

---

## *La parenté (Conférence Wainwright)*

---

Philippe Jestaz\*

---

À première vue, la parenté est à peine une notion de droit. Certes il s'y attache des effets, mais ceux-ci, dispersés et disparates, ne paraissent répondre à aucune vue d'ensemble. À la réflexion, la parenté se révèle une notion précise qui exprime un ordre très fort, encore que sous-jacent. En France — mais aussi au Québec, car les deux modèles familiaux se ressemblent beaucoup —, la parenté comme d'ailleurs le mariage et parfois l'alliance produisent des effets multiples qui obéissent tous à une logique cohérente de solidarité sociale : des effets par nature, entre parents eux-mêmes, et des effets moins fondamentaux à l'égard des tiers. Leur étude systématique permet de dessiner trois cercles d'importance décroissante : celui de la famille rapprochée (ligne directe associée au conjoint), celui des frères et sœurs, celui des collatéraux ordinaires.

At first glance, kinship does not appear to be a particularly significant legal concept. Certain legal effects undoubtedly flow from this notion; yet, these effects tend to be rather disparate and incoherent. Upon reflection, however, it becomes clear that kinship is a precise concept which conveys a certain social order underlying much of our law. In France — as in Québec, with its similar family structures — kinship as well as marriage and sometimes common law relationships produce numerous legal effects which are consistent with the logic of social solidarity. These effects include those flowing from the essential nature of familial relationships and less fundamental distinctions with regard to third parties. A systematic study of these effects permits the author to outline three types of relationships. In order of decreasing importance they are: that of the nuclear family, that of siblings, and that of ordinary collateral relatives.

---

\* Professeur à l'Université de Paris XII ; Membre de l'Institut universitaire de France. Ce texte est celui de la conférence Wainwright prononcée le 12 octobre 1995 à la Faculté de droit de l'Université McGill. L'auteur adresse ici ses remerciements aux organisateurs, les Professeurs Madeleine Cantin-Cumyn et John E.C. Brierley, ainsi qu'à Daniel Jutras, Nicholas Kasirer et Mélanie Raymond qui l'ont aidé dans ses recherches sur le droit québécois et fédéral.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1996

Mode de référence : (1996) 41 R.D. McGill 387

To be cited as: (1996) 41 McGill L.J. 387

---

*Sommaire***Introduction****I. Les effets de la parenté entre parents****A. Des dérogations aux règles générales**

1. Des incapacités
  - a. *Les empêchements à mariage*
  - b. *Des incapacités mineures liées à la solidarité*
2. Des dispenses
3. Des dérogations à la loi pénale

**B. Des règles d'organisation familiale**

1. Des transferts à cause de mort
2. Des transferts entre vifs
3. Des droits et devoirs personnels
  - a. *Le droit de visite*
  - b. *Des droits d'ingérence*
  - c. *Des obligations tutélaires*
  - d. *Le droit de consentir aux soins médicaux*

**II. Les effets de la parenté à l'égard des tiers****A. La réparation du préjudice d'affection****B. La défense des intérêts posthumes**

1. Le nom du défunt
2. L'honneur du défunt

**C. Cas divers**

1. Certains droits relatifs au logement
2. Certains avantages liés à la charge d'une personne parente ou non
3. Le droit de plaider la nullité du contrat

**Conclusion**

---

## Introduction

À la différence des ethnologues ou anthropologues<sup>1</sup> qui voient dans la parenté une structuration fondamentale de la société et, historiquement, la première manifestation du phénomène juridique, les juristes en parlent peu. Si peu qu'on se demande si, dans nos sociétés occidentales hyper-individualistes, la parenté n'est pas une institution en perte de vitesse ou faisant désormais partie du non-droit. En réalité, elle produit encore des effets juridiques et plus qu'on ne croit, de sorte que le sujet existe et qu'il est vaste. Mais avant d'en détailler les effets, il faut d'abord savoir ce qu'est la parenté.

### *Première constatation : La parenté est un lien social*

La parenté n'est pas un fait de nature, mais de culture. C'est donc, comme toutes les notions juridiques d'ailleurs, une représentation mentale. En voici deux illustrations parmi d'autres, empruntées au droit français. *Primo*, l'enfant légitime, c'est-à-dire celui d'un couple marié, a toujours eu un lien de parenté non seulement avec ses père et mère, mais avec leurs familles respectives. Or, jusqu'en 1972, l'enfant naturel n'avait de parenté au mieux qu'avec ses père et mère (si ses deux filiations se trouvaient établies), alors que biologiquement la situation était la même<sup>3</sup>. C'est donc la société et non la science qui décide que deux personnes sont ou non parentes. *Secundo*, dans l'adoption dite simple, l'adopté acquiert une parenté nouvelle tout en conservant sa parenté d'origine, de sorte qu'il a le cas échéant deux pères et deux mères, ce qui va contre la nature<sup>4</sup>. Ces exemples font compren-

<sup>1</sup> Voir N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1988 à la p. 211 et s. Voir aussi N. Rouland, *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991, spécialement à la p. 41 et s. sur l'inceste.

<sup>2</sup> La bibliographie d'ensemble sur le sujet est très pauvre. Le Doyen J. Carbonnier est l'un des rares auteurs à avoir esquissé une synthèse sur la parenté et, en même temps, sur l'alliance (voir J. Carbonnier, *Droit civil : La famille*, t. 2, 16<sup>e</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 1993 au n° 373 et s.). Voir aussi *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, «Parenté-alliance», par J. Revel [ci-après *Rép. civ. Dalloz*]. Pour le reste, le lecteur n'aura d'autre ressource que d'explorer les traités, spécialement ceux de droit de la famille et de droit des successions. Voir encore C. Labrusse-Riou, «Sécurité d'existence et solidarité familiale en droit privé : étude comparative du droit des pays européens continentaux» [1986] R.I.D.C. 829.

<sup>3</sup> L'ancien art. 756 C. civ., relatif aux droits successoraux des enfants naturels, disposait que la loi «ne leur accorde aucun droit sur les biens des parents de leur père et mère». Cette formule impliquait que les parents des père et mère n'étaient pas parents avec l'enfant, ce que confirmaient d'autres passages du C. civ. (en matière d'obligation alimentaire). À noter que, de même, l'enfant adoptif n'avait de relation parentale qu'avec le ou les adoptants (art. 350 C. civ.), situation qui devait perdurer jusqu'à la *Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966*, J.O., 12 juillet 1966, 5956, Gaz. Pal. 1966. 2<sup>e</sup> sem. Lég. 46 [ci-après *Loi du 11 juillet 1966*] réformant le titre VIII, «De la filiation adoptive» du livre I du C. civ.

<sup>4</sup> La loi ne le dit pas aussi brutalement ! Mais le premier alinéa de l'article 364 C. civ., dispose que «l'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires», tandis que l'article 365 C. civ. organise l'autorité parentale exercée par le ou les adoptants à l'égard de l'adopté. Cette adoption simple, dont beaucoup déplorent — par un jeu de mots faible, mais inévitable — le caractère d'excessive complication, est en droit la seule possible lorsque l'adopté a

dre pourquoi le contenu de la parenté varie considérablement dans le temps et dans l'espace (il est des sociétés primitives où l'enfant n'a de parenté qu'avec sa mère, etc.).

*Deuxième constatation : La parenté repose aujourd'hui sur la filiation*

La parenté a pu reposer historiquement sur des fondements divers, par exemple sur des rapports de pouvoir. En Occident et depuis Justinien<sup>5</sup>, elle repose techniquement sur la filiation (qui en est l'atome) et sur la combinaison des filiations (qui en est la molécule). Mais idéologiquement on la définit volontiers comme un lien de sang<sup>6</sup>. Cette définition, qu'adopte explicitement l'article 655 C.c.Q.<sup>7</sup>, est mensongère, mais s'explique par l'idée que la filiation par excellence est la filiation par le sang : il faut donc, si possible, faire coïncider les deux notions de filiation et de consanguinité, la filiation adoptive étant elle-même organisée comme un mensonge<sup>8</sup>.

En vérité la parenté entretient avec la réalité biologique les mêmes rapports ambigus que la filiation elle-même. Contrefaçon de la filiation par le sang, la filiation adoptive est tout de même répandue. Quant à la filiation par le sang ou qui se présente officiellement comme telle, on sait qu'à l'égard du père elle est rarement démontrée et parfois inexacte. Enfin, dans le cas de l'insémination avec donneur, le lien biologique est aboli sans rémission au profit d'une filiation purement juridique avec le mari ou le compagnon de la femme inséminée<sup>9</sup>. Ainsi la parenté a une relation de principe avec la communauté de sang, mais celle-ci ne lui est pas toujours nécessaire. On va voir qu'elle ne lui est pas toujours suffisante non plus.

---

plus de quinze ans : elle n'offre donc d'utilité pratique que dans ce cas (restreint). Sur l'ensemble de la question, voir : Carbonnier, *supra* note 2 au n° 354 et s. ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille : Fondation et vie de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, au n° 910 et s.

<sup>5</sup> En ce sens, voir Carbonnier, *ibid.* au n° 377.

<sup>6</sup> C'est le parti, un peu étonnant chez un sociologue, qu'adopte Carbonnier : «C'est une communauté génétique, une communauté de sang» (*ibid.* au n° 373).

<sup>7</sup> L'article 655 C.c.Q. se lit comme suit : «La parenté est fondée sur les liens du sang ou de l'adoption». Pour une fois, la formule plus concise («sur le lien de filiation») eût aussi été plus exacte.

