

TOUT-EN-UN DROIT

Apprendre
Approfondir
Appliquer
Réviser

2^e
édition

DROIT DE LA FAMILLE

Aline Cheynet de Beaupré



Introduction

I Introduction au droit civil des personnes

« Familles ! je vous hais !
foyers clos ; portes refermées ;
possessions jalouses du bonheur ».

Familles ! je vous aime ! répond-on facilement pour en finir avec la douloureuse agressivité d'André Gide (*Les Nourritures terrestres*).

Pour le Droit civil, la famille est un groupe d'individus étroitement liés. Ils s'intègrent dès lors dans la vie de cité (droit civil, lat. *civitas* : la cité). Un homme, une femme, un jour peut-être, plus tard, un enfant et ce, depuis toujours. Le doyen Carbonnier présentait la famille comme « la plus ancienne coutume de l'Humanité ». Notre lecture humaine s'attache ainsi à ce cercle qui nous a pétris, depuis le commencement du monde, quelque origine qu'on lui prête, Adam et Ève ou d'autres.

Le Droit est-il alors seulement autorisé à s'en mêler ? Oui et non. Le Droit n'a rien à voir ni avec la procréation, ni avec notre vie de tous les jours. Il n'a, théoriquement, pas à savoir si l'on vit seul, en couple, marié ou non, avec ses parents, si l'on a eu des enfants avec la personne avec qui l'on vit actuellement...

En réalité, le Droit intervient parce que la famille est une structure fondamentale de la Société, l'un de ses piliers. De la *Guerre du feu* aux allocations familiales, la vie sociale est essentielle à l'homme.

Il apparaît alors rapidement nécessaire de protéger cette structure de base de la Société, l'organiser, poser les règles : définition de la famille, détermination de la notion de couple, appréhension d'un lien filiatif... Sans oublier la nature humaine : les crises internes de la famille (*Je ne veux plus vivre avec toi...*), comme les attaques extérieures (*Cet enfant n'est pas le vôtre...*).

La famille implique un groupe de personnes, plus ou moins large, dans leurs relations ou communauté de vie. Les personnes (du latin *persona* : masque) font l'objet de déterminations juridiques précises (cours de Droit des personnes) qui vont n'être que sommairement évoquées ci-après.

Être une personne physique (à distinguer de la personne morale) conduit à être titulaire d'un patrimoine (toute personne et seule une personne peut avoir un patrimoine) et ouvre aux droits de la personnalité : droit à la vie, respect de l'intégrité physique, respect de la vie privée, droit à l'image, droit à l'honneur, respect de la présomption d'innocence... Ces droits extrapatrimoniaux sont indisponibles, intransmissibles, imprescriptibles, non susceptibles, dévaluation en argent.

Toute personne est dotée de la personnalité juridique. C'est exclure, hier les esclaves, aujourd'hui les animaux, demain les robots du bénéfice de cette qualification. Ainsi l'Office Européen des Brevets (OEB) a-t-il refusé d'examiner des demandes de reconnaissance d'inventions présentées comme réalisées par un système d'intelligence artificielle (IA), seul un inventeur doté de la personnalité juridique peut solliciter le dépôt d'un brevet européen, une IA ne répond pas à cette exigence (OEB, 27 janv. 2020 demandes EP 18 275 163 et EP 18 275 174). Mais en Afrique du Sud, en juillet 2021, un brevet d'inventeur a été accordé à Dabus, une IA, pour des récipients alimentaires conservant mieux la chaleur...

Les frontières ne sont pas toujours étanches. Le Droit distingue déjà entre personne morale (une entreprise, une association...) et personne physique (un humain), toutes deux sont dotées de la personnalité juridique. Dans les développements ci-après, seule la personne physique, humaine, sera retenue.

A Naissance

1 Commencement de la vie

Selon l'article 16 du Code civil :

« 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 ».

La question est alors : quand commence la vie ?

La détermination du commencement de la vie est laissée à la marge d'appréciation des États (CEDH, 8 juill. 2004, aff. 53924/00, *Vo c/France*). L'absence de consensus (et de certitudes) est une réalité, mais le droit français, comme les autres, doit poser ses règles. Les difficultés se concentrent face aux questions, notamment, d'avortement et d'indemnisation en cas d'accident.

