HAL
open science

Les distinctions dans le droit de la filiation

Nadège Coudoing

To cite this version:

Nadège Coudoing. Les distinctions dans le droit de la filiation. Droit. Université du Sud Toulon Var, 2007. Français. NNT : . tel-00318797

HAL Id: tel-00318797

https://theses.hal.science/tel-00318797v1

Submitted on 5 Sep 2008

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université du Sud Toulon Var
Faculté de Droit de Toulon

LES DISTINCTIONS DANS LE DROIT DE LA FILIATION

THESE pour l'obtention du DOCTORAT en DROIT PRIVE
Présentée et soutenue publiquement le 23 novembre 2007 par
Nadège COUDOING

Jury

M. Philippe PEDROT, Professeur à l'Université de Bretagne Occidentale (Président)
Mme Frédérique GRANET-LAMBRECHT, Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg (Rapporteur)
M. Pierre MURAT, Professeur à l'Université Pierre Mendès-France de Grenoble (Rapporteur)
Mme Elisabeth PAILLET, Professeur à l'Université du Sud Toulon Var (Directeur de thèse)
Mme Henriette BRIQUET, Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon Var

2007

Université du Sud Toulon Var
Faculté de Droit de Toulon

LES DISTINCTIONS DANS LE DROIT DE LA FILIATION

THESE pour l'obtention du DOCTORAT en DROIT PRIVE
Présentée et soutenue publiquement le 23 novembre 2007 par
Nadège COUDOING

Jury

M. Philippe PEDROT, Professeur à l'Université de Bretagne Occidentale (Président)
Mme Frédérique GRANET-LAMBRECHT, Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg (Rapporteur)
M. Pierre MURAT, Professeur à l'Université Pierre Mendès-France de Grenoble (Rapporteur)
Mme Elisabeth PAILLET, Professeur à l'Université du Sud Toulon Var (Directeur de thèse)
Mme Henriette BRIQUET, Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon Var

2007

Le présent exemplaire a bénéficié de quelques modifications mineures après la soutenance, afin d'intégrer l'actualité jusqu'en avril 2008 et de tenir compte de certaines observations formulées par les membres du jury.

Je tiens particulièrement à remercier Madame Elisabteh PAILLET, mon directeur de thèse, qui s'est toujours montrée disponible, m'a guidée dans mon travail et permis de pousser plus loin ma réflexion.

Je remercie aussi tous mes proches, tous ceux qui me sont chers, les membres de ma famille comme mes ami(e)s, tous ceux qui m'ont entourée, soutenue et aidée.

SOMMAIRE

Introduction générale

Première partie : La filiation paisible

Titre I : Les distinctions en relation avec la qualité de l'auteur

Chapitre I : L'époux distinct du compagnon dans l'établissement volontaire de la paternité

Chapitre II : La maternité distincte de la paternité dans les modes d'établissement volontaire

Titre II : Les distinctions dans la complémentarité des liens de filiation

Chapitre I : L'établissement interdit du double lien de filiation

Chapitre II : L'accès conditionné à la parentalité commune

Deuxième partie : La filiation contestée

Titre I : Les distinctions dans l'établissement de la filiation : la supériorité de la femme qui accouche

Chapitre I : La possibilité d'imposer à l'auteur sa paternité

Chapitre II : La possibilité de faire obstacle à l'établissement des liens de filiation

Titre II : Les distinctions dans la force du lien de filiation : la supériorité de la filiation par greffe

Chapitre I : La filiation charnelle : une action en contestation limitée

Chapitre II : La filiation élective : l'exclusion d'une remise en cause

Conclusion générale

INTRODUCTION GENERALE

Parce que nous ne naissons pas de nous-même, parce que la procréation, si elle peut se passer de relations charnelles entre un homme et une femme, nécessite toujours (pour combien de temps ?) la rencontre de gamètes mâles et femelles, nous sommes tous, dans une acception populaire, l'enfant de quelqu'un.

Dans un sens juridique, pourtant, nous pouvons être l'enfant de personne.

C'est que le droit ne se contente pas de savoir de qui proviennent le sperme et l'ovule pour déterminer ceux qui doivent être désignés comme père et mère, pour déclarer qu'il y a filiation. *« La détermination ou l'évaluation de ce qui est n'est pas forcément conforme et utile à la détermination de ce qui doit être »*[1]. Le droit crée *« sa propre vérité »*[2]. *« La seule vérité ayant force de norme obligatoire »* est *« celle que le droit imposera »*[3]. *« La règle de droit exprime une vérité symbolique qui, même contraire à la vérité des expertises sanguines, est la vérité »*[4].

En décidant de cette vérité, le droit décide de ce qui conditionnera la vie entière d'une personne : la filiation est en effet source d'identité et de statut. Inscrivant les individus à *« une place unique et non interchangeable au sein d'un ordre généalogique culturellement construit »*[5], elle permet à chacun de *« se reconnaître parmi les siens et d'être reconnu par eux et parmi les autres »*[6]. C'est d'elle que découle l'état, les droits à l'entretien et à l'éducation, aux aliments et à l'héritage, les *« devoirs de réciprocité et de solidarité »*[7], enfin l'*« appartenance même à un Etat »*[8].

Essentielle tant *« sur le plan sociologique et psychologique »* que *« sur le plan des droits subjectifs »*[9], la filiation doit être définie.

A cette fin, il nous faut en dégager le concept à partir des données fragmentaires et contingentes dont nous disposons.

Lorsqu'on évoque le mot, on en ressent la définition sans pour autant être véritablement capable de l'énoncer : la filiation est un concept tellement ancré en nous que sa définition se ressent plus qu'elle ne s'énonce. C'est un peu comme si cela coulait de source, au point qu'il est inutile d'exposer ce que l'on entend par là. Pourtant, quand il s'agit de formuler une définition, on rencontre quelques difficultés et on prend conscience que l'on n'a qu'une approche approximative de la notion. C'est qu'il est

---

[1] H. INCOLLINCO-MONA, « La normativité et le droit de la famille », 2000, p. 62.

[2] Ibid., p. 62.

[3] Ibid., p. 62.

[4] C. NEIRINCK, « Désaveu et contestation de paternité », *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation* (dir. L. KHAÏAT), coll. IRCID-CNRS, 9-11 fév. 1995, Erès, 1995, coll. Actes, p. 191.

[5] F. VASSEUR-LAMBRY, « La famille et la Convention européenne des droits de l'Homme », L'Harmattan, 2000, coll. Logiques Juridiques, p. 420.

[6] M-Th. MEULDERS-KLEIN, « La personne, la famille et le droit : 1968-1998 : Trois décennies de mutations en Occident », Bruylant/LGDJ, 1999, p. 156.

[7] Ibid., p.p. 156-157.

[8] Ibid., p. 157.

[9] Ibid., p. 156.

difficile de généraliser ce que chacun conçoit en son *for* intérieur. Mais ce travail est nécessaire si l'on veut appréhender le concept de filiation, lequel ne saurait désigner tout et n'importe quoi.

Quelle que soit l'idée que chacun se fait de la filiation, il est toujours question d'attachement. La filiation se présente toujours comme un lien assez puissant pour recevoir cette appellation. Ce sont seulement les ordres qui diffèrent : ce qui nous attache à un autre (que l'on désigne par père ou mère) peut être biologique, affectif, sociologique, peu importe. Ce qui compte, c'est la valeur de ce lien. Ce qui compte, c'est qu'il ait une valeur assez importante pour que le droit le consacre, de telle sorte qu'il puisse recevoir le nom de *« filiation »*[10].

Désignant le lien qui unit un enfant à son père et/ou à sa mère, la filiation n'est donc *« ni du domaine de l'être, ni du domaine de l'avoir : elle est du domaine de la relation »*[11]. Elle n'est pas non plus de l'ordre du fait, mais de l'ordre de l'artifice en ce qu'elle n'existe pas par elle-même mais est une création du droit : *« il n'est de filiation que dite, instituée par la seule instance normative socialement habilitée à cette fin, à savoir le droit »*[12]. C'est par essence *« un fait de l'esprit, le résultat d'un acte de langage »*[13], d'un *« social engineering »*[14].

Certes, à la base de toute filiation, il y a l'engendrement, il y a la *« procréation »*. Que ce soit par le biais de relations charnelles ou d'une technique médicale, on rencontre toujours le phénomène de création, entendu comme l'action de *« faire naître du néant »*[15], et le phénomène d'assemblage, d'union ou de fusion[16], si ce n'est des êtres, du moins est-ce de leurs gamètes.

Mais pour exister, la filiation ne se contente pas de la procréation. Ce n'est pas uniquement le lien qui relie le *« procréateur »* au *« procréé »*. Ce lien génétique peut d'ailleurs être inexistant entre ceux que l'on dit rattachés par un lien de filiation. C'est le cas en matière d'adoption, c'est le cas lorsque le père selon la loi a consenti à une assistance médicale avec don de sperme. Il n'y en a pas moins filiation, parce qu'il y a

---

[10] H. INCOLLINCO-MONA, « La normativité et le droit de la famille », op. cit. note 1, p. 152 : *« L'établissement du lien familial par le droit se réalise dans la considération et la qualification par celui-ci d'un lien non-juridique préexistant. Elle va donner une effectivité sociale à ce dernier, l'établissement juridique du lien étant en réalité l'apparition légitime de celui-ci qui ne peut exister officiellement sans elle »*.

[11] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité : Etude de droit des personnes et de la famille », LGDJ, 2000, coll. Bibliothèque de Droit privé : t. 327, p. 66.

[12] Ibid., p. 67.

[13] Ibid., p. 67.

[14] R. POUND, « Interpretations of Legal History », Cambridge University Press, 1923, p.p. 151-152.

[15] Procréer vient du latin *« creare »* : *« faire naître du néant »* (*crescere*).

[16] *« Ce n'est pas seulement créer mais pro créer : on crée ensemble »*. Ph. MALAURIE, « Couple, Procréation et Parenté », *La notion juridique de couple* (dir. Cl. BRUNETTI-PONS), Economica, 1998, coll. Etudes Juridiques, p. 23.

reconnaissance juridique qu'il existe un attachement répondant aux normes sociales : un attachement volontaire exprimé par un acte juridique, un attachement affectif manifesté par le comportement quotidien, un attachement biologique révélé par une expertise scientifique…

La filiation, c'est le lien auquel on a donné valeur juridique : *« liens du cœur et lien du sang ne sont que des situations de fait tant que le droit ne leur a pas assigné le statut de lien de parenté »*[17]. La filiation, c'est l'attachement que le droit (et la société dans son ensemble) considère comme digne d'être reconnu.

Concept juridique, la filiation est un lien artificiel, un lien de droit auquel on ajoute parfois un qualificatif afin de spécifier les circonstances de l'apparition de l'enfant.

Ainsi parle-t-on encore[18] de *« filiation légitime »* lorsque ceux que le droit nomme les père et mère sont mariés lors de la conception ou de la naissance de l'enfant ; de *« filiation naturelle »* dans le cas contraire. Cette dernière catégorie se subdivise entre les *« enfants naturels simples »* qui sont ceux dont les parents auraient pu légalement contracter mariage mais ont librement décidé de ne pas le faire ; les *« enfants naturels adultérins »* qui sont ceux dont l'un au moins des auteurs était, au moment de la conception, engagé dans une union conjugale avec un tiers[19] ; les *« enfants naturels incestueux »* qui sont ceux dont les père et mère sont empêchés de s'épouser en raison de leur lien de parenté à un degré proche. L'existence de la légitimation avait également amené à parler d'enfants légitimés au sujet des enfants, à l'origine naturels, qui accédaient à la légitimité.

D'autres distinctions ont été introduites pour rendre compte de l'institution de l'adoption et des progrès scientifiques en matière de procréation. C'est ainsi que les auteurs ont pour habitude de différencier *« filiation charnelle »* ou *« par le sang »* et *« filiation élective »* ou *« par greffe »*. La première expression est appliquée lorsque l'enfant est juridiquement rattaché à ceux qui l'ont engendré par des relations charnelles. Les père et mère d'un point de vue légal sont en même temps les géniteur et génitrice. La femme *« y ajoute quelque chose de plus et de propre »*[20], à savoir qu'elle

---

[17] F. DREIFUSS-NETTER, « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », *D.*, 1998, chron., p. 100.

[18] Les dénominations qui suivent ont été effacées des textes mais elles sont encore utilisées en doctrine. Cf. en part. Gérard CORNU qui, dans le dernier manuel « Droit-civil : La famille » (9ème éd., Montchrestien, 2006, coll. Domat : droit privé, p. 323, note 1) qu'il a publié, continue à employer les termes, ce dont il s'explique : *« L'ordonnance du 4 juillet 2005 a supprimé ces appellations ; mais les différences positives qui demeurent dans l'établissement légal du lien de filiation, entre la filiation en mariage et la filiation hors mariage, leur donnent vocation à se perpétuer »*.

[19] Est appelé *« enfant adultérin a patre »* celui dont le père était marié à une autre personne que la mère ; *« enfant adultérin a matre »* celui dont la mère était l'épouse d'un autre homme que le père ; *« enfant doublement adultérin »* celui dont les parents étaient tous deux engagés dans un lien matrimonial avec un tiers.

[20] G. CORNU, « Droit-civil : La famille », 8ème éd., Montchrestien, 2003, coll. Domat : droit privé, p. 318.

est aussi gestatrice en ce qu'elle porte l'enfant en son sein et le met au monde par l'accouchement. La seconde expression englobe la filiation de l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption et la filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée.

Quel que soit le qualificatif apposé au mot *« filiation »*, il n'en demeure pas moins que celle-ci n'existe que parce qu'elle a été légalement établie, c'est-à-dire prouvée conformément à la loi. C'est en cela que Gérard CORNU dit du droit de la filiation qu'il est un *« droit de la preuve »*[21], un *« système de preuve »*[22]. C'est lui qui détermine qui peut prétendre à un lien de filiation et par quels moyens. Il édicte ce qui doit être pour que le lien existe dans le domaine juridique. *« Avant d'être enfants de nos parents de chair ou adoptif, nous sommes les enfants du Texte »*, écrit Pierre LEGENDRE[23].

C'est la raison pour laquelle on a souvent critiqué l'appellation *« enfant naturel »* : tout enfant est nécessairement issu d'un processus naturel (si l'on veut bien mettre de côté les techniques scientifiques de procréation), que ses parents soient mariés ou non ; et qui dit filiation dit nécessairement intervention du droit[24], de telle sorte qu'aucune filiation ne peut être réellement *« naturelle »*[25].

S'agissant davantage *« d'instituer des individus dans un ordre social »*[26], que *« d'assurer de manière fiable une simple traçabilité de la reproduction humaine »*[27], la filiation est *« une donnée éminemment culturelle, impossible à ramener à l'enregistrement d'un facteur purement biologique »*[28]. *« Cela ne signifie pas que la notion contient systématiquement un sens différent »* du sens commun qui s'attache à l'origine biologique, *« mais que la réalité juridique normative, qui s'attache à définir l'attribution du lien, peut diverger du sens commun non juridique bien qu'elle la*

---

[21] Ibid., p. 319.

[22] Ibid., p. 319.

[23] P. LEGENDRE, « L'Inestimable objet de la transmission : Etude sur le principe généalogique en Occident », Fayard, 1985, p. 10.

[24] *« Il ne suffit pas de produire de la chair humaine, encore faut-il l'instituer »*, ibid.

[25] *« L'enfant naturel du Code civil n'est nullement un enfant sauvage ou hors la loi. L'enfant réellement naturel n'existe pas pour le droit, puisque aucune conséquence juridique n'est tirée d'un lien simplement biologique.* […] *Pour qu'il y ait filiation naturelle, il faut que la loi ait en quelque sorte rattrapé l'enfant sauvage, ait mis en cage le hors la loi. Toute filiation juridique atteste l'emprise de la société sur le phénomène naturel, la structuration de la nature. C'est donc par un véritable abus de langage que l'on oppose l'enfant naturel à l'enfant légitime, puisque sa filiation est tout aussi légale que l'autre ».*
F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Propos hétérodoxes sur les familles naturelles », *Mélanges D. HUET-WEILLER, Droit des personnes et de la famille*, LGDJ/PUS, 1994, coll. Maison des Sciences de l'Homme de Strasbourg n°17, p.p. 70-71.

[26] P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la C°EDH* (dir. F. SUDRE), coll. Institut du droit européen des droits de l'Homme, Fac. de droit Univ. Montpellier I, 22-23 mars 2002, Némésis/Bruylant, 2002, coll. « Droit et justice » : n°38, p. 161.

[27] Ibid., p. 161.

[28] Ibid., p. 161.

suppose comme fondement »[29]. La filiation est une donnée complexe[30] que l'on décompose traditionnellement en trois éléments : le titre légal qui est *« une vérité attribuée »*[31], la biologie qui est *« une vérité sur l'origine »*[32], enfin la possession d'état qui est *« une réalité vécue »*[33]. Où l'on voit que la composante génétique n'est pas le seul critère déterminant. En attestent les divers modes de preuve instaurés par le droit au cours de l'histoire.

En droit romain païen, c'est le *pater familias* qui décide de la filiation paternelle de l'enfant, mis au monde par son épouse, en l'acceptant ou en le refusant. L'établissement de la paternité repose sur sa seule volonté. Dans la conception du Code civil de 1804, le fondement de la filiation n'est pas la communauté de sang, mais l'investiture sociale passant par le mariage et accessoirement la volonté des parents exprimée par un acte de reconnaissance. La présomption de paternité du mari, consacrée à l'article 312 du code, bénéficie d'un domaine d'application très large, englobant des enfants dont on peut fortement douter qu'ils soient issus des œuvres de l'époux (ainsi de l'enfant conçu après dissolution de l'union). Jusqu'au XXème siècle, il est souvent interdit de rechercher en justice la paternité hors mariage, de même que l'établissement d'une filiation adultérine est rarement autorisé. A partir de 1972, au moment même où les expertises biologiques offrent de plus en plus de certitude, les actions en justice se voient frappées d'un délai de prescription, tandis que les modes traditionnels d'établissement non contentieux de la filiation, à savoir le titre et la possession d'état, sont conservés. Enfin, les textes ont toujours admis la création d'un lien juridique entre des personnes que la loi du sang sépare : la filiation adoptive, plus récemment la filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée hétérologue. L'établissement de la filiation ne se résume donc pas à une constatation scientifique.

Par un jeu subtil d'équilibre, le droit de la filiation donne une place à chacun des éléments de la triade fondamentale. Cette place n'est pas immuable, mais varie dans le temps et dans l'espace en fonction de considérations diverses telles les idées et les mœurs[34], les contingences politiques et économiques, les valeurs morales[35] et

---

[29] H. INCOLLINCO-MONA, « La normativité et le droit de la famille », op. cit. note 1, p. 156.

[30] Nous entendons *« complexité »* au sens où Edgar MORIN l'a développée, c'est-à-dire comme *« une dimension ouverte sur la richesse, la potentialité, tandis que le compliqué est ce qui fige dans une impasse, à moins que des dérives ne viennent le contourner »*.
Cité par F. BRIGNOLI-SIMON et M. DELAGE, « Du nom du père au nom de la loi », *Lien familial, lien social* (dir. M. DELAGE et Ph. PEDROT), PUG, 2003, coll. Psychopathologie clinique, p. 200.

[31] P. MURAT Pierre, « Filiation et vie familiale », op. cit. note 26, p. 161.

[32] Ibid., p. 161.

[33] Ibid., p. 161.

[34] Les mœurs sont définies comme l'ensemble des normes issues d'une certaine morale sociale, de la conscience collective de la société. *« Elles font état d'une conception des comportements humains et des pratiques sociales, collectivement ou majoritairement admise dans la société et dans une période précise d'observation »*. H. INCOLLINCO-MONA, « La normativité et le droit de la famille », op. cit. note 1, p. 37.

sociétales[36]. Les règles ne sont donc pas figées. Mais il est un point commun entre elles : elles ont toujours été gouvernées par des distinctions.

Le terme *« distinction »* désigne couramment l'action de différencier, de séparer, et le résultat de cette action, à savoir des divisions, des classifications[37].

L'action de différencier ou de séparer est l'opération consistant à percevoir une ou plusieurs différence(s) au sein d'un ensemble : on reconnaît pour autre[38]. Ce travail permet de déterminer des critères de différenciation grâce auxquels on va pouvoir créer des catégories, c'est-à-dire des sous-ensembles composés d'éléments semblables ou présentant des caractères communs. Ces catégories seront ensuite ordonnées pour former une classification (c'est le résultat de la première opération).

Méthodiquement, le droit classifie les matières qu'il régit en créant, pour chacune d'elles, des catégories juridiques dans lesquelles il répartit des groupes d'éléments présentant des caractéristiques communes[39]. Par un travail de comparaison et d'analyse, il fixe les grands traits communs réunissant plusieurs éléments, en dépit de quelques différences mineures, et les grands traits différenciant ces éléments d'autres éléments pour ranger les premiers dans une catégorie et les seconds dans une autre[40].

Ainsi réglemente-t-il les biens en différenciant les *« meubles »* et les *« immeubles »*. S'agissant des sûretés, il sépare les *« sûretés personnelles »* des *« sûretés réelles »*. En ce qui concerne l'autorité parentale, il met d'un côté l'autorité exercée sur la personne de l'enfant, de l'autre l'autorité exercée sur les biens de l'enfant.

Chaque fois, c'est le même critère qui justifie les regroupements et les séparations entre divers éléments[41], de telle sorte que l'on aboutit à une division bipartite[42]. Celle-ci peut ensuite être subdivisée en parties plus petites et ainsi de suite, afin de faire

---

[35] En tant qu'adjectif, *« moral »* désigne *« ce qui concerne les mœurs, les règles de conduite en usage dans une société ; ce qui est relatif au bien, au devoir, aux valeurs qui doivent régler notre conduite »*.
En tant que nom féminin, la *« morale »* désigne *« l'ensemble des principes de jugement et de conduite qui s'imposent à la conscience individuelle ou collective comme fondés sur les impératifs du bien »*.
Dictionnaire Hachette encyclopédique illustré.

[36] Le droit, enseignait Gabriel MARTY, est *« un art consistant à tenir compte avec le maximum d'harmonie et d'efficacité des éléments divers qui entrent en jeu pour la création de la règle ou de la solution juridique »*.
G. MARTY et P. RAYNAUD, « Droit civil : Les personnes », 3ème éd, Sirey, 1976, p.p. 51-52, n°53.

[37] Nouveau Petit Larousse ; Petit Larousse illustré ; Dictionnaire Hachette encyclopédique illustré ; Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique » (dir. G. CORNU), 7ème éd. revue et augmentée, PUF, 1998, p. 290.

[38] Le Robert : Dictionnaire d'aujourd'hui ; Le Robert : Dictionnaire de la langue française.

[39] M. HAURIOU, « Aux sources du droit », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n°4, p. 127 : le Droit *« forme un ensemble de règles organisées en des catégories »*.

[40] Cf. Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1966, p. 32.

[41] Ibid., p. 32.

[42] Ibid., p. 37.

apparaître, dans un ordre décroissant, les différences moins importantes qui distinguent les éléments d'une même catégorie.

La filiation n'échappe pas à la règle. Elle est divisée en plusieurs parties qui forment des catégories. Celles-ci ne sont pas immuables : avant l'ordonnance de 2005[43], la ligne de partage se situait principalement entre la filiation en mariage et la filiation hors mariage ; depuis la réforme, elle se situe essentiellement entre le non contentieux et le contentieux.

La raison de la variabilité des catégories juridiques est qu'elles sont une création de l'esprit ; c'est par une opération intellectuelle que l'on décrète qu'il y a différence, que l'on fixe des critères de différenciation. Par exemple, si nous désirons classer des pierres, nous pouvons choisir de les regrouper selon leur taille ou préférer les ordonner en fonction de leur couleur. Il n'existe pas de critère absolu qui s'imposerait à nous[44].

Précisons que les critères de séparation édictés par le droit ne sont pas définis de manière arbitraire et discrétionnaire, mais dépendent des contingences politiques et sociales, des tendances de la société (nationale et, dans une certaine mesure, internationale) et de l'opinion publique…, de multiples facteurs. Les prenant en compte, le droit détermine le critère offrant *« le plus haut intérêt intellectuel »*[45], celui qui permet de rassembler *« dans une même catégorie les objets les plus profondément semblables »*[46] et de séparer *« au contraire les objets foncièrement dissemblables »*[47].

Plus rarement, le mot distinction est entendu en tant qu'*« action de séparer, dans une assertion que l'on discute, ce que l'on admet de ce que l'on n'admet pas »*[48].

Pendant longtemps, la conception en dehors du mariage n'était pas admise par la société. Et l'enfant était mis à l'écart, il était rejeté en dehors de la société. Il a ensuite pu y prendre part, mais sans être placé au même niveau que l'enfant issu de l'union matrimoniale. On rejoint ici le second sens couramment donné au mot *« distinction »*, à savoir une différence hiérarchisante établie par la société[49], ce qui sous-entend une préférence[50] pour l'élément situé en haut de la hiérarchie. En matière de filiation, il ne fait aucun doute que la faveur allait à celle s'inscrivant dans l'union légitime.

Apparaît ici un jugement de valeur qui doit être rapproché de la seconde définition donnée au mot distinction, en tant qu'il s'agit d'une *« supériorité qui place une personne ou un groupe au-dessus des autres dans le jugement social »*[51].

---

[43] Ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005 portant réforme de la filiation, *JO*, 6 juil. 2005, p. 1159.

[44] Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », op. cit. note 40, p.p. 33, 36 et 37.

[45] Ibid., p. 40.

[46] Ibid., p. 40.

[47] Ibid., p. 40.

[48] Le Robert : Dictionnaire de la langue française.

[49] Ibid.

[50] Ibid.

[51] Ibid.

Pendant longtemps, l'enfant issu du mariage était considéré comme au-dessus de tous les autres enfants et s'en distinguait par cette caractéristique particulière qu'il était né au sein de l'union sacrée. Encore aujourd'hui, les enfants nés hors mariage forment une catégorie hétérogène d'enfants dont la situation peut être très variable de l'un à l'autre, tandis que les enfants nés en mariage constituent une catégorie homogène. Certes, ces derniers ne bénéficient plus de la même supériorité. Mais il demeure des distinctions. Doit-on y voir des discriminations ?

Au sens courant, discriminer, c'est *« mettre à part »*[52] ou *« distinguer »*[53]. Or, distinguer, c'est *« différencier »*, *« séparer »*, *« diviser »*[54]. Ce n'est donc pas toujours entendu dans un sens péjoratif, mais simplement dans celui d'une *« séparation »*, d'une *« distinction »*[55]. Toutefois, cette première définition est accompagnée d'une seconde, plus précise, selon laquelle la discrimination est le *« fait de distinguer des autres un groupe et de restreindre ses droits »*[56]. Cette dernière se rapproche de celle majoritairement retenue en droit, à savoir qu'il s'agit d'une *« différenciation contraire au principe de l'égalité civile consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques* […] *par application de critères sur lesquels la loi interdit de fonder des distinctions juridiques »*[57] ; d'un *« traitement différent »*[58], autrement dit *« dissemblable »*[59], *« consistant à refuser à des individus* [ou] *à des groupes* […] *des droits ou des avantages qui sont reconnus par ailleurs à d'autres »*[60] ; d'un *« traitement différencié et objectivement injustifié de situations* […] *identiques ou équivalentes »*[61]. Ce n'est que *« plus rarement, dans un sens neutre »*, que le terme est *« synonyme de distinction (non nécessairement odieuse) »*[62].

On admet communément qu'une attitude discriminatoire consiste en *« une différence de traitement arbitraire »*[63] en ce qu'elle *« manque de justification objective et raisonnable »*[64]. Autrement dit, n'est pas discriminatoire la différence de traitement qui se fonde sur une raison légitime. Ce motif peut résider dans le but que poursuit le législateur, à condition que cet objectif paraisse légitime. Ainsi lorsqu'il s'agit, par une différence de traitement, de parvenir à une égalité concrète entre individus.

---

[52] Dictionnaire Hachette encyclopédique illustré.
[53] Ibid.
[54] Ibid. Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique », op. cit. note 37.
[55] Dictionnaire Hachette encyclopédique illustré.
[56] Ibid.
[57] Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique », préc.
[58] Ibid.
[59] Dictionnaire Hachette encyclopédique illustré.
[60] Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique », préc.
[61] Ibid.
[62] Ibid.
[63] D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, p. 780.
[64] Cf. la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'art. 14 de la convention.

Bien souvent, c'est la divergence des situations qui engendre une différence dans les règles. Ce propos mérite quelques précisions. Jamais la situation entre deux individus n'est identique en tous points. Le problème n'est donc pas tellement de savoir s'il y a ou non une différence entre deux situations, mais davantage de déterminer les différences que le législateur peut légitimement retenir. Ainsi n'est-il pas admis qu'il se fonde sur une différence de couleur de peau pour traiter différemment des individus. De façon plus subjective, il s'agit d'apprécier si telle différenciation est pertinente au regard du contenu de la règle de droit et s'il existe un rapport logique et rationnel entre la spécificité de la règle et la spécificité de la situation[65]. Une divergence dans les situations ne saurait donc à elle seule justifier une différence de traitement.

Inversement, le traitement différencié de personnes qui se trouvent dans des situations comparables n'est pas condamnable dès lors qu'il existe un motif légitime.

En droit de la filiation, la plupart des différences qui subsistent ne sont plus fondées sur un jugement de valeur porté sur les circonstances de la conception de l'enfant, mais dépendent de considérations structurelles tenant à l'assymétrie des corps et/ou à l'absence d'union matrimoniale entre les parents. Plus objectifs, ces critères de différenciation ont surtout le mérite de paraître plus acceptables pour notre démocratie.

C'est aussi par considération pour le mariage qui présente des liens très forts avec la filiation et conserve une certaine aura : le mariage contient une part de sacré dans la représentation que l'on s'en fait. S'il y a une part de jugement, ce n'est pas dans un sens négatif. Il n'est nullement question de manifester, par des différences de traitement entre les enfants, une réprobation à l'égard des relations en dehors de l'engagement matrimonial. Il s'agit plutôt d'un jugement positif à l'égard du mariage : le droit ne punit pas, il encense, même si ce n'est plus que de manière résiduelle.

Les distinctions subsistant en droit de la filiation doivent désormais s'entendre davantage en termes de différenciations. Certes, il est toujours question de comparaisons, mais celles-ci ne s'accompagnent pas forcément d'une hiérarchisation.

L'histoire du droit de la filiation atteste qu'il a toujours existé des distinctions, parfois même des discriminations, entre les enfants.

Alors que le droit romain païen se montrait indifférent à l'égard des enfants hors mariage, la législation impériale se durcit sous l'influence de la doctrine chrétienne qui désapprouvait les relations charnelles en dehors de l'union sacrée mais admettait la rédemption à travers la légitimation par mariage subséquent. Les empereurs mirent ensuite en place d'autres procédés de légitimation, qui ne pouvaient intervenir qu'à titre de solution de secours. La chute de l'empire romain profita aux *« enfants du péché »*, les Barbares manifestant une certaine tolérance à leur égard. L'unification du Royaume de France marqua le retour aux idées chrétiennes. L'homme qui avait conçu en dehors

[65] Cf. D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », op. cit. note 63, p.p. 784 et 786.

de l'engagement conjugal n'avait jamais la qualité de père, il était au mieux pourvoyeur d'aliments. La légitimation réapparut. S'il était possible d'en bénéficier sans mariage des parents, c'était sous de strictes conditions afin de protéger les enfants légitimes et moyennant finances : la bienveillance du roi avait surtout pour objectif d'alimenter les caisses du royaume tout en maintenant la supériorité de la filiation en mariage.

Traversée d'un courant égalitaire et libertaire prenant ses racines dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789[66], la législation révolutionnaire[67] fit de l'enfant naturel simple un héritier à l'égal de l'enfant légitime, en ligne directe comme en ligne collatérale. Cette politique, apparemment altruiste, servait les intérêts des révolutionnaires qui désiraient fractionner les fortunes et rallier des partisans en ouvrant le cercle familial à d'autres personnes que ceux issus de l'engagement conjugal[68]. Pour accéder à la succession, encore fallait-il que le lien juridique fût établi entre l'enfant et ses auteurs, ce qui ne pouvait résulter que d'un acte de volonté. Ici prenait toute sa valeur le constat de CARBONNIER, selon qui *« les droits successoraux de l'enfant naturel ont été longtemps inversement proportionnels à la possibilité de l'établissement de la filiation »*.

Entendant rétablir l'ordre auquel aspirait la société, les rédacteurs du Code civil restituèrent à la filiation légitime sa place au premier rang. Ils se montrèrent parfois plus sévères à l'égard de l'enfant *« illégitime »* que ne l'avait été l'ancien Droit, tant dans les moyens d'établir les liens que dans les effets de cet établissement. Considéré comme un facteur de désordre contrariant la paix des familles[69], celui qui avait été engendré en marge de l'union légale était frappé d'infériorité, tandis que ceux dont l'existence même allait à l'encontre de l'institution, à savoir les enfants adultérins et les enfants incestueux[70], étaient *« condamn*[és] *à disparaître »*.

Il fallut attendre la fin du XIXème siècle pour que la condition des enfants *« naturels »* commença à s'améliorer sous l'effet d'interventions législatives. Mais celles-ci n'étaient finalement que retouches ponctuelles et fragmentaires présentant surtout l'inconvénient de faire perdre au droit sa cohérence. *« A cette législation au coup par coup »*[71] s'ajoutait une jurisprudence confuse et mouvante, tiraillée entre son

---

[66] J. GODECHOT, « Les constitutions de la France depuis 1789 », Garnier-Flammarion, 1979, p.p. 33-35.

[67] Loi du 12 brumaire an II.

[68] ***« La république y gagnera plus d'enfants et de partisans »***. Phrase de CAMBACERES citée par M-H. RENAUT, « Histoire du droit de la famille », Ellipses, 2003, coll. « Mise au point », p. 52.

[69] A. TISSERAND, « De l'apparition aux dernières séquelles du statut d'infériorité de l'enfant illégitime », *Le droit de la famille en Europe : Son évolution de l'Antiquité à nos jours* (dir. R. GANGHOFER), journées internationales d'histoire du Droit, PUS, 1992, coll. Publications de la Maison des Sciences de l'Homme de Strasbourg n°7, p. 698.

[70] Ibid., p. 698 : *« Pour les rédacteurs du Code civil,* […] *il faut frapper d'une véritable condamnation à disparaître les enfants dont la naissance est une monstruosité pour la société : les enfants adultérins ou incestueux »*.

[71] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, « Traité de droit civil : La famille : Fondation et vie de la famille » (dir. J. GHESTIN), 2ème éd., LGDJ, 1993, p. 212.

respect pour l'institution matrimoniale et son désir d'atténuer l'injustice de la condition des enfants nés en dehors.

Bien que la tendance fût à l'amélioration de la situation de ces derniers, elle n'alla pas jusqu'à les assimiler aux enfants *« légitimes »*. La raison est que le droit de la filiation touche à ce qui fait l'identité et la personnalité des individus. Or, chacun entend conserver sa place au sein de la famille à laquelle il appartient et faire valoir les droits qui y sont attachés (particulièrement en matière successorale). Tout changement dans les textes inspire la crainte que ce que l'on croyait acquis soit remis en cause[72]. Pour autant, ces craintes ne pouvaient justifier le maintien de différences de traitement que l'opinion d'après-guerre rejetait en ce qu'elles ressemblaient *« trop aux discriminations de race pour ne pas être enveloppées dans la même condamnation »*[73].

« Le national-socialisme, par un effet de répulsion – n'avait-il pas trouvé des juristes pour déclarer l'enfant naturel suspect parce qu'enfant de race incontrôlable ? »[74] – avait rendu *« inacceptable pour la sensibilité moderne »*[75] qu'il y ait encore des inégalités fondées uniquement sur la naissance : *« Non seulement notre société ne rejette plus l'enfant naturel, mais encore, elle trouve profondément injuste la discrimination civile dont il est la victime »*[76], payant les conséquences de l'attitude de ses parents qui avaient choisi de vivre leur relation en dehors du mariage ou, pire, de violer l'engagement matrimonial qu'ils avaient pris envers un tiers. L'article 1er de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, qui proclame que *« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits »*, fut remis au goût du jour par le

---

[72] CARBONNIER (« Flexible droit : Textes pour une sociologie du droit sans rigueur », 2ème éd. revue et augmentée, LGDJ, 1971, p. 141) affirmait ainsi que ce n'est pas tant le droit qui *« met des entraves sérieuses aux transformations de la famille »* que *« les intéressés eux-mêmes » : « On suppose que le droit met des entraves sérieuses aux transformations de la famille. Mais, d'un autre côté, il est couramment affirmé, et jusqu'à la banalité, que la famille est l'institution juridique pour la quelle le droit compte le moins, que l'essentiel lui vient des mœurs et de la morale. C'est donc* […] *que les mœurs et la morale de la famille ont déjà en soi, et sans avoir besoin d'être appuyées par le droit, de belles facultés de résistance au changement.* […] *De cette inertie persistante des mœurs familiales et, au second degré, du droit de la famille, cherchons la cause principale dans les intéressés eux-mêmes – dans le refus, inconscient, conscient, voire délibéré, qu'ils opposent ici au changement. Tout se passe comme si la famille était le théâtre d'un de ces phénomènes de contre-modernité, de retour à une vie primitive plus ou moins idéalisée, que l'on signale dans les sociétés industrielles en proie aux mutations. De la même façon que le camping ou les résidences secondaires, qui lui sont du reste si intimement associés. L'homme moderne accepte bien d'abandonner au changement sa vie professionnelle ou sa part de vie collective, mais il demande à sa vie familiale de lui conserver une oasis hors du temps, un paradis perdu et retrouvé »*.

[73] J. CARBONNIER, « Droit et passion du droit sous la Vè République », Flammarion, 1996, coll. Forum, p. 243.

[74] J. CARBONNIER, préface in J-L. AUBERT, J. MASSIP et G. MORIN, « La réforme de la filiation : Commentaire de la Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 », 3ème éd., Répertoire du Notariat Defrénois, 1976, p. 9.

[75] Ibid., p. 9.

[76] R. PLEVEN, « Exposé des motifs du projet de loi sur la filiation », *Documents AN*, n°1624, p. 4.

préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946[77], puis celui de la Constitution du 4 octobre 1958[78]. On renoua avec la philosophie universaliste des Lumières dans les déclarations et conventions sur les droits de l'Homme qui se succédaient dans l'ordre international[79].

Parallèlement, il était conféré une dimension nouvelle au rapport à l'enfance. Grâce à la convention de New York adoptée le 20 novembre 1989[80], l'enfant était désormais perçu comme une personne humaine à part entière qui jouit de droits et libertés fondamentaux au même titre que les adultes : le préambule parle de *« reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille ainsi que l'égalité et le caractère inaliénable de leurs droits »*. Il s'est agi d'affirmer que son incapacité relative ne doit pas conduire à nier sa dimension humaine. Au contraire, sa vulnérabilité appelle davantage de protection, une attention toute particulière : *« sur un principe d'égalité de statuts se superpose la prise en compte de la vulnérabilité de l'enfant en raison de ses limites naturelles* […]. *Cette fragilité suppose qu'à côté des droits-liberté de toute personne humaine, il y ait aussi des droits-protection »*[81]. La nécessité d'accorder à l'enfant une protection spéciale fut introduite par le législateur français dès 1970, à travers les règles intéressant l'autorité parentale[82].

Encore aujourd'hui, pour le droit français comme pour le droit supranational, la fonction de protection revient en priorité aux père et mère, car c'est auprès d'eux que l'enfant peut le mieux s'épanouir et se développer harmonieusement. Or cet objectif ne peut être véritablement atteint que si l'enfant est légalement et pour toujours intégré au sein de la cellule familiale. Ce sont donc les règles relatives à l'établissement et à la contestation des liens de filiation qui, à côté de celles intéressant les droits et devoirs entre parents et enfants, vont permettre de garantir l'épanouissement de l'enfant. En 1972, celles-ci étaient régies par les principes d'égalité et de vérité.

---

[77] *«* […] *le peuple français* […] *réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789* […] *»*.
J. GODECHOT, « Les constitutions de la France depuis 1789 », op. cit. note 66, p. 389.

[78] *« Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme* […] *tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée* […] *par le préambule de la Constitution de 1946 »*. Ibid., p. 424.

[79] DUDH du 10 déc. 1948 ; C°EDH du 4 nov. 1950, PIDCP du 16 déc. 1966.

[80] Ouverte à la signature le 26 janv. 1990, elle a été ratifiée par la France le 8 oct. 1990 (L. n°90-548 du 2 juil. 1990 autorisant la ratification, *JO*, 5 juil. 1990, p. 7856 ; D. n°90-917 du 8 oct. 1990 portant publication de la convention, *JO*, 12 oct. 1990).

[81] E. PAILLET, chron. bibliographique, Lu pour vous, *Droit et société*, 2005, p. 896. La convention de New York *« se fait l'écho de cette dualité de l'enfant et, corrélativement, de la double dimension des droits qui en découlent »*. L'auteur ajoute que les droits-protection viennent *« nécessairement limiter »* les droits-liberté *« dans un souci d'équilibre »*. Comme le souligne Alain RENAUT (« L'enfant à l'épreuve de ses droits », *Enfants-adultes : Vers une égalité de statuts ?*, dir. F. de SINGLY, Encyclopaedia Universalis France S.A., 2004, p. 63), *« le rappel de nos obligations* [de protéger les enfants] *servirait de cran d'arrêt à une application délirante des droits-liberté »*.

[82] L. n°70-459 du 4 juin 1970, *JO*, 5 juin 1970, p. 5227.

L'attitude permissive de la société et le souci croissant de l'enfant contribuèrent à l'adoption de la loi du 3 janvier 1972[83], dont la doctrine et la jurisprudence avaient dégagé les grandes orientations et dont l'histoire[84] et le droit comparé[85] avaient constitué une source d'inspiration.

Voyant dans l'égalité civile le *« principe fondamental de notre ordre juridique, bien plus (le) principe fondamental de notre civilisation »*[86], les parlementaires édictèrent une égalité générale dans les droits et devoirs des enfants, que leurs auteurs soient mariés ou non. Dès lors, devenaient inutiles les *« acrobaties »* auxquelles le droit s'était livré pour conférer ou conserver à un enfant une légitimité fictive : l'égalité des filiations avait pour corollaire la vérité des filiations.

Etait d'abord visée la vérité du sang qui conduisit à réduire le domaine de la présomption de paternité du mari et à atténuer la force de celle-ci. Plus généralement, les interdits et fin de non-recevoir furent assouplis. La législation offrait davantage de place aux expertises scientifiques en admettant les examens sanguins comme mode de preuve judiciaire[87] et en adoptant l'expression très large de *« toute autre méthode médicale certaine »*[88]. Cependant, le législateur restait prudent. Il se contentait parfois de vraisemblance[89] et tenait compte d'une autre vérité : celle du cœur, à travers la possession d'état[90]. Il s'agissait d'établir un équilibre entre les données biologiques et les données sociologiques.

Derrière la préoccupation d'*« attribuer à chacun le sien, à chaque être humain son vrai rapport de filiation »*[91] tout en respectant la permanence des liens affectifs qui avaient pu se tisser, se profilait l'intérêt de l'enfant. Ce n'était plus un intérêt juridique et abstrait qui avait conduit à maintenir coûte que coûte l'enfant sous le manteau d'une légitimité, au détriment de toute réalité génétique ou sociale. C'était un intérêt réel et concret qui conduisait à rattacher l'enfant à ceux qui constituaient sa famille véritable ou tout au moins qui se comportaient comme tels et acceptaient d'en assumer effectivement la charge.

---

[83] L. n°72-3 du 3 janv. 1972, *JO*, 5 janv. 1972, p. 145.

[84] L'égalité avait été proclamée par le droit révolutionnaire

[85] Le principe d'égalité avait été récemment consacré dans plusieurs Etats voisins : en Allemagne fédérale avec la loi du 19 août 1969, en Angleterre avec le Family Law Reform Act de la même année et au Pays-Bas avec l'adoption d'un nouveau code civil, également en 1969.

[86] J. FOYER, *JO*, Débats, AN, 6 oct. 1971, p. 4273.

[87] L'analyse des sangs avait déjà été admise en jurisprudence pour démontrer la non paternité du mari de la mère de l'enfant, notamment lorsqu'un désaveu de paternité était engagée sur le fondement de l'art. 313 ancien c. civ. qui prévoyait que l'époux ne pouvait désavouer l'enfant *« même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père »*. En ce sens, CA Paris, 13 oct. 1966, *JCP* G, 1968, II-15382, obs. R B.

[88] C. civ., art. 340-1, 1° et 3°.

[89] C. civ., art. 311-12, al. 1er : *« Les tribunaux règlent les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autre principe, en déterminant par tous les moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable »*.

[90] C. civ., art. 311-12, al. 2 : *« A défaut d'éléments suffisants de conviction,* [les tribunaux] *ont égard à la possession d'état »*.

[91] Objectif de la L. n°72-3 du 3 janv. 1972.

Pendant longtemps, le droit de la filiation a été ordonné autour du mariage que l'on considérait comme la seule forme d'union qui soit légitime en même temps que la structure la mieux à même d'élever des enfants, de leur apporter la stabilité, la sécurité, la protection…, tout ce dont ils peuvent avoir besoin pour leur épanouissement. En conséquence, lorsqu'il a été question d'améliorer le sort des enfants naturels, le législateur a-t-il été tenté de transposer à ces derniers les règles de la filiation légitime.

Mais il ne pouvait faire abstraction de l'absence de lien de droit entre les auteurs. Il a progressivement intégré cette donnée en considérant les réalités sociologiques qui montrent que la situation concrète des familles hors mariage est assez souvent identique (ou presque) à celle des familles fondées sur l'union matrimoniale. En effet, les modes de vie ont évolué. Les relations hors mariage ont commencé à s'inscrire dans la durée et à avoir un quotidien finalement très proche de celui des gens mariés. Aussi n'a-t-il plus tellement été question d'accorder aux enfants hors mariage le même statut qu'aux enfants qui en sont issus : il s'est agi de parvenir à un nivellement des liens en faisant faire à chacune des filiations un pas en direction de l'autre[92].

Dès lors que l'union matrimoniale n'était plus, toujours, la condition nécessaire et suffisante de détermination des droits des enfants, on en est venu à se demander s'il devait continuer à être le critère autour duquel construire le droit de la filiation.

Il ne l'était déjà plus, depuis 2002, en matière d'attribution du nom ni d'exercice de l'autorité parentale[93]. Les termes *« légitime »* et *« naturel »* avaient disparu de certains articles du Code civil. Plusieurs Etats européens avaient récemment abandonné les qualificatifs et raisonnaient en termes de *« filiation paternelle »* et *« filiation maternelle »*. Est-ce condamnable ? Après tout, *« le mariage,* […] *qui est l'affaire des adultes, a-t-il* […] *beaucoup à gagner à vouloir régir aussi par ses prolongements le*

---

[92] Cf., en ce qui concerne les effets de l'établissement de la filiation, les textes relatifs à la dévolution du nom de famille. Plutôt que de faciliter pour les enfants hors mariage l'attribution du patronyme, règle qui était de principe jusqu'à la loi du 4 mars 2002 pour les enfants issus de l'union solennelle, le législateur a préféré instaurer une possibilité de choix de telle sorte que la pluralité d'hypothèses, qui ne pouvait concerner que l'enfant hors union matrimoniale, touche désormais l'enfant dont les parents sont mariés ensemble. Plus prégnant, ce n'est plus *« l'enfant naturel* [qui] *a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère »* (c. civ., art. 334, al. 1, L. n°72-3 du 3 janv. 1972) mais *« tous les enfants dont la filiation est légalement établie* [qui] *ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère »* (c. civ., art. 310, ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005).

Cf., en ce qui concerne le droit de la filiation, les actions en contestation de paternité. Conformément à la L. n°72-3 du 3 janv. 1972, lorsqu'on était en présence d'un titre et d'une possession d'état conforme, la paternité de l'époux était quasiment incontestable (c. civ., art. 322, al. 2) puisque seuls le mari et la mère de l'enfant pouvaient agir selon des délais et conditions strictement définis (c. civ., art. 312, 316 et 318 à 318-2), tandis que le lien paternel hors mariage pouvait être remis en cause pendant dix ans par tout intéressé, pendant trente ans par les personnes limitativement énumérées dans le Code civil (art. 339, dernier al.). Désormais, les deux paternités sont contestables, dans les mêmes conditions de forme et de fond (c. civ., art. 332, al. 2 et 333, ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005).

[93] L. n°2002-305 du 4 mars 2002, *JO*, 5 mars 2002, p. 4161.

statut des enfants »[94] ? En effet, il n'est pas certain que l'autonomie prise par la filiation lui ait été si préjudiciable que cela : le mariage ne trouve-t-il pas dans cette situation *« sa meilleure et sa plus sûre justification »*[95] en s'avérant *« capable d'offrir à l'enfant le plus de chances de voir se rencontrer l'élément biologique et l'élément affectif, la volonté de l'accueillir et celle de l'assumer, l'éducation complémentaire d'un père et d'une mère vivant en harmonie au même foyer ; l'équilibre, si possible, dans la durée »*[96] ?

Le temps était venu de réviser le plan du titre VII du Code civil sur la filiation car, *« quelle que soit l'idée que l'on se fait du rôle de la loi, elle n'a certainement par pour mission de créer des divisions ou des cloisonnements que la réalité sociale ignore ou a dépassés »*[97]. La loi a pour mission de poser des normes et des repères qui reflètent l'état d'esprit de ceux qu'elle gouverne[98]. Aussi doit-elle conserver son rôle de structuration et d'orientation des comportements en même temps qu'elle doit s'adapter aux phénomènes sociaux : s'*« il est clair que le droit qui s'éloigne trop des mœurs se condamne à l'ineffectivité, de sorte que l'écart entre la norme juridique et le fait social peut se transformer en un gouffre par ailleurs préjudiciable à la crédibilité du monde juridique* […], *légiférer sur la seule base des mœurs, c'est se référer à la seule normalité sociologique, c'est donc mettre en cause la normativité du droit, qui constitue son essence »*[99]. Sans être directement intégrées ni systématiquement consacrées dans la législation, les mœurs forment *« un système normatif qui influence le droit par un commandement d'évolution et d'ouverture »*[100].

L'organisation des textes n'est pas neutre : elle *« traduit des hiérarchies par son ordre et des jugements de valeur par sa structure »*[101]. En 1972, le législateur concevait qu'il pût y avoir des « Dispositions communes aux enfants légitimes et naturels », ce

---

[94] P. MURAT, « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », *Dr. fam.*, 1998, chron. 14, p. 4.

[95] M-Th. MEULDERS-KLEIN, « La personne, la famille et le droit : 1968-1998 : Trois décennies de mutations en Occident », op. cit. note 6, p. 184.

[96] Ibid., p. 184.

[97] Y. FLOUR, synthèse des travaux de la commission Dekeuwer-Défossez, *Quel droit, pour quelles familles ?*, coll. Carroussel du Louvre, 4 mai 2000, Ministère de la Justice, La Documentation française, 2001, p. 97.

[98] *« Reflet des mœurs,* [la loi] *en est aussi le modèle »*. Ph. MALAURIE, « Mariage et concubinage en droit français contemporain », *Archives de philosophie du droit*, 1975, p. 28.

[99] D. ALLAND, « Ouverture : les mœurs sont-elles solubles dans le droit ? », *Droits*, 1994, Droit et mœurs, p. 9.

[100] H. INCOLLINCO-MONA, « La normativité et le droit de la famille », op. cit. note 1, p. 59.

[101] J. HAUSER, « Des filiations à la filiation », *RJPF*, 2005, 9/9, p. 7.

J. CARBONNIER, « Essai sur les lois », 2ème éd., Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 183 : *« Les réformes du droit de la famille n'ont fait qu'adapter la loi civile au changement des mœurs »*.

H. INCOLLINCO-MONA, « La normativité et le droit de la famille », op. cit. note 1, p. 56 : *« Il apparaît que l'évolution du droit de la famille est essentiellement attachée à celles des mœurs »*.

qui n'avait jamais été imaginé jusque-là. Cependant, il avait conservé une division entre les deux ordres de filiation. L'intérêt concret d'une telle séparation, *« en dehors de la discussion sur la valeur du mariage et ses conséquences »*[102], a peu à peu disparu au fil des réformes. Dès lors, la doctrine s'est demandée si le droit de la filiation ne devait pas être édifié sur de nouvelles bases en commençant par penser autrement le rapport des auteurs à l'enfant.

Le développement des méthodes contraceptives et la légalisation de l'avortement avaient fait de la naissance d'un enfant un acte de responsabilité. Certes, l'homme non marié peut ne pas désirer fonder une famille et le droit ne l'oblige pas à s'engager envers la mère par la consécration légale de leur relation. Mais s'agissant de l'être qu'il a conçu, il ne peut se dégager de toute responsabilité en prétendant que la mère s'est joué de lui : en consentant à des rapports sexuels, il a accepté le risque d'engendrer, tandis que l'enfant n'a rien décidé[103].

A partir de là, il était permis de mettre en place un droit ne différenciant plus les filiations en et hors mariage, mais les liens paternel et maternel en raison de l'assymétrie des corps qui rend visible la maternité, telle que la conçoit le droit relatif à la filiation charnelle : la mère, au sens légal du terme, c'est celle qui accouche.

Néanmoins, le législateur ne pouvait totalement ignorer que les conditions dans lesquelles naît l'enfant hors mariage ne sont pas totalement identiques à celles de l'enfant dont les auteurs sont unis par un lien matrimonial : la filiation de ce dernier bénéficie d'une facilité de preuve qu'autorise le mariage. L'enfant issu d'un couple non marié ne peut prétendre à la même certitude d'établissement de la filiation, spécialement dans son double rapport. René SAVATIER l'avait bien compris lorsqu'il écrivait en 1971 un article sur le projet de loi : *« En proclamant verbalement l'égalité de l'enfant naturel à l'enfant légitime, comment le projet ne prend-il pas conscience que leur inégalité* […] *va singulièrement plus loin que la quotité* […] *des droits de succession ? Car, pour succéder à un père, il faut commencer par le connaître ! »*[104].

Aussi plusieurs auteurs, tels Frédérique GRANET[105] et Pierre MURAT[106], étaient-ils favorables à ce que la distinction filiation maternelle / filiation paternelle soit combinée avec une distinction filiation en mariage / filiation hors mariage qui serait poussée dans ses derniers retranchements, en particulier du point de vue de

---

[102] Ibid., p. 7.

[103] En ce sens, v. cass., civ. 2ème, 12 juil. 2007, *Dr. fam.*, 2007, comm. 171.

[104] R. SAVATIER, « Le projet de loi sur la filiation : mystique ou réalisme ? Filiation naturelle et filiation légitime », *JCP* G, 1971, I-2400.

[105] F. GRANET-LAMBRECHTS, « Quelles réformes en droit de la filiation ? », *Dr. fam.*, 1999, chron. n°15, p. 11.

[106] P. MURAT, « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », op. cit. note 94, p.p. 4-9 ; « Vers la fin des filiations légitime et naturelle », *Perspectives de réformes en droit de la famille*, coll. Centre de Droit fondamental, Fac. de Grenoble, 26-27 nov. 1999, *Dr. fam.*, déc. 2000, hors-série, chron. 7.

l'établissement volontaire de la paternité. L'institution matrimoniale conservait ainsi un rôle en harmonie avec le principe égalitaire.

Par ailleurs, il convenait, pour donner davantage de chance à l'enfant de s'épanouir harmonieusement, de sécuriser les liens juridiques afin de mettre un frein à la situation constatée par Frédérique GRANET : *« Lorsque la mère change de compagnon, il n'est pas si rare qu'elle songe à un changement de père pour l'enfant, comme si les choses étaient naturellement liées ; à un couple séquentiel correspondrait une paternité séquentielle »*[107]. Considérant que *« le droit ne peut évidemment pas tolérer »*[108] cela, l'auteur confiait que *« la loi doit préserver la stabilité »*[109] du lien de filiation *« en responsabilisant son établissement et en limitant sa contestation »*[110], quelle que soit la situation conjugale des auteurs.

C'est un sentiment que partageait la commission présidée par Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, qui évoquait dans son rapport le souci unanime du groupe *« d'assurer l'égalité et la sécurité des enfants au regard du droit de la filiation »*[111]. Elle y affirmait que *« la filiation doit être garantie à chacun quel que soit le lien de ses géniteurs et quelles que soient les circonstances qui entourent sa conception comme sa naissance. Elle doit l'être sans discrimination, d'une façon qui prête le moins possible à contestation. Elle doit donner à l'enfant la stabilité, la continuité et la sécurité qui sont liées à ce que la filiation représente »*[112]. En cela, *« l'accompagnement par le droit de l'assimilation entre enfants naturel et légitime a été un puissant facteur de cohésion sociale. Le conforter encore est l'un des enjeux essentiels non seulement de l'égalité pour les enfants mais de la resécurisation du lien familial tout entier »*[113].

C'est sur ces fondements qu'a été entreprise la réforme du droit de la filiation. Par la loi du 9 décembre 2004[114], le Parlement français a habilité le Gouvernement à procéder, par voie d'ordonnance, à la rénovation des dispositions relatives à la filiation afin d'*« en harmoniser le droit, de faciliter l'établissement du lien* […], *d'en garantir la sécurité et d'organiser le régime de contestation »*.

---

[107] F. GRANET-LAMBRECHTS, « Quelles réformes en droit de la filiation ? », op. cit. note 105, p. 11.
[108] Ibid., p. 11.
[109] Ibid., p. 11.
[110] Ibid., p. 11.
[111] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », rapp. au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 1999, coll. des rapports officiels, p. 18.
[112] Ibid., p. 18.
[113] I. THERY, « Couple, filiation et parenté aujourd'hui: Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée », rapp. à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, Ed. Odile Jacob/La Documentation française, 1998, p. 63.
[114] L. n°2004-1343 du 9 déc. 2004, *JO*, 10 déc. 2004, p. 20857.

Il en est résulté une restructuration, par l'ordonnance du 4 juillet 2005 entrée en vigueur le 1er juillet 2006[115], du Titre septième du Livre Ier du Code civil. Celui-ci se compose d'un chapitre I sur les « Dispositions générales », d'un chapitre II concernant « l'établissement [non contentieux] de la filiation », d'un chapitre III sur les « actions relatives à la filiation », enfin d'un chapitre IV intéressant « l'action à fins de subsides ».

Les deux idées force du droit nouveau de la filiation sont, d'une part, l'égalité par un recentrage du lien de filiation sur lui-même et un renvoi à la périphérie de l'influence du mode de conjugalité des auteurs ; d'autre part, la sécurité juridique par la stabilisation d'un lien que la force dévastatrice de la vérité biologique avait fragilisé.

Le souci d'unité se manifeste symboliquement par la situation dans le Code civil, en exergue du titre sur la filiation, de l'article 310 affirmant que *« Tous les enfants* […] *ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère »*. Cette position se justifie *« compte tenu de* [l']*importance emblématique »*[116] du principe énoncé.

Concrètement, l'égalité se traduit par un regroupement des dispositions et un toilettage des articles qui faisaient référence aux expressions *« filiation ou enfant légitime »* et *« filiation ou enfant naturel(le) »* ainsi qu'à la notion de *« légitimité »* dont l'abolition s'imposait dès lors que le concept n'existait plus : *« pourquoi maintenir le mot, comme une enveloppe vide. Cette disparition n'est qu'une des ultimes conséquences d'une évolution depuis longtemps entrevue : la légitimité prenait sa source dans la naissance en mariage, parce que les rapports sexuels n'avaient de reconnaissance sociale que dans le mariage. Mais une fois affaiblie ou dissipée la réprobation attachée aux relations hors mariage et une fois dissociées les questions des rapports des adultes des questions du statut de l'enfant, ce dernier n'ayant plus à supporter les conséquences du comportement jadis réputé illégitime de ses parents, les effets de la légitimité s'estompent jusqu'à ce que la notion elle-même, vidée de son sens, disparaisse »*[117].

A également été abrogée la légitimation, laquelle avait psychologiquement perdu de sa valeur symbolique[118] et concrètement de son intérêt pécuniaire. Elle était en perte de

---

[115] Un projet de loi de ratification a été adopté par le Sénat le 15 janv. 2008. Transmis à l'Assemblée nationale, il a fait l'objet d'un rapport déposé le 2 avr. 2008 (Rapp. n°770 fait au nom de la commission des lois, www.legifrance.gouv.fr.). Il est prévu de modifier certaines des dispositions issues de l'ord. n°2005-759 du 4 juillet 2005. Nous signalerons en notes les modifications qui intéressent directement notre sujet au fur et à mesure de nos développements car, si le texte n'est encore qu'à l'état de projet, son adoption semble imminente et aura peut-être eu lieu au moment où nous imprimerons.

[116] Rapp. au Président de la République relatif à l'ord. du 4 juil. 2005 portant réforme de la filiation, *JO*, 6 juil. 2005.

[117] P. MURAT, « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », op. cit. note 94, p. 9.

[118] Dans son article sur « La filiation » publié en 1975, Gérard CORNU écrivait (*Archives de philosophie du droit*, p. 44) : *« Tant que la condition sociale de l'enfant naturel restera marquée, dans les esprits,*

vitesse à mesure que les règles étaient uniformisées et que la naissance d'un enfant hors mariage était banalisée. Ces dernières années, les parents qui se mariaient ensemble ne cherchaient pas particulièrement à légitimer leurs enfants, mais prioritairement à légaliser leur union[119]. Quant à ceux qui procédaient à une légitimation par autorité de justice, leur nombre allait décroissant[120].

Pour autant, toutes les distinctions n'ont pas été éliminées. Il est en même apparu d'autres. L'existence récurrente de distinctions dans les modes d'établissement et de contestation des liens de filiation conduit à se demander si l'on peut concevoir un droit de la filiation sans distinctions. Nous verrons que la réponse à l'interrogation réside dans la signification du mot *« filiation »*.

Recensant les distinctions qui jalonnent le droit de la filiation, nous constatons que le critère pertinent de distinction est la preuve. Celle-ci n'est pas du même ordre selon que nous nous situons en ou hors contentieux.

En l'absence de conflit, le droit se fonde sur des éléments subjectifs pour déclarer qu'il y a filiation. En effet, l'établissement paisible de la filiation repose sur la volonté associée à un certain réalisme. C'est ce qui explique que les modes de preuve du lien maternel soient distincts de ceux du lien paternel, que la preuve de la paternité en mariage soit distincte de celle de la paternité hors mariage. Elle explique également les règles qui entourent l'accès à une procréation médicalement assistée et à l'adoption. Mais encore faut-il que le droit accepte que de tels liens soient établis : la filiation n'existe pas en dehors d'une acceptation sociale, face à laquelle la volonté individuelle est impuissante à créer un lien légal. Cette circonstance explique que l'établissement du double lien de filiation soit interdit lorsque l'enfant est issu d'un inceste absolu et que l'adoption conjointe ne soit ouverte qu'aux couples mariés. Ne pouvant faire l'impasse de distinctions nécessaires, les rédacteurs de l'ordonnance du 4 juillet 2005 ont dû se

---

dans l'opinion, d'une certaine infériorité, par l'effet non pas d'une véritable réprobation mais d'une simple réserve, tant que ce phénomène existera, l'accès à la légitimité – même par la petite porte – restera utile en pratique et demeurera, après tout, un hommage symbolique à la filiation légitime ». En trente ans, la *« simple réserve »* s'est réduite à peau de chagrin.

[119] En ce sens, v. P. MURAT, « Vers la fin des filiations légitime et naturelle », op. cit. note 106, p. 43.

[120] Statistiques, v. B. BONIFACE, S. JULIEN-SAINT-AMAND-HASSANI et B. RENAUD, « Demain la famille, quel concept ? », 1ère comm. in *Demain la famille*, 95ème Congrès des Notaires de France, Marseille, 9-12 mai 1999, Création Edition Exposition, 1999, p.p. 26-27 – *Adde* H. LERIDON et C. VILLENEUVE-GOKALP, « Données statistiques sur les évolutions démographiques et les situations familiales », annexe 1 in *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapp. I. THERY, op. cit. note 107, p. 255 – *Adde* B. MUNOZ-PEREZ, « Données statistiques sur les affaires relevant du droit de la famille », annexe 8 in *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, préc., p.p. 398-399.

contenter d'une harmonisation[121] des règles relatives à l'établissement paisible de la filiation (première partie).

En présence d'un conflit, le droit se fonde sur des éléments objectifs pour imposer le lien ou au contraire anéantir celui établi. En effet, l'établissement judiciaire de la filiation charnelle, comme sa contestation, reposent sur la preuve biologique ; tandis que la présentation du jugement d'adoption ou du consentement écrit à l'assistance médicale à la procréation conduit au rejet de l'action tendant à contester la filiation élective établie. C'est d'ailleurs le caractère objectif de la preuve qui a justifié l'uniformisation[122] des actions en contestation de la filiation par le sang. Certes, cette dernière ne bénéficie pas du même degré de stabilité que la filiation par greffe. Il n'en reste pas moins que les auteurs de la réforme ont pu aller plus loin que l'harmonisation et procéder à une unification[123] du contentieux de la filiation (deuxième partie).

---

[121] *« Désigne parfois un simple rapprochement »* : Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique », op. cit. note 37, sens 3. *« Action d'harmoniser, de mettre en harmonie »* : Dictionnaire Hachette encyclopédique illustré. *« Harmonie : Concordance, correspondance entre différentes choses »* : ibid.

[122] L'uniformisation consiste en une modification de la législation applicable à une matière donnée afin d'instaurer une réglementation unique. Cf. Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique », préc. Les actions obéissent en effet aux mêmes conditions de forme et de fond.

[123] *« Mode d'intégration plus poussée que l'harmonisation »* : ibid., sens 3.

1ERE PARTIE

LA FILIATION PAISIBLE

Nous entendons par *« filiation paisible »* le lien établi sans recours à la justice. La personne dont la maternité ou la paternité est établie n'élève aucun refus *a priori*, voire a recherché cet établissement. Dans le premier cas, la volonté est exprimée de manière implicite. Dans le second, elle est plus manifeste.

Mais quelle que soit l'hypothèse envisagée, il est toujours question de volonté, ce qui nous amène à nous interroger sur la place de celle-ci dans le droit de la filiation.

Il est certain que, même en dehors de l'adoption, elle y a toujours joué un rôle, plus ou moins important selon les époques et les liens envisagés. De nos jours, le caractère volontariste de la filiation tendrait à s'accentuer sous l'effet de deux évolutions complémentaires[1] dans le domaine médical et le domaine législatif.

Il est indéniable que, depuis que la contraception et l'interruption volontaire de grossesse sont devenues accessibles à tous (ou presque), la naissance d'un enfant est davantage un événement recherché que subi. Aussi la volonté apparaît-elle en amont. Mais elle intervient également en aval, par l'importance que la loi attache aux indications portées dans l'acte de naissance de l'enfant, lesquelles dépendent dans une large mesure de la volonté de ceux qui y sont désignés comme père et mère, et à la possession d'état, pour la constitution de laquelle le comportement parental adopté envers un enfant joue un rôle non négligeable.

Les dispositions relatives à l'établissement de la filiation forment un compromis entre la volonté de ceux qui établissent un lien juridique avec l'enfant et le réalisme auquel le lien filial ainsi établi peut prétendre.

Il reste à découvrir les distinctions qui jalonnent cette partie du droit et à en déterminer les raisons.

Auparavant, le Code civil traitait séparément de la *« filiation légitime »*, qui s'inscrit dans le mariage, et de la *« filiation naturelle »*, qui existe en-dehors de l'union conjugale. A l'intérieur de ces catégories, il était édicté des règles différentes selon que l'on envisageait l'établissement du lien maternel ou du lien paternel, seule la reconnaissance étant commune à la maternité et à la paternité hors mariage.

L'ordonnance du 4 juillet 2005[2] a refondu la présentation du droit de la filiation, en n'opposant plus *« filiation légitime »* et *« filiation naturelle »*. Mais si la division a disparu, les distinctions n'ont pas toutes été éliminées : certaines subsistent, tandis que de nouvelles viennent en remplacer d'anciennes.

---

[1] Cf. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, « Traité de droit civil : La famille : Fondation et vie de la famille » (dir. J. GHESTIN), LGDJ, 1993, p.p. 200 et suiv.

[2] Ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005, *JO*, 6 juil. 2005, p. 11159.

Alors qu'avant la réforme, nous étions en présence de deux grands corps de règles se subdivisant à leur tour, depuis, les textes ont instauré des distinctions qui, selon le cas, se superposent. Loin de prévoir un mode unique d'établissement des liens de filiation, le droit différencie la maternité de la paternité et/ou la filiation en mariage de la filiation hors union matrimoniale.

Il ne s'agit pas, pour le législateur, de donner la préférence à la maternité ou à la paternité ou de manifester une quelconque faveur envers une forme de vie en couple – encore que la question puisse être posée concernant la *« filiation par greffe »*[3], en particulier l'adoption[4] – : les distinctions que l'ordonnance a instituées s'expliquent bien souvent par le souci de réalisme qui anime implicitement le droit de la filiation, en même temps que la considération pour la volonté exprimée, ne serait-ce qu'implicitement, par les individus, d'être juridiquement reconnus comme père ou mère d'un enfant.

Suivre cet axe politique impliquait inévitablement de consacrer des modes d'établissement quelque peu différents car, de même que la réalité de l'engendrement ne se conçoit pas de façon identique pour l'homme et pour la femme, la volonté se manifeste par des moyens qui varient selon la situation envisagée.

Aussi les textes actuels ont-il pour effet d'instaurer des distinctions en relation avec la qualité de l'auteur (Titre I).

En instituant des règles d'établissement de la filiation conformément à l'idée qu'il se fait de ce lien, le législateur atteste de ce que la filiation ne peut exister en dehors d'une acceptation sociale. Or la société, aussi libérale qu'elle puisse être aujourd'hui, n'est pas encore prête à tout accepter. D'où la présence d'obstacles légaux auxquels vient parfois se heurter l'établissement d'une filiation dans son double rapport maternel et paternel.

Ces obstacles n'existent que hors mariage. Il s'ensuit des distinctions dans la complémentarité des liens de filiation selon que les parents, ou ceux qui souhaiteraient l'être, sont ou non unis par un engagement conjugal (Titre II).

---

[3] Par cette expression, nous visons la filiation adoptive et la filiation résultant d'une procréation médicalement assistée.

[4] V. *infra*, 1ère partie, Titre II, Chap. II, section I : L'adoption conjointe ou la nécessité d'être mariés.

TITRE I

LES DISTINCTIONS EN RELATION AVEC LA QUALITE DE L'AUTEUR

Parce que l'asymétrie des corps ne génère aucune égalité naturelle entre la femme qui accouche et l'homme qui n'accouche pas, on est obligé de distinguer la filiation maternelle de la filiation paternelle dans leurs modes d'établissement. Une construction cohérente du droit de la filiation ne saurait ignorer ce fait de la nature, si l'on considère que le but poursuivi par les règles d'attribution originelle d'une filiation est d'approcher au plus près de la réalité de l'engendrement.

Pour autant, il ne s'agit pas de tomber sous le diktat de la vérité biologique, d'où la place réservée par les textes à la volonté de ceux qui seront officiellement reconnus comme les père et mère d'un enfant.

La paternité ne peut s'induire de la naissance, fait public, visible, mais exige de remonter à la conception, laquelle permet de déterminer le géniteur. Or, la conception, dans sa dimension traditionnelle, est un fait essentiellement intime qui relève de ce que l'on appelle les *« secrets d'alcôve »*. Ce caractère intime exclut toute preuve directe de la paternité (en dehors de l'expertise biologique). Dès lors, le droit institue des présomptions.

La présomption est une technique de preuve qui consiste, aux termes de l'article 1349 du Code civil, à partir d'un fait connu pour établir un fait inconnu. Tel fait étant prouvé, ici la naissance de l'enfant à telle date, on en tire, par un raisonnement inductif, la réalité des faits connexes, en l'espèce l'époque de la conception, laquelle, à son tour, permettra bien souvent de présumer l'identité de l'auteur de l'enfant. Tout ceci en se fondant sur la vraisemblance et la probabilité : *« praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit »*, la présomption se tire de ce qui arrive le plus souvent.

