

# BMA Bulletin Mensuel d'Actualités du CRISP

N° 37 – 2018

## Sommaire

L'édito	p. 3
L'article du mois	p. 5
L'actualité	p. 17
Les chroniques professionnelles	p. 31
La fiche métier du mois	p. 34
Les vidéos et les podcasts	p. 36

# CRISP

Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation

*Actualités, réflexions et controverses dans le domaine des sciences juridiques et humaines*

*Clefs et vecteurs de réussite aux concours préparés par l'ISP.*

## L'article du mois

GROUPE  
ISP

### La famille et l'Etat

« Quant à moi, qui suis à présent un législateur, au moins n'admettrais-je pas que, ni vous personnellement, ni vos biens, vous vous apparteniez à vous-mêmes : eux et vous, vous êtes au contraire la propriété de votre famille tout entière, de celle qui vous a précédée comme de celle qui vous suivra et, il y a plus encore, c'est à l'Etat qu'appartient toute votre famille ainsi que tous vos biens ». Platon, *Les Lois* (XI, 923).

Par Jérôme Calauzenes

**CRISP**[crisp@prepa-isp.fr](mailto:crisp@prepa-isp.fr)**Président du CRISP**

Philippe MAZET

[philippe.mazet@prepa-isp.fr](mailto:philippe.mazet@prepa-isp.fr)**Rédacteur en chef**

Franck TOURET

[franck.touret@prepa-isp.fr](mailto:franck.touret@prepa-isp.fr)**Comité scientifique**

Jacob BERREBI

[jacob.berrebi@prepa-isp.fr](mailto:jacob.berrebi@prepa-isp.fr)

Matthieu THAURY

[matthieu.thaury@prepa-isp.fr](mailto:matthieu.thaury@prepa-isp.fr)**Directrice Générale ISP**

Julie HABERMAN

[julie.haberman@prepa-isp.fr](mailto:julie.haberman@prepa-isp.fr)**Groupe ISP****Institut Supérieur de Préparation**

18 rue de Varenne

75007 PARIS

01.42.22.30.60

<http://www.prepa-isp.fr>

RCS Paris 331 302 877



L'ISP est ouvert du lundi au vendredi de 9h30 à 18h30 et le samedi de 10h à 13h

Métro 12 : Rue du Bac ou Sèvres Babylone

Métro 10 : Sèvres Babylone

— ou —

Bus : 68, 69, 83, 84, 94

Vous voulez passer les examens de l'avocature, de la magistrature ou passer les grands concours de la fonction publique, l'ISP propose, depuis plus de 30 ans, des formations dédiées et éprouvées.

**LES FORMATIONS DE L'INSTITUT SUPERIEUR DE PREPARATION SUR :**<http://www.prepa-isp.fr>**Proposez-nous vos articles**

Le bulletin du CRISP est susceptible de publier vos articles de fond ou commentaires. Toute personne intéressée doit contacter le rédacteur en chef Franck TOURET ([crisp@prepa-isp.fr](mailto:crisp@prepa-isp.fr)) afin de lui proposer le thème et un résumé de sa proposition d'article (15 lignes maximum). Après avis favorable du rédacteur en chef et fixation d'un délai de remise, l'article sera soumis au Comité scientifique qui donnera une réponse dans les 15 jours.

## L'édito

### Semaine de concours !

**« Bougez pas ! Les mains sur la table ! J'vous préviens qu'on a la puissance de feu d'un croiseur et des flingues de concours », Les tontons flingueurs, de Georges Lautner (1963), d'après l'œuvre d'Albert Simonin.**

En cette fin du mois de mai, j'ai une pensée pour un grand nombre d'élèves de l'ISP. Les moments importants approchent ; les prochains jours vont les conduire à se présenter aux épreuves qu'ils préparent depuis tant de mois.

**Le lundi 4 juin commencent les épreuves d'admissibilité du concours de la magistrature.** Seront sur les rangs ou les bancs, les candidats aux 1<sup>er</sup>, 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> concours d'entrée à l'ENM, l'Ecole Nationale de la Magistrature. Des épreuves écrites qui se déroulent sur une semaine, particulièrement éprouvante, non seulement psychologiquement, mais également physiquement, aussi étrange que cela puisse paraître alors que les candidats vont demeurer vissés sur des chaises. Mais six épreuves en cinq jours, vingt et une heures d'exams au total, cela éprouve même le plus endurci des athlètes-intellectuels. Vont s'enchaîner ainsi, dans un ordre cohérent et précis, une dissertation de culture générale de cinq heures, une dissertation de droit civil ou de procédure civile de cinq heures, un cas pratique dans les mêmes matières de deux heures, une dissertation sur un sujet de droit pénal ou de procédure pénale de cinq heures, un cas pratique dans ces matières de deux heures et, enfin, une épreuve de questions appelant une réponse courte en droit public (au sens large) de deux heures. On commence à plancher le lundi à 13h et on finit le vendredi à 18h30. C'est rude et c'est difficile... c'est ainsi chaque année et cela le sera encore jusqu'à une éventuelle réforme dont on parle en 2020 (nous en dirons un mot dans un prochain édito, quand se dévoileront les grandes tendances de cette réforme pour le moment seulement envisagée). Le temps est au présent, la pensée centrée sur ces candidats au concours 2018 ; certains se préparent depuis un an, voire plus. Ces mots ne sont pourtant pas pour les plaindre ni même pour leur souhaiter bonne chance. Ces quelques lignes sont écrites pour leur dire d'aller composer avec entrain, force, persévérance ! Pour leur dire qu'ils ont de la chance, beaucoup de chance de prétendre à entrer dans l'une des prestigieuses écoles de formation des professionnels du droit ! Pour leur dire qu'ils doivent maintenant rentabiliser tout leur apprentissage ! Pour leur dire de ne rien lâcher et de donner le meilleur d'eux-mêmes et plus ! Pour leur dire qu'est arrivé le temps de la réussite ! Pour leur dire qu'ils ont une magnifique opportunité de démontrer toutes leurs compétences et tout le fruit de leur préparation ! Pour leur dire d'y aller avec le sourire.

**Ce même lundi 4 juin commencent les épreuves d'admission du concours de greffiers 2018.** Eux aussi prétendent à entrer dans une grande école de formation des professionnels du droit, l'Ecole Nationale des Greffes, dont j'ai souvent parlé et que j'ai eu l'occasion de visiter en début d'année. Et j'ai été impressionné par les locaux, par l'environnement de travail, par les moyens, par l'organisation. Les candidats qui passent les oraux cette semaine et les prochaines (jusqu'à la fin du mois de juin, les candidats admissibles vont se succéder) doivent

garder à l'esprit qu'ils ont vocation à exercer l'un des métiers les plus importants de notre système de Justice, souvent critiqué et pourtant des plus admirables dans ses ambitions au moins. Candidats greffiers, pensez que vous passez moins un examen oral qu'un entretien d'embauche, que vous y allez pour vous présenter, faire valoir votre motivation, vos qualités, votre maturité ! Vous aussi, allez-y avec le sourire, avec la certitude de celui qui bien préparé sait qu'il veut et va réussir.

Jacob BERREBI  
*Professeur de droit civil à  
l'ISP  
Secrétaire général de l'ISP  
ALUMNI*

## L'article du mois

### La famille et l'État

« Quant à moi, qui suis à présent un législateur, au moins n'admettrais-je pas que, ni vous personnellement, ni vos biens, vous vous apparteniez à vous-mêmes : eux et vous, vous êtes au contraire la propriété de votre famille tout entière, de celle qui vous a précédée comme de celle qui vous suivra et, il y a plus encore, c'est à l'Etat qu'appartient toute votre famille ainsi que tous vos biens ». Platon, *Les Lois* (XI, 923).

#### Débat :

Platon, dans *Les Lois*, met en avant le bien commun au détriment de l'individu et de la sphère de la famille. En cela, on remarque qu'il ne fait pas de distinction, dans son idéal, entre sphère privée, qui relève de l'intimité de l'espace familial et sphère publique, qui relèverait de l'Etat.

Dans les sociétés villageoises du XIX<sup>ème</sup> siècle, de la même façon, il n'était pas rare de voir l'imbrication des intérêts de la communauté avec certains intérêts privés, au détriment de ces derniers. Avant 1914, on pouvait assister à des charivaris mis en place par la jeunesse du village, c'est-à-dire les célibataires mâles, qui venaient faire du vacarme sous les fenêtres d'un veuf qui avait épousé en secondes noces une femme beaucoup plus jeune que lui. Au-delà de l'anecdote, il s'agissait de montrer que la communauté pouvait exercer un contrôle public sur ses membres si elle trouvait ses intérêts lésés : en l'occurrence, si trop de veufs épousaient des jeunes filles, le marché des épousailles locales pouvait s'en trouver perturbé. Au cours d'un long processus historique, les communautés villageoises ont donc construit des normes qu'elles se chargeaient d'appliquer et qui empiétaient sur la sphère privée de la famille.

C'est donc que la famille était enserrée dans des réseaux et des enjeux de pouvoir importants. Mais, à partir du XX<sup>ème</sup> siècle, à la place des communautés locales, c'est l'Etat qui s'est insinué et qui a élaboré des normes. Sous la Révolution Française, on a tenté d'instituer des Tribunaux de Famille qui incarnaient pourtant une sorte de justice de proximité, mieux à même de cerner et

de comprendre les diverses situations qui leur étaient soumises. Mais ils furent de courte durée devant la montée d'un Etat moderne et centralisateur. Ce processus se poursuit avec le Code Civil et diverses législations qui montrent que l'Etat se substitue à toutes les autres entités qui pouvaient régenter la famille, à savoir les communautés locales mais également l'Eglise. Ce « familialisme d'Etat » n'a cessé de prendre de l'ampleur même si aujourd'hui la notion de sphère privée tend à regagner du terrain.

Quels sont les liens entre les familles et l'Etat aujourd'hui ? Comment interpréter l'évolution de ces liens entre sphère publique des pouvoirs publics et sphère privée de la famille ?

Jérôme CALAUZENES  
Professeur d'histoire et de  
culture générale

**Plan :**

- I. Le développement de politiques natalistes et familialistes.
  1. La volonté de renforcer la natalité française.
  2. La volonté d'aider les familles françaises.
- II. Des politiques visant à prendre en compte la diversité des familles.
  1. Aider les mères.
  2. Mieux prendre en compte l'intérêt des enfants.
  3. Prendre en compte la flexibilité familiale et favoriser l'égalité au sein du couple.
    - A. Faciliter le divorce.
    - B. Favoriser l'égalité au sein du couple.
    - C. S'adapter aux mutations de la morphologie familiale.
- III. La famille en politique : débats et orientations.
  1. La politique familiale : un coût important en France.
  2. La famille en politique : entre droite et gauche.
  3. Les familles : un lobby puissant entre traditionalisme et progressisme.
    - A. Des familles qui s'organisent.
    - B. Tradition familiale ou progressisme ?

Comme l'a montré Rémi Lenoir dans *Généalogie de la morale familiale*, L'Etat et la famille sont étroitement imbriqués. Pour concurrencer l'Eglise et pacifier les relations sociales, aidé par la science (démographie, médecine, biologie), il a développé une véritable morale familiale propre à s'insinuer dans la sphère privée mais tout en maintenant la famille comme une catégorie idéale de l'action publique.

Pourtant, de plus en plus, les familles tendent à se constituer en lobbies écoutés et entendus, s'organisent et se donnent à voir.

### **I - Le développement de politiques natalistes et familialistes.**

Au XIX<sup>ème</sup> siècle, l'objectif de l'Etat était de contrôler les familles déviantes, comme par exemple celles qui étaient soumises à des fléaux sociaux, tels que l'alcoolisme, en particulier dans les familles ouvrières. Avec le XX<sup>ème</sup> siècle, les objectifs changent de nature et on passe du souci du contrôle social à celui du bien-être, voulu pour tous à partir de la mise en place de l'Etat-Providence au sortir de la Seconde Guerre mondiale. De nombreux objectifs ont été ainsi assignés à la politique familiale, à commencer par la volonté de gonfler le volume des naissances.

#### **1. La volonté de renforcer la natalité française.**

Dès le milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle, à une époque où on mesure encore la puissance d'un Etat (notamment militaire) à sa population, des statisticiens, à l'image de Jacques Bertillon, fondateur en 1896 de l'Alliance Nationale pour l'accroissement de la population française, et des économistes s'inquiètent de la chute de la fécondité française si on la compare avec celle des autres pays européens et notamment à celle de l'Allemagne, devenue l'« ennemi héréditaire » à partir de 1870.

Du coup, l'Etat français va prendre diverses mesures afin de favoriser la reprise de la natalité, avec d'autant plus de nécessité à la suite de la saignée démographique consécutive à la Première Guerre mondiale (1.4 millions de morts et 1.4 millions de naissances qui n'ont pas eu lieu).

Dans l'Entre-Deux-Guerres, la politique nataliste reste mince. Elle se limite surtout à la pénalisation lourde de la contraception et de

l'avortement dans le cadre d'une loi de juillet 1920 où ces deux notions sont assimilées. L'avortement est considéré comme un crime et passible de la Cour d'Assises. A partir de 1923, l'avortement devient un délit, jugé au Tribunal Correctionnel. Le but est bien de renforcer paradoxalement les sanctions : en correctionnelle, les « faiseuses d'anges » et les femmes avortées sont jugées par des magistrats, qui réagissent beaucoup plus sévèrement que les jurys populaires des cours d'Assises, qui s'émeuvent facilement de la détresse des avortées. Ainsi, quiconque aura provoqué l'avortement d'une femme est passible d'une peine de 5 ans de prison et de 500 à 10.000 francs d'amende. La femme avortée encourt, quant à elle, une peine de 6 mois à deux ans de prison. Sous le régime de Vichy, le natalisme reprend de la vigueur : on assiste à la création d'un Haut comité à la famille qui se préoccupe de propagande démographique, de lutte contre les « maladies sociales ». L'une de ses activités est aussi de vulgariser les mesures du nouveau Code de la Famille, promulgué en 1939. Ce recueil aggrave d'abord les sanctions pour fait d'avortement : des sections spéciales de policiers sont créées à cet effet, les tentatives sont punies au même titre que les avortements. A tel point qu'en 1942, l'avortement est considéré comme un crime d'Etat. La répression devient plus lourde : plus de 15.000 condamnations à des peines diverses sont prononcées entre 1940 et 1944 ; et, pour l'exemple, Marie-Louise Giraud est guillotinée en juillet 1943 pour avoir pratiqué 27 avortements contre rémunération.