<sup>8</sup> Si les psychologues recommandent de dire la vérité à l'enfant, le droit fait en sorte de la cacher aux tiers ! Ainsi le droit français décide que la transcription de la décision prononçant l'adoption plénière sur les registres de l'état civil «ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant» (art. 354, al. 2, C. civ., issu de la *Loi du 11 juillet 1966, supra* note 3) et «tient lieu d'acte de naissance à l'adopté» (art. 354, al. 3, C. civ.). Il y a là comme une sorte de faux légal. Et la loi va encore plus loin dans l'équivoque lorsqu'elle permet au mari de l'adoptante de donner son nom à l'enfant bien qu'il ne l'ait pas lui-même adopté (voir art. 357, al. 3, C. civ.).

<sup>9</sup> Selon l'article 311-19 C. civ. (issu de la *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*, J.O., 30 juillet 1994, 11056, Gaz. Pal. 1994, 2<sup>e</sup>sem. Lég. 576), «[e]n cas de procréation médicalement assistée avec donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation». Et il résulte de l'art. 311-20 C. civ. que cet enfant sera impérativement celui du mari ou du compagnon de la mère (lesquels ont, par hypothèse, consenti à l'insémination). Sur cette question, voir F. Dreifuss-Netter, «La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers» [1996] R.T.D. civ. 1.

***Troisième constatation : La parenté repose sur un lien, juridiquement établi, de filiation***

Le lien biologique, lorsqu'il ne donne lieu à aucune constatation juridique, n'importe guère. Sauf exception, la parenté de fait ne joue aucun rôle en droit et il n'est même pas sûr que cette expression ait un sens. Ainsi il est pour le moins douteux que le droit français prohibe positivement le mariage entre un homme et sa fille ou sa sœur, du moment que le lien juridique n'apparaît pas entre eux<sup>10</sup> : la parenté, comme toute notion entourée de symboles, comporte donc une part d'hypocrisie. L'exigence d'un lien juridique a aussi pour conséquence que l'enfant trouvé n'a momentanément pas de parenté. Mais vu le nombre des couples stériles, il ne tardera guère à en acquérir une adoptive, sans préjudice des descendants que lui-même aura plus tard et dont il sera parent.

***Quatrième constatation : La parenté n'a plus de rapports avec le mariage***

Dans certaines sociétés, la femme perd sa parenté d'origine en se mariant et en acquiert une nouvelle avec la famille de son mari. Par contre, dans la plupart des sociétés actuelles, le mariage n'influe sur la parenté que de façon très indirecte, en ce qu'il favorise la procréation et facilite l'établissement du lien juridique de filiation. Mais en soi le mariage ne crée ni ne supprime aucune parenté, de sorte qu'il n'entre pas dans les définitions qu'on donne ordinairement de celle-ci. Toutefois, le mariage crée un autre lien, l'alliance, entre l'époux et certains parents de son conjoint. L'alliance produit beaucoup moins d'effets que la parenté, mais elle en produit tout de même quelques-uns puisque, comme on le verra, la loi étend parfois aux alliés certains effets qui paraissent *a priori* spécifiques de la parenté. Et surtout elle aligne souvent le conjoint sur certains parents, de sorte que le mariage lui-même produit des effets (successoraux par exemple) analogues ou comparables à ceux de la parenté<sup>11</sup>.

***Cinquième constatation : La parenté est un lien permanent***

Alors que le lien d'obligation a un caractère contingent, alors que le mariage lui-même se dissout forcément, fût-ce par la mort d'un des époux, le lien de parenté reste acquis et survit au décès. Parfois même il prend naissance après le décès de celui par qui la parenté arrive : c'est le cas de l'enfant posthume. Par exception, la parenté disparaît en partie si l'enfant perd l'une de ses filiations, en pratique la fi-

---

<sup>10</sup> Voir Hauser et Huet-Weiller qui toutefois rappellent que la jurisprudence ancienne avait hésité (*supra* note 4 au n° 153, note 77). Mais, objectent-ils, «quelle base donner à une prohibition en l'absence d'un lien de parenté prouvé ?» (*ibid.*).

<sup>11</sup> D'où la tendance des auteurs à étudier ensemble les deux institutions (voir *supra* note 2). Nous n'y échapperons pas plus que les autres. Sur l'alliance et la parenté au Québec, voir M.-D. Castelli et É.-O. Dallard, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993 aux pp. 212, 257.

liation paternelle (par exemple par le désaveu ou l'annulation de reconnaissance). En France, il perd même ses deux filiations et donc la totalité de sa parenté dans le cas de l'adoption dite plénière, mais c'est pour en retrouver immédiatement une autre, si bien qu'ici l'exception confirme la règle<sup>12</sup>.

*Sixième constatation : La parenté a pour objet de structurer un groupe*

Sauf cas particulier la parenté n'est pas un lien bilatéral isolé entre deux personnes, mais une chaîne de liens bilatéraux mis bout à bout. Dans le sens remontant ou collatéral, la chaîne se subdivise même en deux chaque fois qu'un sujet a ses deux filiations établies. Or, cet ensemble de liens le plus souvent ramifiés forme un groupe qui, selon la façon dont on le délimite, sera fixe ou flottant, fermé ou ouvert<sup>13</sup>. On peut concevoir la parentèle comme un groupe fermé défini par rapport à un individu qui en est le chef, les autres parents se définissant en fonction de lui. En France et au Québec, la parenté est un groupe ouvert qui se définit à propos d'un individu quelconque. Dans le sens remontant, chacun de nous, sauf l'enfant trouvé, se trouve au départ d'une ou deux chaînes constituant sa parenté personnelle et si deux frères germains ont à ce point de vue la même parenté, deux demi-frères ont déjà des parentés en partie distinctes. Dans le sens descendant, chacun a ses propres enfants, petits-enfants, etc. Le cercle de la parenté se déplace ainsi d'un individu à l'autre, chacun de nous ayant sa parenté propre qui ne recoupe qu'en partie celle de ses proches.

*Septième constatation : La parenté tend à produire des effets de groupe*

Comme on s'en doute, les effets de la parenté sont beaucoup plus prégnants et structurants dans le cas d'un groupe fermé, surtout lorsque celui-ci — le clan, la *gens*, etc. — est la seule organisation sociale existante, car alors la parenté a un rôle constituant (elle est la constitution du groupe). Dans une société étatisée, la parenté a nécessairement des effets moins forts que privés pour l'essentiel. En toute hypothèse, la détermination de ces effets implique une nomination des parents reposant sur une définition. Au-delà des termes, qui peuvent être concrets (l'oncle, le cousin) ou abstraits (le collatéral), il n'y a de parenté que strictement identifiée par une algèbre des rapports sociaux. En France comme au Québec, cette algèbre repose sur les notions de ligne et de degré. Mais en tout pays la parenté peut se sym-

---

<sup>12</sup> L'article 356 C. civ. prévoit que : «L'adoption [plénière] confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage [...]».

<sup>13</sup> Par convention, nous appellerons «groupe fermé» celui dont les membres sont en nombre *fini*, fut-il considérable (dans le cas, par exemple, d'une société par actions). Pareillement un groupe peut être dit «groupe fixe» lorsque chacun de ses membres est avec lui dans un rapport statutaire : ainsi, même si les actions passent de main en main, la qualité d'associé reste définie par la titularité d'une ou plusieurs actions. En principe, la plupart des groupements juridiques sont à la fois fixes et fermés au sens où nous avons employé ces deux termes, tandis que les groupements sociologiques (les agriculteurs, la bourgeoisie, etc.) sont ouverts et flottants. La parentèle occupe une situation intermédiaire ...

boliser par des points (les personnes) et des traits (les liens), ce qui permet de comprendre qu'une parenté plus éloignée dans la chaîne produit *a priori* moins d'effets qu'une parenté proche.

Jusqu'ici j'ai essayé de montrer ce qu'est en soi la parenté et on peut le résumer en disant qu'elle est un ensemble de liens juridiques formant un système. Il faut maintenant envisager comment fonctionne ce système dans une société donnée. Au Québec la situation est très voisine de celle de la France actuelle, et d'ailleurs on peut supposer sans grand risque d'erreur que la plupart des sociétés occidentales ont à peu près le même système de parenté. Pour le connaître, il faut recenser les effets de la parenté, car une parenté n'a de sens que si elle en produit et c'est par eux qu'elle se révèle. En droit français et québécois, l'instrument pour mesurer ces effets s'appelle le *degré* : le degré est à la parenté ce que le mètre est aux distances. Cette unité de mesure nous vient du droit successoral, lequel définit ce que sont les deux lignes de la parenté et enseigne ensuite la manière de compter les degrés dans chaque ligne : on compte un degré par génération, ce qui en ligne directe va de soi ; en ligne collatérale, il faut remonter à l'ancêtre commun pour redescendre jusqu'à l'autre intéressé. Le droit successoral renseigne donc sur la structure de la parenté (à base de filiation). Mais on doit ici résister à deux tentations extrêmes.

La première consisterait à croire que la parenté est une institution du droit successoral à laquelle les autres institutions emprunteraient çà et là ses éléments. Or c'est inexact : la parenté repose à l'évidence sur une conception globale de la famille, conception qui d'ailleurs inclut aussi le conjoint et conception dont le droit successoral n'est qu'un sous-ensemble parmi d'autres, encore que privilégié et on verra pourquoi.