Ecartant le doute qui affecte un fait, la présomption légale érige le vraisemblable en vrai[1]. Il n'est nullement question ici d'entrer en conflit avec la réalité des événements : grâce à certains indices, dont le mariage constitue un élément privilégié, on va pouvoir faciliter le rapport de la preuve. Sans prétendre à une vérité absolue, on atteindra une forte probabilité.

[1] Y. THOMAS, « Fictio legis: L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 1995, p. 18 : *« La présomption donne effet à une conjecture en aucun cas impossible* […]. *Elle intègre l'imperfection des connaissances humaines, le droit revêtant alors d'une apparence de certitude un probable qui ne peut être éternellement débattu »*.

On présume ainsi que celui qui s'est engagé dans les liens du mariage avec la mère et qui est désigné en tant que père dans l'acte de naissance de l'enfant, en est véritablement le géniteur. De la même manière, le législateur déduit de la volonté d'assumer l'enfant, exprimée dans un acte de reconnaissance, la paternité d'un homme non marié avec la mère.

Il ne s'agit là que de présomptions simples susceptibles d'être renversées par la preuve contraire : que le père légal n'est pas le géniteur de l'enfant.

Les rédacteurs de l'ordonnance du 4 juillet 2005 ont conservé une différenciation, dans l'établissement de la paternité, entre l'homme uni maritalement avec la mère de l'enfant et celui qui n'y est pas marié.

Il se pourrait que cette distinction disparaisse un jour, ce qui impliquerait d'abord une déconnexion totale entre mariage et filiation. Cette indépendance conduirait alors à une nouvelle conception de l'union conjugale. Elle ne semble pas encore d'actualité, bien que certains auteurs en aient évoqué l'idée. En effet, la plupart de ceux qui se sont interrogés sur l'institution d'une présomption de paternité au profit du concubin ont finalement rejeté la solution, justifiant par là les règles aujourd'hui en vigueur. La société française ne paraît pas encore prête pour une telle *« révolution »*. Peut-être le sera-t-elle dans quelques décennies, particulièrement sous l'influence du droit comparé et du droit supranational[2].

Il demeure que la réforme de ce début de XXIème distingue entre l'époux et le compagnon dans les dispositions intéressant l'établissement paisible de la paternité (Chapitre I).

Contrairement à la paternité, la maternité peut être appréhendée par le fait même de la naissance, en raison de la règle qui préside en droit français (comme dans la plupart des droits étrangers[3]), selon laquelle la mère est celle qui accouche. Même si les modes de preuve en sont organisés, la naissance est un fait juridique ne soulevant pas de difficultés particulières, puisqu'il peut faire l'objet d'une connaissance directe à la fois quant à sa date et quant à l'identité de la mère[4] : *« La règle de la certitude de la mère*

---

[2] Dans le rapport « L'enfant d'abord » (V. PECRESSE, rapp. fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, *AN*, n°2832, 25 janv. 2006), la Mission considère que l'influence du droit international et du droit comparé doit être relativisée en ce que *« la rapidité de diffusion du droit d'un Etat à l'autre dépend avant tout des principes, des traditions et des choix politiques qui font la spécificité de chaque pays »*. Certes, *« des évolutions convergentes s'opèrent »* sous l'effet notamment *« d'une attention toujours plus grande à éviter toute mesure susceptible d'être jugée discriminatoire »*. Mais *« parce que le droit de la famille touche à un fondement de la société et doit respecter es valeurs sur lesquelles celle-ci repose, il reste un droit profondément national »*.

[3] Notons que le législateur allemand définit explicitement la maternité à l'article 1591 du BGB : *« La mère de l'enfant est la femme qui lui a donné naissance »*.

[4] Sous réserve de l'accouchement *« sous X »*, que nous étudierons dans la seconde partie de notre thèse.

naturelle a pour elle la force de l'évidence qui résulte, comme l'évoque le doyen CARBONNIER, de ce fait brutal, saisissant : la sortie du ventre de la femme »[5].

Le législateur, conscient de cette dissemblance naturelle entre l'homme et la femme, a établi des règles distinctes d'établissement des liens de filiation maternel et paternel. Liées à des différences physiologiques, ces distinctions légales semblent irréductibles (Chapitre II).

[5] E. PAILLET, « Accouchement sous X et lien maternel », *Identités, filiations, appartenances* (dir. Ph. PEDROT et M. DELAGE), coll. Hyères, 23-24 mai 2003, PUG, 2005, p. 97.

CHAPITRE I :

L'EPOUX DISTINCT DU COMPAGNON DANS L'ETABLISSEMENT VOLONTAIRE DE LA PATERNITE

L'identité du géniteur a toujours été, et demeure encore, incertaine au premier abord, en cela qu'elle n'est pas visible. Cependant, nous disposons aujourd'hui de moyens scientifiques permettant de parvenir à la quasi-certitude, voire à la certitude, qu'un tel est celui qui a conçu tel enfant. Pourquoi, dès lors, ne pas instituer l'expertise biologique en tant que mode d'établissement légal et non contentieux de la filiation paternelle ? Cet examen, qui serait pratiqué le plus tôt possible, présenterait en effet de nombreux avantages. Premièrement, plus aucun doute ne planerait sur la vérité génétique du lien paternel ; ce qui, dans le même temps, garantirait la stabilité de l'état de l'enfant. Enfin, les modes légaux d'établissement de la paternité, que celle-ci se situe ou non dans le mariage, seraient identiques.

Mais[1] ce serait oublier que la filiation ne se résume pas à un lien biologique et que l'institution du tout biologique n'est nullement opportune dans un domaine du droit où la considération affective est loin d'être négligeable. Conscients des enjeux de la filiation, les rédacteurs ont préféré rejeter le diktat de la vérité des gènes, pour choisir d'autres modes d'établissement du lien paternel.

Pour autant, il ne faudrait pas conclure à une totale déconnection entre le lien légalement établi et la réalité biologique de ce lien, cette vérité étant seulement relativisée au regard d'autres éléments plus abstraits.

Désirant unifier, dans leurs modes d'établissement, la paternité en mariage et la paternité hors mariage, tout en mettant à l'écart l'expertise médicale, certains auteurs proposent soit de supprimer la présomption de paternité existant au profit de l'époux, soit d'étendre celle-ci, sinon à l'égard de tout homme non uni maritalement à la mère de l'enfant, du moins au concubin.

Le problème est que l'on ne peut envisager l'élargissement que si l'on institue dans le même temps une preuve juridique des relations entre la mère et le présumé père, ce qui aurait pour effet de transformer le concubinage – qui actuellement se prouve librement et par tous moyens – en *« mariage sans formes »*. Or le mariage n'est pas le concubinage : chaque couple doit avoir le choix. On ne saurait tirer de l'égalisation des conséquences de l'établissement des liens de filiation (nom de famille, successions, autorité parentale), ni de ce que les unions hors mariage sont de nos jours particulièrement stables tandis que celles s'inscrivant dans la conjugalité sont affectées

[1] Au-delà des difficultés matérielles de mise en œuvre d'un tel système : engorgement des laboratoires, avec le retard qui en résulterait inévitablement dans l'établissement du lien paternel…

d'un risque important de divorce, des prétextes à l'assimilation de réalités qui ne sont pas de même nature. La nature des choses invite à une distinction entre le père maritalement uni à la mère et celui qui ne l'est pas ; le droit reconnaissant par là même un pluralisme des familles juridiquement constituées à partir de situations de fait et de droit différentes.

Il existe des obstacles à l'unification parfaite, qui tiennent à des divergences structurelles. Il convient de les respecter en appliquant le *« postulat réaliste de toute bonne législation »*[2], à savoir qu'*« à situation concrètes différentes, règles différentes »*[3]. Comme l'écrit Pierre MURAT, *« le plaisir de la symétrie et le mythe de l'égalité ne doivent pas être poussés à l'absurde »*[4].

L'égalité n'est qu'un principe, qui n'a ni pour but ni pour effet une unification absolue de tous les liens de filiation. Aussi est-il tout à fait concevable de maintenir une présomption de paternité en présence d'un mariage (section I), la nécessité d'une reconnaissance à défaut (section II).

Ce n'est pas par *« conservatisme déplacé »*, par hostilité envers la famille fondée en dehors des liens sacrés, que les textes conservent une telle distinction dans l'établissement de la filiation paternelle : loin de résulter d'un jugement de valeur sur les circonstances de la conception de l'enfant, la distinction se justifie par des considérations d'ordre technique et symbolique, tenant à l'absence d'union conjugale entre les parents. En effet, la présomption de paternité à l'égard du mari de la mère constitue une commodité de preuve dont l'automaticité participe de l'essence même du mariage.

Si les modes sont distincts, on retrouve toutefois des éléments similaires qui sont pris en compte dans les textes : la volonté exprimée par celui qui est légalement considéré comme le père de l'enfant et le réalisme dont ce lien juridiquement établi peut se prévaloir.

Section I : La présomption de paternité du mari

« Le père est celui que les noces désignent »[5]. Le droit du *« paterfamilias »* d'accepter ou de refuser un nouveau-né ayant engendré de nombreux abandons d'enfant, l'empereur TRAJAN décida, au IIème siècle après Jésus-Christ, d'imposer la paternité au mari de la mère en l'absence de contestation dans les conditions légales. D'où l'apparition de la célèbre formule *« Pater is est quem nuptiae démonstrant »*.

---

[2] C. COLOMBET, J. FOYER, D. HUET-WEILLER et C. LABRUSSE-RIOU, « La filiation légitime et naturelle : Etude de la Loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation », Dalloz, 1977, p. 15.

[3] Ibid., p. 15.

[4] P. MURAT, « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », *Dr. fam.*, 1998, chron. 14, p. 7.

[5] H. ROLAND, « Lexique juridique : Expressions latines », LITEC, 1999, p. 138.

Ce vieil adage, hérité du droit romain, a parcouru les siècles et régit encore actuellement l'établissement volontaire de la paternité du mari de la mère, malgré les nombreuses réformes qui ont pu se succéder depuis sa consécration dans le Code Napoléon. Il figure à l'article 312 du Code civil, quoique son intitulé classique ait été quelque peu modifié par l'ordonnance du 4 juillet 2005, puisqu'il est aujourd'hui énoncé que *« l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari »*.

La question du fondement de cette expression latine est à l'origine de l'élaboration de nombreuses théories, les unes pouvant se compléter, les autres se contrariant. Il s'agit là de l'une des plus grandes controverses de notre droit.

Etudiant le domaine et l'autorité de la présomption de paternité, nous allons découvrir que ceux-ci ont évolué et que le fondement essentiel qu'il est permis d'attribuer à la présomption, du moins de nos jours, est celui de la probabilité que le père présumé soit le véritable géniteur de l'enfant.

Nous précisons *« de nos jours »*, car il n'est pas exclu de considérer que ce fondement ait pu être différent à une époque antérieure, lorsque la science ne permettait pas encore d'établir des certitudes. En cela, la théorie d'Ambroise COLIN[6], selon laquelle l'établissement de la filiation paternelle résulterait de la volonté de l'homme, est intéressante, et son analyse ne saurait être superflue, d'autant que la volonté conserve encore une place dans l'application de la présomption de paternité.

Une large majorité se dégage désormais en faveur de ce que l'on désigne sous l'expression *« plerumque fit »*, lequel justifie en grande partie le maintien de la règle *« Pater is est »* en tant que commodité de preuve. Comme l'observe Pierre MURAT, la présomption de paternité *« reste fondée sur une loi statistique et psychologique qui milite vigoureusement en sa faveur : l'immense majorité des enfants de femmes mariées ont pour père le mari »*[7].

Elle constitue une *« simplification de preuve profondément enracinée dans les habitudes »*[8], qui correspond à la *« probabilité dominante »*[9] (§ I) et qui ne peut concerner que l'homme uni maritalement à la mère (§ II).

§ I Une présomption fondée sur la forte probabilité

Il ne s'agit plus, comme auparavant, d'instituer des filiations mensongères dont l'époux se faisait souvent complice, mais de consacrer légalement des liens dont la concordance avec la vérité biologique est fortement probable, tant au regard de la date

[6] A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTDciv.*, 1902, p.p. 257-300.
[7] P. MURAT, « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », op. cit. note 4, p. 7.
[8] Ibid., p. 7.
[9] Ibid., p. 7.

de naissance de l'enfant (A), que de la volonté du conjoint de la mère (B) et de la possession d'état (C).

A) Une paternité vraisemblable au regard de la date de naissance de l'enfant

L'article 312 du Code civil énonce que *« l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari »*. Si la date de la naissance est facile à établir en raison de la visibilité de l'événement et son constat dans l'acte de naissance, qui est alors rédigé, la date de la conception nécessite de s'en remettre à une présomption : à savoir que l'enfant est présumé avoir été conçu dans la période de 121 jours qui s'étend entre le 300ème et le 180ème jour précédent sa naissance[10] (1).

Dans le premier cas visé par l'article 312, la conception a lieu après que l'engagement conjugal ait été officiellement consacré, mais avant une éventuelle séparation des époux, ce qui n'a pas toujours été exigé (2). Dans la seconde hypothèse, la cérémonie municipale, qui officialise l'union aux yeux de la loi, se déroule entre la date à laquelle l'enfant est conçu et la date à laquelle il naît (3).

Observons que le droit allemand se contente de la naissance dans le mariage : en vertu de l'article 1592 du BGB, est considéré comme père celui qui est marié avec la mère de l'enfant au moment de la naissance ; il n'est fait aucune allusion à la date de la conception. De même, l'article 315 du Code civil belge énonce que l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari.

1 La période légale de la conception

La détermination légale d'une période de conception a permis aux rédacteurs du Code Napoléon de mettre fin aux excès dont certains parlements avaient fait preuve sous l'Ancien Régime, en acceptant, sur le fondement de l'apparence physique de la femme, une durée de gestation supérieure à un an. Depuis 1804, l'établissement de la durée de la grossesse n'appartient plus aux juges.

Les délais légaux ont été retenus sur les conseils de FOURCROY. Ils ont pour but d'englober aussi bien les grossesses les plus courtes (180 jours) que les plus longues (300 jours).

La présomption légale relative à la période de conception de l'enfant est consacrée à l'article 311 alinéa 1er du Code civil, aux termes duquel *« la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance »*. On retrouve la même durée dans la plupart des Etats européens, notamment en Allemagne, en Belgique[11], en Italie, en Hongrie.

---

[10] Cf. c. civ., art. 311, al. 1er.

[11] C. civ. belge, art. 326.

Avant la loi du 3 janvier 1972, il s'agissait d'une présomption irréfragable. Dans le silence des textes, la jurisprudence interdisait en effet toute démonstration contraire.

Mais la science progressant, il n'était plus possible d'ignorer que des grossesses – cas certes rarissimes – puissent durer un peu plus de 300 jours. De même, un enfant né moins de 180 jours après qu'il ait été conçu peut parfois être maintenu en vie grâce à des moyens artificiels. C'est pourquoi le législateur français, comme ses homologues européens, admet la preuve contraire à l'article 311 alinéa 3 du Code civil, manifestant par là une meilleure prise en compte de la réalité biologique.

Une autre manifestation de ce rapport à la vérité est la modification du domaine de la présomption de paternité.

2 L'enfant conçu postérieurement à la célébration de l'union

Auparavant, la présomption de paternité comportait une large part de fiction qui permettait de couvrir tous les cas douteux, ce qui lui avait valu la qualification de *« manteau de Noé »* pour les enfants *« illégitimes »*, comme on les désignait alors.

C'est ainsi que la naissance de l'enfant plus de 300 jours après l'ordonnance de résidence séparée faisant suite à une demande en divorce – ce qui signifiait que cet enfant avait été conçu pendant une période de séparation légale – n'écartait pas automatiquement la présomption de paternité. Il fallait que le conjoint (ou ex-conjoint) de la mère désavoue l'enfant. De même, lorsque l'enfant était né plus de 300 jours après la dissolution du mariage, le Code prévoyait seulement la possibilité de contester la légitimité de cet enfant, mais n'écartait pas *a priori* la présomption de paternité de l'ancien époux.

En l'absence de désaveu, l'enfant restait celui de l'ex-mari, lequel détenait le monopole de cette action dans des conditions restreintes : quant au fond, il fallait se trouver soit dans le cas de l'éloignement, soit dans celui de l'impuissance accidentelle[12] ; quant au délai, le père légalement présumé ne disposait que d'un à deux mois.

Ne dépendant que du mari, la règle *« Pater is est… »* était donc aussi dotée d'une très grande autorité, et l'on a pu la qualifier de *« présomption irréfragable à l'égard des tiers et de présomption mixte ou relative à l'égard de l'époux »*. Il n'y a pas de doute que la volonté maritale de *« passer l'éponge »* dans des cas plus que suspects l'emportait sur la réalité biologique.

---

[12] Antérieurement à la réforme du 3 janv. 1972, l'art. 312 c. civ. énonçait, *in fine*, que le mari pouvait désavouait l'enfant s'*« il était, soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme »*. Les juges retenaient notamment, au titre de l'éloignement, l'incarcération, la mobilisation, la captivité ainsi que la séparation de fait. Ils admettaient, au titre de l'accident, l'impuissance, la maladie et la stérilité. Pour plus de précisions sur les anciens cas de désaveu, v. E. PAILLET, « Infidélité conjugale et continuité familiale », 1979, p.p. 424-435, en part. p.p. 427-433 s'agissant de l'hypothèse énoncée à l'ancien art. 312 c. civ.

La raison profonde de cet état du droit tenait à ce que l'on analysait cette présomption comme un effet impératif du mariage, une règle de fond beaucoup plus qu'une règle de preuve. L'existence et la force de la présomption *« Pater is est… »* apparaîssaient comme une conséquence de la reconnaissance de la prééminence de l'union matrimoniale et de la famille *« légitime »*, et s'intégraient dans une politique de défense des intérêts et de la cohésion de celle-ci.

Destinée à renforcer la solidité de la famille, la présomption de paternité devait contribuer à renforcer celle de la société. Il s'agissait donc davantage d'affirmer et de maintenir un ordre social que de rechercher la vérité. La présomption de paternité n'était autre qu'une véritable fiction au service d'une certaine politique familiale.

Depuis 1972, les textes ne commandent plus la persistance de certaines invraisemblances. La présomption est écartée *a priori* lorsque la paternité du mari ne paraît pas crédible au regard de la situation du couple.

L'article 313 aliéna 1er, incluant la réforme du 26 mai 2004 relative au divorce, dispose : *« En cas de demande en divorce ou en séparation de corps, la présomption de paternité est écartée lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation »*. La règle témoigne du souci d'harmoniser la présomption et la vraisemblance de la paternité du conjoint de la mère.

C'est une considération que l'on retrouve au sujet de l'enfant *« né pendant le mariage »*, qui a, conformément à l'article 312, *« pour père le mari »*.

3 L'enfant conçu antérieurement à la célébration de l'union

L'enfant *« né pendant le mariage »* est souvent désigné par l'expression *« enfant de fiancés »*. Celui-ci a été conçu avant que le mariage soit célébré. Cette situation n'écarte pas l'application de la présomption, car il y a une très forte probabilité pour que celui qui était alors le fiancé et qui est désormais l'époux de la mère soit le géniteur. En outre, pour le cas où la paternité serait suspecte, les textes permettent la contestation en rapportant la preuve que le père légal n'est pas le père biologique, condition qui sera aisément remplie grâce à un examen scientifique.

La solution d'inclure l'enfant conçu avant la consécration du lien conjugal a d'abord été retenue par la Chambre civile de la Cour de cassation, le 8 janvier 1930, dans l'affaire *« Degas »*[13], à une époque où il existait encore des obstacles à la légitimation

[13] Cass., civ., 8 janv. 1930, *« Epoux Degas contre Consorts Degas »*, H. CAPITANT, Y. LEQUETTE et F. TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », Dalloz, 2000, p.p. 208-212.

des enfants adultérins. Opérant un revirement de jurisprudence, qui jusque-là considérait l'enfant conçu avant l'union de ses parents comme étant *« légitimé »* par cette dernière[14], elle déclara que *« tout enfant né au cours du mariage a la qualité d'enfant légitime, quelle que soit la date de sa conception »*, cette qualité lui étant reconnue *« moins à raison de l'intention présumée chez ses parents de lui conférer par mariage le bénéfice d'une légitimation qu'en vue de sauvegarder par une fiction légale la dignité du mariage et l'unité de la famille »*. Ce qui permit ici à l'enfant, issu d'un adultère, de bénéficier de la légitimité.

Il fallut attendre la grande réforme de 1972 pour qu'un texte légal, l'article 314 alinéa 1er du Code civil, prévoit explicitement que *« l'enfant né avant le 180ème jour du mariage est légitime et réputé l'avoir été dès sa conception »*.

Cependant, il s'agissait d'une légitimité assez fragile, puisque le mari pouvait plus facilement désavouer l'enfant que si celui-ci avait été conçu durant le lien matrimonial en faisant seulement la *« preuve de la date de l'accouchement, à moins qu'il n'ait connu la grossesse avant le mariage ou qu'il ne se soit, après la naissance, comporté comme le père »*[15]. Le législateur réservait donc une place à la volonté du conjoint qui, par son comportement, fermait lui-même la voie d'un désaveu facilité ; l'action en désaveu de l'article 312 alinéa 2 ancien[16] demeurant ouverte.

Depuis l'ordonnance de 2005, la présomption relative à la paternité de l'*« enfant de fiancés »* est dotée d'une force égale à celle de l'enfant conçu dans le mariage. Il serait toutefois hâtif d'en conclure que la volonté du mari n'a plus du tout sa place dans l'application de la présomption de paternité. Telle qu'elle règlemente la présomption, la législation prend en considération la volonté tacitement exprimée par le conjoint de la mère, volonté qui, loin de contredire la vraisemblance, la renforce.

B) Une paternité vraisemblable au regard de la volonté de l'époux

La volonté du mari de la mère se manifeste en plusieurs lieux : d'abord par le consentement à l'union conjugale (1), ensuite à travers la règle légale permettant à celui qui découvre qu'il n'est pas le géniteur de l'enfant de contester la paternité établie au moyen de la présomption (2), enfin par l'admission de la désignation en qualité de père dans l'acte de naissance de l'enfant (3).

---

[14] Cass., civ., 28 juin 1869, *D. Sirey*, 1969, I, p. 445: *« Si cet enfant naît légitime, quoique légalement présumé conçu avant le mariage, ce n'est que par l'effet d'une fiction de la loi, qui suppose, de la part des parents, l'intention de lui conférer la légitimité par leur mariage postérieur à la conception, mais antérieur à la naissance »*. La Cour de cassation en avait déduit que, s'agissant en quelque sorte d'une légitimation implicite, les enfants conçus à une époque où l'un de leurs père et mère était engagé dans les liens d'un précédent mariage ne pouvaient invoquer la solution précédemment indiquée, compte tenu des règles qui, à l'époque, interdisaient la légitimation de ces enfants (art. 331, réd. 1804).

[15] C. civ., art. 314, al. 3.

[16] C'est-à-dire avant l'ord. du 4 juil. 2005.

1 Le lien entre consentement au mariage et désir d'être père

A partir des textes existant à l'époque, Ambroise COLIN[17] élabore, au début du XXème siècle, la théorie selon laquelle *« le lien qui, dans le mariage, unit l'enfant au mari de la mère, est créé par un acte de volonté »*[18]. Il reconnaît lui-même qu'*« il y a là une idée qui, au premier abord, pourra heurter les données acquises. En effet, l'attribution des enfants au mari est traditionnellement considérée comme reposant sur une présomption ou plutôt sur une double présomption, celle de la cohabitation des époux et celle de la fidélité de la femme légitime, en d'autres termes sur la démonstration du fait de la procréation du père. Il nous semble cependant que cette analyse de la* […] *règle formulée par l'article 312* […] *ne donne qu'insuffisamment raison d'un grand nombre des solutions consacrées par les textes ou par la jurisprudence, et qu'il y aurait avantage à chercher ailleurs le fondement de la paternité légitime »*[19].

Ambroise COLIN rejette l'idée que l'établissement automatique de la paternité à partir de la mère soit fondé sur une présomption de fidélité de la femme mariée ou bien encore sur le devoir de cohabitation entre époux. Et cela en raison du fait que, aujourd'hui[20] comme hier[21], non seulement l'enfant né dans les 179 premiers jours du mariage (donc certainement conçu avant, autrement dit à une époque où les devoirs matrimoniaux n'existaient pas encore) bénéficie de la présomption de paternité, mais également que l'adultère de l'épouse n'est pas légalement considéré comme une cause directe et suffisante du désaveu de paternité à l'époque, de la contestation de celle-ci de nos jours[22].

L'auteur voit le fondement de la paternité *« dans un acte de volonté, disons dans une reconnaissance-admission anticipée que contient implicitement le mariage : par cet acte, le mari avoue, c'est-à-dire qu'il reçoit, qu'il admet d'avance, dans sa famille légitime, les enfants que sa femme mettra au monde par la suite, au moins quand cette procréation n'aura pas lieu dans certaines circonstances anormales, déterminées d'avance par la loi et donnant ouverture au désaveu »*[23].

Observons immédiatement que COLIN a élaboré sa théorie à une époque où, les expertises biologiques n'ayant pas encore connu leur essor, la conception masculine était recouverte d'un voile empêchant toute détermination certaine. Comme s'exclamait LAHARY devant le Tribunal en 1803, *« la nature ayant couvert l'acte de la génération*

---

[17] A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », op. cit. note 6, p.p. 257-300.
[18] Ibid., p. 283.
[19] Ibid., p. 283.
[20] Cf. c. civ., art. 312.
[21] Cf. arrêt *« Degas »*, préc.
[22] Cf. c. civ., art. 332, al. 2.
[23] A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », op. cit. note 6, p.p. 283-284.

des plus impénétrables mystères, la loi a été contrainte d'établir, à défaut de principe invariable, une présomption de droit qui devint la garantie d'un fait dont il était impossible d'acquérir autrement la certitude ». Au moment de la rédaction du Code Napoléon, la paternité ne pouvait qu'être présumée. Celle-ci appartenant aux *« secrets d'alcôve »*, Ambroise COLIN a posé le postulat que seule la volonté de l'homme pouvait créer le lien de filiation paternelle.

Il faut reconnaître que cette thèse pouvait se prévaloir de la réglementation de l'époque qui réservait la contestation, alors dénommée *« désaveu de paternité »*, à l'époux. Or, le désaveu étant *« un acte tout personnel »*[24], un *« acte unilatéral de rétractation de volonté »*[25], l'auteur en a conclu *« que la volonté du mari* [était] *bien le seul fondement juridique de la paternité légitime »*[26].

Mais dès lors que les textes prévoient que le lien paternel peut être contesté par d'autres personnes que le mari (personnes limitativement énumérées en présence d'une possession d'état[27], tout intéressé en l'absence[28]), l'argument ne tient plus. En outre, il faut considérer les progrès réalisés dans le domaine scientifique, qui nous ont permis de passer de *« l'impossibilité d'arriver à une démonstration objective du fait de la filiation masculine »* à la possibilité de rapporter la preuve, grâce à l'expertise biologique, qu'un tel est le géniteur de l'enfant[29].

On ne saurait donc invoquer, de manière exclusive, la volonté du mari pour justifier l'application à son endroit d'une présomption de paternité. Il ne s'agit pas de nier que celle-ci joue un rôle. En consentant au mariage, un homme s'engage non seulement auprès d'une femme, mais également envers les enfants qu'elle mettra au monde. Au cours de la cérémonie municipale, en effet, l'officier d'état civil donne lecture des articles 212 à 215 du Code civil. Parmi ces dispositions qui intéressent globalement les droits et devoirs respectifs des époux, il en est une qui concerne plus particulièrement les enfants : l'article 213 posant l'obligation légale de pourvoir à l'éducation des enfants et de préparer leur avenir[30]. Preuve que l'union conjugale est tournée vers la venue d'enfants. La plupart des couples qui contractent mariage projettent d'en avoir, et leur entourage s'attend à ce qu'ils en aient. *« Le couple marié est* […] *par essence ouvert à*

---

[24] Ibid., p. 287.
[25] Ibid., p. 290.
[26] Ibid., p. 290.
[27] Cf. c. civ., art. 333.
[28] Cf. c. civ., art. 334.
[29] Les résultats actuels des empreintes génétiques confèrent à la quasi-certitude avec des probabilités supérieures à 99,999 %.
[30] C. civ., art. 213 : *« Les époux* […] *pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir »*.

la naissance des enfants »[31]. En cela le mariage pourrait être défini *« comme attente réfléchie de l'enfant »*[32].

Cependant, au-delà de cette idée de lien entre union conjugale et désir de procréation, il doit être tenu compte d'une certaine vérité dans la filiation. Si le législateur n'exige pas une certitude, il a toutefois adopté des règles destinées à ce que la filiation juridiquement établie par le biais de la présomption de paternité corresponde très probablement à la vérité des gènes.

2 Les liens génétiques en tant que cause objective d'engagement

Lorsque, avant 1972, la preuve contraire de la paternité du mari était administrée dans des conditions difficiles et relevait du monopole marital, la règle énoncée à l'article 312 était une véritable règle de fond. Il y était question de paix des familles. Le mariage, *« pilier »* de la structure sociale, impliquait la faveur de la loi pour la légitimité avec son corollaire : la hiérarchie des filiations.

Dès l'instant où l'on proclamait l'égalité de statut des enfants et que la paix des familles supportait mieux la vérité, la présomption de paternité pouvait être réduite aux situations où le lien biologique entre l'enfant et l'époux semble réel. C'est ainsi que de règle de fond, la vieille maxime est devenue une simple règle de preuve.

Partant du postulat selon lequel la plupart des femmes mariées conçoivent leurs enfants avec leur mari – d'autant que les couples adultères ne désirent point tellement avoir des enfants et que, de surcroît, les facilités nouvelles de la contraception et de l'avortement leur permettent de n'en point avoir ou presque – de nombreux auteurs confèrent un fondement empirique à la présomption de paternité, à savoir le cours ordinaire des choses. C'est ce qu'on appelle le *« plerumque fit »*, qui signifie *« la plupart du temps »*, raccourci de l'expression latine *« ex eo quod plerumque fit »* : *« à partir de ce qui se produit généralement »*.

Allant plus loin dans cette réflexion, Daniel GUTMANN, dans sa thèse sur *« Le sentiment d'identité »*[33], considère que l'article 312 du Code civil relatif à la présomption de paternité légitime ne présume pas la vérité biologique, autrement dit, que le mari est le géniteur.

La règle selon laquelle *« l'enfant d'une femme mariée a pour père le mari »* présumerait qu'il existe une cause objective à l'engagement de l'époux, cette cause objective étant que ce dernier est bien le géniteur de l'enfant. La vérité biologique aurait ainsi pour rôle d'être la cause de l'engagement parental. Il est certain qu'elle est la toile

---

[31] P. MOREAU, « Du couple à la famille ou la protection de l'enfant par la loi », *La famille, le lien et la norme* (dir. G. EID), coll. ISF, Univ. cath. Lyon, 10 et 11 mai 1996, L'Harmattan, 1997, p. 92.

[32] Ibid., p. 92.

[33] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité : Etude de droit des personnes et de la famille », LGDJ, 2000.

de fond de l'ordonnancement relatif à la présomption de paternité. D'après Daniel GUTMANN, l'époux a entendu s'engager envers un enfant dont il serait le géniteur. S'il n'en est pas l'auteur biologique, il doit pouvoir faire valoir qu'il y a eu erreur sur la cause de son engagement. Le législateur prévoit une telle possibilité[34].

Ainsi, lorsque l'on applique la présomption de paternité, il n'est nullement question du tout biologique, puisque d'autres considérations interviennent, notamment la volonté de l'époux de s'engager envers un enfant qu'il pense être le sien, les circonstances de la naissance[35] de celui-ci n'admettant pas trop le doute.

Cette volonté, d'abord manifestée à travers le mariage avec la mère de l'enfant, trouve une confirmation dans la désignation dans l'acte de naissance en qualité de père.

3 La désignation dans l'acte de naissance en qualité de père

L'article 314[36] du Code civil énonce que *« La présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père »*.

La loi exige la désignation en qualité de père. Elle ne se contente plus de l'indication du nom du conjoint de la mère. Il s'agit là d'une consécration légale de la jurisprudence, selon laquelle l'inscription du nom du mari ne suffit pas : il faut que ce dernier soit désigné en qualité de père[37].

La règle se justifiait déjà à l'époque par l'idée que, de manière générale, la mère prend soin d'indiquer le nom de son conjoint en tant que père de l'enfant lorsque celui-ci est bien issu de ses œuvres. La seule mention du nom de l'époux n'informe que sur l'existence d'un engagement matrimonial contracté par la mère, non sur la filiation de l'enfant. Elle ne peut donc faire preuve du lien paternel.

La condition de désignation en qualité de père s'impose encore plus aujourd'hui, au regard des textes adoptés en matière de dévolution du nom de famille[38], qui ont pour effet que le nom n'est plus aussi significatif du lien de filiation.

Pour que la présomption s'applique, il faut donc, non seulement que l'enfant ait été conçu ou soit né au cours de l'union matrimoniale[39], mais également que l'acte de naissance énonce explicitement que l'époux est le père.

---

[34] C. civ., art. 332, al. 2.

[35] C'est-à-dire en dehors des cas visés à l'art. 313 al. 1er c. civ.

[36] Le projet de loi de ratification de l'ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005 prévoit de réunir les hypothèses visées aux art. 313 et 314 dans l'art. 313 (v. Rapp. n°770 fait au nom de la commission des lois, 2 avr. 2008, www.legifrance.gouv.fr.).

[37] Cass., civ. 1ère, 3 juin 1980 : *« L'indication du nom du mari, au sens de l'article 313-1 du Code civil, est l'indication du nom de celui-ci, dans l'acte de naissance, en qualité de père »*. *D.*, 1981, jurisp., p.p. 119-121, note J. MASSIP.

[38] C. civ., art. 311-21 et suiv.

[39] Cf. c. civ., art. 312.

Or, il résulte de l'article 57 aliéna 1er du Code civil que la mention du nom des parents dans l'acte de naissance de l'enfant n'est nullement obligatoire. Si le mari n'est pas obligé d'y faire figurer son nom, il l'est encore moins quant à sa qualité de père. Ce qui signifie que s'il est désigné en qualité de père dans l'acte de naissance, c'est qu'il l'a bien voulu[40]. Il est en effet peu probable que la mention soit portée sans qu'il soit d'accord. Soit il aura tacitement exprimé son consentement en ne s'opposant pas à ce qu'il soit désigné dans l'acte en qualité de père, soit il aura expressément manifesté sa volonté en faisant lui-même la déclaration de naissance à l'état civil et en procédant lui-même à la désignation.

En l'absence d'une telle désignation, la présomption de paternité ne sera pas pour autant écartée si l'enfant jouit de la possession d'état à l'égard du conjoint de sa mère. C'est ce qui résulte de la lecture *a contrario* de l'article 314 du Code civil, qui dispose : *« la présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père et que l'enfant n'a pas de possession d'état à son égard »*. Pour que la présomption soit écartée, la loi exige deux conditions cumulatives : à savoir l'absence de désignation dans l'acte de naissance et l'absence de possession d'état de l'enfant. Ce qui signifie que si l'un de ces éléments est présent, la présomption s'applique.

Il s'ensuit que le mari, en produisant un acte de notoriété établissant la possession d'état de l'enfant à son égard, pourra demander au président du tribunal de grande instance, par une simple action en rectification[41], de compléter l'acte de naissance.

Le rôle important dévolu à la possession d'état, qui permet également le rétablissement de plein droit de la présomption[42], s'explique par son lien étroit avec la vérité des gènes ainsi que par la considération du législateur pour les relations affectives. La possession d'état dépend en partie de la volonté du mari, surtout depuis qu'elle est davantage axée sur le traitement (que l'on pourra constater si l'époux a choisi de se comporter en père envers l'enfant) que sur le nom. Toutefois, elle ne s'y réduit pas. D'autres éléments entrent en ligne de compte, de telle sorte que le lien établi apparaît comme étant le vrai, qu'il le soit réellement ou non.

---

[40] En ce sens, E. PAILLET, note TGI Nice, 30 juin 1976, *GP*, journal du 22 janv. 1977, p. 49 : *« C'est surtout au moment de la déclaration de l'enfant à l'état civil que la volonté des parents est déterminante,* […] *rien n'empêche le mari de demander à l'officier d'état civil de taire son nom dans l'acte de naissance de l'enfant »*.

[41] Cf. c. civ., art. 99, al. 1er : *« La rectification des actes de l'état civil est ordonnée par le président du tribunal »*. Et NCPC, art. 1047, al. 1er : *« Le président du tribunal de grande instance a compétence pour connaître de la rectification des actes de l'état civil* […] *»*.

[42] C. civ., art. 313, al. 2.

C) Une paternité vraisemblable au regard de la possession d'état

La possession d'état est une notion essentiellement flottante. C'est, par nature, un fait, une situation de fait. C'est, par fonction, un indice, l'indication d'un rapport de parenté ou plutôt une présomption de ce lien de sang, qui est déduite de la situation apparente. Partant d'un ensemble de faits connus qui sont les éléments constitutifs de la possession d'état, on induit un fait inconnu : la paternité de l'époux.

Signe d'un lien affectif, parfois d'un lien de sang (4), la possession d'état joue un rôle important (1). Sa constatation suppose la réunion d'éléments révélant le lien de filiation (2). Elle doit en outre présenter certains caractères légalement définis (3).

1 L'importance du rôle de la possession d'état

L'article 313 alinéa 1er du Code civil énonce plusieurs hypothèses dans lesquelles la présomption de paternité est écartée, car la paternité du mari paraît alors peu vraisemblable. L'alinéa 2 de ce même texte prévoit toutefois que la présomption est *« rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard de chacun des époux »*, ce qui signifie que la possession d'état rétablit la probabilité de la paternité que les circonstances rendaient suspecte.

L'article 314 du Code civil, quant à lui, écarte la présomption de paternité lorsque *« l'enfant n'a pas de possession d'état à l'égard »* du conjoint de sa mère, au motif avancé par de nombreux auteurs que l'absence de possession d'état fait douter de la véracité de la paternité.

La possession d'état d'enfant joue donc un rôle essentiel en matière de filiation[43]. Il n'en a pas toujours été ainsi. Si elle n'était pas inconnue du droit romain, la possession d'état perdit de son utilité sous l'Ancien Régime au fur et à mesure que se développaient les registres paroissiaux. Remise à l'honneur par la Révolution qui accordait un certain rôle à la possession d'état des enfants hors mariage, elle ne tint qu'une place réduite dans le Code civil de 1804, et ce d'autant plus que la jurisprudence manifesta à son égard une grande défiance.

Rénovée par le législateur de 1972, où depuis elle joue un rôle de premier plan, la possession d'état a acquis une autre dimension : on ne lui demande plus seulement de jouer le rôle d'une preuve du lien biologique, mais d'introduire dans la matière un élément sociologique. En ce sens, la possession d'état correspond à une réalité sociologique qui peut parfois être différente de la vérité biologique.

Toutefois, cette considération pour la réalité vécue, pour le tissu de relations affectives qui a pu se constituer, ne saurait aller jusqu'à heurter par trop la vérité des gènes. Les éléments constitutifs d'une possession d'état témoignent de la nécessité, pour le lien légalement reconnu, de présenter un caractère vraisemblable.

[43] Et pas seulement en ce qui concerne le lien paternel en mariage.

2 Les éléments constitutifs de la possession d'état

Le constat d'une possession d'état exige *« une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir »*[44].

Le législateur expose *« les principaux de ces faits »* à l'alinéa 2 de l'article 311-1 du Code civil : il s'agit de la trilogie autrefois dégagée par le droit canonique.

Le premier élément, permettant de considérer qu'il existe une possession d'état, est que *« la personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et elle-même les a traités comme son ou ses parents. Ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation »*.

C'est ce qu'on appelle le *« tractatus »*. Les protagonistes se considèrent réciproquement comme unis par un lien de parenté directe au premier degré. Les uns exercent une autorité parentale et, à ce titre, apportent tous les soins dont celui qu'on dit leur enfant peut avoir besoin. Durant la minorité de ce dernier, et même au-delà si besoin, ou jusqu'à son émancipation, ils le nourrissent, le logent, le soignent. Ils veillent à ce qu'il reçoive un minimum d'instruction et d'éducation. Ils le protègent tant physiquement que moralement. En cela, ils ont un droit de regard sur les gens que fréquente leur enfant, ainsi que sur sa correspondance. Ils bénéficient aussi d'un droit général de jouissance quant aux biens qui lui appartiennent. Bref, ils exercent tous les attributs de l'autorité parentale, laquelle se définit, aux termes de l'article 371-1 alinéa 1 du Code civil, comme *« un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant »*. Son objectif est de *« protéger* [l'enfant] *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne »*[45].

De son côté, celui qu'on dit issu de ceux (ou celui ou celle) que l'on désigne par ses père et/ou mère se montre obéissant envers eux. Il leur prodigue *« honneur et respect »*[46]. Il est sous leur garde, en cela qu'il ne peut quitter le logement familial sans leur permission. En contrepartie, il est nourri, logé, vêtu, soigné, instruit…

Bien évidemment, le comportement (et son appréciation) de ceux que l'on dit être les parents et de leur présumé enfant varie en fonction de l'âge de ce dernier, mais aussi des besoins et ressources des uns et des autres.

Le second élément constitutif est que la *« personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille »* et qu'*« elle est considérée comme telle par l'autorité publique »*.

C'est ce qu'on désigne par la *« fama »*. Dans l'esprit des gens extérieurs à la cellule familiale composée des père et/ou mère de l'enfant et de ce dernier, ceux que l'on dit

[44] C. civ., art. 311-1, al. 1.
[45] C. civ., art. 371-1, al. 2.
[46] C. civ., art. 371.

être les parents le sont réellement et celui que l'on dit être leur enfant l'est vraiment. Ces gens sont la famille proche comme éloignée, les amis et les voisins, mais aussi l'administration, les établissements scolaires, les services de l'état civil…

Enfin, troisième et dernier indice fourni par le Code civil : la personne *« porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue »*. Il s'agit du *« nomen »*.

Observons qu'avant la réforme de juillet 2005, le nom figurait à la première place[47]. Prenant acte de la législation relative à la dévolution du nom de famille[48], dont la conséquence principale est que la dénomination de l'enfant peut être le résultat d'un choix ou de circonstances fortuites, et donc ne joue qu'un rôle secondaire et aléatoire dans l'indication du rapport de filiation, les rédacteurs de l'ordonnance ont procédé à *« une remise en ordre »*[49]. En bouleversant l'ordre, ils ont implicitement tenu compte d'un changement, dans les esprits, de la hiérarchie des éléments constitutifs : le *tractatus* est désormais au cœur du lien de filiation. Aussi est-il logique qu'il figure en tête de liste.

L'ordonnancement correspond ainsi mieux aux réalités concrètes et à l'importance de chacun des éléments : la réalité sociologique traduite par la possession d'état est avant tout exprimée par le *tractatus*, d'où découle le plus souvent la *fama*.

Précisons qu'il n'est pas nécessaire que tous les éléments énumérés à l'article 311-1 alinéa 2 du Code civil soient réunis pour que la possession d'état soit considérée comme établie. En effet, la Cour d'appel de Paris a signalé, dans un arrêt du 5 février 1976[50], que la possession d'état pouvait se déduire d'un ensemble de faits ne recouvrant pas complètement la liste donnée, seulement à titre indicatif, par l'article 311-2 ancien[51].

De même que cette énumération légale ne constitue pas les seuls indices que l'on puisse invoquer. Il suffit, comme l'indique l'alinéa 1er de l'article 311-1 et comme l'a précisé la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 5 juillet 1988[52], qu'il y ait *« une réunion suffisante de faits qui révèlent le* [rapport] *de filiation et de parenté »*.

C'est ainsi que l'appréciation du *tractatus* et de la *fama* peut se faire de façon spécifique lorsqu'il est question d'établir une possession d'état prénatale, comme le

---

[47] Cf. c. civ., art. 311-2, réd. L. n°72-3 du 3 janv. 1972, implicitement abrogé par ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005.

[48] Cf. c. civ., art. 311-21 et suiv.

[49] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *Revue Lamy Dr. civ.*, 2005, n°878, p. 35.

[50] CA Paris, 5 fév. 1976, *JCP* G, 1976, II-18487, note GROSLIERE.

C'est une jurisprudence constante, comme en atteste un arrêt rendu par la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation le 6 mars 1996 (*Bull. Civ.*, I, n°69) : *« il n'est pas* […] *nécessaire à l'établissement de la possession d'état que soient réunis touus les éléments énumérés par l'article 311-2 »* ancien c. civ.

[51] Art. 311-2, réd. L. n°72-3 du 3 janv. 1972.

[52] Cass., civ. 1ère, 5 juil. 1988, *D.*, 1989, jurisp., p. 398, concl. CHARBONNIER.

permet implicitement mais clairement l'article 317 alinéa 2 qui autorise le recours à l'acte de notoriété *« quand le parent prétendu est décédé avant la déclaration de naissance de l'enfant »*. En effet, il n'y a eu aucun contact direct entre ce dernier et celui que l'on prétend être le père. On prend alors en considération des faits tels que l'accompagnement de la future maman durant le suivi médical de la grossesse, la participation au choix du prénom de l'enfant, l'annonce de la naissance attendue à l'entourage, l'accomplissement de diverses démarches ou formalités dans la perspective de cette naissance[53].

La possession d'état doit encore présenter certains caractères.

3 Les caractères de la possession d'état

Conformément à l'article 311-2 du Code civil, *« la possession d'état doit être continue*[54]*, paisible, publique et non équivoque »*.

Les juges ont assez rapidement appliqué les critères généraux de la possession d'état permettant de faire courir le délai de prescription afin d'acquérir la propriété d'un bien, et qui sont énoncés à l'article 2229 du Code civil (et désormais à l'article 311-2).

C'est ainsi que le 7 décembre 1983[55], la 1ère Chambre civile a ajouté que la possession d'état devait être exempte de vices. Elle doit notamment apparaître au vu et au su de tous et ne pas sembler douteuse.

Dans un arrêt de rejet en date du 14 mars 2006, la 1ère Chambre civile[56] a estimé que l'aveu de sa non paternité par le mari de la mère ne permettait pas de déduire le caractère équivoque de la possession d'état. En l'espèce, un tiers, prétendant être le véritable père de l'enfant, entendait contester le lien légalement établi entre ce dernier et l'époux. Or, sous l'empire de l'ancienne législation, l'action était irrecevable en

---

[53] Par ex., l'achat de mobilier ou de vêtements pour nourrisson, la recherche d'une crèche ou d'une nourrice…

[54] La jurisprudence s'est montrée assez souple dans l'appréciation du caractère continu, comme en témoigne un arrêt rendu le 3 mars 1992 par la 1ère Chambre civile (*Bull. Civ.*, I, n°69), où il est affirmé que *« la continuité que doit présenter la possession d'état n'implique pas nécessairement une communauté de vie ou des relations constantes ; qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier, compte tenu des circonstances de la cause, si les faits qui, réunis, indiquent le rapport de filiation, peuvent être relevés habituellement »*. De même, le 6 mars 1996 (préc. note 50), la haute juridiction précise que *« la continuité requise par le second alinéa de l'article 311-1 du Code civil doit être appréciée en fonction de l'ensemble des faits de diverses natures dont la réunion indique le rapport de filiation, sans qu'il soit nécessaire que chacun d'eux, considéré isolément, ait existé pendant toute la durée de la période considérée »*, autrement dit de façon simultanée. La condition tenant à la continuité est remplie dès lors que ces faits ont successivement existé. La circ. n°CIV/13/06 « de présentation de l'ordonnance n°759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », du 30 juin 2006, renvoie à cette jurisprudence.

[55] Cass., civ. 1ère, 7 déc. 1983, *D.*, 1984, jurisp., p. 191 (2ème espèce), note D. HUET-WEILLER.

[56] Cass., civ. 1ère, 14 mars 2006, *RJPF*, 2006, 6/40, analyse Th. GARE.

présence d'une possession d'état d'enfant *« légitime »* conforme au titre de naissance[57]. L'intéressé n'avait donc d'autre solution que de s'attaquer à la possession d'état.

Pour justifier sa position, la Haute juridiction a relevé le constat fait par les juges du fond[58] de ce que *« les relations »* de l'auteur du pourvoi *« avec l'enfant* […] *restaient épisodiques et incertaines »*, tandis que la petite fille avait été inscrite à l'état civil comme conçue par le mari de sa mère, que ce dernier l'avait toujours considérée comme étant de lui et qu'elle était reconnue comme telle par les tiers.

La circulaire du 30 juin 2006[59] se réfère, quant à elle, à la fraude ou à la violation de la loi[60], ainsi qu'aux conflits de possessions d'état concurrentes ou successives[61], pour estimer qu'il y a équivoque.

4 La double facette de la possession d'état

Dans la plupart des cas, les liens que tisse la vie quotidienne, la prise en charge matérielle et morale d'un enfant, la reconnaissance de la famille et de la société sont la suite et l'expression même du lien de sang. C'est ainsi que Ambroise COLIN, dans son célèbre article[62], qualifie la possession d'état d'*« aveu répété* [et] *permanent »*[63].

Certes, il est des cas où l'on sait, ou soupçonne, que le lien génétique entre l'enfant et le mari de sa mère n'existe pas. Et pourtant, la paternité de ce dernier n'est pas écartée, le droit décidant de faire produire des effets au comportement parental adopté à l'égard de l'enfant. A défaut d'être l'indice d'un lien de sang, la possession d'état est alors au moins le signe visible d'une réalité affective.

Mais bien souvent, elle est un ensemble d'éléments objectifs qui traduisent l'existence d'un lien biologique[64] car, la plupart du temps, l'existence de ce lien constitue le mobile qui anime la possession d'état. Le comportement adopté à l'égard

---

[57] C. civ., art. 322, al. 2 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *«* […], *nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance »*.

[58] CA Papeete, 18 nov. 2004.

[59] Circ. n°CIV/13/06 « de présentation de l'ordonnance n°759-2005 du 4 juillet 2005… », op. cit. note 54.

[60] Dont le but serait, par ex., de contourner les règles de l'adoption ou l'interdiction d'établir le second lien de filiation en cas d'inceste absolu (cf. *infra*, 1ère partie, titre II, chap. I), ou bien encore la prohibition de la gestation pour autrui.

[61] En vertu de l'art. 320 c. civ., dont l'objet est d'éviter les conflits de filiation, c'est la première possession d'état constatée qui l'emporte sur la seconde en date, du moins jusqu'à ce qu'une action en contestation, engagée dans les conditions de l'art. 335, fasse tomber la filiation ainsi établie.

[62] A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », op. cit. note 6, p.p. 257-300.

[63] Ibid., p. 269.

[64] Pierre MURAT (« L'enfant de mère porteuse, tentative d'établissement de la filiation par possession d'état », note TGI Lille, 22 mars 2007, *Dr. fam.*, 2007, comm. 122, p. 29) parle à son égard de *« présomption simple du lien biologique : le comportement apparent laise simplement présumer l'engendrement »*.

d'un enfant et la manière de le considérer traduisent de façon générale des liens génétiques.

Cette double facette de la possession d'état est le signe d'une conception volontariste de la présomption de paternité limitée par un souci de réalisme. En ce sens, la thèse défendue au siècle dernier par Ambroise COLIN ne doit pas être totalement repoussée : elle doit seulement être relativisée dans ce qu'elle a d'excessif au regard de la théorie de l'autonomie de la volonté. Les dispositions qui subordonnent l'application ou le rétablissement de la présomption *« Pater is est… »* à l'existence de la possession d'état d'enfant du mari reposent, sinon sur un aveu anticipé de ce dernier, du moins, dans une certaine mesure, sur son acceptation de l'enfant, sur sa volonté de l'accueillir comme sien.

Si la règle *« Pater is est.. »* héritée du droit romain ne doit plus servir à fabriquer des filiations mensongères, il convient toutefois de protéger des situations de fait dignes d'intérêt et socialement respectables en prenant en compte la possession d'état. Celle-ci ne saurait d'ailleurs entrer en totale contradiction avec la vérité génétique, au risque de voir le lien établi judiciairement remis en cause.

Par les textes qui la régissent, la présomption de paternité est passée du rang de véritable règle de fond à celui de présomption simple, de règle de preuve dont le maintien au profit du seul époux se justifie tant d'un point de vue objectif que d'un point de vue subjectif.

§ II La justification d'une présomption réservée à la paternité en mariage

Le principe de hiérarchie des filiations ayant été aboli depuis 1972, il est légitime de s'interroger sur la nécessité de conserver la présomption de paternité.

Loin d'être obsolète, celle-ci joue un rôle important en ce qu'elle constitue un moyen commode de donner un père à un enfant sans heurter la vérité biologique, ce que ne permettrait pas l'instauration d'une présomption de paternité envers un autre homme que l'époux de la mère, en l'absence de lien juridique entre cet homme et la mère (A).

Au-delà d'un simple problème de preuve, c'est la question de la liberté de choisir sa façon de vivre en couple qui se pose. N'oublions pas que le mariage diffère des autres formes de vie à deux en ce que – notamment et malgré les réformes successives – il demeure intimement lié à la procréation, raison pour laquelle l'application d'une présomption de paternité doit lui rester spécifique (B).

A) La présomption de paternité, commodité de preuve nécessitant une reconnaissance officielle de l'union entre les père et mère

Jusqu'à la loi du 3 janvier 1972, la présomption de paternité, applicable sans restriction dès que l'enfant était conçu (ou né) pendant le mariage (et même plus curieusement après), était aussi dotée d'une très grande autorité : la faculté de la combattre était réservée au mari et les textes limitaient les preuves admissibles en n'autorisant le désaveu que dans des cas strictement déterminés. Sa force était telle qu'elle s'appliquait même quand les circonstances lui ôtaient toute vraisemblance. C'est ainsi que l'époux était admis, par la jurisprudence, à revendiquer comme siens les enfants nés de sa femme, fûssent-ils déclarés sous le nom de jeune fille de la mère et reconnus par un tiers. Instrument de la paix des familles et, par delà, de la paix sociale, la *« présomption »* de paternité n'avait que faire dans cette hypothèse de la réalité des liens du sang.

Conséquence de la primauté reconnue à la famille *« légitime »*, comme on la désignait alors, la présomption apparaissait à la fois comme une faveur pour l'enfant et comme une prérogative de nature patriarcale découlant impérativement de l'union conjugale. Traditionnellement analysée comme une règle de fond, elle était destinée à renforcer la solidité de la famille et, au-delà, celle de la société.

A présent que l'on a réduit son domaine d'application et affaibli sa force[65], la présomption de paternité ne constitue plus une fiction au service d'une certaine politique familiale. Pour la majorité de la doctrine, il s'agit d'une commodité de preuve assise sur la probabilité.

Lui assignant un fondement empirique, il est permis d'expliquer la règle par le fait que la plupart des enfants conçus ou nés pendant le mariage sont issus des œuvres du mari. Pour les rares fois où ce n'est pas le cas, le régime de la présomption de paternité permet de recadrer situation juridique et situation de fait, en écartant *a priori* l'application de la présomption[66] et en autorisant sa contestation en justice[67].

C'est pourquoi, si le droit supprimait la présomption de paternité, ce qui obligerait l'époux à effectuer des démarches, il compliquerait sans raison essentielle l'établissement du lien paternel en mariage. L'application de l'adage *« Pater is est… »* apporte de la simplicité là où il serait inutile de compliquer les choses.

On pourrait aussi voir dans cette présomption le meilleur moyen (et le plus simple) pour satisfaire l'impératif maintenant bien admis, tant en droit national que supranational, de donner à l'enfant une mère et un père. La présomption de paternité

---

[65] En ouvrant largement l'action en contestation (cf. c. civ., art. 333, al. 1 et surtout art. 334) et en autorisant que soit rapportée par tous moyens la preuve contraire, c'est-à-dire que *« le mari* […] *n'est par le père »* (art. 332, al. 2).

[66] Cf. c. civ., art. 313 et 314.

[67] Cf. c. civ., art., 332, al. 2.

consisterait donc à profiter de la situation matrimoniale pour remplir cette obligation légale par une règle adaptée, *« adaptée »* en ce qu'il semblerait que son extension à d'autres que le conjoint de la mère soit difficilement envisageable.

Pourtant, une telle réforme serait en harmonie avec le souhait clairement exprimé par le législateur, surtout depuis 1972, de consacrer une égalité entre les enfants. Afin d'analyser au mieux la question de savoir pourquoi le droit n'instaure-t-il pas une présomption de paternité qui s'appliquerait à l'égard de l'homme qui aurait fréquenté la mère d'un enfant durant la période légale de la conception, il convient de distinguer les situations.

Dans l'hypothèse d'une femme qui a eu plusieurs amants de passage dans un laps de temps assez rapproché, il est délicat de présumer que tel de ces amants est le père et d'exclure les autres. En effet, sur quel élément se fondrait-on pour avancer la solution ?

Le concubinage et la conclusion d'un pacte civil de solidarité sont des cas de figure plus intéressants à étudier.

Le premier, défini à l'article 515-8 du Code civil, *« est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »*.

Autrefois, la jurisprudence n'envisageait le concubinage qu'entre un homme et une femme, au motif que celui-ci avait *« l'apparence du mariage »*[68]. Le fait qu'une vie stable et continue entre gens de même sexe puisse désormais être qualifiée de *« concubinage »* forme un premier obstacle, que l'on retrouve dans le pacte civil de solidarité[69], à la prise en compte de cette union pour établir la filiation paternelle.

On pourrait toutefois surmonter la difficulté en instituant une présomption de paternité qui ne s'appliquerait qu'en présence d'un couple hétérosexuel. Cette présomption serait fondée sur l'existence d'une réelle communauté de vie entre le présumé père et la mère de l'enfant, communauté de vie qui rend très probable la paternité du concubin et qui fait déjà partie de la définition même du concubinage – la stabilité et la continuité des rapports en sont la caractéristique essentielle –. Ce dernier constitue d'ailleurs, bien souvent, une étape vers le mariage. Et la vie quotidienne des concubins notoires est finalement très proche de celle des conjoints.

Mais se pose alors un autre problème : celui de la preuve de l'union des parents.

Lorsque ceux-ci sont mariés, ils sont légalement liés, ce qui permet à l'Etat d'exercer un contrôle sur la réalité de ce lien, et ce même en l'absence d'enfant. Hors mariage, si les rapports entre l'enfant et ses parents sont encadrés, aucune instance ne se

---

[68] Cass., sociale, 11 juil. 1989, *JCP* G, 1990, II-21553, note MEUNIER ; Cass., civ. 3ème, 17 déc. 1997, *JCP* G, 1998, II-10093, note DJIGO. La jurisprudence administrative était également en ce sens : CE, 4 mai 2001, *Dr. fam.*, 2001, comm. 68, note H. LECUYER.

[69] Cf. c. civ., art. 515-1, définissant le PACS comme *« un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »*.

préoccupe de savoir si les concubins sont toujours ensemble ou s'ils sont séparés. Le Code civil n'instaure aucune modalité particulière pour prouver le concubinage ni aucune réglementation propre à y mettre un terme. Il en résulte qu'aucun contrôle n'existe quant à la réalité des liens avancés par ceux qui se prétendent concubins. La seule hypothèse d'un constat de séparation par une autorité (juridictionnelle) sera celle de la présence d'enfants communs posant le problème de l'exercice de l'autorité parentale lorsque les parents ne vivent plus ensemble[70]. C'est donc seulement par l'intermédiaire des enfants, et seulement pour résoudre des cas particuliers, qu'une autorité s'intéressera au mode de vie des concubins.

L'absence de preuve préconstituée, à l'image de l'acte de mariage, rend nécessairement plus difficile l'établissement de la paternité. C'est sur ce fondement que la Commission européenne des droits de l'Homme, dans l'affaire *« De Mot »*[71], a refusé de qualifier de discriminatoire la différence de traitement existant entre l'homme marié à la mère d'un enfant et celui qui ne l'est pas, quant à l'établissement de leur paternité. Elle a considéré que *« l'absence de liens de mariage entre la mère célibataire et le père* [prétendu] *nécessite une procédure formelle pour établir la paternité »*. A ce titre, *« la démarche formelle de la reconnaissance volontaire* […] *ou, à défaut d'une telle reconnaissance, la constatation judiciaire de la paternité constituent des exigences normales et raisonnables »*.

L'exception à l'égalité de tous les enfants, que constitue l'application d'une présomption de paternité au seul mari de la mère, ne met pas tellement en cause les rapports de l'enfant avec ses parents, mais les rapports de ces derniers l'un à l'égard de l'autre : c'est l'absence de lien officiellement reconnu entre les père et mère non mariés qui impose, en matière de filiation, une organisation différente de l'établissement du lien paternel.

Pour pouvoir établir une présomption de paternité en dehors de l'union conjugale, il faudrait pouvoir présumer l'identité du père non marié par un acte juridique officiel, ce qui signifie organiser légalement une preuve efficace et préalable du concubinage. Techniquement, une telle construction ne serait pas impossible. En effet, il existe déjà un contrat enregistrant la vie commune en dehors de l'institution matrimoniale : il s'agit du pacte civil de solidarité. Mais si celui-ci fait l'objet d'une déclaration inscrite sur un registre officiel[72], il ne saurait être assimilé à l'union conjugale, puisqu'il a seulement pour objet l'organisation matérielle[73] d'une *« vie commune »*[74].

---

[70] Cf. c. civ., art. 373-2 et suiv., art. 373-2-6 et suiv.

[71] Comm. EDH, 13 mai 1986, *« Lucie Marie De Mot et autres contre Belgique »*, requête n°10961/84, *Décisions et rapports*, n°47, sept. 1986, p. 214.

[72] Cf. c. civ., art. 515-3.

[73] Cf. c. civ., art. 515-4 à 515-6. L'art. 515-4, al. 1er, modifié par la L. n°2006-728 du 23 juin 2006, énonce que *« les partenaires* […] *s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques »*. A aucun moment il est fait référence à des enfants.

[74] C. civ., art. 515-1. C'est d'ailleurs la raison majeure pour laquelle il peut y être mis fin selon une procédure peu contraignante et beaucoup moins encadrée que celle s'appliquant au divorce (cf.art. 515-7).

S'agissant du concubinage, on pourrait imaginer un acte officiel d'enregistrement dès lors que seraient remplies les conditions énoncées à l'article 515-8 du Code civil. Mais on créerait alors un doublon au mariage, dont la preuve serait juridiquement imposée et les effets sur la filiation seraient identiques, ce qui aurait pour conséquence de réduire l'éventail de choix des formes de vie à deux, et par là même la liberté individuelle, ainsi que de priver de sens cette pluralité qu'autorise et reconnaît actuellement le droit. Comme l'écrit à juste titre Irène THERY, *« une exigence d'égalité abstraite des filiations ne respecterait pas les significations respectives du mariage et du concubinage »*[75].

« Ce qui est possible n'est […] *pas toujours souhaitable »*[76], observait Pierre MURAT à l'occasion d'un colloque organisé en novembre 1999. Le législateur doit opérer des choix, lesquels *« doivent s'inscrire dans une tradition, une histoire »*[77], si nous ne voulons pas que le droit se trouve réduit *« à n'être qu'un instrument de gestion des populations imposé sommairement d'en haut »*[78].

Le droit de la famille s'est construit autour de la singularité du mariage et sur son opposition au concubinage. Instaurer une égalité abstraite des paternités en et hors union matrimoniale aboutirait à une véritable révolution du droit de la famille, qui ne tiendrait plus compte du sens des institutions civiles.

Ainsi que l'exprime la commission présidée par Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, qui était chargée d'un rapport sur la rénovation du droit de la famille aux fins d'une adaptation de celui-ci *« aux réalités et aux aspirations de notre temps »*, *« le mariage* [doit] *continuer à pouvoir se démarquer d'autres formes de conjugalité* […], *sous peine d'affaiblir la signification du lien matrimonial »*[79], laquelle réside notamment dans la venue d'enfants.

B) Le mariage, union de droit étroitement liée à la procréation

Jusqu'à ce que la loi du 15 novembre 1999 consacre, en plus du pacte civil de solidarité, une définition du concubinage – sans toutefois en déterminer une preuve légale – le mariage était la seule organisation de la vie de couple instituée par le droit.

---

[75] I. THERY, « Couple, filiation et parenté aujourd'hui: Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée », rapp. à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, Ed. Odile Jacob/La Documentation française, 1998, p. 173.

[76] P. MURAT, « Vers la fin des filiations légitime et naturelle », *Perspectives de réformes en droit de la famille*, coll. Centre de Droit fondamental, Fac. Grenoble, 26-27 nov. 1999, *Dr. fam.*, déc. 2000, hors-série, chron. 7, p. 41.

[77] Ibid., p. 41.

[78] Ibid., p. 41.

[79] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », rapp. au Garde des Sceaux, La Documentation française, 1999, p. 31.

Aujourd'hui encore, l'union matrimoniale se distingue des autres formes de vie commune par trois caractéristiques essentielles.

Acte de volonté, il est d'abord l'expression d'un consentement, par lequel les époux s'engagent l'un envers l'autre pour l'avenir. Cet engagement fondateur est la différence la plus significative qui sépare le mariage du concubinage, où le consentement des intéressés se manifeste d'une toute autre manière, au jour le jour, par la cohabitation continuée.

De cet acte de volonté, la solennité, et même le rite, sont une dimension très importante. L'engagement conjugal est contracté devant l'officier de l'état civil et, à travers lui, devant la société. En se soumettant au rite, les époux eux-mêmes confèrent à leur union une portée sociale, allant au-delà de leurs personnes et de leur vie privée.

Quant à son contenu, cette promesse qu'ils se font l'un à l'autre est orientée dans deux directions : la communauté de vie, assortie de droits et de devoirs réciproques, qui les unit ; mais aussi l'engagement qu'ils prennent ensemble d'élever leurs enfants à venir.

Nous devons bien avouer que la relation étroite qui existait entre la filiation et l'institution matrimoniale s'est fortement fragilisée depuis que la loi du 11 juillet 1966, en ouvrant l'adoption plénière aux personnes seules, a permis de donner le statut d'*« enfant légitime »* à un enfant sans qu'il soit rattaché à un mariage. Ce mouvement d'autonomie a été accentué par la grande réforme du 3 janvier 1972, qui a posé le principe d'égalité des enfants et instauré une légitimation déconnectée de l'union conjugale. Se sont ajoutées les législations relatives à l'autorité parentale, à la gestion des biens, aux successions et au nom de famille, dont les dernières versions ont unifié les règles en ces matières. Enfin, l'ordonnance du 4 juillet 2005, unifiant autant que faire se peut les filiations en et hors union conjugale, a aboli les notions d'*« enfant légitime »* et d'*« enfant naturel »*, ainsi que la légitimation, une telle institution ne se justifiant plus au regard de l'égalisation des règles intéressant la filiation.

Par ailleurs, le droit positif n'ignore pas les unions conjugales sans procréation. Il leur reconnaît la même dignité qu'aux autres. Et il est évident que l'absence de lien matrimonial n'empêche pas la conception d'un enfant, la physiologie de la procréation naturelle[80] étant identique, que les géniteurs soient mariés ou non : d'un point de vue strictement physiologique, la procréation *« ne dépend pas du mariage »*[81].

« Mais le Code civil n'est pas un traité de biologie ! C'est une norme d'institutions qui se veulent praticables. Leur réalisme ne se nourrit de principe qu'à partir d'un donné social effectif. Ce donné social permet-il réellement à la loi d'égaliser la situation de l'enfant né de la structure d'accueil du mariage et celle de l'enfant à qui

[80] Par opposition à la procréation médicalement assistée.

[81] R. SAVATIER, « Le projet de loi sur la filiation : mystique ou réalisme? Filiation naturelle et filiation légitime », *JCP* G, 1971, I-2400.

ses parents ont refusé cette structure ? Les parents de l'enfant légitime ont volontairement, par le mariage, rendu sa filiation publique et l'ont entourée d'engagements. Double sécurité que les parents naturels refusent à leur enfant. L'illusion consiste à ne pas voir ce qu'est le mariage, imaginé comme une création artificielle du législateur, une sorte de bienséant permis d'accouplement ! La vraie nature du mariage le définit comme un double engagement public et libre, non seulement de chaque époux envers l'autre, mais de tous deux envers les enfants à naître éventuellement d'eux. D'avance, cet engagement leur prépare une structure d'accueil. Or il n'est pas au pouvoir de l'autorité du législateur d'organiser, à sa guise, chez les parents qui ne se seront pas mariés, cette structure d'accueil. Les engagements du mariage ne se conçoivent que librement donnés. En dehors de ce mariage, la loi ne peut qu'ébaucher d'inégales institutions de remplacement, pour les enfants naturels ».

Ainsi s'exprimait René SAVATIER à la veille de la loi du 3 janvier 1972[82]. Et on ne saurait, à l'heure actuelle, malgré les nombreuses réformes tendant à égaliser toujours plus les filiations au point de ne plus les distinguer dans leur dénomination, lui donner totalement tort. En effet, le mariage demeure lié, ne serait-ce que de manière résiduelle, à la procréation, car il porte en lui les enfants. Le projet d'engendrement en est un des éléments fondamentaux, tant dans la définition doctrinale que dans l'acceptation populaire : le mariage désigne l'union de l'homme et de la femme en vue d'avoir des enfants. Ce n'est pas la loi qui le dit ; il n'existe d'ailleurs aucune définition légale.

Ainsi que l'observe Gérard CORNU, c'est plus *« dans les espoirs et les vœux, les consciences et les mentalités, les idéaux »*[83] que le rapport entre mariage et procréation existe, *« et aussi largement, soyons sincères, dans la réalité »*[84]. Lorsque deux personnes s'épousent, il est rare qu'elles n'éprouvent pas un désir réel d'engendrement. Alors que la grande majorité des gens qui se marient forment le projet de concevoir des enfants, on ne rencontre pas obligatoirement une telle intention chez les concubins.

Le constat s'impose : *« la procréation est* […] *l'une des fins naturelles du mariage »*[85]. Socialement, l'institution trouve sa justification *« dans la création d'une famille nouvelle et l'accueil des enfants futurs »*[86].

C'est pour cette raison que la question de l'union conjugale ne s'est jamais réduite à celle du couple, mais amène à s'interroger sur la filiation. CARBONNIER le déclarait lui-même dans une conférence donnée, le 1er avril 1994, à l'Ecole Nationale de la Magistrature : *« Le cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité »*, rappelant que cette union a d'abord été le pivot de la construction sociale de la famille et de la parenté. C'est à partir de l'institution du mariage, union authentifiée

[82] Ibid.
[83] G. CORNU, « Droit-civil : La famille », Montchrestien, 2003, p. 274.
[84] Ibid., p. 274.
[85] A. BENABENT, « Droit civil : La famille », Juris-Classeur Litec, 2003, p. 28.
[86] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille... », rapp., op. cit. note 79, p. 111.

par l'échange public du consentement des époux, union indissoluble sauf exception[87], que notre culture a, au cours des siècles, progressivement édifié une définition de la famille et un système de représentation inscrivant chacun dans la symbolique de la parenté.

Certes, avec l'augmentation des naissances hors mariage et la reconnaissance des familles constituées en dehors de ce lien, le centre de gravité semble s'être déplacé pour devenir l'enfant, la filiation constituant aujourd'hui une donnée plus stable si l'on considère le nombre croissant de séparations et de divorces. Toutefois ce phénomène ne doit pas nous faire oublier que c'est l'institution matrimoniale qui est à l'origine de la construction du droit de la famille, que c'est au regard des parents mariés que l'on a dans un premier temps organisé les règles relatives à la filiation, et que c'est celle s'inscrivant dans cette union qui a bien souvent servi de modèle à la règlementation de la filiation hors mariage.

« La présomption de paternité continue de battre au cœur du mariage »[88]. Et une totale neutralité de ce dernier en matière de filiation *« n'est sans doute pas souhaitable »*[89], car *« avec le mariage, c'est un règlement global de la vie en couple qui est choisi »*[90]. Cette conception explique pourquoi la présomption n'existe qu'en présence d'une union matrimoniale célébrée entre les père et mère de l'enfant, et pourquoi elle mérite d'être maintenue.

L'institution d'une égalité absolue nécessiterait soit la suppression de la présomption de paternité, soit son extension au concubin. Mais aucune de ces solutions ne semble opportune.