## **2. A partir de 1945, la volonté d'aider les familles françaises.**

A partir de 1945, et dans le cadre d'une politique plus générale en vue du bien-être de tous, on crée la branche « famille » de la Sécurité Sociale. Cela inclut la distribution d'allocations familiales, supposées couvrir tous les besoins familiaux nés de la naissance d'enfants. Ce système existait auparavant de façon ponctuelle : en mars 1932, la loi Landry généralise les allocations familiales aux salariés de l'industrie et du commerce, l'adhésion des employeurs à une caisse de cotisation devenant obligatoire. Mais le montant variait en fonction des branches et des départements. Le système est donc

complètement généralisé à partir de 1945, à compter de deux enfants. En 2014, le montant de ces allocations est loin de couvrir, comme à l'époque d'ailleurs, les frais liés à la naissance de plusieurs enfants. Pour deux enfants, une famille perçoit 129€ par mois, 295€ pour 3 enfants, 460€ pour 4 enfants,... Il est à préciser que les allocations familiales sont attribuées à toutes les familles, sans condition de revenu. Cela avait fait l'objet d'un débat au sein de la majorité socialiste en 2013, mais ces prestations n'ont finalement pas été conditionnées à un certain niveau de ressources.

De plus, les charges de famille (enfants) sont prises en compte dans le calcul du montant de l'impôt sur le revenu des familles, par l'intermédiaire du quotient familial. Ce dernier permet de réduire les impôts sur le revenu des Français qui ont des enfants : chaque enfant compte, en plus du couple, comme une demi-part, sauf à partir du 3<sup>ème</sup> enfant ou en cas d'enfant handicapé (chacun compte alors comme une part entière, au même titre que les adultes du couple). Plus le nombre de parts est important, plus les impôts sont réduits. L'Etat cherche donc réellement à adapter ses aides aux réalités familiales. La majoration de part pour le 3<sup>ème</sup> enfant (qui a fait l'objet de longs débats et de volontés de remise en cause nombreuses) se justifie dans la mesure où la venue d'un troisième enfant entraîne des dépenses plus lourdes en termes d'agrandissement ou de changement de logement, de voiture, etc...

Autre élément important, quoiqu'indirect, de la politique familiale, la mise en place, au sortir de la guerre, d'un système de retraite par répartition débarrasse les enfants de la charge de leurs parents âgés. C'est désormais la collectivité qui les prend en charge. Dans la même veine, les politiques de logement social sont aussi de puissants leviers de la politique familiale : la Caisse Nationale d'Allocations Familiales contribue ainsi pour moitié à la prise en charge des APL (Aide Personnalisée au Logement) pour les familles modestes.

Toutes ces politiques ont connu une apogée entre les années 1950 et 1970. Avec la crise, elles ont été surtout réorientées vers les familles les plus modestes. Une politique spécifique est ainsi mise en place en direction des familles monoparentales, généralement plus pauvres : allocation pour élever des orphelins dès 1970,

Allocation de parent isolé (API) dès 1976. Ce système a été refondu avec la mise en place du RSA (Revenu de Solidarité Active) mais il continue à tenir compte des charges de famille : les bénéficiaires du RSA voient le montant de leur pension relevée s'ils ont des enfants à charge. En 2014, le montant du RSA pour une personne seule est ainsi de 500€ environ par mois. Il est relevé à 850€ pour un parent isolé ayant à charge un enfant et à 1068€ pour un parent isolé avec deux enfants à charge.

Mais d'autres objectifs ont ensuite été assignés à la politique familiale en France.

## **II - Des politiques visant à prendre en compte la diversité des familles.**

### **1. Aider les mères.**

L'Etat tend à prendre en compte les évolutions sociologiques et notamment le travail des femmes. Dès 1972, la France crée une allocation pour frais de garde pour les ménages modestes et le nombre de crèche commence à s'élever de façon significative. Alors que 60% des Françaises ne travaillaient pas en 1968, elles n'étaient plus que 30% en 1990 et 25% aujourd'hui.

L'APE (Allocation parentale d'éducation) est une prestation versée à une personne qui interrompt son activité à l'occasion de la naissance d'un enfant à partir de 1985. Pour les enfants nés à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2004, elle est remplacée par la PAJE (Prestation d'accueil du jeune enfant) qui se substitue également à d'autres éléments de redistribution. Les mères en sont bénéficiaires à 97% même si ces prestations sont valables pour l'un ou l'autre des parents. On observe d'ailleurs une réduction du taux d'activité des mères depuis les années 1990 : cela est dû aux difficultés pour trouver un emploi stable et pour faire accueillir leurs enfants dans des structures de garde collective. Il faut aussi prendre en compte les discriminations à l'embauche ou à la promotion, faites aux femmes sous prétexte qu'elles peuvent s'absenter pour un congé maternité. A ce titre, si cette mesure vise à aider les femmes à élever leurs enfants, elle semble se situer à rebours de l'égalité hommes-femmes.

En 1994, une autre mesure va dans le sens contraire : l'AGED (Allocation de garde d'enfant à domicile, qui vise les enfants de moins de 3 ans)

permettait d'obtenir des déductions fiscales et allégeait les frais de garde. Considérablement diminuée en 1998 (sous prétexte qu'elle favorisait les ménages aisés), cette prestation a été également fondue dans la PAJE.

On voit ainsi que la politique décrite ci-dessus favorise encore largement la natalité mais mène, en matière d'égalité hommes-femmes des objectifs parfois paradoxaux ; cela montre parfois l'incohérence des politiques publiques dont certaines favorisent l'emploi des femmes alors que d'autres cherchent à leur permettre de rester au foyer pour élever leurs enfants. Il faut aussi noter l'insuffisance des mesures concernant la garde des enfants en bas âge : on estime qu'il manquerait, en France, en 2013, environ 400.000 places en crèche.

### **2. Mieux prendre en compte l'intérêt des enfants.**

Mais c'est de plus en plus l'enfant qui fait l'objet de toutes les attentions de la part de l'Etat. Au début des années 2000, la CIDE (Convention Internationale des Droits de l'Enfant), adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU en 1989 et ratifiée par la France en 1990 dote l'enfant d'un véritable statut. L'intérêt de l'enfant devient alors un véritable enjeu des politiques publiques.

Le Code Civil a ainsi supprimé la mise à l'écart de l'héritage des enfants nés hors mariage ou issus d'un adultère. A partir de 1972, l'enfant illégitime est reconnu comme un membre à part entière de la famille, mais il ne peut recevoir que la moitié de l'héritage des enfants légitimes. A cette époque, le ministre René Pleven déclare : « L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime ; il entre dans la famille de son auteur ». En 2001, une loi vient supprimer les différences de traitement en matière d'héritage et en 2005, la différence entre filiation légitime et filiation naturelle est totalement abolie par une ordonnance. Pour que la filiation s'établisse, il n'est pas besoin de déclaration si les parents sont mariés ; en revanche, le père non marié doit faire une déclaration de paternité auprès des autorités compétentes.

Il en est allé de même pour les enfants nés d'accouchement sous X. La loi du 22 janvier 2002 institue un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles qui permet aux enfants

issus d'accouchement sous X d'avoir accès à leur dossier et de retrouver, dans le cas où la mère a souhaité laisser une lettre ou être retrouvée, la possibilité à l'enfant de la localiser ou de communiquer avec elle. Une loi de 1972 avait aussi permis le recours à des expertises ADN pour établir la paternité. En 1997, elle fut appliquée et a entraîné l'exhumation d'Yves Montand alors qu'Aurore Drossart prétendait être sa fille (les analyses ont finalement démenti le fait).

Le juge a aussi évolué quant à la notion de famille homoparentale. Dans ce cadre, la question tourne autour du lien juridique (voire du vide juridique) entre l'enfant et la seconde personne qui l'a élevé. Peu à peu, les magistrats ont modifié leur jurisprudence : en juillet 2004, un juge aux affaires familiales a accordé une « délégation d'autorité parentale » (ensemble des droits et des devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant) à la compagne d'une mère lesbienne avec qui elle était pacsée, arrêt qui a été confirmé par la Cour de Cassation en février 2006. En septembre 2012, un juge de Bayonne a de même accordé l'autorité parentale croisée à deux femmes pacsées, chacune sur l'enfant de l'autre.

La loi Famille de 2014 : un projet voté par l'Assemblée nationale en mai 2011 mais pas encore par le Sénat.

Elle aborde d'abord la question du statut du beau-parent, qu'il soit dans le cadre d'un couple homosexuel comme hétérosexuel. Elle prévoit notamment la mise en place de droits pour celui qui élève l'enfant qui n'est pas le sien, sans avoir à passer par une délégation d'autorité parentale délivrée par le juge ; le parent biologique et légal rédigera un document dans lequel il spécifiera les droits qu'il accorde au beau-parent de l'enfant lui donnant par exemple la possibilité de réaliser des actes du quotidien (aller chercher l'enfant à l'école, l'emmener chez le médecin,...) et lui octroyer même un mandat d'éducation quotidienne.

Toujours au nom de l'intérêt de l'enfant, le législateur prévoit même des amendes contre les « mauvais parents », c'est-à-dire pour les parents systématiquement absents (le délit de non-représentation de l'enfant pourrait faire l'objet d'une amende de 135 à 375€ ; l'absentéisme parental pourrait faire encourir jusqu'à 10.000€ d'amende) dans le cadre de cette loi.

De plus en plus, les pouvoirs publics prennent aussi en compte les droits du père vis-à-vis de l'enfant, notamment dans les cas de divorce et de séparation. Alors qu'un enfant de séparés sur 5 ne voit jamais son père, le projet de loi famille de 2014 propose une mesure : il s'agit d'encadrer le déménagement d'un parent, s'il est séparé. Ainsi un père ou une mère ne pourra déménager loin de son ancien conjoint afin qu'il ne puisse pas voir son enfant, sans l'accord exprès de l'ex-conjoint en question. Cela était surtout valable dans les cas les plus fréquents de la garde maternelle. Depuis 2002, un congé de paternité a été créé (11 jours en plus des 3 jours du congé de naissance), qui peut être pris dans les 4 mois suivant la naissance. Cette loi implique également le principe de double résidence de l'enfant et autorise le juge à imposer une médiation en cas de mésentente entre les parents (et non plus de donner de simples conseils).

### **3. Prendre en compte la flexibilité familiale et favoriser l'égalité au sein du couple.**

#### A. Faciliter le divorce.

Il s'est d'abord agi de faciliter les procédures de divorce pour permettre aux couples de se séparer plus facilement. Autorisé pour la première fois en 1793 en France, mais de façon définitive en 1884, les procédures étaient devenues longues et complexes. Pour pallier cela, la loi du 11 juillet 1975 réinstaura ainsi le divorce par consentement mutuel (plus rapide), institua le divorce pour rupture de vie commune et créa les juges aux affaires matrimoniales.

De même, la loi du 26 mai 2004 tend à, encore plus, pacifier et à simplifier les procédures et à encourager la négociation entre les époux plutôt que de se focaliser sur la faute de l'un ou l'autre. Si le divorce pour faute n'est pas supprimé (il représente alors 40% des requêtes), la faute est déconnectée des conséquences financières, en particulier du versement d'une éventuelle prestation compensatoire.

De même, avec la loi du 27 avril 2007, on ne maintient que 2 formes de divorce : le divorce pour désunion irrémédiable (violence, adultère, séparation de fait,...) et le divorce par consentement mutuel.

Enfin, il était question, en 2012, de simplifier et accélérer encore plus les procédures en faisant en

sorte que les procédures de divorce par consentement mutuel soient gérées par des greffiers. Cette réforme n'a pas, pour l'instant, abouti, devant la levée de boucliers des juges.

### B. Favoriser l'égalité au sein du couple.

Le législateur cherche aussi à favoriser l'égalité au sein du couple, sans privilégier l'un ou l'autre des parents. La loi du 4 juillet 1970 substitue ainsi l'autorité parentale conjointe à la notion de « chef de famille ». L'homme n'est plus le seul chef de famille mais l'autorité parentale est également partagée entre les époux.

C'est aussi le cas, toujours dans le cadre de la procédure de divorce, lors de la définition d'une prestation compensatoire. Introduite dans la législation française en 1975 (réformée en 2000 et 2004), il s'agit d'une somme d'argent versée par l'ancien époux pour compenser la chute de son niveau de vie qui s'est créé à la suite du divorce. Le but est aussi de compenser l'arrêt de l'activité professionnelle de l'un des époux (le plus souvent la femme) pour élever ses enfants.

### C. S'adapter aux mutations de la morphologie familiale.

Enfin, il s'est agi pour l'Etat de s'adapter aux mutations des familles. La loi du 21 février 2002 prévoit que le juge pourra accorder à un beau-père écarté par un nouveau divorce le droit d'entretenir des relations avec l'enfant, même s'il n'est pas le sien et à condition qu'il ait contribué à son éducation.

Le régime des concubins a été pris en compte par le droit français dès 1945 et un certain nombre de droits leurs sont progressivement ouverts : recours à la Procréation Médicale Assistée (PMA) dès 1994, droit de bail transférable au concubin en cas de décès ou de séparation,...

Enfin, le législateur a pris en compte la réalité de l'homosexualité et de l'homoparentalité. Comme on l'a vu plus haut, la création du Pacs en 1999 et du mariage homosexuel en 2013 ont favorisé la marche vers l'égalité et la reconnaissance légale de ces familles. Dès lors d'ailleurs, les couples homosexuels mariés se sont vus ouverts le droit à l'adoption en France. Le juge progresse également sur la voie de la reconnaissance de l'autorité parentale partagée dans le cadre des couples de même sexe ayant un enfant. En dépit

du fait que l'Etat se refuse à reconnaître la PMA et la GPA pour ces couples.

L'Etat prend donc en charge la politique familiale, essentiellement depuis la définition de l'Etat-Providence en 1945. La législation et la jurisprudence ont considérablement évolué pour répondre à divers objectifs : favoriser la natalité, aider les familles pauvres, prendre en compte l'intérêt des mères et surtout des enfants. Il a également fallu s'adapter aux nouvelles données familiales en simplifiant les procédures de divorce, en favorisant l'égalité au sein du couple, en prenant en compte les notions de couples non mariés, de familles recomposées et homosexuelles voire homoparentales.