■ Statut de l'embryon

Tant que l'enfant n'est pas né vivant et viable, embryon ou fœtus n'accèdent pas à la personnalité juridique. Leur qualification est délicate, il ne s'agit pas de biens, c'est-à-dire de choses susceptibles d'évaluation en argent (CEDH, 27 août 2015, aff. 46470/11, *Parillo c/Italie*). L'article 16 C. civ. lui est mal applicable, une certaine distinction est faite entre embryons *in vitro* et embryons *in utero*, visant à moins protéger les premiers afin d'autoriser une AMP ou des recherches sur les embryons « abandonnés ». Le Conseil constitutionnel lui-même, après la première loi bioéthique, a évoqué l'embryon et l'article 16, mais sans poser de claire corrélation entre les deux (Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC). Le Droit français est écartelé entre la protection de l'humain sans restriction, le maintien d'un droit à l'IVG et la détermination du commencement de la vie humaine.

■ « Mort » d'un fœtus

Quid lorsqu'un tiers cause accidentellement la perte d'un enfant à naître ?

Pour la Cour de cassation (Cass. crim., 25 juin 2002, n° 00-81359), le principe de la légalité des délits et des peines qui impose une interprétation stricte de la loi pénale s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire soit étendue au cas de l'enfant à naître. Ce

n'est pas un « autrui » au sens de l'article 221-6 du Code pénal. La Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, avait posé ces règles (Cass. Ass. pl., 29 juin 2001, n° 99-85973) dans une affaire où un conducteur avait blessé une femme enceinte de six mois qui avait alors perdu le fœtus qu'elle portait.

■ IVG

L'interruption volontaire de grossesse (IVG, « loi Veil » du 17 janv. 1975) est possible en France avant la 14^e semaine de grossesse depuis 2022 (d. 19 févr. 2022). L'embryon (jusqu'à la 8^e semaine) ou le fœtus (jusqu'à la 22^e semaine) expulsés sont dénommés « produits humains ».

Alors que la France augmente les délais, certains pays ou États les réduisent. Ainsi de l'Idaho (2022) et du Texas aux États-Unis qui les réduisent à 6 semaines (battements de cœur).

En Europe, Andorre, Malte, Pologne et Vatican prohibent le recours à l'avortement. La Cour EDH ne reconnaît pas de droit à l'avortement, ni ne s'y oppose, les États peuvent « *légitimement choisir de considérer l'enfant à naître comme une personne et protéger sa vie* » (CEDH, 16 déc. 2010, aff. 25579/05, A, B et C c/Irlande).

La Cour suprême des États Unis a, en juin 2022, annulé l'arrêt *Roe v. Wade* qui garantissait depuis 1973 l'avortement comme un droit constitutionnel. La Cour a confirmé une loi du Mississippi interdisant l'avortement après 15 semaines, mettant fin à l'arrêt en vigueur qui autorisait les avortements pratiqués avant la viabilité du fœtus en dehors de l'utérus, estimé à l'époque entre 24 et 28 semaines de grossesse. Les juges ont considéré que l'arrêt *Roe v. Wade*, et un autre arrêt, *Planned Parenthood v. Casey* de 1992, reposaient sur une interprétation juridique biaisée, la Constitution des États-Unis ne mentionnant pas spécifiquement le droit à l'avortement.

Au niveau fédéral, le « droit à l'avortement » disparaît, chaque État étant libre de décider de leur cadre réglementaire dorénavant sur cette question.

■ Avortement « eugénique »

En 2017, le Comité des droits des personnes handicapées des Nations unies a déclaré que « *Les lois qui autorisent explicitement l'avortement en raison d'un handicap violent la Convention des droits des personnes handicapées* (art. 4, 5 et 8) ».

La Cour EDH ne reconnaissant pas de « droit à l'IVG », en 2020, le Tribunal constitutionnel polonais a déclaré l'avortement eugénique contraire à la dignité et à la vie de l'être humain dont le respect est garanti par la Constitution polonaise.

Par la Déclaration du Consensus de Genève (22 oct. 2020), 32 pays (États-Unis, Brésil, Égypte, Hongrie, Paraguay, Indonésie, Arabie saoudite, Ouganda...) affirment leur volonté d'une souveraineté nationale pour les lois liées à l'IVG, promouvant la famille et s'opposant à l'avortement comme « droit de l'homme ».

2 Enfant vivant

L'Organisation mondiale de la Santé (OMS) considère le fœtus viable à partir de la 22^e semaine d'aménorrhée (environ 4,5 mois) ou 500 grammes. Tout enfant né vivant est présumé viable, sauf carence d'un organe essentiel. Aucune action relative à un enfant non viable n'est possible en droit français (C. civ., art. 318).

