

Doctorat & Notariat

Collection de Thèses
dirigée par Bernard Beignier
Doyen de la Faculté de droit de Toulouse

Tome 43

LA FONCTION DE JUGER À L'ÉPREUVE DU DROIT CONTEMPORAIN DE LA FAMILLE

Vincent Égéa

Maître de conférences à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)

Préface de Anne Leborgne

Professeur à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)

*Premier prix de thèse de l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)
et prix de l'association des docteurs en droit
Prix de la chambre régionale des huissiers de justice
Prix de la fondation Jules et Louis Jeanbernat*

DEFRENOIS

lextenso éditions

1104676

Retrouvez tous nos titres

Defrénois - Gualino - Joly

LGDJ - Montchrestien

sur notre site



www.lextenso-editions.fr



© Éditions Defrénois, Lextenso éditions, 2010
33, rue du Mail, 75081 Paris Cedex 02
I.S.B.N. : 978-2-85623-179-1

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	V
TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	VII
SOMMAIRE	IX
INTRODUCTION	I

PREMIÈRE PARTIE LA FONCTION DE JUGER PARTAGÉE

TITRE I : LA FAMILLE CONSENSUELLE, FINALITÉ DU PARTAGE DE LA FONCTION DE JUGER ...	29
<i>Chapitre 1 : La place centrale du consensus en droit de la famille</i>	31
Section 1 : Le consensus familial consacré par les choix législatifs	32
§ 1 — Les causes de l'avènement textuel du consensus	33
A — Les prémisses : le consensus, concrétisation du principe d'égalité	34
B — L'épanouissement : le consensus recherché pour lui-même	35
1. — Le choix en faveur du consensus, une opportunité législative	35
a) Une réponse législative aux exigences sociologiques	35
b) Un contournement législatif commode des choix politiques délicats	37
2. — L'utilité du consensus pour la famille	38
§ 2 Les modes de réalisation effective du consensus	41
A — Les modes de réalisation du consensus en droit interne	41
1. — L'accord, instrument de principe d'une gestion consensuelle	41
a) L'accord expressément souhaité	41
b) L'accord implicite	43
c) L'accord discuté	44
2. — Les instruments au soutien de l'accord	44
a) Le pouvoir judiciaire de conciliation	45
b) Les mesures de médiation familiale	45
c) Le mécanisme des « passerelles »	47
3. — Les instruments pour pallier le défaut d'accord	47
a) L'autorisation comme palliatif du défaut d'accord	47
b) L'application d'une solution prédéterminée comme palliatif du défaut d'accord	48
B — Les modes de réalisation du consensus en droit communautaire et européen	50
1. — La place des accords familiaux dans le Règlement Bruxelles II bis	50
2. — Les recommandations du Conseil de l'Europe en faveur d'une gestion consensuelle	51
Section 2 : Le consensus familial facilité par des présupposés jurisprudentiels	52