La seconde tentation serait, sous prétexte que chaque sous-ensemble a ses particularités propres, de relativiser la notion en prétendant qu'il existe une parenté au sens des successions, une autre au sens de l'inceste, une troisième au sens de l'obligation alimentaire, etc. Pareille démarche ne se justifierait que si la parenté produisait des effets parfaitement contradictoires d'un secteur à l'autre. Or elle produit seulement des effets *variables* selon des besoins de la cause, ce qui n'a rien que de très normal. Il y a donc une notion unique, mais complexe et nuancée, de la parenté.

Quant à l'étendue de la parenté, le droit successoral nous renseigne encore, mais imparfaitement, lorsqu'il établit la vocation successorale *a priori* de chaque parent par rapport au défunt. En ligne directe, cette vocation ne comporte aucune limitation de degré et n'est donc limitée que par la durée de la vie humaine. En ligne collatérale, la vocation successorale est limitée en France au sixième degré<sup>14</sup> (au huitième degré selon l'article 683 C.c.Q., mais la différence pratique n'est pas considérable). D'où la tentation de croire qu'il n'y aurait plus de parenté au-delà du degré successible. Mais là encore la déduction serait trompeuse.

---

<sup>14</sup> Voir art. 755 C. civ.

Certes il n'existe à notre connaissance aucun texte français visant explicitement un parent après le sixième degré. Mais certaines dispositions, qui utilisent la notion de parent sans autre précision, sont couramment interprétées comme pouvant s'appliquer au-delà du degré successible. Il en va ainsi pour l'article 408 C. civ., lequel implique que, faute de mieux peut-être, le juge des tutelles pourrait faire entrer dans le conseil de famille un parent au dixième, onzième degré, etc.<sup>15</sup>. Plus explicite, l'article 683 C.c.Q., mentionne, en l'occurrence pour leur dénier tout droit successoral, les parents *au-delà du huitième degré*<sup>16</sup>. Allant dans le même sens, la doctrine française considère la parenté comme le lien entre «les personnes dont l'une descend de l'autre ou qui descendent d'un auteur commun»<sup>17</sup>, définition large qui postule que la parenté s'étend théoriquement à l'infini et pratiquement à tous les parents encore identifiables en tant que tels. Mais bien entendu les principaux effets de la parenté ont lieu dans un cercle assez restreint.

Ces effets varient selon l'objectif à atteindre et quant aux parents visés. Le droit n'établit évidemment pas un statut d'ensemble du parent au quatrième degré, lequel serait en tous points plus favorable que le cinquième, mais moins avantageux que le troisième, etc., car alors les degrés de parenté deviendraient des castes ! De même, on constate que dans tel domaine tous les parents visés ont les mêmes droits ou devoirs, alors que dans tel autre le parent éloigné n'est pris en considération qu'à défaut de parent plus proche. Cette variété se retrouve aussi dans la formulation, car selon les hypothèses, le législateur désigne les parents en termes abstraits ou concrets, les énumère ou utilise une disposition générale, se réfère ou non au degré, etc. Bref, la matière a grand besoin qu'on y mette un peu d'ordre ou qu'on en retrouve l'ordre caché.

À la réflexion, il apparaît que la parenté produit deux sortes d'effets. D'abord des effets entre parents qui semblent être des effets indispensables ou par nature : à preuve le fait qu'ils provoquent toujours une intervention du législateur. Ensuite des effets à l'égard des tiers qui semblent être moins fondamentaux et qu'on pourrait appeler des effets par destination : à preuve le fait qu'ils résultent souvent d'une maturation jurisprudentielle lente voire inachevée<sup>18</sup>. Par conséquent nous envisageons successivement les effets de la parenté entre parents (I) et ses effets à l'égard des tiers (II).

---

<sup>15</sup> C'est du moins l'interprétation qui prévaut (voir par ex. Carbonnier, *supra* note 2 au n° 373).

<sup>16</sup> Art. 683 C.c.Q. : «Les parents au-delà du huitième degré ne succèdent pas». Mais ils n'en sont pas moins des parents !

<sup>17</sup> G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil : Les personnes*, Paris, Sirey, 1976 au n° 31. Et tous les auteurs adoptent peu ou prou la même définition.

<sup>18</sup> Ce plan n'est pas parfait : il peut arriver que des tiers invoquent certains effets entre parents, par exemple l'interdiction faite au juge de siéger dans une affaire où son parent est partie. Mais dans l'exemple, c'est tout de même ce magistrat qui subit l'effet le plus direct et en pratique il se récusé de lui-même ! Au demeurant le clivage des effets entre parents et à l'égard des tiers a trop d'importance pour qu'on l'abandonne sous un prétexte aussi léger.



## I. Les effets de la parenté entre parents

Là encore il faut distinguer, car le législateur établit deux sortes d'effets. Négativement si l'on peut dire, il intervient pour déroger, entre parents, aux règles généralement applicables : parmi ces dérogations, qui en général ont un caractère hétéroclite et dispersé, on relève au premier chef les empêchements à mariage, lesquels dérogent à la liberté matrimoniale.

De façon positive maintenant, la loi se fonde sur la parenté pour établir des règles d'organisation sociale et qui cette fois, comme le montre l'exemple du droit successoral ou de l'obligation alimentaire, ont un caractère systématique et ordonné.

J'ai hésité s'il fallait commencer par les dérogations (c'est-à-dire par l'inceste) ou par l'organisation (c'est-à-dire par les successions). Rationnellement je devrais d'abord décrire l'organisation. Mais l'histoire du droit a commencé par l'irrationnelle prohibition de l'inceste. Je suivrai donc la même démarche.

### A. Des dérogations aux règles générales

On trouve ici des incapacités (1), des dispenses (2) et même des dérogations de caractère pénal (3).

#### 1. Des incapacités

##### a. Les empêchements à mariage

Les anthropologues prétendent qu'imposée pour des raisons économiques, la prohibition de l'inceste a entraîné par voie de conséquence la toute première notion de la parenté<sup>19</sup>. En clair, c'est parce qu'on m'interdit d'épouser ma sœur que celle-ci devient sacrée à mes yeux. À quoi les moralistes répliquent, avec indignation, qu'il s'agit là d'un raisonnement à l'envers : c'est parce que ma sœur est sacrée que je ne dois pas l'épouser ! Vaste débat ... Ce qui tendrait à donner raison aux anthropologues, c'est que la prohibition est plus ou moins étendue selon les sociétés. En France, l'empêchement à mariage ne connaît pas de limite en ligne directe, mais s'arrête après le troisième degré des collatéraux (après le deuxième, selon l'article 373 C.c.Q.)<sup>20</sup>. Il n'y a donc de prohibition qu'entre frères et

<sup>19</sup> Voir *Aux confins du droit*, supra note 1 au n° 141 et s.

<sup>20</sup> Il est à noter qu'au Canada, sauf en ce qui concerne la célébration, le mariage, comme d'ailleurs le divorce, relève de la compétence fédérale (voir : *Loi sur le mariage*, L.C. 1990, c. 46 ; *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. D-3.4). À l'époque où la loi canadienne prohibait le mariage entre oncle et nièce (*Loi sur le mariage*, art. 2), il pouvait y être dérogé par une loi particulière (voir la *Loi faisant exception aux règles générales de droit en matière de mariage dans le cas de Richard Fritz et Marianne Strass*, L.C. 1975, c. 113). Cette technique de la loi particulière ne se conçoit guère en droit

sœurs<sup>21</sup> ainsi qu'entre oncle et nièce (ou tante et neveu)<sup>22</sup> : encore une dispense est-elle possible dans ce dernier cas<sup>23</sup>. En outre la prohibition s'étend à certains alliés (mais cette fois pour des raisons très pragmatiques)<sup>24</sup> et bien entendu elle s'applique aussi dans la famille adoptive, ce qui confirme que l'inceste, comme la parenté, se construit sur le biologique sans s'identifier à lui.

En résumé, le Code Napoléon me dit précisément qui doit être sacré pour moi : ma mère, ma sœur, ma fille<sup>25</sup> ! Mais pas vraiment ma tante ou ma nièce puisqu'une dispense est possible, encore que je n'aie jamais connu aucun mariage de ce genre, ni même aucun projet en ce sens<sup>26</sup>. Et même le mariage entre cousins germains, bien que la loi l'autorise, est rare en France et plutôt mal vu.

Encore plus rare et encore plus mal vu est ce que j'appellerai l'inceste à l'envers. Un homme avait adopté sa jeune maîtresse afin de lui donner le statut, successoralement plus avantageux, de descendant. La Cour de Riom a annulé cette adoption pour détournement — évident — de l'institution<sup>27</sup>. L'inceste classique consiste à avoir des relations sexuelles avec un parent ; ici l'opération revenait à transformer en parent celui avec qui on a des relations sexuelles. Mais le juge ne l'a pas dit ainsi et d'ailleurs le droit français, à la différence du droit canadien, ne

français (sauf, à notre connaissance, pour des obsèques nationales ou pour valider les résultats d'un concours annulé par la juridiction administrative). Seule se pratique en France la *dispense* prévue par la loi et accordée par une autorité judiciaire ou administrative. À noter que chacun des deux pays tend à considérer la technique de l'autre comme contraire à l'égalité devant la loi !

<sup>21</sup> Voir art. 162 C. civ.

<sup>22</sup> Voir art. 163 C. civ.