Depuis 2008 (Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 2008, n° 06-16498) est exceptionnellement autorisé un état civil pour l'enfant né sans vie (d. 20 août 2008). Il y a alors : rédaction d'un acte d'enfant sans vie par l'officier d'état civil qui figure dans le livret de famille mais sans filiation, ni personnalité juridique.

Seul un enfant né vivant et viable sera doté de la personnalité juridique et donc protégé pleinement par le Droit. Entrant dans la Société, il sera inscrit sur les registres de l'état civil après sa naissance (C. civ., art. 55).

Ainsi, jusqu'en 2021, l'article 79-1 du Code civil ne permettait pas une réelle individualisation de l'enfant, limitant aux seules mentions des dates, heure et lieu de l'accouchement ainsi que de l'identité des parents.

La loi du 6 décembre 2021 (arr. 2 mai 2022 pour les modifications du livret de famille) a permis, outre le prénom, de nommer les enfants nés sans vie, nom qui peut être celui du père, ou de la mère, ou les deux noms accolés dans l'ordre choisi par les parents dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Pour autant, ces inscriptions n'emportent aucun effet juridique (pas de personnalité juridique...).

B Vie

1 Personnalité juridique

La personnalité juridique d'une personne physique constitue l'aptitude de tout être humain à être titulaire de droits et d'obligations.

Elle apparaît à compter de la naissance, mais à la condition que la *personne* soit née vivante et viable. À défaut il n'y a :

- pas d'action relative à la filiation possible (C. civ., art. 318) ;
- pas de succession possible (C. civ., art. 725, al. 1).

Inversement :

- l'interruption volontaire de grossesse est possible sous conditions (CSP, art. L. 2212-1) (cf. loi Veil du 17 janv. 1975 sur l'avortement) ;
- la destruction d'embryons *in vitro* est possible sous conditions (CSP, art. L. 2141-4).

À l'autre extrémité de la vie, la personnalité juridique prend fin avec la mort de l'individu. Il faut alors être parvenu à constater la mort effective de la personne (CSP, art R. 1232-1) :

« Si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivants sont simultanément présents :

- 1° Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ;
- 2° Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral ;
- 3° Absence totale de ventilation spontanée. »

Tout être humain né vivant et viable dispose de la personnalité juridique quelle que soit la durée de sa vie (quelques heures ou 120 ans).

2 Capacité juridique

Article 414 du Code civil :

« La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ».

La capacité juridique est conférée, en France, à toute personne majeure à partir de 18 ans (sauf le cas particulier du mineur émancipé, C. civ., art. 413-1 s.).

Le principe est qu'un mineur n'est pas doté de la capacité juridique d'exercice (frappé d'incapacité) et, en revanche, que tout majeur est capable. Ici aussi, une exception : les majeurs protégés (C. civ., art. 425 s.) placés sous un régime exceptionnel de protection pour « incapacité » par la tutelle ou la curatelle (en cas de sénilité, altération des facultés mentales, folie...). Un dernier régime ressemble aux précédents, la sauvegarde de justice (pour les majeurs) mais le principe est alors la capacité sauf exception : certains des actes qui auraient été passés pourront être annulés *a posteriori*. Une distinction doit être faite entre la capacité d'exercice et la capacité de jouissance. Le mineur est seulement privé de la capacité d'exercice.

■ Les âges du mineur

Pendant sa minorité, les parents, titulaires de l'autorité parentale, agiront pour lui. Leur double consentement sera requis. Un enfant confié à l'ASE (Aide sociale à l'Enfance) ou en prison aura besoin de l'autorisation du directeur de la collectivité territoriale ou du service pénitentiaire.

Le Droit tient compte des « différents âges du mineur » (de 0 à 18 ans) et gère de façon diversifiée certains droits (nationalité, consentement sexuel...) :

- À sa naissance 11 vaccins sont obligatoires sous peine de ne pouvoir accéder aux structures collectives (crèches...) et la présence d'un seul des parents peut suffire (même si leur double présence est souhaitée).
- À 12 ans : l'enfant peut refuser que l'on souscrive une assurance vie sur sa tête sans son accord ; il peut être vacciné contre la Covid avec son consentement (oral) et celui de l'un de ses parents.
- À 13 ans : il peut refuser son changement de son nom ou prénom dans le cadre d'une adoption, refuser une adoption, refuser de participer à l'acquisition de la nationalité française demandée par ses parents, refuser le prélèvement d'organes (RNR : registre national des refus).
- À 16 ans : demander la nationalité française s'il a des parents étrangers, solliciter son émancipation avec l'accord de ses parents, être vacciné contre la Covid sans l'accord parental...
- Sans âge précis, une mineure enceinte souhaitant avoir recours à l'IVG (interruption volontaire de grossesse, avortement) sans l'accord de ses parents doit être accompagnée d'un adulte de son choix. Depuis 2021, il en est de même en cas d'IMG (interruption médicale de grossesse).