530 LA FONCTION DE JUGER À L'ÉPREUVE DU DROIT CONTEMPORAINE DE LA FAMILLE

§ 1 — Des présupposés jurisprudentiels révélés par l'application des textes « familiaux »	53
A — Le caractère dérogatoire des dispositions étendues	53
B — Les modalités de l'extension judiciaire d'un texte dérogatoire	55
1. — L'extension matérielle d'un texte dérogatoire	55
2. — L'extension personnelle d'un texte dérogatoire	56
3. — La mise en place de principes généraux du droit	57
a) La création certaine d'un principe général du droit par la jurisprudence pénale	57
b) La qualification discutable de principe général du droit dans la jurisprudence civile	58
§ 2 — Des présupposés jurisprudentiels révélés par l'application de textes généraux	59
A — Le jeu de l'article 1348 du Code civil en matière familiale	59
1. — De la nécessité de prouver l'impossibilité morale non-familiale	60
2. — Une impossibilité morale présumée en matière familiale	62
a) L'impossibilité morale présumée dans les rapports familiaux « traditionnels »	62
b) L'impossibilité morale présumée dans le concubinage	63
B — L'impartialité du magistrat ou de l'expert et la matière familiale	65
1. — Une impartialité présumée dans les situations « ordinaires »	65
a) Une impartialité présumée en droit interne	65
b) Une impartialité présumée dans la jurisprudence de la Cour EDH	67
2. — Une partialité présumée dans les situations « familiales »	69
C — La mise en place de présomptions quasi-légales	71
1. — Le mécanisme	71
2. — L'objet du mécanisme	72
<i>Chapitre 2 : La promotion judiciaire du consensus dans la famille</i>	79
Section 1 : La mise en place d'une mission judiciaire de promotion du consensus	81
§ 1 — L'attribution au juge aux affaires familiales d'une mission de promotion du consensus	81
A — Les signes de l'attribution d'une mission judiciaire	82
1. — L'accent mis sur la conciliation judiciaire	82
a) Le constat d'un renforcement de la mission de conciliation	82
b) La portée du renforcement de la mission de conciliation	83
2. — Les pouvoirs gradués du juge aux affaires familiales	84
3. — L'utilisation du champ lexical de l'incitation	86
4. — La perte de qualité juridique des textes	87
a) Un contexte d'exigence accrue de qualité de la loi	87
b) L'essor critiqué des notions psychologiques dans la loi	88
B — La pratique de la mission judiciaire attribuée	90
1. — L'application des textes à teneur psychologique	90
2. — La mise en œuvre efficace des pouvoirs conférés	93
§ 2 — La diffusion aux autres organes de la mission de promotion du consensus	95
A — L'extension jurisprudentielle en droit administratif	96
1. — La sensibilité du juge administratif à la dimension familiale du litige	96
2. — La sensibilité croissante du juge administratif à l'exigence de consensus	98
a) La prise en compte du consensus dans le contentieux du changement de nom	99
b) Une éventuelle généralisation au contentieux de l'inscription de l'enfant sur le passeport	100
B — L'extension législative aux autres organes civils	101
1. — Le Tribunal de grande instance en formation collégiale et le partage	102

TABLE DES MATIÈRES

531

2. — Les doutes quant au rôle du notaire dans le changement de régime matrimonial	102
Section 2 : Les limites de la mission judiciaire de promotion du consensus	104
§ 1 — Les limites matérielles	104
A — La constitution du lien familial	104
1. — Le maintien justifié d'une fonction de jugeur classique en droit de la filiation	105
2. — Le rôle du juge en matière de formation du mariage	107
3. — La place centrale de l'ordre public dans la constitution du lien de famille	107
B — La survivance d'une discorde familiale	109
1. — La suppléance judiciaire du défaut de consensus	109
2. — La suppléance judiciaire restreinte par la loi	110
3. — La suppléance judiciaire élargie par la loi	110
§ 2 — Les limites théoriques	114
A — L'écueil de la procéduralisation des règles de fond	114
B — L'écueil d'une atteinte à l'impartialité	117
TITRE 2 : LA JUSTICE CONSENSUELLE, MODALITÉ DU PARTAGE DE LA FONCTION DE JUGER	125
<i>Chapitre 1 : De la nécessité de définir la justice consensuelle</i>	127
Section 1 : L'acception retenue : la justice consensuelle dans le droit interne	128
§ 1 — L'idée d'association du justiciable, fondement de la justice consensuelle	129
A — L'association facilitée par une nouvelle conception de la justice	129
1. — La portée des analyses contemporaines de la justice	130
a) L'analyse économique de la justice	130
b) L'exigence de qualité du service public de la justice	131
c) Justice et effectivité des droits	132
2. — Les fondements philosophiques	134
3. — La justice consensuelle comme mode de réalisation effective des droits	135
B — L'association concrétisée par des innovations techniques	136
1. — Le domaine large de la justice consensuelle : l'exemple de la conciliation	136
2. — L'association du justiciable et l'instance	138
a) La justice consensuelle dans la gestion de la mise en l'état	138
α. La gestion partagée de la mise en état	139
β. La finalité de la cogestion de l'instruction : la célérité de la justice	140
b) La justice consensuelle dans l'extinction de l'action	140
3. — L'association du justiciable à la détermination de la solution	141
a) Le partage direct du pouvoir décisionnel dans la juridiction gracieuse	141
b) Le partage indirect du pouvoir décisionnel dans la juridiction contentieuse	143
§ 2 — La fonction d'homologation, expression de la justice consensuelle	145
A — La fonction d'homologation judiciaire en droit de la famille	145
1. — La notion d'homologation	146
a) La protection, finalité du contrôle judiciaire dans la fonction d'homologation	146
b) Le droit de la famille : domaine de prédilection de la fonction judiciaire d'homologation	147
α. Les homologations certaines	147
β. Les homologations discutables	149
2. — Le portée de l'homologation judiciaire en droit de la famille	150
a) Les voies de recours contre l'homologation	150
α. La vigueur du principe d'indivisibilité de la convention de divorce	150
β. Les hésitations prétorienne dans le changement de régime matrimonial	151
b) Le contrôle de légitimité, pivot de l'homologation	153
c) La vocation normative de la fonction d'homologation	156