<sup>23</sup> Voir art. 164 C. civ.

<sup>24</sup> Entre beaux-parents et beaux-enfants (voir art. 161 C. civ., visant «des alliés de la même ligne») : le mariage prohibé est donc par hypothèse un remariage (après dissolution, toujours par hypothèse, de l'union qui produisait l'alliance). Encore une dispense est-elle possible «lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée» (art. 164 C. civ.). La loi ne prohibe donc de façon absolue que le remariage *après divorce* (le remariage après décès pouvant avoir des vertus familiales). Pour combattre, dans la mesure de ses moyens, la tentation d'un adultère particulièrement scandaleux, le droit supprime ici la possibilité et donc l'espoir de *régulariser* celui-ci. La même prohibition, et la même éventualité de dispense, existaient jadis entre beaux-frères et belles-sœurs avant que l'article 9 de la *Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975*, J.O., 12 juillet 1975, 7171, Gaz. Pal. 1975. 1<sup>er</sup>sem. Lég.338, ne la supprime bizarrement, dans un cas où pourtant la tentation paraîtrait plus forte *a priori*.

<sup>25</sup> Pour mémoire, il faudrait ajouter : ma grand-mère, ma petite-fille, etc.

<sup>26</sup> D'où l'impression, peut-être hérétique aux yeux d'un sociologue, qu'il y aurait là une sorte de prohibition coutumière et que celle-ci pourrait même survivre à une éventuelle abrogation de la prohibition légale.

<sup>27</sup> Voir Riom, 9 juillet 1981, J.C.P. 1982.II.1979 (note G. Almairac). Voir à ce sujet, et aussi à propos des couples homosexuels, P. Raynaud, «Un abus de l'adoption simple : les couples adoptifs» D.1983.Chron.39. Voir aussi J. Hauser, «L'adoption à tout faire» D.1987.Chron.205. Dans un système où s'applique l'institution de la réserve héréditaire, l'avantage consiste à diminuer celle des enfants proprement dits. Lorsque, par exemple, l'adoptant a au départ un enfant, l'art. 913 C. civ. accorde à celui-ci une réserve de moitié, ce qui laisse l'autre moitié libre pour la maîtresse. Mais si l'adoption a lieu, il y aura désormais deux enfants et la réserve du premier ne sera plus que d'un tiers (*ibid.*), de sorte que la maîtresse adoptée pourra recevoir deux tiers de la succession.

nomme jamais l'inceste, lequel ne constitue même pas une infraction pénale, sauf par le biais des atteintes sexuelles commises sans violence sur un descendant<sup>28</sup>.

Les empêchements à mariage, qui occupent donc le centre de la matière, impliquent que certaines personnes sont sacrées les unes aux yeux des autres. Or ce caractère sacré ne peut qu'établir une forte solidarité entre les intéressés, solidarité qui doit s'entendre au sens courant et non au sens juridique du terme. Et on va voir que cette solidarité *explique tous les autres effets de la parenté* ! Ces effets, à vrai dire, se produisent aussi, dans bien des cas, à l'égard du conjoint parce que, bien entendu, il y a aussi une solidarité entre époux. Disons, et nous le vérifierons constamment, que la solidarité parentale et la solidarité conjugale sont les deux composantes de la solidarité familiale<sup>29</sup>.

### b. *Des incapacités mineures liées à la solidarité*

Et nous allons d'abord le vérifier avec certaines incapacités mineures, mais intéressantes à noter. Ainsi le juge ne peut siéger «si lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement» (selon l'article 341, 3° N.C. proc. civ. ; on retrouve la même solution à l'article 234 du C.p.c. du Québec)<sup>30</sup>. Il s'agit d'éviter que la solidarité familiale ne vienne contrecarrer l'indépendance professionnelle ou que pareil soupçon puisse seulement germer dans les esprits. La même suspicion se retrouve en matière d'interposition de personnes, ce qui aboutit à infliger aux proches une véritable incapacité de recevoir : «Seront réputées personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants, et l'époux de la personne incapable»<sup>31</sup>. On remarque que cette fois le texte ne vise pas les collatéraux et ce sera très souvent le cas par la suite.

## 2. Des dispenses

Ici c'est le parent lui-même qui demande à ce qu'on ne lui applique pas la règle ordinaire. Ainsi, et en me bornant au droit français, les actes juridiques se prouvent par écrit (règle générale), sauf impossibilité matérielle ou morale de s'en procurer

<sup>28</sup> Voir art. 227-25 à 227-27 du nouveau C. pén. : encore faut-il que la victime soit mineure. Entre majeurs, l'inceste en ligne directe échappe donc à toute répression pénale. Et il en va de même entre frères et sœurs, quels que soient, cette fois, les âges des intéressés (voir D. Mayer, «La pudeur du droit face à l'inceste» D.1988.Chron.213). Le droit canadien n'a pas cette pudibonderie : «Commet un inceste quiconque, sachant qu'une autre personne est, par les liens du sang, son père ou sa mère, son enfant, son frère, sa sœur [...]» (art. 155(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46). Et il fulmine jusqu'à 14 ans de prison !

<sup>29</sup> Composantes qui, en principe, s'excluent et ne se cumulent pas, puisqu'on n'épouse pas son parent ! La solidarité familiale sera donc, entre deux personnes données, soit conjugale, soit familiale.

<sup>30</sup> De même le notaire ne peut instrumenter pour l'un de ses parents (en France, voir *Décret n° 71-941 du 26 novembre 1971*, J.O., 27 novembre 1971, 11615, D.1971.Lég.453, art. 2).

<sup>31</sup> Art. 911 C. civ. Voir aussi l'art. 1100 C. civ. relatif aux donations entre époux. Ces textes ressemblent beaucoup à l'art. 774 C.c.B.-C. Cependant le C.c.Q. n'a pas reconduit la solution.

un. Or pareille impossibilité morale résulte souvent de la parenté parce que la solidarité entre parents interdit de réclamer un écrit : l'intéressé souhaite donc qu'on le dispense d'en produire un. Pour les mêmes raisons, «les parents ou alliés en ligne directe de l'une des parties ou de son conjoint, même divorcé» peuvent se refuser à témoigner<sup>32</sup>. Ce qui est troublant, c'est que jadis la loi interdisait le témoignage des parents<sup>33</sup>. Autrement dit, on soupçonnait le témoin de favoriser son parent. Aujourd'hui, on lui évite d'avoir à choisir, comme disait Camus, entre sa mère et la justice. La loi le traite donc avec plus de considération !

### 3. Des dérogations à la loi pénale

Ces dérogations ont un caractère apparemment contradictoire puisque, selon les cas, la loi française aggrave ou supprime la répression. Aggravation pour certaines infractions contre les personnes commises sur un parent en ligne directe et notamment les atteintes sexuelles à la personne d'un descendant<sup>34</sup>. Mais immunité pour le vol entre époux ou entre parents en ligne directe, ce vol ne donnant lieu qu'à des sanctions civiles : pareille immunité tend à protéger la paix des familles<sup>35</sup>. En réalité la notion de solidarité permet de résoudre la contradiction : porter la main sur un parent est une profanation tandis que mettre la main dans son portefeuille est presque normal ! Une remarque toutefois, la même que tout à l'heure, concernant les infractions contre les personnes : le parent en ligne directe est toujours sacré, mais ce n'est plus le cas pour les frères et sœurs.

Et pour conclure sur les effets dits négatifs, nous observerons que les solutions retenues, souvent pragmatiques et empiriques, ne révèlent que par bribes la conception de la parenté qui les sous-tend. C'est dans les effets positifs qu'il faut chercher la conception d'ensemble.

---

<sup>32</sup> Voir art. 206 N.C. proc. civ. Voir aussi les art. 335, 448 C. proc. pén. selon lesquels les dépositions des parents ou alliés ne peuvent être reçues sous la foi du serment.

<sup>33</sup> Voir art. 268 de l'ancien C. proc. civ. Et l'art. 283 de l'ancien C. proc. civ. permettait de reprocher certains collatéraux. Ces solutions s'appliquaient alors même que c'était l'*adversaire* du parent qui sollicitait le témoignage (voir : Cass. com., 20 novembre 1950, D.1951.Jur.57 ; P. Hébraud et P. Raynaud, «Jurisprudence française en matière de procédure civile» (1951) 49 R.T.D. civ. 279, ce qui, sous couleur de symétrie, frayait déjà la voie à la solution actuelle ! Sur l'ensemble de la question, voir H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Paris, Sirey, 1991 au n° 837 et s.).

<sup>34</sup> Pour les atteintes commises sans violence, voir les art. 227-25 à 227-27 C. pén. Pour le viol et les autres agressions sexuelles, l'aggravation résulte respectivement des art. 222-24 et 222-28 C. pén. D'autres aggravations apparaissent lorsque l'ascendant se trouve être, cette fois, *la victime* : c'est le cas du parricide bien sûr (voir art. 221-4 C. pén.) et de ses diminutifs (voir art. 222-3 et 222-8 C. pén. concernant respectivement les tortures et l'homicide préintentionnel).

<sup>35</sup> Voir art. 311-12 C. pén., qui toutefois autorise à nouveau les poursuites dans le cas de l'époux séparé de corps ou autorisé à vivre séparément. Au Canada, selon l'art. 329(1) C. cr. : «[N]ul ne commet, pendant la cohabitation, le vol d'une chose qui est, par la loi, la propriété de son conjoint». La solution est donc plus radicale qu'en France puisque l'infraction n'existe même pas !