## III. La famille en politique : débats et orientations.

### **1. La politique familiale : un coût important en France.**

La politique de l'Etat en direction des familles a un coût important. En France, entre 4% et 5% du PIB sont dépensés en vue de la politique familiale (prestations financières, avantages en nature, déductions fiscales), ce qui la classe bien au-dessus de la moyenne des pays développés (2.5% en moyenne). Elle n'est pas exempte de critiques, notamment puisque certaines prestations ne sont pas conditionnées par les revenus. Mais elle révèle une efficacité certaine : on sait par exemple qu'elle réduit de 20% la pauvreté des familles monoparentales. Avec la crise, pourtant, le but est de faire des économies et de se recentrer sur l'aide aux familles les plus pauvres. Le gouvernement a ainsi réduit les impôts des familles les plus modestes. Il cherche aussi à diminuer le montant des aides en développant des services d'accueil, notamment pour la petite enfance (création de 275.000 places d'ici à 2018). Mais parallèlement, le gouvernement a gelé la revalorisation de certaines prestations familiales pour tenter de combler le déficit de la branche famille d'ici à 2017 : en 2013, il se montait à -3.2 milliards € sur un total de -12.5 milliards € pour l'ensemble de la Sécurité Sociale.

Si la France mène une politique familiale parmi les plus généreuses du monde, les systèmes sont relativement différents dans les pays développés.

Dans les pays nordiques, les aides sont importantes, notamment dès le premier enfant. Au Danemark par exemple, on insiste plutôt sur les modes de garde d'enfants. Dans les pays anglo-saxons, on cible surtout les familles les plus pauvres et les enfants en bas âge tandis que les pays du sud de l'Europe offrent des aides beaucoup plus limitées, *a fortiori* depuis la crise de 2008. Les pays d'Europe centrale et orientale sont dans une situation intermédiaire à l'exception de la Hongrie, qui fournit des aides importantes aux familles.

La crise économique, particulièrement en Europe, tend donc à limiter la politique familiale, du moins à réorienter ses choix.

## 2. La famille en politique : entre droite et gauche.

La famille est une dimension constitutive du politique. Pourtant, on remarque que, à la base, les mesures qui touchent l'institution ont d'abord été attachées aux gouvernements de droite, en raison de l'ancienneté des préoccupations natalistes, mais cela a changé. Tous les courants politiques, de droite comme de gauche, au nom de préoccupations différentes, mènent ce type de politique.

Il faut cependant noter deux choses : depuis les années 1980, l'intervention dans le domaine de la vie privée ne va plus de soi. De plus, on note quelques différences entre droite et gauche, du moins dans les discours sur la famille.

Lors de son premier septennat, Mitterrand se démarque des courants familialistes et natalistes et proclame la neutralité à l'égard des choix démographiques des couples, tout en dénonçant l'assignation de la femme à la seule maternité. Pourtant, des choix contradictoires ont été pris : on note l'existence d'un secrétariat d'Etat à la famille, attribué à Georgina Dufoix et un ministère des droits des femmes confié à Yvette Roudy. Mais si d'un côté le premier tente de faire concilier travail des femmes et maternité (ce qui revient à créer des mesures discriminantes pour le travail des femmes, selon François de Singly), le second privilégie la dimension professionnelle et l'égalité entre les sexes dans le monde du travail. De même, alors que les prestations familiales avaient été largement revalorisées au début du premier septennat de Mitterrand, dès 1984, Georgina Dufoix, promue ministre des Affaires

sociales et de la solidarité, lance un plan famille qui se manifeste par des mesures d'économies sévères.

C'est sous le gouvernement Jospin (1997-2002) que la gauche « redécouvre la famille » et qu'une politique de la famille de gauche est véritablement menée. C'est alors avec Ségolène Royal, ministre déléguée à la Famille et à l'Enfance, qu'on tente de réhabiliter l'image paternelle par exemple. La gauche comprend également qu'il n'est peut-être pas suffisant d'investir dans l'école ou dans le logement et que, sans l'aide directe aux familles, l'Etat est impuissant à enrayer les problèmes de sécurité et de violence, notamment dans les banlieues.

De son côté, la droite a compris que la seule politique nataliste ne suffisait pas. Si certains conservateurs estiment toujours que la place de la femme est auprès de ses enfants, la plupart des députés de droite ont intégré les évolutions sociétales et le modèle de la mère qui travaille. C'est dans le domaine des modes de garde de l'enfant que les différentes sensibilités se manifestent : la gauche préfère les modes de garde collectifs alors que la droite privilégie les modes de garde à domicile.

La ligne de fracture la plus importante se situe cependant quant à la définition de la famille et de ce qui peut être considéré comme une famille. La droite a voté majoritairement contre le mariage homosexuel (à quelques exceptions près), considérant la possibilité de se marier pour les couples de même sexe comme un danger pour la société et pour les enfants. Certains maires se sont d'ores et déjà positionnés en affirmant qu'ils ne pratiqueraient pas ce type d'union dans leur commune : en août 2013, la maire d'extrême droite de Bollène (Vaucluse) avait ainsi déclaré qu'elle s'opposerait à l'union de personnes homosexuelles. L'ensemble du conseil municipal de la petite commune de Fontgombault (Indre) a menacé de démissionner s'il était contraint de célébrer un tel mariage, comme la loi le demande, invoquant « une loi naturelle supérieure aux lois humaines ». Le président Hollande avait de plus semé le doute en invoquant la possibilité d'une « clause de conscience » pour les édiles municipaux.

### 3. Les familles : un lobby puissant entre traditionalisme et progressisme.

#### A. Des familles qui s'organisent.

Mais si le politique vient en aide aux familles, ces dernières, en retour, tentent d'influer sur la vie politique du pays.

Les familles ne sont ni de droite ni de gauche mais elles tentent de s'organiser afin de faire valoir leurs intérêts, quitte à ce qu'ils soient parfois contradictoires en fonction des types de famille.

L'ordonnance du 3 mars 1945 a institué l'Union nationale des associations familiales (UNAF) qui se voit confier le monopole de la représentation des familles en France. Elle est donc chargée de promouvoir, défendre et représenter les intérêts de toutes les familles quelles que soient leurs croyances ou leur appartenance politique. Cette organisation est financée, depuis 1951, par un prélèvement sur les prestations familiales (1% aujourd'hui). Elle regroupe aujourd'hui près de 8.000 associations familiales regroupant plus de 700.000 familles.

Plusieurs associations sont très bien représentées en son sein ; c'est le cas de Familles rurales (150.000 familles adhérentes), Familles de France, CSF (Confédération syndicale des familles), Confédération nationale des associations familiales catholiques (CNAFC), Confédération nationale des associations familiales laïques (CNAFL), Associations familiales protestantes,... Depuis l'adoption de la loi sur le mariage homosexuel, l'APGL (Association des parents gays et lesbiens) en est devenue membre, malgré les refus de l'UNAF au départ.

L'UNAF est donc un lien important entre les familles et les pouvoirs publics. Elle donne des avis sur des questions d'ordre familial et peut proposer des mesures. Elle représente officiellement les familles auprès des pouvoirs publics, notamment dans le cadre du Haut Conseil de la famille, créé en 2009 (en remplacement du Haut Conseil de la population et de la famille), organisme consultatif français chargé d'éclairer le gouvernement sur les problèmes démographiques et sur leurs conséquences à moyen et longs termes dans les domaines de la fécondité, du vieillissement et des mouvements migratoires, ainsi que sur les questions relatives à la famille. L'UNAF peut enfin ester en justice si les intérêts matériels et moraux

des familles sont mis en cause (elle peut se porter partie civile dans des cas de discrimination, maltraitance,...). Elle agit aussi au niveau départemental avec le réseau des UDAF (Union départementales des associations familiales).

Certains médias se font le relais des familles, à l'image de *Top Famille Magazine*, diffusé de 2000 à 2007, s'adressant en particulier aux femmes de 25 à 45 ans ayant un ou plusieurs enfants de moins de 16 ans. L'hebdomadaire *Famille chrétienne*, créé en 1978, paraît toujours et défend les positions de l'Eglise catholique

#### B. Tradition familiale ou progressisme ?

On a pourtant longtemps associé les familles à la tradition. De nombreuses associations traduisent en effet une volonté de conservatisme familial, cantonnées dans un modèle hérité du passé et lié à la religion catholique. C'est le cas d'associations comme la CNAFC. Leur conception de la famille reste fondée sur le mariage hétérosexuel, conçu comme un lien indissoluble et les enfants. Ces associations ont œuvré en vue de lutter contre la loi sur le mariage homosexuel, dans le cadre notamment de la « Manif pour tous ».

En revanche, d'autres associations défendent une évolution des conceptions, à l'image de l'APGL qui milite notamment pour le droit aux couples homosexuels à pouvoir avoir des enfants, par le biais de la GPA qui, selon elle, doit être légalisée en France.

Un lobby familial qui s'organise.

Les familles représentent un véritable enjeu de pouvoir en même temps qu'elles sont un lobby relativement influent. Les politiques n'ont ainsi pas réussi, de façon récente, à lier l'obtention des allocations familiales aux seuls revenus modestes. Tandis que les organisateurs de la *Manif pour tous* arboraient des drapeaux où était inscrit « familles en colère ». S'ils n'ont pas réussi à éviter que la loi sur le mariage pour tous ne passe, les familles ont été un puissant levier de contestation, de la loi et du pouvoir en place, et ont tendu à créer un mouvement qui s'est voulu durable et dont la portée se voulait plus large.

L'avenir dira si le *Printemps français*, dirigé par Béatrice Bourges, a vocation à s'inscrire et à perdurer dans le paysage politique français, au nom, notamment, de la défense d'une conception traditionnelle de la famille. Mais ces

familles se sont déjà largement engagées contre certaines dispositions de la loi Famille de 2014, votée par l'Assemblée nationale en mai 2014. De nombreuses personnalités, à commencer par Christine Boutin, avaient entraîné le report de ce projet de loi en février 2014.

Des médecins s'étaient joints au mouvement, et notamment Maurice Berger, chef de service en psychiatrie de l'enfant au CHU de Saint-Etienne, qui avait lancé une pétition contre le principe de la double résidence de l'enfant. Elle entraînerait des troubles affectifs déjà recensés chez l'enfant.

part de l'Etat qui leur accorde peut-être un peu moins d'importance et dont les politiques tendent à s'attacher de plus en plus aux individus, court-circuitant en quelques sortes l'institution familiale. En même temps, la famille est de plus en plus tenue comme responsable, notamment en matière d'éducation des enfants. De sorte que de profondes inégalités se créent entre parents capables d'assurer cette éducation conforme aux normes sociales et ceux qui ne le sont pas ou qui se trouvent démunis.

Cette diversité de situations se retrouve d'ailleurs dans les différents débats et les différentes représentations qui ont touché ou touchent aujourd'hui la famille.

L'étude des relations entre l'Etat et les familles pose donc réellement la question des rapports entre public et privé, qui ont profondément évolué. « Auparavant, il s'agissait d'imposer aux individus de rendre les modes d'organisation de leur univers privé conformes à ce qui était posé comme l'intérêt de la société tout entière. Ce qui est visé aujourd'hui, c'est une autodétermination de leur univers privé par les individus eux-mêmes » affirmaient Jacques Commaille, Michel Villac et Pierre Strobel dans *La politique de la famille*, 2002.

C'est sous le gouvernement Raymond Barre, en avril 1978, qu'est créé pour la première fois un ministère à proprement parler de la famille avec Simone Veil, Ministre de la Santé et de la Famille. L'appellation disparaît parfois mais réapparaît souvent. Sous François Hollande, Dominique Bertinotti a été Ministre déléguée chargée de la Famille auprès de la ministre des Affaires sociales et de la Santé de mai 2012 à mars 2014. Puis Laurence Rossignol est devenue Secrétaire d'Etat à la Famille et aux Personnes âgées.

Tout se passe donc comme si la famille tendait à s'émanciper des politiques étatiques en conservant des avantages publics importants, malgré la crise ; ainsi qu'une visibilité et une influence importantes dans le paysage politique français. Il n'est plus vraiment question d'intrusion de l'Etat au sein de l'espace privé des familles, d'autant plus que la conception prônée désormais par les pouvoirs publics est beaucoup plus lâche qu'auparavant. Mais l'Etat tend, de toute façon, à concurrencer les familles sur de nombreux plans comme l'éducation.

Tout se passe donc comme si les familles subissaient une double concurrence : par le bas, de la part des individus qui veulent s'affranchir des contraintes familiales ; et par le haut, de la

**Repères chronologiques :**

1884 : Loi Naquet autorisant le divorce.  
 Juillet 1920 : loi qui pénalise lourdement l'avortement et la contraception en France.  
 1923 : l'avortement n'est plus jugé en cour d'assises (par un jury populaire trop clément) mais au tribunal correctionnel, par des magistrats.  
 1932 : loi Landry instituant les allocations familiales.  
 1939 : Code de la Famille.  
 1942 : l'avortement est considéré comme un crime d'Etat.  
 Juillet 1943 : exécution de Marie-Louise Giraud pour avoir pratiqué 27 avortements.  
 1945 : UNAF (Union nationale des associations familiales).  
 1945-1946 : lois instituant la Sécurité Sociale en France. Création du quotient familial.  
 1948 : Allocation de logement familiale.  
 1970 : Allocation pour élever des orphelins.  
 1970 : l'autorité parentale est désormais conjointe au sein du couple. Elle n'appartient plus au seul père de famille.  
 1971 : Allocation de logement sociale.  
 1972 : Allocation pour frais de garde pour les ménages modestes.  
 1975 : création du divorce par consentement mutuel. Création d'une prestation compensatoire.  
 1976 : Allocation de parent isolé.  
 1977 : Aide personnalisée au logement (APL).  
 1985 : Allocation parentale d'Education.  
 1986 : Création de l'APGL (Association des parents et futurs parents gays et lesbiens).  
 1989 : adoption par l'ONU de la CIDE (Convention internationale des droits de l'enfant).  
 1994 : AGED (Allocation de garde d'enfant à domicile).  
 1994 : autorisation de la PMA pour les concubins.  
 1997 : exhumation du corps d'Yves Montand pour vérifier sa paternité sur Aurore Drossard.  
 2001 : Fin des différences de traitement en matière d'héritage entre enfants légitimes et illégitimes.  
 2002 : Création d'un conseil national pour l'accès aux origines personnelles qui permet aux enfants issus d'accouchement sous X d'avoir accès à leur dossier.  
 2002 : Congé de paternité.