532 LA FONCTION DE JUGER À L'ÉPREUVE DU DROIT CONTEMPORAINE DE LA FAMILLE

B — L'apport de l'homologation à l'ordre public familial.....	158
1. — L'affermissement d'un droit éminemment pédocentrique.....	158
2. — Le maintien d'un ordre public de protection économique.....	160
Section 2 : L'acception écartée : l'interprétation consensuelle en droit européen des droits de l'homme.....	162
§ 1 — Le consensus, instrument d'interprétation privilégié.....	163
A — La méthode d'interprétation consensuelle de la Convention.....	163
B — Les incidences de l'interprétation consensuelle de la Convention.....	164
1. — Les incidences techniques de l'absence de consensus.....	164
2. — Les incidences techniques de la présence d'un consensus.....	165
§ 2 — Le consensus, instrument de création critiqué.....	166
A — Le manque de pertinence des interprétations consensuelles récentes.....	166
B — La nécessaire reconstruction d'un droit objectif de la famille.....	170
<i>Chapitre 2 : Des incidences procédurales de la justice consensuelle.....</i>	177
Section 1 : La cohérence procédurale de la justice consensuelle.....	177
§ 1 — La nécessité pragmatique d'une acception large de l'acte juridictionnel.....	178
A — L'indispensable inclusion du gracieux dans la notion d'acte juridictionnel.....	178
1. — La qualification classique : l'exclusion de la matière gracieuse de l'acte juridictionnel.....	179
2. — Contribution à une définition large de l'acte juridictionnel.....	180
a) La qualité de tiers et l'opération de vérification, critères d'inclusion du gracieux dans l'acte juridictionnel.....	180
b) L'affinement des critères contemporains par l'apport de la justice consensuelle.....	181
α. L'apport de l'abaissement du contentieux à la qualification d'acte juridictionnel.....	182
β. L'affinement du critère par la vérification du respect d'une légalité large	184
γ. Les incidences des critères proposés.....	184
B — La nécessité d'un régime juridique similaire en matière gracieuse et contentieuse.....	187
1. — Le rejet de l'autorité de chose jugée des décisions gracieuses.....	187
2. — La nécessaire autorité de chose jugée des décisions gracieuses.....	188
a) L'apport de la justice consensuelle aux critiques contemporaines.....	189
b) L'apport de l'abaissement du contentieux aux critiques contemporaines.....	190
§ 2 — La preuve au soutien d'une acception large de l'acte juridictionnel.....	191
A — Le régime probatoire, témoin d'une faveur pour la matière gracieuse.....	192
1. — L'abaissement du contentieux facilité par le droit de la preuve.....	192
a) L'abaissement du contentieux par la prohibition du témoignage des descendants.....	192
b) L'abaissement du contentieux par la prohibition de l'enquête sociale dans le divorce.....	194
2. — Les modes de preuves au soutien de la vérification judiciaire.....	196
a) Le rôle de l'enquête sociale dans la vérification judiciaire de la légalité.....	197
b) Le rôle de l'audition du mineur dans la vérification judiciaire de la légalité	197
B — La nécessité probatoire, témoin d'une vigueur de la matière contentieuse.....	201
a) Le régime des lettres missives.....	201
b) Le régime du journal intime.....	203
c) L'enquête de détective.....	204
Section 2 : La coexistence procédurale entre la justice consensuelle et la fonction juridictionnelle ordinaire.....	205
§ 1 — La délicate appréhension juridique des conventions « mixtes ».....	206
A — De l'essor des conventions mixtes.....	207