## B. Des règles d'organisation familiale

La parenté est l'occasion d'organiser des transferts patrimoniaux, que ce soit à cause de mort (1) ou entre vifs (2). Mais elle suscite aussi des droits et devoirs personnels (3).

### 1. Des transferts à cause de mort

Avec le droit des successions<sup>36</sup>, nous arrivons au coeur de notre sujet, sauf à nous demander pourquoi l'organisation de la parenté trouve là son expression la plus forte. J'y vois au moins deux raisons. La première est que le droit successoral se doit d'être hiérarchisé, à moins de partager la succession par parts égales entre tous les parents, ce qui ne serait guère réaliste. Il faut donc dire sans équivoque quel type de parent vient en premier et pour quelle part, puis quel autre vient après au cas où le premier ferait défaut, etc. D'où une hiérarchie à la fois subtile et rigoureuse qui reflète forcément avec un maximum de précision l'idée que le législateur du moment se fait de la parenté. Au fond, le défunt est traité à titre posthume et pour un jour (celui de son décès) comme le chef d'un clan fictif dont les membres seraient placés auprès de lui dans un ordre bien défini, les uns plus près et les autres plus loin. Deuxième raison : si bref et rare soit-il, le partage de la succession est une minute d'intense vérité sociale, car le droit successoral se trouve au confluent des deux plus grands fleuves irriguant l'espace juridique privé : la famille et la propriété. L'histoire — celle de la France en tout cas — le confirme avec éclat. Pour démanteler la noblesse d'Ancien Régime et porter le coup de grâce à une société inégalitaire, les rédacteurs du *Code civil* ont institué le partage égal des successions. Ce faisant, ils accomplissaient l'acte fondateur de la nouvelle société individualiste que seule structure désormais, dans l'ordre privé, cette discrète parenté, appréciée au coup par coup en fonction de chaque individu. On notera que depuis 1804, la France a connu près d'une quinzaine de constitutions successives, mais n'a jamais remis en cause le partage égal ! Ainsi le droit successoral a joué un rôle constituant au regard de la société civile et cette Constitution civile ne pouvait que traduire une conception, à vrai dire sous-entendue, mais bien ancrée, de la parenté.

Cette conception a très peu varié depuis bientôt deux cents ans. Les règles actuelles de la dévolution ne révèlent que trois changements notables, mais que l'évolution sociale imposait pour ainsi dire et que d'ailleurs elle a imposé dans des termes voisins au Québec. Premièrement, le degré successible, qui était d'abord le douzième, a été ramené au sixième en 1917 (au huitième en droit québécois en vertu de l'article 683 C.c.Q.) ; cette réforme, qui prenait acte d'un rétrécissement de la famille unanimement constaté en sociologie, a eu surtout une portée symbolique. Deuxièmement, de façon parallèle et pour les mêmes raisons, le conjoint survivant a conquis des droits successoraux qui s'exercent, cela va de soi, au détriment de la

---

<sup>36</sup> Sur le droit français, voir M. Grimaldi, *Droit civil, Successions*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1995. Sur le droit québécois, voir G. Brière, *Traité de droit civil : Les successions*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1994.

parentèle. Troisièmement, l'enfant naturel a obtenu des droits à peu près égaux à ceux de l'enfant légitime<sup>37</sup> (complètement égaux au Québec selon l'article 522 C.c.Q.).

Sous ces réserves, la conception française de la parenté, telle qu'elle s'exprime dans la hiérarchie des ordres successoraux, demeure fondamentalement inchangée. Tout au plus le conjoint s'est-il glissé à l'intérieur du système en en édulcorant les effets. De façon significative, ce conjoint a un sort d'autant meilleur qu'il concourt avec des parents plus éloignés : doté d'un quart en usufruit par la loi lorsqu'il est en présence de descendants du défunt, il voit cette part doubler en présence de frères et sœurs ou d'ascendants dans les deux lignes<sup>38</sup>. Puis, face à une seule ligne d'ascendants, il accède aux délices de la pleine propriété, mais pour moitié seulement de la succession<sup>39</sup>. Enfin il prend la totalité de celle-ci en présence de collatéraux ordinaires<sup>40</sup>. De son côté, le droit québécois est plus généreux envers le conjoint, lequel reçoit de la pleine propriété et en plus grande quantité : un tiers en présence de descendants, deux tiers en présence d'ascendants ou de collatéraux privilégiés et la totalité s'il n'y a que des ascendants ou collatéraux ordinaires<sup>41</sup>. Le tout sans préjudice de son droit à la moitié du patrimoine familial<sup>42</sup>.

Pourquoi cette différence entre les deux droits ? Parce que les Français restent attachés au principe de conservation des biens dans la famille par le sang. Ce qui le confirme, c'est qu'en France les descendants ont une réserve<sup>43</sup>, ainsi que les ascendants en l'absence de descendants<sup>44</sup>, alors que le conjoint n'est pas réservataire : le défunt aura donc pu dépouiller complètement son conjoint au profit de sa ligne directe, mais non se livrer à l'opération inverse. Par contre tout est possible au Québec où la réserve n'existe pas. Mais en réalité la différence n'est pas si grande, car d'une part les Québécois se servent modérément de leur liberté testamentaire quasi totale<sup>45</sup> et d'autre part les Français, qui n'ont qu'une liberté testamentaire partielle, s'en servent surtout pour *augmenter* la part du conjoint. Et rien ne dit que si on leur donnait la liberté totale, ils en profiteraient pour bouleverser le schéma familial !

---

<sup>37</sup> Voir art. 334 C. civ.

<sup>38</sup> Voir art. 767, al. 2 et 3, C. civ.

<sup>39</sup> Voir art. 766 C. civ.

<sup>40</sup> Voir art. 765 C. civ.

<sup>41</sup> Voir art. 666, 671, 672, 673 C.c.Q.

<sup>42</sup> Aux termes des art. 414 et s. C.c.Q., le mariage emporte constitution d'un patrimoine familial, lequel se divise à parts égales lors de la dissolution de ce mariage. Ledit patrimoine, qui ne comprend pas les biens acquis à titre gratuit, correspond en gros à la communauté d'acquêts du régime légal français.

<sup>43</sup> Voir art. 913 C. civ.

<sup>44</sup> Voir art. 914 C. civ.

<sup>45</sup> Brière montre fort bien que tous les projets tendant à restreindre la liberté testamentaire ont échoué, probablement parce qu'ils ne répondaient pas à un besoin impérieux (*supra* note 36 au n° 332 et s.) ; et en tout cas parce que le partage du patrimoine familial sert de correctif à l'actuel système (*ibid.* aux n° 338, 339). Voir aussi A. Morel, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960.

Ainsi, dans les deux pays, les descendants et ascendants constituent bien dans cet ordre le noyau dur de la parenté, mais en France l'institution de la réserve souligne encore ce fait. Elle révèle aussi *a contrario* le sort ambigu des frères et sœurs. En effet ils ne sont pas réservataires et risquent donc de se voir déshériter entièrement. Mais à défaut de testament les déshéritant, ils partagent avec les père et mère et le conjoint<sup>46</sup> (quand il n'y a pas d'enfant, cela va de soi) et restent donc des proches. Finalement nos deux modèles familiaux demeurent assez voisins.

## 2. Des transferts entre vifs

Moins lourde de symboles que la dévolution, l'obligation alimentaire a davantage d'importance pratique<sup>47</sup>. S'agissant de la France et en assimilant à cette obligation les notions voisines comme le devoir de secours entre époux ou l'obligation d'entretenir les enfants, on constate que la situation est ici beaucoup plus nette : la loi exclut les frères et sœurs, inclut sans restriction le conjoint dans le même cercle que les ascendants et descendants<sup>48</sup> et ajoute pour finir une obligation entre alliés<sup>49</sup>.

Elle exclut les frères et sœurs, qui décidément ne sont sacrés que pour l'empêchement à mariage : il n'y a pas d'obligation alimentaire entre collatéraux. Tout au plus les tribunaux français atténuent-ils cette solution grâce à la théorie de l'obligation naturelle. Le Québec adopte la même solution à l'article 585 C.c.Q. : celui qui verse spontanément des aliments à son frère ou à sa sœur ne peut demander la restitution des sommes, car il est censé avoir acquitté une obligation naturelle. Mais ce correctif ne repose que sur la bonne volonté.

La loi française inclut le conjoint qui, même après divorce le cas échéant, rejoint donc les descendants et ascendants<sup>50</sup>. Observons qu'à la différence du droit successoral, le descendant n'exclut pas l'ascendant : je puis avoir à payer une pension simultanément à mon fils et à ma mère. Et à mon ex-femme : personne n'exclut personne.

À cette promotion du conjoint se rattache celle de certains alliés : l'obligation alimentaire a lieu entre un époux et les père et mère de son conjoint<sup>51</sup>, solution que

<sup>46</sup> Voir art. 751 et 767 C. civ.

<sup>47</sup> Sur ce sujet, voir : Carbonnier, *supra* note 2 au n° 379 et s. ; Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 4 au n° 1295 et s.

<sup>48</sup> Voir art. 203, 205, 212 C. civ.

<sup>49</sup> Voir art. 206 C. civ.