Premièrement, il y a bien des avantages à maintenir la présomption de paternité dès lors qu'elle ne charrie plus avec elle le poids d'une politique législative qui faisait du mariage, en tant que moyen de cohésion de la famille et, au-delà, de la société tout entière, la seule union qui soit digne d'intérêt. Aujourd'hui fondée sur la forte probabilité de la paternité du mari, la règle posée à l'article 312 du Code civil apporte une simplicité de preuve tout en contribuant à conserver un sens au mariage en ne réduisant pas l'institution à n'être qu'une cérémonie municipale. Son abolition *« équivaudrait à une négation symbolique de la volonté d'union proclamée officiellement »*[91] par les époux, et *« risquerait d'être davantage perçue comme une marque d'hostilité à l'égard de l'institution matrimoniale que comme un geste d'égalité*

---

[87] Le divorce n'a pas toujours été légalement autorisé, et lorsqu'il est permis, il demeure encadré par des conditions de fond et de forme, bien que ces dernières aient été grandement assouplies depuis la L. n°75-617 du 11 juil. 1975, et surtout avec la L. n° 2004-439 du 26 mai 2004.

[88] P. MURAT, « Vers la fin des filiations légitime et naturelle », op. cit. note 76, p. 43.

[89] Ibid., p. 43.

[90] Ibid., p. 43.

[91] P. MURAT, « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », op. cit. note 4, p 7.

en faveur des enfants »[92]. *« L'égalité des filiations n'a pas vocation à l'emporter sur la nature des institutions »*[93].

Deuxièmement, il n'est pas non plus souhaitable d'appliquer une présomption de paternité au concubin de la mère, et ce pour à peu près les mêmes motifs que ceux militant en faveur du maintien de la présomption à l'égard du mari. En effet, si celle-ci n'existe que dans le mariage, c'est parce que celui-ci est profondément lié à l'idée d'engendrement et que sa constatation officielle, dans des conditions de fond et de forme légalement fixées et destinées à garantir la liberté de choix de chacun des époux, autorise une certaine automaticité dans l'établissement du lien paternel, automaticité que ne permet pas le concubinage et *a fortiori* toute union existant en dehors de l'institution conjugale[94].

Le maintien de la distinction dans l'établissement de la paternité permet d'*« affirmer que le droit offre des voies où l'établissement des liens familiaux est pensé par avance dans sa globalité : c'est un point fort du sens civil de l'engagement matrimonial »*[95], dont les effets ne doivent pas systématiquement, et au nom d'une conception totalement abstraite de l'égalité des enfants, être chassés du droit de la filiation. On ne saurait donc fustiger les textes de prévoir des modes principaux d'établissement du lien paternel différents, à savoir la présomption de paternité en présence d'un mariage, la reconnaissance dans les autres cas.

Section II : La reconnaissance : mode principal d'établissement de la paternité hors mariage

En raison du caractère intime de la conception, la paternité est *a priori* incertaine. Dès lors, bien des systèmes sont envisageables pour établir celle-ci. L'article 316 du Code civil prévoit, en son premier alinéa, qu'à défaut de présomption de paternité applicable, le lien de filiation peut être établi par une reconnaissance.

Il semble que, lorsque aucune situation juridique particulière ne permet de présumer l'existence d'un lien génétique entre un homme et un enfant, le meilleur moyen de faire apparaître, hors contentieux, le lien paternel, soit la reconnaissance.

D'une part, il s'agit d'un acte authentique par lequel une personne, tout en sachant que cela aura pour effet d'établir le lien de filiation (avec toutes les conséquences que

---

[92] Ibid., p. 7.

[93] Ibid., p. 7.

[94] Bien qu'il soit exigé la désignation du mari en qualité de père dans l'acte de naissance de l'enfant (ou l'existence d'une possession d'état : cf. c. civ., art. 314), cela n'enlève rien à l'automaticité de la présomption qui continue d'exister dans une certaine mesure, dans le sens que la désignation est une condition peu contraignante.

[95] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille... », rapp., op. cit. note 79, p. 31.

cela emporte en termes de droits mais surtout de devoirs), déclare volontairement être l'auteur d'un enfant.

D'autre part, l'acte peut être contesté au regard de la vérité biologique.

L'on retrouve ainsi les mêmes éléments que pour l'établissement de la paternité du mari, à savoir la volonté d'être père en même temps que la nécessité, pour le lien établi, d'être conforme à un certain réalisme (§ I).

Il demeure toutefois une différence importante, en ce que seul l'homme non marié se voit obligé, s'il désire établir sa paternité, d'accomplir personnellement les formalités de la reconnaissance. Et ce, que l'enfant ait été procréé avec ou sans assistance médicale (§ II)

§ I Une manifestation de volonté encadrée par la probabilité du lien reconnu

La reconnaissance est l'acte volontaire par lequel un individu déclare être l'auteur d'un enfant et vouloir établir le lien de filiation correspondant. La reconnaissance ne crée pas le lien de filiation, elle le déclare[96]. Au lien de fait qui préexiste et qu'elle ne constitue pas, elle donne seulement mode de preuve, un *« établissement légal »*. Elle a une valeur déclarative : elle reconnaît ce qui est. C'est en ce sens que l'on dit que la reconnaissance n'est pas un acte constitutif, mais déclaratif de filiation.

C'est aussi un acte juridique en ce qu'il procède de la volonté de son auteur à l'origine du lien juridique : c'est un acte générateur d'effets de droit qui ont été sciemment et intentionnellement recherchés par son auteur. C'est un engagement.

Devant l'importance des effets de la reconnaissance, à savoir l'établissement du lien de filiation avec toutes les conséquences qui en découlent, le droit a instauré des règles destinées à garantir la volonté de celui qui l'effectue (A).

Mais comme l'acte est censé porter sur un fait antérieur qui a réellement eu lieu, à savoir la conception de l'enfant par l'auteur de la reconnaissance, il a en réalité pour objet une preuve, ce qui le rapproche à certains égards de l'aveu, sachant que ce qui est avoué doit paraître vraisemblable. En cela, l'auteur d'une reconnaissance n'exprime pas une volonté absolue, mais une volonté limitée (B).

---

[96] Ce sont des considérations que l'on retrouve notamment en droit allemand : *« la reconnaissance ne crée par la paternité mais ne fait que la constater. Il s'agit d'un acte déclaratif, qui constate le lien de filiation préexistant* […] ». E. WERNER, *Juris-Classeur*, Notarial Répertoire, Législation comparée : Allemagne : fasc. 2, 2001, n°83.

A) Les garanties de l'expression de la volonté

On a très tôt admis qu'un homme pouvait reconnaître un enfant qu'il aurait conçu sans être marié avec la mère de cet enfant, sous réserve de l'application de règles particulières. Notamment, avant 1972, il était interdit pour un homme marié de reconnaître un enfant qu'il aurait conçu durant l'union avec une autre femme que son épouse.

Aujourd'hui encore, il est interdit de reconnaître un enfant issu d'un inceste absolu lorsque le lien maternel a déjà été établi[97], car alors la situation d'inceste apparaîtrait officiellement. Signe que pour pouvoir établir un lien de filiation, il y faut une acceptation sociale que la vérité biologique est incapable à surmonter. *« Tout se passe comme si, à la différence du verbe reconnaître, le substantif « reconnaissance » ne se ramenait pas ou ne se ramenait plus à de simples opérations cognitives ressortant du pur domaine des faits mais intégrait toujours un élément moral ou un jugement de valeur »*[98].

Bien avant que la possibilité en soit consacrée par l'ordonnance du 4 juillet 2005, à l'article 316 alinéa 1er du Code civil, on a permis que la reconnaissance intervienne avant la venue au monde de l'enfant, la seule condition étant que celui-ci soit conçu au moment de la reconnaissance[99], ce qu'exige la construction elle-même du terme : *« re-connaissance »*. *« La reconnaissance se tourne vers un élément du passé »*[100], la conception d'un enfant, *« dont il s'agit d'admettre l'existence et d'assumer les suites »*[101]. Dans la même logique, l'article 1594 alinéa 4 du BGB allemand admet de telles reconnaissances, sous réserve que l'enfant existe.

Les magistrats comme la doctrine ont réservé un accueil favorable aux reconnaissances prénatales qui se sont spontanément et rapidement développées, en raison de la sûreté de statut qu'elles procurent à l'enfant. Trois facteurs ont contribué à leur apparition expresse dans les textes.

En premier lieu, l'augmentation de leur fréquence. En second lieu, leur utilité. En effet, *« une reconnaissance prénatale établit la filiation de l'enfant, alors que l'auteur de celui-ci ne sera peut-être plus en mesure de le faire à la date de la naissance. Plusieurs affaires récentes ont montré que l'hypothèse du décès d'un parent en cours de grossesse n'était pas une hypothèse d'école et que l'établissement ultérieur du lien de*

---

[97] C. civ., art. 310-2 : *« S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit »*.
En droit belge, l'établissement du lien de filiation par voie de reconnaissance est également prohibé lorsqu'il a pour effet de faire apparaître entre la mère et le père de l'enfant un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser.

[98] J-P LABORDE, « La reconnaissance », *Mélanges Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, p. 422.

[99] Cass., ch. des requêtes, 11 juil. 1993, *GP*, 1993, 2, p. 522.

[100] J-P LABORDE, « La reconnaissance », op. cit. note 98, p. 425.

[101] Ibid., p. 425.

filiation pouvait être problématique face aux résistances de l'autre branche de la famille de l'enfant, ou même face aux résistances des services de l'Aide sociale à l'enfance »[102]. Enfin, ces reconnaissances présentent une force symbolique en ce qu'elles manifestent, de la part du père, un intérêt précoce pour l'enfant.

Toutefois une telle reconnaissance ne produira effet que si l'enfant naît vivant et viable et est identifié, c'est-à-dire que l'on peut rapprocher l'enfant visé dans l'acte de reconnaissance de l'enfant dont il est établi l'acte de naissance, ce qui est loin d'être évident lorsque la mère a accouché *« sous X »*[103].

Les reconnaissances posthumes, quant à elles, sont considérées comme valables par la jurisprudence[104], même en l'absence d'une descendance. Cette solution n'est pas sans soulever des critiques, la doctrine suspectant l'auteur de la reconnaissance de rechercher le plus souvent un bénéfice matériel, tel le recueil de la succession de l'enfant[105]. Mais les mobiles n'entrant pas en ligne de compte pour être admis à reconnaître un enfant, il n'existe aucune disposition légale condamnant la position des juges.

La reconnaissance peut être *« faite dans l'acte de naissance »*[106]. En déclarant la naissance de l'enfant, celui qui se considère comme le père peut, dans le même temps, le reconnaître en précisant que cet enfant est issu de lui.

L'établissement de la paternité résulte alors, non pas de l'acte de naissance qui a été dressé, cet acte venant seulement constater la naissance, mais de la reconnaissance qui s'y trouve incluse. La règle s'explique par le fait que pratiquement n'importe qui peut venir déclarer la naissance d'un enfant à l'état civil[107]. On pourrait imaginer la mère d'un enfant qui accomplirait cette démarche tout en désignant un tel comme étant le père : si le lien paternel était établi sur cette seule indication, on créerait alors une sorte de présomption de paternité dont l'application dépendrait entièrement de la mère et serait donc totalement injustifiée (contrairement à la présomption existant en mariage).

L'article 316 alinéa 3 du Code civil admet aussi la reconnaissance par acte séparé, mais à la condition que ce dernier présente un caractère *« authentique »*, condition que l'on retrouve en droits belge et allemand[108]. Font notamment partie de cette catégorie : un acte de décès[109], un acte notarié[110], un aveu de paternité judiciairement constaté[111]. En sont en revanche exclus un testament olographe, même s'il y a eu dépôt de celui-ci

---

[102] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille... », rapp., op. cit. note 79, p. 46.

[103] V. *infra*, 2ème partie, titre I, chap. II, section II.

[104] Ex. : CA Douai, 24 mai 1858, *D. Sirey*, 1858, 2, p. 535.

[105] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, « Traité de droit civil : La famille : Fondation et vie de la famille » (dir. Jacques GHESTIN), LGDJ, 1993, n°734.

[106] C. civ., art. 316, al. 3. C'est une possibilité que l'on retrouve en droit belge.

[107] Cf. c. civ., art. 56, al. 1.

[108] BGB, art. 1597, al. 1er.

[109] Cass., civ. 1ère, 1er juil. 1981, *D.*, 1982, jurisp., p. 105, note D. HUET-WEILLER.

[110] Tel un testament authentique.

[111] Cass., civ. 1ère, 1er juil. 1981, *GP*, 1982, 1, 258 (2ème espèce), note J. MASSIP.

chez un notaire[112], un acte sous-seing privé même s'il a été reproduit dans un jugement[113], une simple lettre qui aurait été transmise à un avocat.

L'article 62[114] indique que l'acte de reconnaissance doit mentionner *« les prénoms, nom, date de naissance ou, à défaut, âge, lieu de naissance et domicile de l'auteur de la reconnaissance »*, ainsi que *« les date et lieu de naissance, le sexe et les prénoms de l'enfant ou, à défaut, tous renseignements utiles sur la naissance »* (sous réserve que la mère n'ait pas accouché dans l'anonymat). L'acte doit enfin être inscrit sur les registres de l'état civil[115]. La législation belge prévoit aussi une mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant, objet de la reconnaissance.

Le formalisme donne une solennité à la reconnaissance, afin que son auteur ait conscience de la gravité de sa démarche. En effet, *« comment* […] *ne pas craindre qu'un excès de souplesse dans la forme de la reconnaissance compromette la liberté psychologique et l'engagement véritable de celui qui est supposé reconnaître ? »*[116].

Dans le même ordre d'idées, les textes exigent la remise de l'acte à une autorité officielle légalement déterminée. De manière générale, c'est l'officier d'état civil qui reçoit la reconnaissance[117], règle que l'on retrouve à l'article 62 du Code civil belge. Le législateur allemand prévoit que sont également compétents un officier du *Jugendant*[118], un juge ou un notaire. L'article 59 du Code civil français, par renvoi de l'article 62 alinéa 4 du même code, prévoit le cas particulier d'un voyage maritime : celui qui désire reconnaître un enfant devra s'adresser aux *« officiers instrumentaires désignés »* dans cet article[119] *« et dans les formes qui y sont indiquées »*.

Enfin, dans le but de s'assurer que l'auteur de la reconnaissance a bien compris ce qu'il faisait, il est prévu une information, en particulier sur ce en quoi consiste l'autorité parentale par une lecture des articles 371-1[120] et 371-2[121] du Code civil[122].

---

[112] Cass., civ. 1ère, 2 fév. 1977, *Bull. Civ.*, I, n°63.

[113] Cass., civ. 1ère, 23 mars 1994, *Bull. Civ.*, I, n°106.

[114] C. civ., art. 62, al. 1 et 2.

[115] Cf. c. civ., art. 62, al. 3.

[116] J-P LABORDE, « La reconnaissance », op. cit. note 98, p. 432.

[117] C. civ., art. 316, al. 3.

[118] Office de protection de la jeunesse.

[119] C. civ., art. 59, al. 3 : *« Cet acte sera rédigé, savoir : sur les bâtiments de l'Etat, par l'officier du commissariat de la marine ou, à son défaut, par le commandant ou celui qui en remplit les fonctions ; et sur les autres bâtiments, par le capitaine, maître ou patron, ou par celui qui en remplit les fonctions »*.

[120] C. civ., art. 371-1 : *« L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »*.

[121] C. civ., art. 371-2 : *« Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur »*.

Pour autant cette solennité ne semble pas suffisante au regard de certains auteurs, pour qui il y aurait *« un écart extrêmement grand, aujourd'hui, entre les attentes à l'égard de ce que devrait être l'acte de reconnaissance d'un enfant, tel qu'il est pensé souvent par les individus qui le font, comme un acte symbolique, entraînant des droits et des devoirs, inscrivant l'enfant dans la chaîne des générations, et la réalité très « administrative » de cet acte »*[123]. Il est notamment proposé de ritualiser l'acte de la reconnaissance[124] ou, à tout le moins, d'imposer que les reconnaissances soient reçues par les officiers de l'état civil eux–mêmes et qu'aucune délégation de pouvoir ne soit possible.

« Pour symboliquement forte qu'elle soit, la proposition paraît cependant se heurter aux réalités de l'état civil. La recherche de sens symbolique ne doit surtout pas provoquer un effet opposé à celui qui est recherché : il ne faudrait pas que l'établissement d'une reconnaissance soit soumis à des contraintes telles (possibilités horaires limitées par exemple) que certains individus se trouvent en définitive dissuadés de reconnaître »[125]. Est ici évoquée la *« tension entre deux vues différentes »*[126] dont parle Jean-Pierre LABORDE : *« l'importance de la reconnaissance* […] *d'un lien juridique nouveau dans le cas de la reconnaissance de paternité ou de maternité peut incliner à exiger la solennité mais à l'inverse l'utilité pratique d'une telle reconnaissance pousse au contraire à en faciliter la réalisation »*[127].

Afin de s'assurer que ce qui est déclaré est bien la volonté de celui à l'égard de qui le lien paternel sera établi, la reconnaissance n'est admise que si elle émane de cet homme[128] : c'est un acte strictement personnel qui ne souffre pas la représentation, et elle ne produit effet qu'à son égard. C'est ce qui résulte de la lecture de l'article 316 alinéa 2 du Code civil[129].

Communément avec la Suisse et le Luxembourg[130], les textes français n'imposent pas l'autorisation de la mère ou de l'enfant, ni même une quelconque intervention de

---

[122] C. civ., art. 62, dernier al. : *« Lors de l'établissement de l'acte de reconnaissance, il sera fait lecture à son auteur des articles 371-1 et 371-2 »*.

[123] I. THERY, « Spécificité du lien familial et processus démocratique, les raisons d'un impensé », *La famille, le lien et la norme*, op. cit. note 31, p. 107.

[124] Ibid., p. 107.

[125] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille... », rapp., op. cit. note 79, p. 36.

[126] J-P LABORDE, « La reconnaissance », op. cit. note 98, p. 431.

[127] Ibid., p. 431.

[128] Les lois belges et françaises ont sur ce point la même position, ce qui les distingue de la législation allemande. Cette dernière soumet l'efficacité de la reconnaissance à la pleine capacité d'exercice. Il en résulte que l'homme qui a une capacité restreinte doit être assisté de son représentant légal pour reconnaître valablement un enfant. Dans le cas où il est dépourvu de toute capacité d'exercice, c'est son représentant qui effectue la reconnaissance avec l'autorisation du tribunal des tutelles.

[129] C. civ., art. 316, al. 2 : *« La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur »*.

[130] Le droit luxembourgeois réserve toutefois le cas où l'enfant a été conçu à l'occasion de violences commises sur la mère : le consentement de cette dernière est alors indispensable pour que l'auteur de puisse le reconnaître (c. civ. luxembourgeois, art. 335, al. 2).

leur part. La reconnaissance relève de la seule volonté de l'auteur de l'acte. Ce n'est pas la politique majoritairement adoptée en Europe. Aux Pays-Bas et en Italie, il est exigé le consentement de la mère lorsque l'enfant a moins de 16 ans, le consentement de ce dernier au-delà. En Espagne, celui qui désire reconnaître un enfant doit avoir obtenu l'autorisation de la mère ou d'une autorité judiciaire. En Grèce, c'est le consentement de la mère qui est requis, tandis que, au Portugal, c'est celui de l'enfant majeur ou émancipé. En Allemagne enfin, c'est la mère qui consent en son nom propre (éventuellement avec l'accord de son ou ses représentant(s) légal(aux) en cas de capacité restreinte ou de minorité), sauf si elle a été déchue de l'autorité parentale ou si l'enfant est majeur, en quels cas c'est lui qui doit consentir[131]. Il est généralement prévu une possibilité de recours face au refus opposé par la mère ou l'enfant. La France a failli consacrer une règle similaire lors de la rédaction du Code Napoléon.

La section de législation avait en effet proposé l'énoncé suivant : *« Toute reconnaissance du père seul, non avouée à la mère, sera de nul effet, tant à l'égard du père que de la mère »*. Autrement dit, la reconnaissance effectuée par celui qui se prétend le père de l'enfant était inefficace, tant à l'égard de la mère que de lui-même, dès lors qu'il y manquait l'aveu auprès de la mère. Par suite de la discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat, au cours de la séance du 26 brumaire An X, la formulation de la règle fut remplacée par celle-ci : *« La reconnaissance du père, si elle est désavouée par la mère, sera de nul effet »*. Mais par faveur pour la reconnaissance, un nouveau débat, lors de la séance du 29 fructidor An X, eut pour conséquence de substituer à ce texte celui qui suit : *« La reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu »*.

Finalement, et sans que l'on trouve dans les travaux préparatoires le motif d'une telle modification, le contenu de la disposition fut remplacé par celui qui figurait, avant la réforme de juillet 2005, à l'article 336 du Code civil, à savoir : *« La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père »*. Au-delà de l'incident de rédaction – qui donnera lieu à une interprétation jurisprudentielle pour le moins audacieux[132] – l'objectif des rédacteurs était de préciser que, même non confirmée par l'aveu de la mère, la reconnaissance effectuée par un homme établit le lien de filiation entre lui et l'enfant.

Enfin, dans le but de s'assurer que l'auteur de la reconnaissance a bien compris ce qu'il faisait, il est prévu une information, en particulier sur ce en quoi consiste l'autorité parentale par une lecture des articles 371-1[133] et 371-2[134] du Code civil[135].

---

[131] BGB, art. 1595, al. 1 et 2.

[132] Cf. cass., civ., 25 juin 1877, *« Lambert contre Ferlet »*, H. CAPITANT, Y. LEQUETTE et F. TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », op. cit. note 13, p. p. 239-245. Les juges ont déduit, d'une interprétation *a contrario* de l'art. 336, que la reconnaissance paternelle avec indication du nom et aveu de la mère établissait la maternité de celle-ci. V. *infra*, chap. suiv.

[133] C. civ., art. 371-1 : *« L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son*

Le caractère à la fois volontaire et personnel des reconnaissances est source d'insécurité, du fait des reconnaissances de complaisance qu'il autorise, en l'absence de contrôle *a priori*. Cependant, il ne faudrait pas en conclure que n'importe qui peut reconnaître un enfant. Le lien établi doit paraître vraisemblable, d'autant qu'un contrôle *a posteriori* peut parfois être exercé.

B) Les garanties d'un aveu réaliste

Dans son article publié en 1902[136], Ambroise COLIN propose deux conceptions de la reconnaissance d'un lien de filiation en l'absence de mariage : la reconnaissance en tant que mode de preuve, la reconnaissance en tant qu'acte de volonté.

En tant que mode de preuve, la reconnaissance se rapprocherait de l'aveu. Elle constituerait la simple constatation d'un fait. Et c'est ce qui expliquerait pourquoi les effets de la filiation, une fois celle-ci établie, remontent au jour de la naissance.

En tant qu'acte de volonté, la reconnaissance serait en elle-même génératrice d'obligations.

Cependant, l'auteur reconnaît que *« l'aveu, lui aussi* […], *joue* […], *à beaucoup d'égards, le rôle d'un acte de volonté »*[137]. Il distingue alors entre : l'*« aveu-confession »*[138] qui intervient en matière répressive et qui est traité comme un mode de preuve ; et l'*« aveu-admission »*[139] que l'on rencontre devant les juridictions civiles et qui a pour signification, non pas la reconnaissance d'un fait, mais la volonté de s'engager. Selon lui, c'est cette deuxième approche qui doit être retenue, car *« il est impossible de faire une démonstration directe » « du fait de la paternité »*[140]. Reprenant une phrase du tribun LAHARY, il écrit : *« La nature, sur ce point, n'a fait même à la femme que des demi-confidences »*[141]. Partant de ce constat, le législateur ne pouvait que parvenir à la conclusion suivante : entre le père et ses enfants, aucun lien ne peut être établi que par la volonté de l'homme.

---

développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ».

[134] C. civ., art. 371-2 : *« Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur ».*

[135] C. civ., art. 62, dernier al. : *« Lors de l'établissement de l'acte de reconnaissance, il sera fait lecture à son auteur des articles 371-1 et 371-2 ».*

[136] A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », op. cit. note 6, p.p. 257-300.

[137] Ibid., p. 274.

[138] Ibid., p. 275.

[139] Ibid., p. 275.

[140] Ibid., p. 283.

[141] Ibid., p. 283.

Et c'est bien ce qui semblait se dégager des règles instituées à une époque où la science ne permettait pas encore de se prononcer sur la paternité biologique.

Parmi celles-ci figurait la diminution de droits frappant les enfants hors mariage, lesquels ne pouvaient prétendre à une égalité avec les enfants issus de l'union conjugale de leur père. Or, comme l'énonce parfaitement Ambroise COLIN, si la reconnaissance effectuée au cours de l'union matrimoniale ne pouvait remettre en cause l'engagement précédemment et implicitement pris par l'auteur de la reconnaissance, en se mariant, de ne pas porter atteinte aux droits auxquels son épouse et leurs enfants communs pouvaient prétendre du fait de l'union conjugale, c'est que l'on était bien en présence d'un acte de volonté[142].

Mais dès l'instant que l'on reconnaît, comme c'est le cas depuis 1972, les mêmes droits aux enfants hors mariage dont la filiation est établie qu'aux enfants inscrits dans cette union légale, droits qui, par conséquent, sont susceptibles de porter atteinte aux avantages résultant, pour le conjoint et les enfants anciennement dits *« légitimes »*, du mariage, on ne peut qu'en déduire, si on suit le raisonnement de COLIN, qu'il ne s'agit plus d'une reconnaissance-admission, autrement dit d'un acte de volonté, puisque les droits de l'enfant non issu de l'union conjugale (sous réserve que cet enfant ait été reconnu) ne fléchissent plus devant l'engagement contracté après sa naissance par l'auteur de la reconnaissance envers une tierce personne.

Afin d'asseoir un peu plus sa théorie, le juriste tient aussi le raisonnement suivant : *« Si notre loi, lorsqu'il s'agit de la filiation naturelle, avait envisagé la reconnaissance volontaire du père comme un mode de démonstration, et qu'elle l'eût considérée comme le seul d'où résulte quelque certitude, elle se fût par trop mise en contradiction avec le bon sens et la vérité. Et, en effet, si la reconnaissance paternelle est un aveu* […]*, une confession, il y a tant d'autres modes de preuve d'où résulte une confession de valeur égale ou même supérieure, les écrits privés par exemple, si on les suppose réitérés et formels, ou mieux encore la possession d'état !. Nous préférons croire que la loi, lorsqu'il s'agit de la paternité naturelle, a écarté toute preuve quelconque, qu'elle a abandonné complètement le système de la reconnaissance-confession pour s'en tenir à celui de la reconnaissance-admission ou de l'acte de volonté »*[143].

---

[142] L'auteur l'énonce lui-même en ces termes : *« Si la reconnaissance* [intervenue au cours du mariage] *n'est que la constatation d'un fait duquel découlent tous les droits de l'enfant naturel, comment faire fléchir ces droits devant un contrat passé, depuis, avec un tiers ?* […] *Dans le système de la reconnaissance-confession,* […] *c'est l'enfant naturel (qu'il faut nécessairement supposer conçu avant le mariage) qui* […] *se trouve posséder des droits acquis auxquels le mariage futur de son auteur ne saurait porter atteinte.* […] *Avec l'idée de la reconnaissance-admission* […]*, on pourra considérer qu'en se mariant, chaque conjoint a contracté envers l'autre l'engagement implicite de ne point porter atteinte, par un acte ultérieur de sa volonté, aux avantages que lui ou ses enfants légitimes à naître attendent du mariage »*. Ibid., p.p. 278-279.

[143] Ibid., p. 291.

Le raisonnement valait d'autant plus que, auparavant, il était interdit d'agir en justice afin d'établir la paternité hors mariage. Cependant, la loi faisait exception lorsqu'il y avait eu enlèvement ou viol de la mère, ce qui, déjà, était quelque peu contradictoire avec la thèse défendue par Ambroise COLIN.

Et nous savons que, depuis la loi du 16 novembre 1912, cette action est rendue possible. Certes, elle était au début très encadrée. Mais il n'en reste pas moins qu'un homme non marié pouvait voir sa paternité établie contre son gré. En outre, parmi les cas d'ouverture limitativement énumérés dans la première version de l'article 340 du Code civil, celui *« des lettres ou autre écrit émanant du père prétendu, propres à établir la paternité d'une manière non équivoque »* fait penser aux écrits privés réitérés et formels dont parle Ambroise COLIN.

Quant à la possession d'état, elle pouvait non seulement être utile à l'engagement de l'action de l'article 340, mais elle est devenue un mode autonome d'établissement de la filiation paternelle. L'argument de l'auteur ne tient donc plus.

Par ailleurs, dès 1912, on commence à percevoir, à travers les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité, un souci de vraisemblance dans le droit de la filiation qui vient concurrencer l'idée de volonté. Si l'action était permise, c'est que dans de telles hypothèses la paternité était fortement probable. Et si elle n'existait pas en dehors de ces situations biens définies, c'est parce que le droit ne disposant pas des moyens scientifiques propres à établir avec certitude qu'un tel est ou n'est pas le géniteur, il était nécessaire de ne permettre l'établissement forcé de la paternité que lorsque celle-ci paraissait vraie.

Avec l'avancée de la génétique, une libéralisation de l'action en recherche s'imposait logiquement, ce que fit la loi du 8 janvier 1993. Cependant l'article 340, dans sa nouvelle rédaction, exigeait, pour la recevabilité de l'action, des présomptions ou indices graves[144]. Peu à peu abandonnée par la pratique jurisprudentielle, cette exigence a aujourd'hui disparu de nos textes, puisque l'article 327 du Code civil se contente d'énoncer en son alinéa 1er que *« la paternité peut être judiciairement déclarée »*. Il suffira au demandeur de rapporter la preuve que celui qu'il désigne comme étant son père est bien son géniteur.

On doit toutefois reconnaître que la volonté est présente dans l'acte de reconnaissance, puisque l'homme non marié peut décider de s'abstenir. Seulement, il s'exposera à l'exercice d'une action en recherche de paternité.

Autre preuve que l'établissement légal du lien de filiation paternelle ne résulte pas uniquement de la volonté mais dans une certaine mesure de la vraisemblance de la paternité : le fait que la simple dénégation, même formulée en accord avec la mère, est

[144] C. civ., art. 340 (L. n°93-22 du 8 janv. 1993) : *« La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. La preuve ne peut en être rapportée que s'il existe des présomptions ou indices graves »*.

insuffisante à faire tomber la reconnaissance paternelle. Expressément énoncée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 juin 1992[145], la solution figure implicitement à l'article 332 alinéa 2 du Code civil, qui exige que soit rapportée *« la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père »*.

Enfin la loi ouvre la possibilité, aux articles 332 alinéa 2 et 336 du Code civil, de contester la sincérité de la reconnaissance en rapportant la preuve du caractère mensonger de celle-ci.

Le premier de ces textes dispose : *« la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que* […] *l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père »*, le second : *« la filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable* […] *»*[146]. On peut par exemple envisager que les intéressés aient le même âge ou un âge trop proche pour que l'un ait pu concevoir l'autre[147]. Les juges ont même eu à se prononcer sur des cas où l'auteur de la reconnaissance était plus jeune que celui visé par l'acte[148]. La reconnaissance effectuée par une personne transsexuelle subira un sort identique[149]. Dans de telles hypothèses, le lien établi n'est pas réaliste. Il ne fait aucun doute que le père légal n'est pas le véritable géniteur[150].

Nous ne prétendons pas que les règles exposées suffisent à endiguer le phénomène des reconnaissances mensongères. Celles-ci existent et ne sont pas près de disparaître.

D'ailleurs, elles n'ont pas que des effets négatifs car elles peuvent concerner un enfant dont le géniteur se désintéresse totalement tandis que l'auteur de la reconnaissance partage une vie commune avec la mère et une relation filiale avec l'enfant. L'acte permettra d'officialiser la situation et de simplifier l'organisation de la vie quotidienne, en particulier au regard de l'exercice de l'autorité parentale et des rapports avec les tiers.

---

[145] Cass., civ. 1ère, 16 juin 1992, *Bull. Civ.*, I, n°183.

[146] Le projet de loi de ratification de l'ord. du 4 juil. 2005 (op. cit. note 36) prévoit d'introduire un art. 336-1 afin de préciser la procédure applicable devant l'officier d'état civil au cas où un conflit de paternité s'élèverait : *« Lorsqu'il détient une reconnaissance paternelle prénatale dont les énonciations relatives à son auteur sont contredites par les informations concernant le père que lui communique le déclarant, l'officier de l'état civil compétent en application de l'article 55 établit l'acte de naissance au vu des informations communiquées par le déclarant. Il en avise sans délai le procureur de la République qui élève le conflit de paternité sur le fondement de l'article 336 »*.

[147] L'Instruction générale sur l'état civil n°307 prescrit aux officiers de l'état civil de refuser d'enregistrer les reconnaissances s'il n'y a pas une différence d'âge d'au moins 12 ans entre l'enfant et l'auteur de la reconnaissance.

[148] Cass., civ. 1ère, 16 mars 1999, *D.*, 1999, jurisp., p. 651.

[149] Cass., civ. 1ère, 18 mai 2005, *Bull. Civ.*, I, n°218.

[150] On peut aussi concevoir l'application de la disposition au cas de reconnaissances multiples souscrites par un même individu, dans le but de faire acquérir à des étrangers la nationalité française. Il s'agira ici, pour le procureur de la République, d'invoquer une fraude à la loi sur la nationalité.

Toutefois, les choses ne se déroulent pas toujours aussi bien et il n'est pas du rôle du droit d'encourager les reconnaissances de complaisance, seule l'adoption ayant vocation à créer légalement un lien non biologique.

Comme pour la paternité en mariage, Ambroise COLIN voyait dans l'établissement de la paternité hors mariage un acte de volonté.

Aujourd'hui encore, la reconnaissance manifeste l'acceptation de la création d'un lien juridique avec un enfant, cette création ouvrant un avenir et inscrivant l'enfant dans la généalogie de l'auteur de l'acte. Mais elle constitue dans le même temps l'aveu d'un lien biologique supposé. Elle a donc un effet de *« certification »* en ce que, par la reconnaissance, un homme *« certifie l'existence d'une situation qui le concerne et accepte officiellement qu'elle puisse avoir effet même contre lui »*[151].

L'objectif poursuivi par le législateur, en instituant les règles relatives à la reconnaissance, est de permettre au véritable géniteur, qui ne bénéficie pas de l'application d'une présomption de paternité, de faire reconnaître sa paternité. C'est ce qui justifie que l'époux, bénéficiant d'une telle présomption, ne soit pas légalement admis à reconnaître l'enfant qu'il aurait conçu avec sa femme.

En revanche, la nécessité d'une reconnaissance pour établir la filiation de l'enfant dont la conception résulte d'un procédé technique faisant intervenir un tiers donneur ne s'explique pas, puisqu'il ne s'agit plus ici de faire reconnaître un lien de sang fortement probable, mais d'établir un lien juridique que l'on sait faux d'un point de vue biologique.

§ II Des règles d'établissement de la paternité réservées à l'homme non marié

L'analyse des textes et de leur organisation amène à conclure que la reconnaissance ne concerne pas l'établissement de la paternité s'inscrivant dans l'union conjugale (A).

Or le législateur prévoit, pour établir la filiation en cas de procréation médicalement assistée, l'application des mêmes règles que celles relatives à l'établissement de la filiation résultant d'une procréation sans assistance médicale. Il en résulte une différence de traitement entre le concubin et l'époux, qui ne saurait se justifier dès lors qu'il y a eu intervention d'un tiers donneur (B).

A) L'époux exclu du domaine de la reconnaissance

Avant que ne soit adoptée l'ordonnance du 4 juillet 2005, il a été jugé que la reconnaissance ne constituait pas un mode d'établissement du lien paternel en mariage.

[151] J-P LABORDE, « La reconnaissance », op. cit. note 98, p.p. 432-433.

Les magistrats précisaient que pour obtenir le rétablissement des effets de la présomption de paternité, laquelle avait été écartée en vertu de l'article 313-1 du Code civil, tel qu'il résultait de la loi de 1972[152], l'époux ne disposait que de l'action instituée à l'article 313-2 alinéa 2 ancien du même code[153].

Cette solution se justifiait d'autant plus que, à l'époque et hormis le premier chapitre relatif aux *« dispositions communes »*, la filiation s'inscrivant dans l'union conjugale et celle existant en dehors étaient régies dans deux chapitres distincts, et que le contenu des textes les concernant était différent.

La question est de savoir si, aujourd'hui encore, la solution conserve toute sa valeur, bien que les dispositions relatives à *« l'établissement de la filiation »* aient été réunies dans un même chapitre et que le Code civil ne différencie plus, dans ses intitulés, selon que la filiation est en ou hors mariage[154].

Un premier argument milite en faveur d'une réponse positive : l'action en rétablissement des effets de la présomption de paternité a été maintenue, comme en attestent l'article 315 du Code civil[155], qui prévoit la possibilité d'un tel recours lorsque la présomption a été écartée aux termes de l'article 313 ou de l'article 314 du Code civil, ainsi que l'article 329 du Code civil[156] qui en énonce les conditions. Or, une procédure judiciaire étant beaucoup plus lourde qu'une simple reconnaissance par acte authentique, il ne fait aucun doute que l'action en rétablissement serait délaissée au profit de la reconnaissance.

D'où la question de savoir pourquoi les rédacteurs de l'ordonnance de 2005 auraient conservé la possibilité pour le mari d'agir en rétablissement de la présomption de paternité. Qu'ils l'aient conservée au profit de l'épouse et de l'enfant, cela se conçoit

---

[152] C. civ., art. 313-1 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972, implicitement abrogé par l'ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005) : *« La présomption de paternité est écartée quand l'enfant, inscrit sans l'indication du nom du mari, n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère »*.

[153] C. civ., art. 313-2, al. 2 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972, implicitement abrogé par l'ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005) : *« Chacun des époux peut demander que les effets de la présomption de paternité soient rétablis, en justifiant que, dans la période légale de la conception, une réunion de fait a eu lieu entre eux, qui rend vraisemblable la paternité du mari.* […] *»*.

[154] La doctrine est loin d'être unanime, comme en attestent les diverses tendances qui ont été exprimées lors du coll. sur « La réforme de la filiation » (Centre de droit de la famille Univ. Jean Moulin Lyon III, 8 juin 2006, inédit). Adeline GOUTTENOIRE pense que l'époux de la mère peut reconnaître l'enfant. Pierre MURAT penche en faveur de cette solution, quoique son opinion soit assez partagée. Philippe MALAURIE a dû mal à imaginer un mari allant reconnaître son enfant. Quant à Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, elle considère que la reconnaissance ne constitue pas un mode d'établissement de la filiation paternelle en mariage.

[155] C. civ., art. 315 : *« Lorsque la présomption de paternité est écartée dans les conditions prévues aux articles 313 et 314, ses effets peuvent être rétablis en justice dans les conditions prévues à l'article 329 »*.

[156] C. civ., art. 329 : *« Lorsque la présomption de paternité est écartée en application des articles 313 ou 314, chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père.* […] *»*.

puisque c'est pour eux le seul moyen d'établir le lien paternel lorsque la présomption de paternité a été écartée. Mais pour l'époux qui disposerait de la reconnaissance, l'action de l'article 329 du Code civil ne serait d'aucune opportunité.

Ajoutons qu'une telle action n'existe que pour l'établissement du lien paternel en mariage. En effet, la loi n'instaure aucune action en justice permettant à la mère, qu'elle soit mariée ou non au père, ou à l'homme non marié avec la mère, d'établir volontairement son lien avec l'enfant. Pour parvenir à ce résultat, la seule voie qui leur est offerte (hormis la possession d'état constatée par un acte de notoriété qui est un mode d'établissement commun à tous les liens de filiation) est la reconnaissance.

Comment justifier que l'époux, qui dispose déjà d'une action dans le cas où sa paternité n'aurait pas été établie pour les raisons relevant des articles 313 et 314, puisse également procéder à la reconnaissance ? Pourquoi le mari de la mère bénéficierait-il de deux possibilités, là où les autres personnes désirant faire reconnaître leur maternité ou leur paternité n'en auraient qu'une ? Pour quel motif raisonnable l'époux serait-il favorisé par le droit ?

Certes, on pourrait rétorquer que l'action en justice est plus lourde que la reconnaissance par acte authentique. Mais il est rare que le mari, s'il est bien le géniteur, ait besoin de recourir à la procédure judiciaire parce que la présomption de paternité aura été écartée. En effet, les hypothèses visées aux articles 313 et 314 du Code civil sont majoritairement celles dans lesquelles ce n'est pas l'époux qui a conçu l'enfant dont sa femme est enceinte.

Un autre argument doit être tiré de la lettre et de l'ordonnancement des textes[157]. Mais avant d'exposer l'argument dont il est question, il convient de rappeler cet ordonnancement, afin de mieux appréhender notre raisonnement.

---

[157] La circ. n°CIV/13/06 « de présentation de l'ordonnance n°759-2005 du 4 juillet 2005… » (op. cit. note 54), affirme que les reconnaissances maritales sont permises lorsqu'il est question de rétablir la présomption de paternité du mari qui aurait été écartée par application de l'art. 313 ou de l'art. 314 – elles seraient en revanche interdites dans les autres cas. On ne peut que relever la contradiction de cette interprétation *« téméraire et périlleuse »* (F. GRANET-LAMBRECHTS, « Entrée en vigueur du nouveau droit de la filiation le 1er juillet 2006 : les textes complémentaires de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *AJFam.*, 2006, p. 284) de l'ordonnance avec les termes mêmes des art. 315 et 329 c. civ. Le projet de loi de ratification de l'ordonnance (Rapp. n°770 fait au nom de la commission des lois, 2 avr. 2008, www.legifrance.gouv.fr.) propose d'ajouter à l'art. 315 une phrase aux termes de laquelle : *« Le mari a également la possibilité de reconnaître l'enfant dans les conditions prévues aux articles 316 et 320 »*. Le fait que le projet prévoit d'instituer une telle précision confirme que la possibilité d'une reconnaissance par le mari ne semble pas découler des textes actuellement en vigueur. Ajoutons que si une telle possibilité était retenue, elle ne changerait rien à la circonstance qu'il existe une distinction entre la paternité en mariage et la paternité hors mariage. En effet, la présomption n'est applicable qu'à l'époux et demeure le mode principal d'établissement de sa paternité, tandis que la reconnaissance, si elle était admise, ne serait qu'un mode subsidiaire d'établissement qui n'aurait vocation à s'appliquer que lorsque la présomption aurait été écartée. En dehors de l'union matrimoniale, la reconnaissance continuera de constituer le mode principal d'établissement paisible du lien paternel.

Les dispositions relatives à *« l'établissement de la filiation »* sont englobées dans le même chapitre, lequel se divise en trois sections intéressant *« l'établissement de la filiation par l'effet de la loi »* (section I), *« par la reconnaissance »* (section II) et *« par la possession d'état »* (section III). La *« présomption de paternité »* est inscrite dans la section I (au même titre que la *« désignation de la mère dans l'acte de naissance »*). La reconnaissance fait l'objet de la deuxième section, laquelle débute par l'article 316.

Cet article indique, en son premier alinéa, que la filiation peut être établie *« par une reconnaissance de paternité ou de maternité »*, lorsqu'elle ne l'a pas été *« dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre »*. Or, dans la section visée, il est prévu que le lien paternel, à l'égard du mari, est établi au moyen de la présomption de paternité ou, si celle-ci a été écartée, grâce à l'action en rétablissement de ses effets. Donc, quoi qu'il arrive, si l'époux est bien le géniteur, sa paternité sera établie, ce qui exclut, aux termes de l'article 316 alinéa 1 du Code civil, la possibilité d'une reconnaissance par le mari.

Il n'existe qu'une seule hypothèse dans laquelle le mari ne verra aucun lien établi entre lui et l'enfant *« dans les conditions prévues à la section I »* : c'est celle où il aura été prouvé qu'il n'y a pas de lien génétique entre les intéressés. En effet, les cas où ce lien fait défaut recoupent bien souvent les situations pour lesquelles la présomption de paternité est écartée, ce qui oblige l'époux, s'il désire que les effets de celle-ci soient rétablis, à engager l'action en rétablissement de l'article 329 du Code civil. Or, pour que les magistrats reconnaissent le bien-fondé de l'action, il faut prouver *« que le mari est le père »*. S'il ne l'est pas, les effets de la présomption ne sont pas rétablis, autrement dit, la paternité n'est pas établie. Par contre, si l'époux est le géniteur, les effets de la présomption sont rétablis : il sera juridiquement reconnu comme étant le père de l'enfant.

Enfin, si l'on admettait que le mari de la mère puisse reconnaître l'enfant, on s'exposerait à ouvrir très largement la porte aux fraudes. Imaginons que des conjoints recourent aux services d'une *« mère-porteuse »*, c'est-à-dire d'une femme qui s'engage à porter l'enfant à la place de l'épouse et à remettre celui-ci au couple juste après l'accouchement. Une fois l'enfant né, les époux, ensemble ou séparément, n'auraient plus qu'à reconnaître l'enfant pour que le lien de filiation soit établi. Ils pourraient faire de même avec un enfant qui leur serait totalement étranger d'un point de vue génétique, détournant ainsi les règles de l'adoption. Considérant que la reconnaissance est admise, l'officier d'état civil qui recevrait l'acte ne s'interrogerait pas trop sur la raison pour laquelle il n'y a pas eu application de la présomption de paternité.

Certes, de telles fraudes étaient possibles sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance. En effet, il suffisait qu'un homme marié reconnaisse un enfant non mis au monde par sa femme (autrement dit un enfant né en dehors du mariage, à l'égard duquel la présomption de paternité ne peut donc pas jouer) et abandonné par la mère (qu'il y ait eu ou non convention de *« maternité pour autrui »*), et que son épouse présente une

requête en adoption, les conditions étant plus souples lorsque l'on adopte les enfants de son conjoint. Seulement, une procédure judiciaire demeurant nécessaire, la fraude était souvent décelée.

Si, désormais, on acceptait qu'un homme puisse procéder à la reconnaissance de l'enfant de son épouse, un couple marié pourrait plus facilement recourir à de telles pratiques frauduleuses sans encourir par trop le risque d'être découverts, l'officier d'état civil ne disposant pas des mêmes pouvoirs ni des mêmes moyens d'investigation qu'un magistrat pour s'assurer de la conformité aux dispositions légales. Ce n'est là qu'un argument d'opportunité, mais qui a son poids dès lors que l'on souhaite élever des obstacles aux pratiques qui sont contraires au droit de la filiation dans son ensemble, qui constituent un détournement de la législation sur l'adoption en particulier.

La reconnaissance n'est donc pas un mode d'établissement de la paternité en mariage. Etonnement, le droit applique les mêmes distinctions dans les modes d'établissement du lien paternel, lorsque la procréation de l'enfant a été médicalement assistée et a nécessité l'intervention d'un tiers donneur masculin, alors que la volonté s'exprime déjà à travers le consentement donné au procédé artificiel et que le souci de vérité génétique n'intervient pas.

Il en résulte un établissement de la paternité totalement soumis au bon-vouloir du concubin[158] ou, si celui-ci n'a pas agi, de la mère de l'enfant, soumission que l'on ne retrouve pas lorsque le couple qui recourt à une procréation articifielle est uni maritalement.

B) Le mari distinct du concubin dans la procréation artificielle

La conception d'un enfant nécessite parfois de recourir à une assistance médicale. Une telle procréation ne suscite aucune difficulté en droit de la filiation quand elle est endogène, c'est-à-dire qu'elle n'implique aucun élément génétique extérieur au couple. L'utilisation d'ovocytes appartenant à une personne autre que l'épouse ou la concubine ne devrait pas non plus poser de difficultés dès lors que le droit français, comme la majorité des droits étrangers, affirme que la mère est celle qui accouche et non pas celle qui donne ses gènes à l'enfant[159].

En revanche, la procréation médicalement assistée avec tiers donneur masculin est source de difficultés, la paternité ne pouvant découler d'un fait apparent à l'image de la maternité. Ici, la femme, membre du couple receveur, est inséminée de manière artificielle avec le sperme d'un tiers, qui aura préalablement et anonymement fait don de

---

[158] Nous utilisons volontairement ce terme, l'art. 2141-2 al. 3 CSP exigeant, à l'égard des couples non mariés, la justification *« d'une vie commune d'au moins deux ans »*, autrement dit la preuve de l'existence d'une certaine stabilité du couple. Or il s'agit là d'un élément que l'on retrouve parmi ceux caractérisant le concubinage, tel qu'il est défini à l'art. 515-8 c. civ. (cf. *supra*).

[159] V. *infra*, chap suiv.

ses gamètes. Ce processus implique que le second membre du couple, à savoir le concubin ou l'époux, n'aura pas de lien génétique avec l'enfant qui naîtra.

C'est la raison pour laquelle, lorsque la procréation médicalement assistée nécessite l'intervention d'un tiers donneur, le législateur a instauré, dans le Code civil, le Code de la santé publique et le nouveau Code de procédure civile, de nombreuses précautions afin d'assurer la validité du consentement donné par ceux qui désirent bénéficier d'une telle technique.

Tout d'abord, les prétendants à l'assistance médicale sont dûment informés, notamment quant aux *« conséquences de leur acte au regard de la filiation »*[160], particulièrement *« de l'impossibilité d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don, ou d'agir à l'encontre de celui-ci »*[161], ainsi que *« de l'interdiction d'exercer une action en contestation de filiation ou en réclamation d'état au nom de l'enfant »*[162] – sauf l'un des deux cas expressément prévus par la loi[163] – et *« de la possibilité de faire déclarer judiciairement la paternité de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu* […] *»*[164].

Ils reçoivent également des informations intéressant l'adoption et les procédés d'assistance à la procréation[165].

Ensuite, le consentement doit être donné avant l'intervention[166] et dans des conditions garantissant le secret[167], *« hors la présence de tiers »*[168], de telle sorte que le risque d'influences externes soit minime. Il nécessite de faire une *« déclaration conjointe »*[169], laquelle *« est recueillie par acte authentique »*[170], *« devant le président du tribunal de grande instance* […] *ou son délégué, ou devant notaire »*[171]. Et il doit être maintenu jusqu'à la réalisation du projet, la loi prévoyant la possibilité, avant que l'opération ait lieu, de le révoquer par écrit auprès du médecin chargé de la mettre en œuvre[172].

---

[160] C. civ., art. 311-20, al. 1er, *in fine*.
[161] NCPC, art. 1157-3, al. 1er.
[162] Ibid.
[163] A savoir que l'enfant *« n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet »*. Ibid.
[164] Ibid.
[165] CSP, art. L 2141-10, al. 2.
[166] CSP, art. L 2141-10, dernier al. et c. civ., art. 311-20, al. 1.
[167] C. civ., art. 311-20, al. 1.
[168] NCPC, art. 1157-2, al. 2.
[169] NCPC, art. 1157-2, al. 1er.
[170] NCPC, art. 1157-2, al. 2.
[171] NCPC, art. 1157-2, al. 1er ; c. civ., art. 311-20, al. 1 et CSP, art. L 2141-10, dernier al., *in fine*.
[172] C. civ., art. 311-20, al. 3 : le consentement est *« privé d'effet lorsque l'homme et la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre cette assistance »*.

Enfin, le Code de la santé publique oblige à respecter un délai de réflexion pour pouvoir confirmer sa demande d'assistance médicale à la procréation[173], laquelle confirmation doit être faite par écrit[174].

Au regard de ces multiples précautions, destinées à garantir le consentement éclairé des membres du couple receveur, il aurait été permis d'en déduire que celui-ci suffit à l'établissement du lien de filiation. Pourtant, ce n'est pas la solution retenue par la loi, puisqu'il est énoncé à l'article 311-20 du Code civil que *« celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. En outre, sa paternité est judiciairement déclarée.* […] *»*[175]. Ces dispositions ne visent que la paternité hors mariage. Plusieurs arguments plaident en faveur de cette affirmation.

Premièrement, ne sont visées que la reconnaissance et l'action en recherche de paternité, lesquelles ne s'appliquent qu'à l'établissement du lien paternel en dehors de l'union conjugale.

Deuxièmement, le dernier alinéa de l'article 311-20, *in fine*, renvoie à l'article 328 relatif à l'action en recherche de paternité (et de maternité) exercée durant la minorité de l'enfant.

Enfin, l'expression *« en outre »*, figurant à l'article 311-20 dernier alinéa *in limine*, signifie que ce qui suit – *« sa paternité est judiciairement déclarée »* – est en rapport avec ce qui précède – *« celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant »* –. Ce qui confirme que c'est bien le concubin, et non l'époux, qui se trouve concerné par les deux derniers alinéas de l'article 311-20 du Code civil.

En réalité, le législateur a soumis l'établissement de la filiation des enfants, procréés à l'aide d'une technique médicale, aux règles du droit commun de la filiation. En mariage, c'est donc la présomption de paternité, régie aux articles 312 et suivants du Code civil, qui s'applique. Hors mariage, on a recours à la reconnaissance ou, à défaut, l'action en recherche.

S'ajoute l'engagement de la responsabilité du concubin qui n'aurait pas reconnu l'enfant alors qu'il aurait donné son plein accord à la venue au monde de celui-ci, solution qui est juridiquement contestable. En effet, cela revient à faire du consentement à l'insémination artificielle *« une promesse de reconnaissance »*[176], dont l'inexécution donnerait lieu à condamnation à des dommages et intérêts. Or, comme le remarque à juste titre Daniel GUTMANN, *« soit il existe une véritable liberté de reconnaissance,*

---

[173] CSP, art. L 2141-10, al. 3 : *« La demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien »*.

[174] CSP, art. L 2141-10, al. 4 : *« La confirmation de la demande est faite par écrit »*.

[175] C. civ., art. 311-20, al. 4 et 5.

[176] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité : Etude de droit des personnes et de la famille », op. cit. note 33, p.p. 153-154.

auquel cas il est contraire à l'ordre public d'y porter atteinte, soit l'on admet une obligation d'établissement de la filiation, auquel cas le détour par une pseudo-liberté sous réserve de responsabilité et/ou d'établissement judiciaire de la filiation paraît singulièrement complexe »[177].

Il est également contestable de transposer à l'établissement d'un lien ne reposant pas sur le critère génétique les dispositions de l'action en recherche de paternité, dont l'objectif est précisément de favoriser la recherche de l'identité biologique du géniteur.

Dans le même ordre d'idées, il est illogique, pour l'établissement du lien paternel, d'exiger une reconnaissance du concubin et de prévoir implicitement[178] l'application de la présomption de paternité à l'égard du mari.

S'agissant de la reconnaissance, il n'est nullement question ici d'une quelconque confession, puisqu'on ne saurait confesser un lien biologique qui n'existe pas. La reconnaissance effectuée après une procréation médicalement assistée exogène ne peut avoir qu'une fonction d'admission, c'est-à-dire d'acceptation pour sien de l'enfant conçu à partir de gamètes provenant d'un autre homme. Autrement dit, elle n'a d'autre vocation que celle déjà assumée en amont par le consentement donné à l'assistance médicale, ce qui en fait une exigence redondante.

L'application à l'époux de la présomption de paternité n'apporte rien non plus à partir du moment où celui-ci a donné son plein accord à la procréation artificielle.

Autre critique que l'on peut formuler : les règles consacrées à l'article 311-20, derniers alinéas, du Code civil, ont pour effet de créer une double distinction.

D'abord, entre l'épouse et la concubine, puisque la seconde pourra choisir d'élever son enfant toute seule dans l'hypothèse où le concubin n'aurait pas reconnu celui-ci. En effet, l'article 311-20 dernier alinéa *in fine* prévoit que l'action en recherche de paternité *« obéit aux dispositions de l'article 328 »*, c'est-à-dire l'action exercée par la mère au nom de son enfant mineur, et non de l'article 327 qui vise l'action exercée par l'enfant majeur. Cela implique que, dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, seule la mère (non mariée avec celui qui a consenti) peut agir, pas l'enfant. L'engagement de l'action, et donc l'établissement du lien paternel, dépend entièrement de la volonté de la mère. Celle-ci peut préférer le versement d'indemnités par le concubin (ou ex-concubin) pour ne pas avoir respecté ce à quoi il s'était engagé en consentant à la procréation assistée. Notons que ce dernier sera déclaré responsable tant à l'égard de sa concubine (ou ex-concubine) que de l'enfant.

L'autre aspect de la distinction est que, contrairement au mari, dont le lien est automatiquement établi par application de la présomption de paternité, le concubin encourt le risque de voir sa responsabilité engagée s'il n'établit pas de lui-même la filiation avec l'enfant. Il peut également, ce qui n'est pas le cas du mari, échapper à sa

[177] Ibid., p. 154.

[178] Les textes sont muets sur ce point, mais la solution découle de tout le reste.

paternité : il suffit pour cela qu'il ne reconnaisse pas l'enfant et que la mère de celui-ci n'intente pas l'action en recherche.

Si les rédacteurs avaient retenu que le consentement suffisait à l'établissement de la filiation, ils auraient évité de nombreuses incohérences et auraient par la même unifié les paternités en et hors union matrimoniale. Il n'y aurait rien eu de choquant. Bien au contraire, car il est assez déconcertant de prévoir qu'un consentement soit indispensable à la mise en œuvre d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, d'encadrer strictement ce consentement, de l'entourer de multiples précautions, pour finalement lui octroyer si peu d'effets juridiques.

Il existe une disproportion manifeste entre les conditions du consentement et les effets de ce dernier.

Il aurait été beaucoup plus simple et beaucoup plus logique de tirer du consentement à la procréation une conséquence directe et uniforme, que le couple d'accueil soit ou non uni maritalement, à savoir qu'il établit le lien de filiation ; d'autant que lorsqu'une action en recherche de paternité est engagée à l'encontre du concubin (qui, par hypothèse, n'a pas reconnu l'enfant), le lien est judiciairement prononcé sur le seul fondement du consentement donné à l'assistance médicale.

Certains font valoir qu'en consacrant des règles d'établissement de la filiation différentes de celles applicables aux enfants conçus sans recours à une assistance médicale, on aurait marginalisé socialement et humainement les enfants nés d'une telle assistance, et le principe d'égalité n'aurait pas été respecté. Or, *« c'est précisément en ne créant pas de statut particulier pour les enfants nés par une voie particulière »*[179] que l'on instaure une inégalité, en ne permettant pas à ces enfants de bénéficier des mêmes garanties que les autres quant à l'établissement de leur filiation.

Sans compter que les textes en vigueur entraînent des distinctions entre l'épouse et la concubine d'une part, entre le mari et le concubin d'autre part.

Lorsqu'il y a recours à une technique médicale de procréation, la distinction dans l'établissement de la paternité, entre l'époux et le concubin, ne se justifie donc pas, contrairement à celle qui existe lorsqu'un enfant a été conçu sans assistance médicale.

Ce qui est surprenant, c'est que les règles applicables en matière de procréation assistée ont pour effet d'instaurer une différence de traitement entre la concubine et l'épouse, alors que l'établissement de la maternité en et hors mariage a été unifié. Ce constat renforce l'idée selon laquelle une réforme s'impose en matière de procréation médicalement assistée.

En prévoyant que le consentement établit la filiation paternelle, le législateur abolirait toute distinction : d'abord entre le mari et le concubin, mais également, par ricochet, entre la femme et la concubine.

---

[179] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité : Etude de droit des personnes et de la famille », op. cit. note 33, p. 154.

Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, ces dernières voient leur lien maternel établi par des modes identiques. Ces moyens sont très proches de ceux applicables à la paternité mais s'en distinguent, d'une part, en ce qu'il n'est nullement nécessaire d'instituer une présomption à l'égard de la mère contrairement au conjoint de celle-ci, d'autre part, en ce que la reconnaissance n'est qu'un mode subsidiaire d'établissement de la maternité contrairement à la paternité hors mariage, et qu'elle concerne aussi bien la mère non mariée que l'épouse tandis qu'elle est fermée au mari.

Ces différences s'expliquent aisément par le fait que porter un enfant et le mettre au monde sont réservés, par nature, au sexe féminin ; que la gestation comme l'accouchement sont des événements visibles ; enfin, que l'on a toujours considéré[180] que c'était l'accouchement qui importait pour désigner la mère, pas les gènes – autrement dit, si la génitrice et la gestatrice sont deux personnes différentes, c'est la seconde qui sera reconnue comme étant la mère de l'enfant.

[180] V. *infra*, chap. suiv.

CHAPITRE II :

LA MATERNITE DISTINCTE DE LA PATERNITE DANS LES MODES D'ETABLISSEMENT VOLONTAIRE

La paternité souffre d'un manque d'évidence physiologique que la maternité ne connaît pas, l'accouchement étant visible, contrairement à la conception. Or en France, comme dans la plupart des autres Etats[1], c'est l'accouchement qui désigne la mère[2]. Bien que la maternité ne soit pas expressément définie dans notre législation[3], *« il est patent que* […] *la mère est celle qui porte l'enfant et donc donne la vie en le mettant au monde »*[4] ; d'où l'interdit frappant la gestation comme la procréation pour autrui[5].

La règle a été clairement affirmée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 31 mai 1991[6]. Confirmée par le législateur en 1994[7], elle a été maintes fois rappelée par les magistrats[8]. Les faits sont invariablement les mêmes : une femme ne pouvant porter un enfant décide avec son mari ou concubin de se rendre à l'étranger[9] afin de

---

[1] Les conventions de mère porteuse sont nulles not. en Allemagne, en Autriche, en Espagne, aux Pays-Bas et en Suisse. V. F. GRANET-LAMBRECHTS, « Convergences et divergences des droits européens de la famille », *Perspectives de réformes en droit de la famille*, coll. Centre de Droit de la famille, Fac. Grenoble, 26-27 nov. 1999, *Dr. fam.*, déc. 2000, hors-série, chron. 1.

[2] V. G. CORNU, « Droit civil : La famille », 8ème éd., Montchrestien, 2003, coll. Domat : droit privé, spéc. n°298. V. aussi les arrêts relatifs à la gestation pour autrui, cités *infra*.

[3] Le droit allemand fait ici figure d'exception, puisqu'il définit expressément la maternité à l'art. 1591 du BGB : *« La mère de l'enfant est la femme qui lui a donné naissance »*.

[4] CA Rennes, 4 juil. 2002, *D.*, 2002, p. 2902, note F. GRANET-LAMBRECHTS ; *Dr. fam.*, 2002, comm. 142, note P. MURAT ; *JCP* G, 2003, I-101, n°4, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI

[5] Dans le rapp. « L'enfant d'abord » (V. PECRESSE, rapp. fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, *AN*, n°2832, 25 janv. 2006), la Mission expose la définition des termes : l'expression *« gestation pour autrui »* vise le cas où l'ovule fécondé n'est pas celui de la femme qui porte l'enfant ; l'expression *« procréation pour autrui »* désigne l'hypothèse où la gestatrice est aussi la génitrice ; enfin l'expression *« mère porteuse »* peut s'appliquer indifféremment aux deux hypothèses.

[6] *Defrénois*, 1991, p. 1267, obs. J-L AUBERT ; *JCP* G, 1991, II-21752, comm. J. BERNARD, concl. H. DONTENWILLE et note F. TERRE ; *D.*, 1991, jurisp., p.p. 417 et suiv., rapp. Y. CHARTIER et note D. THOUVENIN ; *RTDciv*., 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; *RTDciv*., 1992, p. 489, chron. M. GOBERT. Attendu de principe : *« La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »*.

[7] C. civ., art. 16-7 (L. n°94-653 du 29 juil. 1994) : *« Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »*.

[8] Not. CA Rennes, 4 juil. 2002, préc. note 4 et cass., civ. 1ère, 9 déc. 2003, *RJPF*, 2004, 3/35, analyse Th. GARE ; *Dr. fam.*, 2004, comm. 17, note P. MURAT.

[9] La gestation pour autrui est autorisée not. au Canada, en Australie, en Nouvelle-Zélande, en Grande-Bretagne, dans certains Etats des Etats-Unis, aux Pays-Bas, au Danemark, en Hongrie, en Finlande, en Grèce, en Roumanie, en Belgique.

conclure une convention de mère porteuse. Lorsque l'enfant naît, l'épouse ou concubine tente d'établir en France le lien de filiation soit par reconnaissance, soit par adoption. Dans le premier cas, le ministère public obtient la nullité de l'acte portant atteinte à l'ordre public[10], dans le second, les juges rejettent la requête en ce que le processus constitue un détournement de l'institution de l'adoption qui a pour objet de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu[11]. Le résultat d'une telle position jurisprudentielle est que l'enfant n'a pas de lien établi avec celle qui s'occupe quotidiennement de lui depuis sa naissance et qui est parfois sa génitrice[12]. C'est une impasse juridique puisque même la possession d'état ne peut y remédier, la *fama* ne pouvant être invoquée utilement. Pour autant, on ne saurait admettre *« la tyrannie du fait accompli »*[13], sous prétexte des conséquences excessives de la situation créée au regard de l'intérêt de l'enfant, car alors la prohibition d'ordre public inscrite à l'article 16-7 du Code civil perdrait tout son sens[14].

Quant au risque d'une condamnation de la France par la Cour européenne, rien n'est moins sûr. Certes, l'article 8 de la convention semble applicable dès lors que la relation entre l'enfant et celle qui l'élève peut être qualifiée de vie familiale[15]. Mais il n'est pas dit, au regard du consensus existant actuellement dans les législations européennes, que l'instance strasbourgeoise déduise de l'article 8 l'obligation pour les Etats parties de permettre l'établissement d'un lien juridique entre les intéressés[16].

L'arrêt confirmatif rendu par la Cour d'appel de Paris, le 25 octobre 2007[17], renouvelle la question de la gestation pour autrui. En l'espèce, un couple s'est rendu en Californie où le procédé est admis par la loi. Quelques mois après que la mère porteuse soit tombée enceinte, la Cour suprême de Californie a prononcé une décision conférant la qualité de père et mère aux membres du couple. Les certificats et les actes de naissance des enfants ont été établis conformément à ce jugement. Au moment de les puis transcrire sur les registres de l'état civil français, le consulat général de France a alerté le procureur de la République, qui a demandé l'annulation de la transcription comme contraire à l'ordre public. Les magistrats parisiens ont déclaré sa requête irrecevable *« au regard de l'ordre public international »*, au motif que *« les*

---

[10] CA Rennes, 4 juil. 2002, préc.

[11] Pour l'adoption plénière, v. cass., Ass. plén., 31 mai 1991 et 1ère civ., 9 déc. 2003, préc.
Pour l'adoption simple, v. cass., civ. 1ère, 29 juin 1994 *D.*, 1994, jurisp., p. 581, note Y. CHARTIER ; *GP*, 1995, 2, somm. 422, obs. J. MASSIP ; *JCP* G, 1995, II-22362, note J. RUBELLIN-DEVICHI

[12] L'époux ou le concubin est quant à lui le géniteur de l'enfant.

[13] P. MURAT, note CA Rennes, 4 juil. 2002, préc. note 4, p. 17.

[14] Pour la Mission (rapp. « L'enfant d'abord », op. cit. note 5), qui est opposée à l'abolition de l'interdiction, la solution doit être recherchée dans une *« délégation de responsabilité parentale » au profit de la « mère intentionnelle »*.

[15] Ibid., p. 18.

[16] Le consensus justifie généralement le maintien par la Cour du *statu quo*. V. F. SUDRE, « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », rapp. introductif in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH*, coll. IDEDH, Montpellier, 22-23 mars 2002 (dir. F. SUDRE), Némésis/Bruylant, 2002, p.p. 40 et suiv.

[17] Inédit.

énonciations des actes » de naissance *« sont exactes au regard des termes du jugement étranger du 14 juillet 2000 »* ; or l'appelant *« ne conteste ni l'opposabilité en France »* de cette décision *« ni la foi à accorder aux actes dressés en Californie dans les formes usitées dans cet Etat »*. Ils ajoutent que *« au demeurant, la non transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient priver d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique »*.

Doit-on voir, dans cette solution, un assouplissement de la jurisprudence française ? Il est encore trop tôt pour le dire. D'une part, l'objet de la contestation était différent dans les affaires visées plus haut et il ne soulevait pas un problème de droit international privé. D'autre part, un pourvoi en cassation a été formé et rien ne nous permet d'affirmer avec certitude que la haute juridiction rendra un arrêt de rejet.

A l'heure actuelle, c'est encore l'accouchement qui désigne la mère. Dès lors, et contrairement à la filiation paternelle, la preuve du lien maternel, par son objet, peut difficilement être dissociée de la preuve de la naissance. C'est la raison pour laquelle l'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil joue un rôle important pour l'établissement de la maternité, que celle-ci se situe en ou hors mariage.

Le Droit romain et l'ancien Droit avaient adopté l'adage *« mater semper certa est »*, indépendamment de l'existence ou non d'une union officialisée entre les parents. Il fut ensuite affirmé que la simple indication, dans l'acte de naissance, du nom de la femme ayant accouché, ne permettait que l'établissement de la maternité s'inscrivant dans une union conjugale. Sans qu'elle se suffise à elle-même, cette indication a toutefois connu un rôle croissant dans l'établissement du lien maternel hors mariage, surtout depuis la loi du 3 janvier 1972. C'est finalement l'ordonnance du 4 juillet 2005 qui a consacré la désignation dans l'acte de naissance comme principe commun d'établissement volontaire de la maternité, tout en conservant la possibilité, à titre subsidiaire, d'une reconnaissance de l'enfant par celle, mariée ou non, qui l'a mis au monde.

Comme dans un phénomène de bascule, à mesure que l'on a étendu le rôle de l'acte de naissance, évolution qui s'avérait inévitable (section I), la reconnaissance a vu son importance décroître (section II).

Section I : Le rôle inévitable de l'acte de naissance dans l'établissement de la filiation maternelle

Plus d'un siècle avant l'adoption de l'ordonnance du 4 juillet 2005, Ambroise COLIN se prononçait déjà en faveur de l'établissement de la maternité au moyen de l'acte de naissance, indépendamment de l'existence d'un lien conjugal entre les parents

de l'enfant[18]. Il accusait l'inégalité que le droit instaurait entre l'épouse et la femme non mariée, cette dernière devant effectuer une reconnaissance.

Ce n'est qu'à partir des années 1970 que le souci de considérer de manière égale le lien qui a pu se constituer entre une mère et son enfant, même si celle-ci n'est pas engagée dans un mariage, a pris une valeur nouvelle (§ I).

Cependant, trois décennies devront encore s'écouler avant que le droit français institue la désignation de la mère dans l'acte de naissance comme mode d'établissement de principe de la filiation maternelle, indépendamment de l'existence d'une union matrimoniale (§ II).

§ I L'égalité dans la considération du lien entre une mère et son enfant

Le droit européen des droits de l'Homme a connu un tournant capital dans le domaine de la vie familiale avec l'affaire *« Marckx »*, qui impose une égalité entre enfants dans la reconnaissance par l'Etat de leurs rapports avec leur mère (A).

Rapidement, s'est posée la question de la compatibilité de notre droit interne avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Bien que certains aient soutenu le contraire, il semble que la France n'encourait pas le risque d'une condamnation, la loi de 1972 ayant, avant l'intervention de l'arrêt *« Marckx »*, déjà instauré l'égalité exigée par la jurisprudence européenne (B).

A) Une égalité exigée par le droit européen des droits de l'Homme

L'obligation pour l'Etat de considérer de manière identique le lien entre une mère et son enfant, que celle-ci soit ou non engagée dans un mariage, a été posée par la Cour européenne des droits de l'Homme le 13 juin 1979[19], à l'occasion de l'affaire *« Marckx contre Belgique »* (1).

Bien que concernant directement le seul pays condamné, la réponse de la juridiction strasbourgeoise détient une certaine autorité morale auprès des autres membres de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (2).

---

[18] A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTDciv.*, 1902, p.p. 265 et suiv.

[19] Cour EDH, 13 juin 1979, *« Marckx contre Belgique »*, Cour plénière, série A, n°31.

V. BERGER, « Jurisprudence de la Cour EDH », Ed. Dalloz Sirey, 2002, p.p. 365-368 ; *AFDI*, 1980, chron. R. PELLOUX, p.p. 317-321 ; *Journal du droit international*, 1982, P. ROLLAND, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », p.p. 183-187 ; F. SUDRE, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », PUF, 1997, p.p. 35-37.