TABLE DES MATIÈRES

533

1. — La mixité consacrée.....	207
a) Une évidente liberté offerte par l'article 268 du Code civil	207
b) Une évidente liberté offerte dans l'exercice de l'autorité parentale.....	208
2. — La mixité discutée	208
a) La mixité discutée en matière d'exercice de l'autorité parentale	209
b) La mixité discutée en matière de liquidation du régime matrimonial	209
B — Du régime des conventions mixtes.....	213
1. — Les éléments du régime avérés.....	214
2. — Les éléments du régime proposés.....	215
§ 2 — L'évidente instrumentalisation du fondement juridique de la demande.....	218
A — L'instrumentalisation des demandes reconventionnelles en divorce.....	218
1. — Les demandes reconventionnelles et le choix entre divorce ou séparation de corps.....	218
2. — Les demandes reconventionnelles et les différents cas de divorce	219
B — L'instrumentalisation du régime procédural des « passerelles ».....	220
1. — L'élargissement matériel du mécanisme des passerelles	220
2. — L'élargissement temporel du mécanisme des passerelles.....	221

SECONDE PARTIE

LA FONCTION DE JUGER EXCLUSIVE

TITRE I : L'EXCLUSIVITÉ JUDICIAIRE DANS LA MISSION DE PROTECTION.....	231
<i>Chapitre 1 : La protection contre les atteintes des tiers</i>	233
Section 1 : La protection des intérêts familiaux contre les atteintes des tiers.....	234
§ 1 — La protection par la consécration d'un droit, l'exemple de l'action en indemnisation de la concubine	236
A — Le concubinage face à l'intérêt légitime juridiquement protégé	237
1. — Les restrictions de l'exigence de légitimité	237
2. — Les ouvertures de la lésion d'un simple intérêt	238
a) Le caractère précurseur de la jurisprudence administrative.....	239
b) Le revirement de la jurisprudence judiciaire.....	240
B — La fonction de consécration et le bien fondé de la prétention	241
1. — Le concubinage révélé par les critères du bien fondé de la prétention.....	241
2. — Une action détachée d'un droit subjectif	242
§ 2 — La protection par la consécration d'un droit, l'unité des critères pris en compte	243
A — La prise en compte de la durée et de la stabilité par les juges internes.	244
1. — La prise en compte de la durée et de la stabilité face à un obstacle de fait	244
a) Les critères pris en compte par la jurisprudence administrative.....	244
b) Les critères du contrôle d'effectivité utilisés par la jurisprudence judiciaire.....	244
2. — La prise en compte de la durée et de la stabilité face à un obstacle de droit.....	246
a) Premier critère de l'effectivité : la durée.....	247
b) Deuxième critère de l'effectivité : les attaches familiales	249
c) Une exception, la réserve de l'ordre public.....	251
B — La place primordiale de l'enfant dans la jurisprudence interne.....	252
1. — La place de l'enfant dans la famille.....	253
2. — L'absence de prise en compte de l'enfant en matière de droit au transfert du bail	254
3. — La prise en compte de l'enfant en droit de la responsabilité civile	254