<sup>50</sup> À la lettre, il n'y a même d'obligation alimentaire qu'après divorce puisqu'en cours de mariage c'est un «devoir de secours» qui pèse sur les époux (voir Hauser et Huet-Weiller, *ibid.* au n° 1034 et s.). Mais on peut négliger cette nuance au stade d'extrême généralité qu'impose une synthèse sur la parenté (et implicitement sur l'alliance). Même observation pour l'obligation d'entretenir les enfants (voir Hauser et Huet-Weiller, *ibid.* au n° 1354 et s.) qui est unilatérale et que remplace, lorsque les enfants s'installent dans leur vie d'adultes, une obligation alimentaire proprement dite, c'est à dire réciproque.

<sup>51</sup> Voir art. 206 C. civ.

le Québec a connue, puis supprimée en 1980<sup>52</sup>. En France, l'obligation lie donc deux personnes qui, en aucun cas, n'héritent l'une de l'autre : elle survit même, sous certaines conditions, au décès de l'époux qui produisait l'alliance, mais non à la dissolution du mariage par divorce, ce que chacun trouvera logique<sup>53</sup>. Au fond, il y a là comme un effet à double détente de la parenté : on ne veut pas qu'un époux laisse dans le besoin ceux qui sont les grands-parents de ses propres enfants. Parmi les créanciers ou débiteurs d'obligations alimentaires, on trouve en tout cas moins de parents et plus d'étrangers au sens biologique du terme que parmi les successeurs. Sauf à noter que le Québec, qui exclut les alliés, inclut le parent de fait, celui qui a élevé l'enfant comme le sien propre<sup>54</sup>. Victime de sa générosité, ce parent doit une pension à l'enfant, mais il est probable que, sur ses vieux jours, la situation s'inversera : l'enfant, devenu adulte, lui en devra une à son tour<sup>55</sup>.

On notera aussi qu'en France<sup>56</sup> comme au Québec<sup>57</sup>, le débiteur d'aliments pourrait exceptionnellement s'acquitter de sa dette en hébergeant le créancier chez lui ou, selon l'expression française, «dans sa demeure». D'importance pratique limitée, cette disposition rappelle symboliquement qu'en famille un banal logement devient la *domus* fortifiée par le lien de parenté et le fortifiant en retour. On retrouvera l'idée.

### 3. Des droits et devoirs personnels

La collection est un peu hétéroclite, en dépit d'une incontestable communauté d'inspiration. Nous trouvons en effet :

#### a. *Le droit de visite*

À l'origine, la loi française accordait le droit de visite qu'aux père et mère, de sorte qu'il s'agissait d'un effet de la filiation et non de la parenté. Aujourd'hui elle l'accorde aussi aux grands-parents (art. 371-4, al. 1, C. civ.), ce qui tend à en faire un attribut de la parenté. Mais dans le même temps, le deuxième alinéa de ce texte permet, «en considération de situations exceptionnelles», de l'attribuer «à d'autres personnes, parents ou non». Le non-parent pourrait être un parent de fait ou bien un

---

<sup>52</sup> Voir art. 167 C.c.B.-C., abr. par la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 14.

<sup>53</sup> Au Québec, l'obligation alimentaire va jusqu'à survivre au décès du débiteur lui-même (voir art. 684 et s. C.c.Q.) : elle grève donc, mais *intra vires* seulement, sa succession. La France ne connaît pas ce système, sauf dans quelques cas très particuliers (voir Hauser et Huet-Weiller, *supra* note 4 au n° 1323).

<sup>54</sup> Selon l'art. 2(2) de la *Loi sur le divorce*, *supra* note 20, l'enfant à charge au moment du divorce (et qui peut à ce titre bénéficier d'une pension alimentaire en vertu de l'art. 15(2)) s'entend aussi de celui à qui les époux tiennent lieu de père et mère ou de celui «dont l'un est le père ou la mère et pour lequel l'autre en tient lieu».

<sup>55</sup> Voir art. 585 C.c.Q.

<sup>56</sup> Voir art. 210, 211 C. civ.

<sup>57</sup> Voir art. 592 C.c.Q.



ex-compagnon de la mère qui a élevé l'enfant pendant un temps. Bref, le droit de visite serait une institution souple fondée sur la parenté ou la quasi parenté. Et il en va de même au Canada<sup>58</sup>.

*b. Des droits d'ingérence*

Appelons ainsi le droit pour certains parents d'intervenir dans des affaires familiales délicates : droit de consentir au mariage d'un mineur ; droit de former opposition à un mariage ; droit de provoquer l'ouverture de la tutelle, la convocation du conseil de tutelle ou la déchéance de l'autorité parentale ; droit d'accepter la donation faite à un mineur non émancipé ou à un majeur en tutelle. La liste des ayants droit varie selon les cas et on s'épuiserait à des comparaisons trop subtiles. Le plus souvent la situation justifie une intervention de l'autorité publique dans des affaires privées, mais tellement privées que ladite autorité a toutes les chances d'en ignorer l'existence si les proches de l'intéressé ne viennent pas l'alerter. La loi fait alors confiance aux parents dont on présume qu'ils agiront par solidarité et non par malveillance.

Ça et là apparaissent aussi le ministère public, les alliés, diverses personnes intéressées. Mais les amis sont réduits à la portion congrue, qui «peuvent seulement donner au juge avis de la cause qui justifierait l'ouverture de la tutelle»<sup>59</sup>. Plus ouvert, le droit québécois assimile implicitement les amis à la famille lorsqu'il admet que «toute personne intéressée» peut faire opposition à un mariage<sup>60</sup> ou provoquer la constitution du conseil de tutelle<sup>61</sup> ou demander la déchéance de l'autorité parentale<sup>62</sup> : à notre époque de rétrécissement de la famille, cette extension mérite approbation.

*c. Des obligations tutélaires*

Dans les deux systèmes juridiques cette fois, les amis pourront siéger avec les parents au conseil de famille ou de tutelle<sup>63</sup>. Et en France cette charge est obligatoire

---

<sup>58</sup> L'art. 16 de la *Loi sur le divorce*, *supra* note 20, accorde le droit de visite aux parents (ou à ceux qui en tiennent lieu) tandis que l'art. 611 C.c.Q. prévoit le moyen d'accorder ce même droit à des grands-parents en conflit avec les parents. Les deux réunis aboutissent à une concordance d'ensemble avec la solution française.

<sup>59</sup> Art. 493, al. 2, C. civ.

<sup>60</sup> Voir art. 372 C.c.Q.

<sup>61</sup> Voir art. 224 C.c.Q.

<sup>62</sup> Voir art. 606 C.c.Q.

<sup>63</sup> Voir art. 409 C. civ., autorisant à appeler «des amis, des voisins ou toutes autres personnes qui [...] semblent pouvoir s'intéresser à l'enfant». Au Québec, la solution est implicite et résulte de l'art. 226 C.c.Q., admettant (incidemment) que «l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis» constituera le conseil de tutelle.

pour toute personne<sup>64</sup>, tandis que celle, plus lourde, de tuteur ne l'est que pour les parents ou alliés<sup>65</sup>.

*d. Le droit de consentir aux soins médicaux*

L'article 15 C.c.Q. consacre ce qui n'est encore qu'une pratique en France<sup>66</sup>.

En conclusion de cette première partie, les effets de la parenté entre parents reposent sur une solidarité considérée comme évidente et se passant de toute démonstration. Solidarité qu'a peut-être créée la prohibition de l'inceste. Solidarité en tout cas que la loi impose ou suppose entre parents, et d'ailleurs entre époux. Solidarité imposée dans le cas de la réserve, des obligations tutélaires ou alimentaires. Solidarité plus souvent supposée et que, selon les besoins, le législateur récompense (succession *ab intestat*), provoque (droits d'ingérence), préserve (par des dispenses ou immunités) ou redoute (pour les collusions qu'elle entraîne). Avec les effets de la parenté à l'égard des tiers, il s'agit encore de solidarité supposée, encore que le parent la brandisse comme un drapeau.

## II. Les effets de la parenté à l'égard des tiers

Alors que la plupart des effets entre parents s'imposaient avec la force de l'évidence, il n'en va plus de même ici. L'hypothèse pratique est, en effet, qu'un demandeur se fonde sur le lien l'unissant à son parent pour émettre une prétention à l'encontre d'un étranger à la famille. Or rien *a priori* n'oblige à lui donner gain de cause et de fait la démarche de ce plaideur se fraie timidement un chemin au gré de jurisprudences hésitantes ou parfois de fragments législatifs. On le constate en étudiant l'indemnisation du préjudice d'affection (A), la défense des intérêts posthumes (B) et des cas divers (C).

---

<sup>64</sup> Implicite, la solution résulte de l'art. 434 C. civ., lequel n'admet que très restrictivement les excuses. Au contraire, l'art. 232 C.c.Q., proclame que «[...] nul ne peut être contraint d'accepter une charge au conseil [...]».

<sup>65</sup> Cela résulte *a contrario* de l'art. 432 C. civ., selon lequel «[c]elui qui n'était ni parent ni allié des père et mère du mineur ne peut être forcé d'accepter la tutelle». Dans le C.c.Q., l'obligation d'exercer la fonction de tuteur n'apparaît pas expressément. Certes elle existe implicitement à l'égard des père et mère (voir l'art. 192 C.c.Q., tel qu'interprété par l'arrêt *Bolduc c. Racine*, [1955] B.R. 594), mais la question demeure si, à l'égard des autres personnes, on doit raisonner *a contrario* ou, ce qui paraît à la fois préférable et plus probable, par analogie.