1 L'arrêt fondateur

Le 13 juin 1979, les juges européens, réunis en assemblée plénière, se sont prononcés sur la compatibilité du droit belge avec le droit conventionnel.

En l'espèce, une mère non mariée, n son nom et au nom de sa fille, faisait grief (entre autres) à législation belge de prévoir que la filiation hors mariage était établie soit par une reconnaissance volontaire soit par suite d'une action en recherche de maternité, tandis que le lien maternel s'inscrivant dans une union matrimoniale pouvait être établi par la simple désignation de la mère dans l'acte de naissance ou par l'existence d'une possession d'état constante.

Pour sa défense, le gouvernement belge invoquait le souci de favoriser la famille *« légitime »* et l'incertitude du consentement de la mère célibataire quant au fait d'assumer sa maternité[20]. Les règles d'établissement offraient ainsi à cette dernière *« la liberté de choisir entre reconnaître son enfant ou s'en désintéresser »*, protégeant par là l'enfant pour qui *« il serait dangereux de le soumettre à la garde de l'autorité d'une personne qui n'aurait nullement exprimé le désir de s'occuper de lui »*[21].

D'abord saisie de l'affaire, la Commission européenne[22] rejeta ces arguments en tenant le raisonnement suivant : d'une part une mère mariée peut aussi ne pas désirer élever son enfant et pourtant, dans son cas, la filiation est établie du seul fait de la naissance ; d'autre part, l'enfant né hors mariage n'a pas moins d'intérêt que l'enfant issu d'une telle union à l'établissement de sa filiation et à l'octroi d'une parenté[23].

Ce fut ensuite à la Cour européenne de se prononcer.

Celle-ci déclara, en premier lieu, qu'*« en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8*[24] *présuppose l'existence d'une famille »*[25], ce qui signifie que l'application de l'article 8 relatif au droit à la vie familiale nécessite la présence d'un lien effectif entre les requérantes.

---

[20] A. DEBET, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil », Dalloz, 2002, p. 594.

[21] Arguments du gouvernement cités par Marc BOSSUYT, « L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue belge de droit international*, 1980, p. 58.

[22] Comm. EDH, 10 déc. 1977, *« Marckx contre Belgique »*, rapp. p. 39.
AFDI, 1978, chron. G. COHEN-JONATHAN et J-P JACQUE, p.p. 416-418.

[23] Ibid., p. 418.

[24] C°EDH, art. 8 : *« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale* […].
Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infraction pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

[25] Cour EDH, 13 juin 1979, *« Marckx contre Belgique »*, Cour plénière, série A, n°31, § 31.

Dès lors qu'un tel lien se trouve établi, l'Etat doit non seulement ne pas s'immiscer dans l'exercice de ce droit (sous réserve du § II de cette disposition), mais encore « *agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale* »[26], « *obligation positive inhérente à un respect effectif de la vie familiale* »[27].

La Cour considéra que *« tel que le conçoit l'article 8, le respect de la vie familiale implique en particulier* […] *l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'Etat, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le § I de l'article 8 sans qu'il y ait lieu de l'examiner sous l'angle du § II »*[28].

Autrement dit, dès que se trouve établi un lien familial avec un enfant, qui peut notamment résulter de la possession d'état, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer en accordant une protection juridique permettant dès la naissance – ou, selon une jurisprudence postérieure[29], dès que réalisable – l'intégration de l'enfant dans sa famille, exigence à laquelle répond l'établissement légal de la filiation.

Les juges supranationaux ont précisé que *« l'article 8 ne distingue pas entre famille légitime et famille naturelle »*[30], puisqu'il vise *« toute personne »* sans distinction. La protection que cette disposition assure vaut donc pour la vie familiale de l'une comme pour celle de l'autre.

La Cour a ajouté qu'*« en agissant de manière à permettre le développement normal de la vie familiale d'une mère célibataire et de son enfant, l'Etat doit se garder de toute discrimination fondée sur la naissance : ainsi le veut l'article 14*[31] *combiné avec l'article 8 »*[32].

S'*« il est en soi légitime, voire méritoire, de soutenir et encourager la famille traditionnelle »*, comme elle l'a reconnu elle-même, *« encore faut-il ne pas recourir à cette fin à des mesures destinées ou aboutissant à léser, comme en l'occurrence, la famille « naturelle », les membres de la seconde jouiss*[ant] *des garanties de l'article 8 à l'égal de ceux de la première »*[33].

---

[26] § 31.
[27] § 31.
[28] § 31.
[29] Cour EDH, 27 oct. 1994, *« Kroon contre Pays-Bas »*, Chambre, série A, n°297-C. V. BERGER, « Jurisprudence de la Cour EDH », op. cit. note 19, p. 374 ; *JCP* G, 1995, I-3823, chron. F. SUDRE, « Droit de la Convention EDH », p. 89.
[30] Cour EDH, 13 juin 1979, *« Marckx contre Belgique »*, Cour plénière, série A, n°31, § 31.
[31] C°EDH, art. 14 : *« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».*
[32] Cour EDH, 13 juin 1979, *« Marckx contre Belgique »*, Cour plénière, série A, n°31, § 34.
[33] § 40.

Les magistrats strasbourgeois ont conclu à la violation de l'article 8 pris isolément, ainsi qu'à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8.

Décision importante pour le droit national de la famille, la question est de savoir quels effets elle emporte.

2 Les effets étendus des décisions de la Cour

S'agissant du pays condamné, ici la Belgique, il convient de se référer à l'article 46 du protocole n°11 portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention européenne des droits de l'Homme, en vertu duquel les Hautes parties contractantes se sont engagées *« à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties »*. Le dispositif est revêtu de l'autorité de chose jugée. Quant aux motifs, bien souvent utiles à l'interprétation de la solution, on peut considérer qu'ils bénéficient indirectement d'une telle autorité[34].

Pour respecter leurs engagements, les Etats disposent d'une marge d'appréciation, c'est-à-dire qu'ils sont *« libres de choisir les mesures qu'*[ils] *estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention »*[35], la seule condition étant que ces mesures soient en *« conformité avec les exigences de la Convention »*[36].

Maintes fois les juges supranationaux ont déclaré que l'arrêt qu'ils prononçaient *« laiss*[ait] *à l'Etat le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article »*[37] 46, précisant que *« ce pouvoir d'appréciation quant aux modalités d'exécution d'un arrêt traduit la liberté de choix dont est assortie l'obligation primordiale imposée par la Convention aux Etats contractants : assurer le respect des droits et libertés garantis (article 1) »*[38]. Aussi l'exécution peut-elle résulter aussi bien des autorités exécutives que des autorités législatives ou judiciaires.

---

[34] Cf. E. LAMBERT, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme : Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme », Bruylant, 1999, p. 73.

[35] Extrait des affaires linguistiques belges, cité par G. RESS, « Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en droit interne et pour les tribunaux nationaux », rapp., *5ème coll. international sur la Convention européenne des droits de l'Homme*, Francfort, 9-12 avril 1980, Ed. A. Pédone, 1982, p. 250.

[36] Ibid., p. 250.

[37] Cour EDH, 29 avr. 1988, *« Belilos contre Suisse »*, série A, n° 132, § 78. F. SUDRE, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », op. cit. note 19, p. 62-64.
Une évolution de la jurisprudence européenne doit néanmoins être dès à présent notée. Dans un arrêt plus récent (Cour EDH, 31 oct. 1995, *« Papamichalopoulos et autres contre Grèce »*, série A, n° 330-B. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, J-P MARGUENAUD, F. SUDRE, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », PUF, 2007, p.p. 757-759), elle affirme ainsi que *« les Etats contractants parties à une affaire sont en principe libres de choisir les moyens dont ils useront pour se conformer à un arrêt constatant une violation »* (§ 34).

[38] Cour EDH, 18 déc. 1986, *« Johnston et autres contre Irlande »*, série A, n°112, § 34. F. SUDRE, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », op. cit. note 19, p.p. 56-57.

L'autorité de chose jugée est qualifiée par Elisabeth LAMBERT d'autorité *« renforcée »*[39], dans la mesure où elle déborde le cas d'espèce en faisant obligation à l'Etat de s'assurer que la violation a cessé et ne se reproduira pas, que ce soit à l'égard du requérant ou de tout autre individu soumis à son autorité. Aussi l'Etat devra-t-il éventuellement adopter des mesures d'ordre général.

C'est ainsi que l'on doit comprendre la formule de la Cour européenne des droits de l'Homme, selon laquelle elle *« n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés : elle recherche si leur application aux requérantes cadre ou non avec la Convention. Sans doute sa décision produira-t-elle fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution »*[40].

Plutôt que de parler d'*« autorité de chose jugée renforcée »*, certains auteurs, comme Olivier De SCHUTTER, ont une préférence pour l'expression *« force obligatoire de l'arrêt »*[41] : *« La Cour n'ayant aucun pouvoir d'annulation de la loi interne, il convient de définir comme relevant de la force obligatoire de son arrêt, plutôt que comme inclus dans l'autorité de chose jugée dont il est revêtu, les effets qui résultent de ses affirmations »*[42].

Cette force découlerait de l'esprit de la Convention, de l'intention de ses auteurs qui a été d'instaurer *« un ordre public européen des droits de l'Homme »*, *« but qui n'est pas véritablement atteint si la mise en cause de la responsabilité internationale n'aboutit qu'à l'allocation d'une indemnité à la victime »*[43].

Elle trouverait également sa source dans le principe de l'exécution de bonne foi.

Il existerait aussi une *« autorité de chose interprétée »*[44] qui, à la différence de l'autorité de chose jugée qui ne s'impose qu'à l'Etat partie au litige, concernerait également les autres Etats membres. Toutefois, il ne s'agirait que d'une autorité jurisprudentielle atténuée, nullement contraignante, dont l'ignorance par une autorité étatique ne constituerait pas à proprement parler une violation du droit conventionnel. Les décisions de la Cour de Strasbourg constitueraient une référence potentielle, inspiratrice ou incitative pour le droit interne en raison de leur caractère supranational et de leur dignité.

---

[39] E. LAMBERT, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme… », op. cit. note 34, p. 81.

[40] Cour EDH, 13 juin 1979, *« Marckx contre Belgique »*, série A, n°31, § 58.

[41] Cette expression emporte également l'adhésion de Jean-Pierre MARGUENAUD, « CEDH et droit privé : L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français », La Documentation française, 2001, p.p. 15-16.

[42] O. de SCHUTTER, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'Homme et le juge national », *Revue belge de droit international*, 1997, I, p.p. 49-50.

[43] G. COHEN-JONATHAN, cité par E. LAMBERT, op. cit. note 34, p. 112.

[44] En ce sens, voir J-P MARGUENAUD, op. cit. note 41.

Il est vrai que l'on observe ce phénomène tant en France[45] qu'à l'étranger[46], bien qu'il ne faille pas non plus voir dans la convention et son interprétation jurisprudentielle la source unique des réformes et solutions juridictionnelles.

Ainsi *« le droit européen des droits de l'Homme puise à deux sources : la source conventionnelle et la source jurisprudentielle »*[47]. Et l'on assiste à une *« banalisation »*[48] de l'usage de la convention, désormais inscrite dans le paysage juridique.

L'autorité de chose interprétée possède un poids politique non négligeable. Bien que non contraignante juridiquement, elle s'impose aux organes internes pour des raisons politiques qui tiennent à la volonté du respect de l'opinion publique nationale et supranationale, comme à la nécessité de tenir un rang international.

En effet, *« un Etat qui se singularise par sa mauvaise application de la Convention en ne respectant pas l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour et en engageant sa responsabilité internationale perd évidemment de son crédit international. Il n'est plus alors en position de force pour imposer ses choix politiques, militaires, sociaux, économiques : peu d'Etats sont indifférents à la détérioration de leur image internationale »*[49].

Sur le plan national, les gouvernants risquent tout autant d'être contestés ou déstabilisés. Ils peuvent perdre une partie de la confiance que le peuple avait investie en eux et l'exercice de la souveraineté peut s'en trouver momentanément affecté. *« La matière des droits de l'Homme est un domaine primordial de la mise en œuvre des règles démocratiques »*[50].

Le risque permanent de sanction politique conforte l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour de Strasbourg, l'Etat devant appliquer au mieux le droit conventionnel écrit ou jurisprudentiel.

Dans ces conditions, il était légitime, au lendemain de l'arrêt *« Marckx »*, de s'interroger sur la conformité de notre droit interne avec le droit européen.

---

[45] La jurisprudence européenne sur la détention provisoire a influencé la loi française n°70-643 du 17 juil. 1970. La révision du CPP français a été en partie impulsée par les décisions strasbourgeoises, comme en atteste la circulaire relative à la présentation de l'ensemble des dispositions de la L. n°93-2 du 4 janv. 1993 : *« les droits des personnes poursuivies et ceux des victimes* […] *ne sont pas suffisamment garantis et ne satisfont pas pleinement à nos engagements internationaux »*.

[46] Les Pays-Bas, suite à l'arrêt *« Marckx »*, ont réformé leur Code civil par une loi du 27 oct. 1982.

[47] F. SUDRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'ordre juridique interne », *RUDH*, 1991, p. 271 ; « Droit européen et international des droits de l'Homme », PUF, 2003, p. 347.

[48] Ibid., p. 271 et p. 347.

[49] J-P MARGUENAUD, « CEDH et droit privé… », op. cit. note 41, p. 38.

[50] Ibid., p. 40.

B) Une égalité précédemment instaurée par le droit interne français

En permettant l'établissement de la filiation maternelle hors mariage par l'acte de naissance dès lors qu'il existe une possession d'état, la loi française du 3 janvier 1972 respectait les prescriptions des magistrats européens en assurant, sans discrimination, la protection du lien entre une mère et son enfant (2), dès lors que pouvait être constatée une vie familiale effective (1).

1 La protection du lien familial effectif

De nombreuses voix[51] se sont élevées pour affirmer l'incompatibilité de la règle de principe, selon laquelle l'acte de naissance indiquant le nom de la mère ne vaut que pour établir la maternité de l'épouse et non la maternité hors mariage, avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, telle qu'elle a été interprétée par la Cour dans l'arrêt *« Marckx contre Belgique »* rendu le 13 juin 1979.

Le débat s'est renforcé lorsque le Tribunal de grande instance de Brive-la-Gaillarde a considéré, dans un jugement en date du 30 juin 2000[52], que l'application combinée des articles 8 et 14 de la Convention européenne, qui concernent respectivement le droit au respect de la vie privée et familiale et le principe d'interdiction de discrimination entre les personnes, et spécialement entre les enfants nés en dehors de l'union conjugale et ceux qui en sont issus, commande que *« l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant naturel emporte de facto établissement juridique de sa filiation, sans qu'une reconnaissance soit nécessaire »*[53].

Observons que les juges strasbourgeois, dans l'arrêt *« Marckx »*, ont précisé qu'*« en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille »*[54], c'est-à-dire des relations de fait suffisamment étroites qui soient caractéristiques d'une vie familiale, tels les contacts permanents[55], la cohabitation[56], la

---

[51] En ce sens, I. ARDEEFF, note TGI Brive, 30 juin 2000, *D.*, 2001, jurisp., p.p. 27-28, spéc. p. 29 ; J-P MARGUENAUD, « CEDH et droit privé… », op. cit. note 41, p.p. 188 et suiv. ; J. MASSIP, obs. TGI Brive, 30 juin 2000, *Defrénois*, 2000, p.p. 1310-1313 ; M. MAYMON-GOUTALOY, « De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'Homme », *D.*, 1985, chron. XXXVII, spéc. p. 213 ; M-Ch. MEYZEAUD-GARAUD, note CA Paris, 4 avr. 2003, *D.*, 2004, p.p. 1697-1700, spéc. p. 1699.

[52] TGI Brive, 30 juin 2000, note I. ARDEEFF préc. ; *Dr. fam.*, 2000, comm. 107, note P. MURAT.

[53] TGI Brive, préc.

[54] Cour EDH, 13 juin 1979, *« Marckx contre Belgique »*, série A, n°31, § 31.

[55] Cour EDH, 21 juin 1988, *« Berrehab contre Pays-Bas »*, série A, n°138 (V. BERGER, « Jurisprudence de la Cour EDH », Ed. Dalloz Sirey, 2007, p. 435) : Malgré la non cohabitation, des contacts fréquents, prolongés et réguliers entre le père divorcé et sa fille ont maintenu leur vie familiale.
Cour EDH, 13 juil. 2007, *« Elsholz »* (J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al., « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », op. cit. note 37, p. 501) : Le père naturel a vécu avec l'enfant pendant 18 mois avant de se séparer de la mère, puis il a continué à voir fréquemment son fils.

dépendance matérielle et financière ou bien encore les sentiments réciproques. Il doit s'agir d'un lien effectivement vécu. Ainsi la Cour européenne s'attache-t-elle *« moins aux catégories juridiques qu'au tissu affectif existant »*[57].

S'agissant de l'affaire *« Marckx »*, les juges ont pris soin d'examiner de manière préliminaire s'il existait bien entre la mère et sa fille un lien dont il résultait une vie familiale effective, condition requise pour l'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et avaient conclu à cette effectivité, *« la requérante* [ayant] *pris en charge sa fille dès sa naissance et n'*[ayant] *cessé de s'en occuper »*[58] depuis.

L'affaire de Brive concernait des faits totalement différents : dix jours après avoir accouché (c'était en 1930), une femme avait remis l'enfant aux services de l'Assistance publique et n'avait plus donné signe de vie. Les services s'étaient alors occupé de l'éducation de cet enfant. Environ soixante-dix ans plus tard, des cousins sollicitaient l'établissement du lien de filiation entre celui qui avait été abandonné dès son plus jeune âge et qui depuis était décédé, et la mère de celui-ci, uniquement pour pouvoir hériter de lui. Ils invoquaient à cette fin la mention, dans l'acte de naissance du *de cujus*, du nom de sa mère.

Or, on ne pouvait leur donner raison sur le fondement de la jurisprudence *« Marckx »*. En effet, il n'avait existé aucune vie familiale entre l'enfant abandonné et sa mère. L'article 8 de la convention ne pouvait donc recevoir application et, par suite, l'article 14 non plus, puisque ne pouvant s'appliquer qu'en combinaison avec une autre disposition de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Cependant, il demeure la question de savoir si, de manière générale, le droit français de la filiation, avant que ne soit adoptée l'ordonnance de 2005, était conforme au droit européen des droits de l'Homme.

Certes, notre ancienne législation n'admettait pas que l'acte de naissance puisse établir la maternité hors mariage. Toutefois, la loi de 1972 prévoyait que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance corroborée par la possession d'état valait reconnaissance et donc établissait le lien maternel *« naturel »*[59]. Or, l'exigence d'une possession d'état n'était en rien contradictoire avec le droit européen, tel qu'il résulte de la Convention et de la jurisprudence de la Cour, puisque celle-ci répondait à la condition

---

[56] Cour EDH, 26 mai 1994, *« Keegan »*, série A, n°290 (*JCP* G, 1995, I-3823, chron. F. SUDRE, « Droit de la Convention EDH », p. 89) : *« La relation entre M. Keegan et la mère de l'enfant dura deux ans, dont un pendant lequel ils cohabitèrent »*.

[57] F. BOULANGER, « La vie familiale », *Libertés et droits fondamentaux* (dir. R. CABRILLAC, M-A FRISON-ROCHE et Th. REVET), Dalloz, 2001, p. 204.

[58] Cour EDH, 13 juin 1979, *« Marckx contre Belgique »*, série A, n°31, § 31.

[59] C. civ., art. 337 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« L'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance, lorsqu'il est corroboré par la possession d'état »*.

européenne d'application de l'article 8, à savoir l'effectivité d'une vie familiale. Dès lors qu'une vie familiale était effective, ce qui est le cas lorsqu'il existe une possession d'état, l'acte de naissance comportant le nom de la mère jouait un rôle dans l'établissement de la maternité hors mariage.

Ouvrant le bénéfice de l'article 337 du Code civil qui permettait l'établissement légal de la filiation (dès lors que le nom de la mère figurait dans l'acte de naissance), la vie familiale hors mariage, constituée par la possession d'état, était respectée, comme celle s'inscrivant dans une union matrimoniale.

2 Une protection semblable du lien familial effectif

En reconnaissant un certain rôle à l'acte de naissance de l'enfant né en dehors du lien conjugal, dans l'établissement de sa filiation maternelle, notre législation réduisait la distance qui pouvait séparer les modes d'établissement des maternités dites *« naturelle »* et *« légitime »*. Aussi était-il permis de douter de l'existence d'une discrimination dans le respect du droit à la vie familiale, doute qu'est venue lever la Cour d'appel de Paris lorsqu'elle a énoncé, dans un arrêt du 4 avril 2003[60], que « la *règle de l'article 334-8 du Code civil ne porte pas atteinte au principe d'interdiction de discrimination entre les personnes fondée sur la naissance et le mode d'établissement des filiations, dès lors que la législation française donne effet à l'acte de naissance de l'enfant naturel lorsqu'il est corroboré par la possession d'état »*[61].

A défaut d'instituer un système de preuve uniforme de la filiation maternelle, le législateur a, dès 1972 et conformément à l'interprétation jurisprudentielle de la convention que donnera sept ans plus tard la Cour européenne des droits de l'Homme, consacré une égalité dans la prise en compte des relations entre une mère et son enfant.

En outre, en 1982, il fît de la possession d'état un mode non contentieux d'établissement du lien, que celui-ci se situe en ou hors union conjugale[62].

Conformément à sa jurisprudence classique, la Cour de cassation a continué, durant l'année 2005, à rejeter les pourvois formés contre des arrêts d'appel ayant refusé de considérer le lien maternel hors mariage établi, au motif que la seule mention du nom de la mère dans l'acte de naissance est insuffisante.

C'est ainsi que la 1ère Chambre civile a déclaré, dans un arrêt du 14 juin 2005[63], qu'il ne pouvait être reproché à une Cour d'appel d'avoir constaté l'extranéité du demandeur qui alléguait sa prétendue filiation maternelle à l'égard d'une femme ayant

---

[60] CA Paris, 4 avr. 2003, *AJFam.*, 2003, p.p. 230-231, obs. F. BICHERON ; *RTDciv.*, 2003, p. 487, obs. J. HAUSER ; *D.*, 2004, p.p. 1697-1698, note M-C MEYZEAUD-GARAUD.

[61] Ibid., p. 1698.

[62] C. civ., art. 334-8, al. 2 (L. n°82-536 du 25 juin 1982) : *« La filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état* […] *»*. C. civ., art. 320 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« La possession de l'état d'enfant légitime suffit »* à prouver la filiation des enfants légitimes.

[63] Cass., civ. 1ère, 14 juin 2005, *D.*, 2005, p. 883 ; *AJFam.*, 2005, p. 328, obs. F. CHENEDE.

conservé sa nationalité française lors de l'indépendance du Gabon, alors que l'acte de naissance de l'intéressé désignait cette femme en qualité de mère, mais que celle-ci ne l'avait pas reconnu et qu'il ne démontrait pas avoir une filiation établie envers elle par la possession d'état.

De même, le 6 décembre 2005[64], les juges suprêmes ont conclu au défaut d'établissement de la maternité en l'absence de reconnaissance et de mariage entre les parents.

L'année 2006 marque un tournant dans la jurisprudence française, puisque la Haute juridiction a affirmé qu'il résultait de la désignation d'une femme en tant que mère dans l'acte de naissance l'établissement de la filiation maternelle.

En l'espèce, une femme et ses enfants avaient engagé une action en déclaration de nationalité française sur le fondement de l'article 18 du Code civil[65], en arguant de la nationalité française de leur père et grand-père né en Algérie (alors département français) et qui avait conservé sa nationalité après l'indépendance. Les demanderesses précisaient que la mère du père et grand-père était elle-même française d'origine israélite et était à ce titre soumise au statut civil de droit commun conformément à un décret de 1970.

Le 30 mars 2004, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence débouta les intéressées au motif que la filiation maternelle du père et grand-père n'avait pas été établie, puisqu'il n'y avait eu ni reconnaissance ni possession d'état, et qu'en l'absence de mariage entre les parents, l'acte de naissance ne suffit pas à établir le lien maternel.

Mais la 1ère Chambre civile a prononcé, au visa des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme (et non de l'article 311-25 du Code civil, qui n'était pas alors applicable puisque issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005 entrée en vigueur le 1er juillet 2006), un arrêt de cassation le 14 février 2006[66], déclarant qu'une femme étant *« désignée en tant que mère dans l'acte de naissance »* du père et grand-père des auteurs du pourvoi, il en *« résultait que la filiation maternelle de celui-ci était établie »*.

Cette solution a fait l'objet de critiques. Il a été signalé que les dispositions européennes invoquées n'avaient pas tellement leur place ici, l'action déclaratoire de nationalité française étant difficilement rattachable à la vie familiale[67] et aucune discrimination ne pouvant être relevée dans la protection de la vie familiale.

---

[64] Cass., civ. 1ère, 6 déc. 2005, *D.*, 2006, p. 14.

[65] C. civ., art. 18 : *« Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français »*.

[66] Cass., civ. 1ère, 14 fév. 2006, *RJPF*, 2006, 5/39, analyse Th. GARE ; *RTDciv.*, 2006, p.p. 294-295, note J. HAUSER ; *Revue Lamy Droit civil*, juillet/août 2006, p.p. 41-44, comm. M-Ch. MEYZEAUD-GARAUD.

[67] Th. GARE, « Etablissement automatique de la filiation naturelle : l'ordonnance… avant l'ordonnance ! », préc.

La vérité est que les hauts magistrats cherchaient un fondement juridique pour justifier leur décision, sans afficher leur anticipation sur l'application d'une règle qui n'était pas encore entrée en vigueur. Car si l'on considère l'état du droit applicable à l'affaire, on ne peut que relever son caractère illégal[68], puisqu'il s'agit de celui antérieur à la réforme du 4 juillet 2005 qui n'incluait pas la désignation de la mère dans l'acte de naissance, prise isolément, dans les modes d'établissement de la maternité hors mariage.

Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation applique par anticipation une règle juridique non encore en vigueur[69], ni la dernière puisqu'elle a tenu le même raisonnement dans deux arrêts rendus le 25 avril 2006, toujours à propos d'une action déclaratoire de nationalité française[70].

Bien que notre législation précédente relative à l'établissement volontaire de la filiation maternelle hors union conjugale ne semblait pas incompatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, l'institution de la désignation dans l'acte de naissance comme mode principal et uniforme d'établissement de la maternité a été relativement bien accueillie, en tant qu'aboutissement inévitable de la législation française.

§ II La désignation de la mère dans l'acte de naissance : mode d'établissement de principe du lien juridique

Depuis l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, de l'ordonnance du 4 juillet 2005, toute femme, qu'elle soit mariée avec le père de l'enfant ou avec une tierce personne, qu'elle ait un concubin ou qu'elle soit totalement seule, voit sa maternité légalement établie dès lors qu'elle est désignée dans l'acte de naissance de l'enfant. Il s'agit là d'une condition, certes nécessaire, mais suffisante (A).

Malgré les réticences de quelques auteurs, il est permis de relever l'opportunité de cette exclusivité de condition, laquelle était souhaitée depuis longtemps par une grande partie de la doctrine ainsi que plusieurs parlementaires (B).

---

[68] Ibid., p. 25

[69] Cf. cass., Ass. plén., 9 juil. 1982, *« Law King »*, v. *infra*.

[70] Cass., civ. 1ère, 25 avr. 2006 (deux espèces), *RJPF*, 2006, 7-8/43, analyse Th. GARE.
Les deux affaires concernaient des étrangers qui avaient engagé une action déclaratoire de nationalité française en faisant valoir qu'ils étaient issus d'une femme de nationalité française. S'agissant de maternités hors mariage, la CA Bordeaux, le 4 févr. 2004, et celle de Caen, le 16 déc. 2004, avaient débouté les intéressés au motif qu'ils ne justifiaient ni d'une reconnaissance ni d'une possession d'état à l'égard de celles qu'ils prétendaient être leurs mères respectives. Dans les pourvois, il était argué de ce que le nom de la mère était indiqué dans l'acte de naissance. Les hauts magistrats ont cassé les deux arrêts d'appel, estimant que cette indication suffit à établir le lien de filiation maternelle.

A) L'indication de la mère dans l'acte de naissance : condition suffisante

Alors que la qualité de géniteur qui sert de support à la désignation du père est toujours marquée d'incertitude, ce qui justifie que celle-ci passe par le truchement de présomptions[71], la maternité, lien juridique qui rattache un enfant à sa mère, s'impose avec une totale certitude grâce à la grossesse et à l'accouchement (1).

Cependant, le droit français ne se contente pas de l'accouchement[72] et exige en outre une manifestation de volonté de la part de l'intéressée, c'est-à-dire l'acceptation du statut de mère, qui est déduite de la simple mention de l'identité de la parturiente dans l'acte de naissance (2).

1 Naissance et maternité : un lien étroit

L'article 311-25 du Code civil dispose : *« la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant »*[73].

L'établissement de la maternité semble très proche de l'établissement de la paternité en mariage, par application de la présomption de paternité.

En effet, aux termes de l'article 314, cette présomption *« est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père et que l'enfant n'a pas de possession d'état à son égard »*. Ce qui signifie, *a contrario*, que la présomption est appliquée, et donc le lien paternel établi, dès lors que l'enfant a la possession d'état à l'égard de l'époux ou bien dès lors que ce dernier est désigné en tant que père de l'enfant dans l'acte de naissance[74]. Or, cette seconde hypothèse n'est pas sans rappeler celle visée à l'article 311-25 du Code civil pour l'établissement du lien maternel.

Observons que le texte ne prévoit pas la désignation de n'importe quelle femme, mais celle de *« la mère »*. Autrement dit, si l'on reprend littéralement l'énoncé de l'article 311-25, c'est la désignation *« en qualité de mère »*, dans l'acte de naissance, qui établira la maternité. Comme pour le mari, il semblerait que la seule inscription du nom ne suffise pas, mais qu'il y faille encore la précision que la femme, désignée dans l'acte, l'est en tant que mère de l'enfant.

En réalité, l'accouchement désignant la mère, on peut se contenter de la mention que l'enfant est celui dont une telle est accouchée, sans préciser la qualité de mère. C'est là une différence mineure entre le père marié et la mère.

---

[71] La présomption de paternité, mais aussi la reconnaissance, que l'on présume être la manifestation de la vérité.

[72] *« La maternité* […] *ne se résume pas à une ''mise bas''* […] *à une opération obstétricale »*.
Centre de Droit de la Famille, Univ. Montesquieu Bordeaux, « Nouvelle personne, nouvelle famille ? », synthèse de la journée d'information, 25 oct. 2002, *Dr.fam.*, 2003, chron. 5, p. 11.

[73] Le Luxembourg, l'Allemagne et la Belgique (art. 312) ont adopté une règle similaire.

[74] L'existence cumulative de la désignation dans l'acte de naissance et de la possession d'état ont, bien évidemment, également pour effet l'application de la présomption.

De façon plus notable, l'établissement de la filiation maternelle se détache de l'établissement de la paternité de l'époux en ce que, pour la mère, le droit ne se réfère pas à la période de conception de l'enfant ou à la date de naissance de celui-ci, ni ne rapproche cette période ou cette date de l'existence d'un mariage entre les prétendus parents, afin de présumer que ce qui est affirmé dans l'acte de naissance est l'expression de la vérité.

Cette distinction s'explique tout simplement par la différence qui existe naturellement entre l'accouchement, qui est visible, et la conception, qui ne l'est pas. Or, on sait que le droit français considère que la mère est celle qui met au monde l'enfant. Il est donc inutile, pour s'assurer que celle qui figure dans l'acte est bien la mère, de recourir à des présomptions.

En raison du lien étroit qui existe entre la naissance, qui se traduit par l'accouchement et qui sera relatée dans l'acte de naissance, et la filiation maternelle, celle-ci sera établie dès lors que la parturiente sera désignée dans l'acte de naissance comme étant la mère de l'enfant, en ce qu'elle l'aura mis au monde.

A défaut de quoi, l'acte se voit réduit à la seule preuve du fait de la naissance, hypothèse qui impliquerait que la femme ait explicitement rejeté sa maternité.

2 Une volonté présumée

Aux termes de l'article 55 alinéa 1er du Code civil, la naissance d'un enfant est déclarée dans les trois jours suivant cet événement à l'officier d'état civil territorialement compétent, à savoir celui du lieu d'accouchement. L'officier rédige immédiatement[75] un acte de naissance qui, conformément à l'article 57 alinéa 1 du même code, *« énoncera le jour, l'heure et le lieu de naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant »*, c'est-à-dire dans le cas où le déclarant serait une personne tierce.

Il est précisé que, *« si les père et mère de l'enfant, ou l'un d'eux, ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet »*[76].

En France, comme au Luxembourg et en Italie, l'indication relative aux parents est facultative. Une femme qui accouche peut ainsi échapper à la désignation dans l'acte de naissance, sans qu'elle ait nécessairement sollicité le secret quant à son admission à l'hôpital et quant à son identité. Il lui suffira de refuser, de manière expresse, son

[75] C. civ., art. 56, al. 2.
[76] C. civ., art. 57, al. 1.

inscription dans l'acte de naissance[77]. La possibilité d'opposer un tel refus différencie notre législation de celle d'Etats voisins.

Le droit allemand, par exemple, impose l'identification et l'enregistrement de la mère lors d'un accouchement[78]. De même, en Belgique, l'inscription du nom de la parturiente dans l'acte de naissance est obligatoire[79]. Dans ces pays, il n'y a pas d'enfant sans mère, hors les cas exceptionnels d'enfants trouvés qui ont fait l'objet d'un abandon *« sauvage »*.

Ce n'est donc pas le seul accouchement qui, dans notre droit national, est pris en compte pour établir la maternité par l'effet de la loi : la mère doit encore être désignée dans l'acte de naissance de l'enfant.

Généralement, cette désignation a lieu dès lors que la femme n'a exprimé aucune volonté contraire au moment de la déclaration de naissance. Ce n'est que si elle s'y est formellement opposée que la mère ne figurera pas dans l'acte. Et comme la simple désignation établit la maternité, cela signifie que le droit déduit de l'absence de refus exprès de figurer dans l'acte de naissance l'acceptation tacite du statut légal de mère.

La volonté d'être mère est présumée, il n'est pas exigé de manifestation expresse en ce sens.

Auparavant, on justifiait la règle inscrite à l'article 319 ancien du Code civil[80], à savoir l'établissement de la maternité de l'épouse *« par l'acte de naissance inscrit sur le registre de l'état civil »*, par la signification traditionnellement donnée à l'union conjugale : en consentant au mariage, *« acte juridique solennel fondateur d'une famille »*, la femme exprime par la même sa volonté d'être mère[81]. C'est la raison pour laquelle, en dehors de cette union, les textes ne se contentaient pas du contenu de l'acte de naissance, mais exigeaient soit une manifestation expresse constatée dans un acte authentique, c'est-à-dire une reconnaissance, soit une manifestation implicite que traduisait le comportement adopté envers l'enfant, autrement dit l'existence d'une possession d'état.

Désormais, la loi considère que la volonté d'être mère résulte implicitement de la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance, indépendamment de la question de savoir si l'intéressée est mariée ou non.

---

[77] C'est pourquoi l'art. L 224-4 1° CASF conserve la distinction entre les enfants dont *« la filiation n'est pas établie »* (on suppose ici que l'identité de la mère est connue mais qu'elle ne figure pas dans l'acte de naissance) et ceux dont la filiation *« est inconnue »* (c. à d. que l'identité de la femme qui a accouché est inconnue, bien souvent parce qu'il y a eu accouchement anonyme).

[78] BGB, art. 1591.

[79] C. civ. belge, art. 57-2.

[80] Avant qu'il ne soit réécrit par l'ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005.

[81] En ce sens, v. C. NEIRINCK, « La maternité », *Dr. fam.*, 2006, ét. 2, p. 9 : *« Jusqu'à l'ordonnance du 4 juillet 2005, la volonté d'être mère résultait automatiquement du mariage, acte juridique solennel fondateur d'une famille »*.

Or, il faut souligner que, s'il n'interdit pas à la mère de procéder elle-même à la déclaration de naissance, l'article 56 alinéa 1 du Code civil dispose : *« la naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée »*. Il faut bien avouer que, de manière générale, c'est une personne autre que la parturiente qui effectue la déclaration. Et il se peut que la mère soit désignée sans qu'elle ait réellement souhaité assumer sa maternité, le tiers ayant pris l'initiative de cette désignation. Le lien maternel n'en sera pas moins établi ; et il sera difficilement contestable, sachant que l'article 332 alinéa 1er du Code civil exige que soit rapportée *« la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant »*, ce qui sera dans un tel cas impossible.

De telles hypothèses devraient être assez marginales. De nos jours en effet, les accouchements ont lieu, la plupart du temps, dans des établissements médicaux organisés face au recueil des informations destinées à l'état civil. Dès lors, il est peu concevable que l'enfant soit déclaré autrement que selon ce qui a été désiré par la mère.

Il n'en reste pas moins que la règle de l'article 311-25 du Code civil peut paraître comme *« aliénante de la liberté »*[82] de la femme non mariée au père de l'enfant.

Aujourd'hui femme avant d'être mère, la femme aurait, *« du seul fait de la loi biologique »*, *« perdu une part de la liberté lentement conquise ces trente dernières années »*[83] avec la légalisation de la pilule par la loi Neuwirth du 28 décembre 1967 et la légalisation de l'avortement par la loi Veil du 17 janvier 1975. Ce que l'on considère comme un mode d'établissement volontaire du lien maternel pourrait ne pas être si volontaire que cela lorsque la maternité ne s'inscrit pas dans une union conjugale. La volonté d'être parent se manifeste, pour ceux qui sont mariés, à travers le consentement au mariage, et, pour l'homme non marié, par la reconnaissance de l'enfant. En ce qui concerne la femme non mariée, le droit se contenterait de la simple mention de celle-ci en tant que mère dans l'acte de naissance de l'enfant, pour en conclure qu'elle a exprimé sa volonté d'être mère.

D'où la résurgence de différences, d'abord entre l'homme et la femme, mais aussi et surtout entre la femme mariée et la femme non mariée avec le père de l'enfant, autrement dit là où la réforme du 4 juillet 2005 aspirait à l'égalité.

Aussi est-il permis de se demander si les rédacteurs de l'ordonnance ne sont pas allés trop loin dans la prise en compte du phénomène naturel de la grossesse au détriment de la volonté de celle qui accouche. La position adoptée par les textes trouve son explication dans l'état actuel de notre société.

---

[82] E. PAILLET, « Accouchement sous X et lien maternel », *Identités, filiations, appartenances* (dir. Ph. PEDROT et M. DELAGE), coll. Hyères, 23-24 mai 2003, PUG, 2005, p. 100.
[83] Ibid., p. 101.

B) L'établissement de la filiation maternelle par l'indication de la mère dans l'acte de naissance : un vœu justifié

La déclaration de l'enfant à l'état civil peut ne porter que sur le seul fait matériel de la naissance et non sur l'identité des parents, dont la mère. Pour pouvoir constituer le titre établissant le lien maternel, l'acte de naissance devra désigner la mère. Dès lors, il fera à lui seul preuve de la filiation à l'égard de celle-ci en raison du lien très étroit que l'on reconnaît entre le fait de la naissance et la maternité ; l'accouchement, fait visible, désignant la mère.

La simplicité de la règle ne doit pas nous faire oublier que son application en dehors de l'engagement matrimonial a été pendant longtemps une question vivement controversée, tant dans les revues juridiques qu'au Parlement. De l'observation de ces débats, il résulte que plus la question était débattue et plus la solution aujourd'hui consacrée à l'article 311-25 du Code civil s'imposait. Souhaitée de longue date (1), celle-ci a fini par triompher. C'est que l'on ne peut ignorer son opportunité (2).

1 Une solution souhaitée

L'unité des modes d'établissement de la filiation maternelle a très tôt été souhaitée par la doctrine et a même été évoquée devant le Parlement en 1960.

Le droit international n'était pas en reste puisque la Commission internationale de l'état civil, créée à Amsterdam en 1948 et reconnue par la France en 1949, a élaboré une Convention relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants nés hors mariage dont l'un des articles prévoit que la mention du nom de la mère suffit à établir la filiation à l'égard de celle-ci, bien qu'il n'existe pas d'union conjugale avec le père de l'enfant. Signée à Bruxelles le 12 septembre 1962 et entrée en vigueur le 23 avril 1964, la convention n'a jamais été ratifiée par la France. Elle est donc demeurée inapplicable sur notre territoire.

La position française trouverait son explication dans la pression exercée par les parents adoptifs, lesquels émettaient la crainte d'une diminution du nombre d'enfants adoptables[84]. La solution n'était pas non plus la bienvenue auprès d'une minorité doctrinale, comme en témoigne l'article publié en 1963 par René SAVATIER[85] au moment où se posait la question de la ratification du texte. Contestant dans un premier temps la régularité du procédé que le gouvernement français projetait d'employer à cette fin[86], l'auteur poursuivait sa démonstration en relatant les *« graves désordres juridiques et sociaux »*[87] que *« la prétendue réforme apportée au Code civil créerait »*[88].

---

[84] Cf. J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois*, 2006, doctrine, art. 38303, p. 16.
[85] R. SAVATIER, « Est-ce possible? », *D.*, 1963, chron. XXXIV.
[86] Ibid., p.p. 229-230.
[87] Ibid., p. 231.
[88] Ibid., p. 231.

Loin de faire l'unanimité, la solution de l'établissement du lien hors mariage par le seul acte de naissance mentionnant le nom de la mère a cependant été plusieurs fois remise à l'ordre du jour ; ainsi, lors des débats qui ont précédé l'adoption de la loi du 8 janvier 1993[89].

Durant la séance qui s'est tenue à l'Assemblée nationale le 15 mai 1992, il a été proposé un amendement prévoyant d'introduire, au sein de l'article 334-8 ancien[90] du Code civil, un alinéa disposant que : *« La filiation naturelle est aussi légalement établie à l'égard de la mère par l'accouchement lorsque celle-ci est connue »*, autrement dit lorsqu'elle n'a pas mis au monde son enfant dans l'anonymat et que son nom est inscrit dans l'acte de naissance.

Repoussée, la proposition a fait sa réapparition sept ans plus tard, dans un rapport remis au Garde des Sceaux par une commission présidée par Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ[91]. Chargée d'élaborer un *« droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps »*, celle-ci a décidé d'opter pour la formule suivante : *« L'acte de naissance portant indication du nom de la mère établit la filiation à l'égard de celle-ci »*[92], sans considération de l'existence ou non d'une union matrimoniale.

C'est ce rapport qui servit de base à la réforme du 4 juillet 2005, les arguments avancés en faveur de l'adoption de la solution l'emportant sur ceux destinés à s'y opposer.

2 Une solution opportune

L'établissement du lien maternel à partir de la simple désignation de la mère dans l'acte de naissance est une règle qui, au-delà de sa simplicité et de son utilité (a), s'imposait logiquement si l'on considère la physiologie de la maternité (b) et l'évolution de la société (c).

a) Une règle pragmatique

Certains auteurs[93] estiment que la solution de l'établissement de la maternité hors mariage (comme de la maternité en mariage), par la désignation dans l'acte de naissance, ne présente plus tellement d'intérêt depuis que la reconnaissance est un acte d'une grande simplicité qui peut, particulièrement dans les grands hôpitaux publics, se

[89] V. D. CACHEUX, *JO*, AN, Q, 29 avr. 1992, p. 721 ; N. AMELINE, *JO*, AN, Q, 16 mai 1992, p. 1287.
[90] C'est-à-dire l'art. 334-8 (L. n°82-536 du 25 juin 1982), implicitement abrogé par l'ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005.
[91] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », rapp. au Garde des Sceaux, La Documentation française, 1999.
[92] Ibid., p. 210.
[93] En ce sens, v. J. HAUSER, « La filiation », Dalloz, 1996, p. 49.

faire sans difficulté au moment de la déclaration de naissance, les services de l'état civil se déplaçant à la maternité. D'autant que la parturiente était informée, lors de son séjour hospitalier, de la nécessité de reconnaître son enfant afin d'établir le lien juridique à son égard, si elle n'était pas mariée. En outre, l'exigence par l'administration de la fourniture de documents divers, notamment pour recevoir des prestations sociales, conduisait rapidement la mère, qui n'avait pas encore effectué la démarche à l'état civil, à le faire.

Ajoutons que, depuis 1972, la simple indication de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant, corroborée par la possession d'état, valait reconnaissance[94] et que, depuis 1982, la possession d'état suffit à établir la filiation[95].

Cependant, on ne saurait négliger l'hypothèse, certes rare, d'un décès prématuré de la mère, lors de l'accouchement ou très peu de temps après la naissance de l'enfant. Dans une telle situation, comment constater la possession d'état, sauf à considérer l'existence d'une possession d'état ante-natale, comme l'admettent parfois les juges et le prévoit implicitement l'article 317 alinéa 2 du Code civil[96] ? La solution de l'établissement de la maternité par la simple désignation de la mère dans l'acte de naissance n'est donc pas dépourvue de toute utilité[97].

Autre intérêt pratique : il est plus simple pour la mère d'être désignée dans l'acte de naissance que de devoir faire constater la possession d'état dans un acte de notoriété délivré par le juge d'instance[98].

La solution serait aussi plus cohérente en ce qu'on ne saurait différencier, en fonction de l'existence d'un mariage, les effets (l'établissement de la maternité) de la constatation officielle d'un événement (telle femme a accouché de tel enfant) dont la visibilité ne dépend nullement de l'existence d'une union conjugale.

b) Une règle cohérente

Autrefois, la législation soumettait la preuve du lien maternel à des règles plus strictes lorsque la femme n'était pas mariée. Celle-ci ne pouvait en effet, dans le silence du Code civil, invoquer ni l'acte de naissance ni la possession d'état. Le seul moyen dont elle disposait était la reconnaissance.

---

[94] C. civ., art. 337 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« L'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance, lorsqu'il est corroboré par la possession d'état »*.

[95] C. civ., art. 334-8, al. 2 (L. n°82-536 du 25 juin 1982) : *« La filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état* […] », solution figurant désormais à l'art. 317 c. civ.

[96] C. civ., art. 317, al. 2 : *« Quand le parent prétendu est décédé avant la déclaration de naissance de l'enfant, l'acte de notoriété peut être délivré en prouvant une réunion suffisante de faits au sens de l'article 311-1 »*.

[97] En ce sens, A. DEBET, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil », op. cit. note 20, p. 596.

[98] C. civ., art. 71, al. 1, par renvoi de l'art. 317, al. 1.

La raison avancée était que l'*« Etat n'a*[vait] *aucun intérêt à ce que la filiation des enfants naturels soit constatée ! »*[99], ce que Ambroise COLIN qualifiait, dans un article publié en 1902 à la Revue trimestrielle de droit civil, de *« paradoxale »*[100]. Il y contestait la solution aboutissant *« à ce résultat illogique et choquant de faire dépendre la manifestation de la vérité de conditions différentes suivant la personnalité de ceux qui sont appelés à en bénéficier »*[101]. Il défendait la thèse selon laquelle *« la circonstance que la femme désignée comme la mère de l'enfant était ou n'était pas, lors de son accouchement, engagée dans les liens du mariage, ne devrait entraîner aucune différence dans la théorie des preuves admissibles »*[102].

Il ne s'expliquait pas pourquoi les raisons avancées pour attacher foi, *« jusqu'à démonstration de sa fausseté, à la désignation de la mère faite par le déclarant »*[103] – à savoir l'absence d'intérêt à mentir et l'exposition à une sanction répressive en cas de fausse déclaration – cessaient d'être bonnes *« lorsqu'il s'agi*[ssai]*t de la filiation illégitime »*[104].

On justifiait la confiance accordée à la première déclaration par la considération que la naissance dans le mariage *« est* […] *un fait honorable »*[105], que l'*« on ne cherche pas à cacher »*[106]. A l'inverse, l'irrégularité de la situation de la femme qui accouchait en dehors du lien conjugal faisait présumer le souci de dissimuler ce fait et autorisait dès lors *« à suspecter la déclaration émanée d'un tiers »*[107] : on pouvait en effet *« redouter les déclarations mensongères ou inexactes »*[108], rien n'étant plus aisé à altérer, selon d'AGUESSEAU, *« qu'un acte de naissance »* puisqu'*« il se dresse par simple déclaration sans garantie de vérité »*. *« La preuve »*[109] de la maternité hors mariage *« par l'acte de naissance* [était donc] *dangereuse »*[110] et devait être écartée.

A l'image d'Ambroise COLIN, nous ne pouvons que nous interroger sur l'avantage qu'aurait pu tirer une personne de sa fausse déclaration. *« Nuire à la réputation de la*

---

[99] Séance du Conseil d'Etat du 26 Brumaire an X. Cité par A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », op. cit. note 18, p. 264.
[100] Ibid., p. 263.
[101] Ibid., p. 263.
[102] Ibid., p. 263.
[103] Ibid., p.p. 265-266.
[104] Ibid., p. 266.
[105] Ibid., p. 266.
[106] Ibid., p. 266.
[107] BEUDANT, LEREBOURS-PIGEONNIERE et BRETON, cités par A. PONSARD, « Sur quelques aspects de l'évolution du droit des actes de l'état civil », *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 792.
[108] Ibid., p. 792.
[109] Ibid., p. 792.
[110] Ibid., p. 792.

mère ? »[111]. Ç'aurait été là *« un résultat bien mince et qu'on n'*[aurait guère cherché] *à atteindre en risquant la peine de la réclusion »*[112].

En fait, comme le dit si bien l'auteur, l'argumentation tenait du pur sophisme car, *« dire que la déclaration de l'accouchement d'une femme mariée doit être présumée exacte parce que cet accouchement est un fait honorable, c'est résoudre la question par la question, puisqu'il s'agit précisément de savoir si ce fait honorable a bien eu lieu »*[113].

Que la filiation s'inscrive ou non dans une union matrimoniale, la matérialité du fait à prouver est la même[114]. Il s'ensuit que, logiquement, le mode de preuve doit être identique. Quant au principe d'égalité entre l'homme et la femme, il ne saurait être pertinent ici : la paternité souffre d'un manque d'évidence physiologique que la maternité ne connaît pas, l'accouchement étant visible, contrairement à la conception.

Cependant, est-ce une raison pour n'offrir qu'une toute petite place à la volonté (qui s'exprimerait à travers l'absence d'objection de la mère à ce qu'elle soit mentionnée dans l'acte de naissance de l'enfant) dans l'établissement du lien maternel en dehors de l'engagement matrimonial, dont le consentement à ce dernier constitue un élément permettant de présumer de la volonté d'être mère ?

C'est que, au-delà d'une question d'équité entre celle qui a consenti à une union dont l'une des finalités est la venue d'enfants et celle qui n'a pas pris cet engagement, la règle énoncée à l'article 311-25 du Code civil semble parfaitement adaptée à notre société actuelle.

c) Une règle adaptée

Des auteurs ont fait valoir les risques, pour l'enfant dont la mère n'est pas mariée, de l'établissement de sa filiation maternelle par la simple désignation de celle-ci dans son acte de naissance.

Nous allons montrer en quoi ces arguments ne sont plus aussi pertinents de nos jours.

Dans sa chronique publiée en 1963, où il fustige la convention de Bruxelles de 1962 à propos de l'établissement de la maternité hors mariage par l'indication de la mère dans l'acte de naissance, René SAVATIER évoque *« les résultats d'une première tentative de suppression indirecte du droit des mères naturelles à garder, en fait, l'incognito, et à*

---

[111] A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », op. cit. note 18, p. 267.
[112] Ibid., p. 267.
[113] Ibid., p. 266.
[114] A. DEBET, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil », op. cit. note 20, p. 594.

se dispenser, par là, des charges normales de leur maternité civile »[115] : une augmentation importante de la mortalité parmi ces enfants, dont par infanticides, et un accroissement des avortements.

Il souligne que si le droit français retenait la solution contenue dans le texte international, *« tout déclarant de la naissance à l'état civil* [pourrait] *indiquer la mère naturelle, sans son aveu, et faire ainsi, contre elle, la preuve de ses obligations maternelles »*[116]. Ce déclarant pouvant être *« un amant, un ancien amant, une personne quelconque »* de l'entourage de la femme ou bien encore *« un fonctionnaire »*[117], il semble *« extrêmement grave »* à l'auteur que, *« dans le simple désir d'imiter des pays ayant d'autres réflexes sociaux que ceux qui se sont institués en France »*, on prenne *« les risques auxquels l'administration française avait dû expérimentalement renoncer à la suite de l'enquête de 1834 »*[118], laquelle avait révélé l'accroissement des décès infantiles. Le professeur SAVATIER considère en effet, à l'époque où il écrit, que *« ces risques demeurent, encore qu'ils aient été atténués* […] *grâce aux allocations »*[119] versées à la mère après qu'elle ait volontairement reconnu son enfant, sans que cette aide pécuniaire soit toutefois suffisante à éviter les infanticides et les avortements.

« La règle […], *transférant de la femme intéressée au déclarant de l'état civil la liberté de rendre ou non sa maternité publique et efficace »*, ne lui *« parai*[ssai]*t* [donc] *pas opportune »*[120].

Mais René SAVATIER a écrit ces lignes au début des années 60, alors que les moyens contraceptifs n'étaient pas encore en plein essor (la pilule n'a été légalisée qu'en 1967) et que l'interruption volontaire de grossesse n'était pas légalisée (elle ne l'a été qu'en 1975). Les arguments qu'il avançait hier pour étayer sa thèse n'ont plus la même contenance aujourd'hui.

Premièrement, les hypothèses de maternité non voulue sont beaucoup plus rares que par le passé. Et pour la minorité qui ne désire pas assumer l'entretien et l'éducation de l'enfant, il existe, à côté de l'avortement, la possibilité d'accoucher dans l'anonymat ou de s'opposer à sa désignation dans l'acte de naissance.

Deuxièmement, même si la précarité touche davantage les femmes seules avec un ou plusieurs enfants à charge[121], il en est qui, sans être mariées, vivent avec un homme, lequel est parfois le géniteur, de telle sorte que la venue de l'enfant est un projet parental partagé. En outre, et bien qu'il reste des progrès à faire en ce domaine, l'accès à l'emploi et à des fonctions importantes s'ouvre de plus en plus aux femmes.

---

[115] R. SAVATIER, « Est-ce possible? », op. cit. note 85, p. 231.
[116] Ibid., p. 231.
[117] Ibid., p. 231.
[118] Ibid., p. 232.
[119] Ibid., p. 232.
[120] Ibid., p. 232.
[121] En 2005, environ une famille sur sept était composée d'une femme seule avec enfant(s).

Quant aux infanticides, quelques précisions sur ce phénomène montreront en quoi l'adoption de l'article 311-25 n'engendrera pas une augmentation de leur nombre[122].

Généralement, les femmes qui commettent un tel acte sont des femmes qui ont nié leur grossesse, à tel point que leur corps ne s'est pratiquement pas modifié ou très peu et que même les professionnels médicaux peuvent n'avoir rien décelé jusqu'à ce que la gestation parvienne à son terme. C'est ce qui explique qu'elles n'aient pas eu l'idée de recourir à une interruption volontaire de grossesse : pourquoi interrompre ce qui, pour elles, n'existe pas ? Niant être enceintes, elles n'ont pas préparé la venue de l'enfant, ni matériellement, ni surtout psychologiquement. Ces femmes n'ont pas imaginé l'enfant, elles n'ont fait aucune projection dans l'avenir à son sujet et elles ne l'ont pas inscrit dans l'histoire familiale, dans la généalogie. La naissance est par conséquent inattendue et la parturiente ne songe qu'à une seule chose : se débarrasser de ce qui l'embarrasse. Aussi agit-elle dans la précipitation, sans avoir réellement conscience de l'acte abominable, aux yeux de la société, qu'elle est en train d'accomplir.

Comment peut-on considérer que, dans de telles circonstances et dans un tel état d'esprit, la femme ait en tête les dispositions de l'article 311-25 du Code civil et qu'elle agisse dans le but d'échapper à leur application. Non seulement elle n'a pas pris le temps de réfléchir, étant dans une espèce d'état second, mais en plus elle n'a pas réalisé qu'elle venait d'accoucher et que ce qu'elle voyait était un enfant, son enfant.

Lorsqu'une femme a conscience de sa grossesse et qu'elle ne souhaite pas être mère, elle va plutôt opter soit pour un avortement, soit pour un accouchement sous X. L'infanticide n'est jamais prémédité.

Plus récemment, on a invoqué l'intérêt de l'enfant, par hypothèse non issu d'un couple marié, à ce que l'établissement de sa filiation maternelle ne résulte pas de la désignation de sa mère dans l'acte de naissance. Cet argument consistait à prétendre qu'en l'absence de lien juridiquement établi, un enfant est plus aisément adoptable. Il en résulte que faciliter cet établissement se révèlerait plus nuisible qu'utile.

La crainte d'empêcher des adoptions est illusoire, puisque les enfants dont la filiation est établie peuvent être adoptés dans les conditions édictées aux articles 347 et suivants du Code civil. En outre, *« ce n'est pas sur un enlèvement d'enfant fait dans des circonstances où la femme n'est guère en état de prendre des décisions éclairées que doit se construire un droit de l'adoption : il faut un vrai consentement, que celui-ci soit exprimé à travers le silence sur l'identité des parents ou à travers un consentement à l'adoption en bonne forme si la filiation a été établie »*[123],

L'établissement légal de la filiation maternelle par simple désignation de la mère, dans l'acte de naissance, est donc adapté *« aux réalités de notre temps »*. La solution

[122] On recense une cinquantaine d'infanticides par an en France. Il existe cependant un chiffre noir.

[123] P. MURAT, « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », *Dr. fam.*, 1998, chron. 14, p. 8.

s'est imposée progressivement, au terme d'un long cheminement durant lequel le rôle de la reconnaissance a subi une décroissance progressive.

Section II : Le rôle décroissant de la reconnaissance

Autrefois mode principal d'établissement de la filiation dès lors que les parents de l'enfant n'étaient pas mariés, la reconnaissance, dans sa forme officielle, n'était pas toujours nécessaire pour que le lien maternel soit établi (§ I).

Son domaine a certes été étendu par l'ordonnance du 4 juillet 2005, puisqu'elle est désormais applicable à la maternité s'inscrivant dans une union matrimoniale, mais elle ne constitue plus qu'un mode subsidiaire d'établissement de la filiation maternelle (§ II).

§ I Hier : la place résiduelle de la reconnaissance

L'obligation, pour la mère non mariée, d'effectuer une reconnaissance, connaissait des exceptions que l'on peut distinguer en deux groupes.

Il y avait d'une part les exceptions qui admettaient des équivalents à la reconnaissance (A).

Il existait, d'autre part, des cas où la filiation maternelle était établie sans recours à une reconnaissance ni à aucun de ses équivalents, alors même que la mère n'était pas engagée avec le géniteur de l'enfant dans des liens conjugaux (B).

A) Un rôle relatif

Avant l'adoption de l'article 311-25 du Code civil, la reconnaissance figurait dans les textes en tant que mode principal d'établissement de la maternité hors mariage. C'était même le seul que le code de 1804 avait expressément institué. C'est la jurisprudence qui, la première, élargit les moyens d'établissement. Elle fut suivie par le législateur qui, en 1972, donna une portée nouvelle à l'acte de naissance corroboré par la possession d'état (1), politique que la doctrine s'empressa de relayer par des interprétations possibles de l'article 337 du Code civil, issu de la loi du 3 janvier 1972 (2).

1 L'établissement de la maternité hors mariage en l'absence d'une reconnaissance formelle

Au tout début, les textes exigeaient une reconnaissance pour que le lien maternel ne s'inscrivant pas dans une union conjugale puisse être établi.

Cependant, la rédaction maladroite de l'article 336 du Code civil, aux termes duquel *« la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à*

l'égard du père », conduisit la Cour de cassation[124] à déclarer, par une interprétation *a contrario*, que la reconnaissance du père avec indication du nom et aveu de la mère établit le lien de filiation à l'égard de celle-ci.

Par tempérament au principe de l'indépendance des reconnaissances, celle effectuée par un seul des parents, à savoir le père, pouvait avoir des effets sur le lien maternel. Certes, l'acte devait mentionner le nom de la mère et être corroboré par l'aveu exprès ou tacite de celle-ci. Mais il n'en demeurait pas moins que la maternité était établie sans qu'une reconnaissance formelle soit nécessaire. L'aveu de la mère pouvait tout aussi bien résulter d'une possession d'état que d'une reconnaissance nulle parce qu'en la forme d'une simple lettre au lieu d'un acte authentique.

Consacrée par la Chambre civile, le 25 juin 1877, la jurisprudence sur l'interprétation *a contrario* de l'article 336 perdit la majeure partie de son utilité avec l'adoption de la loi du 3 janvier 1972, dont était issu l'article 337 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance de 2005.

L'article 337 du Code civil disposait : *« l'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance, lorsqu'il est corroboré par la possession d'état »*. Il ne déclarait pas que la maternité était établie, mais seulement que le concours des deux conditions énoncées équivalait à une reconnaissance, laquelle établissait la filiation maternelle. La reconnaissance conservait donc son rôle principal : quelque part, c'était toujours une reconnaissance qui était exigée. Seulement, la loi prévoyait un équivalent.

Pour justifier cette règle, on expliquait qu'il arrivait fréquemment que la mère, sachant son nom inscrit dans l'acte de naissance et ignorant qu'il faille malgré tout une reconnaissance, croie sa maternité établie. Et ce n'est que beaucoup plus tard, bien souvent à son décès, lorsque l'enfant venait se présenter en tant qu'héritier réservataire afin de recueillir la succession, que l'on découvrait l'absence de lien légal entre la femme et celui qu'elle avait élevé. Le législateur a voulu remédier à cette situation en faisant du concours de l'acte de naissance mentionnant le nom de la mère et de la possession d'état un équivalent de la reconnaissance maternelle, la maternité de la femme visée étant alors fort probable. En cela, le réalisme du droit rejoignait la croyance populaire.

S'il était exigé une possession d'état, condition supplémentaire par rapport à ce que prévoyait alors l'article 319 du Code civil pour la maternité s'inscrivant dans l'union matrimoniale[125], c'était, aux dires de certains, parce que l'indication du nom de la femme ayant accouché ne provenant pas d'elle-même mais d'un tiers[126], cette indication ne pouvait s'imposer à elle que si elle l'avait implicitement ratifiée par son comportement envers l'enfant.

---

[124] Cass., civ., 25 juin 1877, *« Lambert contre Ferlet »* : H. CAPITANT, Y. LEQUETTE et F. TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », Dalloz, 2000, p. p. 239-245.

[125] C. civ., art. 319 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« La filiation des enfant légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil »*.

[126] Cf. c. civ., art. 56, al. 1 et art. 57, al. 1.

Rapidement est apparue la question de savoir si le législateur, en adoptant l'article 337, n'avait pas souhaité attribuer la primauté à l'acte de naissance, la doctrine offrant alors diverses interprétations qu'elle renouvela avec l'adoption de la loi de 1982 introduisant la possession d'état parmi les modes autonomes d'établissement du lien maternel en dehors de l'union conjugale.

2 La faveur pour l'acte de naissance

Plusieurs auteurs, à l'image de RAYNAUD, se sont interrogés sur l'équilibre des forces en présence, c'est-à-dire l'acte de naissance indiquant le nom de la mère et la possession d'état, au sein de l'article 337 : *« Suivant que l'on veut minimiser la réforme ou lui donner une plus grande ampleur, on donnera le rôle essentiel à l'acte de naissance ou à la possession d'état »*[127].

Quoiqu'il en soit, ce texte était, malgré le rôle dévolu à la possession d'état, *« le signe d'un affaiblissement du principe classique selon lequel la filiation naturelle ne se prouv*[ait] *pas par l'acte de naissance »*[128].

Le débat reçut un intérêt renouvelé avec l'adoption de la loi du 25 juin 1982 qui fît de la possession d'état un mode de preuve extrajudiciaire se suffisant à lui-même pour établir légalement la filiation maternelle hors union conjugale[129]. La possession d'état ayant acquis son autonomie, il a été suggéré de nouvelles interprétations de l'article 337 davantage axées sur l'acte de naissance.

CARBONNIER présentait deux lectures successives. La première était que *« foi provisoire* [était] *due au titre, en attendant que la possession d'état peu à peu soit constituée »*[130]. La seconde était que *« l'acte de naissance* [valait] *reconnaissance à lui seul, la possession d'état n'étant plus requise que pour prouver l'identité du réclamant avec l'enfant mentionné dans l'acte »*[131]. Ainsi, l'article 337 ancien conservait une utilité, malgré la réforme intervenue en 1982.

La mention du nom de la mère dans l'acte de naissance pouvait également présenter l'avantage de rendre convaincante la possession d'état en partant d'un acte officiel.

---

[127] P. RAYNAUD, « L'acte de naissance de l'enfant naturel », *Mélanges G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 911.

[128] P. MURAT, « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », op. cit. note 123, p. 5.

[129] C. civ., art. 334-8, al. 2 (L. n°82-536 du 25 juin 1982) : *« La filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état* […] *»*.

[130] J. CARBONNIER, « Droit civil : La famille », PUF, 1997, n°316.

[131] Ibid., n°316.

Dans un rapport publié en 1998[132], Irène THERY proposait une nouvelle formulation de l'article 337 : *« L'acte de naissance portant l'indication du nom de la mère vaut reconnaissance à moins qu'il ne soit pas corroboré par la possession d'état »*[133], ce qui induisait un renversement de la charge de la preuve.

La commission présidée par Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ a préféré supprimer toute référence à la possession d'état[134], l'acte de naissance, comme la possession d'état, pris isolément, suffisant parfois à l'établissement de la maternité sans qu'il y ait de lien matrimonial entre les parents biologiques.

B) Un rôle inexistant

Dès 1972, la reconnaissance était inutile lorsque la parturiente était mariée ou l'avait été, et qu'il s'avérait que l'enfant avait été conçu au cours d'une relation sexuelle avec un autre homme que le mari (2). Elle le devint également, à partir de 1982, lorsque l'enfant avait (et a[135]) une possession d'état à l'égard de la femme désirant établir sa maternité (1).

1 L'établissement de la maternité hors mariage par la possession d'état

Bien que ne figurant qu'à titre secondaire, puisque venant après la reconnaissance[136], la loi du 25 juin 1982 instaura, dans le Code civil, la possession d'état comme mode d'établissement de la maternité hors mariage.

Il ressortait de la nouvelle rédaction de l'article 334-8 qu'il n'était plus question de prévoir un quelconque équivalent à la reconnaissance. La possession d'état ne valait pas reconnaissance mais établissait – et établit toujours, à condition toutefois qu'elle ait été constatée par un acte de notoriété[137] ou par un jugement[138] – la filiation.

En réalité, les juges considéraient, lorsque le Code Napoléon fut adopté, que le lien avec la mère non mariée pouvait, comme pour l'épouse, être établi grâce à la possession d'état. Mais la jurisprudence connut un revirement le 17 février 1851[139] : la possession

---

[132] I. THERY, « Couple, filiation et parenté aujourd'hui: Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée », rapp. à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, Ed. Odile Jacob/La Documentation française, 1998.

[133] Ibid., p. 174.

[134] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », rapp., op. cit. note 91, p. 210.

[135] Cf. c. civ., art. 317.

[136] L'art. 334-8 c. civ., tel que modifié par la L. n°82-536 du 25 juin 1982, disposait en son al. 1er : *« la filiation naturelle est légalement établie par reconnaissance volontaire »*, puis énonçait seulement en son alinéa second que *« la filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état* […] ».

[137] C. civ., art. 317.

[138] C. civ., art. 330.

[139] Cass., civ., 17 fév. 1851, *D.*, 1851, jurisp., p. 115.

d'état ne pouvait plus bénéficier à la maternité hors mariage, solution qui obtint le ralliement quasi-unanime de la doctrine de l'époque, malgré quelques voix contraires dont celles de PORTALIS et de DEMOLOMBE qui avancèrent l'argument selon lequel on n'a pas à prouver ce que l'on possède.

Cinquante ans plus tard, Ambroise COLIN nous faisait part de son étonnement face à une législation qui *« admet la valeur probatoire »*[140] d'un aveu *« fait une fois pour toutes »*[141] dans des conditions pouvant *« le rendre suspect de complaisance ou de calcul »*[142], à savoir la reconnaissance, *« et réprouve celle de »* l'*« aveu répété* [et] *permanent »*[143] que constitue la possession d'état.

Certes les magistrats, puis la loi du 15 juillet 1955, firent de la possession d'état une preuve contentieuse du lien maternel hors mariage. Et des auteurs, tels Jean-Luc AUBERT, Jacques MASSIP, Georges MORIN[144] et René SAVATIER[145] invoquèrent l'esprit et le texte de la réforme de 1972, octroyant une très large place à la possession d'état, pour soutenir que cette dernière suffisait à l'établissement de la filiation en dehors de l'union matrimoniale[146].

Mais la jurisprudence des premiers temps persévérait dans la voie qu'elle avait précédemment empruntée, rejetant fermement l'idée que la possession d'état pût suffire à établir la filiation en dehors de l'union conjugale[147].

---

[140] A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », op. cit. note 18, p. 269.

[141] Ibid., p. 269.

[142] Ibid., p. 269.

[143] Ibid., p. 269.

[144] J-L AUBERT, J. MASSIP et G. MORIN, « La réforme de la filiation : Commentaire de la Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 », Répertoire du Notariat Defrénois, 1976, p. 65.

[145] R. SAVATIER, *JCP* G, 1976, II-18289, note CA Paris, 6 janv. 1976.

[146] En réunissant, dans un chapitre commun aux deux filiations et intitulé *« Des présomptions relatives à la filiation »*, plusieurs articles relatifs à la possession d'état, le législateur ne signifiait-il pas implicitement que la possession d'état faisait présumer le lien de filiation, même en dehors de tout engagement matrimonial ? De même, en prévoyant que *« les actions relatives à la filiation se prescriv*[ai]*ent par 30 ans à compter du jour où l'individu* […] *a*[vaient] *commencé à jouir de l'état qui lui* [était] *contesté »*, l'art. 311-7 n'impliquait-il pas que la possession d'état établissait aussi bien la maternité en mariage que la maternité hors mariage, et que la preuve qui en découlait devenait définitive à l'expiration du délai trentenaire ?

[147] V. par ex. : CA Aix-en-Provence, 17 juin 1974, aff. *« Picasso »*, *Defrénois*, 1975, jurisp., art. 30918, note R. SAVATIER. Toutefois, il est permis de voir dans deux arrêts rendus les 6 janv. (*JCP* G, 1976, II-18289, note R. SAVATIER) et 23 juil. 1976 (non publié), par la CA de Paris, l'annonce d'une évolution puisque, au lieu de rejeter expressément le moyen invoqué selon lequel la possession d'état permettait à elle seule d'établir la filiation hors mariage, les magistrats se sont contentés de déclarer, ayant pu donner satisfaction au demandeur sur un autre moyen, *« qu'il n'*[était] *pas nécessaire de statuer sur le point de savoir si la possession d'état continue dont* [pouvait] *se prévaloir* [le demandeur était] *de nature à prouver sa filiation naturelle »*.

Le *« détonateur »* devait venir de la Réunion, où le pourcentage des enfants *« illégitimes »* grimpait rapidement, passant de 20 % en 1967 à 33 % treize ans plus tard. Alléguant la place de la définition de la possession d'état dans les dispositions communes, les juges de Saint Denis, dans l'affaire *« Law-King »*, concluèrent à l'établissement du lien hors mariage par une possession d'état continue. Cette solution fut cassée par la Cour suprême le 8 mai 1979[148]. Mais la juridiction de renvoi[149] refusa de s'incliner.

L'Assemblée plénière, se prononçant le 9 juillet 1982[150] sur le second pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel de Saint Denis, conclut à l'établissement de la filiation par la seule possession d'état.

Cette décision intervenait certes après l'adoption de la loi du 25 juin 1982, mais elle n'en confirmait pas moins une solution déjà amorcée et que défendait une partie de la doctrine, dont les hauts magistrats ont repris l'un des arguments : *« L'article 334-8 qui, dans sa rédaction antérieure à la loi du 25 juin 1982, énumère seulement les cas dans lesquels l'acte juridique de reconnaissance ou les actions contentieuses engagées ont pour effet d'établir en droit, directement ou indirectement, le lien de filiation naturelle, ne fait pas obstacle à la constatation, en vertu de l'article 311-3, de la possession d'état d'enfant naturel fondée sur des éléments de pur fait, d'où résulte une présomption légale commune aux filiations légitime et naturelle instituée par les articles 311-1 et 311-2 »*[151].