534 LA FONCTION DE JUGER À L'ÉPREUVE DU DROIT CONTEMPORAINE DE LA FAMILLE

C — L'unité des critères pris en compte par le juge européen des droits de l'homme	255
1. — La protection de l'enfant majeur et l'imprécision de la notion de dépendance.....	256
2. — Les critères de la consécration du couple non marié en droit européen des droits de l'homme	256
a) De la primauté à l'abandon du critère de la présence d'enfant.....	257
b) La persistance des critères de durée et de qualité de la relation	258
Section 2 : Les protections du lien familial contre les atteintes des tiers.....	259
§ 1 — Les protections du lien familial au profit des membres de la famille	260
A — La protection du lien de couple.....	260
1. — La protection du lien matrimonial en formation par la garantie des droits fondamentaux.....	260
a) La liberté matrimoniale, une liberté constitutionnelle.....	261
b) La voie de fait érigée face à l'officier de l'état civil	261
c) La charge de la preuve face aux oppositions du ministère public	263
d) L'indispensable protection de la liberté matrimoniale face aux clauses de célibat	264
2. — Le contrôle timide de l'effectivité dans la protection du lien matrimonial déjà formé	266
B — La protection du lien de filiation.....	268
1. — La protection contre les atteintes du Ministère Public.....	268
2. — La possession d'état, fin de non-recevoir face aux contestations des tiers	270
§ 2 — La protection du lien familial au profit de l'ordre juridique.....	272
A — L'ordre public « notionnel » et l'essence du mariage	273
1. — Le rappel de la condition de différence de sexes dans l'accès au mariage.....	273
2. — La conformité des solutions françaises aux droits supranationaux	275
a) Une compatibilité probable avec le droit européen des droits de l'homme.....	275
b) Une compatibilité discutable avec le droit communautaire	276
B — L'ordre public « notionnel » face au détournement de l'adoption.....	278
<i>Chapitre 2 : La protection au sein de la famille.....</i>	285
Section 1 : Une protection assurée par l'organisation judiciaire de la vie familiale	286
§ 1 — L'organisation, mode de protection du membre du couple	286
A — De la hiérarchie des intérêts protégés dans le mariage.....	286
1. — Le déclin de l'organisation protectrice des intérêts personnels « ordinaires ».....	287
a) La place centrale du droit au désengagement dans la loi du 26 mai 2004.....	287
b) La perte du pouvoir d'organisation de la vie familiale.....	289
α. La disparition de la clause de dureté	289
β. Le maintien du pouvoir tiré de l'article 258 du Code civil	290
γ. Les mécanismes de lutte contre les injustices les plus flagrantes	290
2. — La protection judiciaire des intérêts personnels gravement atteints.....	291
3. — La protection rigoureuse des intérêts pécuniaires des époux	294
a) La protection des intérêts pécuniaires par le refus de l'homologation	294
b) La protection par les pouvoirs du juge aux affaires familiales lors de la liquidation	294
B — De la protection disparate au sein des couples non mariés.....	296
1. — Une protection disparate des intérêts du partenaire dans le PACS	296
2. — Une protection limitée aux atteintes les plus graves dans le concubinage	300
§ 2 — L'organisation, mode de protection générale de l'intérêt de l'enfant	301
A — Les pouvoirs légaux conférés aux juges.....	302
1. — Le juge des enfants, juge naturel de la protection de la personne de l'enfant	303
a) L'office civil du juge des enfants : l'assistance éducative	303