<sup>66</sup> Faute de représentant, le consentement d'un majeur incapable peut être donné par, entre autres, «une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier» (art. 15 C.c.Q.).

### A. *La réparation du préjudice d'affection*<sup>67</sup>

L'hypothèse principale est qu'une personne a trouvé la mort dans un accident engageant la responsabilité d'un tiers. Or ceux que le décès atteint dans leur affection demandent une indemnisation. En ce sens, ils invoquent un préjudice propre et n'agissent donc pas à titre successoral : ce qui le confirme, c'est l'existence d'une variante où la victime survit, mais dans un état tel que son entourage en éprouve un chagrin particulier. À la lettre, le ou les demandeurs ne se fondent pas sur le lien de parenté, mais sur leur préjudice et sur les règles générales du droit de la responsabilité. Preuve en est d'ailleurs qu'un non-parent peut figurer parmi les ayants droit, la seule condition étant de prouver la réalité du chagrin et donc du préjudice éprouvé. Mais la parenté au moins proche crée une présomption de fait et il y a plus de parents que d'étrangers parmi les personnes indemnisées.

En vérité cette indemnisation ne va pas de soi : preuve en est qu'au Québec l'ancien *Code* l'accordait avec réticence et que le nouveau n'en parle pas<sup>68</sup> ! En France, elle se heurte à des critiques. En laissant de côté l'insoluble question morale (monnayer ou non la douleur) et les querelles de fondement (réparation ou peine privée), les pragmatiques objectent que le nombre des ayants droit risque d'alourdir le coût de l'assurance : il suffit pour cela d'imaginer un défunt entouré d'une affection générale ou bien une famille démesurément tribale ... Mais en fait ce risque n'existe que sur le papier. Les amis, même très chers, n'agissent jamais. Et les parents éloignés n'agissent que très rarement lorsqu'il y a des parents proches pour intenter l'action. Ainsi, mis à part le conjoint, le fiancé, le concubin (dont l'indemnisation va de soi, même si l'on a hésité jadis sur le dernier nommé)<sup>69</sup>, on ne trouve guère que des parents sur la liste des bénéficiaires. Tout au plus faudra-t-il y ajouter des parents de fait comme l'enfant naturel notoire (bien que non reconnu) ou l'adopté de fait et parfois des alliés. Parmi les parents, l'indemnisation échoit le

---

<sup>67</sup> Voir : J. Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969 au n° 157 et s. ; G. Viney, *Traité de droit civil : Les obligations : La responsabilité : conditions*, t. 5, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982 aux n°s 254, 261, 266-269 ; L. Cadet, *Le préjudice d'agrément*, thèse de doctorat en droit, Université de Poitiers, 1983 [non publiée].

<sup>68</sup> L'art. 1056 C.c.B.-C. n'accordait d'indemnisation qu'aux descendants et ascendants ainsi qu'au conjoint : encore les juges se fondaient-ils moins sur le *solatium doloris* (préjudice de chagrin) que sur la désorganisation de la vie familiale. Toutefois, si la victime survivait, les solutions jurisprudentielles recoupaient en gros celles de la France. Aujourd'hui le C.c.Q. ne contient plus aucune disposition particulière sur le sujet, mais les spécialistes s'attendent, sur le fondement général de l'art. 1457 C.c.Q., à une reconduction de l'ancien système, voire, dans l'hypothèse du décès, à un certain élargissement du cercle des personnes indemnisées.

<sup>69</sup> Une divergence célèbre opposait la Chambre criminelle de la Cour de cassation (qui ne voyait que le préjudice à indemniser) et les chambres civiles (qui ne voyaient que l'irrégularité, dans tous les sens du terme, de la situation créée par le concubinage). C'est en 1970 qu'a eu lieu le revirement des chambres civiles (voir Cass. Ch. mixte, 27 février 1970, D.1970.Jur.201 (note R. Combaldieu), J.C.P. 1970.II.16305 (Concl. Lindon, note P. Parlange)). À noter que l'irrégularité (au sens d'instabilité) du concubinage pouvait jeter un doute sur la réalité du préjudice matériel, non sur celle du chagrin éprouvé !

plus souvent aux ascendants, aux enfants, aux frères et sœurs (surtout quand ils cohabitaient avec le défunt au foyer parental). *De facto* ces personnes n'ont même pas besoin de prouver leur chagrin, que le défendeur n'oserait d'ailleurs pas contester. En un mot, la parenté proche crée une présomption irréfragable d'affection. Mais en mariage la présomption demeure réversible : il n'y a pas d'indécence à plaider que les époux s'entendaient mal et n'avaient plus de vie commune. Le mariage, décidément, est moins solide que la parenté. Quant aux parents plus éloignés ou aux alliés, ils n'obtiennent d'indemnisation que s'ils allèguent des circonstances particulières (par exemple l'oncle du défunt l'avait élevé comme son fils). Mais en de pareilles circonstances, il n'y a généralement pas de parent plus proche pour réclamer une indemnisation ... En tout cas l'action reste purement familiale. Quant au montant accordé, qui fournit la clé pour comprendre le système, Dupichot a résumé la jurisprudence en ces termes : premièrement, les membres de la *domus* qui subissent une atteinte dans leurs conditions d'existence reçoivent des indemnités importantes ; deuxièmement, les parents en ligne directe reçoivent une indemnisation modeste lorsqu'ils ne font pas partie de la *domus* ; et troisièmement, les collatéraux qui ne cohabitaient pas avec le disparu soit se heurtent à un refus pour n'avoir pas démontré leur préjudice, soit obtiennent une indemnité symbolique<sup>70</sup>. On voit, grâce à cette nomenclature, que le décès constitue toujours un bon révélateur de la parenté et on va le constater encore en étudiant la défense des intérêts posthumes.

### B. *La défense des intérêts posthumes*

A-t-on le droit de défendre en justice les intérêts d'une personne aujourd'hui disparue ? Dans l'affirmative, quel parent exercera l'action et à quel titre ? La question suscite de difficiles controverses.

On peut d'abord estimer que, comme en matière de préjudice d'affection, les agissements répréhensibles du tiers n'atteignent en réalité que la personne vivante, celle qui agit en justice et qui agit alors à titre personnel : dans cette analyse, la parenté avec le défunt n'a fait que rendre l'intéressé plus vulnérable et sert donc à établir son préjudice propre.

On peut aussi estimer que le demandeur exerce un droit que le défunt lui a transmis par succession : les partisans de cette thèse admettent toutefois qu'il y aurait là un cas de succession irrégulière échappant aux règles ordinaires de la dévolution, particulièrement inadaptées en pareil cas.

Enfin on peut considérer que le demandeur fonde simplement son action sur la parenté, c'est-à-dire sur la solidarité familiale : le résultat pratique serait à peu près le même qu'en cas de succession irrégulière, mais le fondement plus satisfaisant et le régime de l'action plus cohérent.

---

<sup>70</sup> Voir Dupichot, *supra* note 67 au n° 202.

Le droit positif reflète ces hésitations. On le vérifiera en étudiant la défense du nom (1) et de l'honneur (2) du défunt.

### 1. Le nom du défunt

Un tiers ayant usurpé le nom du défunt<sup>71</sup>, un parent (ou allié) du disparu agit contre l'usurpateur. Raisononnons sur le droit français et observons tout de suite que si le demandeur porte le même nom que le disparu, cela revient pour lui à défendre son propre nom, de sorte que le cas n'entre plus dans notre sujet. Il faut donc supposer que le demandeur porte un autre nom : par exemple un fils défend le nom de sa mère ou un veuf celui de sa femme. Les tribunaux français accueillent l'action, même dans le cas plus rare d'un collatéral<sup>72</sup>. Mais d'anciens arrêts l'ont refusée au-delà du degré successible, ce qui est fâcheux car l'intérêt familial demeure en pareil cas<sup>73</sup>. Voilà bien la preuve qu'une stricte application du droit successoral ne convient pas à la matière ! Pour aller dans le même sens, on notera que cette application conduirait à ne donner l'action qu'à l'héritier appelé et donc à l'interdire à l'héritier subséquent en cas de carence du premier, ce qui serait encore plus fâcheux. L'action, ici, devrait être familiale (incluant le conjoint) et collective et c'est en gros la solution québécoise<sup>74</sup>.

### 2. L'honneur du défunt<sup>75</sup>

L'honneur d'une personne réside dans ce que les juristes appellent les droits de la personnalité, droits dont on hésite à admettre la transmission. En effet la personnalité disparaît avec le décès, de sorte que toute atteinte *post mortem* à celle-ci est peut-être en réalité un coup personnellement porté à la réputation de l'héritier. Ainsi raisonnent nombre d'auteurs français, tandis que d'autres acceptent l'idée d'un

<sup>71</sup> Voir *Rép. civ. Dalloz*, «Nom-Prénom», par A. Ponsard.

<sup>72</sup> À vrai dire, Ponsard n'avait pu invoquer, en ce qui concerne le collatéral, qu'un simple jugement de tribunal, unique et ancien (*ibid.* au n° 416). Il y a davantage de jurisprudence sur le petit-fils ou le conjoint (*ibid.* au n° 414) : cas de la femme mariée ou veuve luttant contre l'usurpation du nom marital par la concubine (voir Trib. gr. inst. Briey, 30 juin 1966, J.C.P. 1967.II.15130 (note J. Carbonnier)). De toute façon, la Cour de cassation a lancé une formule générale (tous les membres de la famille) dans l'affaire *Ligny-Luxembourg*, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 février 1968, Gaz. Pal. 1968. 1<sup>er</sup> sem. Jur.264. Voir les observations de R. Nerson, «Jurisprudence française en matière de droit civil : Personnes et droits de famille» (1969) 67 R.T.D. civ. 104 à la p. 111.