Quant au droit pénal, il gère la minorité ou la majorité pénale de façon très spécifique, et plutôt protectrice. La loi du 21 avril 2021 pose qu'aucun adulte ne peut se prévaloir du consentement sexuel d'un enfant s'il a moins de 15 ans, ou moins de 18 ans en cas d'inceste.

Le Droit rencontre une difficulté certaine pour concilier l'autorité parentale sur le mineur et l'autonomie progressive accordée au mineur avant sa majorité.

3 Droits liés à la personnalité juridique

Les principaux droits attachés à la personnalité sont ainsi :

- Le droit à la vie (Conv. EDH, art. 2).
- Les droits dès le commencement de la vie (C. civ., art. 16).
- Le respect de l'intégrité physique (C. civ., art. 16 s.).
(Ces premiers droits sont d'ordre public: C. civ., art. 16-9).
- La jouissance des droits civils – pour *tout Français* – (C. civ., art. 8).
- Le respect de la vie privée (C. civ., art. 9; Conv. EDH, art. 8).

La vie de l'individu sera régie par le Droit de différentes façons selon son déroulement, selon ses actes, ses choix... Différentes étapes de vie jalonnent ce parcours différent pour chacun d'entre nous mais avec des fils conducteurs souvent communs: minorité, majorité, couple, constitution d'une famille...

L'être humain vit sa famille à sa façon, librement et le Droit de la famille cherche à organiser les principales habitudes familiales des sujets de droit. On y retrouvera notamment: la vie en couple, dans sa diversité, les relations sexuelles, la paternité, la maternité, les séparations...

4 Droits sur son corps

Quelques grands principes guident les droits dont l'homme peut disposer sur son corps, mais ils connaissent des destinées différentes :

■ Les grands principes

- **Indisponibilité**: Si ce terme n'est plus trop employé par la loi aujourd'hui, il est pourtant crucial et renvoie à de multiples questions éthiques telles que les problématiques de brevetabilité du vivant, des gènes et des cellules souches...
- **Intégrité**: L'article 16-3 du Code civil oriente notamment vers les atteintes réalisées par nécessité médicale.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) pose en son article 3 un droit à l'intégrité de la personne. En matière de médecine et de biologie doivent être respectés le consentement libre et éclairé de la personne concernée selon les modalités définies par la loi, l'interdiction des pratiques eugéniques (la sélection des personnes), l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties une source de profit, l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains...

- **Inviolabilité**: Ce principe se retrouve dans la loi du 29 juillet 1994, il est à rattacher à l'adage *noli me tangere*.

Article 16-1 C. civ. :

Chacun a droit au respect de son corps.

Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.

- **Non patrimonialité** : La non-patrimonialité porte sur le corps, ses éléments et produits, on ne note que peu d'exceptions : les « produits », tels les cheveux, sont susceptibles d'être vendus.

La non-patrimonialité renvoie aux choses hors commerce (telles que les concevait l'ancien article 1128 C. civ., abrogé par la réforme du droit des contrats en 2016, abrogation considérée par certains comme annonciatrice de l'accueil futur de la GPA en France en permettant des contrats sur la personne humaine). C'est également le fondement de la gratuité des dons (de sang, de sperme, d'organes, de cellules...) faits du vivant. Si ces dons ne peuvent donner lieu à une rémunération du donneur par la suite, les éléments d'origine humaine, stockés, conservés, travaillés acquièrent une valeur ou un tarif de cession encadré par le Code de la santé publique.

■ Complexité des protections

- **Recherche médicale** : La protection porte sur le corps humain entier : ses éléments (organes, tissus, cellules...), produits (gamètes, sang...), individu vivant ou mort... Mais il faut concilier ces règles avec la recherche médicale, biomédicale ou génétique. De nombreuses réglementations existent depuis longtemps, connaissant quelques évolutions : loi Caillavet (20 déc. 1988) sur la recherche biomédicale, don du sang, prélèvement pour autopsie, greffe, Convention d'Oviedo (Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997), les diverses lois bioéthiques en France depuis 1994...