TABLE DES MATIÈRES

535

b) Le rôle déterminant de la notion de danger.....	304
2. — Le juge des tutelles, juge naturel de la protection du patrimoine de l'enfant.....	305
3. — Le juge aux affaires familiales et la protection de l'enfant.....	306
a) L'intérêt de l'enfant comme directive d'action.....	307
b) L'intérêt de l'enfant comme critère d'éviction.....	307
c) La protection de l'intérêt de l'enfant par la délégation d'autorité parentale.....	308
4. — Le juge administratif, juge de la protection de l'intérêt futur de l'enfant à adopter.....	310
B — La réorganisation judiciaire de la vie familiale de l'enfant.....	312
1. — La réorganisation par le juge des enfants.....	313
2. — La réorganisation par le juge des tutelles.....	315
3. — La réorganisation par le juge aux affaires familiales.....	318
a) L'exploitation <i>segundum legem</i> des pouvoirs conférés.....	318
b) L'exploitation <i>contra legem</i> des pouvoirs conférés.....	319
§ 3 — L'organisation face aux protections spécifiques de l'enfant.....	322
A — La lutte contre la prostitution des mineurs et en faveur de la scolarisation.....	322
B — La lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants.....	323
1. — Les pouvoirs du juge limités par le principe de retour immédiat de l'enfant déplacé.....	323
2. — L'apparente remise en cause du principe.....	324
3. — Le récent renforcement du principe.....	326
a) Le cantonnement des pouvoirs du juge par le Règlement Bruxelles II bis.....	327
b) Le cantonnement des pouvoirs des juges du fond par la jurisprudence.....	328
c) Les mesures visant à éviter un blocage du retour de l'enfant.....	328
Section 2 : Une procédure adaptée à l'organisation judiciaire de la vie familiale.....	330
§ 1 — Les principes directeurs du procès finalisés.....	331
A — L'adaptation des principes directeurs à la mission de protection.....	331
1. — Le principe dispositif adapté.....	332
a) Le pouvoir de saisine d'office face au principe d'initiative de la demande.....	332
a. La rareté de la saisine d'office.....	332
b. La finalité de la saisine d'office.....	333
b) L'immutabilité du litige parfois altérée.....	334
2. — Le contradictoire préservé ?.....	336
B — La persistance de la fonction classique des principes directeurs du procès.....	338
1. — La discussion par la contradiction.....	339
a) La contradiction dans le référé-violence.....	339
b) La contradiction comme limite aux pouvoirs du juge.....	340
2. — L'exigence de motivation de la décision de justice.....	341
§ 2 — Le temps procédural instrumentalisé.....	342
A — Le temps, instrument de l'organisation protectrice.....	342
1. — La réorganisation familiale facilitée dans les situations d'urgence.....	342
2. — La réorganisation familiale facilitée par l'exécution provisoire.....	343
B — Le temps, limite de l'organisation protectrice.....	346
 TITRE 2 : L'EXCLUSIVITÉ JUDICIAIRE DANS LA FONCTION DE CORRECTION.....	353
Chapitre 1 : Le principe de la correction, une référence judiciaire à l'affection.....	357
Section 1 : La fonction de correction, une réaction aux limites du pouvoir de décision.....	357
§ 1 — Le pouvoir de décision limité par l'indifférence du droit.....	358
A — L'indifférence persistante envers le concubinage.....	358
B — L'ignorance relative des familles recomposées.....	360
§ 2 — Le pouvoir de décision limité par la rigueur de la filiation.....	362
A — Un pouvoir d'appréciation limité par l'office départiteur du juge.....	363
1. — L'éviction de l'appréciation subjective.....	363