<sup>73</sup> Voir Cass. Req., 20 avril 1868, D.P.1868.I.292. Cette décision avait été critiquée par Ponsard, *ibid.* aux n°s 418-19.

<sup>74</sup> Voir art. 56 C.c.Q., visant le conjoint et les «proches parents», sous-entendu : même non héritiers. Selon É. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1994 au n° 74, les règles relatives au droit au nom ne s'expliquent pas seulement par la transmission successorale, mais évoquent aussi «[...] l'idée d'un patrimoine moral, qui se double, ici, d'un droit de famille».

<sup>75</sup> Voir : P. Blondel, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969 au n° 64 et s. ; B. Beignier, *L'honneur et le droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995 à la p. 219 et s. ; *Rép. civ. Dalloz*, «Personnalité (droits de la)», par D. Tallon, n° 153 et s.

«héritage moral», mais échappant aux règles habituelles de dévolution. Tous s'accordent pour admettre que par exemple le fils, même renonçant à la succession, pourrait défendre l'honneur de son père. Mais il faut aller plus loin et accorder ce même droit au petit-fils ou au neveu en cas de carence du fils. Trop clairsemée, la jurisprudence ne permet pas de dessiner une orientation bien nette. Au Québec, le troisième alinéa de l'article 625 C.c.Q. semble en faire un cas ordinaire de succession, mais les auteurs voient plus loin et à juste titre, car la succession ne résume pas à elle-seule toute la parenté, dont elle n'est que le révélateur le plus sensible<sup>76</sup>.

### C. Cas divers

Citons pêle-mêle, au hasard du droit français.

#### 1. Certains droits relatifs au logement

Selon la *Loi n° 48-1360 du 1<sup>er</sup> septembre 1948*<sup>77</sup>, le droit au maintien dans les lieux bénéficie non seulement à l'ex-locataire, mais en cas de décès de celui-ci, à certains parents qui vivaient avec lui<sup>78</sup>. Symétriquement le bailleur peut exercer le droit de reprise pour se reloger lui-même ou pour loger certains membres de sa famille<sup>79</sup>.

#### 2. Certains avantages liés à la charge d'une personne parente ou non

Par exemple celui qui a un ou plusieurs enfants à charge peut prétendre à diverses prestations familiales. Certes la parenté importe moins ici que la charge<sup>80</sup>. Mais qui ne voit qu'en pratique la personne à charge est un parent de droit ou de fait ou quelqu'un qui s'apprête à le devenir ? Ces deux notions s'entrecroisent.

#### 3. Le droit de plaider la nullité du contrat

On pourra plaider la nullité du contrat en cas de violence exercée sur un ascendant ou un descendant (ou sur le conjoint)<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> Les art. 35, al. 2, 625, al. 3 et 1610, al. 2, C.c.Q., admettent la transmission des droits de la personnalité. Mais Deleury et Goubau, *supra* note 74, estiment que ces droits ne s'ajoutent pas purement et simplement à la masse successorale. La transmission ayant surtout lieu dans l'intérêt du défunt, «[i]l s'agit en quelque sorte d'un héritage moral» (*ibid.* au n° 19).

<sup>77</sup> D.1949.Lég.93, J.O., 2 septembre 1949 [ci-après la *Loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948*].

<sup>78</sup> Voir art. 5 *Loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948* (*ibid.*).

<sup>79</sup> Voir art. 18 *Loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948* (*ibid.*). Dans le même esprit, voir l'art. 14 de la *Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989*, J.O., 8 juillet 1989, 8541, D.1989.Lég.227.

<sup>80</sup> Sur la charge d'autrui, voir Carbonnier, *supra* note 2 aux n° 399-400.

<sup>81</sup> Voir art. 1113 C. civ. En droit québécois, la violence exercée sur une personne quelconque est cause de nullité dès lors qu'elle a effectivement vicié le consentement du contractant, ce qui est affaire de circonstances (voir art. 1402 C.c.Q.). Mais si la violence s'exerce sur le conjoint, les enfants ou les ascendants, il y a présomption de fait qu'elle a joué un rôle déterminant (voir J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1993 à la p. 138).

En soi mineurs, ces cas nous intéressent comme un tiroir que le législateur pourrait remplir dans l'avenir. La catégorie reste ouverte.

L'impression qui se dégage de cette seconde partie est qu'à une époque où certains déplorent un peu vite un prétendu déclin de la famille, la solidarité familiale non seulement reste vivace, mais est peut-être en passe de conquérir de nouveaux territoires. Solidarité suspecte, dira-t-on, lorsque le vivant, au nom du mort, réclame quelque chose pour lui-même : mais n'est-ce pas aussi la preuve que ce demandeur s'identifie au disparu ? Réflexion faite, les effets juridiques de la parenté traduisent peut-être, plus qu'une solidarité, une certaine identification psychologique du type «lui ou moi, c'est la même chose». Mais de par son gros coefficient de rationalité, le droit ne peut le traduire qu'avec maladresse et distance.

## Conclusion

Le droit positif, qu'il soit français ou québécois, établit ou constate autour de chaque individu une parenté — la sienne — composée de trois cercles concentriques : bien entendu, plus le cercle est proche du centre et plus les effets produits sont nombreux et forts. Le premier cercle, le plus proche, est celui des ascendants et descendants, lesquels sont toujours visés chaque fois qu'un texte règle une question de parenté. Mais ils sont visés le plus souvent en compagnie du conjoint, voire de certains alliés (les beaux-parents) dans le sillage du conjoint. En vérité, ce cercle est celui de la famille rétrécie que les sociologues ont souvent décrite, de sorte que nous pouvons poser l'équation : parenté en ligne directe + conjoint = famille nucléaire actuelle.

Le deuxième cercle est celui des frères et sœurs. Ce qui les caractérise, c'est qu'ils étaient très proches les uns des autres du temps de leur enfance commune dans la *domus* des parents<sup>82</sup>. À l'époque, ils étaient dans le premier cercle. Mais une fois devenus adultes, ils sont en situation de fonder chacun leur propre famille (leur premier cercle) et ne sont donc plus, les uns par rapport aux autres, qu'un deuxième cercle. D'où l'ambiguïté de leur sort : on ne les épouse certes pas, mais on ne subvient pas non plus à leurs besoins et en France ils ne sont pas réservataires<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Au Québec, la question de la *domus* a été évoquée dans l'affaire *Gagné c. Gagné*, [1995] R.L. 148 où il s'agissait d'interpréter un testament au profit de «toute la famille» (à parts égales). Le juge se réfère au *Petit Robert* définissant la famille comme étant «[l]es personnes apparentées vivant sous le même toit, et spécialement le père, la mère et les enfants» (*ibid.* à la p. 151). Et appréciant l'intention de la testatrice au jour de la rédaction du testament, il exclut les enfants d'un frère prédécédé.

<sup>83</sup> Sur les frères et sœurs, voir R. Maurice, «Les effets de la parenté et de l'alliance en ligne collatérale» (1971) 69 R.T.D. civ. 250 (mais le droit positif a évolué depuis lors).

Quant aux collatéraux ordinaires (oncles et tantes, cousins), ils bouchent les trous (en matière successorale, dans le conseil de famille) et théoriquement on peut même les épouser : ce n'est plus que le troisième cercle.

On notera que la position des cercles varie peu dans le temps comme à travers les secteurs du droit, où l'on voit qu'elle traduit la présence d'une idéologie assez constante.

Ce qu'il faut toutefois retenir, c'est que la hiérarchie des cercles ne s'applique pas dans tous les domaines. En vérité, trois modèles fonctionnent cumulativement. *Primo* : le modèle hiérarchique rigide, celui des successions. *Secundo* : le modèle hiérarchique souple. Il semble logique que les droits d'ingérence ou la réparation du préjudice d'affection soient accordés d'abord au parent proche, subsidiairement au parent plus éloigné, mais sans que s'impose un ordre minutieux. *Tertio* : le modèle égalitaire où tous les parents visés ont les mêmes droits, obligations ou interdictions. Ainsi des empêchements à mariage ou des récusations, des obligations alimentaires ou des actions familiales pour défendre la mémoire du défunt. Ce modèle est en fait le plus fréquent, encore que la tyrannique présence du droit successoral tende à nous le faire oublier. Du reste ce modèle successoral est le seul à avoir été théorisé : la théorie des modèles n° 2 et 3 reste à faire, et à faire de manière autonome. Il faut, dit-on, laver son linge en famille, mais il faut aussi éviter qu'un vêtement (celui de la succession) ne déteigne sur tous les autres. Certes la mort est l'occasion privilégiée de mesurer la solidarité familiale, mais celle-ci existe aussi dans la vie, que diable !

Dans les sociétés primitives, la parenté tient lieu de tout : d'État et de religion, de vie publique et de vie tout court, de loisirs et de sécurité sociale, etc. Aujourd'hui la parenté ou plutôt la famille se réduit à sa plus simple expression : un pas de plus et tout disparaît. Mais ce risque ne menace guère et il semble plutôt que le noyau réduit, si discret qu'il paraisse, demeure fort et même indestructible. La parenté a encore de beaux jours devant elle.

---