2004 : PAJE (Prestation d'accueil du jeune enfant).  
 2009 : création d'un Haut conseil de la famille.  
 2007 : seules deux formes de divorce existent désormais : le divorce pour désunion irrémédiable et le divorce par consentement mutuel. Fin du divorce pour faute.  
 2012 : un juge de Bayonne a accordé l'autorité parentale croisée à deux femmes pacsées, chacune sur l'enfant de l'autre.  
 2013 : autorisation du mariage pour les couples de même sexe. Des maires refusent de célébrer ce type d'union. Des associations familiales défilent au sein de la *Manif pour tous* pour s'opposer à ce projet.  
 Mai 2014 : Adoption par l'Assemblée nationale de la loi famille. Elle doit être votée par le Sénat pour pouvoir être appliquée.

**Fiche de lecture :**

Jacques Commaille, Pierre Strobel, Michel Villac, *Politique de la famille*, Paris, La Découverte, 2003. Dans cet ouvrage, les trois auteurs se proposent d'analyser les enjeux actuels auxquels est confrontée l'action publique dans ce domaine, à partir d'un double éclairage, social et sexué, et d'une mise en perspective systématique du cas français dans son contexte européen. Le titre en est d'ailleurs évocateur puisqu'il s'agit de « la politique de la famille » et non de la politique familiale à proprement parler.

La compréhension des attitudes actuelles ne peut se faire que par un recours à l'histoire des politiques familiale. Dans le premier chapitre, il s'agit d'étudier les différents dispositifs mis en place mais aussi d'en étudier la portée symbolique. En effet, si on compare la politique familiale française avec celle menée par les autres pays européens, elle ne se distingue pas tant par son contenu que par son idéologie : le familialisme. Ce dernier consiste à définir la famille comme « un tout, une institution à laquelle les individus seraient subordonnés, assujettis à un ordre commun, afin d'assumer des fonctions au service de la société ». Mais dans ce cadre, les politiques françaises, comparées aux autres politiques européennes, sont relativement ambiguës : elles mêlent des éléments progressistes et des éléments traditionnels et elles ne correspondent plus à une logique strictement familialiste, en dépit de leurs héritages.

Le chapitre 2 s'attache à retrouver la pluralité des fondements historiques de la politique familiale. Le familialisme, qui affirme la primauté de l'institution, se trouve confronté à deux autres éléments : l'émancipation tout d'abord qui remonte à la Révolution française. Mais également le besoin de protection, directement lié au catholicisme social du XIX<sup>ème</sup> siècle.

Dans le chapitre 3, les auteurs montrent comment ces antagonismes ont produit des conséquences : l'affirmation de la revendication d'émancipation par rapport à la famille traditionnelle a conduit à l'émergence d'un nouveau modèle de la famille « relationnelle », où le choix des individus prime sur la contrainte de l'institution. Les femmes ont été des acteurs importants de ce processus d'autonomisation par leurs comportements individuels mais également

par les mouvements qu'elles ont créés (notamment d'émancipation féminine).

Le chapitre 4 révèle que ce processus d'autonomisation et d'individualisation de la famille entraîne des conséquences nouvelles auxquelles l'Etat doit faire face. Des inégalités structurelles apparaissent, notamment du point de vue du genre (travail domestique face au travail rémunéré). De nouveaux risques apparaissent avec la paupérisation des familles monoparentales. L'Etat se doit donc de remédier à ces nouvelles inégalités.

Il faut également noter une tendance croissante à un déguisement politique des risques sociaux en risques familiaux. Le traitement actuel de la délinquance juvénile le montre bien : on cherche à imputer toute la responsabilité aux parents (volonté de retirer les allocations familiales aux parents des enfants trop absentéistes à l'école par exemple) en occultant les facteurs économiques et sociaux. Ce phénomène participe, selon les auteurs, d'« transfert de la demande normative, de la bonne famille – le couple marié et stable – vers les bons parents – ceux qui assurent à leurs enfants une éducation et une socialisation correcte – quels que soient les modalités et aléas de leur relation conjugale ». Or, les catégories les plus défavorisées, c'est-à-dire les plus touchées par les risques familiaux subissent de plein fouet cette normativité familialiste. L'intervention étatique devient donc duale : elle combine paternalisme (contrôle social en échange de protection) en direction des familles pauvres et approbation de l'évolution des mœurs dans le cadre d'une « démocratie politique de la famille », plutôt en direction des classes moyennes et supérieures.

Le chapitre 6 insiste sur les possibilités ouvertes aux femmes par l'articulation entre politique familiale et politique d'égalitarisme en matière d'emploi. Mais cela conduit à une différenciation sociale importante : les femmes les plus aisées peuvent facilement avoir recours à des femmes plus pauvres afin qu'elles s'occupent de leurs enfants. On a donc un transfert du *care* des femmes riches vers les femmes pauvres. Ce chapitre pose aussi la question de l'individualisation des droits sociaux. Alors que la protection sociale est largement encore fondée sur l'unité familiale, quelques timides progrès sont faits dans le sens de cette personnalisation : CMU (Couverture Maladie Universelle). Mais

dans de nombreux domaines touchant les femmes par exemple, la familiarisation se poursuit, voire se développe. Cela témoigne de la résistance de la logique familialiste. Ce phénomène est d'ailleurs encouragé par le développement de prestations sous condition de ressources, qui supposent une solidarité familiale étendue. Le fait d'entrer en concubinage peut faire perdre à un parent l'API (Allocation de parent isolé). Malgré tous ces signes d'un regain de la familiarisation de la protection sociale, les auteurs estiment qu'on assiste tout de même à une individualisation des politiques, tendance qui se trouve renforcée par les orientations de plus en plus communautaires qui inscrivent la politique familiale dans le cadre d'une politique d'égalité des chances.

Enfin, le chapitre 7 insiste sur le fait que la politique de la famille reste traversée par des dilemmes structurels. Doit-elle favoriser des systèmes de redistribution horizontale ou verticale ? Doit-elle se financer sur la base des salaires ou sur la base du budget de l'Etat ? Doit-elle réserver ses aides uniquement aux familles (ou aux personnes) les plus défavorisées ?

Quoi qu'il en soit, la démocratisation de la vie privée entraîne un bouleversement de la structure des familles et, de proche en proche, des mutations profondes dans la politique familiale menée par l'Etat, obligée de s'adapter. Elle le fait notamment en attachant de plus en plus d'importance à l'individu.

### Références et pistes d'approfondissement.

Ouvrages :

BURGUIERE André, KLAPISCH-ZUBER Christiane, SEGALEN Martine, ZONABEND Françoise, *Histoire de la famille*, Paris, Armand Colin, 1986.

COMMAILLE Jacques, MARTIN Claude, *Les enjeux politiques de la famille*, Paris, Bayard, 1998.

COMMAILLE Jacques, STROBEL Pierre, VILLAC Michel, *La politique de la famille*, Paris, La découverte, 2002.

DONZELOT Jacques, *La police des familles*, Paris, Ed. de minuit, 1977.

LENOIR Rémi, *Généalogie de la morale familiale*, Paris, Seuil, 2003.

SEGALEN Martine, *Sociologie de la famille*, Paris, Armand Colin, 2013.

Différentes publications de l'INED (Institut National des Etudes Démographiques) et notamment *Population et Sociétés*.

N° 448, « les politiques familiales des pays développés : des modèles contrastés », septembre 2008.

N° 512, « les politiques familiales en France et en Europe : évolutions récentes et effets de la crise », juin 2014.

## L'actualité

### Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

#### **Cass. crim., 28 mars 2018, n° 17-81.232 : élément moral des « persécutions téléphoniques »**

En l'espèce, entre 2010 et 2013, un individu avait adressé plus de deux milles appels téléphoniques à la centrale d'un syndicat professionnel, la fréquence desdits appels s'élevant jusqu'à plusieurs dizaines par jour. Les juges du fond avaient déduit de la multitude de ces appels un acharnement démonstratif d'une intention de nuire, de sorte que les éléments constitutifs du délit prévu à l'article 222-16 du Code pénal, incriminant notamment les « appels téléphoniques malveillants réitérés », étaient réunis. Dans son pourvoi, le prévenu critiquant, notamment, le fait que la Cour d'appel n'ait pas indiqué en quoi les appels litigieux avaient eu pour objet ou pour effet de troubler la tranquillité de leur destinataire. Dans son arrêt du 28 mars 2018, la Chambre criminelle affirme, dans un premier temps, que la Cour d'appel a établi dans ses motifs que les appels téléphoniques étaient à la fois réitérés et malveillants. Dans un second temps, la Haute juridiction judiciaire affirme que « l'article 222-16 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 18 mars 2003, n'exige pas, pour réprimer les appels téléphoniques malveillants réitérés, qu'ils aient été émis en vue de troubler la tranquillité d'autrui ».

Cette solution se comprend au regard de l'évolution rédactionnelle du texte. En effet, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 19 septembre 2000, l'article 222-16 du Code pénal disposait : « les appels téléphoniques malveillants ou les agressions sonores, réitérés en vue de troubler la tranquillité d'autrui, sont punis d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende » ; dans sa rédaction issue de la loi du

18 mars 2003, il disposait : « les appels téléphoniques malveillants réitérés ou les agressions sonores en vue de troubler la tranquillité d'autrui, sont punis d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende ». Avec l'ordonnance de 2000, la réitération et l'objectif de trouble à la tranquillité d'autrui s'appliquaient aux deux formes de comportement, comme l'atteste la virgule employée après le terme « sonores », tandis qu'avec la loi de 2003, la suppression de ladite virgule a pour conséquence que le trouble à la tranquillité d'autrui ne s'applique désormais plus qu'aux agressions sonores. Notons qu'au regard de l'actuelle rédaction du texte, issue de la loi du 4 août 2014, la solution dégagée dans notre arrêt est également applicable aujourd'hui.

### Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

#### **Cass. crim., 5 avril 2018, n° 17-81.085 : exclusion de l'abus de confiance en l'absence d'une remise opérée à titre précaire**

En l'espèce, antérieurement à la date de cessation de son activité, une entreprise exerçant une activité de traiteur et de services pour l'organisation de réceptions avait conclu un contrat avec une cliente, les paiements échelonnés s'étant poursuivis après cette date. Par ailleurs, postérieurement à la déclaration de cessation d'activité, le chef d'entreprise a, malgré tout, conclu un contrat avec un autre client et reçu un acompte. Dans les deux cas, les fonds avaient été remis à charge d'en faire un usage déterminé – en l'espèce, l'organisation d'une réception et d'un mariage –, sachant qu'aucune des prestations n'a été honorée. Condamné du chef d'abus de confiance, délit prévu et réprimé par l'article 314-1 du Code pénal, le chef d'entreprise s'est pourvu en cassation en

invoquant, notamment, l'absence de caractérisation de la précarité de la remise des fonds qui auraient été détournés de leur finalité. Dans son arrêt du 5 avril 2018, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, rappelle que l'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire, de sorte que ce délit ne peut être appliqué à des fonds remis, certes avec une affectation précise, mais en pleine propriété.

Cet arrêt est important dans la mesure où il contraste avec la jurisprudence récente de la Cour de cassation ayant admis que l'acte de détournement constitutif d'un abus de confiance pouvait porter sur des fonds remis à titre de pleine propriété, mais faisant l'objet d'une affectation précise. Ainsi, la Chambre criminelle a admis que soit appliquée la qualification d'abus de confiance à des cuisinistes qui avaient encaissé des acomptes alors qu'ils étaient conscients, dès l'origine, qu'ils ne pourraient pas honorer leur engagement en raison de leur situation financière (Cass. crim., 3 février 2016, n° 14-83.427). Dans le même ordre d'idée, à propos d'un contrat de construction de maison individuelle, la Haute juridiction judiciaire a affirmé que « *le caractère précaire de la remise de ces fonds découle de la nature de la convention conclue entre les parties* », peu important finalement que les sommes aient été remises en pleine propriété (Cass. crim., 6 avril 2016, n° 15-81.272). Avec son arrêt du 5 avril 2018, la Cour de cassation semble vouloir recadrer le champ d'application de l'abus de confiance à l'aune de sa définition légale, à savoir une remise des biens « *à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* », de sorte que, si cette remise a été faite en pleine propriété, l'infraction n'est pas constituée. Toute méconnaissance d'un engagement contractuel ne saurait, en effet, être sanctionnée pénalement, conformément aux principes de nécessité et de proportionnalité.

## Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

**Cons. const., déc. n° 2018-704 QPC du 4 mai 2018, M. Franck B. et autre : constitutionnalité de l'obligation pour l'avocat de faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement par le président de la Cour d'assises**

Dans un arrêt du 7 février 2018, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité formulée en ces termes : « *l'article 9 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques qui dispose que " l'avocat régulièrement commis d'office par le bâtonnier ou par le président de la Cour d'assises ne peut refuser son ministère sans faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement par le bâtonnier ou par le président", est-il contraire à la Constitution du 4 octobre 1958, au regard des articles 7 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 ainsi qu'aux droits de la défense qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, en ce que cette disposition, telle qu'interprétée par la Cour de cassation, suivant une jurisprudence constante, confère au seul président de la Cour d'assises le pouvoir de rejeter les motifs d'excuse de l'avocat qu'il a lui-même commis d'office, sans motivation ni recours ?* » (Cass. crim., 7 février 2018, n° 17-90.025).

Dans sa décision du 4 mai 2018, le Conseil rappelle, d'une part, qu'en vertu des dispositions des articles 274 et 317 du Code de procédure pénale, lorsque le président de la Cour d'assises constate que l'accusé n'est pas défendu, il doit lui commettre d'office un avocat, d'autre part, que ledit président est seul compétent pour admettre ou refuser les motifs d'excuse ou d'empêchement invoqués par l'avocat qui souhaite refuser son ministère, conformément aux dispositions de l'article 9 de la loi du 31 décembre 1971, tel qu'interprété par la jurisprudence constante de la Cour de cassation et, enfin, que l'avocat qui ne

respecte pas sa commission d'office encourt une sanction disciplinaire. Il conclut finalement à la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés constitutionnellement garantis.