536 LA FONCTION DE JUGER À L'ÉPREUVE DU DROIT CONTEMPORAINE DE LA FAMILLE

2. — L'existence probable d'un droit à l'établissement de la filiation.....	363
B — Un pouvoir d'appréciation limité par des exigences d'ordre public.....	366
1. — L'impossible rattachement de l'enfant à un couple homosexuel.....	366
a) L'interdiction des procréations médicalement assistées dans le couple homosexuel.....	367
b) La prohibition de l'adoption par un couple homosexuel.....	367
2. — L'impossible recherche de paternité dans le cadre d'une PMA.....	368
3. — La prohibition du double rattachement de l'enfant incestueux.....	369
4. — Les pouvoirs restreints du juge face à une convention de mère porteuse.....	371
5. — La difficile recherche de maternité dans le cadre de l'accouchement anonyme.....	372
Section 2 : la fonction de correction, une réception de l'affection familiale.....	376
§ 1 — L'indifférence du droit corrigée par la référence à l'affection.....	376
A — L'affection prise en compte pour corriger l'indifférence envers le concubinage.....	376
B — L'affection prise en compte pour corriger l'indifférence envers les familles recomposées.....	378
1. — L'utilisation du contrôle d'effectivité dans l'adoption au sein d'une famille recomposée.....	378
2. — La place de l'effectivité dans l'exercice de l'autorité parentale dans les familles recomposées.....	379
§ 2 — La rigueur du droit corrigée par la référence à l'affection.....	381
A — Présentation de la division tripartite du rapport à l'enfant.....	381
1. — Les volets du triptyque : parenté, parentalité, accès aux origines.....	381
2. — L'admission d'une scission entre les volets du triptyque.....	382
a) La scission mise en évidence par la doctrine.....	383
b) La scission présente dans la loi.....	384
B — L'exploitation judiciaire de la division tripartite du rapport à l'enfant.....	386
1. — La correction des inconvénients nés de la nature du lien.....	386
a) La prise en compte de l'affection par la possession d'état.....	386
b) Les atténuations des conséquences douloureuses de la contestation de paternité.....	388
2. — Le contournement de l'ordre public grâce au fractionnement du rapport à l'enfant.....	389
a) La prise en compte des droits paternels en matière d'accouchement anonyme.....	389
b) Le couple homosexuel et l'enfant.....	393
c) La filiation incestueuse face à l'attitude des juges du fond et aux propositions de la doctrine.....	394
d) L'organisation de la vie familiale de l'enfant issu d'une mère porteuse.....	396
<i>Chapitre 2 : L'excès dans la correction, une déférence judiciaire pour l'affection.....</i>	<i>403</i>
Section 1 : Une altération des fondements du droit de la famille.....	405
§ 1 — Le développement des droits opposables au sein de la famille.....	405
A — La consécration ancienne de droits intrafamiliaux.....	405
1. — Des limites prétorienne face aux oppositions des ascendants.....	405
2. — La présomption d'affection, fondement des droits des ascendants.....	407
B — La multiplication récente des droits intrafamiliaux.....	408
1. — Le fondement du droit des tiers : une affection à démontrer.....	408
2. — Les limites aux droits des tiers.....	409
a) De la nécessité d'opposabilités temporaires.....	409
b) Le risque de concurrence entre les titulaires de droits.....	410
3. — L'écueil de l'appropriation de l'enfant.....	411

TABLE DES MATIÈRES

537

§ 2 — Le développement d'une double signification de l'alliance et de la parenté.....	412
A — Le maintien d'une fonction constitutive de l'alliance et de la parenté.....	412
B — Le développement d'une fonction probatoire de l'alliance et de la parenté.....	413
1. — Un conflit de conceptions.....	413
2. — Les dérives du changement de signification.....	415
a) La tentation législative en droit international.....	415
α — L'apparence et l'effectivité dans la jurisprudence de la Cour EDH.....	415
β. — L'apparence et la CJCE.....	416
b) La tentation législative en droit interne.....	419
Section 2 : Une précision de l'ordre public en droit de la famille.....	421
§ 1 — Le contenu de l'ordre public révélé	
par la prise en compte judiciaire de l'affection.....	422
A — L'approche sceptique, la jurisprudence comme cheval de Troie.....	422
B — L'approche pragmatique, la jurisprudence comme ultime rempart.....	424
1. — La recherche de solutions opératoires.....	424
2. — Le rappel du contenu essentiel de l'ordre public.....	426
§ 2 — La concordance entre la famille « consensuelle » et la prise en compte judiciaire de l'affection.....	427
A — L'homogénéité du contenu de l'ordre public de direction.....	428
B — L'homogénéité des valeurs familiales.....	428
1. — La famille « nucléaire » concurrencée par les valeurs familiales.....	429
a) La délimitation de la structure familiale par la loi du rétrécissement continu.....	429
b) Le cantonnement de la structure familiale par la prise en compte de l'affection.....	430
2. — L'identité axiologique de la famille consensuelle et de la prise en compte judiciaire de l'affection.....	431
a) Les valeurs fondatrices du droit contemporain de la famille.....	431
b) Le caractère pédocentrique du droit contemporain de la famille.....	432
 CONCLUSION GÉNÉRALE.....	 441
INDEX THÉMATIQUE ET ONOMASTIQUE.....	445
BIBLIOGRAPHIE.....	459
ANNEXE : Questionnaire adressé aux magistrats relatif à l'exercice de la fonction de juge aux affaires familiales.....	517
TABLE DES MATIÈRES.....	529