La possession d'état, élément associé dans l'article 337 ancien du Code civil, est devenue mode autonome d'établissement de la filiation maternelle hors mariage. L'autre élément du texte, à savoir l'acte de naissance, pouvait également, à lui seul, établir ce lien, mais seulement dans des hypothèses bien déterminées.

2 L'établissement de la maternité par l'acte de naissance en présence d'une union matrimoniale

Il existait deux situations dans lesquelles la maternité se retrouvait établie par le seul acte de naissance mentionnant le nom de la mère, sans que celle-ci soit légalement unie au géniteur : c'était lorsque la contestation de la paternité de l'époux était favorablement accueillie par les magistrats et quand la présomption de paternité était *a priori* écartée par la loi, du moins dans le cas visé à l'article 313 alinéa 1er du Code civil.

---

[148] Cass., civ. 1ère, 8 mai 1979, *D.*, 1979, jurisp., p. 477, note D. HUET-WEILLER.
[149] CA Saint Denis, 4 juil. 1980, *D.*, 1981, jurisp., p. 58.
[150] Cass., Ass. plén., 9 juil. 1982, aff. *« Law King »*. H. CAPITANT, Y. LEQUETTE et F. TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », op. cit. note 124, p. 235.
[151] Ibid., p. 235.

Nous savons que, dès l'origine, il était admis que l'acte de naissance suffisait à établir la maternité en mariage[152]. Or, lorsqu'un désaveu exercé par le mari ou une action en contestation de sa paternité aboutissait à un constat judiciaire de sa non paternité, il était admis que la filiation maternelle n'était nullement remise en cause[153]. Si, bien souvent, il existait une possession d'état à l'égard de la mère, il n'empêche que le lien juridique entre elle et l'enfant demeurait même en l'absence de possession d'état, autrement dit dans un cas où la filiation n'avait été établie que par le titre.

Ainsi la maternité pouvait-elle être légalement établie par le seul acte de naissance, alors que la mère n'était pas mariée au géniteur.

La non application de la présomption de paternité, lorsque l'enfant avait été conçu en période de séparation légale[154], entraînait la même conséquence puisque l'article 313-2 alinéa 1er[155] prévoyait alors que *« la filiation de l'enfant* [était] *établie à l'égard de la mère comme s'il y avait eu désaveu admis en justice »* et que les textes ne distinguaient pas selon que l'enfant avait ou non la possession d'état à l'égard de sa mère.

En revanche, le rôle exact de l'acte de naissance était discutable lorsqu'il était question de l'hypothèse visée à l'article 313-1[156] du Code civil.

Comme pour le cas de la séparation légale, *« la filiation de l'enfant* [était] *établie à l'égard de la mère comme s'il y avait eu désaveu admis en justice »*[157]. Seulement, l'article 313-1 écartait l'application de la présomption de paternité *« quand l'enfant, inscrit sans l'indication du nom du mari, n'a*[vait] *de possession d'état qu'à l'égard de la mère »*. Ce qui signifie que nous étions soit en présence d'une possession d'état seule, soit en présence d'un acte de naissance indiquant le nom de la mère et corroboré par la possession d'état. Or, ces deux situations correspondaient aux cas où la maternité hors mariage se trouvait établie, respectivement l'article 334-8 alinéa 2 résultant de la réforme de 1982[158] et l'article 337 dans sa version de 1972[159].

---

[152] Cf. c. civ., art. 319, dans son ancienne rédaction : *« La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil »*.

[153] Cass., civ. 1ère, 25 avr. 1984, *Bull. Civ.*, I, n°134.

La filiation maternelle passait seulement de la qualité de *« légitime »* à celle de *« naturelle »*.

[154] C. civ., art. 313, al. 1 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972, modifié par l'ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005) : *« En cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, la présomption de paternité ne s'applique pas à l'enfant né plus de trois cents jours après l'ordonnance autorisant les époux à résider séparément, et moins de centre quatre-vingt jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation »*.

[155] Tel qu'il résultait de la L. n°72-3 du 3 janv. 1972, implicitement abrogé par l'ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005.

[156] Art. 313-1 créé par la L. n°72-3 du 3 janv. 1972, implicitement abrogé par l'ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005.

[157] Cf. c. civ., art. 313-2, al. 1 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« Lorsque la présomption de paternité est écartée dans les conditions prévues aux articles précédents, la filiation de l'enfant est établie à l'égard de la mère comme s'il y avait eu désaveu admis en justice »*.

[158] C. civ., art. 334-8, al. 2 (L. n°82-536 du 25 juin 1982).

Pour que l'acte de naissance bénéficie d'une valeur probatoire autonome, encore fallait-il que l'article 313-1 soit appliqué, comme certains le suggéraient alors, à l'enfant déclaré à l'état civil sous le seul nom de sa mère et dépourvu de toute possession d'état, c'est-à-dire tant à l'égard de l'époux qu'à l'égard de sa mère. Dans ce cas uniquement, on pouvait considérer que la filiation maternelle était établie par le seul acte de naissance.

Quoiqu'il en soit, l'état du droit aboutissait à une solution surprenante, à savoir que l'établissement de la maternité était plus aisé lorsque l'enfant était le fruit d'un adultère commis par l'épouse, que lorsque l'enfant était issu d'une femme non marié qui n'avait donc pas commis d'adultère.

En posant que la désignation de la mère, dans l'acte de naissance de l'enfant, établit la filiation maternelle, sans différencier selon que la parturiente est ou non engagée dans les liens du mariage, l'ordonnance du 4 juillet 2005 a mis fin à cette incohérence.

§ II Aujourd'hui : la subsidiarité de la reconnaissance dans l'établissement du lien maternel

S'il ne l'a pas été en vertu de l'article 311-25 du Code civil (A), le lien de filiation maternelle, qu'il s'inscrive ou non dans un mariage, peut être établi au moyen de la reconnaissance (B).

A) Un mode d'établissement supplétif à l'acte de naissance

L'article 316 alinéa 1er du Code civil dispose : *« lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance* […] *de maternité* […] *»*.

« Les conditions prévues à la section I du présent chapitre » visent, pour le lien maternel, celles énoncées à l'article 311-25 du Code civil, à savoir la désignation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant. En effet, le texte figure dans la section I, intitulée *« De l'établissement de la filiation par l'effet de la loi »*, du même chapitre que l'article 316 : le deuxième, relatif à *« l'établissement de la filiation »*.

Il faut donc imaginer que la maternité n'a pas été établie conformément à l'article 311-25, ce qui évoque l'hypothèse où le nom de la mère ne figurerait pas dans l'acte ou celle où l'acte de naissance ferait défaut[160].

S'agissant de la première situation, on peut songer à un accouchement sous X. Sans aller jusqu'à cette extrémité, la parturiente peut avoir simplement choisi de ne pas être mentionnée dans l'acte de naissance de l'enfant qu'elle a mis au monde. Cette carence

---

[159] C. civ., art. 337 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972).

[160] L'art. 313 c. civ. belge résout également ces hypothèses par la possibilité de reconnaître l'enfant.

peut aussi être involontaire, bien que cela devrait être exceptionnel au regard de la gestion des services de l'état civil.

En ce qui concerne l'absence d'acte de naissance, il est difficilement envisageable qu'elle résulte d'une cause autre qu'accidentelle, telle la perte de l'acte ou bien encore sa disparition dans un incendie, cas qui devraient demeurer très marginaux.

Le législateur a posé, à l'article 316 du Code civil, une règle de précaution qui permettra de remédier à une carence dans les registres de l'état civil ou, pour la mère, de revenir sur sa décision.

Le régime applicable à la reconnaissance maternelle est le même que celui qui régit la reconnaissance effectuée par un homme non marié à la mère de l'enfant.

Ainsi, la reconnaissance peut intervenir avant ou après la naissance[161], et même après le décès de l'enfant. Elle peut être *« faite dans l'acte de naissance »*[162] ou par acte séparé qui sera inscrit sur les registres de l'état civil[163], la seule condition étant l'authenticité de l'acte[164]. Elle doit être faite devant une autorité officielle, généralement *« l'officier de l'état civil »*[165], exceptionnellement les *« officiers instrumentaires désignés »* à l'article 59 du Code civil[166] pour le cas particulier d'un séjour en mer.

La reconnaissance contient les indications *« prévues à l'article 62 »* du Code civil[167], c'est-à-dire *« les prénoms, nom, date de naissance ou, à défaut, âge, lieu de naissance et domicile de l'auteur de la reconnaissance »*, ainsi que *« les date et lieu de naissance, le sexe et les prénoms de l'enfant ou, à défaut, tous renseignements utiles sur la naissance »*. Enfin, elle doit émaner de l'intéressée et ne produit effet qu'à son égard[168].

La femme qui reconnaît un enfant doit être celle qui a accouché de ce dernier. A défaut de quoi, la reconnaissance encourt le risque d'une action en contestation[169] qui, selon le cas[170], pourra être exercée par tout intéressé[171] ou uniquement par l'enfant, son

---

[161] C. civ., art. 316, al. 1.
[162] C. civ., art. 316, al. 3.
[163] C. civ., art. 62, al. 3.
[164] C. civ., art. 316, al. 3.
[165] C. civ., art. 316, al. 3.
[166] Renvoi de l'art. 62, al. 4, c. civ. intéressant les voyages maritimes. V. *supra*, chap. précédent.
[167] C. civ., art. 316, dernier al.
[168] C. civ., art. 316, al. 2.
[169] C. civ., art. 332, al. 1 : *« La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant »*.
[170] Selon qu'il existe ou non une possession d'état conforme au titre. V. *infra*, deuxième partie, titre II, *chap. I : La filiation charnelle : une action en contestation limitée*.
[171] C. civ., art. 334 : *« A défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée par toute personne qui y a intérêt* […] *»*.

père ou celle qui se prétend la mère véritable[172]. Le Parquet lui-même pourra agir *« si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent* [la filiation] *invraisemblable ou en cas de fraude à la loi »*[173].

Cette dernière expression est de nature à donner au ministère public un pouvoir d'action plus large que celui que lui reconnaissait l'article 339 alinéa 2, tel qu'il résultait de la loi du 5 juillet 1996, puisque n'était visée que *« la reconnaissance effectuée en fraude des règles régissant l'adoption »*. Désormais, sont notamment concernées la supposition et la substitution d'enfants : il y a *« supposition d'enfant »* lorsque la femme, auteur de la reconnaissance, a simulé un accouchement et fait passer pour sien un enfant qu'elle a en réalité recueilli ; il y a *« substitution d'enfants »* lorsque, l'auteur de la reconnaissance ayant accouché à la même époque qu'une autre femme, son véritable enfant est volontairement[174] attribué à l'autre, et réciproquement.

Le procureur de la République peut également intervenir en invoquant une fraude à la législation sur l'adoption si la reconnaissance fait suite à une convention de maternité pour autrui, réalisée à l'étranger ou en France, en violation du droit français qui interdit formellement de telles pratiques.

L'interdit vaut aussi bien pour une femme non mariée que pour celle qui se serait engagée dans les liens du mariage, d'autant que cette dernière bénéficie également de la possibilité de reconnaître son enfant.

B) Un mode d'établissement commun

L'énoncé de l'article 316 alinéa 1er est assez vague, en ce qu'il ne précise pas si la possibilité de *« reconnaissance de maternité »* concerne uniquement la maternité existant en dehors de tout lien conjugal ou si l'expression englobe également la maternité d'une femme mariée.

Or, le doute est permis si l'on considère que, historiquement, la reconnaissance n'a jamais été un mode d'établissement du lien maternel s'inscrivant dans un mariage. Devant la consécration d'une telle nouveauté, comment ne pas légitimement s'attendre à ce qu'il soit expressément indiqué que la règle de l'article 316 est applicable à la maternité hors mariage comme à la maternité en mariage ?

En outre, on observe que la législation française est rarement éloignée de celle des Etats voisins, en particulier la Belgique, dont le Code civil était auparavant commun au notre. Or, si l'on se réfère à l'article 313 du code belge, on constate que seule la mère non mariée avec le père de l'enfant peut reconnaître ce dernier lorsque son nom n'est pas mentionné dans l'acte de naissance ou lorsque cet acte fait défaut.

---

[172] C. civ., art. 333, al. 1er : *« Lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable.* […] *»*.

[173] C. civ., art. 336 : *« La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi »*.

[174] L'attribution involontaire ne peut être considérée comme constitutive d'une fraude.

Cependant, d'autres arguments, plus nombreux et mieux en accord avec la réforme de 2005 et son esprit, militent en faveur de l'application indifférenciée de l'article 316 lorsqu'il est question de la filiation maternelle[175].

Premièrement, l'un des objectifs des rédacteurs de l'ordonnance du 4 juillet 2005 était l'unification, au maximum, des règles relatives à la filiation[176]. Il ne s'est donc pas agi d'établir une nouvelle hiérarchie entre les maternités en mariage et hors mariage, au profit cette fois-ci de la seconde.

Deuxièmement, si l'absence de précision peut soulever le doute, elle sert davantage la thèse de l'uniformité des modes d'établissement : *« là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer »*. D'ailleurs la modification, par l'ordonnance, de l'intitulé de la section III du chapitre II du titre II du Livre premier va dans ce sens, puisqu'elle consiste en l'amputation des termes *« d'un enfant naturel »*, pour donner *« De l'acte de reconnaissance »*. Et les dispositions figurant dans cette section ont subi le même sort[177].

Enfin l'action en revendication d'enfant *« légitime »*, qui figurait à l'article 328 du Code civil et qui permettait à une épouse d'établir sa maternité à l'égard d'un enfant dans le cas où celle-ci ne l'aurait pas été par l'acte de naissance ou la possession d'état, a aujourd'hui disparu des textes. Ceci implique que, si l'on refuse à cette femme le bénéfice de l'article 316, elle ne pourra pas rectifier d'elle-même la situation, alors que les hypothèses précédemment envisagées de non établissement du lien maternel dans les conditions de l'article 311-25 du Code civil peuvent, comme une femme célibataire, la concerner.

---

[175] La plupart des auteurs se prononcent en faveur de cette solution, not. P. SALVAGE-GEREST, « La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.*, 2006, ét. 4, p. 13 : *« La reconnaissance* […] *peut être utilisée par les mères, mariées ou non »* ; et p. 14 : *« Il sera désormais possible à la mère mariée* […] *de reconnaître elle aussi son enfant* […] *»*.

[176] « La filiation sur ordonnance… », *RJPF*, 2005, 3/39, brèves : *« En vertu de la loi d'habilitation du 9 décembre 2004, le gouvernement est autorisé* […] *à modifier par ordonnance les dispositions du Code civil relatives à la filiation afin de tirer les conséquences de l'égalité de statut entre les enfants, quelles que soient les conditions de leur naissance* […] *»*.

F. GRANET-LAMBRECHTS, « Propos introductifs », dossier *Le nouveau droit de la filiation*, *AJFam.*, 2005, p. 425 : Parmi les *« objectifs énumérés dans l'article 4 »* de la L. n°2004-1343 du 9 déc. 2004, figurait : *« unifier les conditions de l'établissement de la filiation maternelle.* […] *Dans son ensemble, l'ordonnance du 4 juillet 2005 a été élaborée dans un souci* […] *d'harmonisation des règles de fond concernant l'établissement* […] *de la filiation des enfants nés dans le mariage ou hors mariage »*.

A-M LEROYER et J. ROCHFELD, Législation française : ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *RTDciv.*, 2005, p. 837 : *« L'esprit de la réforme repose sur deux objectifs principaux* [dont celui d'] *unifier le droit de la filiation pour parfaire l'égalité entre les enfants* […] *»*.

[177] Cf. c. civ., art. 62, al. 1er, qui prévoit désormais que *« l'acte de reconnaissance énonce les prénoms, nom, date de naissance ou, à défaut, âge, lieu de naissance et domicile de l'auteur de la reconnaissance »*, au lieu de : *« l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel énonce* […] *»*, comme c'était le cas dans son ancienne version.

Bien évidemment, si celle dont la maternité n'est pas établie est unie au père par un lien matrimonial, il va se poser inévitablement la question de l'établissement de la filiation paternelle qui, normalement, résulte de l'application de la présomption de paternité dans les conditions énoncées aux articles 312 et suivants du Code civil.

Tant que l'on ignore qui est la mère, on ne peut pas déterminer si le père est marié à celle-ci. Il faut donc envisager que, dans un premier temps, la présomption de l'article 312 ne s'applique pas. Quand ensuite la femme reconnaît l'enfant, on peut imaginer soit l'application à retardement de la présomption au profit de son époux, soit l'exercice de l'action en rétablissement des effets de la présomption de paternité si l'on se trouve dans l'un des cas visés aux articles 313 alinéa 1er et 314 du Code civil, lesquels évoquent des soucis dans la relation de couple, ce qui peut expliquer que la filiation maternelle n'ait pas été établie conformément à l'article 311-25 du Code civil.

Le problème de l'établissement de la paternité du mari ne devrait d'ailleurs pas tellement se poser, la non désignation de la mère dans l'acte de naissance impliquant bien souvent que l'enfant n'est pas issu des œuvres de celui-ci. Aussi le véritable père, non engagé dans des liens conjugaux avec la mère, pourra-t-il voir sa paternité établie en effectuant simplement une reconnaissance.

On pourrait voir dans la diminution de la place de la reconnaissance, concernant l'établissement de la filiation maternelle, un recul du rôle de la volonté. Mais il ne s'agit là que d'une apparence.

D'abord parce que, même si ce n'est qu'à titre subsidiaire – un peu comme une solution de secours – la reconnaissance fait toujours partie des modes de preuve du lien maternel, son domaine d'application ayant d'ailleurs été étendu à la maternité en mariage.

Ensuite, parce qu'une femme n'est nullement obligée de faire figurer son nom sur l'acte de naissance de l'enfant dont elle a accouché. En cela, l'acte de naissance traduit également l'aspect volontaire de la filiation maternelle.

Devenue la norme pour l'établissement volontaire des maternités en et hors mariage, la simple désignation dans le registre des naissances ne saurait l'être pour la paternité, que celle-ci s'inscrive ou non dans une union conjugale. Tenant à la nature des choses, la distinction semble irréductible.

CONCLUSION DU TITRE I

Le droit de la filiation a notamment pour but, lorsqu'il régit les modes d'établissement des liens originels, d'approcher au plus près de la réalité de l'engendrement[1].

Grâce à l'accouchement, qui est un événement visible, la vérité biologique peut être atteinte d'emblée et l'égalité entre enfants quant aux modes d'établissement volontaire de leur filiation maternelle peut être instituée.

En revanche, la paternité ne s'affiche pas de manière directe. Il est donc nécessaire de recourir à des moyens permettant d'établir, à défaut d'un lien biologique véritable entre le père légal et l'enfant, un lien vraisemblable. A cette fin, c'est-à-dire approcher au plus près de la vérité biologique, le législateur va rechercher des éléments sur lesquels il va pouvoir se fonder pour reconnaître que tel homme est le père. En présence d'un mariage avec la mère de l'enfant, le droit va pouvoir se baser sur cette union pour instituer une présomption de paternité à l'égard de l'époux, dans les limites de la vraisemblance de cette paternité. En l'absence d'un tel engagement conjugal, il ne peut recourir qu'à des moyens différents. C'est ce qui explique la distinction entre les modes d'établissement volontaire de la filiation paternelle, selon que celle-ci se situe en ou hors union matrimoniale.

« La maternité se prête[…] *aisément à l'unification ; la paternité résiste*[…] *»*[2].

Comme l'écrit le professeur MURAT, *« l'égalité n'implique pas la symétrie absolue »*[3]. Aussi n'est-il pas condamnable de distinguer entre l'homme et la femme, le processus naturel de procréation y invitant.

Si le droit peut, *« sans trop de crainte »*[4], s'en remettre aux indications de l'acte de naissance pour établir la maternité, il ne peut, en ce qui concerne la paternité, que faire appel à des présomptions ou aveu, ce qui l'a amené à une sous-distinction, cette fois-ci entre les pères, selon qu'il existe ou non un lien conjugal avec la mère de l'enfant.

La distinction entre filiation en mariage et filiation hors mariage n'a donc pas totalement disparu.

---

[1] Le droit donne aussi valeur à d'autres critères, tels la volonté et le comportement, qui viennent bien souvent appuyer les liens biologiques.

[2] P. MURAT, « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », *Dr. fam.*, 1998, chron. 14, p. 9.

[3] P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la C°EDH* (dir. F. SUDRE), coll. IEDH, 22-23 mars 2002, Fac. de droit Univ. de Montpellier I, Némésis/Bruylant, 2002, p. 187.

[4] Ibid., p. 187.

On la retrouve également lorsqu'il est question de l'enfant issu d'un inceste absolu, de même que dans le domaine de l'adoption et de la procréation médicalement assistée.

Toutefois, elle ne concerne pas les liens pris isolément, mais leur complémentarité : il est des hypothèses où la relation hors mariage n'est pas autorisée, par le droit, à former un couple parental ou est soumise à des conditions légales plus strictes que s'il s'agissait d'une union matrimoniale.

L'analyse des dispositions législatives fait ainsi apparaître des distinctions dans la complémentarité des liens de filiation.

TITRE II

LES DISTINCTIONS DANS LA COMPLEMENTARITE DES LIENS DE FILIATION

Les règles applicables à la filiation conduisent parfois à une distinction entre les enfants, selon que leurs auteurs sont ou non maritalement unis.

C'est ce qui résulte indirectement de celles concernant la filiation d'un enfant issu d'un inceste absolu. Dans un tel cas, l'enfant ne pourra établir que l'un de ses liens, jamais les deux[1]. Or, il ne peut s'agir que de situations d'inceste pour lesquelles aucune régularisation ne peut être envisagée, c'est-à-dire que les auteurs ne sont pas autorisés à légaliser leur union, ils ne peuvent pas bénéficier d'une dispense[2]. L'enfant visé par l'interdiction d'établir le double lien de filiation est par conséquent un enfant hors mariage (Chapitre I).

Dans le même ordre d'idée, avoir un enfant commun, en dehors des voies naturelles, est rendu plus difficile dès lors que le couple prétendant n'est pas marié.

En effet, l'adoption conjointe leur est fermée : le droit n'autorise l'adoption, en l'absence d'engagement conjugal, que par une seule personne[3]. Quant à la procréation médicalement assistée, il faudra, pour ceux qui n'ont pas officialisé leur union, répondre à des conditions plus strictes[4]. De telle sorte que le mariage tient une place importante parmi les conditions d'accès à la parentalité commune (Chapitre II).

L'établissement d'un double lien de filiation, lorsque celle-ci ne s'inscrit pas dans un mariage, se heurte à des obstacles qui n'existent pas en présence d'un tel engagement.

---

[1] Cf. c. civ., art. 310-2 : *« S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard d l'autre par quelque moyen que ce soit »*.

[2] Cf. c. civ., art. 161 et suiv.

[3] Cf. c. civ., art. 343 et 343-1, al. 1er.

[4] Cf. CSP, art. L 2141-2, dernier al. : *« L'homme et la femme formant le couple doivent être* […] *mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans* […] *»*.

CHAPITRE I :

L'ETABLISSEMENT INTERDIT DU DOUBLE LIEN DE FILIATION

L'article 310-2 du Code civil[1] interdit d'établir le double lien de filiation lorsque l'enfant est issu de ce que l'on appelle un *« inceste absolu »*. Il ne s'agit nullement d'une règle arbitraire ; au contraire. C'est d'ailleurs en expliquant son fondement que l'on comprendra qu'il n'existe pas de solution idéale pour l'enfant (section I).

Norme d'exception, elle est à l'origine de distinctions, en ce qu'elle ne concerne qu'une catégorie très limitée d'enfants et qu'elle produit des conséquences différentes pour chacun de ses géniteurs (section II).

Section I : Le fondement de l'interdiction d'établir une filiation incestueuse

Pour quelle(s) raison(s) l'enfant dont les parents sont empêchés de se marier, par des dispositions particulières du Code civil[2], ne peut-il obtenir l'établissement que d'un lien de filiation ?

De multiples justifications, toutes liées au tabou de l'inceste, sont avancées par la doctrine. L'interdit édicté à l'article 310-2 du Code civil serait la conséquence du fait que les relations charnelles entre individus partageant un lien de parenté ou d'alliance ont toujours été un sujet tabou (§ I).

Mais le véritable motif réside dans la définition même du mot *« tabou »* : l'interdiction d'établir la filiation dans ses deux liens est un élément du tabou de l'inceste. En effet, un tabou est ce qui est interdit et doit demeurer dans le silence et l'ignorance, ce qui est le cas de la filiation incestueuse visée à l'article 310-2 du Code civil sans être dénommée (§ II).

§ I L'interdit en tant que conséquence du tabou de l'inceste

Puisque l'inceste constitue un tabou, il s'agirait, en n'autorisant pas l'établissement du double lien de filiation, de préserver l'intérêt de l'enfant et l'ordre public (A).

La règle de l'article 310-2 du Code civil est davantage le signe qu'un lien ne peut légalement exister sans acceptation sociale (B).

---

[1] C. civ., art. 310-2 *: « S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit »*.

[2] A savoir les art. 161 (pour cause de parenté) et 162. V. *infra*.

A) Entre intérêt de l'enfant et ordre public

Plusieurs arguments sont avancés afin de justifier l'interdiction d'établir une filiation incestueuse en présence d'incestes particulièrement graves.

Il est certain que l'objectif essentiel du législateur n'est nullement de décourager de pareilles unions, encore moins de sanctionner les enfants qui en naîtraient. Bien au contraire, de nombreux professionnels invoquent l'intérêt de l'enfant à ce que lui soit épargnée la révélation officielle des circonstances de sa conception, circonstances qu'il serait préférable, dans la mesure du possible, de taire : *« Son intérêt n'est pas de voir révélées les conditions de sa conception »*[3]. Certes, l'interdit institué à l'article 310-2 préjudicie à l'enfant dans la mesure où, le privant de l'un de ses deux liens de filiation, il le prive des conséquences personnelles et patrimoniales qui y sont attachées. Mais *« il le protège aussi, tant l'enfant issu de l'inceste risque de pâtir de la reconnaissance officielle de la violation, par ses auteurs, d'un tabou aussi fortement ancré dans le symbolique »*[4]. En effet, faire apparaître le caractère incestueux de la filiation *« ne servirait point les intérêts de l'enfant mais le marquerait publiquement d'une tare qu'il est préférable de lui épargner »*[5]. La spécificité en droit dont il fait l'objet serait ainsi la meilleure garantie de son intégration en fait : la société ignorant l'origine incestueuse de l'enfant, ce dernier ne subirait pas de réprobation sociale.

La *« restriction au libre établissement de la filiation »* serait donc *« dictée par la volonté de préserver l'enfant »*[6]. Le secret de l'inceste serait, au moins pour partie, *« un secret de protection »*[7].

En outre, l'interdiction ne serait pas contraire au principe d'égalité des filiations, ce principe signifiant, d'après Jean FOYER notamment, non pas l'égalité d'accès à la filiation, mais l'égalité des avantages liés à l'établissement d'une filiation.

Certains jugent le voile dressé autour des origines de l'enfant comme indispensable, non seulement pour ce dernier, mais également pour la société[8].

Il s'agirait d'abord de prévenir un trouble social en assurant le respect du principe généalogique. En effet, l'établissement de la filiation dans ses deux lignes perturberait profondément les structures de la parenté, l'ordre familial fondé sur des rapports interindividuels clairement déterminés, en ce que l'enfant serait alors rattaché à chacun

---

[3] B. RENAUD, « Anonymat, un mal nécessaire », *JCP* N, 2000, p. 919.

[4] D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. fam.*, 2003, chron. 29, p. 5.

[5] J. FOYER, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de Loi n°1624 sur la filiation », *Documents*, AN, n°1926, annexe au PV séance du 18 juin 1971, p. 78.

[6] B. RENAUD, op. cit. note 3, p. 919.

[7] D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère… », op. cit. note 4, p. 5.

[8] A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste : Principe fondateur du droit de la famille », *RTDciv.*, 2000, p. 771.

de ses auteurs par un double lien : la maternité et la paternité doubleraient un lien de grand-parent à petit-enfant ou de sœur à frère ou d'oncle à nièce ou de tante à neveu.

La règle édictée à l'article 310-2 du Code civil aurait ensuite pour fonction de prémunir la société contre la portée symbolique qu'aurait un tel établissement : *« la fonction symbolique qu'a l'institution de l'état civil dans le système juridique fait que la consécration par l'état civil d'un lien de filiation incestueux aboutit indirectement à une sorte de reconnaissance de l'union sexuelle que le droit interdit directement en fermant aux intéressés la voie du mariage »*[9]. Elle viserait ainsi à cacher ce qui *« demeure une action abominable et odieuse »*[10], ce que l'on *« considère comme innommable »*[11]. Il s'agirait de dissimuler un *« acte répréhensible au regard de la morale »*[12]. C'est donc au nom de la morale publique que l'interdiction aurait été consacrée : *« il a semblé choquant et moralement inadmissible qu'il puisse être légalement établi qu'un enfant est issu des relations d'un père et de sa fille ou d'un frère et de sa sœur »*[13].

On ne peut, selon Daniel GUTMANN, invoquer à la fois l'ordre public et l'intérêt de l'enfant pour fonder l'interdiction d'établir le double lien de filiation dans les cas d'inceste les plus graves car ce sont là deux *« impératifs hétérogènes »*[14], le premier s'appréciant *in abstracto* puisque intéressant la société toute entière[15], le second ne pouvant être analysé que *in concreto* : *« certains enfants n'auraient-ils pas intérêt à venir à la succession de leur auteur, quitte pour cela à faire apparaître le caractère incestueux de la filiation ? »*[16].

Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir si, par la prohibition touchant l'établissement d'une filiation incestueuse, il s'agit plus de garantir l'enfant contre un rejet social ou de garantir la conservation d'une certaine moralité dans notre société aujourd'hui fortement libérée.

Pour Daniel GUTMANN, la motivation de l'interdit réside dans *« la permenance de modèles immuables »*[17], de *« raisons de principe fondamentales »*[18] qui relèveraient de l'ordre public de direction. C'est aussi l'idée que partage André BRETON, pour qui ce

---

[9] D. FENOUILLET, note civ. 1ère, 6 janv. 2004, *Dr. fam.*, 2004, comm. 16, p. 19.

[10] J. FOYER, « Rapport […] sur le projet de Loi n°1624 sur la filiation », op. cit. note 5, p. 78.

[11] A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste… », op. cit. note 8, p. 761.

[12] Ibid., p. 761.

[13] A. BRETON, « L'enfant incestueux », *Mélanges M. ANCEL, Aspects nouveaux de la pensée juridique : Tome I : Etudes de droit privé, de droit public et de droit comparé*, Pedone, 1975, p. 320.

[14] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité : Etude de droit des personnes et de la famille », LGDJ, 2000, p. 58.

[15] Ce qui est d'ordre public relève d'*« un intérêt social essentiel supérieur aux intérêts privés »*, ce qui appelle nécessairement une appréciation objective (M-Th. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », *Mélanges Gérard CORNU, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 332).

[16] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité… », op. cit. note 14, p. 58.

[17] Ibid., p. 58.

[18] Ibid., p. 58.

n'est pas spécialement l'intérêt de l'enfant qui est recherché, mais plus la conformité à un ordre social établi, à des considérations morales[19].

Surgit alors l'interrogation suivante : la question de l'établissement de la filiation ne met-elle pas en jeu, en plus de l'ordre public, la notion même de filiation ? Interdire l'établissement de la filiation incestueuse, n'est-ce pas le signe que la filiation n'existe pas en dehors d'une acceptation sociale ?

B) La nécessité d'une acceptation sociale

La filiation ne se réduit pas à l'engendrement. De multiples facteurs sont pris en compte par la loi pour qu'un lien, qui n'est pas obligatoirement d'ordre génétique[20], entre un enfant et un individu, accède au statut de lien légal, de lien de filiation.

Ces facteurs sont intégrés dans le cadre conceptuel du système politique global dont le souci est moins de consacrer un lien de droit qui serait en parfaite adéquation avec les rapports de consanguinité que de déterminer les liens *« qui méritent ou non d'être socialement reconnus »*[21] conformément à des intérêts et des valeurs jugées essentielles. Toute règle de droit, y compris celles intéressant la filiation, *« procède d'un jugement de valeur sur ce que la société doit accepter ou refuser »*[22].

C'est ce qui explique *« la variété des règles de filiation et leur inadéquation délibérée au fait généalogique, même connu, car elles se fondent non sur un recrutement de fait – fait qui est universellement le même – mais sur une investiture de droit, inspirée tout à la fois de croyances mythiques et religieuses, et d'intérêt démographiques, économiques, politiques, tous plus ou moins étroitement liés à des impératifs de survie »*[23].

On en veut pour preuve le sort autrefois réservé aux enfants issus d'un adultère (1) et, plus généralement, aux enfants hors mariage (2).

1 L'acceptation progressive de l'enfant dit adultérin

Pendant des siècles, l'établissement de la filiation adultérine a été interdit non pas tellement en raison de l'ignorance relative de la réalité biologique – laquelle offrait d'ailleurs *« une plasticité commode au modelage du donné naturel par des règles sociales délibérément inspirées d'autres objectifs, d'ordre économique, politique,*

---

[19] A. BRETON, « L'enfant incestueux », op. cit. note 13, p. 320.

[20] Cf. l'établissement de la filiation au moyen de la possession d'état constatée dans un acte de notoriété ou un jugement (respectivement art. 310-1 et 330 c. civ.).

[21] M-Th. MEULDERS-KLEIN, « La personne, la famille et le droit : 1968-1998 : Trois décennies de mutations en Occident », Bruylant/LGDJ, 1999, p. 210.

[22] D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère… », op. cit. note 4, p. 7.

[23] -Th. MEULDERS-KLEIN, « La personne, la famille et le droit… », op. cit. note 21, p. 161.

religieux ou moral, y compris dans les sociétés laïques occidentales »[24] – mais davantage dans un but de protection de la famille fondée sur le mariage : il s'agissait de ne pas faire apparaître au grand jour que la foi conjugale, et donc l'institution du mariage, pilier de la société, n'avait pas été respectée.

Ce silence était conforté par l'étendue du domaine d'application de la présomption de paternité du mari qui permettait de parer au cas où l'épouse affichait des enfants dont, en réalité, l'époux n'était pas le géniteur : ces enfants étaient rattachés au mari, même si les circonstances révélaient qu'ils avaient été conçus par un autre homme[25]. Et pour les cas où les dispositions légales ne permettaient pas de se retrancher derrière un mensonge, autrement dit de rattacher les enfants à l'union bafouée, le législateur n'autorisait pas l'établissement du lien juridique envers l'auteur adultère. Ainsi, la morale était sauve.

Le regard porté sur l'adultère et surtout sur le fruit de ces relations a par la suite évolué, de telle sorte qu'aujourd'hui la société accepte de reconnaître ce phénomène : la filiation peut être établie sans limite[26], l'enfant ne subit plus de restrictions successorales[27], et même *« la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire* […] *n'est pas contraire aux bonnes mœurs »*[28].

C'est aussi la réprobation morale et sociale, dont la procréation en dehors de l'engagement conjugal a longtemps été l'objet, qui explique que la preuve de la filiation hors mariage était autrefois soumise à une réglementation restrictive, tandis que la preuve de la filiation en mariage était largement ouverte.

A partir du moment où la conception d'un enfant en dehors du lien matrimonial a été progressivement mieux perçue, la loi a progressivement autorisé la recherche en justice du géniteur, ou du moins de celui qui était vraisemblablement le géniteur.

2 L'acceptation progressive de l'enfant dit naturel

Encore au début du XXème siècle, les relations charnelles sans le support de l'engagement conjugal étaient blâmées. Et rien n'était pire, pour une femme non mariée, que de tomber enceinte. Nombre d'unions ont été célébrées dans la précipitation dans le seul but de parer au scandale. Et combien d'enfants nés à terme sont passés pour des prématurés aux yeux des tiers, parfois même de la famille, afin d'éviter la réprobation ?

---

[24] Ibid., p. 210.
[25] Cf. *supra* titre I, chap. I, section I, § I, A), *2*.
[26] L. n°72-3 du 3 janv. 1972.
[27] L. n°2001-1135 du 3 déc. 2001.
[28] Cass., civ. 1ère, 3 fév. 1999, *Bull. Civ.*, I, n°43.

A mesure que les relations hors mariage ont été mieux acceptées par la société et qu'elles ont pu se développer avec plus de sérénité, le législateur a admis l'établissement forcé de la paternité.

Au départ, seule la reconnaissance était admise. Quelques exceptions sont ensuite apparues : les cas d'enlèvement et de viol. Puis ce fût la loi de 1912 qui marqua le début de réformes législatives au terme desquelles l'action en recherche de paternité est devenue par principe autorisée, et non plus exceptionnellement.

Parallèlement, les enfants nés hors mariage se sont vus reconnaître plus de droits, au point que, aujourd'hui, ils sont identiques à ceux des enfants issus d'une union matrimoniale. Mais à condition, bien sûr, que leur filiation soit établie. Or, pour qu'une filiation puisse être établie, il faut que la société l'admette : c'est justement là que réside le problème des enfants conçus grâce à la commission d'un inceste absolu.

Ce problème n'est pas près d'être résorbé car, en ce qui concerne l'inceste, les considérations sont différentes : l'inceste est *« un des tabous fondateurs de notre société »*[29], sa prohibition *« est au fondement même de notre civilisation »*[30], c'est *« un commandement fondateur de toute vie sociale »*[31], qu'*« il ne paraît ni opportun ni souhaitable »*, aux yeux du Conseil d'état, *« de remettre en cause* […] *pour un nombre de situations finalement très retreint »*[32].

§ II L'interdit en tant qu'élément du tabou de l'inceste

« Tabou » vient du mot polynésien *« tapu »*, que l'on traduit par *« interdit »*, *« sacré »*. En tant que nom commun, il désigne un *« système d'interdictions de caractère relatif appliquées à ce qui est considéré comme sacré (et interdit) ou impur »*[33]. Il est aussi utilisé comme adjectif : ce qui est marqué d'un tabou est frappé d'interdit, *« social et moral »*[34], et présente un caractère sacré. Le terme désigne enfin *« ce sur quoi on fait silence par crainte, pudeur »*[35], *« ce dont on ne doit pas parler »*[36].

Il ne fait aucun doute que les relations incestueuses, particulièrement lorsqu'il s'agit d'un inceste absolu, constituent un tabou. Tout est orchestré, dans les faits comme dans la loi, pour que le silence soit conservé à leur sujet. On a l'impression de quelque chose

---

[29] Conseil d'Etat, « Statut et Protection de l'Enfant », rapp. au Premier Ministre, La Documentation française, 1991, p. 85.
[30] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité… », op. cit. note 14, p. 54.
[31] A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste… », op. cit. note 8, p. 773.
[32] Conseil d'Etat, rapp. préc., p. 85.
[33] Le Robert : Dictionnaire d'aujourd'hui.
[34] Petit Larousse illustré.
[35] Le Robert : Dictionnaire d'aujourd'hui.
[36] Dictionnaire Hachette encyclopédique illustré.

de malsain, d'*« impur »*. Dès lors qu'il est question de rapports incestueux, un malaise se ressent, une certaine pudeur s'installe. Enfin, ces rapports sont frappés d'interdit : leur officialisation est prohibée.

L'interdiction inscrite à l'article 310-2 du Code civil participe du tabou de l'inceste en ce qu'elle permet à la commission de ce dernier de demeurer secrète, de ne pas être révélée au grand jour. Surtout, elle empêche que l'inceste soit reconnu par la société par le biais d'une institution légale, à savoir la filiation. Aussi est-elle une composante essentielle du tabou de l'inceste.

Le tabou de l'inceste emporte réprobation des rapports intimes entre proches, parents ou alliés (A), qui, lorsqu'ils existent, doivent demeurer cachés et ne sont jamais directement visés (B).

A) La réprobation des relations incestueuses

La réprobation de l'inceste a traversé l'espace et le temps. Seule position, semble-t-il, qui soit commune à tant de sociétés (1), elle se voit attribuer des éléments variés de justification, les uns se complétant, les autres se contrariant. Si certaines raisons avancées paraissent peu convaincantes, d'autres se révèlent assez perspicaces (2).

1 Une réprobation intemporelle universellement partagée

« L'ethnologie et l'anthropologie moderne attestent l'existence, dans toutes les sociétés, même les plus tolérantes, d'un code sexuel fait d'interdits et de prescrits propres à endiguer et à transformer en forces sociales les pulsions tumultueuses et souvent destructrices d'une exubérance sexuelle libérée de tout frein physiologique. L'existence aussi d'un réseau plus ou moins strict de règles de mariage et de parenté en marge desquelles il n'est pas permis de créer librement de la parenté »[37].

La façon dont sont appréhendées les relations sexuelles entre un homme et une femme appartenant au même groupe, en raison d'un lien de parenté ou d'alliance, en demeure le meilleur exemple.

De telles relations sont dites *« incestueuses »*, ce qui signifie en latin *« non chaste »*[38]. Qualifiée de *« souillure »*[39], l'inceste constitue l'un des tabous les plus fondamentaux de la société humaine et a toujours été, à de rares exceptions près, universellement prohibé.

Déjà sous l'Antiquité, le mythe d'Œdipe révèle que les dieux, médiatisés par les oracles, et les hommes, proscrivent unanimement une telle pratique.

---

[37] M-Th. MEULDERS-KLEIN, « La personne, la famille et le droit… », op. cit. note 21, p. 161.

[38] Inceste : substantif masculin, du latin *incestus*, adjectif (*in*, *castus* : non chaste).
Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique » (dir. G. CORNU), PUF, 1998.

[39] Du latin *incestum* : substantif : souillure. Ibid.

Pour la religion chrétienne, c'est le péché par excellence. Dans sa première lettre aux Corinthiens, Saint Paul[40] condamne l'*« inconduite telle qu'on ne la trouve même pas chez les païens »*, celle qui consiste à vivre *« avec la femme de son père »*. Cette union est formellement défendue dans la loi juive ainsi que dans le droit romain. L'orateur engage vivement ses *« frères »* à exclure celui qui se comporte ainsi.

Cinq cents ans après, les conciles d'Adge en 506 et d'Epaone en 517 s'étendent un peu plus sur le sujet : *« lorsque quelqu'un épouse la veuve de son frère ou la sœur de sa femme décédée ou sa belle-mère, sa cousine germaine, ou une cousine issue de germains, ces mariages sont défendus »*. Ils précisent toutefois, par souci de préserver le caractère indissoluble du mariage chrétien, que les unions visées qui auraient été contractées antérieurement ne seront pas cassées[41].

Les conciles de Clermont en 535, d'Orléans en 538 et 541, puis de Paris après 556, ajoutent à la liste l'union matrimoniale avec *« la tante paternelle ou maternelle, la belle-fille ou la fille de celle-ci »*. Ceux des VIIème et VIIIème siècles se contentent de réaffirmer les interdits précédemment consacrés.

Ce n'est qu'au concile de Verberie qu'apparaissent les degrés de parenté prohibés : *« Les cousins à la troisième génération qui se marient doivent être séparés »*[42]. Toujours en considération de l'indissolubilité (de principe) de l'engagement conjugal contracté devant Dieu, il est prévu que *« ceux qui se trouvent entre eux à la quatrième génération être mariés ne doivent pas être séparés, cependant à l'avenir les mariages entre cousins au quatrième degré ne sont plus autorisés »*.

Renouvelé à Compiègne, Arles, Mayence, puis à Rome le 14 avril 1059, l'empêchement est porté au septième degré de parenté. Il faut attendre le concile de Latran, en 1215, pour que la prohibition soit ramenée au quatrième degré de parenté.

Ajoutons qu'est assimilé à l'inceste le mariage entre personnes attachées par des liens spirituels, c'est-à-dire ceux créés par les sacrements du baptême et de la confirmation : un parrain ne peut épouser sa filleule, une marraine son filleul.

---

[40] Saint Paul, Première épître aux Corinthiens, 5, 1-17 : *« On entend dire partout qu'il y a chez vous un cas d'inconduite et d'inconduite telle qu'on ne la trouve même pas chez les païens : l'un de vous vit avec la femme de son père. Et vous êtes enflés d'orgueil ! Et vous n'avez pas plutôt pris le deuil afin que l'auteur de cette action soit ôté du milieu de vous ? Pour moi, absent de corps mais présent d'esprit, j'ai déjà jugé comme si j'étais présent celui qui a commis une telle action : au nom du Seigneur Jésus, et avec son pouvoir, lors d'une assemblée où je serai spirituellement parmi vous, qu'un tel homme soit livré à Satan* [expression désignant sans doute l'exclusion au moins momentanée du coupable hors de la communauté chrétienne] *pour la destruction de sa chair, afin que l'esprit soit sauvé au jour du Seigneur »*.

[41] « *De plus, si quelqu'un se marie avec la veuve de son oncle du côté paternel ou du côté maternel, ou bien avec sa belle-fille, ou quiconque contracterait à l'avenir une union illicite qui doit être dissoute, aura la liberté d'en contracter ensuite une meilleure »*, autrement dit avec un autre partenaire.

[42] *« Mais ils pourront après pénitence se remarier »* avec une personne autre.

Des personnages célèbres de notre Histoire se sont trouvés concernés. Ainsi de Guillaume de Normandie et de Mathilde de Flandre qui, descendant tous les deux du premier comte de Normandie Rollon, étaient parents au cinquième degré. Ils passèrent outre, quitte à se brouiller quelque temps avec le clergé de Normandie. Finalement, c'est l'abbé Lafranc du Bec-Hellouin, avec qui le duc Guillaume de Normandie s'était réconcilié, qui permit aux époux, en se rendant à Rome pour plaider leur cause, d'obtenir une dispense. Celle-ci fut accordée en 1059 sous réserve que les intéressés fassent bâtir, chacun, un monastère[43].

La levée de l'empêchement à mariage remonte donc à une époque plus ancienne que le Code Napoléon[44].

En revanche, le droit a abandonné les sanctions dont étaient assortis les avertissements. Le concile de Tribur[45], par exemple, énonçait que *« celui qui aura péché avec les deux sœurs passera le reste de ses jours dans la pénitence et dans la continence. La seconde des sœurs sera condamnée à la même peine, si elle savait la faute de la première. Si elle l'ignorait elle fera pénitence, mais pourra se marier »*.

L'époque franque, comme l'époque impériale et les temps féodaux prévoyaient déjà, de manière minutieuse, quelles unions devaient être réprouvées. Le Code civil a continué dans cette voie, quoique dans un sens plus libéral, puisque certaines prohibitions ont disparu et que d'autres peuvent être levées par dispense.

Est aujourd'hui prohibée la célébration de l'union, en ligne directe, *« entre tous les ascendants et descendants, et les alliés dans la même ligne »*[46], en ligne collatérale, *« entre le frère et la sœur »*[47], *enfin « entre l'oncle et la nièce »*[48] ainsi qu'entre *« la tante et le neveu »*[49].

Notons que les textes sont applicables à l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption, simple[50] ou plénière[51]. Pour cette dernière, la mise en œuvre de la règle à l'égard de la famille par le sang n'est pas évidente, car il se peut que la filiation d'origine de l'adopté n'ait jamais été établie.

---

[43] C'est là l'origine des deux abbayes de Caen : l'abbaye aux Hommes (église Saint Etienne) et l'abbaye aux Dames (église de la Trinité).

[44] Les autorités qui la délivrent ne sont bien évidemment plus les mêmes, puisqu'il s'agit désormais du président de la République, autorité laïque et non pas religieuse. Les conditions d'octroi ont également changé. Cf. *infra*.

[45] En 895.

[46] C. civ., art. 161 : *« En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants, et les alliés dans la même ligne »*.

[47] C. civ., art. 162 : *« En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur »*.

[48] C. civ., art. 163 : *« Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce* […] *»*.

[49] C. civ., art. 163 : *« Le mariage est encore prohibé entre* […] *la tante et le neveu »*.

[50] C. civ., art. 364, al. 2 : *« Les prohibitions au mariages prévues aux articles 161 à 164 du présent code s'appliquent entre l'adopté et sa famille d'origine »*. Art. 366 s'agissant de l'adoptant et de sa famille.

[51] C. civ., art. 356, al. 1er : *« L'adoption 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 visées aux articles 161 à 164 »*.

S'agissant de l'adoption simple, le législateur apporte quelques précisions en raison des particularités de cette forme d'adoption, qui pourraient soulever quelques interrogations quant aux unions prohibées. L'article 366 du Code civil dispose : *« le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend*[ant] *aux enfants de l'adopté, le mariage est prohibé : 1° Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ; 2° Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant ; réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ; 3° Entre les enfants adoptifs du même individu ; 4° Entre l'adopté et les enfants de l'adoptant »*[52].

Enfin, l'article 342-7 du même code prévoit que *« le jugement qui alloue les subsides crée entre le débiteur »*, qui n'est alors qu'un père possible[53], *« et le bénéficiaire, ainsi que, le cas échéant, entre chacun d'eux et les parents ou le conjoint de l'autre, les empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164* […] *»*.

Que ce soit en Grèce, à Rome ou en France, qu'il s'agisse du Droit canon, des lois laïques ou bien des coutumes, l'union entre parents ou alliés, à un degré variable suivant les sociétés et les époques, a été et est encore interdite.

Devant une telle unanimité dans la réprobation de l'inceste, il est intéressant de s'interroger sur les raisons pouvant expliquer cet interdit.

2 Une réprobation diversement justifiée

Plusieurs théories ont été proposées afin d'expliquer la prohibition des relations incestueuses.

Concernant l'empêchement à mariage entre le frère et la sœur, que l'on rencontre dans la plupart des systèmes juridiques, l'ethnologue anglais WESTERMARCK[54] a prétendu à l'absence de désir sexuel entre enfants élevés ensemble, la loi venant ainsi sublimer des comportements déjà naturels, *« les mettre en devises flatteuses que nous suspendrons aux linteaux de nos portes »*[55]. Les transgresseurs seraient dès lors des *« dénaturés »*.

Cette thèse a été dénoncée par Sigmund FREUD qui soutenait, au contraire, qu'il existait entre parents et alliés un désir latent que viendrait censurer le législateur[56], ce qui impliquerait que tout homme est un transgresseur en puissance[57].

---

[52] C. civ., art. 366, al. 1 et 2.

[53] V. *infra*.

[54] CARBONNIER reprend, dans « Flexible droit : Textes pour une sociologie du droit sans rigueur » (LGDJ, 1971, p. 171), l'explication développée par l'ethnologue en 1891 dans son ouvrage « History of human marriage ».

[55] J. CARBONNIER, préc., p. 171.

[56] Le législateur viendrait ainsi *« comprimer des comportements naturels et nous contraindre à d'autres qui ne le son pas »*. Ibid., p. 171.

On a également fait valoir le risque plus grand, pour les enfants issus d'une union consanguine, de souffrir de déficiences physiques et mentales[58]. Mais, d'une part, *« la peur du monstre tient bien davantage du récit que l'on peut faire de l'inceste pour susciter un sentiment d'horreur, qu'il ne repose sur des études biologiques sérieuses »*[59], d'autre part l'argument génétique s'avère insuffisant à fonder les diverses prohibitions légales, lesquelles peuvent concerner des alliés, ainsi que les enfants adoptés par rapport à la famille adoptive.

Si bien qu'un autre argument, tiré de la moralité, est apporté pour légitimer l'interdit général de l'inceste : les unions sexuelles à l'intérieur d'une même famille jettent le trouble et la discorde entre ses membres, en particulier lorsqu'elles ont provoqué des divorces. En supprimant *« la possibilité et donc l'espoir de régulariser »* la situation, *« le droit* [combat], *dans la mesure de ses moyens, la tentation d'un adultère particulièrement scandaleux »*[60].

La morale chrétienne partage ce point de vue lorsqu'elle incite, par les prohibitions qu'elle instaure, à une rectitude de conduite entre gens qui, jusqu'à une époque récente, vivaient ensemble au même foyer, *« taillant au même chanteau*[61]*, buvant au même pot »*. Constituant ce que l'on appelle la *« famille coutumière »*, ces groupes ont persisté durant les temps féodaux et médiévaux. On les trouve encore sous l'Ancien Régime, plus particulièrement dans l'ouest et le centre de la France, sous la forme des *« communautés taisibles »*, dont quelques-unes ont survécu à la Révolution de 1789.

La vigilance ecclésiastique prévenait ainsi les écarts et les désordres qui pouvaient aisément se produire à l'intérieur de ces *« feux »* où la famille, en montagne, vivait repliée sur elle-même pendant les mois d'hiver et, dans les campagnes, était souvent isolée en raison de l'extrême dissémination de la population. On considère que deux époux étant une même chair, chacun d'eux communique sa parenté à son conjoint, et cela jusqu'à plusieurs degrés.

Se fondant sur le principe de fraternité qui existe entre tous les membres d'une même communauté familiale, le pape ALEXANDRE II reprend l'idée dans une lettre qu'il rédige en 1063 : tous étant frères, les rapports sexuels entre les membres auraient un aspect incestueux.

---

[57] Il semble que ce soit aussi la thèse de Maurice GODELIER (« La sexualité est toujours autre chose qu'elle-même », *Revue Esprit*, mars-avril 2001, p. 98), pour qui *« l'enfant va devoir, dès sa naissance, et ceci dans toute société, orienter ses désirs sexuels vers les personnes convenables aux yeux de la société. Il va donc, de ce fait, devoir refouler et sacrifier les désirs qui le portent vers des personnes non convenables »*.

[58] J. CARBONNIER, « Droit civil : Tome 2 : La famille, l'enfant, le couple », PUF, 2002, p. 446.

[59] B. CYRULNIK, « Le sentiment incestueux », *De l'inceste*, Editions Odile Jacob, mai 2000, p.p. 25 et suiv.

[60] Ph. JESTAZ, « La parenté », *Revue de droit de Mc Gill*, vol. 41, 1996, p. 396.

[61] C'est-à-dire à la même miche de pain.

Les mesures prises par l'Eglise incitaient les groupes familiaux à s'ouvrir, à s'étendre avec chaque mariage, ce qui étendait aussi le cercle de la solidarité familiale à l'effet d'accueillir les parents pauvres ou âgés, les enfants issus de l'engagement matrimonial et ceux conçus en contravention à la foi conjugale. Dans son traité *« De gradibus parentele »* qu'il compose en 1063, Pierre DAMIEN énonce que toute union est fondée sur la charité, l'amour de Dieu et celui du prochain.

La dynamique de la charité pousse ainsi à rechercher le mariage hors du cercle familial.

Neuf siècles plus tard, l'anthropologue Claude LEVI-STRAUSS, invoquant des facteurs sociaux, développe une conception voisine. Il explique que la renonciation à un proche parent nous oblige à céder celui-ci à un individu extérieur à notre propre groupe – en cela, l'inceste serait *« une règle de don, l'obligation de donner la femme, mère, sœur ou fille à autrui »*[62] – et à aller chercher un conjoint dans un groupe également extérieur[63]. En même temps qu'il interdit l'endogamie, le tabou de l'inceste impose donc l'exogamie. En cela il contient *« une injonction positive : le commandement d'aller chercher femme ailleurs, au-dehors »*[64].

Le respect de cette consigne permet aux différents groupes humains de nouer des relations et de se perpétuer, au lieu de s'effondrer sur eux-mêmes. Nécessaire à la cohésion de la société, la prohibition apparaît comme *« la démarche fondamentale dans laquelle s'accomplit le passage de la nature à la culture »*[65].

Plus récemment, on a ajouté à la fonction sociale de l'interdit de l'inceste un caractère symbolique. En effet, l'obligation de s'unir avec un autre sang que le sien ne serait pas seulement l'obligation sociale de donner mise en avant par Claude LEVI-STRAUSS : elle représenterait la garantie d'une séparation physique et symbolique entre les générations. Les empêchements à mariage traduiraient *« un souci de cohérence dans les liens de filiation »*[66]. Ils permettraient *« la différenciation au sein même de la lignée et la réalisation de soi à travers le prolongement dans l'Autre, et non dans le Même »*[67]. L'inceste serait donc perturbant non seulement dans l'ordre social en ce qu'il porte atteinte au principe généalogique, mais également dans l'ordre individuel en ce qu'il entraîne la confusion des rôles et rend difficile la construction de l'identité du sujet.

---

[62] C. LEVI-STRAUSS, « Les structures élémentaires de la parenté », PUF, 1949.
[63] Ibid.
[64] J. CARBONNIER, « Droit civil : Tome 2 : La famille, l'enfant, le couple », op. cit. note 58, p. 446.
[65] C. LEVI-STRAUSS, « Les structures élémentaires de la parenté », Plon, 1982.
[66] A. GOUTTENOIRE-CORNUT et M. LAMARCHE, « Mon grand-père veut épouser ma mère… La Cour européenne des droits de l'Homme lui donne raison », note Cour EDH, 13 sept. 2005, *« B. L. contre Royaume-Uni »*, *Dr. fam.*, 2005, comm. 234, p. 20.
[67] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité… », op. cit. note 14, p. 55.

Le tabou de l'inceste n'a jamais reçu de justification unanime. Ce qui ne l'a nullement empêché de traverser les millénaires et de constituer une des bases constantes du droit familial français.

Loin de se résorber, ce tabou demeure dans de nombreuses sociétés contemporaines (plus particulièrement les pays latins) où il se manifeste, en droit, par le refus d'employer le mot *« inceste »* et de dénoncer expressément des rapports de ce type.

B) La clandestinité des relations incestueuses

Les textes fixent *« la règle du jeu social »*[68] : certains rapports sexuels ne peuvent être légalisés. Mais dès lors qu'il s'agit de prendre acte de ce que l'interdit a été transgressé, le législateur se montre plus *« frileux »*, en ce sens qu'il n'édicte aucune disposition destinée à sanctionner directement le non respect de la règle. Cette attitude s'explique par le souci d'empêcher la révélation au grand jour de la consommation de l'inceste.

Ainsi, que ce soit en matière pénale (1) ou dans le domaine civil (2), l'inceste n'y figure jamais expressément. Cette position de déni est le reflet de la société tout entière, ou presque, les individus préférant généralement garder secrète cette réalité (3).

1 L'absence d'incrimination pénale spécifique

Les rapports charnels entre proches sont-ils répréhensibles ?

En Allemagne, au Danemark, en Suisse, en Angleterre et aux Pays de Galles, les relations sexuelles entre personnes unies par un lien de famille sont constitutives d'une infraction pénale, quand bien même ces relations seraient librement consenties[69].

La solution est totalement différente en Espagne, au Portugal et en France, où l'inceste n'est pas réprimé pour lui-même[70]. C'est seulement à travers le viol qu'il est pris en compte par le droit pénal français, et uniquement au titre de circonstance aggravante de l'infraction.

En effet, l'article L 222-23 du nouveau Code pénal punit *« de quinze ans de réclusion criminelle »*, *« tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise »*. La sanction est portée à vingt ans, par l'article L 222-24 du même code, lorsque le viol *« est commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime »*, cette *« personne »* pouvant être un parent appartenant à la ligne collatérale ou bien encore un allié.

---

[68] A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste… », op. cit. note 8, p. 761.

[69] V. l'étude de droit comparé sur « La répression de l'inceste », *Les documents de travail du Sénat*, série Législation comparée, fév. 2002.

[70] Ibid.

Autrement dit, les relations charnelles entre parents ou alliés ne sont pas pénalement condamnées dès lors qu'il n'y a eu ni violence, ni contrainte, ni menace, ni surprise.

Ce qui est incriminé, c'est le viol, l'appartenance familiale ne constituant qu'une circonstance aggravante. Pour que cette appartenance soit prise en compte par le droit pénal, il faut qu'il y ait eu viol. Indépendamment des éléments qui définissent celui-ci, la législation criminelle ignore l'inceste. En l'absence de viol, l'inceste n'est pas considéré par le droit répressif[71].

Le droit civil n'est pas en reste, puisqu'il refuse par principe d'enrôler toute situation qui révèlerait l'existence de rapports incestueux.

2 La prohibition de l'officialisation civile

Le Code civil prévoit, en ses articles 161 à 163, plusieurs hypothèses pour lesquelles le mariage est, par principe, interdit[72].

Le premier de ces textes vise l'union entre ascendants et descendants, ainsi que celle entre alliés dans la même ligne. La disposition suivante s'intéresse aux unions entre frère et sœur[73]. L'article 163, enfin, énonce que *« le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu »*[74].

Notons que la règle s'applique aussi bien à ceux qui n'ont qu'un auteur commun, tels des frère et sœur consanguins ou utérins, qu'à ceux qui ont deux auteurs communs, tels des frère et sœur germains. De la même manière, *« l'article 163 ne distingue pas selon que l'oncle et la nièce sont issus d'un seul ou de deux auteurs communs »*[75]. Aussi interdit-il l'union conjugale d'un homme avec la fille de sa sœur consanguine[76].

---

[71] La remarque d'Irène THERY (« Filiation et parenté : la distinction des sexes dans une société égalitaire », *Identités, filiations, appartenances*, dir. Ph. PEDROT et M. DELAGE, coll. Hyères, 23 et 24 mai 2003, PUG, 2005, discussion p. 44) est à ce propos intéressante : *« Il me semble qu'aujourd'hui, on a fait de l'inceste la forme la plus grave du viol ; c'est-à-dire qu'on voit l'inceste uniquement sous la forme de l'inceste ascendants-descendant, avec une différence frappante coupable-victime. Dans le passé, on n'aurait pas eu cette idée de distinguer un coupable et une victime. Ces deux étaient enveloppés dans le même péché global contre la parenté et contre l'ordre sexuel, lui-même rapporté à la famille ».*

[72] On retrouve des dispositions similaires en droit belge. Cf. J. POUSSON-PETIT, « Chronique du droit des personnes et de la famille en Belgique », *Dr. fam.*, 2003, chron. 30, spéc. p. 17.

[73] C. civ., art. 162.

[74] C. civ., art. 163.

[75] CA Rouen, 23 fév. 1982, *D.*, 1982, info. rapides, p. 211.

[76] Ibid.

Cependant, la loi prévoit la possibilité d'obtenir une dispense du président de la République[77], mais uniquement *« pour causes graves »* et seulement à l'égard de certains rapports incestueux[78].

Une *« dispense »* se définit par le *« relâchement de la rigueur du Droit accordé par faveur à un individu déterminé, pour des motifs particuliers,* […] *par une autorité publique* […] *»*[79]. Elle peut notamment consister en une *« autorisation de faire, exceptionnellement, ce qui est normalement prohibé »*[80].

En l'espèce, ceux qui sont empêchés de s'épouser pourront, si le chef de l'Etat accueille leur requête, c'est-à-dire lève la prohibition – décision relevant de son pouvoir discrétionnaire[81] – s'engager dans les liens conjugaux.

Les bénéficiaires devront soit être des alliés en ligne directe, et à condition que la personne qui a créé l'alliance soit décédée[82], soit être oncle et nièce ou bien tante et neveu[83]. La dérogation ne s'applique pas, pour les alliés, lorsque la dissolution du premier engagement matrimonial résulte d'un divorce[84].

Cette règle s'explique par la considération selon laquelle certains individus pourraient être tentés, ou du moins être soupçonnés d'avoir été tentés, de provoquer le divorce à seule fin d'épouser l'un des (ex-)conjoints, ce qui risquerait d'être source de conflits au sein du groupe familial.

Les hypothèses mentionnées à l'article 164 du Code civil sont des incestes dits *« relatifs »*[85], parce que susceptibles de dispense, par opposition aux incestes dits *« absolus »*[86]. Ces derniers supposent qu'il y ait un lien de parenté en ligne directe entre les intéressés[87] ou bien que ceux-ci soient frère et sœur[88].

---

[77] En Belgique, ce rôle revient au Roi.

[78] C. civ., art. 164 : *« Néanmoins, il est loisible au président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées :*
1° par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ;
2° Abrogé, Loi n°75-617, 11 juillet 1975, article 9 ;
3° par l'article 163 aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu ».

[79] Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique », op. cit. note 34.

[80] Ibid., p. 288.

[81] Cf. c. civ., art. 164 : *« il est loisible au président de la République* […] ».

[82] C. civ., art. 164, 1°.

[83] C. civ., art. 164, 3°.

[84] En Grande-Bretagne, le Mariage (Prohibited Degrees of Relationship) Act de 1986 n'interdit pas le mariage entre alliés lorsque la dissolution de la première union résulte d'un divorce. Cependant, les candidats au mariage devront préalablement obtenir une autorisation que le Parlement britannique accorde à sa discrétion. Si la personne qui a créé l'alliance est décédée, le mariage entre alliés est légalement admis sans aucune condition de dispense, comme pour toute union entre gens qui n'ont aucun lien de parenté ou d'alliance entre eux.

[85] *« Relatif : qui admet certaines dérogations »*. Définition 4 in Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique », op. cit. note 35.

[86] *« Absolu : sans exception ni dérogation »*. Définition 4, ibid.

Il est à observer que cet interdit concernant le cercle familial étroit, à savoir les ascendants et descendants en ligne directe, ainsi que les frères et sœurs, a été conservé de manière absolue tout au long des siècles.

Le Code civil ne se contente pas d'instaurer des empêchements à mariage lorsqu'il est question d'inceste. Il va jusqu'à exclure, dans certains cas qu'il définit[89], l'établissement du double lien de filiation de l'enfant qui naîtrait d'une telle union[90].

La raison en est simple : l'établissement du double lien, maternel et paternel, révèlerait inévitablement l'existence des relations incestueuses. Indirectement, celles-ci seraient légalement reconnues et officialisées. Elles seraient en quelque sorte *« légitimées »*, ce que refuse le législateur, car *« une telle légitimation ébranlerait l'ordre social fortement lié* […] *à l'interdit matrimonial »*. Il s'agit ainsi de *« camoufler la violation d'un tabou qui ébranle tout l'ordre social »*[91].

Indépendamment de cette considération, l'interdit consacré à l'article 310-2 du Code civil se justifie par le souci de prévenir l'atteinte à l'ordre des générations que provoquerait inévitablement l'établissement de la filiation dans ses deux liens par un cumul des liens de famille.

Sans entrer en contradiction avec ce vœu, Daniel GUTMANN, dans sa thèse sur *« Le sentiment d'identité »*[92], propose une solution plus favorable à l'enfant : il s'agirait d'admettre l'établissement du second lien dès lors que l'un des géniteurs viendrait à décéder[93]. En effet, tant qu'ils sont vivants, les auteurs personnifient le tabou de l'inceste. On peut donc considérer que la société, et éventuellement l'enfant, sont intéressés à ce que le secret de la relation incestueuse soit juridiquement préservé[94]. Dès lors que le père ou la mère vient à mourir, l'inceste n'a plus de représentation et l'établissement du second lien ne devrait plus poser problème.

Une telle solution serait d'autant plus souhaitable que *« l'interdit de l'inceste est un interdit social relatif aux relations sexuelles. C'est le couple qui est visé »*[95] : il est dès lors permis de s'interroger sur le fait qu'il rejaillisse sur l'enfant, être dont l'innocence est indiscutable[96].

---

[87] C. civ., art. 161, par renvoi de l'art. 310-2.
[88] C. civ., art. 162, par renvoi de l'art. 310-2.
[89] Cf. c. civ., art. 310-2. Voir *infra*.
[90] C. civ., art. 310-2.
[91] D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère… », op. cit. note 4, p. 5.
[92] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité… », op. cit. note 14.
[93] Ibid., p.p. 59-60.
[94] Not. par le biais de l'interdiction d'établir les deux liens de filiation, établissement qui ferait apparaître l'existence des rapports incestueux.
[95] E. PAILLET, « L'enfant incestueux : enfant-clone », *Les contentieux de l'appartenance*, journées d'études, 19 et 20 déc. 2002, L'Harmattan, 2006, p. 311.
[96] Ibid., p. 311.

Ce qu'il faut garder à l'esprit, c'est que l'inceste constitue un tabou qui, en tant que tel, ne doit pas apparaître au grand jour. Cette nécessité prime toute autre considération et autorise l'emploi de moyens qui peuvent, aux yeux de certains, sembler contestables.

« L'ordre de la loi », et devrait-on dire de la société entière, *« est celui du silence »*[97].

3 La conspiration du silence

Depuis 1972, le droit manifeste une *« pudeur terminologique »* en excluant le terme de son lexique. Plutôt que d'employer l'expression *« enfant incestueux »*, la législation civile préfère parler d'enfant dont les père et mère sont frappés par l'*« un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté »*[98].

Et tout est orchestré pour que l'innommable ne soit pas révélé au grand jour. En témoigne l'interdiction d'établir le second lien de filiation, lorsque le rapprochement avec le premier aurait pour effet de faire apparaître une situation d'inceste.

On a voulu voir dans cette occultation la volonté législative de *« montrer »* que les enfants issus de relations incestueuses sont des *« enfants comme les autres »*[99]. Cependant, si l'amputation du vocabulaire juridique traduit une volonté d'assimilation – au demeurant très imparfaitement réalisée –, l'effet produit est sans doute différent[100].

Etant donné qu'il n'existe aucune disposition répressive spécifique à l'inceste, *« l'incestueux »* semble placé *« dans le néant »*[101]. *« Ce qui n'est pas enrôlé n'existe pas »*[102]. *« L'inceste constitue une zone où le sacré persiste à se manifester sous sa forme répulsive, pérennisant l'antique distinction entre le pur et l'impur, l'intact et le souillé »* [103] : *« l'inceste reste, en droit français, le lieu maudit des interdits »*[104].

Or, le silence légal correspond au silence de fait que la société instaure autour de la situation d'inceste. Il n'y a qu'à voir l'attitude concrète de ceux qui vivent de telles relations ou en ont connaissance.

C'est donc *« une véritable conspiration du silence qui se trame autour de la majorité des incestes »*[105], puisque la loi va jusqu'à refuser de reconnaître le fruit de

---

[97] A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste… », op. cit. note 8, p. 759.
[98] C. civ., art. 310-2.
[99] A. BRETON, « L'enfant incestueux », op. cit. note 13, p. 310.
[100] Cf. *infra*, section II, § II, A).
[101] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité… », op. cit. note 14, p.p. 56-57.
[102] J-P BRANLARD, « Le sexe et l'état des personnes : Aspects historique, sociologique et juridique », LGDJ, 1993, p. 276, n°721.
[103] D. GUTMANN, préc., p. 57.
[104] G. CORNU, cité par D. GUTMANN, ibid., p. 57.
[105] Ibid., p. 57.

telles unions. Plus qu'un simple vœu, le législateur impose le secret, même si cela a pour effet d'engendrer des inégalités.

Section II : Les conséquences de l'interdiction d'établir une filiation incestueuse

En prohibant l'établissement de la filiation des enfants issus d'un *« inceste absolu »* ou *« de droit naturel »*[106], le législateur instaure immanquablement des distinctions, de manière indirecte entre les géniteurs (§ I), de manière directe entre les enfants (§ II).

§ I L'institution indirecte d'une distinction entre les auteurs

C'est par l'effet d'autres dispositions relatives à la filiation que la règle édictée à l'article 310-2 du Code civil va avoir des conséquences différentes pour chacun des auteurs de l'enfant.

Comme l'inceste n'apparaît légalement que si l'on rapproche la filiation maternelle de la filiation paternelle, la prohibition inscrite à l'article 310-2 du Code civil n'affecte pas les deux, mais seulement celle qui vient en second : *« la filiation étant établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit »*. Autrement dit, l'établissement du premier lien exclut l'établissement du deuxième.

Observons qu'aucun géniteur en particulier n'est visé, le législateur ayant pris soin d'employer des termes impersonnels : *« l'un »*, *« l'autre »*. Toutefois, il résulte de la combinaison des textes du Code civil une différence de traitement entre les père et mère. En effet, c'est la maternité qui sera le plus souvent établie (A), tandis que le père sera réduit au statut de débiteur (B).

A) L'établissement majoritaire du lien maternel

En raison des règles entourant l'établissement des liens de filiation, c'est la maternité qui demeure très majoritairement établie en premier.

La simple désignation de la mère dans l'acte de naissance suffit, en vertu de l'article 311-25, à établir la filiation maternelle. Celle-ci sera donc établie, dans la plupart des cas, dès la naissance.