Pour ce faire, en premier lieu, le Conseil constitutionnel se fonde sur l'objectif de bonne administration de la justice, dont la valeur constitutionnelle a été reconnue dans la décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, et sur les exigences qui s'attachent au respect des droits de la défense tels qu'ils découlent des dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (voir, à ce propos, notamment : Cons. const., déc. n° 2006-535 DC du 30 mars 2006). En effet, le Conseil souligne, tout d'abord, que le pouvoir conféré au président de la Cour d'assises de commettre un avocat d'office, pour la défense d'un accusé qui en serait dépourvu, vise à garantir l'exercice des droits de la défense. Il ajoute, ensuite qu'en donnant compétence audit président pour se prononcer sur les motifs d'excuse ou d'empêchement de l'avocat qu'il a commis d'office, les dispositions contestées lui permettent d'apprécier si, compte tenu de l'état d'avancement des débats, de la connaissance du procès par l'avocat commis d'office et des motifs d'excuse ou d'empêchement invoqués, il y a lieu, au nom des droits de la défense, de commettre d'office un autre avocat au risque de prolonger le procès, ce qui participe de son pouvoir de police de l'audience et de direction des débats (article 309 du Code de procédure pénale) et permet la mise en œuvre de l'objectif de bonne administration de la justice.

En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel estime que le pouvoir conféré au président de la Cour d'assises d'apprécier, compte tenu du rôle qui est le sien dans la conduite du procès, les motifs d'excuse ou d'empêchement de l'avocat qu'il a commis d'office ne met pas en cause son impartialité. De la sorte, le Conseil rappelle que, si « *les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles* » (Cons. const., déc. n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011), ils n'interdisent pas, dans tous les cas, au juge d'exercer ses pouvoirs et, le cas échéant, de prendre plusieurs décisions successives à l'égard du même justiciable. Ainsi,

ces principes ne s'opposent pas à ce que, notamment, le juge d'application des peines se saisisse d'office afin d'accorder, modifier, ajourner, retirer ou révoquer une mesure relevant de sa compétence (Cons. const., déc. n° 2017-671 QPC du 10 novembre 2017).

En troisième lieu, le Conseil constitutionnel fait état de garanties compensatrices des griefs invoqués par les requérants. À ce propos, les Sages soulignent, d'abord, que l'avocat commis d'office, s'il est tenu d'assurer la défense de l'accusé tant qu'il n'a pas été relevé de sa mission par le président de la Cour d'assises, exerce son ministère librement, de sorte que son indépendance par rapport au président est préservée, tout en étant tenu par son serment, de sorte qu'il ne saurait révéler, au titre d'un motif d'excuse ou d'empêchement, un élément susceptible de nuire à la défense de l'accusé. Les Sages observent, ensuite, qu'en vertu de l'article 274 du Code de procédure pénale, l'accusé peut à tout moment choisir un avocat, ce qui rend alors non avenue la désignation effectuée par le président de la Cour d'assises. Enfin, ils notent que, si le refus du président de la Cour d'assises de faire droit aux motifs d'excuse ou d'empêchement invoqués par l'avocat commis d'office n'est pas susceptible de recours, la régularité de ce refus peut être contestée par l'accusé à l'occasion d'un pourvoi devant la Cour de cassation, et par l'avocat à l'occasion de l'éventuelle procédure disciplinaire ouverte contre son refus de déférer à la décision du président de la Cour d'assises.

### Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

**Cons. const., déc. n° 2018-705 QPC du 18 mai 2018, Mme Arlette R. et autres : constitutionnalité de la possibilité de clôturer l'instruction en dépit d'un appel pendant devant la Chambre de l'instruction**

Dans un arrêt du 28 février 2018, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question

prioritaire de constitutionnalité formulée en ces termes : « *Les dispositions de l'article 187 du Code de procédure pénale et leur interprétation en ce qu'elles autorisent le magistrat instructeur à clore son instruction et à renvoyer devant une juridiction de jugement, alors même que par application du droit reconnu par l'article 186-1 du même Code, un appel contre l'une de ses ordonnances est pendant devant la Chambre de l'instruction, ce qui est de nature à priver de toute efficacité la décision de la Chambre de l'instruction y faisant droit, contreviennent-elles aux principes constitutionnels d'égalité des citoyens devant la loi, d'effectivité des voies de recours, ainsi qu'au plein exercice des droits de la défense garantis par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ?* » (Cass. crim., 28 février 2018, n° 17-83.577).

Dans sa décision du 18 mai 2018, le Conseil constitutionnel rappelle qu'il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant la procédure pénale, de garantir le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Pour autant, il déclare les dispositions contestées conformes aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Pour ce faire, les Sages soulignent que, si, en cas d'appel d'une ordonnance rendue dans le cadre d'une information judiciaire, autre qu'une ordonnance de règlement, le juge d'instruction est autorisé à poursuivre son information et, le cas échéant, à la clôturer, de sorte que le droit à un recours juridictionnel effectif est susceptible d'être affecté, des mécanismes compensateurs existent (voir, pour un raisonnement similaire à propos du droit d'appel restreint du mis en examen : Cons. const., déc. n° 2011-153 QPC du 13 juillet 2011).

En premier lieu, le Conseil note qu'en application du premier alinéa de l'article 187 du Code de procédure pénale, lorsque la Chambre de l'instruction est saisie en appel d'une ordonnance autre que de règlement, le président de ladite Chambre a la faculté d'ordonner la suspension de l'information le temps qu'il soit statué sur cet appel. Par ailleurs, la clôture de l'information ne peut, conformément aux

dispositions de l'article 175 du même Code, intervenir en tout état de cause qu'à l'issue d'un délai minimum d'un mois et dix jours après que les parties ont été informées par le juge d'instruction de son intention de clore l'information, de sorte que, dans cet intervalle, elles peuvent informer le président de la Chambre de l'instruction, devant laquelle un appel est pendant, de l'imminence de la clôture de l'information.

En deuxième lieu, le Conseil affirme qu'il peut être interjeté appel d'une ordonnance de mise en accusation comme de non-lieu et que le mis en examen et la partie civile peuvent, à cette occasion, contester les dispositions des ordonnances critiquées devant la Chambre de l'instruction au moment de la clôture de l'instruction. En outre, le Conseil rappelle que, conformément à la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, « *il se déduit des dispositions de l'article 186-3, alinéa 3, du Code de procédure pénale, dans leur rédaction issue de la loi du 3 juin 2016, que l'appel contre l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel est recevable lorsqu'un précédent appel du mis en examen contre une ordonnance du juge d'instruction ayant rejeté une demande d'acte est pendant devant la Chambre de l'instruction* » (Cass. crim., 7 février 2017, n° **16-86.835**). À ce propos, il convient de rappeler que la jurisprudence dite de « *l'unique objet* », selon laquelle, « *en permettant aux [parties] de relever appel des ordonnances prévues par les articles 186, alinéas 1 et 3, et 186-1 du Code de procédure pénale, ces textes, dont les dispositions sont limitatives, leur ont attribué un droit exceptionnel dont ils ne sauraient s'autoriser pour faire juger, à l'occasion de ces procédures spéciales, des questions étrangères à leur unique objet* » (voir, notamment, : Cass. crim., 1<sup>er</sup> février 1961, D. 1961, p. 581, note M. R. et M.), n'est pas applicable à l'appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance de clôture puisque celui-ci saisit la Chambre de l'instruction de l'ensemble de la procédure (voir, en particulier, les articles 202 et 204 du Code de procédure pénale).

En troisième et dernier lieu, le Conseil souligne qu'en cas de saisine d'une juridiction de jugement à la suite d'une information judiciaire, les parties peuvent toujours solliciter un

supplément d'information auprès de la Cour d'assises, du tribunal correctionnel ou de la Chambre des appels correctionnels, voire du tribunal de police, de sorte que les parties peuvent ainsi contester utilement les décisions du juge d'instruction sur lesquelles la Chambre de l'instruction n'a pas statué avant l'ordonnance de règlement. De la sorte, le Conseil a refusé de faire droit à l'argumentation des requérants selon laquelle le droit à un recours juridictionnel effectif exigerait que la contestation soit tranchée avant toute décision de saisine de la juridiction répressive de jugement. En effet, si l'ordonnance de mise en accusation ou de renvoi fixe le périmètre de la poursuite, elle ne détermine pas l'issue du procès.

En conséquence de tout ce qui précède, le Conseil déclare les dispositions contestées conformes à la Constitution en rappelant qu'elles « *ont pour objet d'éviter les recours dilatoires provoquant l'encombrement des juridictions et l'allongement des délais de jugement des auteurs d'infraction et mettent ainsi en œuvre l'objectif de bonne administration de la justice* ».

### Droit pénal et procédure pénale

Olivier BACHELET

Magistrat

Professeur de droit pénal et procédure pénale à l'ISP

#### Cons. const., déc. n° 2018-706 QPC du 18 mai 2018, M. Jean-Marc R. : constitutionnalité du délit d'apologie d'actes de terrorisme

Dans un arrêt du 27 février 2018, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité formulée en ces termes : « *Les articles 421-2-5, 422-3 et 422-6 du Code pénal, qui définissent et répriment l'infraction d'apologie d'actes de terrorisme, telle qu'interprétés par une jurisprudence constante, portent-ils atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, et, notamment, à la liberté d'expression et de communication ainsi qu'aux principes de légalité des délits et de nécessité des peines garantis par les articles 11 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*

*de 1789 et 34 de la Constitution ?* » (Cass. crim., 27 février 2018, n° 17-83.602).

Dans sa décision du 18 mai 2018, le Conseil constitutionnel déclare les dispositions contestées conformes aux droits et libertés constitutionnellement garantis après avoir rejeté l'ensemble des griefs formulés par le requérant relatifs à la méconnaissance, d'une part, du principe de légalité des délits et des peines, d'autre part, des principes de nécessité et de proportionnalité des peines et, enfin, de la liberté d'expression et de communication.

En premier lieu, s'agissant de la méconnaissance alléguée du principe de légalité des délits et des peines, le Conseil considère que les dispositions contestées de l'article 421-2-5 du Code pénal, qui répriment l'apologie publique d'actes de terrorisme, ne revêtent pas un caractère équivoque et sont suffisamment précises pour garantir contre le risque d'arbitraire. Pour ce faire, le Conseil rappelle que le comportement incriminé doit, d'abord, inciter à porter un jugement favorable sur une infraction expressément qualifiée par la loi d'« *acte de terrorisme* » ou sur son auteur. En effet, dans un arrêt du 25 avril 2017, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé que « *le délit d'apologie d'actes de terrorisme, prévu et réprimé par [l'article 421-2-5 du Code pénal], consiste dans le fait d'inciter publiquement à porter sur ces infractions ou leurs auteurs un jugement favorable* » (Cass. crim., 25 avril 2017, n° 16-83.331). Le Conseil ajoute que le comportement incriminé doit, ensuite, se matérialiser par des propos, images ou actes présentant un caractère public, c'est-à-dire dans des circonstances traduisant la volonté de leur auteur de les rendre publics. À ce propos, il convient de rappeler que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a récemment affirmé que l'apologie du terrorisme impose que les propos en cause soient prononcés publiquement, c'est-à-dire tenus à haute voix dans des circonstances traduisant une volonté de les rendre publics, de sorte que l'infraction peut être retenue à l'encontre de celui qui s'adresse aux gendarmes qui l'escortent, en l'absence d'une quelconque communauté d'intérêts (Cass. crim., 11 juillet 2017, n° 16-86.965), mais non à l'égard d'un militaire s'adressant à d'autres

militaires (Cass. crim., 13 décembre 2017, n° 17-82.030).

En deuxième lieu, pour ce qui concerne la violation alléguée des principes de nécessité et de proportionnalité des peines, le Conseil se prononce sur les dispositions de l'article 422-6 du Code pénal qui instaurent, à l'encontre des personnes « *coupables d'actes de terrorisme* », une peine complémentaire de confiscation de tout ou partie des biens leur appartenant ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont elles ont la libre disposition. À ce propos, les Sages indiquent que, si le délit d'apologie publique d'actes de terrorisme est prévu par l'article 421-2-5 du Code pénal, qui figure dans le chapitre 1<sup>er</sup>, intitulé « *Des actes de terrorisme* », du titre II du livre IV du même Code, le législateur n'a pas expressément qualifié cette infraction d'acte de terrorisme, de sorte que la peine complémentaire de confiscation instituée par l'article 422-6 n'est pas applicable aux personnes coupables d'apologie publique d'actes de terrorisme. Par ailleurs, selon le Conseil, eu égard à la gravité des infractions constituant des actes de terrorisme, auxquelles elle est applicable, la peine complémentaire de confiscation instituée par l'article 422-6 du Code pénal n'est pas manifestement disproportionnée. Les Sages se prononcent également sur les dispositions des articles 421-2-5 et 422-3 du Code pénal qui prévoient les peines principales et les peines complémentaires encourues par les personnes coupables d'apologie publique d'actes de terrorisme. À ce propos, le Conseil considère qu'« *au regard de la nature des comportements réprimés, les peines ainsi instituées, qui sont prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, ne sont pas manifestement disproportionnées* » et affirme que les peines aggravées encourues, lorsque le délit a été commis en utilisant un service de communication au public en ligne, sont justifiées « *au regard de l'ampleur particulière de la diffusion des messages prohibés que permet ce mode de communication, ainsi que son influence dans le processus d'endoctrinement d'individus susceptibles de commettre des actes de terrorisme* ».

En troisième et dernier lieu, quant à la méconnaissance alléguée de la liberté

d'expression et de communication, le Conseil rappelle qu'il est loisible au législateur d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers, notamment en matière de lutte contre l'incitation et la provocation au terrorisme. « *Cependant, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* ». À ce propos, les Sages notent, tout d'abord, qu'en instituant le délit d'apologie publique d'actes de terrorisme, le législateur a entendu prévenir la commission de tels actes et éviter la diffusion de propos faisant l'éloge d'actes ayant pour objectif de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. Ce faisant, le législateur a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions, dont participe l'objectif de lutte contre le terrorisme. Ensuite, ils soulignent que l'apologie publique, qui est précisément définie par la loi, crée par elle-même un trouble à l'ordre public par la large diffusion des idées et propos dangereux qu'elle favorise, tout en rappelant qu'en la matière, comme ailleurs, le juge répressif se prononce « *en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction et des circonstances de cette dernière, notamment l'ampleur du trouble causé à l'ordre public* ». Enfin, les Sages indiquent que, « *si, en raison de son insertion dans le Code pénal, le délit contesté n'est pas entouré des garanties procédurales spécifiques aux délits de presse prévues par la loi du 29 juillet 1881 mentionnée ci-dessus, les actes de terrorisme dont l'apologie est réprimée sont des infractions d'une particulière gravité susceptibles de porter atteinte à la vie ou aux biens* ». Ils déduisent de l'ensemble de ces éléments que l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication par les dispositions contestées est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi. Ces derniers développements sont à mettre en lien avec ceux tenus à propos du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes dont l'inconstitutionnalité résulte, notamment, du fait

que les autorités administrative et judiciaire disposent de nombreuses prérogatives, en particulier « *pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs* » (Cons. const., déc. n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017).