- **Consentement** : Le consentement de la personne (majeure et vivante) peut paradoxalement exister face aux atteintes à l'intégrité de son corps (atteintes par mutilations, coups et blessures, assassinat, masochisme). Une autre problématique se trouve dans le refus de soins manifesté par une personne majeure pour elle-même ou son enfant (objection des témoins de Jéhovah par ex.) en cas d'urgence thérapeutique. Le dilemme oppose, notamment, le respect de la volonté à la non assistance à personne en péril.

Le consentement conduit également sur les chemins de la contraception autorisée même pour les mineurs sans l'accord de leurs parents et même de l'interruption de grossesse, avec une réglementation spécifique.

- **Disposition partielle ou totale** : Disposer de son corps ou d'élément de son corps est rigoureusement encadré. Seul est accepté, un acte réalisé du vivant de la personne et portant sur des éléments renouvelables (don du sang ou de plaquettes), avec son consentement. Face à des dons d'organes (rein notamment) la réglementation est encore plus stricte, surveillant les personnes (majeures ou mineures), le cadre (intrafamilial ou don croisé d'organes), la non-patrimonialisation... En revanche, le principe de l'anonymat est bousculé, notamment dans le cadre intrafamilial.

- **Gestation pour autrui (GPA) : prohibition d'ordre public :** Le recours à une mère porteuse en France est prohibé (C. civ., art. 16-7), cette prohibition est même d'ordre public (C. civ., art. 16-9). Il s'agit notamment d'éviter :
 - un esclavagisme de certaines femmes (location de ventres avec des conditions draconiennes)
 - une marchandisation d'enfants
 - un enfant *objet* d'un contrat.

Ce qui est parfois présenté comme « altruiste », solidaire voire éthique, repose en réalité sur des enjeux financiers (coût moyen d'une GPA aux États-Unis ou au Canada : plus de 100 000 dollars contre 10 000 dollars en Inde...). L'application du droit des contrats implique des questions de « vices cachés » (handicap...), non-respect du contrat (la mère porteuse a bu de l'alcool pendant la grossesse...), de livraison de la chose (obligation de remise du nouveau-né par la mère porteuse qui voudrait le garder ou à l'inverse obligation de récupérer l'enfant handicapé dont les parents d'intention ne voudraient plus...). Il ne s'agit pas d'hypothèses d'école, le contentieux est déjà là.

La prohibition n'a pas été remise en cause par la loi bioéthique du 2 août 2021 et dure depuis trente ans, avant même la première loi de bioéthique (Cass. Ass. pl., 31 mai 1991). La France a cependant du mal à articuler son choix réfléchi de prohibition avec le tourisme procréatif de certains Français (v. not. : l'article 47 de la loi du 2 août 2021). L'enjeu est de ne pas pénaliser les enfants du fait de l'action des parents d'intention.

- **Handicap : indemnisation ?** Une grave question a été soulevée avec l'arrêt Perruche (Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, n° 99-13.701) qui avait accepté une indemnisation en raison du préjudice causé par la naissance d'une personne handicapée après des erreurs d'examens médicaux. Cet arrêt très controversé a donné lieu à un correctif inscrit dans l'article apériteur de la loi *Kouchner* du 4 mars 2002 :

Art. 1, loi du 4 mars 2002 :

« I – Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance [...] Les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale [...] Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été statué sur le principe de l'indemnisation. »

Cet arrêt et la loi de 2002 sont à l'origine d'autres décisions (CEDH, 6 oct. 2005, aff. 11810/03, *Draon c/France* et Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2006, n° 02-16.648 : pouvait-on invoquer un préjudice du fait de sa naissance pour Chloé, née avec un handicap aux jambes, celle-ci ayant intenté son action avant la loi de 2002 ?). Dans ce même contexte (CEDH, 3 fév. 2022, aff. 001-215360, *N. M. et autres c/France*), la France a été condamnée pour avoir refusé d'indemniser le handicap d'un enfant qui n'avait pas été diagnostiqué avant sa naissance en appliquant rétroactivement la loi dite « anti-arrêt Perruche ». L'absence d'indemnisation des charges résultant du handicap d'un enfant né comme tel en raison d'une faute lors du diagnostic prénatal, par application rétroactive de la loi, constitue une privation de propriété au sens de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1. L'absence de jurisprudence constante et stabilisée des juridictions internes réalise une atteinte rétroactive aux biens non prévue par la loi.