L'établissement de la paternité, nécessairement hors mariage[107], oblige quant à elle à effectuer une reconnaissance. Or, cette démarche intervient généralement après l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance.

---

[106] A. BRETON, « L'enfant incestueux », op. cit. note 13, p. 319.
[107] Cf. *infra*, section II, § II, A), *1*.

La reconnaissance prénatale, encore qu'elle ne prendra effet qu'à la naissance de l'enfant et que l'acte de naissance dressé à ce moment là désigne généralement la mère (hors le cas d'accouchement sous X), pourrait constituer une solution favorable pour le père, à condition toutefois qu'elle intervienne avant une éventuelle reconnaissance prénatale de la part de la gestatrice. On s'en remettra alors à l'ordre chronologique pour résoudre le problème, solution impliquée par l'article 310-2 du Code civil lui-même : *« la filiation étant établie à l'égard de l'un »*. Cependant, déterminer qui a établi la filiation en premier peut parfois s'avérer difficile.

Imaginons que le géniteur effectue la reconnaissance au moment où a lieu la désignation de la mère dans l'acte de naissance ou que les deux événements se produisent à quelques instants d'intervalle : l'état d'une personne et toute la vie d'un enfant pourraient dépendre de quelques minutes, voire de quelques secondes…

Et comment annoncer à la femme qui a accouché de l'enfant qu'elle a porté en elle pendant neuf mois qu'elle ne peut être la mère de cet enfant aux yeux de la loi ? Reconnaissons toutefois qu'un tel cas de figure ne devrait quasiment jamais se présenter.

Pratiquement toujours établie en premier, la maternité sera exclusive de la paternité si l'on se trouve dans l'une des hypothèses d'empêchements à mariage intéressant l'article 310-2 du Code civil.

Les juges semblaient avoir trouvé dans l'adoption simple une solution pour le géniteur.

Est ici visée une affaire intéressant une enfant conçue entre demi-frère et demi-sœur. Ces derniers l'ont tous deux reconnue. Mais le procureur de la République a réclamé que la seconde reconnaissance soit annulée en raison de l'identité de filiation paternelle des protagonistes. Le Tribunal de grande instance de Tours a fait droit à cette demande sur le fondement de l'article 334-10, désormais article 310-2, du Code civil, annulant en l'occurrence l'acte du géniteur. L'enfant a ensuite été reconnue, de manière complaisante, par un autre homme ayant épousé sa mère puis divorcé. Comme il arrive généralement dans ces cas là, l'ex-mari a obtenu l'annulation de l'acte dont la sincérité était absente. C'est alors que le père biologique a déposé une requête en adoption simple de l'enfant. Celle-ci a été d'abord rejetée, le 7 avril 1999, par le Tribunal de grande instance de Saint-Malo invoquant l'inceste, puis accueillie par la Cour d'appel de Rennes, le 24 janvier 2000[108], au terme d'un raisonnement contestable[109].

[108] CA Rennes, 24 janv. 2000, *Dr. fam.*, 2003, chron. 29, comm. D. FENOUILLET ; *RTDciv.*, 2000, p.p. 819-821, J. HAUSER.

[109] En ce sens, v. D. FENOUILLET, comm. préc.

Les magistrats d'appel ont affirmé que l'adoption de son propre enfant n'était pas interdite par la loi[110]. Il est vrai, en effet, qu'aucun texte ne prohibe expressément l'adoption intrafamiliale[111], que celle-ci est pratiquée depuis longtemps et qu'elle est admise de façon constante par la jurisprudence. Cependant, on ne peut nier la perturbation qu'une telle adoption entraîne dans les structures de la parenté en modifiant les liens intrafamiliaux.

Les juges ont aussi déclaré que *« l'adoption simple, ne modifiant pas une filiation biologique, ne p*[ouvai]*t être assimilée à la reconnaissance d'un enfant »* et donc être visée par l'interdiction inscrite à l'article 334-10 (ancien). Or, il ressort des travaux préparatoires à la loi du 3 janvier 1972 que l'intention du législateur était de conférer au texte une portée absolue. L'exclusion de l'adoption se justifie en ce que cette institution n'a pas pour finalité de *« doter l'enfant d'un parent biologique interdit par la loi »*[112]. Admettre qu'un homme puis adopter l'enfant qu'il a conçu avec sa demi-sœur revient donc à consacrer une fraude à la loi que l'intérêt de l'enfant ne saurait légitimer.

L'intérêt de l'enfant est certes un critère d'appréciation de l'opportunité de l'adoption, mais il n'en est pas l'unique condition. En outre, est-il vraiment de l'intérêt d'un enfant issu d'un inceste absolu d'être adoptée par son géniteur ? La réponse est certes positive d'un point de vue matériel. Mais c'est là une vision bien réductrice de l'intérêt de l'enfant. Quant à son intérêt moral, la réponse semble négative au regard de la construction de son identité et de la détermination de sa place dans l'ordonnancement familial, sans compter la confusion des rôles entre les différents membres de la famille.

L'intérêt de l'enfant ne serait-il pas davantage un prétexte à la réalisation d'un désir d'adulte ? Par l'inscription de la filiation à l'état civil, le demi-frère de la mère *« ne cherchait-il pas principalement à rendre le lien qui l'unit à sa fille conforme à la loi sociale ? Indirectement, ne cherchait-il pas à obtenir cette même légitimation pour le couple qu'il formait avec sa demi-sœur ? »*[113].

L'arrêt a été cassé par la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation qui, le 6 janvier 2004, a affirmé que la requête en adoption (simple) *« contrevient aux dispositions*

---

[110] La juridiction du fond s'est ainsi servie *« d'une fiction, l'adoption, pour couvrir une réalité, le lien biologique de filiation »*. Or, comme l'observe Elisabeth PAILLET, il est assez *« paradoxal que biologique et fiction aillent de pair »* (« L'enfant incestueux : enfant-clone », op. cit. note 88, p. 320).

[111] Les juges invoquaient l'art. 348-5 c. civ. *(« Sauf le cas où il existe un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré inclus entre l'adoptant et l'adopté, le consentement à l'adoption des enfants de moins de deux ans n'est valable que si l'enfant a été effectivement remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption »*) qui, *a contrario*, admet l'adoption intrafamiliale (art. 348-5 *a contrario* : s'il existe un tel lien de parenté ou d'alliance entre les intéressés, la remise effective de l'enfant de moins de deux ans au service ou organisme visé n'est pas une condition de validité du consentement à l'adoption de cet enfant).

[112] D. FENOUILLET, note civ. 1ère, 6 janv. 2004, op. cit. note 9, p. 19.

[113] Comme une *« sorte de légitimation par les œuvres »*. D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère… », op. cit. note 4, p. 8.

d'ordre public édictées par l'article 334-10 du Code civil interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu »[114].

Loin de condamner la réponse des hauts magistrats, les rédacteurs de l'ordonnance de 2005 l'ont confirmée en faisant apparaître, dans le texte de l'article 310-2, leur volonté de donner à l'interdiction une portée générale et absolue par l'ajout de la précision suivante : *« par quelque moyen que ce soit »*[115]. Cette expression englobe évidemment la reconnaissance, la décision de justice résultant de l'engagement d'une action en recherche, mais aussi l'adoption, même simple.

C'est donc une barrière infranchissable qui se dresse devant celui qui a conçu l'enfant et qui désirerait que ce dernier lui soit légalement rattaché.

Cet obstacle insurmontable vaut aussi pour l'enfant[116] qui chercherait à établir sa filiation paternelle contre le gré de son géniteur. Néanmoins, une action à fins de subsides peut être engagée.

B) Un géniteur réduit à la qualité de débiteur

Les articles 342 et suivants du Code civil régissent l'action à fins de subsides qui permet à *« l'enfant*[117] *dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie »*, ou sa mère s'il est mineur[118], de *« réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception »*[119].

L'*« action est recevable même* […] *s'il existait entre* [le père et la mère] *un des empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du présent code »*[120], ce qui rejoint, de manière plus large[121], les hypothèses pour lesquelles l'établissement du double lien de filiation est interdit.

Or l'enfant de l'article 310-2 du Code civil, dont la maternité a été établie en premier, est obligatoirement un enfant *« dont la filiation paternelle n'est pas légalement*

---

[114] Cass., civ. 1ère, 6 janv. 2004, *Dr. fam.*, 2004, comm. 16, note D. FENOUILLET ; *RJPF*, 2004, 3/34, analyse Th. GARE ; *RTDciv.*, 2004, p.p. 76-77, J. HAUSER.

[115] C. civ., art. 310-2.

[116] Ou sa mère s'il est mineur : cf. c. civ., art. 328, al. 1 : *« Le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie a, pendant la minorité de l'enfant, seul qualité pour exercer l'action en recherche de* […] *paternité »*.

[117] C. civ., art. 327, al. 2 : *« L'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant »*, par renvoi de l'art. 342-6 : *« Les articles 327, alinéa 2,* […] *ci-dessus sont applicables à l'action à fins de subsides »*.

[118] C. civ., art. 328, al. 1er, par renvoi de l'art. 342-6 : *« Les articles* […] *328 ci-dessus sont applicables à l'action à fins de subsides »*.

[119] C. civ., art. 342, al. 1. Le droit belge prévoit une action similaire, appelée *« action en réclamation d'une pension pour l'entretien, l'éducation et la formation adéquate »*, aux art. 336 et suiv. c. civ.

[120] C. civ., art. 342, dernier al.

[121] Puisque l'art. 342 al. 3 c. civ. englobe, en plus des prohibitions de l'art. 161 pour cause de parenté et de l'art. 162 – auxquelles renvoie l'art. 310-2 c. civ. –, celles du premier de ces textes pour cause d'alliance et celles de l'art. 163.

étabie ». Il peut donc bénéficier de l'application des dispositions relatives à l'action à fins de subsides, laquelle ne vise que l'homme.

En revanche, si c'est la paternité – hypothèse peu probable – qui se trouve d'abord établie, il n'est pas possible d'engager une action à fins de subsides à l'encontre de la mère. Une telle action n'est en effet consacrée nulle part, tout simplement parce qu'elle ne coïnciderait pas avec la logique de l'action à fins de subsides, telle que l'a conçue le législateur, lorsqu'il l'a créée en 1972.

Il a toujours été admis que l'action à fins de subsides n'est pas fondée sur la preuve d'un lien génétique, mais sur une simple possibilité de paternité, *« et sur cette considération que l'homme est tenu de participer à l'entretien des enfants dont il peut être le père »*[122]**.**

Son introduction dans le Code civil se justifiait particulièrement à une époque[123] où la science, malgré les progrès accomplis dans le domaine des expertises, ne permettait pas encore d'établir des certitudes relativement à la paternité d'un individu, et où, de par ce fait (mais aussi par tradition[124]), les conditions qui entouraient l'établissement en justice de la filiation paternelle étaient très restrictives : il fallait rapporter la preuve que l'on se trouvait bien dans l'un des cas d'ouverture limitativement énumérés par la loi[125], ne pas se heurter à l'une des fins de non-recevoir expressément mentionnées[126] et agir rapidement[127].

---

[122] J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation (suite) », *Defrénois*, 2006, doctrine, art. 38312, p. 122.

[123] Rappelons qu'elle a été créée par la loi du 3 janv. 1972.

[124] La France s'est toujours démarquée de certains pays, tels l'Allemagne, par sa réticence face aux preuves biologiques, dont l'accueil n'a été que très progressif, particulièrement en droit de la filiation.
En ce sens, v. M-Th. MEULDERS-KLEIN, « La personne, la famille et le droit… », op. cit. note 21, spéc. p.p. 181 et suiv. : *« L'indifférence au moins apparente des tribunaux français pour le degré de fiabilité et les critères de certitude exigés de la part des méthodes d'expertise pour leur admissibilité comme moyen de preuve et de la part des résultats d'expertise pour la décision de paternité ou de non paternité, contraste étrangement avec le caractère obsédant que ces questions de précision scientifiques ont pris dans la jurisprudence et la doctrine allemandes »*.

[125] C. civ., art. 340 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée :*
1° Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque des faits se rapportera à celle de la conception ;
2° Dans le cas de séduction, accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles ;
3° Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit émanant du père prétendu, propres à établir la paternité d'une manière non équivoque ;
4° Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage, impliquant, à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues ;
5° Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père ».

[126] C. civ., art. 340-1 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« L'action en recherche de paternité ne sera pas recevable :*

Bien que la loi du 8 janvier 1993, en supprimant les cas d'ouverture et les fins de non-recevoir[128], ouvrît plus largement l'action en recherche, celle-ci demeurait soumise à de très brefs délais[129] et n'était recevable que s'il existait des *« présomptions ou indices graves »*[130] ; encore que cette dernière condition tomba jurisprudentiellement en désuétude face aux progrès réalisées dans le domaine des expertises génétiques[131].

A présent que l'ordonnance du 4 juillet 2005 permet d'exercer librement l'action en recherche de paternité pendant un laps temps non négligeable[132] et que les empreintes génétiques sont en mesure d'indiquer, avec une très forte certitude, qui est le géniteur d'un enfant, il est permis de s'interroger sur l'opportunité de conserver une action fondée sur une simple possibilité de paternité et soumise à un délai moindre[133].

Il est en effet beaucoup plus simple de former directement l'action édictée aux articles 327 et suivants du Code civil, à moins que la mère de l'enfant préfère avoir l'argent sans le père, ce qui peut, dans certaines situations, se justifier.

1° S'il est établi que, pendant la période légale de la conception, la mère était d'une inconduite notoire ou qu'elle a eu commerce avec un autre individu, à moins qu'il ne résulte d'un examen des sangs ou de toute autre méthode médicale certaine que cet individu ne peut être le père ;
2° Si le père prétendu était, pendant la même période, soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père ;
3° Si le père prétendu établit par un examen des sangs ou par toute autre méthode médicale certaine qu'il ne peut être le père de l'enfant ».

[127] C. civ., art. 340-4 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« L'action doit, à peine de déchéance, être exercée dans les deux années qui suivent la naissance. Toutefois, dans les quatrième et cinquième cas de l'article 340, elle peut être exercée jusqu'à l'expiration des deux années qui suivent la cessation, soit du concubinage, soit des actes de participation à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Si elle n'a pas été exercée pendant la minorité de l'enfant, celui-ci peut encore l'exercer pendant les deux années qui suivent sa majorité ».*

[128] C. civ., art. 340 (L. n°93-22 du 8 janv. 1993) : *« La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. La preuve ne peut en être rapportée que s'il existe des présomptions ou indices graves ».*

[129] Les al. 1 et 3 de l'art. 340-4 n'ont pas été modifiés par la loi du 8 janv. 1993. Seul le 2nd al. a été rédigé autrement, la suppression des cas d'ouverture à l'action en recherche ayant nécessité de préciser les hypothèses que visaient auparavant les 4° et 5° de l'art. 340 : *« Toutefois, si le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage impliquant, à défaut de communauté de vie, des relations stables ou continues, l'action peut être exercée jusqu'à l'expiration des deux années qui suivent la cessation du concubinage. Si le père prétendu a participé à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père, l'action peut être exercée jusqu'à l'expiration des deux années qui suivent la cessation de cette contribution ».*

[130] C. civ., art. 340, al. 2 (L. n°93-22 du 8 janv. 1993).

[131] V. *infra*, 2ème partie, titre I, chap. I, section II, § I, A), *1*.

[132] L'action en recherche de paternité peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant et dans les dix années qui suivent la majorité de celui-ci.

[133] Cf. c. civ., art. 342, al. 2 : *« L'action* [à fins de subsides] *peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant ; celui-ci peut encore l'exercer dans les deux années qui suivent sa majorité si elle ne l'a pas été pendant sa minorité ».* Le projet de loi de ratification de l'ord. du 4 juil. 2005 (www.legifrance.gouv.fr.) propose de remplacer le délai biennal par un délai décennal. En Belgique, l'action doit être intentée dans les trois ans suivant la naissance de l'enfant ou la cessation des secours fournis par le défendeur.

Il se peut, en effet, que celui qui a conçu l'enfant s'en désintéresse totalement et ne souhaite pas y être légalement rattaché. Il est alors légitime pour la mère de ne pas désirer s'embarrasser d'un père avec qui elle devrait, sinon, partager l'autorité parentale[134]. Il est également envisageable que la mère préfère laisser à l'enfant le choix[135] d'établir ou non son lien paternel, ce qu'il pourra faire une fois devenu majeur. On peut ensuite évoquer le viol[136], au cours duquel il y aurait eu conception. Enfin, le principe des subsides conserve un sens dès lors qu'il demeure des situations dans lesquelles la filiation paternelle ne peut pas être établie[137], ce qui fait ici référence à l'article 310-2 du Code civil, lorsque le lien maternel a déjà été établi.

Il s'agit, dans tous ces cas, d'assurer un soutien financier à la mère et à son enfant pour pourvoir à l'entretien de ce dernier.

Dans le souci d'améliorer la situation de l'enfant incestueux, Daniel GUTMANN propose de bilatéraliser l'action à fins de subsides[138] afin que, si c'est la paternité qui est établie en premier lieu, l'enfant puisse être élevé dans de meilleures conditions grâce à une aide d'ordre pécuniaire de la part de celle qui l'a mis au monde.

Le problème est qu'il faudrait revoir le concept de l'action, puisque la maternité ne saurait être seulement possible.

Actuellement, il n'existe que l'action de l'article 342 du Code civil qui, conformément à sa logique, ne peut être engagée qu'à l'égard d'un homme. En conséquence, la mère d'un enfant incestueux ne pourra jamais être simple débitrice à l'égard de ce dernier : soit elle sera juridiquement reconnue comme étant la mère de l'enfant – cas le plus fréquent – soit elle n'aura aucun lien légal avec lui[139] – hypothèse rarissime –, même pas celui existant entre un débiteur et son créancier.

Et l'enfant ne subira pas le même traitement selon que ce sera sa filiation maternelle ou sa filiation paternelle qui aura été établie.

Plus directement, *« le voile du secret jeté sur l'inceste n'aboutit* […] *pas à intégrer l'enfant, mais bien à le marginaliser, à en faire un « paria »*[140].

---

[134] J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation (suite) », op. cit. note 122, p. 122.

[135] A. GOUTTENOIRE, intervention orale au coll. *La réforme de la filiation*, Centre de droit de la famille, Univ. Jean Moulin Lyon III, 8 juin 2006 (inédit).

[136] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », rapp. au Garde des Sceaux, La Documentation française, 1999, p. 45 ; J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation (suite) », op. cit. note 122, p. 122.

[137] A. GOUTTENOIRE, intervention orale au coll. préc.

[138] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité… », op. cit. note 14, p. 59.

[139] Ce qui n'empêche nullement l'existence de rapports affectifs.

[140] D. GUTMANN, préc., p. 57.

§ II L'institution directe d'une distinction entre les enfants

Il découle des dispositions nationales une distinction entre enfants dont il convient de préciser le contenu (A) avant de s'interroger sur le risque pour l'Etat français de voir sa responsabilité engagée au regard de ses engagements conventionnels (B) ?

A) Le contenu de la distinction au niveau interne

Ne visant que les empêchements à mariage édictés *« aux articles 161 et 162 pour cause de parenté »*[141], c'est-à-dire ceux qui ne pourront en aucun cas être levés par le président de la République[142], l'article 310-2 du Code civil ne peut concerner que des enfants ne s'inscrivant pas dans l'union conjugale (1).

Et bien que le législateur ne désire pas stigmatiser ces enfants, il est à craindre que cela ne demeure qu'un vœu pieux (2).

1 Des enfants nécessairement hors mariage

L'ordonnance du 4 juillet 2005 avait notamment pour objet d'achever l'évolution vers l'égalité de tous les enfants, quelles que soient les conditions de leur naissance ou conception[143]. Mais les rédacteurs de la réforme n'y sont pas totalement parvenus, puisqu'il demeure l'interdiction d'établir le double lien de filiation lorsqu'*« il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté »*[144].

L'article 310-2 du Code civil ne mentionne que les *« empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté »*. Ce qui signifie qu'il est interdit d'établir la filiation dans son double lien, maternel et paternel, si les auteurs sont frère et sœur, père et fille, mère et fils, grand-parent et petit-enfant…, sans limite dans la ligne descendante ou ascendante.

Dans les autres situations d'inceste, la filiation pourra être légalement reconnue à l'égard des deux parents[145], même si ces derniers n'ont pas été admis à se marier grâce à une dispense accordée par le chef de l'Etat[146].

Il en résulte une distinction entre les enfants issus de relations incestueuses, selon le type d'inceste dont il s'agit. La règle implique également une distinction entre les enfants s'inscrivant dans une union matrimoniale et ceux qui ne s'y inscrivent pas.

---

[141] C. civ., art. 310-2.
[142] Cf. c. civ., art. 164.
[143] L. d'habilitation n°2004-1343 du 9 déc. 2004, art. 4, *JORF*, 10 déc. 2004, p. 20857.
[144] C. civ., art. 310-2.
[145] C. civ., art. 310-2, *a contrario*.
[146] Sur la dispense, cf. c. civ., art. 164.

En effet, l'enfant auquel s'applique l'article 310-2 est celui dont les père et mère ne pourront obtenir aucune dispense[147]. Autrement dit, il a été conçu par des personnes qui ne sont pas mariées ensemble, qui ne l'ont jamais été et qui ne pourront jamais l'être. Fruit de ces relations charnelles, l'enfant de l'article 310-2 est nécessairement un enfant hors mariage. Il est impossible que ce texte trouve application à l'égard d'un enfant dont les parents ont, conformément à la législation sur l'union conjugale, contracté ensemble.

Considérant l'évidence écrite par André BRETON[148], selon laquelle nier un fait ne le fait pas disparaître, Daniel GUTMANN envisage d'éliminer toute distinction en libérant totalement l'établissement de la filiation incestueuse.

D'autant que la conservation du secret n'est qu'apparente et hypocrite, surtout lorsqu'il y a allocation de subsides. En effet, le débiteur est, dans la très large majorité des cas, le géniteur, ce que personne n'ignore. Et l'on sait que si la paternité n'est pas déclarée, c'est parce que la morale, relayée par la loi, ne le permet pas.

2 Des enfants stigmatisés

Il est assez dérangeant de penser que la loi puisse cautionner le comportement d'une mère qui, agissant au nom de son enfant, réclame des subsides à celui avec qui elle l'a conçu pour profiter de ressources sans avoir à partager l'autorité parentale. C'est pourquoi certains ont formulé la proposition de réserver l'action à fins de subsides aux enfants concernés par l'article 310-2 du Code civil (ou issus d'un viol).

Il a alors été répondu que cela aurait été *« davantage regrettable* […] *car c'eût été afficher les circonstances de* [la] *conception de ces enfants »*[149]**.**

Mais si la théorie se refuse à stigmatiser, il est à craindre que la réalité soit tout autre depuis que la 1ère Chambre civile a décidé que *« l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder »*[150], et qu'elle a étendu la solution à l'action à fins de subsides[151].

---

[147] C. civ., art. 164, *a contrario*.

[148] A. BRETON, « L'enfant incestueux », op. cit. note 13, p. 320 : *« s'il existe un fait, si déplaisant ou même si abominable qu'il soit, on ne le fait pas disparaître en le niant »*.

[149] F. GRANET-LAMBRECHTS et J. HAUSER, « Le nouveau droit de la filiation », *D.*, 2006, chron., p. 18.

[150] Cass., civ. 1ère, 28 mars 2000, *D.*, 2000, jurisp., p.p. 731-732, note Th. GARE ; *JCP* G, 2000, II-10409, concl. C. PETIT et note M-Ch. MONSALLIER-SAINT MLEUX.

[151] Pour des exemples récents, voir cass., civ. 1ère, 14 juin 2005 (2 arrêts), *RTDciv.*, 2005, p. 584, J. HAUSER ; *RJPF*, 2005, 11/36, analyse Th. GARE.

Dans chacun des arrêts, l'expertise était sollicitée par la mère. L'une des espèces concernait une femme qui avait engagé l'action à l'encontre d'un homme avec lequel elle prétendait avoir eu des relations sexuelles pendant la période de conception. Elle demandait, subsidiairement, la réalisation d'une expertise biologique. Pour rejeter ses demandes, les juges du fond avaient relevé que *« les pièces produites* [par la demanderesse] *ne permettaient pas d'établir l'existence de relations intimes pendant la période légale de conception »* et que *« l'expertise sollicitée aurait pour effet de tourner la forclusion légale spéciales de*

Il résulte de cette jurisprudence constante que, dès lors qu'une partie au procès sollicite un examen scientifique, le juge est tenu d'y faire droit, à moins bien sûr qu'il ne soit justifié d'un motif légitime. Or, grâce à la technique des empreintes génétiques, il est désormais possible d'obtenir une quasi-certitude quant à la paternité ou la non paternité du défendeur. Par conséquent, et hormis le cas d'un refus opposé par ce dernier (lequel refus peut éventuellement être interprété contre lui et le conduire à devoir verser des subsides) il n'y a que deux solutions possibles.

Soit les experts, au vu des résultats, concluent à la non paternité et les juges ne prononcent aucune condamnation aux subsides[152].

Soit l'examen révèle une paternité quasi-certaine et dans ce cas il y a de très fortes chances pour que le défendeur soit déclaré père par les magistrats, sauf si, bien évidemment, la loi ne l'autorise pas, ce qui est le cas lorsque cela aura pour effet d'établir une filiation incestueuse[153]. Dès lors, la solution est d'obliger le géniteur au versement de subsides.

Dans l'action à fins de subsides, il n'est plus question de père possible, mais de père véritable dont la paternité ne peut être moralement reconnue par la loi.

Et qu'on le veuille ou non, la société sera en mesure de deviner, dans la très grande majorité des cas, les circonstances de la conception de l'enfant.

Comme l'énonce le professeur Jean HAUSER, au moment d'instaurer l'interdit figurant à l'article 310-2 du Code civil, on présupposait *« que les mœurs auraient, en amont, maintenu le secret et qu'il convenait que le droit, en aval, y encourageât. Le montage est apparemment mort dans plusieurs hypothèses et il n'en subsiste plus que*

---

l'action en recherche de paternité ». La mère avait, en effet, engagé l'action plus de deux ans après la naissance de l'enfant, de sorte que l'action en recherche de paternité se trouvait, en l'état, prescrite pour elle. Mais cet arrêt de la CA de Toulouse a été censuré par la 1ère Chambre civile qui, au visa de l'art. 342 c. civ., a déclaré : *« Attendu que l'expertise biologique est de droit en matière d'action à fins de subsides, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder »*.

Les 6 (*D.*, 2006, info. rapides, p. 14 ; *Bull. Civ.*, I, n°478) et 16 déc. 2005, ainsi que le 31 janv. 2006, la juridiction suprême a adopté la même solution, mais cette fois-ci au visa de l'art. 342-4 c. civ. (*« Le défendeur peut écarter la demande en faisant la preuve par tous moyens qu'il ne peut être le père de l'enfant »*), en faveur d'un homme qui avait été assigné et qui entendait être mis hors de cause par la preuve de son impossibilité d'avoir engendré l'enfant. Dans la première affaire notamment, les hauts magistrats ont reproché à la CA de Saint Denis de la Réunion (1er juin 2004) d'avoir condamné cet homme en retenant, *« sans se prononcer sur la demande d'expertise, que le seul aveu de sa cohabitation suffit à établir l'existence de relations intimes et rend recevable »* la prétention aux subsides. Les juges du fond auraient dû, en effet, *« donner un motif légitime légitime propre à justifier leur refus d'ordonner l'expertise sollicitée »*.

[152] Cf. c. civ., art. 342-4, qui permet au défendeur d'*« écarter la demande en faisant la preuve par tous moyens qu'il ne peut être le père* [entendu au sens de géniteur] *de l'enfant »*. Notons ici encore la similitude avec la législation belge, qui prévoit le rejet de l'action lorsque le défendeur établit *« par toutes voies de droit »* qu'il n'est pas le géniteur.

[153] Cf. c. civ., art. 310-2. On peut aussi considérer que, si l'enfant est issu d'un viol, les tribunaux seront peu enclins à imposer à la mère ce père criminel.

des inconvénients pour l'enfant[154] *et un profit bien hypothétique pour la société qui, en tout état de cause, est bien obligée d'ouvrir les yeux sur cette triste réalité »*[155].

Il se pourrait d'ailleurs qu'un jour ce soit la jurisprudence européenne qui y invite le législateur français.

B) Le sort de la distinction au regard du droit européen des droits de l'Homme

La règle édictée à l'article 310-2 du Code civil est remise en cause par quelques auteurs sur le fondement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, spécialement ses articles 8, relatif au droit au respect de la vie familiale[156], et 14, concernant le droit de ne pas subir de discrimination dans la protection des droits garantis par le traité[157].

En l'absence de jurisprudence européenne sur ce point précis, il est assez difficile de s'avancer. Mais cela ne doit pas nous empêcher d'étudier la question au regard des solutions retenues par les juges de Strasbourg dans le domaine de la filiation (1), ni d'analyser les répercussions qu'aurait sur le droit interne une condamnation supranationale (2).

1 La jurisprudence sur la vie familiale : une condamnation incertaine

Conformément à une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'Homme, un Etat contractant peut être condamné non seulement en raison d'une ingérence active dans un droit garanti par le traité, mais également en raison d'une ingérence passive, c'est-à-dire qu'il lui est reproché de ne pas avoir adopté des mesures que l'exercice effectif du droit garanti réclamait.

C'est notamment ce qui s'est produit dans l'affaire *« Marckx contre Belgique »*[158], où il a été retenu la violation de l'article 8 pris isolément, puis combiné avec l'article 14.

---

[154] Encore que l'on puisse discuter de cette affirmation si l'on considère les difficultés, quant à l'inscription de l'enfant dans l'ordre généalogique familial, qu'engendrerait l'admission de l'établissement du deuxième lien de filiation.

[155] J. HAUSER, « Adoption simple et père incestueux », *RTDciv.*, 2004, p. 77.

[156] C°EDH, art. 8 : *« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale* […].
Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infraction pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

[157] C°EDH, art. 14 : *« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».*

[158] Cour EDH, 13 juin 1979, *« Marckx contre Belgique »*, Cour plénière, série A, n°31.

Cette obligation positive d'agir est, selon la Cour, inhérente au droit conventionnel parce que nécessaire à son effectivité[159].

Certains juristes affirment que c'est grâce à l'évolution convergente des législations internes que *« l'obligation dynamique de protection des liens familiaux »*[160] a pu être découverte[161].

L'Allemagne, l'Autriche, la Grèce, le Portugal, la Suisse et la Croatie par exemple, permettent à l'enfant incestueux d'être reconnu sans limitation. La Belgique et le Luxembourg ont, eux, une position comparable à celle de la France. Si la majorité semble donc favorable à l'établissement sans restriction de la filiation incestueuse, il n'y a pas véritablement de consensus.

Toutefois, il se peut qu'un jour le droit français fasse figure d'exception. La France encourerait-elle, pour autant, le risque d'une condamnation ?

En réalité, pour dégager une obligation positive, les magistrats strasbourgeois ne se réfèrent à aucun dénominateur commun aux législations internes ni à la nécessité d'une interprétation évolutive : *« On cherchera vainement* […] *la trace d'une interprétation consensuelle et évolutive dans la détermination par le juge européen des obligations positives »*[162]. Au contraire, c'est lorsqu'ils se refusent à dégager une telle obligation qu'ils *« se retranche*[nt] *toujours, ou presque, derrière l'absence de principes communs »*[163], l'interprétation consensuelle justifiant ainsi l'immobilité.

La notion de *« vie familiale »*, telle que la conçoit la Cour, est une notion européenne qui n'a pas pour prétention d'être commune aux pays membres : elle englobe toute *« relation de facto »*[164]. L'arrêt *« Marckx contre Belgique »* du 13 juin 1979 a posé l'obligation pour l'Etat, dès lors qu'il existe une vie familiale effective, de garantir la protection de celle-ci, les autorités nationales étant libres quant aux moyens

---

V. BERGER, « Jurisprudence de la Cour EDH », Ed. Dalloz Sirey, 2002, p.p. 365-368 ; *AFDI*, 1980, chron. R. PELLOUX, p.p. 317-321 ; *Journal du droit international*, 1982, P. ROLLAND, p.p. 183-187 ; F. SUDRE, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », PUF, 1997, p.p. 35-37.

[159] La Cour affirme, dans l'arrêt *« Marckx »* (§ 31), qu'à l'obligation de ne pas porter atteinte au droit garanti par l'art. 8 *« peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale »*.

[160] F. SUDRE, « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », rapp. introductif in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH*, coll. IDEDH, Montpellier, 22-23 mars 2002 (dir. F. SUDRE), Némésis/Bruylant, 2002, p. 42.

[161] En ce sens, S. GRATALOUP, « L'enfant et sa famille dans les normes européennes », LGDJ, 1998, p.p. 60-61.

[162] F. SUDRE, « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », op. cit. note 160, p. 40.

[163] Ibid., p. 42.

[164] Cour EDH, 22 avr. 1997, *« X et autres contre Royaume-Uni »*, § 36, *D.*, 1997, jurisp., p.p. 583-587, note S. GRATALOUP.

employés à cette fin[165]. Or, le fait pour un enfant issu d'un inceste absolu de ne pouvoir établir que l'un de ses liens de filiation n'empêche nullement celui-ci de vivre avec ses deux géniteurs. Aussi les juges supranationaux pourraient-ils constater l'existence de relations familiales effectives. Doit-on en déduire l'obligation pour l'Etat français de protéger ces relations ?

En l'absence de communauté de vue entre les parties contractantes, il est permis de penser que la Cour des droits de l'Homme hésitera.

Mais que se passerait-il si toutes les autres nations admettaient l'établissement du double lien ? La Cour ne pourrait plus se retrancher *« derrière l'absence de principes communs »*. Et, grâce à sa propre définition de la vie familiale, elle pourrait faire valoir l'obligation pour la France d'assurer le respect des rapports familiaux effectifs des enfants issus d'un inceste.

En vertu de l'article 310-2 du Code civil, ces derniers peuvent être légalement rattachés à l'un de leurs auteurs, mais pas aux deux, s'il existe entre eux *« un des empêchements à mariage prévus aux articles 161 et 162 pour cause de parenté »*. Peut-être cela sera-t-il considéré comme suffisant au regard de l'article 8 de la Convention.

Et au regard de l'article 14 combiné avec l'article 8 ?

L'enfant de l'article 310-2 est le seul qui ne puisse pas, légalement, établir ses deux liens de filiation. Il subit donc une différence de traitement. Celle-ci est-elle justifiée au regard du texte européen des droits de l'Homme ?

La Cour prend en compte l'évolution des droits internes et des conditions de vie, ainsi que l'existence ou non d'un dénominateur commun aux Etats membres, pour examiner la justification (ici, il s'agit principalement de préserver l'ordre social) de l'ingérence au regard de la Convention et moduler la marge nationale d'appréciation[166]. S'il y a convergence entre les systèmes juridiques des parties contractantes, la latitude de ces dernières est réduite, et la protection du droit concerné est renforcée. C'est en ce sens qu'il est permis de dire que les juges strasbourgeois font une interprétation consensuelle et évolutive du traité. Or, la question de l'égalité de traitement entre les enfants constitue *« le domaine d'application privilégié de l'interprétation consensuelle progressiste »*[167].

Si la solution française devenait isolée, il se pourrait que le tabou de l'inceste ne suffise plus à justifier la différence de traitement dont souffrent les enfants visés à l'article 310-2 du Code civil et que cette distinction soit alors qualifiée de discriminatoire.

---

[165] Cour EDH, 13 juin 1979, *« Marckx contre Belgique »*, Cour plénière, série A, n°31, § 31.

[166] Sur toute cette question, v. F. SUDRE, « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », op. cit. note 160.

[167] Ibid., p. 51.

Considérant l'autorité des décisions européennes, l'abrogation de la règle interdisant l'établissement du double lien de filiation devrait alors être très sérieusement envisagée.

2 Les arrêts de la Cour européenne : une autorité non négligeable

Certes, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme sont seulement déclaratoires et non exécutoires. Autrement dit, l'instance juridictionnelle ne peut que constater l'existence d'une violation des dispositions conventionnelles, non agir sur les origines de cette violation.

Toutefois, les arrêts ont l'autorité de chose jugée, les hautes parties contractantes s'étant engagées, en vertu de l'article 46 du protocole n°11 portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, *« à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties »*.

En cas de condamnation, la France devrait donc mettre fin à la discrimination que subit le requérant. A cette fin, et comme il a été maintes fois précisé, elle a en principe *« le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour »*[168] elle de l'article 46 précité, *« il n'appartient pas à la Cour d'indiquer les mesures à prendre »*[169].

Cependant, si la plainte porte sur la règle de l'article 310-2 du Code civil, et non sur une mesure individuelle prise en exécution de ce texte, cela signifie que les juges européens se seront prononcés au sujet d'une disposition nationale générale. La chose jugée aura alors inévitablement un champ d'application plus étendu, ce que reconnaît elle-même la juridiction supranationale dans l'arrêt *« Marckx »*[170].

Au-delà de son aspect subjectif au regard de la victime, l'autorité de chose jugée comporte donc un aspect objectif, appelé *« autorité de chose jugée renforcée »*[171] ou

---

[168] Cour EDH, 29 avr. 1988, *« Belilos contre Suisse »*, série A, n°132, § 78. F. SUDRE, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », op. cit. note 158, p. 62-64.
Et Cour EDH, 31 oct. 1995, *« Papamichalopoulos et autres contre Grèce »*, série A, n°330-B, § 34 : *« Les Etats contractants parties à une affaire sont en principe libres de choisir les moyens dont ils useront pour se conformer à un arrêt constatant une violation »*. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, J-P MARGUENAUD, F. SUDRE, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », PUF, 2007, p. 757.

[169] Cour EDH, 18 déc. 1986, *« Johnston contre Irlande »*, série A, n°112, § 77. F. SUDRE, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », op. cit. note 158, p.p. 56-57.
Même arrêt, § 34 : *« Ce pouvoir d'appréciation quant aux modalités d'exécution* […] *traduit la liberté de choix dont est assortie l'obligation primordiale imposée par la Convention aux Etats contractants : assurer le respect des droits et libertés garantis (article 1) »*.

[170] Cour EDH, 13 juin 1979, *« Marckx contre Belgique »*, Cour plénière, série A, n°31, § 58.

[171] E. LAMBERT, « Les effets des arrêts de la Cour EDH : Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme », Bruylant, 1999, p. 81.

« force obligatoire de l'arrêt »[172], au regard de l'Etat impliqué et de la violation relevée, aspect grâce auquel il y aura cessation de la violation et non répétition de l'illicite. Si les magistrats concluent à l'incompatibilité, il doit être mis fin au manquement, *« c'est-à-dire faire en sorte que la norme litigieuse, considérée in abstracto, cesse de déployer ceux de ses effets qui sont incompatibles avec la Convention »*[173].

Pour de nombreux auteurs, cette obligation découle de l'article 46 du protocole n°11[174]. Elle *« serait également le corollaire du principe de l'exécution de bonne foi qui ferait obligation de faire disparaître du droit interne toute disposition susceptible de provoquer une nouvelle violation de la convention »*[175].

Si la France était condamnée dans une affaire concernant l'article 310-2 du Code civil, elle n'aurait plus d'autre choix, afin de trouver une solution satisfaisante au regard de ses engagements conventionnels, que de revenir sur le traitement réservé à l'enfant dont les parents sont empêchés de se marier en vertu de l'article 161 pour cause de parenté ou de l'article 162 du Code civil.

Si c'était un autre Etat partie, dont la législation interne sur l'enfant incestueux serait similaire à la notre, qui était condamné, une réforme s'imposerait également dans notre droit national au regard de l'autorité morale de la jurisprudence européenne, de sa *« valeur persuasive »*[176].

La décision prononcée contre ce tiers est certes, d'un point de vue juridique, totalement dépourvue de force obligatoire à l'égard du législateur français. Mais elle n'en possède pas moins un fort *« effet incitatif »*[177], tant les parties contractantes ont tout intérêt à posséder et à préserver *« le label de démocratie respectueuse des droits de l'Homme »*[178] si elles ne veulent pas perdre leur crédit national, source de stabilité, et international, lequel leur permet d'être en position de force pour imposer leurs choix économiques, militaires, sociaux. Il est important pour un Etat souverain de tenir un rang international et d'être en harmonie avec les opinions publiques interne et externe.

Pour l'instant, aucun pays membre n'a été accusé, devant l'instance européenne, d'une violation de la Convention en raison de sa législation sur les enfants incestueux.

---

[172] O. de SCHUTTER, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'Homme et le juge national », *Revue belge de droit international*, 1997, vol. I, p.p. 49-50. Expression reprise par J-P MARGUENAUD, « CEDH et droit privé : L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français », La Documentation française, 2001, p.p. 15-16.

[173] G. COHEN-JONATHAN, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Liber Amicorum Marc-André EISSEN*, Bruylant/LGDJ, 1995, p.p. 48 et suiv.

[174] J-P MARGUENAUD, « CEDH et droit privé… », op. cit. note 172, p. 15.

[175] E. LAMBERT, « Les effets des arrêts de la Cour EDH… », op. cit. note 171, p. 111.

[176] J-P MARGUENAUD, préc., p. 119.

[177] F. SUDRE, « Droit européen et international des droits de l'Homme », PUF, 2003, p. 343.

[178] J-P MARGUENAUD, « La Cour européenne des droits de l'Homme », Dalloz, 1997, p. 31.

Par conséquent, on ignore si le sort réservé à ces enfants doit être considéré incompatible avec le droit européen des droits de l'Homme.

Il est certain qu'il s'agit là d'un sujet délicat et pour lequel la prudence s'impose. D'autant qu'il y a une grande disparité entre les systèmes juridiques des hautes parties contractantes, ce qui, généralement, leur ouvre un large pouvoir : elles peuvent davantage restreindre le droit garanti au niveau supranational et ne pas instituer une totale égalité entre les enfants issus d'un inceste absolu et les autres.

La condamnation européenne de la législation française intéressant la filiation incestueuse n'est pas pour tout de suite.

L'interdiction édictée à l'article 310-2 du Code civil est sévère pour l'enfant. Mais elle s'explique par le souci de ne pas révéler au grand jour les situations d'inceste, surtout si ceux-ci sont considérés comme graves[179]. Car la prohibition de l'inceste demeure une donnée essentielle permettant de structurer les liens familiaux et la psychologie de l'individu. Et la disposition légale relative à la filiation a une forte connotation symbolique qui relaie les interdictions à mariage.

C'est la raison pour laquelle la commission présidée par Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ conclut qu'*« il est préférable de conserver une solution plus feutrée pour 1'enfant et de ne pas sacrifier son intérêt à l'énoncé de grands principes »*[180]. Elle n'envisage pas, dans son rapport remis au Garde des Sceaux, de supprimer l'interdiction d'établir la filiation dans les deux lignées parentales.

Jean HAUSER voyait alors dans l'adoption simple *« une porte de sortie »*[181], cette forme d'adoption présentant un caractère *« relativement neutre »*[182], de nos jours, quant à sa signification biologique. Mais nous savons que la Cour de cassation a rejeté cette solution et que l'ordonnance de 2005 est venue confirmer cette position[183].

D'où l'opportunité de conserver l'action à fins de subsides, laquelle permet, lorsque le lien maternel est établi, de réclamer des subsides à l'homme ayant eu des relations sexuelles avec la mère durant la période légale de conception afin d'assurer des ressources financières pour élever et éduquer l'enfant.

Le traitement réservé à l'enfant issu d'un inceste absolu peut sembler contestable aux yeux de certains. Mais aucune solution idéale n'existe. Le législateur a pris le parti de dissimuler les conditions dans lesquelles l'enfant a été conçu, bien que l'on ne se

---

[179] Cf. c. civ., art. 310-2, qui renvoie aux cas visés à l'art. 161 *« pour cause de parenté »* et à ceux visés à l'art. 162.

[180] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », rapp., op. cit. note 136, p. 45.

[181] J. HAUSER, « Adoption simple et père incestueux », op. cit. note 155, p.77.

[182] Ibid., p. 77.

[183] Cf. cass., civ. 1ère, 6 janv. 2004, préc. note 114 et c. civ., art. 310-2 : *« par quelque moyen que ce soit »*.

fasse pas trop d'illusion sur la pérennité d'un tel secret. A défaut de demeurer cachée dans les faits, la situation n'apparaîtra pas officiellement.

Cependant, il ne s'agit pas de léser par trop un enfant *« innocent »*. Aussi est-il prévu une solution offrant à ce dernier, à défaut d'un père, les moyens financiers de son entretien (sous réserve toutefois que ce soit la maternité qui ait été établie en premier, ce qui sera bien souvent le cas).

De manière plus contestable en revanche, le droit se montre plus exigeant à l'égard des couples non mariés qu'envers les époux dès lors qu'il est question d'accéder à la filiation en dehors du processus naturel de procréation d'un enfant.

CHAPITRE II :

L'ACCES CONDITIONNE A LA PARENTALITE COMMUNE

Le droit qui régit la filiation découlant d'une adoption ou d'une procréation médicalement assistée est communément appelé le *« droit des filiations par greffe »*, par opposition à celui qui règlemente la *« filiation par nature »*.

Ce droit impose des conditions destinées le plus souvent à faire comme si le lien juridiquement créé correspondait à la réalité biologique. Plutôt que *« d'affirmer* [la] *présence juridique parallèle* [du lien ainsi créé] *à travers la revendication de* [la] *spécificité élective »*[1] de celui-ci, le législateur exige une structure d'accueil de l'enfant qui reproduise le schéma naturel et traditionnel de l'engendrement. Aussi lie-t-il indéfectiblement la formation du lien au respect de la règle de la différence des sexes : à défaut de pouvoir engendrer, le couple candidat intègre *« une dimension anthropologique et, en conséquence, une dimension symbolique, parce qu'il répond à une image collective, à un moule familial socialement défini »*[2] par l'hétérosexualité[3].

Dans le but d'imiter la nature, il est imposé un environnement sociologique particulier[4].

On invoque l'intérêt de l'enfant à grandir au sein d'un modèle familial socialement dominant, afin de s'épanouir pleinement et de se forger plus facilement une personnalité. Recherchant son intérêt, les rédacteurs des textes posent un cadre familial qui se rapproche le plus possible de celui entourant habituellement la survenance de liens du sang : il s'agit d'approcher au plus près de la vérité, que l'enfant semble uni par un lien génétique à ses parents légaux.

Ainsi, et de manière assez paradoxale, le référent naturel est omniprésent dans les dispositions relatives aux filiations électives.

---

[1] E. ROMAN, « Le lien de filiation non biologique » (thèse Toulon), Presses Universitaires du Septentrion, 2002, p. 27.

[2] Ibid., p. 77.

[3] *« Le grand intérêt des questions posées par les revendications d'homoparentalité est la façon dont elles amènent à prendre conscience de ce que sont aujourd'hui l'adoption plénière et l'insémination artificielle avec donneur anonyme : le mime du biologique »*. I. THERY, « Pacs, sexualité et différence des sexes », *Revue Esprit*, oct. 1999, p. 179.

[4] Patrick BLOCHE (avant-propos in V. PECRESSE, « L'enfant d'abord », rapp. fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, *AN*, n°2832, 25 janv. 2006) critique la *« primauté donnée au biologique »* et propose de fonder l'accès à l'adoption et à la procréation médicalement assistée *« sur la capacité des adultes à prendre la responsabilité d'un enfant et non plus sur leur orientation sexuelle ou le statut juridique de leur couple »*.

Toutefois, ces considérations n'ont pas empêché de décerner, encore aujourd'hui, un rôle essentiel à l'union consacrée maritalement. En effet, les concubins, même s'ils forment un couple hétérosexuel, ne sont pas admis à adopter, ensemble, un enfant (section I). Et si l'assistance médicale à la procréation leur est accessible, il est davantage exigé d'eux que s'ils étaient mariés (section II).

Il est donc instauré des distinctions selon qu'il existe ou non un mariage entre les candidats à la parentalité. Génératrice d'incohérences, particulièrement en ce qui concerne l'adoption, cette situation est contestée comme non fondée sur une raison légitime. D'autant qu'une appréhension plus logique de la réglementation des filiations par greffe est possible.

Section I : L'adoption conjointe ou la nécessité d'être mariés

Admise sous l'Antiquité mais quasiment ignorée de l'ancien Droit, l'adoption a été, après maintes hésitations, introduite dans le Code Napoléon. Il s'agissait, à l'époque, d'un contrat passé entre un adopté et un adoptant surtout soucieux de transmettre son nom et sa fortune. Elle était subordonnée à des conditions restrictives[5] et entraînait des effets très limités[6], ce qui explique qu'elle fut peu pratiquée.

Cette conception change après les ravages de la Première Guerre mondiale, puisque l'adoption apparaît alors comme un moyen habile pour prendre en charge les enfants abandonnés ou orphelins. C'est ainsi que la loi du 19 juin 1923 permet l'adoption d'enfants mineurs et attribue la puissance paternelle[7] à l'adoptant. Le décret-loi du 29 juillet 1939, ayant pour objectif l'assimilation de l'adopté à un enfant *« légitime »*, autorise le juge à prononcer la rupture juridique avec la famille par le sang. Devant la forte progression du nombre des adoptions et de celui des demandes, plusieurs textes[8] se succèdent pour assouplir les conditions.

La plus importante réforme demeure celle du 11 juillet 1966[9] qui procède à une refonte de l'adoption, laquelle est désormais toujours prononcée par le tribunal – rompant ainsi avec le traditionnel contrat d'adoption – et peut l'être au profit d'une personne seule. Les lois qui suivent[10] consistent davantage en des retouches concernant l'institution.

---

[5] Par ex., l'adopté devait être majeur et l'adoptant devait être âgé de plus de 50 ans.

[6] Par ex., l'adopté demeurait juridiquement rattaché à sa famille d'origine.

[7] L'*« autorité parentale »* ne verra le jour qu'en 1970, avec la L. n°70-459 du 4 juin 1970.

[8] L. n°57-498 du 17 avr. 1957, ord. n°58-1306 du 23 déc. 1958, L. n°60-1370 du 21 déc. 1960 et L. n°63-213 du 1er mars 1963.

[9] L. n°66-500 du 11 juil. 1966.

[10] L. n°76-1179 du 22 déc. 1976, qui facilite davantage encore l'adoption. L. n°93-22 du 8 juil. 1993 qui, au contraire, limite les possibilités, tout en introduisant dans le c. civ. la fin de non-recevoir de l'accouchement sous X à l'action en recherche de maternité (v. *infra*, 2ème partie, titre I, chap. II, section I). L. n°96-604 du 5 juil. 1996, qui modifie de nombreux articles du c. civ. et de l'ancien CFAS, devenu

La législation relative à la filiation adoptive distingue les gens mariés de ceux qui ne le sont pas, en ce sens que les membres d'un couple ne sont admis à l'adoption commune d'un enfant que s'ils sont unis par des liens matrimoniaux (§ I).

Cette préférence pour le mariage est de nos jours difficilement justifiable au regard de l'évolution des mœurs et des relations de couple (§ II).

§ I Des couples différemment traités

Le fait d'être engagé dans une union matrimoniale est avantageux pour des candidats à l'adoption puisqu'ils peuvent, s'ils le souhaitent, déposer une requête conjointe. Si la procédure aboutit favorablement, les époux seront tous deux les parents légaux de l'enfant adopté (A). Le droit n'offre pas la même possibilité aux couples non mariés (B).

L'explication réside dans la défiance manifestée par la société à l'endroit des relations existant en dehors de l'institution du mariage, que l'on soupçonne de ne pas être conformes à l'objectif de l'adoption qui est d'offrir à un enfant la famille dont il est dépourvu. Cette structure d'accueil doit en effet permettre de singer au mieux la nature, tout en correspondant à un modèle social bien établi. Or, pendant très longtemps, on a considéré que c'était la cellule conjugale, modèle dominant auquel on a toujours reconnu la légitimité, qui était la plus à même de remplir cette fonction.

A) La faveur pour les couples mariés

Les textes intéressant la filiation adoptive prévoient expressément qu'un couple marié, non séparé de corps, peut former une requête en adoption, plénière[11] ou simple[12]. La célébration doit remonter à plus de deux ans, à moins que les époux soient l'un et l'autre âgés de plus de 28 ans[13].

Le droit conserve une préférence pour l'union matrimoniale, qu'il présume la mieux à même d'apporter à un enfant tout ce dont il a besoin pour s'épanouir harmonieusement : un foyer biparental (1), où père et mère sont différenciés (2).

---

le CASF. L. n°95-125 du 8 fév. 1995 et L. n°2002-304 du 4 mars 2002, qui apportent quelques petites retouches. Ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005, qui supprime les dénominations *« légitime »* et *« naturel »*.

[11] C. civ., art. 343 : *« L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de 28 ans »*.

[12] C. civ., art. 361, qui renvoie à l'art. 343 : *« Les dispositions des articles 343* […] *sont applicables à l'adoption simple »*.

[13] L'article 345 du c. civ. belge exige que les adoptants aient au moins 25 ans. En revanche, c'est la même différence d'âge qui est exigée : l'adopté doit être plus jeune d'au moins 15 ans. Elle n'est que de 10 ans s'il s'agit de l'enfant du conjoint (elle peut être inférieure *« s'il y a de justes motifs »*, c. civ. fr., art. 344, al. 2). L'adoptant doit alors avoir au moins 18 ans en Belgique, tandis que la condition d'âge disparaît en France (c. civ., art. 343-2). Concernant le droit belge, v. J. POUSSON-PETIT, « Chronique du droit des personnes et de la famille en Belgique », *Dr. fam*. 2003, chron 30.

1 Un milieu biparental

A la fois contrat et institution, le mariage est une union dont la loi civile règle les conditions, les effets et la dissolution. Perçues comme les plus stables et les plus durables, les relations conjugales assurent le plus souvent un foyer biparental en raison d'une part du statut impératif de base[14] auquel sont soumis les époux[15], lequel implique que ces derniers bâtissent ensemble un foyer uni, d'autre part des règles applicables en matière d'autorité parentale.

Parmi les obligations qui incombent aux gens mariés, figure celle d'une communauté de vie[16]. Il ne s'agit pas de la simple cohabitation dans un sens purement matériel. La communauté de vie doit s'entendre d'une communauté d'esprits, née de la volonté d'associer deux existences, qui vient concrétiser l'intention matrimoniale, cause de l'engagement initial des intéressés. Sa matérialisation, à travers la vie commune sous un même toit, ce qui rejoint ici la notion traditionnelle de cohabitation, est souvent la conséquence de cette communauté d'affection, bien qu'il arrive parfois que les conjoints soient confrontés à l'impossibilité, en raison d'une cause indépendante de leur volonté[17], d'habiter effectivement et quotidiennement ensemble.

Il n'en demeure pas moins que, de manière générale, l'enfant adopté par des gens mariés grandit auprès de ses deux parents légaux, qui vivent ensemble au quotidien. En outre, il est tout fait pour que la séparation du couple ne signifie pas la fin de la coparentalité.

Le législateur s'est très tôt préoccupé de la situation de l'enfant dont les parents divorcent ou ont recours à la séparation de corps, l'article 304 du Code civil énonçant que *«* […] *les conséquences de la séparation de corps obéissent aux mêmes règles que les conséquences du divorce énoncées au chapitre III* […] *»*.

Jusqu'à la réforme du 4 mars 2002, ce chapitre avait une section III contenant plusieurs articles intéressant les conséquences pour les enfants[18]. Désormais, la section

---

[14] Cf. c. civ., Chap. VI : « Des devoirs et des droits respectifs des époux », art. 212 et suiv.

[15] Alain BENABENT (rapp. « L'enfant d'abord », op.cit. note 4) explique qu'il existe un lien entre la gradation de droits et de devoirs des trois formes de vie en couple (concubinage, pacte civil de solidarité, mariage) et le caractère durable de l'engagement : *« Le concubinage n'existe qu'autant que l'union dure ; mais il n'y a aucun engagement. Dans le PACS, il y a un engagement et des obligations, mais avec un caractère non pas éphémère – un PACS peut durer longtemps –, mais bien précaire au sens juridique du terme, autrement dit susceptible de s'interrompre à tout moment. Dans le mariage au contraire, l'engagement est durable – ce qui ne signifie pas définitif –, en ce sens que, pour en sortir, il faut passer par une procédure »*.

[16] C. civ., art. 215, al. 1 : *« Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie »*.

[17] Par ex., des engagements professionnels en des lieux trop éloignés pour que les époux puissent se retrouver tous les soirs sous un toit commun.

[18] C. civ., art. 286 à 295.

III ne renferme plus qu'un article unique[19] aux termes duquel : *« Les conséquences du divorce pour les enfants sont réglées selon les dispositions du chapitre Ier du titre IX du présent livre*[20] *»*[21].

Le premier texte de la section III relative aux « conséquences du divorce pour les enfants » est l'article 286 qui prévoyait, antérieurement à la loi de 2002, que *« le divorce laiss*[ait] *subsister les droits et les devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants, sous réserve des règles qui suivent »*.

De 1975[22] à 1987, l'exercice de l'autorité parentale était confié à l'un seulement des parents, qui assumait la charge de l'enfant et disposait des pouvoirs nécessaires à cette fin. L'autre parent ne bénéficiait que de droits réduits afin de préserver une certaine unité dans la direction de l'enfant.

La loi Malhuret du 22 juillet 1987 avait refondu les textes. Aux termes de l'article 373-2, lorsque les père et mère étaient divorcés ou séparés de corps, *« l'autorité parentale* [était] *exercée soit en commun par les deux parents, soit par celui d'entre eux à qui le tribunal l'a*[vait] *confiée* […] ». L'article 287 précisait que c'était *« l'intérêt des enfants mineurs »* qui devait guider la solution[23].

Si l'exercice était unilatéral, le parent qui ne l'avait pas bénéficiait d'un *« droit de visite et de surveillance »*[24]. En vertu de l'article 288, en effet, il *« conserv*[ait] *le droit de surveiller l'entretien et l'éducation des enfants et* [devait] *être informé, en conséquence, des choix importants relatifs à la vie de ces derniers* […] *»*[25], *« un droit de visite et d'hébergement ne* [pouvait] *lui être refusé que pour des motifs graves »*[26].

La disposition n'avait pas été modifiée par la loi du 8 janvier 1993. En revanche, la rédaction des articles 287 et 373-2 avait été changée afin de réserver une plus grande place à l'exercice conjoint. Le dernier de ces textes renvoyait à l'article 287, selon lequel *« l'autorité parentale* [était] *exercée en commun par les deux parents* […] *»*[27]. Ce n'était que *« si l'intérêt de l'enfant le command*[ait] *»* que *« le juge* [pouvait] *confier »* cet exercice à l'un d'eux seulement[28].

---

[19] C. civ., art. 286.

[20] Livre premier intitulé : « Des personnes ».

[21] Ce qui renvoie au chap. intitulé : « De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ».

[22] L. n°75-617 du 11 juil. 1975 portant réforme du divorce, *JO*, 12 juil. 1975, p. 7171.

[23] C. civ., art. 287 (L. n°87-570 du 22 juil. 1987) : *« Selon l'intérêt des enfants mineurs, l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents après que le juge ait recueilli leur avis, soit par l'un d'eux* […] *»*.

[24] C. civ., art. 373-2 (L. n°87-570 du 22 juil. 1987).

[25] C. civ., art. 288, al. 1er (L. n°87-570 du 22 juil. 1987).

[26] C civ., art. 288, al. 2 (L. n°87-570 du 22 juil. 1987).

[27] C. civ., art. 287, al. 1er (L. n°93-22 du 8 janv. 1993).

[28] C. civ., art. 287, al. 2 (L. n°93-22 du 8 janv. 1993).

La loi du 4 mars 2002 prévoit toujours cette possibilité, mais cette fois-ci dans l'article qui suit[29] celui énonçant le principe d'un exercice commun[30], et non dans l'alinéa qui suit, comme c'était le cas précédemment[31]. Il existe toujours un droit de surveillance[32] ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement au profit du parent à qui l'exercice de l'autorité n'a pas été confié. Ce droit ne peut lui être refusé que pour motifs graves[33]. Lorsque les rencontres entre l'enfant et le parent présentent un risque, la loi du 5 mars 2007[34] a inséré à l'article 373-2-1 du Code civil un alinéa destiné à éviter le délitement de leurs rapports tout en assurant une protection à l'enfant : *« Lorsque la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec ce parent l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontres désigné à cet effet »*[35]. Enfin, les rédacteurs ont pris soin d'ajouter que *« chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent »*[36].

L'objectif est que l'autorité parentale demeure exercée conjointement, bien que des aménagements s'avèrent parfois nécessaires, et que l'enfant conserve des rapports tant avec sa mère qu'avec son père. Or, il résulte des articles 358[37] (pour l'adoption plénière) et 365[38] (pour l'adoption simple) que le régime de l'autorité parentale est identique à celui intéressant l'enfant biologiquement issu de ses parents légaux. Le principe est donc que le couple adoptant a[39] et exerce[40] conjointement l'autorité parentale, et que la séparation de ses membres *« est sans incidence »*[41].

---

[29] C. civ., art. 373-2-1, al. 1er (L. n°2002-305 du 4 mars 2002) : *« Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents »*.

[30] C. civ., art. 373-2, al. 1er (L. n°2002-305 du 4 mars 2002) : *« La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale »*, dont le principe, inscrit à l'art. 372 al. 1, est que *« Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale »*.

[31] Cf. c. civ., art. 287, al. 1 et 2 (L. n°93-22 du 8 janv. 1993).

[32] Qui est également un devoir, conformément à l'art. 373-2-1 dernier al. c. civ. : Le parent à qui n'a pas été confié l'exercice de l'autorité parentale *« conserve le droit et le <u>devoir</u> de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier* […] *»*.

[33] C. civ., art. 373-2-1, al. 2 (L. n°2002-305 du 4 mars 2002) : *« L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves »*.

[34] L. n°2007-293 du 5 mars 2007, *JO*, 6 mars 2007.

[35] C. civ., art. 373-2-1, al. 3 (L. n°2007-293 du 5 mars 2007).

[36] C. civ., 373-2, al. 2 (L. n°2002-305 du 4 mars 2002).

[37] C. civ., art. 358 : *« L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre »*.

[38] C. civ., art. 365 : *« L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale* […]. *Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les conditions prévues par le chapitre Ier du titre IX du présent livre »*.

[39] C. civ., art. 371-1, al. 2 : L'autorité parentale *« appartient aux père et mère* […] *»*.

[40] C. civ., art. 372, al. 1er : *« Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale »*.

[41] C. civ., art. 373-2, al. 1er : *« La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale »*. Al. 2 : *« Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent »*.

En exigeant que le couple candidat à une adoption conjointe soit uni par un engagement conjugal, le législateur espère s'assurer, à défaut de la stabilité et de la durabilité du milieu familial, du moins une parentalité bicéphale constituée d'individus de sexe différent.

2 Un milieu hétérosexuel

On considère généralement qu'il est préférable, pour le développement de sa personnalité, que l'enfant grandisse dans un milieu hétérosexuel, où les rôles de père et de mère sont différenciés.

Or, le mariage n'est admis qu'entre individus de sexe opposé. C'est une position que la France partage notamment avec la Suisse, l'Italie, le Luxembourg, l'Allemagne, l'Angleterre, le Danemark, la Norvège, la Suède, la Finlande, la Hongrie et la Grèce. En revanche, les législations espagnole, belge et néerlandaise autorisent le mariage entre personnes du même sexe[42].

Certes, aucun texte français n'impose expressément la condition d'hétérosexualité. Mais certaines dispositions du Code civil le suggèrent.

Ainsi de l'article 75 qui énonce en son dernier alinéa que l'officier d'état civil *« recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme* […] *»*. De même de l'article 108 alinéa 1 qui s'adresse au *« mari et* [à] *la femme »*, ainsi que de l'article 144 qui fait référence à *« l'homme et la femme »*. Cette référence était beaucoup plus répandue dans le Code Napoléon. Si elle a aujourd'hui disparu de la plupart des énoncés légaux, et a été remplacée par celle d'*« époux »*, c'est en raison de la consécration de l'égalité entre ces derniers.

Le silence du code s'explique par ce que, pour les rédacteurs de 1804, la différence de sexe allait de soi. Et elle semble encore aller de soi pour le législateur contemporain si l'on considère *« les travaux préparatoires de la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacs »*, lesquels « *montrent que, dans l'esprit du législateur, il y avait lieu de donner une existence et une structure juridique au couple homosexuel, le mariage étant réservé à l'union d'un homme et d'une femme »*[43].

La jurisprudence s'est fixée en ce sens dès 1903[44] et n'a pas connu de revirement depuis. La sanction est la nullité, comme le rappellent le Tribunal de grande instance[45]et

---

[42] V. F. GRANET-LAMBRECHTS, « Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe – Panorama européen », *AJFam.*, 2006, p.p. 409 et suiv.

[43] TGI Bordeaux, 27 juil. 2004, *D.*, 2004, p. 2392, note AGOSTINI ; *RTDciv.*, 2004, p.p. 719-720, note J. HAUSER ; *JCP* G, 2004, II-10169, note KESSLER ; *Dr. fam.*, 2004, comme. 166, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

[44] Cass., civ., 6 avr. 1903, *Recueil Sirey*, 1904, 1, p. 273, note WAHL.

[45] TGI Bordeaux, 27 juil. 2004, préc.

la Cour d'appel de Bordeaux[46], confirmés par la Cour de cassation[47], à propos d'une affaire qui posait, pour la première fois de manière claire et directe, la question de la validité d'un mariage célébré entre deux personnes de sexe identique.

Notons que la Cour européenne des droits de l'Homme n'a condamné aucun Etat membre au motif que son droit interne exige une différence de sexe.

L'arrêt *« Sheffield et Horscham »*, prononcé le 30 juillet 1998[48], a précisé que l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui garantit le droit de se marier[49], vise le mariage traditionnel de deux individus de sexe biologique différent.

Les juges strasbourgeois ont, par la suite, implicitement réaffirmé le principe d'hétérosexualité dans une affaire concernant une transsexuelle s'étant faite opérée et désirant épouser une personne de son sexe d'origine[50].

La question peut être posée au regard de l'article 8 du traité, qui garantit le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale[51]. Le Tribunal de grande instance de Bordeaux[52], dont le raisonnement n'a pas été censuré par les magistrats d'appel[53], a répondu de la manière suivante : *« si la vie sexuelle fait incontestablement partie de la sphère de la vie privée, la reconnaissance de l'existence d'un droit à la communauté de vie d'un couple homosexuel n'impose pas de consacrer un droit au mariage et peut se concevoir par une autre forme d'union »*, notamment le concubinage ou le pacte civil de solidarité comme c'est le cas en France.

---

[46] CA Bordeaux, 19 avr. 2005, *D.*, 2005, p. 1687, note AGOSTINI ; *Dr. fam.*, 2005, comm. 124, note M. AZAVANT ; *RTDciv.*, 2005, p.p. 574-575, note J. HAUSER.

[47] Cass., civ.1ère, 13 mars 2007 (*Dr. fam.*, 2007, comm. 76, note M. AZAVANT) : *« Selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ;* […] *ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire »*.

[48] Cour EDH, 30 juil. 1998, *« Sheffield et Horscham contre Royaume-Uni »*, 31-32/1997/815-816/1018-1019, *Dr. fam.*, 1999, comm. 22, note B. de LAMY.

[49] C°EDH, art. 12 : *« A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit »*.

[50] Cour EDH, 11 juil. 2002, *« Goodwin contre Royaume-Uni »*, 28957/95, *RTDciv.*, 2002, p.p. 782-784, J. HAUSER. Les juges ont pris en compte le fait que, suite à l'opération subie, la requérante avait un sexe biologique différent de la personne qu'elle désirait épouser.

[51] C°EDH, art. 8 : *« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale* […].
Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infraction pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

[52] TGI Bordeaux, 27 juil. 2004, préc.

[53] CA Bordeaux, 19 avr. 2005, préc.

La juridiction française s'est également interrogée sur l'existence d'une discrimination au sens de l'article 14 de la convention[54] et de la jurisprudence européenne qui en découle. Elle a considéré que la condition d'hétérosexualité, qui a pour conséquence une différence de traitement entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels, puisque l'union matrimoniale n'emporte pas les mêmes effets que le concubinage ou la conclusion d'un pacte civil de solidarité, est socialement justifiée par *« la fonction traditionnelle du mariage »*, à savoir *« la fondation d'une famille »*.

Tous les arguments convergent vers la différence de sexe en tant que condition de fond du mariage. L'hétérosexualité est donc garantie, en même temps que la coparentalité et, dans la majorité des cas, la stabilité et la durabilité de l'union. De ces points de vue, les autres formes de couple ont toujours soulevé des craintes.

B) La méfiance envers les couples non mariés

Un couple non marié n'est pas admis, aux termes de l'article 346 alinéa 1er du Code civil[55] et de l'article 361 par renvoi[56], à déposer sa candidature. L'adoption n'est envisageable qu'au profit de l'un seulement de ses membres, conformément à l'article 343-1 alinéa 1 du Code civil qui énonce que *« l'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans »*. L'enfant n'est alors juridiquement lié qu'à celui qui l'a adopté. Des concubins peuvent aussi décider d'adopter chacun, séparément, un enfant. Chaque enfant se trouve rattaché à celui qui l'a adopté, sans qu'il existe de lien de droit avec l'autre membre du couple.

En dehors de l'union conjugale, il est impossible d'adopter à deux le même enfant. Observons que l'adoption de l'enfant de l'autre n'est pas non plus ouverte en France, en Suisse, en Italie, en Grèce, en Hongrie et au Luxembourg, aux couples non mariés, qu'ils soient concubins ou unis par un partenariat enregistré[57]. Elle est en revanche

---

[54] C°EDH, art. 14 : *« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »*.

[55] C. civ., art. 346, al. 1er, concernant l'adoption plénière : *« Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux »*.

[56] C. civ., art. 361, concernant l'adoption simple : *« Les dispositions des articles* […] *346* […] *sont applicables à l'adoption simple »*.

[57] Le TGI de Paris, dans un jugement du 27 juin 2001 (*Dr. fam.*, 2001, comm. 116, note P. MURAT), a admis l'adoption simple au profit de la partenaire pacsée à la mère biologique des enfants. La CA (Riom, 27 juin 2006) et la Cour de cassation (civ. 1ère, 19 déc. 2007, http://www.courdecassation.fr) rejettent de telles requêtes aux motifs que *« la mère perdrait* [alors] *son autorité parentale* […] *alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son l'égard »* de l'enfant, *« que l'article 365 du Code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage »*. Dans l'affaire de 2001, les partenaires avaient paré à la difficulté, grâce à la loi du

ouverte à ces derniers au Québec, en Espagne, en Allemagne, aux Pays-Bas, en Suède, en Belgique, en Angleterre, au Pays de Galles et au Danemark[58].

Le salut des couples non mariés ne saurait venir des textes supranationaux ayant trait à l'adoption, puisque l'article 6 de la Convention européenne de 1967 en matière d'adoption ne permet l'accès à cette institution à un couple que si celui-ci est uni par les liens du mariage[59]. La Convention de la Haye du 29 mai 1993[60], quant à elle, renvoie aux législations internes.

De son côté, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne contient aucun article garantissant expressément le droit d'adopter. De fait, les juges de Strasbourg n'ont jusqu'à présent condamné aucun Etat partie au motif qu'il réserve l'adoption conjointe aux couples mariés. Une telle condamnation semble d'ailleurs peu envisageable tant que la majorité des législations européennes partagera cette position[61], le consensus justifiant généralement le *statu quo*[62].

Si l'adoption conjointe demeure fermée aux couples non mariés, c'est généralement parce que ces couples ont suscité, et suscitent encore parfois, la suspicion.

---

4 mars 2002, en demandant une délégation d'autorité parentale au profit de la mère biologique, ce que le TGI de Paris a également accordée le 2 juil. 2004 (*AJFam*., 2004, p. 361 obs. F. CHENEDE ; *Dr. fam.*, 2005, comm. 4, note P. MURAT).

Notons que, en Angleterre, l'Adoption and Children Act de 2002, entré en vigueur le 30 déc. 2005, prévoit expressément que la responsabilité parentale peut être partagée entre plusieurs personnes, et notamment entre deux partenaires enregistrés, à l'égard de l'enfant de l'un d'eux (F. GRANET-LAMBRECHTS, « Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe… », op. cit. note 42).