## Droit pénal et procédure pénale

Alexandre DE SAGEY  
Juriste

**Cass.Crim 21 mars 2018 (n°16-87296) : Suite et fin concernant la motivation des peines correctionnelles.**

Depuis le 1<sup>er</sup> février 2017, la Cour de cassation avait entamé le processus de motivation des peines correctionnelles. En effet, par trois arrêts à cette date, elle avait énoncé que : « en matière correctionnelle, toute peine doit être motivée au regard de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle ». Le Conseil Constitutionnel, dans un arrêt du 2 mars 2018 avait élargi cette exigence à la matière criminelle (sur ce point, voir le BMA n°35 de mars 2018). C'est dans ce contexte qu'intervient l'arrêt qui nous intéresse.

Dans les faits, trois personnes sont poursuivies pour diverses infractions par l'intermédiaire d'une société (abus de bien sociaux, organisation de son insolvabilité, entre autres). Condamnés l'un à une peine de prison ferme, le deuxième à une peine de prison avec sursis et le troisième à une peine complémentaire de confiscation par les juges du fond, les trois individus forment alors un pourvoi.

Le moyen du premier estimait que l'exigence de motivation spéciale prévue par l'article 132-19 du Code pénal (qui impose une motivation pour les peines d'emprisonnement non assorties du sursis), n'était pas satisfaite. Les moyens des deux autres, reprochaient aux juges du fond de n'avoir pas justifié leur décision, au regard des exigences d'individualisation des peines, prévue par l'article 132-1 du Code pénal.

La Cour de cassation avait donc à se prononcer sur la portée de l'exigence de motivation des peines correctionnelles pour satisfaire au principe d'individualisation de la peine.

La Cour de cassation, en rejetant le pourvoi du premier mais en accueillant les pourvois des deux autres, vient apporter des éléments permettant de satisfaire à l'exigence de l'article 132-1 du Code pénal. En effet, elle vient préciser que toute peine correctionnelle doit être motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle. Par cette formule, toute les peines prononcées par les juges du fond, que ce soit à titre principal ou complémentaire se doit d'être suffisamment motivée, sous peine de cassation.

## Droit pénal et procédure pénale

Alexandre DE SAGEY  
Juriste

**Cass, Crim. 5 avril 2018, n° 17-83.166 : la demande de renseignements du parquet aux enquêteurs avant l'entrée en vigueur de la loi du 27 février 2017, n'interrompt pas l'action publique.**

Dans les faits, un individu gérant d'une société civile a été poursuivi pour avoir détourné des fonds et acheté un véhicule au préjudice de sa société, entre 2003 et 2005. Une enquête préliminaire est ouverte, et divers actes d'enquête sont réalisés, le dernier étant une réquisition judiciaire adressée le 19 avril 2012 à une banque. Le 10 décembre 2012, le procureur de la République demande à être informé de la procédure, et par la suite demande le retour de la procédure au parquet. Le 15 octobre 2015, un mandement de citation a prévenu a été envoyé et signé.

Condamné par les premiers juges, décision confirmée par la chambre des appels correctionnels le 14 juin 2016, l'individu forme alors un pourvoi en cassation, soutenant différents moyens au soutien de sa cause.

Reproche est fait notamment aux juges

du fond de ne pas avoir relevé une exception tirée de la prescription de l'action publique, alors que selon lui, cet argument était pertinent. En effet, le requérant soutient que la demande d'information réalisée par le procureur de la République, puis, une fois l'information donnée, la demande de retour du dossier de la procédure ne constitue pas un acte d'enquête interrompant la prescription de l'action publique. En estimant que la demande de renseignement présentait le caractère d'un acte préparatoire à une éventuelle action judiciaire, la chambre des appels correctionnels aurait violé l'article 8 du Code de procédure pénale.

La Cour de cassation devait donc se prononcer sur la nature d'une demande d'information et d'une demande de retour de la procédure au parquet, et sa conséquence en matière d'interruption de la prescription de l'action publique.

Par un arrêt concis et sans renvoi, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel, estimant que la demande réalisée par le Ministère public ne constitue pas un acte interruptif de la prescription de l'action publique. Ici, la Cour fait une application de sa jurisprudence tirée de l'article 8 du Code de procédure pénale, ainsi que de l'article 314-1 du Code pénal, concernant la prescription de l'action publique pour l'abus de confiance, qui est de trois années à compter du jour où le détournement est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. Cette jurisprudence est désormais codifiée dans l'article 9-1 du Code pénal, créé par la loi du 27 février 2017. Concernant les actes interrompant la prescription de l'action publique, la Cour de cassation fait ici application de son ancienne jurisprudence, balayée par le nouvel article 9-2 du Code de procédure pénale, estimant que certains actes émanant du ministère public ne devaient pas être considérés comme interrompant la prescription de l'action publique.

## Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

### CE 13 avr. 2018, req. n° 392949, Précision de la notion d'acte usuel de l'autorité parentale

Un enfant scolarisé dans un collège a été radié par le recteur de la Réunion, car il était inscrit dans un autre collège de l'île, à la demande du père. La mère, séparée du père, a contesté cette radiation et a saisi le tribunal administratif afin de condamner l'État pour l'indemniser du préjudice subi. Les juges du fond ont retenu la responsabilité de l'État. Toutefois, le ministre de l'Éducation nationale se pourvoit contre le jugement qui a retenu la responsabilité de l'État. Dans sa décision, le Conseil d'État a retenu que le tribunal administratif a commis une erreur de droit en jugeant qu'une demande de changement d'établissement scolaire ne revêtait pas le caractère d'un acte usuel de l'autorité parentale, sans rechercher si, eu égard à la nature de cet acte, l'ensemble des circonstances dont l'administration avait connaissance était de nature à la faire regarder comme régulièrement saisie de cette demande. Égaux en droits et en devoirs, toute décision relative à l'enfant suppose en principe l'accord des deux parents. Toutefois, selon les termes l'article 372-2 du Code civil, « à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». Aussi, le Conseil d'État devait, pour retenir ou non la responsabilité de l'État, déterminer si un changement de collège était un acte usuel. À cet égard, le Conseil d'État avait déjà affirmé qu'en application de ces dispositions, « chacun des parents peut légalement obtenir l'inscription sur son passeport de ses enfants mineurs, sans qu'il lui soit besoin d'établir qu'il dispose de l'accord exprès de l'autre parent, dès lors qu'il justifie exercer, conjointement ou exclusivement, l'autorité parentale sur ces enfants et qu'aucun élément ne permet à l'administration de mettre en doute l'accord réputé acquis de l'autre parent » (CE, 8 févr. 1999, n° 173126). Pour leur part, les juridictions judiciaires ont également

considéré que les choix scolaires ne pouvaient pas être considérés comme un acte usuel. En effet, il faut que le choix du nouvel établissement soit opéré par les deux parents qui exercent conjointement l'autorité parentale (Aix-en-Provence, 27 oct. 2016).

## Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

### **Civ. 1re, QPC, 11 avr. 2018, n° 18-40.010, refus de renvoyer une QPC en matière d'aliments**

L'article 206 du Code civil affirme 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 enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés* ». Cet article prévoit que le gendre ou la bru doit des aliments à son beau-père ou à sa belle-mère. Néanmoins, cette obligation cesse au décès de l'époux qui a créé le lien d'affinité si tout au moins il ne laisse par un enfant issu du mariage. La question prioritaire de constitutionnalité, qui était posée à la Cour de cassation, était de savoir si cet article est contraire au principe d'égalité devant la loi, que proclame l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et son article 1er ? La Cour de cassation a décidé de ne pas renvoyer cette question devant le Conseil constitutionnel. En effet, elle considère que la question prioritaire de constitutionnalité de l'article 206 du Code civil 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.

## Droit des personnes et de la famille

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

### **Civ. 1re, 11 avr. 2018, n° 17-17.530, Nullité sur nullité ne vaut... en matière de mariage**

Un homme, de nationalité française, et une femme, de nationalité malgache, se sont mariés à Madagascar. Par la suite, ils ont fait retranscrire leur mariage sur les registres français de l'état civil. Toutefois, le Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes a assigné les époux en nullité du mariage pour bigamie. Le tribunal a accueilli la demande. En cause d'appel, l'époux a soulevé la nullité de son mariage avec sa précédente épouse et a demandé qu'il soit sursis à statuer dans l'attente de l'issue de cette procédure. Pour rejeter la demande de sursis à statuer et annuler le mariage pour situation de bigamie, la cour d'appel avait retenu que l'issue de la procédure engagée par l'époux est aléatoire et que l'assignation délivrée à la première épouse a été retournée par l'huissier de justice avec la mention « *adresse vague et inconnue* ». Toutefois, la Cour de cassation a retenu que la nullité ou la validité du premier mariage du mari constitue une question préalable qui doit être jugée avant de statuer sur l'annulation de son second mariage pour bigamie. La solution s'inscrit dans une lignée de jurisprudence. En effet, le second mariage n'est nul que lorsque le premier mariage est valable ; à défaut, la nullité du premier permet de sauver le second (Civ. 1re, 25 sept. 2013, n° 12-26.041).

## Procédure civile

Franck TOURET

Professeur de droit civil à l'ISP

### **Projet de loi de programmation de la justice 2018-2022**

Le 20 avril 2018, la ministre de la Justice, Nicole Belloubet, a présenté en conseil des

ministres, le projet de loi de programmation 2018-2022. Son titre II est consacré à la procédure civile (art. 1er à 18) et s'inspire notamment des propositions issues du rapport remis à la garde des Sceaux le 15 janvier 2018 par Frédérique Agostini, présidente du tribunal de grande instance (TGI) de Melun, et Nicolas Molfessis, professeur de droit. En substance, le projet vise à offrir une Justice plus rapide, plus efficace et plus moderne au service des justiciables. Premièrement, il entend développer les modes de règlement amiable des différends en généralisant d'une part, l'obligation préalable de tentative de règlement amiable pour les litiges de faible incidence financière et pour les conflits de voisinage et d'autre part, le juge pourra renvoyer les parties à une médiation. Deuxièmement, l'article 11 du projet modifie le régime procédural du divorce afin de le simplifier et de l'accélérer. Troisièmement, l'article 13 du projet de loi promet un traitement dématérialisé et centralisé de la procédure d'injonction de payer. Enfin, le projet entend décharger les juridictions de tâches non contentieuses. Ainsi, il prévoit de confier aux notaires une compétence exclusive pour recueillir le consentement à une procréation médicalement assistée. Également, il assouplit l'exigence d'homologation du changement de régime matrimonial. Quatrièmement, le projet veut simplifier la saisine de la juridiction en matière civile par un acte unique de saisine, unifier les circuits procéduraux et harmoniser les procédures. Enfin, l'article 12 propose que devant le tribunal de grande instance, la procédure peut, avec l'accord des parties, se dérouler sans audience.

### Droit des obligations

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

**Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2018, pourvoi n° 16-27.506 : La faute d'abstention et de négligence du médecin**

En l'espèce, lors du suivi d'une grossesse, un médecin gynécologie prescrit des analyses de sang visant à détecter une trisomie 21. Des tests sont bien réalisés, révélant un risque accru

d'atteinte, mais ces résultats ne sont pas transmis au médecin, pas plus qu'à la patiente. La fin de la grossesse fait l'objet d'un suivi par un obstétricien. L'enfant né est effectivement atteint de trisomie 21 ; par suite, les parents, agissant en leur nom et au nom de leur enfant, recherchent la responsabilité des deux médecins. Les juges du fond rejettent leur action dès lors que selon eux, la loi du 4 mars 2002, non invoquée en l'espèce, était applicable aux faits dès lors que l'action en responsabilité a été engagée après son entrée en vigueur. La Cour de cassation casse l'arrêt sur ce point dès lors que l'application de la loi de 2002 est subordonnée à la survenance d'un dommage antérieure à l'entrée en vigueur de la loi, ce qui est le cas en l'espèce. La Haute juridiction renvoie donc l'affaire vers les juges du fond qui retiennent finalement la responsabilité des deux praticiens. Ces derniers forment un nouveau pourvoi arguant que le médecin n'a qu'une obligation de soins de moyens et que son obligation d'information disparaît en cas d'impossibilité de délivrer l'information. Ces arguments ne prospèrent pas devant la Cour régulatrice laquelle estime que le premier praticien a commis une faute en ne sollicitant pas les résultats qui lui auraient permis d'informer correctement sa patiente. Quant au second praticien, il engage également sa responsabilité dès lors qu'il ne s'est pas davantage assuré des résultats du test.

### Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

**Com. 15 novembre 2017, pourvoi n° 16-16.790 et Com. 14 mars 2018, pourvoi n° 16-18.867 : Devoir de mise en garde du banquier à l'égard de la caution.**

Voici des solutions classiques au carrefour du droit bancaire, du droit de la consommation et du droit des sûretés. La distinction est connue en jurisprudence, quant à la portée et l'intensité du devoir de mise en garde bancaire à l'égard de la caution, selon que celle-ci est avertie ou non (Com. 31 mai 2006). Dans

l'arrêt du 15 novembre 2017, les hauts conseillers rappellent ainsi que la banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie lorsque, au jour de son engagement, celui-ci n'est pas adapté aux capacités financières de la caution ou qu'il existe un risque de l'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur. Lorsqu'il est établi que la caution n'est pas une caution avertie et que l'opération est vouée à l'échec dès son lancement, la banque est tenue à son égard d'un devoir de mise en garde lors de la souscription de son engagement, peu important que celui-ci fût adapté à ses propres capacités financières. Dans l'arrêt du 14 mars 2018, les juges décident que la banque n'est tenue d'aucun devoir de mise en garde à l'égard de la caution avertie, quant au risque de surendettement. Tel est le cas lorsque la caution, dirigeant et associé de la société débitrice principale, a une expérience de gestion de plus de dix ans et donc une bonne connaissance du marché. Pour rappel, la solution est la même pour l'emprunteur averti (Com. 31 janvier 2017 : la demanderesse avait la qualité d'emprunteuse avertie, de sorte que la banque n'était tenue à son égard d'aucun devoir de mise en garde. Au surplus, elle avait été à l'origine de l'aggravation de sa situation d'endettement).

### Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

**Com. 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-13.333 : La résiliation du bail commercial dans le cadre d'une procédure collective.**

Pour rappel, l'article L. 622-13, II du Code de commerce dispose « *L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires pour assurer le paiement en résultant. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans*

*le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant* ». Autrement dit, la fin de ce texte offre un droit de résiliation unilatérale légale et particulier au profit de l'administrateur. Ce mécanisme dérogoire au droit commun est-il exclusif des autres mécanismes de résiliation des contrats ? La réponse est négative : ainsi, la Cour de cassation décide que si l'article L. 622-13, II du Code de commerce fait obligation à l'administrateur de résilier un contrat à exécution successive à défaut de fonds suffisants pour acquitter le terme suivant, cette obligation ne lui interdit pas de mettre un terme à tout moment à des contrats de bail, même si les loyers peuvent être payés à l'échéance.

### Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

**Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 février 2018, pourvoi n° 16-19.522 : Qualification commerciale du local d'habitation indispensable à l'exploitation d'un fonds de commerce.**

Au principal, l'article L. 145-1, 1<sup>o</sup> dispose, *in limine*, que « *Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité (...) et en outre : 1<sup>o</sup> Aux baux de locaux ou d'immeubles accessoires à l'exploitation d'un fonds de commerce quand leur privation est de nature à compromettre l'exploitation du fonds et qu'ils appartiennent au propriétaire du local ou de l'immeuble où est situé l'établissement principal* ». Une société et le propriétaire d'un immeuble conclut un bail qualifié d'habitation portant sur un appartement destiné à son personnel et un local à skis, situés en sous-sol et communiquant avec l'immeuble voisin, dans lequel la société exploite un fonds de commerce situé dans un local appartenant au même bailleur. Quelques temps plus tard, ce dernier délivre, sur le fondement de la loi du 6 juillet 1989, un congé pour vendre l'appartement. La société locataire conteste le congé et demande la

requalification en bail commercial. Les juges du fond puis la Cour de cassation font droit à cette demande considérant que « *compte tenu de la situation des lieux en sous-sol, imbriqués en partie, dès la conclusion du bail, par emprise du local commercial, de l'absence de fenêtre et de la présence d'un compteur électrique commun au local commercial, le local litigieux ne pouvait qu'être réservé au logement du personnel et au rangement des skis de la clientèle* » ; dès lors, les juges concluent que « *ce local était indispensable à l'exploitation du fonds de commerce et en a exactement déduit que le bail était soumis au statut des baux commerciaux* ». Pour rappel, l'appréciation du caractère indispensable du local accessoire à l'exploitation du fonds de commerce relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 novembre 2001).

### Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

**Com. 28 février 2018, pourvoi n° 16-19.422 et Com. 24 mai 2018, pourvoi n° 16-27.296 : Des conditions de la conversion du redressement en liquidation.**

Il est toujours étonnant de constater que des points évidents du droit des entreprises en difficultés n'ont pas d'ores et déjà été abordés et traités par la Cour de cassation. L'arrêt du 28 février 2018 se situe dans cette perspective non d'une décision originale et surprenante sur le fond, mais d'une décision porteuse d'un principe énoncé pour la première fois. Pour rappel, l'article L. 640-1, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce subordonne l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à deux conditions de fond cumulatives : d'un côté, un état de cessation des paiements caractérisé judiciairement ; de l'autre, l'impossibilité manifeste d'un redressement de l'entreprise en difficultés. La question posée aux juges du droit dans la première affaire avait trait à la combinaison de cette disposition avec l'article L. 631-15, II, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce lequel prévoit la conversion du redressement en liquidation, dès lors qu'à tout moment de la période d'observation, le

redressement devient manifestement impossible. Précisément, la Cour de cassation était interrogée sur le point de savoir si dans le cadre d'une procédure de redressement, alors que celui-ci devient manifestement impossible, est-il à nouveau nécessaire d'établir (à cet instant) l'état de cessation des paiements, ou l'impossibilité manifeste du redressement suffit-elle à permettre au tribunal de prononcer la liquidation. La Haute juridiction répond, de manière logique, que le texte applicable à la situation est l'article L. 631-15 du Code de commerce, lequel n'exige pas une nouvelle démonstration de l'état de cessation des paiements. Autrement dit, la conversion d'un redressement en liquidation n'impose qu'une seule condition de fond : la caractérisation de l'impossibilité manifeste de redressement. Qu'en est-il des conditions de forme et procédurales de la conversion d'un redressement en liquidation ? La réponse survient à la lecture du principe érigé par la Haute juridiction dans l'arrêt du 24 mai 2018, à nouveau sur le fondement de l'article L. 631-15, II, du Code de commerce. Dans cette décision, les hauts conseillers affirment que « *lorsque le tribunal se saisit d'office, à l'issue de la période d'observation, en vue de convertir le redressement judiciaire du débiteur en liquidation, le président du tribunal fait convoquer le débiteur, à la diligence du greffier, par un acte d'huissier de justice, auquel doit être jointe une note par laquelle il expose les faits de nature à motiver cette saisine d'office* ».

### Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

**Com. 8 mars 2018, pourvoi n° 17-40.079, QPC : L'article L. 228-24 du Code de commerce ne serait pas applicable en matière de SAS.**

Voici une question pratique d'importance qui trouve une réponse au détour d'une QPC. En réalité, la décision QPC du 8 mars 2018 est riche en enseignements, mais l'essentiel réside bien dans la réponse à une question que l'on se pose depuis déjà longtemps quant au droit applicable à la SAS. Pour rappel, l'article L. 228-24 du Code

de commerce prévoit, en substance, les modalités d'une demande d'agrément et les suites d'un refus d'agrément. Ce texte est applicable aux sociétés par actions, dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé. Pourtant, au regard de ses spécificités, il est logique de se demander si ce texte s'applique à la SAS. D'ailleurs, une doctrine abondante et majoritaire considère déjà depuis longtemps que la réponse est négative. Voici que la Cour de cassation semble aller en ce sens, bien que sa formule ne soit pas définitive : « *il ne résulte d'aucune jurisprudence de la Cour de cassation que les dispositions de l'article L. 228-24 du Code de commerce, s'appliquent en cas de non-respect d'une clause d'agrément prévue par les statuts d'une SAS* ».

### Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

**Com. 5 avril 2018, pourvoi n° 16-19.829 : Les juges de moins en moins enclins à prononcer la dissolution pour mésestime entre associés.**

Le présent arrêt pourrait n'être qu'un arrêt parmi d'autres dans la masse d'un contentieux abondant traitant de la dissolution de société sur le fondement de l'article 1844-7, 5° du Code civil. Pourtant, l'arrêt interpelle au regard des circonstances de fait qui ont conduit au litige et à la saisine du juge aux fins de dissolution. Une SCI est composée de trois associés, l'un étant gérant et détenant 50% des parts, les deux autres détenant 25% des parts. De nombreux désaccords opposent le premier aux derniers, de sorte qu'une mésestime durable s'installe entre les deux groupes d'associés égaux. Les juges du fond constatent d'abord la disparition de l'*affectio societatis*, synonyme de mésestime au sens de l'article 1844-7, 5° et première condition de la dissolution, dès lors que la mésestime durait depuis plus de trois ans et s'entendait d'une perte totale de confiance entre les associés. Quant à la seconde condition traditionnelle, soit la paralysie du fonctionnement social, elle semble établie par les juges au travers d'une réunion d'éléments : les

associés se disputent depuis plus de trois ans à propos d'une sous-location et de l'utilisation des terrains loués, les associés s'opposent sur la valorisation des terrains, le dernier exercice était déficitaire et les associés ont transmis des plans différents et concurrents de modification du plan local d'urbanisme à une mairie. Les juges du fond concluent en affirmant que les seules décisions qui sont prises au nom de la société ne le sont qu'en vertu du pouvoir prépondérant accordé par les statuts au gérant en cas d'égalité de voix entre associés. En somme, pour la cour d'appel, les conditions cumulatives de la dissolution sont effectivement réunies. Tel n'est pas l'avis de la Cour de cassation qui censure la décision d'appel considérant les juges du fond n'ont pas établi que la mésestime entre associés paralysait effectivement le fonctionnement de la société. En effet, du constat même des conseillers d'appel, le fonctionnement de la société était assuré grâce à la stipulation statutaire donnant une voix prépondérante au gérant. En apparence, la solution n'est pas satisfaisante dès lors que l'on peut craindre pour le devenir de la société et la situation des associés. Demeure que la Cour de cassation marque sa réticence toujours plus affirmée à dissoudre une personne morale, sans que soit établie la certitude que les deux conditions de la dissolution pour mésestime sont effectivement réunies. De là, à penser qu'il y a une forme d'anthropomorphisme judiciaire en droit des sociétés.

### Droit des affaires

Jacob BERREBI

Professeur de droit civil à l'ISP

**Com. 16 mai 2018, pourvoi n° 16-16.498 : Pas de nullité de la cession de parts de SNC non agréée.**

L'article L. 228-23 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce prévoit que, dans les sociétés par actions, dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, « *la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts* ». En son alinéa 4, le même texte dispose que « *toute cession*

*effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle* ». Quel est le sort réservé à une cession de parts non agréée dans une SNC ? La question mérite d'être posée dès lors que la loi n'offre pas une réponse définitive à cette interrogation, puisque l'article L. 221-13 du Code de commerce se contente d'énoncer que « *Les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables. Elles ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Toute clause contraire est réputée non écrite* ». Il n'est pas étonnant face à l'évidence et l'importance de la question que la Cour de cassation soit interrogée sur ce point : or, si la Cour de cassation avait été appelée à répondre à cette même question en matière de société civile (Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 octobre 2004, arrêt qui voit la Haute juridiction se prononcer pour la nullité de la cession non agréée), il semble que ce soit la première fois que les hauts conseillers soient interpellés sur le sort de la cession de parts non agréée de SNC.

Dans l'arrêt du 16 mai 2018, la Cour régulatrice offre une réponse *a priori* étonnante : « *le défaut d'agrément unanime des associés à la cession des parts sociales d'une société en nom collectif n'entraîne pas la nullité de la cession, laquelle est seulement inopposable à la société et aux associés* ». Autrement dit, la cession serait valable mais les associés et la société elle-même seraient en droit de ne pas considérer le cessionnaire non agréé comme associé ; celui-ci ne pourrait donc faire valoir ni ses droits politiques ni ses droits financiers dans la société. Pourquoi les hauts conseillers n'ont-ils opté pour la nullité de la cession de parts non agréée ? La raison la plus évidente se trouve dans le traditionnel attachement des juges, particulièrement en droit des sociétés, au principe, quasi-adage, « *point de nullité, sans texte !* ». Si le juge ne peut trouver un fondement textuel à la nullité, il ne peut se reporter que sur l'inopposabilité... La chose serait entendue s'il ne fallait pas expliquer la nullité de la cession non agréée dans les sociétés civiles, alors même qu'aucun texte ne porte une telle sanction.

## Les chroniques professionnelles

### La chronique de Pierre Elève-greffier

#### Greffier stagiaire, deuxième mois dans le bain.

Franchement, c'est toujours une joie. Je suis passé au Tribunal d'instance voir comment ça se passait, et c'est vraiment sympa : du surendettement d'un millionnaire (à partir d'un million, ça s'applique non?), les saisies des rémunérations que tu ne fais qu'une année parce que tu ne peux saisir que 10€ par ans, et des tutelles où on t'annonce que si tu convoques les proches de la personne à protéger, il faut aussi convoquer la police, parce qu'il y a quelques mécontentes à propos de l'héritage du beau-père et il chacun pense avoir été lésé par l'autre, et ça se termine toujours mal.

L'ambiance dans un tribunal change pas mal en fonction de la juridiction. Autant tu as des personnes, juges, avocats comme greffiers qui sont géniaux, autant tu en as qui ont du mal avec les relations humaines. Alors si jamais toi, l'apprenti-juge, et toi l'apprenti-avocat tu décides de lire cette chronique qui ne te concerne pas, pour ta culture personnelle, ou pour ton envie n'oublie pas : Le greffier, pour travailler, il n'a pas tout le temps besoin de toi. Il peut convoquer des personnes, enregistrer des dossiers, faire des rappels, envoyer des demandes de renseignement complémentaire... Mais toi, tu as besoin de lui pour faire tout ça. Le juge peut juger... S'il n'a pas le greffier pour lui rédiger les jugements, et les premières pages, il ne sert pas à grand-chose. L'avocat peut rédiger toutes les conclusions du monde... Si le dossier n'est pas appelé au procès par l'intermédiaire du greffier, ce ne seront que des mots sur un papier. Et toi, l'apprenti-greffier qui me lit, déjà, soit remercié de ta lecture. Mais surtout, n'oublie pas que ta profession est indispensable à la justice, et que sans toi, elle n'est qu'une volonté, sans

exécution, qu'une idée sans application, et pour reprendre Keynes dans la bouche d'un professeur de l'ISP, qu'un « Schuld », sans « Haftung ». Voilà, c'était mon moment « les greffiers c'est les meilleurs », revenons à mon quotidien.

Je suis toujours aussi heureux, ravi et émerveillé d'être enfin dans la pratique. Le fait d'être stagiaire fait que je peux discuter avec chacune des personnes qui sont dans le service (sauf ceux qui n'aiment pas les relations humaines...), pour comprendre les parcours de chacun, et ce qui l'a poussé à être greffier, juge ou encore avocat. Tu vois la vocation de certains, l'envie de changer pour d'autre, la différence de traitement avant la retraite pour quelques-uns.

Les audiences sont sympas... Un peu longues pour certaines, surtout en civil, quand tu as soixante dossiers qui sont appelés pour que les trois quarts soient renvoyés et que le quart restant soit brièvement discuté. L'appel des causes prend deux heures de temps, pour une vraie heure de discussion. Le rythme est calme, parfois trop calme. Pour l'exemple, je suis affecté chaque semaine à un service. Mais les ponts font que les personnes gérant le service sont absentes, et qu'ils ne laissent pas de travail. Donc je vais voir ailleurs s'il y a des tâches à faire. Et une fois que tout est fait, même le courrier... Tu reviens à ton bureau et tu essaies d'occuper utilement le temps... Ce qui n'est parfois pas facile. Heureusement, ces moments-là sont rares.

Un autre truc casse pieds quand tu es stagiaire : Il y a des choses que tu peux faire, mais pas tout : l'école te dira que tu ne peux pas signer d'acte (comme les jugements, ou les copies des jugements, ce qui a mon sens est normal). Or, il y a parfois des moments où cette signature serait juste un pur gain de temps. Et là, se découvre un petit manque de logique : Tu vas perdre du temps à faire signer des convocations, parce que tu ne peux pas le faire, parce que ta convocation ne sera pas inattaquable. Mais jamais personne ne va soulever la nullité de la convocation, parce que le signataire n'était « que » greffier-stagiaire... Et en plus il faudra démontrer un grief

pour le demandeur... Ce qui ne sera jamais avéré. Mais tu prends quand même dix minutes pour aller faire signer tes papiers, pour ensuite les photocopier et les envoyer. Et c'est aussi pour cela qu'il me tarde d'être greffier à part entière. La seule question sera l'endroit où je le serai.