[58] Ibid.

[59] L'art. 6 de cette convention autorise aussi, comme l'art. 343-1 al. 1er c. civ. français, l'adoption individuelle.

[60] Convention de la Haye du 29 mai 1993 relative à l'adoption internationale, ratifiée par la France par la L. n°98-147 du 9 mars 1998.

[61] L'adoption conjointe est réservée aux époux not. en Suisse, en Italie, Allemagne, au Luxembourg, en Hongrie et en Grèce. Observons que la Belgique, les Pays-Bas et l'Espagne, qui ont ouvert le mariage aux couples homosexuels, autorisent l'adoption conjointe par de tels époux. On note une évolution au profit des partenaires enregistrés, alors même qu'ils seraient du même sexe, en Angleterre et aux Pays de Galles, aux Pays-Bas et en Suède (F. GRANET-LAMBRECHTS, « Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe… », op. cit. note 42). La question pourrait un jour être soulevée devant les juges strasbourgeois au sujet du PACS mis en place en France depuis la loi du 15 novembre 1999.

[62] En ce sens, v. F. SUDRE, « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », rapp. introductif in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH*, coll. IDEDH, Montpellier, 22-23 mars 2002 (dir. F. SUDRE), Némésis/Bruylant, 2002, p.p. 40 et suiv.

De nature très diversifiée, puisque pouvant aller de l'aventure d'un soir à une union jusqu'à la mort, les relations hors mariage ne permettent pas de les assimiler, de manière générale, à la vie maritale[63].

Pendant très longtemps, elles ont été l'objet de réprobation sociale. Quand bien même il s'agissait d'une véritable cohabitation installée dans la durée, celle-ci demeurait mal perçue. Considérée par le Droit romain comme inférieure à la vie commune engagée dans les liens matrimoniaux, elle a été ignorée par les rédacteurs du Code civil, qui se sont conformés à la pensée de Napoléon BONAPARTE : *« Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux »*. Par conséquent libres de tout engagement réciproque, les membres du couple peuvent reprendre à tout moment leur liberté, sans aucune condition ni de forme ni de fond, contrairement aux époux[64]. C'est d'ailleurs ce qui fait dire à certains que « l'une des plus grandes forces du mariage, c'est, paradoxalement, le divorce […] parce qu'il n'est pas la répudiation. Il y a en effet des obligations des deux parents – envers l'enfant, mais aussi l'un envers l'autre le cas échéant – qui survivent au divorce, ce qui, du point de vue de l'intérêt de l'enfant, fonde la supériorité du mariage sur les autres formules[65] »[66].

Or, auparavant, rien n'était prévu pour régler la situation de l'enfant en cas d'éclatement du couple : les textes ne s'intéressaient qu'au cas où les parents divorçaient (ou se séparaient de corps). D'où le risque pour l'enfant, dans l'hypothèse où on aurait autorisé son adoption par des gens non mariés, de ne plus avoir aucun contact avec l'un de ses parents légaux.

Le mariage suppose la formation d'un foyer stable et uni (surtout à une époque où le divorce était restrictivement admis, voire interdit[67]), constitué d'un père et d'une mère, contrairement aux relations hors mariage dont la grande variété n'offre pas l'assurance de l'hétérosexualité ni les mêmes garanties de développement et d'épanouissement pour l'enfant[68]. On ne saurait pour autant ignorer le phénomène de banalisation du

---

[63] Ainsi que l'écrit Gérard CORNU (« Droit-civil : La famille », Montchrestien, 2006, p. 85), la *« diversité est la marque essentielle de l'union libre, phénomène irréductiblement polymorphe. Le mariage est un, les unions libres multiples. D'un côté une institution, de l'autre une multitude de situations »*.

[64] Cf. c. civ., art. 228 et suiv. relatifs au divorce.

[65] Y compris le pacte civil de solidarité, dont la procédure de rupture se réduit à un enregistrement auprès du greffe du tribunal d'instance (c. civ., art. 515-7) et dont les conséquences sont moindres par rapport au divorce (comp. les dispositions du chap. III du Titre VI du Livre Ier aux deux derniers al. de l'art. 515-7).

[66] Philippe BAS, rapp. « L'enfant d'abord », op. cit. note 4.

[67] Disparu au début du XIXème siècle, le divorce fut rétabli par la loi du 27 juil. 1884, mais seulement pour faute. Il faudra attendre la L. n°75-617 du 11 juil. 1975 pour que soient légalisées d'autres formes de divorce.

[68] Ce sont des arguments que partagent plusieurs des personnes entendues par la Mission (Frédérique GRANET-LAMBRECHTS pense *« qu'il serait préférable de réserver l'adoption plénière aux époux »*, lorsque l'enfant n'est pas celui de l'un des membres du couple, aux motifs que « *le mariage présente un certain nombre de garanties, en particulier en cas de séparation du couple, puisqu'un juge est nécessairement amené à intervenir pour prononcer le divorce, et que l'un des aspects des conséquences*

concubinage, lequel se caractérise par sa durée et sa stabilité, ce qui le distingue de relations seulement épisodiques, voire passagères. On ne saurait non plus ignorer les progrès accomplis par le droit pour favoriser la parentalité conjointe, même en cas de crise.

Si les unions de fait pouvaient, jusqu'à une époque assez récente, être légitimement suspectées au regard de l'intérêt de l'enfant, et donc exclues de l'adoption conjointe, cette vision paraît aujourd'hui dépassée, particulièrement lorsqu'il y a concubinage hétérosexuel.

§ II Une différence de traitement injustifiée

Bien que la société ait notablement évolué ces quarante dernières années, la réticence à reconnaître l'existence d'une famille hors mariage a conduit à la mise à l'écart des concubins, même lorsqu'ils sont de sexe différent. Le législateur a conservé l'image idéalisée de la cellule familiale fondée à partir de l'engagement conjugal, alors que celle-ci ne présente plus tellement de différences avec celle existant en dehors de l'union légitime (A).

Cette position de déni n'est pas sans risque pour l'enfant, puisqu'elle peut engendrer des situations dommageables, voire désastreuses, lorsqu'il y a séparation entre l'adoptant(e) et celui ou celle avec qui il ou elle partageait une vie commune depuis plusieurs années (B). Aussi la condition tenant au mariage pourrait-elle disparaître prochainement, comme c'est déjà le cas dans d'autres Etats (C).

A) L'idéalisation périmée de la famille fondée sur le mariage

On ne saurait nier l'augmentation continue, en particulier depuis 1965, des naissances en dehors de l'union matrimoniale. Ne représentant alors que 5,9 % du total des naissances, elles ont dépassé les 10 % en 1979, puis les 20 % en 1986 et les 30 % en

---

du divorce que le juge vérifie en premier lieu, et qui n'est pas librement négociable comme le sont les questions d'argent, est précisément les modalités d'exercice de l'autorité parentale » ; le garde des Sceaux déclare qu'*« il faut s'en tenir à la vocation fondamentale de l'adoption, qui est de donner un enfant sans famille à une famille qui ne peut elle-même en avoir. Or les concubins forment un couple, ils ne forment pas une famille. Ils peuvent mettre fin à leur vie commune à tout moment, sans que jamais ne s'exerce un quelconque contrôle de l'autorité judiciaire. Ce risque important d'instabilité familiale peut s'avérer particulièrement préjudiciable pour un enfant adopté, qui, du fait de son histoire personnelle, exprime souvent un plus grand besoin de sécurité affective »*) et que celle-ci reprend à son compte : *« compte tenu du traumatisme originel que comporte son histoire, un enfant adopté requiert une sécurité juridique et affective que seuls des parents mariés peuvent offrir »* (rapp. « L'enfant d'abord », op. cit. note 4).

1990. Effleurant les 40 % en 1996[69], elles atteignaient en l'an 2000 les 43 %[70] et en 2005 les 45 %[71]. Dans le même temps, la part des enfants hors mariage naissant dans un foyer monoparental a diminué[72], tandis que de plus en plus de pères non mariés avec la mère reconnaissent leurs enfants[73] et, après séparation, continuent à entretenir des liens avec eux[74].

On ne saurait non plus ignorer la stabilité des couples non mariés[75], qui offrent désormais autant de garanties pour l'enfant, notamment quant aux conditions d'accueil *« sur les plans familial, éducatif et psychologique »*[76], que les couples unis par un lien matrimonial[77] : *« Aujourd'hui, toutes choses égales par ailleurs, on estime que les modes de vie familiaux, les modes de consommation, les modes d'éducation des enfants ne présentent pas de différences significatives selon que les parents sont ou non mariés. Au sein d'une même parentèle, il est désormais fréquent que coexistent des familles naturelles et légitimes, que rien ne distingue dans leur vie quotidienne. Les différences d'appartenance sociale sont beaucoup plus significatives que les statuts juridiques »*[78].

La stabilité fait d'ailleurs partie des critères qui ont été, dans un premier temps, dégagés par la jurisprudence[79] pour conclure à l'existence d'un concubinage. Elle

---

[69] Sur tous ces chiffres, v. B. BONIFACE, S. JULIEN-SAINT-AMAND-HASSANI et B. RENAUD, « Demain la famille, quel concept ? », 1ère comm. in *Demain la famille*, 95ème Congrès des Notaires de France, Marseille, 9-12 mai 1999, Création Edition Exposition, 1999, p. 23 ; H. LERIDON, « Statut de l'enfant : dossier démographique », annexe I : Statistiques, Tableau n°1 in *Conseil d'Etat, « Statut et Protection de l'enfant »*, rapp. au Premier Ministre, La Documentation française, 1991, p. 115.

[70] Cf. Ph. CHAILLOU, « Guide du droit de la famille et de l'enfant », Dunod, 2003, p. 50.

[71] G. CORNU, « Droit-civil : La famille », op. cit. note 63, p. 8. En Suède, le taux des enfants nés hors mariage atteignait 56 % en 2002.

[72] V. H. LERIDON, « Statut de l'enfant : dossier démographique », annexe I : Statistiques, Tableau n°9, op. cit. note 69, p. 124.

[73] En 1999, l'INED a relevé que 95 % des enfants nés hors mariage avaient été reconnus par leur père.

[74] Ils étaient plus de 40 % en 1999 à voir leurs enfants au moins une fois par mois.

[75] Bien qu'ils n'atteignent pas encore le degré de stabilité de l'union matrimoniale : selon Xavier LACROIX, les couples de concubins seraient en moyenne deux fois plus instables que les couples mariés (rapp. « L'enfant d'abord », op. cit. note 4).

[76] Le D. n°98-771 du 1er sept. 1998, relatif à l'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'Etat ou un enfant étranger (règle valant également, en vertu de la L. n°2002-93 du 22 janv. 2002, pour un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption), prévoit en son art. 4 que, *« avant de délivrer l'agrément »* visé à l'art. 353-1 al. 1 c. civ. ainsi qu'aux art. L 225-2 et suiv. CASF, *« le président du conseil général »* du département de résidence des candidats à l'adoption *« doit s'assurer que les conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté »*.

[77] ***« La naissance hors mariage n'entraîne pas réellement de différence dans l'éducation et la vie des enfants »*** (rapp. « L'enfant d'abord », op. cit. note 4).

[78] I. THERY, « Couple, filiation et parenté aujourd'hui: Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée », rapp. à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, Ed. Odile Jacob/La Documentation française, 1998, p. 44.

[79] Cass., civ. 1ère, 15 juil. 1975, *Bull. Civ.*, I, n°237.

constitue aujourd'hui un des éléments de la définition légale de celui-ci, introduite dans le Code civil par la loi du 15 novembre 1999, à l'article 515-8 : *« Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »*.

Dès lors qu'il est question de concubinage, il s'agit donc, nécessairement, d'une relation de couple s'inscrivant dans la durée. La famille fondée sur le mariage ne saurait, en conséquence, être présentée comme la seule qui soit stable. Elle n'est d'ailleurs plus, à l'heure où une union conjugale sur trois se conclut par un divorce, un gage de stabilité[80].

On invoque alors l'absence d'organisation légale de la dissolution des couples non mariés pour justifier l'impossibilité pour eux d'adopter un enfant en commun. Or, ce n'est pas parce qu'il n'y a pas de dispositions spécifiques régissant la séparation de ces couples, à l'image de celles qui existent en matière de divorce ou de séparation de corps, que les enfants de concubins ne bénéficient pas de garanties légales dans leurs relations avec leurs parents.

Bien au contraire, la loi du 4 mars 2002, qui a fait de l'exercice conjoint de l'autorité parentale le principe, indépendamment de la situation matrimoniale des père et mère[81], a instauré les mêmes règles pour tous les enfants. Dans tous les cas, qu'il ait ou non existé un lien conjugal entre les parents, la séparation de ces derniers *« est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale »*[82].

La condition d'un engagement conjugal entre les membres du couple requérant ne serait-elle pas davantage un moyen de mettre en échec toute tentative d'adoption par un couple homosexuel ?

Contrairement à la jurisprudence, qui n'envisageait le concubinage qu'entre un homme et une femme[83], la loi a inclus dans sa définition le concubinage *« entre deux*

---

[80] *« Certes, les unions libres se rompent plus facilement et durent en moyenne moins longtemps que les mariages, mais la progression du divorce relativise cette différence »* (rapp. « L'enfant d'abord », op. cit. note 4).

[81] C. civ., art. 372, al. 1er : *« Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale »*. Si l'al. 2 prévoit les cas particuliers d'établissement tardif ou judiciaire du second lien de filiation, pour lesquels l'autorité parentale continuera d'être exercée unilatéralement par le premier parent, le dernier alinéa offre immédiatement la solution d'une déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance ou d'une décision du juge aux affaires familiales afin que l'autorité soit exercée en commun.

[82] C. civ., art. 373-2, al. 1er.

[83] Cass., civ. 3ème, 17 déc. 1997 (*Bull. Civ.*, III, n°225 ; *JCP* G, 1998, II-10093, note DJIGO) : *« Le concubinage ne* [peut] *résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme »*.

CE, 4 mai 2001, *« Association Promouvoir »* (*Dr. fam.*, juil. 2001, p. 16, note H. LECUYER) : *« Antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 515-8 ajouté au Code civil par la Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, le concubinage s'analysait comme une relation*

personnes […] *de même sexe »*[84]. En exigeant une union légitime, alors que le mariage n'est pas ouvert à des partenaires de même sexe, le droit sécuriserait ainsi l'adoption face aux revendications de la communauté homosexuelle, d'autant que la jurisprudence européenne vient de subir un revirement à ce sujet.

Les juges strasbourgeois, dans l'affaire *« Fretté contre France »*[85], avaient rejeté l'allégation de violation des articles 8[86] et 14[87] du traité pour refus d'agrément fondé sur l'homosexualité. La Cour avait certes conclu à l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la convention. Mais elle avait considéré qu'en l'absence de consensus sur la question de l'adoption par un homosexuel et *« compte tenu de la marge d'appréciation à laisser en la matière aux autorités de chaque Etat, notamment pour veiller à la protection de l'intérêt des enfants pouvant être adoptés »*, la différence de traitement litigieuse ne constituait pas une discrimination au sens de l'article 14.

Cette solution a été renversée[88] par un arrêt vivement contestée[89] du 22 janvier 2008[90] par lequel la Cour européenne a condamné la France, considérant que le refus d'agrément était fondé sur l'orientation sexuelle et constituait, à ce titre, une

---

stable et continue, ayant l'apparence du mariage, et ne pouvant concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme ».

[84] C. civ., art. 515-8.

[85] Cour EDH, 26 fév. 2002, *« Fretté contre France »*, n°36515/97, *Dr. fam.*, 2002, chron. 19, obs. A. DEBET ; *JCP* G, 2002, II-10074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *RTDciv.*, 2002, p.p. 280-281, J. HAUSER.

[86] C°EDH, art. 8, préc.

[87] C°EDH, art. 14, préc.

[88] Rien ne permet d'affirmer que le revirement sera confirmé. En effet, la décision de condamnation n'a été adoptée que par dix voix contre sept et a fait l'objet d'opinions dissidentes assez vives (v. note suiv.).

[89] La décision de la Cour européenne n'a pas reçu l'unanimité auprès de ses membres. Plusieurs juges ont, dans leur opinion dissidente, observé que les deux motifs retenus par les instances nationales pour refuser l'agrément étaient, non pas l'orientation sexuelle de la requérante (ce que les autorités française ont invariablement précisé dans leurs décisions), mais l'absence de référent masculin et le comportement indifférent, voire hostile, de la femme avec qui elle entretenait une relation stable à l'égard du projet d'adoption. Certes, la première raison semble peu convaincante dès lors que le législateur autorise l'adoption par une personne seule. Mais elle peut être opposée à tout candidat à l'adoption quelle que soit son orientation sexuelle. Le second argument soulevé par les autorités nationales était en revanche pertinent, comme le reconnaît d'ailleurs la Cour elle-même (§ 76 à 79). Mais celle-ci l'a déclaré *« contaminé »* par *« le caractère illégitime »* du premier motif invoqué. Outre que cette *« théorie de la contamination »* soit contestable, s'agissant de raisons bien distinctes, le second motif retenu par les instances françaises ne présentait aucun lien avec l'orientation sexuelle de la candidate : un tel motif aurait tout aussi bien pu être opposé à une personne installée dans une relation hétérosexuelle. Enfin, le refus d'agrément fondé sur l'orientation sexuelle d'un candidat doit-il forcément être qualifié de discriminatoire ? Ne pouvons-nous pas considérer qu'il existe un motif légitime à un tel refus ? Nombreux sont ceux qui reconnaissent que nous ne disposons pas encore d'assez de recul pour affirmer que le fait pour un enfant d'être élevé par une personne d'orientation homosexuelle n'a aucune répercussion sur son état psychologique. En la matière, les études divergent et certains préfèrent appliquer le principe de précaution (cf. rapp. « L'enfant d'abord », op. cit. note 4).

[90] Inédit.

discrimination. La portée de l'arrêt doit cependant être relativisée en ce que l'instance européenne n'a retenu une violation du traité qu'au sujet de l'agrément. Il n'est pas certain qu'un requérant homosexuel obtienne le prononcé de l'adoption. En effet, l'article 353 alinéa 1er du Code civil exige que l'adoption soit *« conforme à l'intérêt de l'enfant »*, notion qui est très subjective et qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond[91]. Certes, un rejet de la requête qui serait expressément fondé sur l'orientation sexuelle du demandeur présenterait le risque que la France soit à nouveau condamnée par la Cour européenne. Mais les magistrats pourraient trouver d'autres motifs qui permettraient de contourner la difficulté. La théorie est une chose, la pratique en est une autre.

La portée de la décision européenne doit en outre être mesurée en ce qu'elle ne vise pas la règle selon laquelle l'adoption conjointe n'est ouverte qu'aux époux, alors même que, le mariage ne pouvant être célébré qu'entre personnes de sexe opposé, l'article 346 alinéa 1er du Code civil exclut nécessairement les homosexuels. La question se poserait sous un angle différent si le législateur décidait d'étendre la possibilité d'adopter conjointement aux concubins hétérosexuels. Mais même si la France était condamnée et qu'une réforme autorisait l'adoption conjointe au profit des couples homosexuels, il n'est pas certain que ces derniers obtiennent le prononcé de l'adoption, pour la même raison que celle évoquée plus haut, à savoir que l'adoption doit être jugée conforme à l'intérêt de l'enfant.

Quoiqu'il en soit, la règle selon laquelle l'adoption conjointe est réservée aux époux constitue un verrou bien fragile, sachant que l'adoption par une seule personne est permise et qu'il n'est pas impossible, pour celui qui se présente comme célibataire, de partager une vie commune avec quelqu'un du même sexe sans que cela ait été décelé lors des contrôles effectués pour accéder à l'adoption, particulièrement lors de l'évaluation de la situation familiale et des possibilités d'accueil de l'enfant. Certes, le ou la partenaire de l'adoptant(e) n'est pas légalement rattaché(e) à l'enfant, mais il n'empêche que ce dernier grandira dans un foyer homosexuel et sera finalement élevé par deux personnes du même sexe.

Aussi le législateur devrait-il, s'il aspire à refuser l'adoption seulement aux couples formés d'individus de même sexe, poser la condition d'hétérosexualité du couple adoptant, plutôt que d'exiger un lien matrimonial[92].

Si l'intérêt de l'enfant réside dans son intégration au sein d'une cellule familiale stable et biparentale, la structure édifiée à partir du mariage ne doit plus être considérée comme la seule qui soit conforme à cet intérêt : le concubinage hétérosexuel est tout autant capable de répondre à ces exigences.

---

[91] Cass., civ. 1ère, 11 juil. 2006, *Bull. Civ.*, I, n°384 ; *AJFam.*, 2006, p. 373 obs. F. CHENEDE ; *RJPF*, 2006, 11/35, obs. Th. GARE ; *RTDciv.*, 2006, p. 750, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.*, 2006, n°205, note P. MURAT.

[92] Même si cela présente le risque d'être un jour condamné par la Cour européenne.

Ouvrir l'adoption conjointe aux concubins serait même parfois préférable au regard des intérêts de l'enfant adopté.

B) Les effets néfastes d'une vision désuète

Refuser aux concubins la possibilité d'adopter ensemble un enfant peut avoir des conséquences désastreuses pour l'équilibre de l'enfant.

Imaginons deux personnes de sexe différent partageant une vie de couple. N'étant pas autorisées à adopter conjointement un enfant, l'une d'elles procède à une adoption individuelle. Bien qu'il ne soit rattaché qu'à l'adoptant et que seul ce dernier détienne l'exercice légal de l'autorité parentale, l'enfant est en réalité élevé au sein d'un foyer biparental. Après quelques années, le couple se sépare.

A moins d'un arrangement privé, qui impliquerait une entente minimale entre les ex-concubins, l'enfant se trouve privé d'un parent factuel qui participait à son éducation et à son épanouissement.

Où l'on constate que le rejet d'une adoption conjointe, par un couple non marié (sous réserve qu'il soit hétérosexuel), s'avère plus néfaste pour l'enfant que l'admission légale du principe.

Les juridictions civiles essaient de pallier les inconvénients d'une telle situation en octroyant à l'ex-compagnon (ou ex-compagne) un droit de visite et d'hébergement, sur le fondement de l'article 371-4 alinéa 2 du Code civil qui dispose : *« si tel est intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non »*[93]. C'est ce dont atteste un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble, rendu le 15 décembre 1997[94], confirmant le jugement du Tribunal de grande instance de la même ville, en date du 19 mars 1997.

En l'espèce le concubin de l'adoptante s'était *« occupé de l'enfant »*, d'origine vietnamienne, *« dès son arrivée en France »* et avait, pendant que sa compagne était là-bas, *« effectué les divers aménagements pour accueillir »* cet enfant. Il avait donc tenu un rôle de père social que les juges ont accepté de reconnaître.

L'octroi d'un droit de visite et d'hébergement offre une solution modératrice au principe inconditionnel figurant à l'article 346 alinéa 1 du Code civil. Mais à l'heure où la vie en concubinage présente plus de points communs que de différences avec la vie maritale et que l'on tend, à travers l'égalité des enfants, à égaliser les couples dans leurs

---

[93] Avant la L. n°2002-305 du 4 mars 2002, l'art. 371-4 al. 2 prévoyait que, *« en considération de situations exceptionnelles »* le JAF pouvait *« accorder un droit de correspondance ou de visite »* notamment à un tiers. La jurisprudence avait adopté une interprétation large du droit de visite, y incluant un droit d'hébergement (ex. : civ. 1ère, 5 mai 1986, *Bull. Civ.*, I, n°112 ; *D.*, 1986, p. 496, note J. MASSIP ; *RTDciv.*, 1986, p. 736, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI).

[94] CA Grenoble, 15 déc. 1997, *Dr. fam.*, 1998, comm. 38, note P. MURAT.

rapports avec leurs enfants, une plus grande unité juridique justifierait l'accès à l'adoption des couples non mariés et hétérosexuels.

Notons que, dans l'affaire de Grenoble, la présence du compagnon au foyer avait été prise en compte au moment de l'adoption, ce qu'ont pris soin de relever les magistrats d'appel : *« le projet* […] *était commun au couple et* […] *toutes les procédures diligentées tant en France qu'au Vietnam* [avaient] *tenu compte de cette situation maritale »*.

Doit-on y voir un premier pas vers la disparition d'une distinction surannée ?

C) Vers l'abrogation de la distinction ?

Dès lors que des faits sociaux respectent la règle de base de l'hétérosexualité et de la stabilité, aucune raison valable ne vient justifier que le droit des filiations par greffe ne compose pas avec eux.

Une partie de la doctrine comme certains parlementaires l'ont bien compris. Claire NEIRINCK suggérait ainsi, dès 1996, le principe d'une adoption conjointe en faveur des couples qui ne sont pas engagés dans les liens du mariage. Reprise par des parlementaires, la proposition a été écartée tant par l'Assemblée Nationale[95] que par le Sénat. De même, lors de la présentation du rapport relatif à l'adoption internationale, Jean-Pierre MICHEL envisageait l'ouverture de l'institution à *« deux personnes vivant ensemble »*, ce que la commission de lois a rejeté[96].

La distinction consacrée par le droit français, dans le domaine de l'adoption, pourrait aisément être abolie sans qu'il soit nécessaire de procéder à un bouleversement du droit. Il suffirait en effet d'ouvrir l'adoption conjointe aux concubins de sexe différent, dans les mêmes conditions que pour les époux. C'est une solution qui a été admise par le législateur espagnol. Dans cet Etat, l'adoption conjointe est permise aux couples non mariés de sexe différent et unis par des liens affectifs stables[97]. Elle est également autorisée en Belgique au profit des cohabitants hétérosexuels[98], c'est-à-dire des personnes non apparentées qui vivent ensemble de façon permanente et effective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande d'adoption[99].

---

[95] *JO*, Débat, AN, 12 janv. 1996, p. 54.

[96] « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n°2217) de M. Jean-François MATTEI et plusieurs de ses collègues, relative à l'adoption internationale », *AN*, n°2265, 22 mars 2000, p. 17.

[97] F. GRANET-LAMBRECHTS, « Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe… », op. cit. note 42.

[98] J. POUSSON-PETIT, « Chronique du droit des personnes et de la famille en Belgique », op. cit. note 13, p.p. 18-19.

[99] C. civ. belge, art. 343, § 1er, *b)*.

A un degré moindre, le législateur pourrait autoriser l'adoption de l'enfant du concubin, ce qui serait préférable à une reconnaissance de complaisance dans la mesure où, si le couple vient à se séparer, le lien juridique créé par la reconnaissance encourt le risque d'être anéanti par une action en contestation, tandis que le lien adoptif est plus difficilement révocable[100]. Si le caractère irrévocable de l'adoption plénière peut élever quelques réticences[101], une adoption simple produisant les mêmes effets que lorsqu'il s'agit de l'enfant du conjoint paraît au contraire une solution opportune pour les parents vivant en concubinage ou ayant conclu un pacte civil de solidarité et qui souhaitent partager l'autorité parentale avec leur nouveau compagnon. En effet, les auteurs de l'enfant ne perdraient plus l'autorité parentale suite à l'adoption simple et n'auraient donc plus à procéder à une délégation à leur profit.

Certes, s'aventurer sur ce terrain pourrait mener à la question de l'adoption par des couples homosexuels, laquelle ne manquerait pas de se poser si l'on permettait l'adoption par des couples non mariés. Mais le refus opposé aux partenaires de même sexe peut éventuellement se justifier au regard de l'épanouissement de l'enfant, argument derrière lequel on ne saurait se retrancher pour refuser indistinctement aux couples non unis maritalement l'accès à l'adoption commune.

Le législateur autorise d'ailleurs le recours à l'assistance médicale à la procréation aux concubins de sexe opposé. Toutefois, les conditions d'accès sont pour ces derniers plus restrictives que s'ils étaient unis par le mariage.

Section II : La procréation médicalement assistée ou l'avantage d'être mariés

Le référent biologique est très prégnant dans le domaine des procréations médicalement assistées. Or, il n'est nul besoin d'être mariés pour concevoir un enfant. Aussi le droit fait-il preuve d'une plus grande souplesse qu'en matière d'adoption, en autorisant les concubins[102] à recourir aux techniques médicales d'assistance.

Ces derniers sont soumis aux mêmes conditions que les couples mariés, dès lors qu'il s'agit de dissimuler que l'enfant a été conçu grâce à une aide médicale (§ I).

---

[100] Cf. *infra*, 2ème partie, Titre II, chap. II, section II.

[101] Adeline GOUTTENOIRE estime qu'il serait préférable *« de conserver la possibilité d'une révocation de l'adoption pour ne pas instaurer des liens indestructibles qui pourraient gêner l'enfant par la suite »*, particulièrement dans l'hypothèse où le couple parental se dissolverait. Il s'agit d'*« éviter que l'enfant soit encombré définitivement d'une filiation qui n'aurait été que fugace et qui deviendrait ensuite dépourvue de toute signification »* (rapp. « L'enfant d'abord », op. cit. note 4).

[102] Nous verrons, dans le second paragraphe de cette section, que la condition de *« vie commune »* exigée à l'endroit des couples non mariés rejoint la définition légale du concubinage, par les éléments matériels et affectifs que la notion implique.

En revanche, les exigences diffèrent dès lors qu'il est question du cadre familial dans lequel l'enfant sera accueilli (§ II).

§ I L'apparence d'un engendrement traditionnel

L'un des objectifs primordiaux de la législation intéressant les procréations médicalement assistées est que le recours à une aide médicale n'apparaisse pas au grand jour, afin que l'enfant qui naîtra ne puisse pas être distingué de ceux dont la conception n'a nécessité aucune assistance.

Il a donc fallu instaurer des conditions relativement aux demandeurs : il doit s'agir d'un homme et d'une femme (A), vivants et en âge de procréer (B)[103].

A) Un homme et une femme

Les progrès scientifiques permettent de concevoir un être humain sans rapports charnels entre un homme et une femme. Définie par l'article L 2141-1 alinéa 1 du Code de la santé publique, *« l'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel* […] *»*.

On distingue la procréation médicalement assistée endogène, qui consiste à obtenir l'engendrement d'un enfant à l'intérieur d'un couple, de la procréation médicalement assistée exogène, qui consiste dans l'utilisation de gamètes en partie ou totalement extérieurs à un couple.

La première suppose que la conception ne peut être réalisée naturellement pour des raisons physiologiques ou médicales. Le sperme du mari ou compagnon est alors recueilli pour que la femme soit inséminée de manière artificielle. Il se peut aussi que l'on recoure à la conception *in vitro* d'un embryon à partir des gamètes des membres du couple, que l'on va ensuite implanter dans l'utérus de la femme pour une gestation normale.

Le second type de procréation peut consister en une insémination artificielle avec le sperme d'un tiers donneur. Il peut aussi s'agir de la fécondation *in vitro* d'un embryon conçu grâce à des spermatozoïdes ne provenant pas du mari ou compagnon, ou grâce à un ovule n'appartenant pas à l'épouse ou compagne. Il se peut enfin que ce soit un don d'embryon, c'est-à-dire que l'embryon, qui sera réimplanté dans l'utérus de la femme, a été conçu *in vitro* à partir des gamètes d'un autre couple.

[103] CSP, art. L 2141-2, dernier al.

Observons que la loi donne encore[104] une certaine priorité à la procréation médicalement assistée endogène car, au-delà des considérations psychologiques[105], il y aura davantage de chances que le recours à une assistance médicale ne transparaisse pas, ne serait-ce que grâce à une ressemblance entre l'enfant et ses parents légaux qui seront également ses géniteurs.

C'est ainsi que l'article L 2141-7 du Code de la santé publique indique que *« l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en œuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple* […] *y renonce »*.

S'agissant, plus précisément, d'un embryon conçu *in vitro*, l'article L 2141-3 alinéa 1 exige que les gamètes utilisés proviennent de l'un au moins des membres du couple[106]. Ce n'est qu'*« à titre exceptionnel »*, lorsqu'*« une assistance médicale à la procréation sans recours à un tiers donneur ne peut aboutir »*, que l'article L 2141-6 autorise l'accueil d'un embryon totalement étranger au couple[107].

L'adoption conjointe étant inenvisageable pour un couple homosexuel[108], la procréation médicalement assistée est très tentante pour ceux qui désirent avoir un enfant, d'autant qu'il pourra être fait usage des gamètes de l'un des partenaires.

Seulement les textes énoncent expressément que l'assistance médicale à la procréation *« a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité »*[109].

Surtout, le référent biologique étant omniprésent dans le droit des filiations par greffe, particulièrement lorsqu'il est question de procréation médicalement assistée, et la conception naturelle d'un enfant exigeant la mise en relation de gamètes masculins et

---

[104] L'art. L 2141-6 CSP (L. n°94-653 du 29 juil. 1994) énonçait que *« l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme* <u>*ultime*</u> *indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir »*. La procréation avec des gamètes autres que ceux du couple demandeur n'était prévue qu'à titre subsidiaire, en tout dernier recours. La L. n°2004-800 du 6 août 2004 a en partie conservé cette politique, puisque le don d'embryon ne doit intervenir qu'à titre exceptionnel. Ajoutons que l'hypothèse du renoncement, par le couple, à une procréation endogène, ne figure qu'en dernière position parmi les motifs de recours à un tiers donneur (cf. CSP, art. L 2141-7).

[105] Il n'est pas toujours facile d'accepter un enfant qui n'est pas génétiquement le sien. L'enfant peut, quant à lui, souffrir de cette situation.

[106] CSP, art. L 2141-3, al. 1er : *« Il* [l'embryon] *ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple »*.

[107] CSP, art. L 2141-5, al. 1 : *« A titre exceptionnel, un couple* […] *pour lequel une assistance médicale à la procréation sans recours à un tiers donneur ne peut aboutir peut accueillir un embryon »*.

[108] V. *supra*, section précédente.

[109] CSP, art. L 2141-2, al. 2.

féminins, donc l'accouplement d'un homme et d'une femme, les rédacteurs ne pouvaient déroger à la règle de l'hétérosexualité s'ils voulaient imiter la nature[110].

Déjà en 1989, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe avait adopté un rapport sur la procréation artificielle humaine, qui suggérait de réserver cette technique aux couples hétérosexuels (qu'ils soient mariés ou non).

La loi du 29 juillet 1994, puis celle du 6 août 2004, ont repris l'idée, même si ce n'est qu'implicitement. La condition d'hétérosexualité réside en effet dans l'emploi de la formule suivante : *« l'homme et la femme formant le couple »*, figurant au dernier alinéa de l'article L 2141-2 du Code de la santé publique, lui-même inscrit au chapitre Ier du Titre IV intitulé l'*« Assistance médicale à la procréation »*[111].

La structure du couple hétérosexuel s'impose si l'on veut que la cellule familiale, qui sera composée des parents et de l'enfant, soit regardée comme si elle était une famille par le sang.

Mais cela ne saurait être suffisant : encore faut-il que ceux qui deviendront les père et mère de l'enfant soient vivants et en âge de procréer au moment où la procréation médicale intervient.

B) « Vivants et en âge de procréer »

L'article L 2141-2 alinéa 3 du Code de la santé publique exige de *« l'homme et* [de] *la femme formant le couple »* d'être *« en âge de procréer »*.

Formellement, la condition concerne les deux membres du couple. Réellement, elle ne vise que la femme, les gamètes masculins demeurant efficaces, sinon toute la vie humaine, du moins jusqu'à un âge très avancé[112]. On songe alors aux femmes ménopausées. Cependant, il peut être remédié à ce phénomène lorsqu'il intervient de manière précoce. Aussi ne doit-il pas servir de critère d'appréciation pour refuser l'assistance médicale à la procréation. Le texte n'y fait d'ailleurs pas référence : il parle seulement d'*« âge de procréer »*.

Afin d'éviter trop de divergences d'appréciation selon le service médical sollicité, puisque c'est à lui qu'il revient d'évaluer si la condition d'âge est remplie, un arrêté

---

[110] Certains proposent d'abandonner la référence à la nature et de se baser uniquement sur la consistance du projet parental, ouvrant ainsi l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples de même sexe et mettant fin à une situation discriminatoire (v. rapp. « L'enfant d'abord », op. cit. note 4). L'argument de la discrimination est cependant peu pertinent en ce que, d'une part, la différence de traitement peut se justifier d'un motif légitime, d'autre part, l'ouverture ne ferait que déplacer le problème vers l'opposition entre couples d'hommes et autres couples, à moins d'autoriser la procréation et la gestation pour autrui.

[111] Les législations anglaise, belge, néerlandaise, espagnole et canadienne permettent aux couples de femmes de recourir à une assistance médicale à la procréation.

[112] Un exemple célèbre est Charlie CHAPLIN, qui a conçu un enfant à l'âge de 82 ans.

ministériel du 12 janvier 1999[113] recommandait de n'accepter la prise en charge que si la femme est suffisamment jeune pour que les chances de succès soient raisonnables. Toutefois, cela reste assez subjectif.

Aussi le rapport du 18 février 1999, sur *« l'application de la Loi du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal »*[114], prévoyait-il de préciser l'expression *« en âge de procréer »* lors de la révision future des textes. En attendant, une réponse ministérielle offrait un premier indice, à savoir qu'au-delà de 42 ans l'assistance médicale doit en principe être refusée[115].

Les rédacteurs de la réforme du 6 août 2004 n'ont cependant pas entrepris de fixer une limite d'âge en termes d'années. Par conséquent, il revient à l'autorité médicale d'écarter les demandes formées par des couples qu'elle estime trop âgés ou trop jeunes.

Il est permis de s'interroger sur la légitimité d'un tel pouvoir discrétionnaire. Cependant, la fixation légale d'une tranche d'âge peut aussi paraître arbitraire, sans compter le risque que celle-ci soit rapidement dépassée devant les avancées médicales qui permettent d'avoir un enfant de plus en plus tard et en bonne santé.

La législation n'a pas non plus été modifiée quant au refus de procéder à une procréation médicalement assistée *post mortem* : *« l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants »*[116]. Le décès de l'un fait obstacle à la réalisation de l'assistance médicale.

Avant que ne soit adoptée la législation sur les procréations médicalement assistées, la question avait été posée en jurisprudence du devenir du sperme lorsque l'homme qui l'avait déposé au Centre d'études et de conservation du sperme humain, aux fins de conservation, décédait.

Le 1er août 1984, le Tribunal de grande instance de Créteil[117] avait ordonné sa remise à la veuve. Celui de Toulouse, sept ans plus tard[118], avait en revanche refusé. Peu de temps après, les juridictions civiles ont eu à se prononcer à propos d'embryons conçus par un couple et congelés dans l'attente d'une réimplantation dans l'utérus de la femme. Ils ont rejeté les prétentions de celle dont le mari était décédé[119].

Une affaire jugée par la Cour de cassation après l'entrée en vigueur des lois de 1994, mais dont les faits remontaient à une époque antérieure, donne une illustration de la

---

[113] Arrêté ministériel du 12 janv. 1999, *JO*, 28 fév. 1999.
[114] A. CLABYS et C. HURIET, « Rapport du 18/02/99 », n°232, Sénat, session ordinaire 1998-1999.
[115] Réponse ministérielle n°14616, *JO*, Sénat, Q, 1er juil. 1999, p. 2241.
[116] CSP, art. L 2141-2, dernier al.
[117] TGI Créteil, 1er août 1984, *JCP* G, 1984, II-20321, note S. CORONE.
[118] TGI Toulouse, 26 mars 1991, *LPA*, 26 avr. 1991, n°50, p. 4.
[119] TGI Rennes, 30 juin 1993, *JCP* G, 1994, II-22250, note C. NEIRINCK.

manière dont les magistrats appréhendaient la question avant que l'interdit ne soit légalement instauré.

En l'espèce, un couple marié stérile avait eu recours à des fécondations *in vitro*. Il avait au préalable signé un document aux termes duquel le transfert des embryons ne pouvait être réalisé qu'en présence de chacun de ses membres et que, dans l'hypothèse d'une dissolution de l'union, les embryons seraient détruits. Après une implantation infructueuse, l'époux était décédé. La veuve avait demandé aux médecins qu'ils lui implantent les embryons congelés restants. S'opposant à un refus, en raison du décès de son mari, elle avait saisi le Tribunal de grande instance afin d'obtenir l'implantation ou, à défaut, la mise à disposition des embryons. Mais sa requête fut rejetée et la destruction des embryons congelés ordonnée. La Cour d'appel de Toulouse avait confirmé ce jugement le 18 avril 1994[120].

Répondant au pourvoi formé par la veuve, la 1ère Chambre civile[121] avait déclaré qu'avant même l'entrée en vigueur des dispositions concernant l'assistance médicale à la procréation, instituées dans le Code de la santé publique par la loi du 29 juillet 1994, cette technique *« ne pouvait avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée, ce qui exclut le recours à un processus de fécondation in vitro ou sa poursuite lorsque le couple qui devait accueillir l'enfant a été dissous par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape du processus, ait été réalisée »*. La position de la Haute instance était d'ailleurs conforme à l'engagement que les époux avait signé.

L'article L 2141-2 du Code de la santé publique interdit désormais, très clairement, tant l'insémination artificielle que la réimplantation d'embryon *post mortem*. Et l'article L 2141-10 le rappelle implicitement dans son alinéa 2 lorsqu'il énonce que *« les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire* […] *doivent notamment* […] *informer* [les demandeurs] *de l'impossibilité de réaliser un transfert des embryons conservés en cas* […] *de décès de l'un »* d'eux[122].

Notons que le droit français est en accord avec la position adoptée dès 1989 par le Conseil de l'Europe, dans son rapport sur la procréation artificielle humaine, et qu'aucune disposition de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne permet de déduire l'existence d'un droit à l'insémination ou à la réimplantation d'embryon après la mort de son partenaire.

Un projet de loi du 20 juin 2002 portant révision de la loi du 29 juillet 1994 sur la bioéthique proposait que soit autorisé le transfert *post mortem* de l'embryon, dès lors que le mari ou concubin y aurait consenti de son vivant. Cette suggestion a fait débat.

---

[120] CA Toulouse, 18 avr. 1994, *JCP* G, 1995, II-22472, note C. NEIRINCK.
[121] Cass., civ. 1ère, 9 janv. 1996, *Bull. Civ.*, I, n°21 ; *JCP* G, 1996, II-22666, note C. NEIRINCK.
[122] CSP, art. L 2141-10, al. 2, 2°*bis*.

Avant l'adoption de la loi, le Comité national consultatif d'éthique avait émis l'avis[123] selon lequel la réimplantation *post mortem*, à la différence de l'insémination *post mortem*, ne devait pas être interdite au motif que les embryons existent déjà et bénéficient à ce titre, à défaut de la personnalité juridique, d'une *« personnalité potentielle »*. De surcroît, ils sont la concrétisation d'un projet parental effectif et ils émanent pour moitié des forces génétiques du survivant, qui devrait être seul habilité à prendre les décisions les concernant. Or l'interdiction de les réimplanter au bénéfice de la femme qui les a conçus oblige cette dernière à un choix douloureux : soit leur accueil par un autre couple, soit leur mise à disposition pour la recherche, soit leur destruction[124].

Interrogée, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme a estimé qu'il n'y avait pas lieu de revenir sur la conception d'ensemble de la législation de 1994, fortement inspirée de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La loi du 6 août 2004 a confirmé l'interdiction de la procréation assistée *post mortem*[125].

La règle se justifie pour plusieurs raisons.

Comme l'a mis en évidence Pascal MORIN[126]**,** la possibilité de recourir à une technique de procréation artificielle après la mort de l'un des requérants engendrerait une inégalité de traitement entre les couples stériles ou présentant le risque de transmission d'une maladie très grave, et les autres couples, le membre survivant d'un de ces autres couples ne pouvant plus espérer avoir un enfant issu de lui et de son partenaire décédé[127].

Autre différence de traitement, mais cette fois-ci entre les membres du couple demandeur : sauf à autoriser le recours à une mère porteuse, l'homme ne pourrait jamais bénéficier d'une assistance médicale afin de concevoir un enfant en cas de décès de son épouse ou concubine.

Certes, l'article 353 alinéa 3 du Code civil[128] admet la possibilité d'une adoption *post mortem*. Néanmoins, celle-ci doit être présentée par le conjoint survivant ou par

---

[123] CCNE, avis n°40, 17 déc. 1993.

[124] CSP, art. L 2141-4, al. 2 : en cas de décès de l'un des membres du couple, le survivant peut *« consentir à ce que leurs embryons soient accueillis par un autre couple* […], *ou à ce qu'ils fassent l'objet d'une recherche* […], *ou à ce qu'il soit mis fin à leur conservation* […] *»*.

[125] Pour autant, la question continue d'être soulevée, comme en atteste le rapp. « L'enfant d'abord » (op. cit. note 4) qui met en avant la circonstance que l'enfant qui naîtrait aurait une famille du côté paternel et aurait *« incontestablement un père, même s'il est décédé »*.

[126] P. MORIN, « L'interdiction opportune de l'implantation *post mortem* d'embryon », *Defrénois*, 2005, doctrine, art. 37892, p.p. 357-358.

[127] Puisqu'il ne s'agirait pas, dans un tel cas, de répondre à une infertilité pathologique ou à un risque de transmission d'une maladie particulièrement grave. Cf. CSP, art. L 2141-2, al. 2.

[128] C. civ., art. 353, al. 3 : *« Si l'adoptant décède, après avoir régulièrement recueilli l'enfant en vue de son adoption, la requête peut-être présentée en son nom par le conjoint survivant ou l'un des héritiers de l'adoptant »*.

l'un des héritiers de l'adoptant. En outre, elle peut se justifier par la spécificité de cette institution familiale qui est d'accueillir un enfant né dépourvu de tout foyer affectif. Il ne s'agit nullement de faire délibérément naître un enfant dont on sait d'avance qu'il n'aura qu'un seul parent.

L'article L 2141-2 du Code de la santé publique l'énonce expressément : *« L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple »*. Or, sa réalisation *post mortem* ne laisserait pas intacte la conception du couple et du projet parental.

Si les textes exigent un couple, qui plus est hétérosexuel, ce n'est pas seulement dans le but d'écarter tout soupçon quant à la manière dont l'enfant a pu être procréé. C'est également pour assurer à l'enfant conçu grâce à des techniques médicales un accueil favorable au sein d'une famille unie, constituée d'un père et d'une mère qui partagent le même foyer. En effet, le mot *« couple »* a une double signification : il implique qu'il y ait deux individus en même temps qu'un lien entre ceux-ci.

Le législateur est soucieux de donner à l'enfant qui naîtra un cadre familial traditionnel.

§ II L'exigence d'un cadre familial traditionnel

Si *« l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple »*[129], sa réalisation doit aussi être conforme à l'intérêt de l'enfant qui en naîtra.

En témoigne le 6ème alinéa de l'article L 2141-10 du Code de la santé publique, qui prévoit que l'assistance médicale *« ne peut être mise en œuvre par le médecin* […] *lorsque* [celui-ci], *après concertation au sein de l'équipe pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître »*.

Le cas particulier du don d'embryon met davantage en relief l'attention qui y est portée, puisque l'article L 2141-6 alinéa 2 énonce, *in fine*, que le juge *« fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que* [le couple demandeur] *est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique »*.

C'est aussi en ce sens que l'article L 2141-2 alinéa 2 exige un foyer uni par un mariage (B) ou, à défaut, par une vie commune qui dure depuis au moins deux années, les conditions étant plus strictes pour les concubins (A)[130].

---

[129] CSP, art. L 2141-2, al. 1.

[130] En pratique, les couples mariés sont également soumis à un délai de deux années, nécessaires au diagnostic de l'infertilité : la définition de celle-ci réside dans l'absence de résultat au bout de deux ans d'essais.

A) L'absence de mariage : la nécessité d'une vie commune d'au moins deux ans

« L'homme et la femme formant le couple doivent », aux termes de l'article L 2141-2 alinéa second du Code de la santé publique, s'ils ne sont pas unis par un lien conjugal, *« être* […] *en mesure d'apporter la preuve* (2) *d'une vie commune d'au moins deux ans »* (1), l'objectif étant de garantir à l'enfant qui sera conçu un foyer uni et stable (3).

1 La condition de vie commune

Par *« vie commune »*, le législateur vise le partage de l'existence, du logement et des ressources. Il ne s'agit pas d'une simple cohabitation. On fait référence ici à ce que l'on désigne également par la *« communauté de vie »*[131] qui, outre un aspect matériel, à savoir le fait d'habiter ensemble sous le même toit, contient un élément subjectif, d'ordre affectif, à savoir la communauté de sentiments.

La vie commune doit exister depuis au moins deux années pour qu'un couple puisse former une demande d'assistance médicale afin d'engendrer un enfant. Il est permis de s'interroger sur la fixation de cette durée : pourquoi deux ans, et non pas trois, ou seulement un an ? Peut-être a-t-elle été considérée comme nécessaire, en même temps que suffisante, pour apprécier la stabilité des relations hors mariage[132].

La loi introduit ici un critère objectif permettant d'apprécier la stabilité de celles-ci et, d'une certaine manière, leur continuité.

Observons que la vie commune, la stabilité et la continuité des relations de couple sont des critères légaux permettant de déterminer l'existence d'un concubinage[133]. Par conséquent, et même si le mot *« concubins »* n'apparaît, dans les dispositions relatives à la procréation médicalement assistée, qu'au dernier alinéa de l'article L 2141-10 du Code de la santé publique[134], il ne fait aucun doute que ce sont eux que vise le législateur[135].

Il ne suffit pas de partager une vie commune depuis deux ans, encore faut-il pouvoir le prouver.

---

[131] La suite de l'alinéa parle de *« cessation de la communauté de vie »* et non de *« cessation de la vie commune »*.

[132] Il semble que ce soit parce que la durée de deux années correspond à la définition de l'infertilité.

[133] Cf. la définition légale du concubinage inscrite à l'art. 515-8 c. civ. : *« Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »*.

[134] CSP, art. L 2141-10, dernier al. : *« Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le Code civil, leur consentement au juge ou au notaire »*.

[135] Sous réserve, bien évidemment, qu'ils soient de sexe différent. Cf. la condition d'hétérosexualité figurant implicitement à l'art. L 2141-2 al. 3 du CSP : *« L'homme et la femme formant le couple* […] *»*.

2 La preuve de la vie commune

Les concubins, à la différence des époux[136], ne disposent d'aucune preuve préconstituée. Les textes ne donnant aucune indication particulière sur ce point, on doit s'en remettre au droit commun. En tant que situation de pur fait, le concubinage est soumis au régime probatoire des faits juridiques. La preuve est donc libre : elle peut se faire par tous moyens.

En pratique, il est recouru à un certificat de concubinage ou à un acte de communauté de vie.

Le premier nécessite, pour le couple, de se déplacer à la mairie. Les concubins doivent se munir d'une quittance de loyer ou d'une facture d'électricité, et être accompagnés de deux témoins dépourvus de lien de parenté.

Le second a été mis en place par la loi du 8 janvier 1993, dont l'un des objectifs a été de généraliser un peu plus l'exercice conjoint de l'autorité parentale en en facilitant les conditions lorsque les père et mère de l'enfant ne sont pas mariés. L'ancien article 372 du Code civil[137] prévoyait, en son alinéa 2, que l'autorité parentale était de droit exercée en commun si les parents de l'enfant l'avaient tous les deux reconnu *« avant qu'il ait atteint l'âge d'un an »* et, condition cumulative, s'ils vivaient *« en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance »*. Il était justifié de cette communauté de vie grâce à *« un acte délivré par le juge aux affaires familiales »* qui était *« établi au vu des éléments apportés »* par celui qui le sollicitait[138].

La réforme du 4 mars 2002 a abrogé la condition de vie commune *« au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance »*. Cependant, les concubins conservent la possibilité de se voir délivré un acte de communauté de vie afin de se voir autorisé l'accès à une technique médicale de procréation.

L'exigence d'une vie commune d'au minimum deux ans a pour but de s'assurer de la stabilité des relations, qui ne doivent pas être seulement passagères. Car il est de notoriété publique qu'un enfant aura davantage de chance de s'épanouir s'il est élevé au sein d'un foyer uni et stable.

---

[136] Les époux disposent de leur acte de mariage établi le jour de la cérémonie et dont un extrait figure dans le livret de famille remis le même jour par l'officier de l'état civil qui a célébré l'union.
Cf. D. n°74-449 du 15 mai 1974 modifié par le D. n°2006-640 du 1er juin 2006, art. 1 : *« Le livret de famille est établi et remis par l'officier de l'état civil : 1° Aux époux, lors de la célébration du mariage »*. Et art. 2 : *« Le livret de famille comporte* […] *: 1° Un extrait de l'acte de mariage »*.

[137] Tel qu'issu de la L. n°93-22 du 8 janv. 1993, autrement dit dans sa rédaction antérieure à la L. n°2002-305 du 4 mars 2002.

[138] C. civ., art. 372-1, al. 1er (L. n°93-22 du 8 janv. 1993) : *« Il est justifié de la communauté de vie entre les père et mère au moment de la reconnaissance de leur enfant par un acte délivré par le juge aux affaires familiales établi au vu des éléments apportés par le demandeur »*.

3 L'assurance d'un foyer uni et stable

Jusqu'à ces trente dernières années, on avait tendance à considérer que seule la famille fondée sur le mariage était en mesure d'apporter les éléments d'unité et de stabilité nécessaires au bon développement d'un enfant. Mais progressivement, on a pris conscience qu'il pouvait exister une famille en dehors de tout engagement matrimonial.

Cette prise de conscience s'est révélée dans les textes par l'importance donnée à la stabilité d'une union par rapport à la consécration légale de celle-ci. En témoigne l'ouverture aux couples non mariés des techniques d'assistance à la procréation, sous réserve que ces couples soient en mesure d'apporter les mêmes garanties à l'enfant à naître qu'un couple marié, la référence demeurant la famille traditionnelle.

C'est ce qui explique que la législation sur la procréation médicalement assistée exige notamment des demandeurs qu'ils fournissent la preuve d'une vie commune.

En effet, la volonté des membres du couple demandeur à l'assistance médicale de vivre ensemble manifeste, dans le même temps, la volonté de créer une cellule parentale, laquelle sera constituée d'un père et d'une mère. Par le lien d'affection qui unit les concubins, on espère qu'un lien d'affection se tissera avec l'enfant à naître.

Et c'est très logiquement que le dernier aliéna de l'article L 2141-2 énonce, *in fine*, que fait *« obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons* […] *la cessation de la communauté de vie* […] *»*.

D'une part la réalisation de l'assistance médicale, dans une telle hypothèse, ne serait pas conforme à l'objectif affiché au premier alinéa de l'article L 2141-2 du Code de la santé publique, à savoir *« répondre à la demande parentale d'un couple »*, puisque le couple n'existerait plus. D'autre part, elle risquerait de léser l'enfant à naître, pour qui la reconstitution d'un foyer biparental uni serait incertaine, voire improbable.

Si, lorsque les demandeurs sont unis par un lien matrimonial, leur couple ne doit pas non plus être en crise pour pouvoir accéder à une procréation médicalement assistée, en revanche, ils n'ont pas à justifier d'une durée minimale de vie commune.

B) La présence d'un mariage : élément suffisant

L'article L 2141-2 alinéa 3 du Code de la santé publique autorise les couples mariés à recourir à une assistance médicale à la procréation.

Il n'est nullement exigé que la célébration de l'union remonte à deux ans, ni qu'il ait existé au moins deux ans de vie commune. Les époux qui désirent bénéficier d'une aide

médicale pour concevoir un enfant n'ont qu'à présenter leur livret de famille, qui comporte l'extrait de l'acte de mariage[139], afin de prouver qu'ils sont bien mariés.

L'acte de mariage est d'ailleurs la seule preuve admissible, en vertu de l'article 194 du Code civil[140], *« sauf les cas prévus par l'article 46, au titre Des actes de l'état civil »*, qui visent la non tenue et la perte des registres, et pour lesquels *« la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins »*[141]. Il se peut aussi qu'il y ait eu destruction de l'acte par infraction pénale. L'article 198 du Code civil prévoit que la transcription du jugement de condamnation sur les registres de l'état civil tiendra lieu de preuve de la célébration légale de l'union[142].

Il est permis de s'interroger sur la différence de traitement dont les concubins sont victimes. Certes, le mariage implique l'existence d'une communauté de vie, au moins dans son aspect affectif, ce qui justifie qu'il n'est pas réclamé aux conjoints de rapporter la preuve d'une vie commune. Mais comment expliquer la durée minimale de deux ans imposée seulement à ceux qui ne sont pas mariés[143] ?

Peut-être parce que, de nos jours, avant de s'engager devant la loi, la plupart des gens vivent d'abord ensemble pendant plusieurs années. On peut aussi y voir une survivance de la faveur du droit pour l'union matrimoniale, en laquelle il aurait davantage confiance. N'oublions pas que la famille fondée sur le mariage est longtemps demeurée le modèle de référence et l'est encore parfois, même si c'est de façon moins flagrante. Elle reste le symbole du foyer uni, de la cellule parentale idéale, c'est-à-dire composée d'un père et d'une mère.

Néanmoins, il lui arrive parfois d'être en crise : le couple conjugal peut se disloquer. Le législateur ne l'ignore pas, puisqu'il réserve expressément les cas de divorce et de séparation de corps.

En vertu de l'article L 2141-2 alinéa 3 du Code de la santé publique, *« le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps »* fait *« obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons »*.

Dans de telles hypothèses, le couple est en train de disparaître.

---

[139] D. n°74-449 du 15 mai 1974 modifié par le D. n°2006-640 du 1er juin 2006, art. 2, op. cit. note 136. L'art. 76 dernier al. c. civ. prévoit aussi la *« mention de la célébration du mariage et du nom du conjoint » « en marge de l'acte de naissance de chaque époux »*.

[140] C. civ., art. 194: *« Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil* […] *»*.

[141] C. civ., art. 46: *« Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins* […] *»*.

[142] C. civ., art. 198: *« Lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage »*.

[143] Si ce n'est pour de simples raisons tenant au diagnostic de l'infertilité.

Généralement, lorsqu'une procédure de divorce est engagée, elle aboutit au prononcé de celui-ci. Or, *« Le mariage se dissout :* […] *2° Par le divorce légalement prononcé* […] *»*[144], ce qui signifie que plus aucune des obligations conjugales ne subsistent, dont celle de communauté de vie.

Pour les cas où la demande est définitivement rejetée, l'article 258 du Code civil autorise le juge à organiser judiciairement la séparation des époux[145]. Il s'agit d'une séparation de fait qui laisse en principe intact le lien matrimonial, se limitant seulement à une suspension de l'obligation de cohabitation. L'autorisation de résidence séparée n'est que provisoire. La Cour de cassation a d'ailleurs censuré un arrêt qui, statuant sur la résidence de la famille, avec fixé celle de l'épouse *« sa vie durant »* dans un immeuble appartenant au mari[146]. On a toutefois du mal à imaginer une réconciliation entre les protagonistes…

La séparation de corps, quant à elle, « *ne dissout pas le mariage* ». *« Elle met* [seulement] *fin au devoir de cohabitation »*[147]. Elle opère un relâchement du lien matrimonial en permettant aux conjoints d'être dispensés de l'obligation de vie commune. Elle met donc fin à l'unité de résidence et au devoir conjugal. C'est une séparation judiciaire qui, à la différence de celle prévue à l'article 258 du Code civil, est durable. Elle est majoritairement suivie d'un divorce, rarement d'une reprise de la vie commune.

On s'aperçoit que, finalement, c'est davantage le risque d'une disparition prolongée de la communauté de vie qui fait obstacle à la mise en œuvre d'une procréation médicalement assistée, que le risque d'une dissolution du mariage.

La règle concernant les époux s'inscrit en parallèle avec la règle intéressant les concubins quant aux effets de la cessation de la communauté de vie sur la réalisation de l'insémination ou du transfert d'embryons.

Même s'il est peu envisageable que les membres d'un couple en crise désirent engendrer un enfant, et donc procèdent ensemble aux démarches nécessaires à cette fin, il est en revanche plausible que les démarches aient été effectuées à un moment où ils s'entendaient et que la mésentente n'intervienne qu'au moment de la réalisation de l'insémination ou de l'implantation d'embryons. En refusant celle-ci en cas de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps (ou de cessation de la communauté de vie pour les concubins), on évite que, l'un des intéressés (la femme en réalité)

---

[144] C. civ., art. 227.

[145] Cette organisation judiciaire de la séparation des époux reste une faculté offerte aux juges.
Cf. Cass., civ. 2ème, 28 oct. 1992, *Bull. Civ.*, II, n°252.

[146] Cass., civ. 2ème, 15 janv. 1997, *Bull. Civ.*, II, n°8.
L'art. 258 n'autorisant le juge qu'à prononcer des mesures provisoires, viole cet art. la CA qui rejette la demande en divorce du mari et, statuant sur la résidence de la famille, fixe la résidence de l'épouse, sa vie durant, dans un immeuble appartenant au mari.

[147] C. civ., art. 299.

s'adressant à l'équipe médicale afin que l'assistance soit mise en œuvre, un enfant soit procréé alors qu'il n'y a plus de couple parental prêt à l'accueillir.

Les personnes admises à recourir à une assistance médicale à la procréation doivent répondre à des critères qui permettront, outre d'offrir à l'enfant qui naîtra un cadre familial adapté à ses besoins, de simuler au mieux le fait de la conception, autrement dit d'intégrer la constitution des liens de filiation par greffe dans une dimension familiale biologique. Il ne pouvait donc s'agir que d'un homme et d'une femme en âge de procréer et qui forment un couple.

Ces restrictions ont paradoxalement permis l'ouverture des techniques médicales aux concubins de sexe différent, le couple ne se définissant pas par un lien matrimonial, mais par une communauté de vie. *« A la dialectique couple marié / couple non marié s'est partiellement substituée la règle de l'acceptation d'une différence familiale, d'un suivi, lorsqu'il s'avère possible, de l'évolution des mœurs. En effet, ce suivi doit être encadré, limité, dans l'intérêt de l'enfant »*[148]. Notamment, ceux qui ne sont pas engagés dans le mariage ne sont pas considérés à égalité avec les époux. Traités avec plus de rigueur, ils doivent apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans.

Concernant l'adoption, les textes se montrent plus fermés à l'égard des concubins, puisque ces derniers ne peuvent accéder conjointement à l'institution. Bien que le droit des filiations électives tende à suivre les mutations de la famille, son édification demeure inachevée.

Il s'ensuit une distinction dans l'accès à la parentalité commune, selon qu'il existe ou non un mariage entre les intéressés.

[148] E. ROMAN, « Le lien de filiation non biologique », op. cit. note 1, p.p. 83-84.

CONCLUSION DU TITRE II

La loi empêche parfois l'établissement de la filiation dans son double rapport à l'égard d'un enfant né. Or, ces hypothèses ne se rencontrent qu'en l'absence de mariage.

D'une part, seul l'enfant issu d'un inceste absolu ne pourra établir, au mieux, que l'un de ses liens. Dès lors qu'il y a engagement matrimonial entre les père et mère, c'est que ces derniers ne sont pas dans une relation d'inceste pour laquelle la régularisation[1] est inenvisageable. Il s'ensuit que les textes n'interdiront pas que soient établies et la filiation maternelle et la filiation paternelle.

D'autre part, les concubins, même s'ils sont de sexe différent, ne peuvent accéder à l'adoption commune. Celle-ci n'est ouverte qu'aux époux.

Il arrive aussi que la loi, sans refuser que soit institué un lien légal dans son double rapport, soit plus rigoureuse en dehors de l'union légitime.

Est ici visée la législation relative à la procréation médicalement assistée : les couples non mariés, qui prétendent recourir à une technique d'assistance, doivent (en plus de remplir la condition d'hétérosexualité) rapporter la preuve qu'ils partagent une vie commune depuis au moins deux ans.

A défaut d'être totalement fermé, l'accès à la double parentalité, grâce à des moyens artificiels, est davantage conditionné pour ceux qui ne sont pas unis légalement.

Qu'il s'agisse de la filiation *« charnelle »* ou de la filiation *« artificielle »*, le mariage demeure un élément de distinction.

[1] C'est-à-dire une dispense accordée par le Président de la République. Cf. c. civ., art. 164.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Depuis que la procréation est davantage maîtrisée, la venue au monde d'un enfant est, dans la très grande majorité des cas, le résultat de l'expression d'une volonté d'engendrer et d'élever un enfant, qui se traduit particulièrement à travers les règles d'établissement volontaire de la filiation.

Cependant, cette volonté ne doit pas heurter par trop la vérité biologique : le lien qui sera légalement institué, entre un enfant et ceux que l'on désignera comme étant ses père et mère, doit apparaître vraisemblable, même lorsqu'il s'agit d'un enfant adopté ou conçu par assistance médicale.

En instituant une présomption de paternité à l'égard de l'époux désigné en qualité de père dans l'acte de naissance de l'enfant, le droit consacre la volonté du mari d'être légalement rattaché à l'enfant que son épouse met au monde et dont il est très probablement le géniteur. Il en est de même lorsque le droit admet qu'un homme non marié puisse reconnaître un enfant dont il est apparemment le géniteur. C'est dans le même ordre d'idée que la filiation maternelle est établie en considération de l'accouchement et de la désignation dans l'acte de naissance de l'enfant, désignation manifestant que la parturiente a, ne serait-ce qu'implicitement, consenti à l'établissement du lien. Quant à la possession d'état constatée dans un acte de notoriété, elle constitue l'expression d'un sentiment filial dont les liens du sang sont bien souvent à l'origine. Et pour les quelques fois où ceux qui se comportent et sont considérés comme étant les père et mère de l'enfant n'en sont pas les géniteurs, l'apparence suffit dès l'instant qu'il n'est élevé aucune contestation.

De la même manière, c'est dans la volonté que la procédure d'adoption puise sa source, cependant que le législateur tente d'approcher au plus près de la réalité de l'engendrement par une condition de différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté, de même que la procréation médicalement assistée nécessite le consentement des candidats et n'est ouverte qu'aux couples dont les membres sont de sexe différent et en âge de procréer.

Il ressort que, hors contentieux, l'établissement de la filiation résulte d'une manifestation de volonté associée à une apparence de réalité, ce qui engendre des distinctions suivant qu'il y a mariage ou non et suivant que c'est la maternité ou la paternité qui est visée.

En contentieux, en revanche, le législateur doit, pour des raisons d'équité, exiger des moyens de preuve qui soient les plus objectifs possibles, en ce qu'il s'imposent d'eux-mêmes et évitent ainsi toute discussion. C'est ce qui explique que la biologie tient une place importante dans le contentieux de la filiation charnelle, où elle engendre une distinction selon que c'est la maternité ou la paternité qui est concernée. En matière de filiation élective, où la vérité des gènes ne joue aucun rôle, le législateur doit se fonder sur d'autres éléments qui sont l'existence d'un jugement prononçant l'adoption ou la présence d'un consentement écrit à la procréation médicalement assistée.

Autrement dit, c'est la considération pour la vérité biologique qui crée des distinctions : d'une part, dans l'établissement contentieux de la filiation charnelle, entre la maternité et la paternité ; d'autre part, dans la contestation des liens, entre le lien par nature et le lien par greffe.

2EME PARTIE

LA FILIATION CONTESTEE

Tant que tout va bien, qu'il n'existe ni tension ni conflit, que la filiation de l'enfant est établie et qu'elle n'est pas contestée, il est permis de laisser la volonté s'exprimer en instaurant des règles assez souples, tout en demeurant cependant conforme, dans une certaine mesure, à un ordre biologique et social.

Mais dès lors que surgissent des tensions, il est nécessaire pour le législateur d'adopter des règles bien déterminées et de prendre position. Car alors, c'est l'état de l'enfant qui est en jeu, état dont on ne saurait livrer la stabilité, le devenir, aux mains de multiples personnes sans aucun garde-fou. En effet, l'état est ce qui constitue l'identité de l'enfant. Or, celle-ci revêt une grande importance dans le développement harmonieux de la personnalité.

La place que le droit accorde à la volonté dans le domaine de la filiation ne saurait faire oublier que la procréation, de même que l'établissement d'un rapport légal, est source de responsabilité.

C'est pour de telles raisons que la législation permet d'établir la filiation contre le gré de l'auteur et tend à en prévenir la contestation.

Ici réside l'intérêt des expertises biologiques : en révélant la vérité sur les gènes, elles ôtent d'éventuelles suspicions quant aux véritables liens et garantissent la stabilité du lien légal. C'est ce qui explique que la libéralisation de l'établissement judiciaire de la paternité, particulièrement en dehors de l'union conjugale, soit allée de paire avec les progrès scientifiques.

Cependant, lorsqu'on se base sur la vérité apportée par les expertises scientifiques, on renverse l'ordre de la preuve en partant de l'enfant pour déterminer le parent et l'on occulte le caractère symbolique du lien de filiation. Ce constat vaut surtout pour la paternité, la conception relevant des secrets d'alcôve.

Dans un domaine où le parent est désigné par un événement visible (nous visons ici la mère), la conséquence des progrès accomplis en matière biologique est beaucoup moins importante, encore qu'elle ne soit pas nulle. En effet, lorsque l'enfant n'est pas issu d'une procréation médicalement assistée avec don d'embryon ou d'ovocytes, le fait d'apporter la preuve du lien génétique permet de prouver, par déduction, l'accouchement et l'identité, éléments que les textes exigent pour établir judiciairement la maternité[1].

Là encore, la preuve de la filiation remonte de l'enfant au parent.

[1] C. civ., art. 325 : *« A défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise »* (sous réserve qu'il n'y ait pas eu accouchement sous X). L'enfant est alors *« tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché »*.

On aurait pu penser que le droit se serait contenté de constater ce que la nature autorisait à voir et se serait consacré au problème du secret de la conception masculine. Mais, étonnement, et alors que la révélation de ce que la nature gardait secret a été de plus en plus facilitée, la révélation au grand jour de ce que la nature expose au regard, à savoir la gestation féminine, a été rendue plus difficile, voire impossible.

D'où la conséquence suivante : la femme qui accouche peut non seulement imposer sa paternité à l'homme avec lequel elle a conçu l'enfant de manière naturelle, mais elle peut également empêcher que soit établie sa maternité, voire même la paternité.

Le droit instaure ainsi une distinction entre les deux protagonistes. Et l'on peut dire que la parturiente bénéficie d'une supériorité (Titre I).

En règle générale, un enfant est légalement rattaché à celui qui l'a conçu et à celle qui l'a porté, ce qui n'autorise pas la remise en cause de la filiation. Mais il arrive parfois qu'il soit lié à des personnes qui lui sont étrangères d'un point de vue génétique.

Deux types d'hypothèses sont à envisager : soit nous sommes dans le cadre d'une adoption ou d'une procréation médicalement assistée exogène, soit nous sommes en dehors de ce cadre.

S'agissant de cette dernière hypothèse, c'est bien souvent le père qui n'est pas le véritable auteur de l'enfant, ce que les examens scientifiques permettent de prouver très facilement. Or, comme pour l'établissement judiciaire du lien, la place des expertises dans les procès en contestation s'est accrue.

Le législateur a toutefois posé des limites bien définies, sans parvenir pour autant au même degré de stabilité que celui dont bénéficie la filiation de l'enfant adopté ou issu d'une procréation médicalement assistée exogène.

En ces matières, les liens légaux sont établis, non en considération des gènes, mais en considération de la volonté exprimée par ceux qui seront déclarés parents, de telle sorte que la filiation est entièrement descendante. La remise en cause de ces liens étant quasiment exclue, il est permis d'en déduire que législateur protège davantage les liens dont il autorise lui-même la constitution et en définit le cadre.

Il en résulte une distinction dans la force du lien de filiation, celui de l'enfant adopté ou issu d'une assistance médicale, autrement dit la filiation *« par greffe »*, pouvant se prévaloir d'une plus grande stabilité (Titre II).

TITRE I

LES DISTINCTIONS DANS L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION : LA SUPERIORITE DE LA FEMME QUI ACCOUCHE

Une remarque préliminaire : dans nos développements, nous emploierons souvent le terme *« parturiente »* plutôt que l'expression assez longue de *« femme qui accouche »* ou de *« mère de naissance »*[1]. Il convient de justifier l'utilisation de ce vocable propre à la médecine, que nous rencontrons très peu en droit, si ce n'est de manière résiduelle dans le Code de la santé publique.