En stage, les liens avec l'école sont quasi-nuls, voire inexistantes : Tu reçois des mails sur ta boîte pro, mais ce sont surtout des mails de ton délégué, ou de l'association de l'école. Pour le reste, il n'y a rien qui se passe. Donc tu regardes tes mails à l'occasion.

Comme je le disais dans ma chronique précédente, les jours filent, et le quotidien est sensiblement le même, donc si tu as des points qui doivent être développés, n'hésites pas à en parler à la rédaction du journal.

En attendant, amitiés d'un greffier de la promotion Jean d'Ormesson.

Pierre, greffier stagiaire

## La chronique de Chloé Elève-magistrate

### Une élève magistrate en stage chez les avocats

Bientôt se termine une importante étape de notre scolarité à l'ENM : le stage en cabinet d'avocat !

Ce stage a été très formateur d'autant plus que je n'avais jamais eu la chance d'en faire pendant mes années à la faculté. Je vais donc vous présenter mon expérience en tant que stagiaire.

Le stage avocat dure trois mois et est étalé du mois de mars au mois de juin.

Les auditeurs sont répartis en fonction des choix qu'ils ont pu émettre avant même d'avoir été admis. En effet, on nous demande de remplir une fiche en listant nos choix par ville dès le mois de novembre soit un mois avant les résultats d'admission.

Pour ma part, la répartition m'a été favorable puisque j'ai obtenu mon deuxième

choix !

Le cabinet dans lequel je suis encore est un cabinet généraliste, dans lequel il y a plusieurs avocats associés. C'est un atout en tant que stagiaire car chacun a sa personnalité, ses matières de prédilection et sa façon de travailler.

Cela m'a permis de voir des matières différentes, de me rendre dans des endroits exotiques comme le TASS ! Je pense que c'est une force par rapport à d'autres auditeurs qui étaient dans des cabinets très spécialisés.

L'avocat me délègue absolument tout ce qu'il fait lui-même : plaidoirie, conclusions, assignations, recherches, rdv clients... C'était très appréciable car j'ai senti qu'il me faisait confiance, mais il était quand même derrière moi pour vérifier mon travail.

La durée du stage avocat m'a permis de voir évoluer les dossiers (des bébés dossiers devenus grands mais surtout volumineux !). J'ai pu conclure dans des dossiers dans lesquels on avait reçu le client durant mes premiers jours de stage ce qui est très intéressant puisqu'on connaît très bien l'affaire. J'étais, et c'est plutôt logique, moins à l'aise dans les dossiers qui traînaient depuis des années dans les placards de mon maître de stage (et qui sont souvent proportionnels en taille à leur durée dans les armoires).

Ce qui m'a frappé dans ce stage est mon peu de connaissances par rapport à tout ce qui m'a été demandé.

Quand on réussit le concours de l'ENM, on se dit que quand même, A PRIORI, niveau droit on assure un minimum. Et bien je vous assure que c'est beaucoup plus compliqué que cela !

En effet, déjà par rapport aux faits qui nous sont donnés par le client, il faut trouver les bonnes qualifications juridiques pour servir ses intérêts, ce qui détrompez-vous, n'est pas évident puisqu'il faut bien décrypter les dires du client et parfois s'en méfier.

Puis surtout, il y a des domaines que l'on ne maîtrise pas du tout et que l'on doit entièrement découvrir (même si parfois on n'en a pas très très envie). Hein ? Le droit des mutuelles ? Kézaco ?

Cela en fait une profession très stimulante, car il ne s'est pas passé un jour sans que j'apprenne quelque chose. Mais aussi, c'est stressant car on a l'impression de devoir faire ses preuves en permanence.

Puis comme le métier implique de toujours rechercher une solution pour défendre efficacement le client, il faut réussir à la trouver sans déformer le droit ce qui n'est pas évident... Les avocats ont, à mon sens, cet avantage par rapport aux magistrats, qui est de chercher une application originale, renouvelée des textes de loi à des situations de fait toujours différentes, pour la soumettre au juge. Parfois on se rend compte qu'il y a de vrais vides juridiques et là on doit se torturer l'esprit pour arriver à conclure.

Vous n'imaginez pas les argumentaires que j'ai pu soumettre aux tribunaux ! Je croise les doigts pour que le juge me suive !

Un autre élément fondamental dans le métier des avocats est l'élaboration des stratégies de défense, différentes en fonction de chaque situation. Cela nécessite d'anticiper les

rebondissements éventuels de l'affaire et les mouvements de la partie adverse.

J'ai aussi découvert toutes les difficultés auxquelles font face les avocats. Ils doivent travailler dans l'urgence en permanence, jongler entre les dossiers, attendre parfois des heures au tribunal en pensant au travail qui les attend au cabinet...

J'ai également rencontré des gens formidables, que ce soit des avocats ou même des clients de tous milieux et bords.

C'est un métier capital pour notre système juridique, et je trouve que c'est une super initiative de nous faire faire ce stage. On a l'impression d'être « en coulisses ».

J'espère que je me souviendrai de ce stage durant ma carrière, et que je n'oublierai jamais que derrière les professionnels que j'ai en face de moi, il y a des humains qui subissent un stress immense et qui comme moi, sont surchargés de dossiers.

Chloé, auditrice de justice

## Le métier du mois : greffier judiciaire

### Le métier aujourd'hui :

La mission du greffier est triple :

- ◆ il authentifie les décisions de justice,
- ◆ il prend en note les débats lors des audiences,
- ◆ il est le garant des règles de procédure.

Le greffier est un fonctionnaire du Ministère de la justice. Nommé auprès d'une juridiction de droit commun (tribunal d'instance, de grande instance, cour d'appel, Cour de cassation ou conseil de prud'hommes), le greffier gère les dossiers pour les magistrats.

Il enregistre les affaires, rédige les actes et assemble les pièces.

Il est présent à toutes les étapes de la procédure.



### Serment que le futur greffier prête à l'Ecole des Greffes de Dijon :

"Je jure de bien et loyalement remplir mes fonctions et de ne rien révéler ou utiliser de ce qui sera porté à ma connaissance à l'occasion de leur exercice."

### Les spécificités du métier :

**1- la variété.** Différents services (civil, pénal, prud'homme) et de nombreux interlocuteurs attendent le greffier. Le greffier peut être affecté à un poste : il travaillera alors en binôme avec un magistrat ou avec ses collègues en équipe. Le greffier placé quant à lui sera amené à exercer ses fonctions (de façon temporaire) dans toutes les juridictions du ressort de sa cour d'appel (comme remplaçant à la suite d'un arrêt maladie, d'un congé parental...).

**2- Internet.** Le greffier doit faire face aujourd'hui à une informatisation croissante. Il se doit de maîtriser les outils informatiques et en particulier les logiciels métier spécifiques : WincITGI, Wineurs ou Citi.

### Les compétences requises :

- ◆ **Le greffier est un homme (ou une femme) rigoureux et organisé,**
- ◆ Il doit être méthodique et ordonné,
- ◆ Il doit être rapide dans son travail et avoir une réelle aisance relationnelle.
- ◆ Il doit être à l'aise avec les outils informatique.

**Le plus :** une réelle appétence à la rédaction et de bonnes qualités de syntaxe sont un solide atout.

### Les chiffres pour 2018 (approximatifs) :

**10 000 greffiers** répartis sur l'ensemble du territoire et 2 000 directeur des Greffes (DSGJ).

Depuis la réforme du 15 octobre 2015 le greffier peut accéder à des fonctions d'encadrement en qualité de chef de greffe ou d'adjoint au directeur des greffes. Après quatre années d'activité, il peut passer le concours interne de directeur des greffes.

### Série à voir :

Engrenages : Bonne série française sur les rapports entre Police / Justice / Barreau / Greffe mais surtout une excellente vision du binôme Juge d'instruction / greffier.

**Les étapes :**

Après un L2 en droit (ou un DUT Carrières juridiques)

- 1- Concours d'entrée,
- 2- 18 mois de formation partagés entre stages en juridiction et cours à l'École Nationale des Greffes de Dijon.

La plupart des reçus au concours externe sont diplômés Bac + 3 voire Bac + 4 en droit.

**Le concours externe (environ 15 % de reçus)****Les deux épreuves d'admissibilité et l'épreuve d'admission :**

◆ **rédaction d'une note** en partant d'un dossier se rapportant à des problèmes généraux d'ordre juridique ou administratif. *Durée 4 heures, coef. 4, toute note < 5 est éliminatoire.*

◆ **réponse à quatre questions :**

- deux se rapportant à l'organisation judiciaire et administrative,
- et deux se rapportant (au choix du candidat) soit la procédure pénale soit à la procédure civile et à la procédure prud'homale. *Durée 3 heures, coef. 4, toute note < 5 est éliminatoire.*

◆ **entretien avec le jury** commençant par une présentation du candidat suivi de questions visant à évaluer les qualités personnelles du candidat et son potentiel. *Durée 25 mn, coef. 4, toute note < 5 est éliminatoire.*

Une fiche de renseignements personnels a été préalablement remplie.

**Maitriser CASSIOPEE**

Les juridictions se sont dotées d'un système informatique permettant d'automatiser les procédures judiciaires enregistrées par les parquets.

CASSIOPEE, permet l'enregistrement d'informations relatives aux plaintes et dénonciations reçues par les magistrats, dans le cadre de procédures judiciaires (gestion des audiences, élaboration des décisions des juridictions de jugement, gestion des voies de recours et des recours en grâce, gestion des requêtes, gestion des scellés et des objets en gardiennage, gestion de l'exécution des peines, gestion des agendas, archivage électronique..), afin d'améliorer le délai de traitement des procédures, et d'assurer l'information des victimes.

Les greffiers des tribunaux de grande instance procèdent aux inscriptions sur ce fichier.

**Revenus des greffiers :**

- ◆ 1 600 € brut en début de carrière
  - ◆ jusqu'à 2 800 € brut en fin de carrière.
- De nombreuses primes ou indemnités peuvent venir s'ajouter à cette rémunération selon la juridiction dans laquelle le greffier exerce. Cette rémunération n'a rien à voir avec celle beaucoup plus importante des greffiers des Tribunaux de commerce.

**Conseils de lecture :**

L'Histoire du Greffier de Jean Bailly.

**L'auteur présente** comment, au cours des siècles, se sont formées **les juridictions de l'ordre judiciaire**. Il montre l'instauration des différents statuts et **suit le greffier à travers les temps** : scribe chinois, égyptien, grec, romain, gallo-romain, puis greffier au Moyen-Âge et sous l'Ancien Régime.

## Les vidéos et podcasts

Dans cette rubrique, chaque mois vous retrouverez une sélection des vidéos et des podcasts réalisés par l'équipe du CRISP.

Depuis le début du mois de mai, ce sont 7 podcasts qui ont été réalisés par l'équipe de l'ISP. Vous pouvez les retrouver sur SoundCloud et iTunes en vous abonnant à « Les Podcasts de l'ISP ». Le descriptif des podcasts et les liens ci-dessous.

### Les prochaines élections européennes de 2019

Les prochaines élections européennes auront lieu en mai 2019. Les français vont élire 74 députés européens. Quels sont les enjeux de ces élections ? Quelles sont les tendances attendues alors que ne cessent de monter les courants populistes ?

Avec Philippe Mazet, professeur de culture générale.

<https://soundcloud.com/prepaisp/les-prochaines-election-europeennes-de-2019>

### Le Président Emmanuel Macron et l'Eglise

Le 9 avril 2018, devant les représentants de l'Eglise catholique, le Président de la République, Emmanuel Macron, a déclaré que le lien entre l'Etat français et l'Eglise était "abîmé" et qu'il fallait le "réparer". Comment appréhender ces déclarations ? Faut-il réellement y voir une atteinte au principe de laïcité ?

Avec Matthieu Thauray, professeur de droit public.

<https://soundcloud.com/prepaisp/le-president-emmanuel-macron-et-leglise>

### Facebook, les réseaux sociaux et la vie privée

La question des réseaux sociaux anime aujourd'hui la scène juridique. Faut-il avoir peur des réseaux sociaux ? Faut-il avoir peur de notre présence volontaire sur Facebook notamment ? Que reste-t-il de notre vie privée ?

Avec Franck Touret, professeur de droit civil.

<https://soundcloud.com/prepaisp/facebook-les-reseaux-sociaux-et-la-vie-privée>

### Interview d'un capitaine de police

Le capitaine Rodolphe Maté travaille aujourd'hui au sein des services de la police judiciaire, dans la brigade économique et financière. Il revient sur son parcours, puis, ancien examinateur dans le cadre du concours d'officier de police, il fournit quelques conseils aux futurs candidats.

Avec le capitaine de police, Rodolphe Maté.

<https://soundcloud.com/prepaisp/interview-dun-capitaine-de-police>

### La démocratie

La démocratie est un mot valise qui associe les termes « démocratie » et « dictature ». Il s'agit aussi d'un néologisme politique. Mais sait-on seulement ce que ce terme, désormais communément employé, désigne ?

Avec Philippe Mazet, professeur de culture générale.

<https://soundcloud.com/prepaisp/la-democratie>

### L'hospitalisation sous contrainte

L'hospitalisation sous contrainte, également appelée hospitalisation psychiatrique sans consentement, est une question au carrefour de la médecine et du droit. Elle fait également l'objet de débats sociétaux toujours plus médiatisés. Quels sont les enjeux de l'hospitalisation sous contrainte ? Quelles sont les problématiques sociétales, juridiques et judiciaires qui sous-tendent à l'hospitalisation sous contrainte ?

Avec Julie Haberman, directrice de l'ISP

<https://soundcloud.com/prepaisp/lhospitalisation-sous-contrainte>

### L'ARJEL

L'Autorité de Régulation des Jeux en Ligne est une AAI méconnue du grand public, dont les missions sont pourtant essentielles dans son domaine d'activité.

Présentation de l'ARJEL par Frédéric Guerchoun, Directeur juridique de l'ARJEL.

<https://soundcloud.com/prepaisp/larjel>



**CRISP**

**Centre de Recherches de l'Institut Supérieur de Préparation**