Nous ne pouvons nous référer à la *« mère »* car, en tant que terme juridique, il signifie que le lien maternel a été juridiquement établi. Or notre deuxième chapitre concerne le cas où la maternité n'est pas établie. Quant au mot *« femme »*, il désigne la gente féminine sans préciser qu'il s'agit d'une femme qui accouche. Il semble donc que l'expression *« parturiente »* soit plus appropriée afin de signifier qu'il ne s'agit pas de n'importe quelle femme, mais de celle qui met au monde un enfant[2].

L'un des objectifs de l'ordonnance du 4 juillet 2005 était d'harmoniser le régime procédural de l'établissement judiciaire de la filiation. Et il est vrai que les textes ne distinguent plus selon que l'enfant est issu ou non d'une union matrimoniale.

Par contre, il existe des différences légales entre les auteurs, comme si le législateur essayait de compenser l'inégalité naturelle entre l'homme et la femme lorsqu'ils engendrent un enfant.

L'accouchement, qui désigne la mère, est un événement visible, contrairement à la conception. Il s'ensuit une disparité dans la situation respective de l'homme et de la femme : le premier peut aisément échapper à ses responsabilités.

Le droit a inversé le phénomène en facilitant l'établissement forcé de la paternité et en instituant une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité. Il en résulte qu'une femme peut non seulement imposer au géniteur sa paternité (Chapitre I), mais encore elle peut faire obstacle à l'établissement de son lien maternel, ce qui aura très souvent pour effet second de rendre quasiment impossible l'établissement du lien paternel (Chapitre II).

---

[1] L. n°2002-93 du 22 janv. 2002 sur l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat.

[2] *« Parturiente n. f. MED Femme qui accouche »*. Dictionnaire Hachette encyclopédique illustré.

CHAPITRE I :

LA POSSIBILITE D'IMPOSER A L'AUTEUR SA PATERNITE

Le droit ouvre à la mère et à l'enfant la possibilité d'agir en justice afin que le lien paternel soit établi (section I).

Certes, il n'est pas simple de rapporter la preuve d'un fait relevant des secrets d'alcôve, à savoir les relations intimes qui ont conduit à la conception de l'enfant. En cela, les progrès réalisés dans le domaine des expertises biologiques sont d'un grand secours, puisque l'on peut désormais établir avec une très forte probabilité qu'un tel est bien le géniteur.

Le législateur et les magistrats ne sont pas restés insensibles à cette évolution : ils ont progressivement accordé une place à la preuve scientifique, de telle sorte qu'il est aujourd'hui très difficile, pour celui qui a engendré un enfant, d'échapper à sa paternité dès lors qu'une action judiciaire a été engagée à son encontre (section II).

Section I : La qualité pour agir reconnue à la mère et à l'enfant

Les actions judiciaires tendant à rapporter la preuve du lien de filiation paternelle sont ouvertes à la mère, que celle-ci soit (§ I) ou non (§ II) mariée avec le défendeur.

§ I En présence d'un mariage avec le défendeur à l'action

Lorsque la mère de l'enfant est ou a été mariée avec celui contre qui l'action est engagée, on parle d'*« action en rétablissement des effets de la présomption de paternité »*. Celle-ci est consacrée à l'article 329 du Code civil.

Il faut imaginer que la présomption *« a été écartée en application des articles 313 ou 314 »*[1] du Code civil.

Dans le premier cas, il y a eu *« demande en divorce ou en séparation de corps »*, et *« l'enfant est né plus de trois cents jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de centre quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation »*[2]. En outre, l'enfant n'a pas la possession d'état à l'égard de chacun des époux car, sinon, et sous réserve qu'il n'ait pas *« une filiation paternelle déjà établie à*

[1] C. civ., art. 329.

[2] C. civ., art. 313, al. 1er.

l'égard d'un tiers »[3], *« la présomption de paternité se trouve*[rait] *rétablie de plein droit »*[4].

L'article 314 du Code civil vise l'hypothèse dans laquelle *« l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père »*, en même temps que *« l'enfant n'a pas de possession d'état à* [l']*égard »* de l'époux.

L'article 329 du Code civil autorise l'épouse à demander[5], durant la minorité de l'enfant, que les effets de la présomption soient rétablis[6]. Lorsque l'enfant est majeur, c'est à lui que *« l'action est ouverte »*[7].

L'ouverture de l'action à l'enfant date de la loi du 8 janvier 1993. Auparavant, le texte ne mentionnait que les époux en tant que titulaires de l'action en rétablissement[8], ce qui avait motivé la solution donnée par les hauts magistrats dans un arrêt du 3 juin 1980[9] : d'après l'article 313-2 alinéa 2 du Code civil, l'action en rétablissement de la présomption de paternité n'est ouverte qu'*« à chacun des époux »*, *« non à l'enfant devenu majeur »*.

Il convient de rappeler qu'à l'époque, la preuve à rapporter était celle d'une réunion de fait entre les époux au cours de la période légale de la conception, réunion rendant *« vraisemblable la paternité du mari »*[10]. La preuve pouvait être faite par tous moyens et son appréciation relevait du pouvoir souverain des juges du fond[11] qui pouvaient notamment déduire la vraisemblance de la paternité des circonstances entourant les réunions de fait, telles l'atmosphère et la date des rencontres, associées au comportement des époux pendant la grossesse[12]. Or, seuls les conjoints étaient en mesure d'avoir une connaissance directe d'un événement aussi intime qu'une réunion de fait rendant vraisemblable la paternité du mari, ce qui pouvait justifier l'ouverture restreinte de l'action. Néanmoins, la loi de 1993 a inclus l'enfant dans la liste des titulaires, tout en conservant la nécessité de prouver la réunion de fait.

---

[3] C. civ., art. 313, al. 2.

[4] C. civ., art. 313, al. 2.

[5] Elle agit en son nom personnel, règle que l'on retrouve également en Belgique (B. MAINGAIN et E. WILDE D'ESTMAËL, *Juris-Classeur dr. comp.*, vol. 1, Belgique : fasc. 2, n°91).

[6] C. civ., art. 329 : *« Lorsque la présomption a été écartée en application des articles 313 ou 314, chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis* […] *»*.

[7] C. civ., art. 329, *in fine* : *« L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité »*.

[8] C. civ., art. 313-2, al. 2 ancien : *« Chacun des époux peut demander que les effets de la présomption de paternité soient rétablis* […] *»*.

[9] Cass., civ. 1ère, 3 juin 1980, *D.*, 1981, jurisp., p.p. 119-121, note J. MASSIP.

[10] C. civ., art. 313-2, al. 2 ancien : *«* […] *en justifiant que, dans la période légale de la conception, une réunion de fait a eu lieu entre eux, qui rend vraisemblable la paternité du mari »*.

[11] Cass., civ. 1ère, 3 oct. 1978, *JCP* G, 1979, II-19134, note D. HUET-WEILLER.

[12] Cass., civ. 1ère, 29 juin 1994, *GP*, 1995, 2, somm. 422, obs. J. MASSIP.

L'article 329 du Code civil, issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005, est plus cohérent puisqu'il exige que soit rapportée la preuve *« que le mari est le père »*, ce que l'enfant pourra tout aussi bien faire que sa mère en sollicitant une expertise biologique.

La réforme a aussi davantage ouvert l'action de l'enfant, celui-ci pouvant agir *« pendant les dix années qui suivent sa majorité »*[13], au lieu de seulement deux ans comme il était prévu antérieurement[14].

La mère peut préférer élever seule l'enfant et laisser à ce dernier le choix, une fois qu'il sera devenu majeur, de faire ou non établir son lien de filiation paternelle. Elle peut aussi décider de rappeler au père ses responsabilités. Dès lors, l'enfant ne pourra plus choisir : si c'est bien son père, le lien demeurera établi, selon ce qui aura été la volonté de la mère.

En revanche, si celle-ci n'a pas agi durant la minorité de l'enfant, elle ne pourra plus le faire. Alors que, sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance de 2005, l'action lui était ouverte pendant 30 ans[15].

Comme pour la preuve, les textes français ont aligné les délais de l'action en rétablissement des effets de la présomption de paternité et ceux de l'action en recherche de paternité hors mariage.

§ II En l'absence de mariage avec le défendeur à l'action

L'article 327 alinéa 1er du Code civil dispose : *« la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée »*. Aux termes de l'alinéa 2, *« l'action* […] *est réservée à l'enfant »*[16]. Toutefois, durant la minorité de ce dernier, l'action est exercée, en vertu de l'article 328 alinéa 1er du Code civil, *« par le parent* […] *à l'égard duquel la filiation est établie »*, qui a seule qualité, et ce même s'il est lui-même mineur. Il faut ici émettre l'hypothèse que la maternité a été établie.

Cette possibilité d'agir contre celui que l'on prétend être le père, en dehors de l'union conjugale, n'a été que progressivement admise.

L'ancien Droit autorisait la recherche de la paternité en application de l'adage *« virgini praegnante semper esse creditur »* (encore que la seule désignation ne suffisait

---

[13] C. civ., art. 329.

[14] C. civ., art. 313-2, al. 2 (L. n°93-22 du 8 janv. 1993), *in fine* : *« L'action est ouverte à l'enfant pendant les deux années qui suivent sa majorité »*.

[15] Cass., civ. 1ère, 3 juin 1998, *Bull. Civ.*, I, n°193. Selon les juges, la loi du 8 janv. 1993, ouvrant l'action à l'enfant devenu majeur, n'a pas remis en cause le droit pour chacun des époux d'exercer à titre personnel l'action en rétablissement de paternité pendant 30 ans.

[16] En Allemagne, la mère peut agir en son nom personnel durant la minorité de l'enfant et au-delà. La mère peut également agir en représentation de son enfant mineur. L'ouverture de l'action à l'enfant se justifie au regard du droit qui lui est constitutionnellement reconnu de faire établir ses liens génétiques (E. WENNER, *Juris-Classeur dr. comp.*, vol. 1, Allemagne : fasc. 2, n°119).

pas toujours à condamner le défendeur). Il était communément admis que l'homme désigné par la femme enceinte devait pourvoir aux frais de gésine et aux besoins de l'enfant. La simplicité de la preuve exigée ne pouvait donner droit qu'à une créance alimentaire.

Lorsque la législation révolutionnaire conféra des droits successoraux aux enfants ne s'inscrivant pas dans un engagement matrimonial, il parut logique, dans une société volontariste qui prônait la liberté individuelle, de n'en attribuer qu'à ceux qui avaient été volontairement reconnus par leur père. L'action en recherche disparut alors de notre système juridique.

Le Code Napoléon l'interdit par principe en son article 340, tout en instaurant une exception : l'enlèvement de la mère. Si la position du législateur pouvait se justifier par *« l'impossibilité d'arriver à une démonstration objective du fait de la filiation masculine »*[17], il n'en demeure pas moins qu'elle était dénoncée comme moralement choquante, paraissant autoriser de *« lâches abandons »*[18] et faisant de la mère et de l'enfant des victimes innocentes.

La jurisprudence s'efforça de tempérer la rigueur de la loi en reconnaissant à la fille dolosivement séduite le droit de réclamer au séducteur, par application de l'article 1382 du Code civil relatif à la responsabilité délictuelle[19], une indemnité. Pour évaluer les dommages et intérêts, les juges tenaient compte des charges résultant de l'entretien et de l'éducation de l'enfant. Ils allaient même jusqu'à accorder la réparation pécuniaire sous la forme d'une pension.

Cependant, le système n'était pas dépourvu d'inconvénient : il fallait que le père ait eu un comportement délictueux dont il découlait un préjudice pour la mère. Sans cela, celui qui avait engendré un enfant ne pouvait être contraint à participer aux frais.

Les tribunaux avaient aussi trouvé une solution en conférant une certaine efficacité aux reconnaissances effectuées par acte sous seing privé. La forme authentique étant indispensable, de tels actes ne pouvaient être pleinement valables. Néanmoins, ils ouvraient à l'enfant le droit de réclamer en justice une pension alimentaire à l'égard de celui qui l'avait reconnu par un acte non conforme[20].

Abandonnée en 1812, cette jurisprudence fut remplacée par celle validant, comme novation d'une obligation naturelle en obligation civile, la promesse faite par le géniteur de pourvoir à l'entretien de l'enfant. On voit déjà se profiler les cas d'ouverture que le législateur consacrera environ un siècle plus tard.

---

[17] A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTDciv.*, 1902, p. 290.

[18] Ibid., p. 290.

[19] C. civ., art. 1382 : *« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer »*.

[20] Cass., civ., 26 nov. 1808. Arrêt cité par A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », op. cit. note 17, p. 294.

Le 7 décembre 1900, Gustave RIVET déposa une proposition de loi tendant à permettre la recherche de la paternité dans plusieurs hypothèses : l'enlèvement, le viol ou la séduction dolosive de la mère ; l'écrit ou le commencement de preuve par écrit constatant un aveu non équivoque de paternité ; enfin la cohabitation notoire entre le père prétendu et la mère pendant la période légale de la conception, jointe à la circonstance que le défendeur aurait pourvu d'une façon régulière à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

S'inspirant de cette proposition, la loi du 16 novembre 1912 permit l'établissement judiciaire dans cinq cas limitativement énumérés et sous réserve de ne pas se heurter à l'une des fins de non-recevoir légalement énoncées.

Les conditions d'exercice étant rigoureuses, le système fut jugé trop sévère. Il subit quelques modifications lors de la réforme du 15 juillet 1955 : certaines restrictions de preuve furent supprimées, tandis qu'était ajoutée une fin de non-recevoir tirée de l'analyse des sangs.

Dans sa dernière rédaction antérieure à la loi du 8 janvier 1993, l'article 340 du Code civil énonçait que *« la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée : 1° Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque des faits se rapportera à celle de la conception ; 2° Dans le cas de séduction, accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles ; 3° Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit émanant du père prétendu, propres à établir la paternité d'une manière non équivoque ; 4° Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage, impliquant, à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues ; 5° Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père »*[21].

Dans le même temps, l'article 340-1 du Code civil prévoyait que l'action était irrecevable : *« 1° S'il* [était] *établi que, pendant la période légale de la conception, la mère était d'une inconduite notoire ou qu'elle a eu commerce avec un autre individu, à moins qu'il ne résulte d'un examen des sangs ou de toute autre méthode médicale certaine que cet individu ne peut être le père ; 2° Si le père prétendu* [avait été], *pendant la même période, soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père ; 3° Si le père prétendu établi*[ssait] *par un examen des sangs ou par toute autre méthode médicale certaine qu'il ne peut être le père de l'enfant ».*

[21] En Belgique aussi le droit antérieur n'admettait la recherche de la paternité que dans des hypothèses limitativement énumérées assez proches de celles du droit français : la possession d'état d'enfant naturel, l'enlèvement de la mère par violence, ruse ou menace, la détention, la séquestration arbitraire ou le viol pendant la période légale de conception. Le défendeur à l'action pouvait quant à lui invoquer *l'exceptio plurium* (B. MAINGAIN et E. WILDE D'ESTMAËL, op. cit. note 5, n°88).

Les délais étaient quant à eux très restreints, puisque la mère[22] ne disposait que de deux ans à compter de la naissance de l'enfant pour exercer l'action en recherche[23].

Le second alinéa de l'article 340-4 du Code civil prévoyait *« toutefois »* que, *« dans les quatrième et cinquième cas de l'article 340 »*, l'action pouvait *« être exercée jusqu'à l'expiration des deux années qui suiv*[ai]*ent la cessation, soit du concubinage, soit des actes de participation à l'entretien et à l'éducation de l'enfant »*.

La loi du 8 janvier 1993 marqua un tournant dans la libéralisation de l'action en recherche de paternité, puisqu'elle abolit les cas d'ouverture et les fins de non-recevoir, se contentant de conditionner la recevabilité de l'action à l'existence de *« présomptions ou indices graves »*[24].

En revanche, la prescription était toujours de deux ans : à partir de la naissance pour la mère[25], à partir de la majorité pour l'enfant[26]. L'alinéa 2 de l'article 340-4 du Code civil conservait la possibilité, lorsque *« le père prétendu et la mère* [avaient] *vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage impliquant, à défaut de communauté de vie, des relations stables ou continues »*, d'exercer l'action *« jusqu'à l'expiration des deux années qui suiv*[ai]*ent la cessation du concubinage »*. De même, lorsque *« le père prétendu* [avait] *participé à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père, l'action* [pouvait] *être exercée jusqu'à l'expiration des deux années qui suiv*[ai]*ent la cessation de cette contribution »*.

Désormais la mère peut agir au nom de l'enfant *« pendant la minorité »*[27] de celui-ci. Quant à l'enfant, il dispose des dix années qui suivent sa majorité, conformément à l'article 321 du Code civil. En Allemagne, il n'y a pas de délai, signe de l'inclinaison du droit allemand pour la vérité biologique.

Durant la minorité de l'enfant, la mère peut imposer à un homme sa paternité, sous réserve qu'elle apporte suffisamment d'éléments de preuve pour permettre au juge de conclure que cet homme est bien le père de l'enfant. La meilleure preuve que pourrait ici rapporter la mère est celle de liens génétiques entre l'enfant et l'homme désigné, une

---

[22] C. civ., art. 340-2, al. 2, ancien : *« Pendant la minorité de l'enfant, la mère, même mineure, a seule qualité pour exercer »* l'action en recherche de paternité.

[23] C. civ., art. 340-4, al. 1er, ancien : *« L'action doit, à peine de déchéance, être exercée dans les deux années qui suivent la naissance »*.

[24] C. civ., art. 340, al. 2 (L. n°93-22 du 8 janv. 1993) : *« La preuve »* de la paternité hors mariage *« ne peut être rapportée que s'il existe des présomptions ou indices graves »*.

[25] C. civ., art. 340-4, al. 1er.

[26] C. civ., art. 340-4, dernier al. : *« Si elle n'a pas été exercée pendant la minorité de l'enfant, celui-ci peut encore l'exercer pendant les deux années qui suivent sa majorité »*.

[27] C. civ., art. 328, al. 1er, préc.

telle preuve ne permettant pas la discussion[28]. C'est d'ailleurs celle qui est explicitement exigée par l'article 329 alinéa 1er du Code civil, s'agissant de l'action en rétablissement des effets de la présomption de paternité.

Aussi, plus la preuve biologique est accessible et plus la mère (ainsi que l'enfant devenu majeur) est à même d'imposer au géniteur sa paternité.

Section II : La difficulté pour le géniteur d'échapper à sa paternité

Si l'homme désigné par la mère est le géniteur de l'enfant, il pourra difficilement échapper à sa paternité en raison du développement des expertises biologiques, lesquelles permettent désormais d'apporter une preuve positive et tiennent une plus grande place dans les procédures judiciaires (§ I).

Il en est résulté la disparition de l'exigence d'adminicules préalables permettant de rendre recevable la preuve de la paternité d'un homme non marié avec la mère (§ II).

Cette preuve peut aujourd'hui être directement rapportée, ce que ne manquera pas de faire le demandeur à l'action en sollicitant de la part du juge qu'il ordonne un examen scientifique, sachant que le refus du défendeur de se soumettre à un tel examen aura de fortes chances d'être interprété en sa défaveur (§ III).

§ I La place de la preuve biologique dans le droit de la filiation

Dès lors que les textes ont autorisé la recherche de la paternité hors mariage, il a été admis que la preuve du lien, à partir du moment où l'action était recevable, pouvait se faire par tous moyens. Divers éléments emportaient la conviction des juges : des papiers domestiques, des témoignages, des photographies du couple, des ressemblances entre l'enfant et le défendeur[29]…

Mais toutes ces méthodes furent de plus en plus supplantées par le recours à des expertises biologiques, les progrès en ce domaine offrant une grande certitude, à tel point qu'elles jouent désormais un rôle dans le rétablissement judiciaire de la présomption de paternité de l'époux (A).

Pour autant, on ne saurait conclure à l'existence d'un droit absolu à l'expertise scientifique : celui-ci connaît des limites (B).

A) L'avènement du droit à l'expertise

Devant la prise en compte des évolutions de la science par le législateur, il est rapidement devenu nécessaire de préciser les pouvoirs du juge face à des demandes

[28] Le BGB s'abstient également de nommer expressément les moyens de preuve de la paternité pour laisser le champ libre au développement de la science et à l'utilisation de nouvelles techniques (E. WENNER, op. cit. note 16, n°128). Le c. civ. belge énonce que la paternité peut être prouvée par toutes voies de droit (B. MAINGAIN et E. WILDE D'ESTMAËL, op. cit. note 5, n°88).

[29] Ce que les Allemands avaient formalisé en recourant à des expertises biométriques.

d'analyse médicale (1). Ceci s'est fait au profit de l'expertise scientifique, dont le rôle a pris de l'ampleur dans les procès relatifs à la filiation, ce qui a eu pour effet d'inverser l'ordre des choses : le lien paternel est devenu ascendant et certain, il est désormais difficile pour l'homme de se dérober à ses responsabilités (2).

1 Les pouvoirs du juge

Déjà la loi du 15 juillet 1955 avait inséré dans l'article 340 du Code civil, relatif à la recherche de paternité, une nouvelle fin de non-recevoir à l'action lorsque le père prétendu établissait, par un examen comparé des sangs, qu'il ne pouvait être le géniteur de l'enfant.

La Cour de cassation avait consacré l'obligation pour le juge d'ordonner un tel examen dès lors qu'il était réclamé dans ce but par le défendeur. En revanche, le juge conservait sa liberté de décision lorsque l'expertise n'était sollicitée qu'à titre de simple mesure d'instruction.

La réforme du 3 janvier 1972 avait seulement ajouté, à côté de l'examen comparé des sangs, la possibilité pour le père prétendu de démontrer qu'il ne pouvait être le géniteur de l'enfant au moyen de *« toute autre méthode médicale certaine »*[30]. La jurisprudence avait en conséquence été conservée : il était toujours opéré une distinction suivant qu'il était question d'établir une fin de non-recevoir ou un lien de filiation.

Lorsque l'expertise, sollicitée par le défendeur, était de nature à établir une fin de non-recevoir, dont le but est de rendre l'action irrecevable, les juges se voyaient obligés d'accueillir la demande.

En revanche, lorsque l'examen biologique était de nature à établir un lien de filiation, autrement dit constituait un moyen de preuve au fond, les magistrats saisis disposaient d'un pouvoir souverain d'appréciation pour accepter ou refuser d'ordonner la mesure[31].

La suppression, par la loi du 8 janvier 1993, des fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité a eu pour effet un recul corrélatif de l'expertise biologique, puisque celle-ci ne pouvait plus constituer qu'un moyen de preuve au fond, hypothèse pour laquelle le juge était libre d'ordonner ou non l'examen.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 2 octobre 1997, avait motivé son refus d'ordonner l'expertise sanguine, sollicitée par la mère de l'enfant afin de prouver le caractère mensonger de la reconnaissance litigieuse, en déclarant que la requérante *« ne rapport*[ait] *par la preuve du caractère mensonger de la reconnaissance et qu'une expertise médicale »*, en tant que mesure d'instruction, ne

---

[30] C. civ., art. 340-1, 3° (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« L'action en recherche de paternité ne sera pas recevable :* […] *3° Si le père prétendu établit, par un examen comparé des sangs ou par toute autre méthode médicale certaine qu'il ne peut être le père de l'enfant »*.

[31] En ce sens not., Cass., civ. 1ère, 8 juin 1999.

pouvait, aux termes de l'article 146 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile, *« être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve »*.

Saisie du pourvoi formé contre cette décision, la 1ère Chambre civile énonça le 28 mars 2000[32], au visa de l'article 311-12, que *« l'expertise biologique est de droit en matière de filiation* […] *»*.

Après avoir laissé une certaine amplitude aux juges du fond, la juridiction suprême affirmait ainsi l'obligation pour ces derniers d'ordonner l'expertise biologique lorsque celle-ci était demandée par l'une des parties à l'instance.

On peut se poser la question de la conformité de cette solution au regard du texte légal, dans la mesure où les examens scientifiques entrent dans la catégorie des *« mesures d'instruction »* et que la demanderesse sollicitait une analyse sanguine, afin de prouver le caractère mensonger de la reconnaissance, justement parce qu'elle ne disposait d'aucun élément de preuve à cet égard. Autrement dit, il s'agissait, grâce à l'examen des sangs, *« de suppléer la carence »* de la demanderesse *« dans l'administration de la preuve »* de ce qu'elle avançait, à savoir le caractère mensonger de la reconnaissance justifiant que celle-ci soit annulée.

Cependant, l'apport de la preuve ne dépendait pas de la requérante, mais des résultats qu'une mesure d'instruction, qui ne pouvait résulter que d'une ordonnance judiciaire[33], apporterait. En refusant d'ordonner la mesure sollicitée, les magistrats édifiaient un obstacle infranchissable pour la requérante quant à l'apport de la preuve de ce qu'elle prétendait.

Finalement, ce n'est pas tellement dans l'administration de la preuve qu'il y avait carence, mais plus dans le moyen d'administrer cette preuve, autrement dit en aval. Une fois franchis l'obstacle, en obtenant que l'analyse soit ordonnée, la demanderesse se trouvait en mesure d'apporter la preuve du caractère mensonger de la reconnaissance, simplement en soumettant au juge les résultats de l'expertise sanguine.

La solution retenue par la 1ère Chambre civile est donc opportune dans un domaine où la preuve de ce que l'on avance, à savoir que la filiation juridiquement établie correspond ou non au lien biologique, dépendra bien souvent des résultats d'une mesure d'instruction qui doit être ordonnée par le juge.

---

[32] Cass., civ. 1ère, 28 mars 2000, *D.*, 2000, p.p. 731-732, note Th. GARE ; *D.*, 2001, somm., p. 976, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RJPF*, 2000, 5/38, note J. HAUSER ; *RTDciv.*, 2000, p. 304, obs. J. HAUSER ; *Defrénois*, 2000, p. 769, note J. MASSIP ; *Dr. fam.*, 2000, comm. 72, note P. MURAT ; *JCP* G, 2000, II-10409, concl. C. PETIT et note M-Ch. MONSALLIER-SAINT MLEUX.

[33] Seule une ordonnance judiciaire permet, en France, d'accéder à une expertise biologique.

La Cour de cassation ne précisant pas la technique d'analyse qu'elle vise, on peut conclure que le principe s'applique aussi bien aux prélèvements sanguins qu'aux empreintes génétiques[34].

Employant en outre des termes généraux : *« en matière de filiation »*, elle semble indiquer que le principe qu'elle a consacré est applicable à toutes les hypothèses où il est question de filiation, plus largement à toutes les situations visées par le droit de la filiation.

Les arrêts qui ont suivi ne nous contredisent pas puisque la 1ère Chambre civile, le 29 mai 2001[35], a notamment appliqué le principe s'agissant d'une action en rétablissement de la présomption de paternité.

Il est permis de penser que cette jurisprudence est encore d'actualité[36], les textes réformés par l'ordonnance du 4 juillet 2005 offrant une place plus grande encore à la preuve biologique dans les actions concernant la filiation, particulièrement lorsqu'il s'agit de rétablir en justice la présomption de paternité, la preuve *« que le mari est le père »*[37] ayant été substituée à la preuve d'une réunion de fait rendant vraisemblable la paternité de l'époux[38].

2 Un ordre inversé

En conférant au principe une portée générale, la haute instance, relayée par la loi, a redonné de l'éclat à la preuve scientifique dans les procédures judiciaires intéressant la filiation, ce qui a une double conséquence au regard des règles traditionnelles.

Premièrement, la politique législative et jurisprudentielle a pour conséquence que l'on ne part plus du père pour désigner le fils (ou la fille) : en analysant les gènes de l'enfant pour ensuite les comparer à ceux du défendeur, on part de l'enfant pour affirmer la paternité. Le procédé est appliqué aussi bien en présence d'un mariage avec la mère qu'en l'absence de celui-ci.

On mesure dès lors le chemin parcouru depuis le droit romain païen, où c'était le *pater familias* qui décidait de l'établissement des liens de filiation, où *« le fils procédait du père »*. Dans le cadre d'une action judiciaire, le mari, pas plus que le concubin ou le compagnon d'un soir, n'a son mot à dire. Ce n'est plus la volonté de l'ascendant, exprimée de manière directe ou indirecte, qui établit la filiation.

---

[34] Sous réserve, pour ces dernières, de respecter les conditions fixées à aux art. 16-11 et 16-12 du c. civ.

[35] Cass., civ. 1ère, 29 mai 2001, *D.*, 2002, p.p. 1588-1591, note D. COCTEAU-SENN.

[36] En ce sens, A. GOUTTENOIRE, « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.*, 2006, ét. 6, p. 21 : « […] *l'obligation pour le juge d'ordonner une expertise génétique lorsqu'elle est sollicitée par le demandeur dont l'ordonnance de 2005 ne dit rien mais dont il faut sans aucun doute considérer qu'elle est maintenue puisque non contredite »*.

[37] C. civ., art. 329 (ord. n°2005-759 du 4 juil. 2005).

[38] C. civ., art. 313-2, al. 2 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972).

Avec l'introduction des expertises biologiques dans le droit de la filiation, l'ordre de la preuve tend ainsi à être inversé : celle-ci *« remonte de l'enfant au parent »*[39], par comparaison *« des chromosomes des enfants aux chromosomes des parents »*[40]. Au lieu d'être descendante, la filiation devient ascendante.

Ce constat n'est pas sans rappeler *« la légitimité remontante »* de CARBONNIER[41]. L'éminent juriste a démontré comment, par l'article 197 du Code civil[42], la loi *« fait remonter de la preuve de la filiation la preuve de l'existence même du mariage »*[43].

Habituellement, *« la loi fait descendre de la preuve du mariage »*[44], rappportée grâce à l'acte de célébration[45], *« la preuve de la filiation* […] *par l'intermédiaire de la présomption de paternité »*[46]. En application de l'article 197, c'est la possession d'état de l'enfant, en ce qu'elle n'est pas contredite par son acte de naissance, autrement dit la filiation de l'enfant, qui prouve l'union solennelle de ses père et mère.

Observons que malgré la réforme de 2005, qui a éliminé des textes régissant la filiation les qualificatifs *« légitime »* et *« naturel »* ainsi que tous les termes qui s'y rapportent tels *« légitimé »*, *« légitimité »* et *« légitimation »*, l'article 197 n'a pas été modifié, de telle sorte qu'il fait toujours référence à la *« légitimité des enfants »*.

Deuxièmement, l'inégalité naturelle entre l'homme et la femme face à l'engendrement est renversée : désormais, la mère peut beaucoup plus facilement imposer au géniteur son lien paternel. D'autant que la science a connu en ce domaine des avancées fulgurantes.

Alors qu'autrefois on ne disposait que d'examens sanguins ne permettant d'exclure que 50 à 60 % des *« faux pères »*, ce pourcentage a atteint les 99 %. Mieux encore, la

---

[39] D. MARCELLI, « Lien d'engendrement, lien de filiation : question de transmission et d'autorité », *Identités, filiations, appartenances* (dir. Ph. PEDROT et M. DELAGE), coll. Hyères, 23 et 24 mai 2003, PUG, 2005, p. 107.

[40] Ibid., p. 106.

[41] J. CARBONNIER, « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du Code civil », *Mélanges G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p.p. 255-266.

[42] C. civ., art. 197 : *« Si néanmoins, dans les cas des articles 194 et 195* [absence de représentation de l'acte de célébration du mariage], *il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance »*.

[43] J. CARBONNIER, « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du Code civil », op. cit. note 41, p. 266.

[44] Ibid., p. 266.

[45] Cf. c. civ., art. 194 : *« Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil* […] *»*.

[46] J. CARBONNIER, « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du Code civil », op. cit. note 41, p. 266.

méthode dite des *« empreintes génétiques »*[47] permet de conclure, avec une quasi-certitude, que le défendeur est le géniteur de l'enfant.

Devant un tel constat, le recours à des expertises biologiques, dans les procès intéressant la filiation, ne pouvait que considérablement se développer. Certes, il est de principe que le juge conserve entière sa liberté d'appréciation à l'égard des conclusions de l'expert. Mais en pratique, il est enclin à suivre l'homme de science.

Il reste que le droit à l'expertise est encadré, tant par la jurisprudence que par la loi.

B) Les limites du droit à l'expertise

Dans un premier temps, la cour de cassation avait admis, sur le fondement de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile, la possibilité pour le juge des requêtes et le juge des référés d'ordonner un examen comparé des sangs avant tout procès, au motif qu'il existerait un intérêt légitime à apprécier les chances de succès d'une éventuelle action[48].

Mais la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain est venue préciser que, *« en matière civile »*, l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques *« ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides »*[49].

Ne se contentant pas d'une simple autorisation judiciaire qu'aurait pu donner le juge des référés, les textes conditionnent l'accès à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à l'engagement d'une procédure ayant pour finalité soit l'établissement ou la contestation d'un rapport de filiation, soit l'obtention ou la suppression de subsides.

Nous sommes loin des législations étrangères qui admettent que les particuliers puissent prendre l'initiative d'expertises *« de curiosité »*. Ainsi de l'Allemagne, où il est possible de faire effectuer des tests *« officieux »*, avant l'existence d'un contentieux juridique, si tous les intéressés sont d'accord.

En outre, il doit être fait appel à des experts agréés, conformément à l'article 16-12 du Code civil qui énonce que *« sont seules habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des*

---

[47] Il s'agit d'une méthode d'analyse portant sur l'examen comparé de l'A.D.N., lequel peut être pratiqué non seulement à partir de l'examen du sang, mais aussi à partir de la comparaison de cellules quelconques de l'organisme tels les cheveux ou la salive.

[48] En ce sens, cass., civ. 1ère, 4 mai 1994, *Bull. Civ.*, I, n°159.

[49] C. civ., art. 16-11, al. 2. Ces dispositions n'ont pas été modifiées par la L. n°2004-800 du 6 août 2004 ni par la L. n°2005-270 du 24 mars 2005.

conditions fixées par décret en Conseil d'Etat[50]*. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, ces personnes doivent, en outre, être inscrites sur une liste d'experts judiciaires ».*

Autre exigence légale : le consentement de l'intéressé. Le défendeur doit avoir accepté de se soumettre à l'examen biologique pour pouvoir y procéder (2).

La jurisprudence n'est pas en reste, la Cour de cassation ayant également entendu instituer des limites au droit à l'expertise, en réservant le cas où il existerait des motifs légitimes de ne pas procéder à celle-ci (1).

1 L'existence d'un motif légitime

La 1ère Chambre civile l'énonce expressément dans son arrêt de principe du 28 mars 2000[51] : *« l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ».*

Les décisions ultérieures fournissent des exemples de motifs propres à justifier le refus d'ordonner un examen scientifique.

Ont ainsi été retenues l'inutilité ou l'inopportunité d'une telle expertise lorsque la preuve recherchée est déjà apportée par des indices suffisants[52], qu'il existe des preuves particulièrement fortes de la paternité[53] ou lorsqu'un examen a été précédemment réalisé et qu'il a fourni des résultats probants, de telle sorte que le recours à une nouvelle expertise serait superfétatoire[54].

On trouve aussi, parmi les motifs légitimes invoqués, le souci de ne pas engager inutilement des frais supplémentaires. On peut également évoquer l'hypothèse où la demande revêt un caractère dilatoire, abusif ou vexatoire. Il en va ainsi de l'expertise de curiosité sollicitée par un homme entendant être rassuré sur sa paternité[55]. Il se peut aussi que la demande soit motivée par la rancune.

---

[50] V. D. n°97-109 du 6 fév. 1997 (*JO*, 9 fév. 1997), modifié par D. n°99-147 du 4 mars 1999 (*JO*, 5 mars 1999), D. n°2002-931 du 11 juin 2002 (*JO*, 14 juin 2002), D. n°2004-471 du 25 mai 2004 (*JO*, 2 juin 2004).

[51] Cass., civ. 1ère, 28 mars 2000, préc. note 32.

[52] Cass., civ. 1ère, 5 fév. 2002, inédit.

[53] Cass., civ. 1ère, 24 sept. 2002 (*Bull. Civ.*, I, n°216 ; *D.*, 2003, p. 1793, note D. COCTEAU-Senn ; *JCP* G, 2003, II-10053, note Th. GARE ; *RTDciv.*, 2003, p. 71, obs. J. HAUSER ; *Defrénois*, 2003, p. 124, obs. J. MASSIP ; *Dr. fam.*, 2003, comm. 25, note P. MURAT) : Caractérisent le motif légitime de ne pas procéder à une expertise les juges du fond qui estiment que les présomptions ou indices graves qu'ils ont relevés sont suffisants en eux-mêmes pour établir la paternité du défunt.

[54] Cass., civ., 12 juin 2001 (*Bull. Civ.*, I, n°169 ; *Defrénois*, 2001, p. 1355, obs. J. MASSIP ; *Dr. fam.*, 2002, comm. 2, note P. MURAT) : Aussi fiable que soit l'examen de l'A.D.N., il ne permettrait pas d'obtenir une certitude de paternité supérieure à celle obtenue avec l'examen des sangs dont il n'est pas sérieusement contesté qu'il présente le caractère d'une méthode médicale certaine.

[55] CA Bordeaux, 15 sept. 2004, *RTDciv.*, 2005, chron. 22, J. HAUSER.

L'impossibilité matérielle de réaliser l'expertise constitue également un motif légitime. Tel est le cas lorsque le père prétendu ne peut être localisé. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la 1ère Chambre civile en date du 14 juin 2005[56].

En l'espèce, une femme avait donné naissance à un enfant reconnu par un homme qui, par la suite, avait disparu sans laisser d'adresse. La femme avait alors engagé une action en contestation de reconnaissance et demandait qu'une expertise biologique soit ordonnée. Sur le fond, elle soutenait que l'auteur de la reconnaissance ne pouvait être le père de l'enfant, étant incarcéré pendant toute la période légale de la conception.

Pour rejeter l'action en contestation et la demande d'expertise, les juges de la Cour d'appel de Douai ont relevé, d'une part, que l'impossibilité de paternité n'était pas démontrée dans la mesure où la mère avait rencontré le père prétendu à 42 reprises durant la période légale de la conception au cours de visites au parloir. D'autre part, ils ont observé que l'expertise serait vouée à l'échec *« en raison tant de l'absence de localisation de* [l'auteur de la reconnaissance] *que de l'impossibilité, à défaut d'éléments produits par la mère, de pratiquer cet examen sur un tiers afin de pouvoir exclure la paternité »* du père contesté.

La Cour de cassation a approuvé la solution retenue, considérant que *« la Cour d'appel* [avait] *ainsi caractérisé un motif légitime de ne pas procéder à une analyse biologique »*.

Un tel motif peut enfin résulter de l'irrecevabilité de l'action en raison, par exemple, de la prescription de celle-ci, comme en atteste un arrêt de la 1ère Chambre civile rendu le 14 juin 2005[57].

Cette solution a été expressément consacrée par l'ordonnance du 4 juillet 2005, à l'article 310-3 alinéa 2 du Code civil, aux termes duquel *« Si un action est engagée en application du chapitre III du présent titre »*, intitulé « Des actions relatives à la filiation », *« la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action »*.

Autre obstacle légalement prévu : l'absence de consentement.

2 L'absence de consentement du père prétendu

Procéder à une expertise biologique suppose une atteinte au corps humain. Aussi le droit exige-t-il le consentement préalable de l'intéressé (a), particulièrement lorsqu'il s'agit d'une identification par les empreintes génétiques, ce qui n'est pas sans poser problème lorsque le père prétendu est décédé (b).

---

[56] Cass., civ. 1ère, 14 juin 2005, *RTDciv.*, 2005, chron. 17, J. HAUSER (5 arrêts) ; *RJPF*, nov. 2005, p.p. 20-21, analyse Th. GARE (7 arrêts).

[57] Cass., civ. 1ère, 14 juin 2005, préc.

a) L'interdiction de la contrainte morale ou physique

Habituellement, l'expert désigné par le juge convoque les parties et procède aux analyses dont il est chargé après avoir vérifié leur identité. Leur consentement découle implicitement de ce que les personnes qui doivent être examinées se sont rendues à la convocation de l'expert et se sont volontairement soumises aux investigations de celui-ci. Lorsqu'un individu veut se dérober à l'expertise, il ne se rend pas à la convocation de l'expert qui dresse alors un procès-verbal de carence.

Cette manière de procéder, qui se pratique depuis plusieurs dizaines d'années, demeure valable en matière d'examen comparé des sangs.

En revanche, l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques a fait l'objet d'une réglementation rigoureuse. Le législateur est intervenu dès 1994[58] pour introduire dans le Code civil un article 16-11, dont l'alinéa 2 oblige à recueillir, préalablement à la réalisation de la mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action intéressant la filiation, le consentement exprès de celui sur lequel va être pratiqué l'examen[59].

Les dispositions n'ont pas été réformées depuis. Il s'ensuit que l'expert médical doit, avant de procéder aux opérations, faire signer une déclaration expresse de consentement aux intéressés. En Belgique, l'accomplissement d'expertises ordonnées par voie de justice nécessite également le consentement du destinataire de la mesure[60].

Il est donc exclu de recourir à la contrainte physique ou même psychologique par le biais d'une astreinte.

S'agissant des examens autres que l'identification par les empreintes génétiques, on peut penser que, conformément au principe de l'inviolabilité du corps humain, la preuve obtenue de force ou par surprise serait irrecevable devant le juge[61].

Le droit allemand a une position radicalement différente. Lorsqu'un procès est intenté, il exige du juge et des parties une recherche active de la vérité biologique.

Au nom du principe inquisitoire, les magistrats recherchent la vérité par tous les moyens d'investigation envisageables et ordonnent une expertise biologique chaque fois que cela est possible.

---

[58] L. n°94-653 du 29 juil. 1994.

[59] C. civ., art. 16-11, al. 2 : *« En matière civile »*, l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques *« ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli »*.

[60] B. MAINGAIN et E. WILDE D'ESTMAËL, op. cit. note 5, n°96.

[61] En ce sens, M-Th. MEULDERS KLEIN, « La personne, la famille et le droit : 1968-1998 : Trois décennies de mutations en Occident », Bruylant/LGDJ, 1999, p. 224.

L'obligation de rechercher la vérité lie également les individus impliqués dans le procès de filiation. Selon l'article 372 a) du Code de procédure civile allemand, les parties à l'instance et même les tiers appelés à la cause doivent se prêter à toute intervention susceptible de faire la lumière sur la vérité biologique. Cette *« obligation de tolérer »* ou de *« subir »* est une particularité du droit allemand.

Si la personne sollicitée refuse de se soumettre à l'examen, le juge peut prononcer des sanctions qui peuvent aller jusqu'à la condamnation à des astreintes et à des peines de prison. Il peut même y avoir recours à la force publique et exécution forcée *manu militari*.

Enfin, si l'une des parties n'est plus de ce monde, les tribunaux allemands peuvent faire procéder à des expertises sur les parents proches ou ordonner des prélèvements sur le cadavre[62]. En France, *le « respect dû aux morts »* pose certaines limites.

b) Le problème du décès

Depuis l'entrée en vigueur de la loi relative au respect du corps humain du 29 juillet 1994, le Code civil comprend un article 16-11 précisant dans son deuxième alinéa que, en matière civile, l'identification est réservée aux actions relatives à la filiation ou à fins de subsides et impose le consentement préalable de l'intéressé à cette mesure d'instruction.

Très rapidement, la question s'est posée en jurisprudence de savoir si, sur le fondement de ce texte, le juge pouvait ordonner un prélèvement sur le cadavre du père prétendu.

Confrontée à cette question, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a déclaré, le 8 février 1996[63], que *« l'identification par ses empreintes génétiques d'une personne qui* […] *est décédée sans y avoir jamais expressément consenti de son vivant, ne saurait être soumise aux dispositions de l'article 16-11 alinéa 2 du Code civil relatives au consentement ; que dans un tel cas, en effet, l'obligation de recueillir le consentement du défunt constituerait une condition impossible »*.

Autrement dit, l'obligation de recueillir un consentement ne s'applique qu'aux personnes vivantes car elle constituerait une condition impossible s'agissant de personnes décédées.

La doctrine s'est divisée, non pas seulement sur le sens à donner à la décision aixoise mais, plus généralement, sur les conséquences du silence de la loi sur la question du prélèvement *post mortem*. Deux problèmes s'en évinçaient.

[62] Sur toutes ces questions, v. E. WENNER, op. cit. note 16.

[63] CA Aix-en-Provence, 8 fév. 1996, *Dr. fam.*, 1996, comm. 2, note P. MURAT.

Une question de principe, tout d'abord, concernait la possibilité qu'un prélèvement fût pratiqué sur un cadavre en vue de procéder à une identification dans le cadre d'un procès civil.

Pour certains auteurs, pareille pratique était interdite par la seule rédaction de l'article 16-11 du Code civil exigeant le consentement préalable de la personne concernée. Ne pouvant consentir, un défunt ne pouvait être concerné par un texte nécessitant le consentement. Et le respect dû au mort s'y opposait par principe.

D'autres auteurs soutenaient au contraire que l'obligation de consentir ne concernait que les vivants et que, pour les morts, c'était au pouvoir d'appréciation des tribunaux que devait être abandonnée la question, comme elle l'était avant les lois de 1994.

La question est devenue indissociable de l'affaire *« Montand »*.

Yves MONTAND avait fait l'objet d'une action en recherche de paternité de la part d'Aurore DROSSARD, d'abord représentée par sa mère, puis agissant en son nom propre. De son vivant, l'acteur réfutait l'endossement de ce lien paternel et avait formellement refusé de se soumettre à une expertise biologique. Le Tribunal de grande instance de Paris, le 6 septembre 1994, avait induit de ce refus un aveu implicite de paternité. Après son décès, ses ayants-droits saisirent la Cour d'appel de Paris afin d'obtenir la réformation du jugement rendu. Cette juridiction ordonna avant dire droit, le 4 juillet 1996, un examen comparé des sangs de la fille prétendue et des membres de la famille d'Yves MONTAND. Le rapport d'expertise conclût à une faible probabilité de la paternité du comédien[64].

Toutefois, la preuve formelle de paternité ou de non paternité supposait l'étude de cellules ou de tissus prélevés sur le défunt. Les parties à l'instance se déclarèrent alors favorables à un prélèvement *post mortem*. Le 6 novembre 1997, la Cour d'appel de Paris[65] donna droit à leur demande en ordonnant l'exhumation du corps.

Après avoir relevé que le consentement propre du défunt ne pouvait plus être recherché, elle avait affirmé *« qu'en tout état de cause ses ayants droit* [avaient] *fait connaître qu'ils ne s'opposaient pas à une analyse génétique après exhumation de leur auteur si elle était nécessaire ; qu'il conv*[enait], *dans ces conditions, alors qu'il est de l'intérêt essentiel des parties d'aboutir dans toute la mesure du possible à une certitude biologique, d'ordonner dans les termes du dispositif du présent arrêt, un complément d'expertise confié à trois experts à l'effet de procéder si cela est encore possible, après exhumation du corps, à l'identification génétique d'Y. L. dit Y. M. pour déterminer s'il peut être le père d'A. D. »*. Le second rapport d'expertise confirma le premier en excluant la paternité du comédien à l'égard d'Aurore. Il fut entériné le 17 décembre 1998 par les magistrats d'appel[66].

---

[64] De l'ordre de 0,1 %.

[65] CA Paris, 6 nov. 1997, *JCP* G, 1998, I, p. 101, note J. RUBELLIN-DEVICHI ; *D.*, 1997, somm., p. 158, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

[66] CA Paris, 17 déc. 1998, *D.*, 1999, jurisp., p. 476, note B. BEIGNIER.

La décision du 6 novembre 1997 avait suscité l'émoi car, d'une part, le prélèvement avait été effectué sur un mort exhumé pour l'occasion, d'autre part, l'acteur s'y était toujours opposé. Double problème appelant une double réponse.

S'agissant du premier, la Cour d'appel de Dijon a apporté une réponse dans un arrêt du 15 septembre 1999[67], dont la solution a été consolidée par un arrêt de rejet rendu le 3 juillet 2001 par la 1ère Chambre civile[68] de la Cour de cassation. Il en ressort que lorsque les investigations relatives à l'identification d'un individu par ses empreintes génétiques doivent porter sur un défunt, il appartient à la justice d'apprécier si l'intérêt en cause justifie une atteinte à l'intégrité du corps.

Le cas d'espèce était cependant moins problématique que dans l'affaire *« Montand »* car il n'avait pas été nécessaire d'exhumer le cadavre, mais simplement de surseoir à son incinération jusqu'à la réalisation du prélèvement.

En outre, alors que l'acteur s'était toujours opposé à un tel prélèvement, le père prétendu, dans l'affaire ayant donné lieu aux arrêts des 15 septembre 1999 et 3 juillet 2001, avait donné son accord, de son vivant, à la réalisation du prélèvement.

Le second problème soulevé par l'affaire *« Montand »* demeurait donc entier : le refus du défunt exprimé de son vivant à un prélèvement aux fins d'identification génétique pouvait-il bloquer cette opération ?

C'est la loi du 6 août 2004, relative à la bioéthique, qui est venue apporter une réponse en ajoutant une phrase au second alinéa de l'article 16-11 du Code civil. Allant plus loin que ce que suggérait le Conseil d'Etat, à savoir que l'opposition expressément manifestée de son vivant par une personne à une expertise biologique faisait obstacle à toute mise en œuvre de celle-ci après le décès de l'intéressé, le législateur énonce que, *« sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort »*.

Il est ainsi posé le principe de l'interdiction du prélèvement sur le défunt dans le cadre du procès en filiation, sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant[69].

Autrement dit, soit le défunt aura donné son accord de son vivant (comme dans l'affaire du 3 juillet 2001) et un prélèvement pourra être opéré, soit il n'aura pas donné son accord, que ce soit de manière expresse (comme dans l'affaire *« Montand »*) ou

---

[67] CA Dijon, 15 sept. 1999 (confirmation du jugement du TGI Dijon, 29 mai 1998), *D.*, 2000, p. 875, note B. BEIGNIER ; *D.*, 2001, p.p. 2867-2868, obs. POMART Cathy; *RTDciv.*, 2000, chron. 22, J. HAUSER.

[68] Cass., civ. 1ère, 3 juil. 2001, *D.*, 2002, p. 2023, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

[69] Le principe s'applique, que la personne soit décédée avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2004. Cf. cass., civ. 1ère, 2 avr. 2008, qui a approuvé la cour d'appel d'avoir refusé d'ordonner l'expertise génétique sollicitée au motif que le défunt – décédé avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions – n'avait pas exprimé de son vivant son accord pour une telle mesure (www.courdecassation.fr).

tacite, et aucune identification génétique ne pourra être effectuée, étant entendu qu'il ne pourra être suppléé à l'absence d'accord préalable du défunt par le consentement de la famille ou par la décision du juge estimant que les intérêts en présence le justifient.

Avant l'ordonnance de 2005, il existait une autre limite légale qui empêchait l'accès direct à l'expertise biologique : les adminicules préalables qui conditionnaient la recevabilité de l'action en recherche de paternité hors mariage.

Celles-ci ont aujourd'hui disparu des textes.

§ II La disparition des adminicules préalables dans l'action en recherche de paternité

Pour qu'une action en recherche de paternité soit déclarée recevable, autrement dit pour être admis à rapporter la preuve au fond du lien paternel, éventuellement par le biais d'un examen médical, il fallait d'abord faire état de présomptions ou indices graves.

Tombée en désuétude dans la jurisprudence (A), la condition a finalement été abrogée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 (B).

A) Une exigence atténuée en jurisprudence

La loi du 8 janvier 1993 avait libéralisé l'action en recherche de paternité en ne subordonnant plus la recevabilité de celle-ci à la condition d'être dans l'un des cas d'ouverture limitativement énoncés par l'article 340 du Code civil.

Cependant, elle avait conservé un préalable en exigeant des présomptions ou indices graves[70], expression plus large que les cas d'ouverture et pouvant englober des situations diverses.

Une doctrine autorisée[71] avait alors considéré que si un examen scientifique pouvait être demandé pour rapporter la preuve au fond, il ne pouvait pas servir à établir les adminicules préalables. La preuve de la paternité ne pouvait être rapportée, notamment grâce à une expertise médicale, qu'une fois l'existence de ces adminicules constatée par le juge.

Bien que pertinente, ce n'est pas l'analyse que retint la haute juridiction qui affirma, dans un arrêt du 11 février 1997[72], que *« si l'article 340 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 8 janvier 1993, exige des présomptions ou indices graves*

---

[70] C. civ., art. 340 (L. n°93-22 du 8 janv. 1993) : *« La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. La preuve ne peut en être rapportée que s'il existe des présomptions ou indices graves »*.

[71] En ce sens, F. GRANET-LAMBRECHTS, « Filiation naturelle : Recherche de paternité », *Juris-Classeur civ.*, Droit de l'enfant, fasc. 36, n°49.

[72] Cass., civ. 1ère, 11 fév. 1997, *D.*, 1998, somm. 29, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *D.*, 1997, p. 502, note J. MASSIP ; *Dr. fam.*, 1997, comm. 57, note P. MURAT.

pour rendre admissible la preuve de la paternité naturelle, celle-ci peut être faite par tous moyens et donc résulter des présomptions ou indices eux-mêmes ».

Les magistrats suprêmes ayant par la suite consacré le principe selon lequel l'expertise est de droit[73], on pouvait s'interroger sur les conséquences pour le régime de l'action en recherche de paternité. Certains auteurs ont évoqué la possibilité que l'absence de présomptions ou indices graves, rendant irrecevable la preuve au fond, pouvait constituer un motif légitime au refus d'ordonner un examen biologique.

A nouveau, la Cour de cassation prit un parti opposé. Elle cassa, dans un arrêt en date du 12 mai 2004[74], pour refus d'application des articles 340 et 311-12 du Code civil et pour fausse application de l'article 146 du Nouveau Code de procédure civile, la décision d'appel qui, pour déclarer une demande d'analyse biologique irrecevable, avait énoncé que les présomptions et indices graves permettant de déclarer l'action en recherche de paternité recevable et d'ordonner une expertise n'étaient pas réunis.

Cette solution pouvait se prévaloir de précédents[75] et fut confirmée à plusieurs reprises, notamment le 14 juin 2005[76], la demande d'expertise ayant été considérée comme recevable alors même que celui qui avait engagé l'action ne pouvait se prévaloir d'aucune adminicule préalable.

L'arrêt de rejet du 25 avril 2006[77] en est un autre exemple. En l'espèce, une femme avait engagé, au nom de ses trois filles mineures, une action en recherche de paternité contre l'homme qu'elle désignait comme étant le père de ses enfants. Par arrêt avant dire droit du 12 novembre 2002, la Cour d'appel de Metz avait ordonné un examen comparé des sangs auquel le défendeur à l'action avait refusé de se soumettre. Se prononçant sur le fond le 2 décembre 2003, elle conclut à la paternité.

Dans le pourvoi qu'il forma, le père déclaré fit notamment valoir que l'expertise biologique ne pouvait pas être ordonnée faute pour la mère d'avoir établi l'existence de présomptions ou d'indices graves rendant l'action recevable. Mais la 1ère Chambre civile rejeta l'argument au motif que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder. Il en résultait que l'examen comparé des sangs avait pu être valablement sollicité pour établir la recevabilité de l'action en recherche.

Il était donc acquis qu'en matière d'action en recherche de paternité, le recours à l'expertise n'était plus subordonné à l'existence d'adminicules préalables.

---

[73] Cass., civ. 1ère, 28 mars 2000, préc. note 32.

[74] Cass., civ. 1ère, 12 mai 2004, *D.*, 2005, p.p. 1766-1768, note S. MIRABAIL.

[75] Cass., civ. 1ère, 17 sept. 2003, *RJPF*, 2003, 12/31, obs. Th. GARE ; *RTDciv.*, 2004, p. 73, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.*, 2004, comm. 3, note P. MURAT – *Adde* : Cass., civ. 1ère, 9 déc. 2003, *RJPF*, 2004, 3/35, analyse Th. GARE ; *Dr. fam.*, 2004, comm. 17, note P. MURAT.

[76] Cass., civ. 1ère, 14 juin 2005, préc. note 56.

[77] Cass., civ. 1ère, 25 avr. 2006, *RJPF*, 2006, 7-8/42, analyse Th. GARE.

Cette solution a été critiquée en ce qu'elle était contraire à la lettre de l'article 340 du Code civil, dans sa rédaction de 1993[78]. En effet, *« dans la mesure où elle constitue un mode de preuve au fond, l'expertise ne devrait pas pouvoir être ordonnée pour établir la recevabilité de l'action »*[79]. La demande d'expertise, qui n'est qu'une mesure d'instruction, ne devrait être recevable que si l'action dans le cadre de laquelle elle est réclamée l'est aussi, solution qui paraîtrait, en outre, plus en harmonie avec l'article 310-3 alinéa 2 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance de 2005 : *« la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action »*.

Cependant, la formulation de l'article 310-3 alinéa 3 ne devrait rien changer en pratique, l'exigence de présomptions ou indices graves ayant été supprimée par la réforme.

B) Une condition supprimée dans les textes

L'article 327 du Code civil dispose, en son premier alinéa, que *« la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée »*, sans autre précision. Il s'en déduit qu'il n'est plus nécessaire de faire état de présomptions ou indices graves pour que l'action en recherche soit recevable, solution à laquelle était indirectement parvenue la jurisprudence.

La disparition des adminicules comme condition de recevabilité de l'action en établissement d'une filiation se conjugue avec l'obligation pour le juge d'ordonner une expertise génétique lorsqu'elle est sollicitée par le demandeur[80].

Cette combinaison aboutit à une libération totale de l'accès procédural, non seulement au juge de la filiation, mais à la vérité biologique elle-même, puisque aucun obstacle n'empêche désormais celui qui recherche sa filiation d'accéder à celle-ci, sous réserve d'être dans le cadre d'une procédure judiciaire. L'action judiciaire, en effet, demeure en elle-même une condition pour accéder à la vérité biologique[81], la réforme ne modifiant pas ce point.

Or, comme l'a justement indiqué de manière implicite la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 février 2006[82], la demande d'expertise n'est recevable que si l'action dans le cadre de laquelle elle est sollicitée l'est aussi. Et l'article 310-3 alinéa 2 du Code civil prévoyant expressément que *« la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action »*, il en

---

[78] V. Th. GARE, « La Cour de cassation confirme le régime du droit à l'expertise biologique », ibid.
[79] Ibid.
[80] Cf. cass., civ. 1ère, 28 mars 2000, préc. note 32.
[81] Cf. c. civ., art. 16-11, al. 2.
[82] Cass., civ. 1ère, 14 fév. 2006, *RJPF*, 2006, 5/39, analyse Th. GARE ; *RTDciv.*, 2006, p.p. 294-295, note J. HAUSER ; *Revue Lamy Dr. civ.*, 2006, 2147, comm. M-Ch. MEYZEAUD-GARAUD.

résulte que la seule véritable raison qui pourrait empêcher d'accéder à la preuve biologique, c'est la prescription de l'action.

A partir du moment où les délais auront été respectés, le père prétendu contre qui est engagée l'action en recherche, s'il est le véritable géniteur, n'aura pas beaucoup d'espoir de passer entre les mailles du filet. Certes, il pourra toujours refuser de se prêter aux investigations scientifiques. Mais il prend alors le risque que cette attitude peu coopérative se retourne contre lui.

§ III Les risques du refus de se prêter à un examen scientifique

Les expertises biologiques nécessitent généralement une atteinte à la personne. Chacun peut en conséquence refuser de s'y soumettre. Aucune contrainte physique, ni même morale, ne sera exercée. Seulement, le juge est autorisé, en vertu de l'article 11 alinéa 1 du Nouveau Code de procédure civile[83], à tirer toutes présomptions qu'il appréciera du refus rencontré.

Tout est question de circonstances. En confrontant le refus à d'autres éléments de l'affaire, il peut en être déduit un aveu implicite de paternité ou, à l'inverse, aucune conséquence défavorable pour l'intéressé.

Mais de manière générale, et sauf s'il est en mesure d'invoquer une justification légitime, celui qui oppose un refus perd le procès.

En atteste un des arrêts rendus par la 1ère Chambre civile le 14 juin 2005[84].

Un enfant né en dehors de l'engagement conjugal avait, à sa majorité, engagé une action en recherche de paternité et sollicité une expertise biologique. Le défendeur ayant refusé de se soumettre à l'examen comparatif des sangs ordonné par les premiers juges, la Cour d'appel de Dijon avait fait droit à l'action en recherche et déclaré le lien de filiation, sans ordonner la nouvelle expertise que le père réclamait à hauteur de Cour.

Devant les magistrats suprêmes, l'intéressé faisait valoir que l'expertise étant de droit en matière de filiation, la Cour d'appel ne pouvait statuer comme elle l'avait fait sans ordonner une nouvelle analyse sanguine. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, relevant que la demande d'expertise sollicitée en appel était *« manifestement dilatoire »* et que les motifs invoqués pour se soustraire à la mesure ordonnée en première instance, à savoir l'octroi tardif de l'aide juridictionnelle, étaient *« sans incidence sur une mesure ordonnée aux frais avancés de »* la demanderesse.

En d'autres termes, le père déclaré était de mauvaise foi et les juges du fond avaient eu raison de se prononcer contre lui.

---

[83] NCPC, art. 11, al. 1er : *« Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus »*.

[84] Cass., civ. 1ère, 14 juin 2005, préc. note 56.

Dans l'affaire du 25 avril 2006 précédemment citée[85], le père prétendu avait refusé de se soumettre à l'expertise sanguine ordonnée par la Cour d'appel de Metz, le 12 novembre 2002. Les magistrats d'appel, par arrêt du 2 décembre 2003, avaient conclu qu'il était le père.

Parmi les moyens du pourvoi, figurait celui selon lequel les juges du fond ne pouvaient déclarer le lien paternel que si la preuve en était rapportée, argument que rejeta la haute juridiction au motif que les juges du fond pouvaient déduire la paternité du *« refus de se soumettre à l'examen comparé des sangs »*[86].

Dans le même ordre d'idées, on dispose de l'arrêt de rejet du 31 janvier 2006[87] qui concernait, cette fois-ci, une action en contestation.

En l'espèce, un homme prétendait être le géniteur d'une enfant reconnue par un autre homme et légitimée par le mariage subséquent célébré entre l'auteur de la reconnaissance et la mère de l'enfant. Aussi contestait-il la reconnaissance. Un premier jugement ayant annulé la reconnaissance de paternité et, par suite, la légitimation, les époux avaient interjeté appel. Statuant le 10 janvier 2005, la Cour d'appel de Douai avait rendu un arrêt confirmatif. Il convient de préciser que le mari et la femme avaient, de façon réitérée et sans invoquer de justification légitime, refusé de se soumettre à une expertise biologique et d'y présenter l'enfant.

La Cour de cassation donna raison aux juges du fond qui avaient considéré la reconnaissance mensongère, relevant d'une part que l'auteur de l'action en contestation de la reconnaissance *« se comportait comme le père de l'enfant et était considéré comme tel par son entourage »*, d'autre part que les conjoints *« avaient, de façon réitérée et sans motif légitime, refusé de se soumettre et de présenter l'enfant à un examen comparatif des sangs »*.

Il est donc préférable, pour un homme dont on prétend qu'il est le père d'un enfant, de se prêter aux investigations médicales, surtout s'il a un doute quant à la véracité de ce qui est avancé. Mais il va sans dire que s'il est le géniteur, il ne pourra échapper à ses responsabilités.

L'établissement judiciaire de la paternité hors mariage est aujourd'hui assez aisé pour la mère d'un enfant. L'action en rétablissement des effets de la présomption de paternité bénéficie également des facilités apportées par le droit légal et jurisprudentiel, puisqu'il est plus simple de faire la preuve que le mari est bien le père en sollicitant une expertise scientifique que d'apporter la preuve d'une réunion de fait rendant vraisemblable cette paternité.

---

[85] Cass., civ. 1ère, 25 avr. 2006, préc. note 77.

[86] C'est une réponse que la Cour de cassation avait déjà donnée en 1996 à propos d'une espèce similaire. Cass., civ. 1ère, 6 mars 1996, *Bull. Civ.*, I, n°121.

[87] Cass., civ. 1ère, 31 janv. 2006, *Bull. Civ.*, I, n°46 ; *RTDciv.*, 2006, p.p. 293-294, note J. HAUSER.

A l’inverse, l’établissement judiciaire du lien maternel est rendu plus difficile. Et sans maternité établie, il est quasiment impossible d’établir la paternité. De telle sorte que l’établissement de la filiation peut être soumis au bon vouloir de la femme qui accouche.

CHAPITRE II :

LA POSSIBILITE DE FAIRE OBSTACLE A L'ETABLISSEMENT DES LIENS DE FILIATION

Comme pour la paternité, la maternité peut être judiciairement déclarée. Sa recherche en justice est en effet admise par l'article 325 alinéa 1er du Code civil[1].

« L'action est réservée à l'enfant »[2]. Toutefois, *« pendant la minorité »* de celui-ci, *« le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie a, pendant la minorité de l'enfant, seul qualité pour exercer l'action en recherche de maternité »*[3]. Est ici visé le père.

Le problème est que si la maternité n'est pas établie (section I), la paternité a très peu de chances de l'être, quand bien même le géniteur le souhaiterait (section II). Or, l'on rencontre ce genre de situation lorsqu'il y a eu accouchement anonyme.

Section I : L'établissement judiciaire de la maternité empêché par l'accouchement sous X

L'accouchement demeure le point de départ indispensable (mais non suffisant) de la maternité. *« Sans accouchement, pas de mère ! »*[4].

Ainsi l'action en recherche de maternité ne peut triompher que si l'enfant prouve l'accouchement de celle qu'il prétend être sa mère et son identité, c'est-à-dire qu'il est celui qui est né de cet accouchement. L'article 325 alinéa 2 du Code civil l'énonce expressément : *« l'enfant* […] *est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché »*[5].

Si la parturiente a choisi de taire son identité, ce que le droit français autorise, il sera impossible pour l'enfant d'établir le lien (§ I), ce qui soulève la question de la conformité de notre législation avec les textes supranationaux (§ II).

---

[1] C. civ., art. 325, al. 1er : *« A défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise* […] ».

[2] C. civ., art. 325, al. 2.

[3] C. civ., art. 328, al. 1er.

[4] G. TAORMINA, « Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique », *D.*, 2006, p. 1073.

[5] L'art. 314 du c. civ. belge exige aussi que le demandeur à l'action apporte la preuve que l'enfant est bien celui dont la mère prétendue a accouché, soit en démontrant la possession d'état de l'enfant à l'égard de la défenderesse, soit en recourant à toutes voies de droit (B. MAINGAIN et E. WILDE D'ESTMAËL, *Juris-Classeur dr. comp.*, vol. 1, Belgique : fasc. 2, n°85).

§ I L'anonymat en droit interne

La maternité secrète n'a été que progressivement officialisée. Elle fait aujourd'hui partie de notre univers juridique (A) et aucun droit de l'enfant à l'établissement d'un lien légal avec ceux qui sont à l'origine de sa conception ne saurait être invoqué à l'encontre du droit pour une femme d'accoucher sous X (B).

A) L'officialisation progressive du secret

D'abord simple obstacle de fait (1), l'accouchement anonyme constitue, depuis 1993, un véritable obstacle de droit à l'établissement de la filiation maternelle (2).

1 L'anonymat en tant qu'obstacle de fait

La tradition de la maternité secrète remonte en France à plusieurs siècles.

Au VIIème siècle, il était installé à l'entrée des couvents des tourniquets, que l'on appelait des *« tours »*. Il s'agissait de sortes de petits berceaux de pierre ou de bois que l'on faisait tourner de façon à recueillir dans l'enceinte du bâtiment des nourrissons déposés anonymement de l'autre côté du mur. Le décret du 18 janvier 1811 institutionnalisa la pratique des *« tours »*.

Ces derniers furent ensuite remplacés en 1860 par des bureaux ouverts de jour comme de nuit. Il s'agissait avant tout de protéger la vie de l'enfant en prévenant l'exposition et l'infanticide.

Dès le XVIIème siècle apparut également, dans les règlements d'hôpitaux, le souci de protéger la santé de la mère en évitant des avortements ou accouchements nécessairement clandestins. Une délibération du bureau de l'Hôtel-Dieu de Paris de 1691 défendait à l'inspecteur de l'hôpital d'obliger les femmes qui s'y rendaient pour accoucher à décliner leur identité.

L'idée fut reprise dans un décret-loi voté par la Convention le 28 juin 1793. Le texte recommandait à chaque district de se doter d'une maison *« où la fille enceinte pou*[vait] *se retirer secrètement pour faire ses couches »* et *« où elle pou*[vait] *entrer à telle époque de sa grossesse qu'elle vou*[lait] *»*. Il prévoyait en outre qu'il était *« pourvu par la Nation aux frais de gésine et à tous ses besoins pendant le temps de son séjour, qui dur*[erait] *jusqu'à ce qu'elle soit parfaitement rétablie de ses couches »*. Enfin, *« le secret le plus inviolable* [serait] *conservé sur tout ce qui la concern*[ait] *»*.

Les dispositions du décret-loi tombèrent en désuétude au XIXème siècle et ne furent rappelées que par une circulaire des hôpitaux du 15 décembre 1899.

Le service des enfants assistés fit son apparition dans une loi du 27 juin 1904.

Au cours de la Seconde guerre mondiale, fut adopté le décret-loi du 2 septembre 1941 sur la protection de la naissance. Il prévoyait un accueil gratuit de la femme par un établissement public hospitalier durant le mois précédant l'accouchement et celui qui suivait, sans que l'intéressée ait à justifier de son identité.

Ces dispositions ont été, pour l'essentiel, reprises par le décret du 29 novembre 1953 et par le décret du 7 janvier 1959, tous deux devenus l'article 47 du Code de la famille et de l'aide sociale. Ce texte, entré en vigueur le 6 janvier 1986, disposait : *« il sera pourvu par la Nation aux frais de gésine de la mère et à tous ses besoins pendant le temps de son séjour qui durera jusqu'à ce qu'elle soit parfaitement rétablie de ses couches. Le secret le plus inviolable sera conservé sur tout ce qui la concerne »*.

Remanié par la loi du 22 janvier 2002, il figure depuis l'ordonnance du 21 décembre 2000 à l'article L 222-6 du Code de l'action sociale et des familles. Concrètement, les frais d'hébergement et d'accouchement, dans un établissement public ou privé conventionné, sont pris en charge par l'administration sociale, à savoir, depuis les lois de décentralisation, le service départemental de l'Aide sociale à l'enfance.

L'appellation *« sous X »*, qui n'a jamais été insérée dans un texte officiel, pas plus que l'anonymat, est une pratique hospitalière : la parturiente qui souhaite taire son identité étant non dénommée, il est inscrit sur son dossier *« X »* ou *« Madame X »*.

Afin de prévenir tout problème d'identification en cas de décès durant le séjour hospitalier, l'intéressée doit remettre au service une enveloppe cachetée contenant son identité. Le pli lui est restitué dès la sortie de l'hôpital.

Ainsi, ceux qui recueillent et protègent le secret réclamé par la patiente occupent une position de complice car le personnel qui a pris connaissance des informations identifiantes est dans l'impossibilité de les révéler en vertu du secret professionnel instauré à l'article 80 du Code de la famille et de l'aide sociale par loi du 16 décembre 1992, et repris à l'article L 221-6 du Code de l'action sociale et des familles, aux termes duquel *« toute personne participant aux missions du service de l'Aide sociale à l'enfance est tenue au secret professionnel sous les peines et les conditions prévues par les articles 226-13*[6] *et 226-14*[7] *du Code pénal »*.

---

[6] CP, art. 226-13 : *« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende »*.

[7] CP, art. 226-14 : *« L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable : 1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes sexuelles dont il a eu connaissance et qui ont été infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique ; 2° Au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises »*.

Nombreux sont ceux qui se sont interrogés sur les raisons du décret-loi de 1941. En une période troublée où beaucoup d'hommes étaient absents, il convenait peut-être de cacher certaines naissances. Mais la règle a été reprise à la Libération et s'est maintenue, peut-être parce que les femmes, dès cette époque, ont cessé d'accoucher à leur domicile. Aussi le secret hospitalier devenait-il la seule vraie garantie contre les indiscrétions du personnel ou des voisines de chambre.

Reste que les conséquences de cette pratique, seulement prévue dans la législation sociale, étaient douteuses au regard de l'état de l'enfant. La question a été réglée par la loi du 8 janvier 1993, qui a fait du secret invoqué par la mère un obstacle de droit à l'établissement du lien de filiation.

2 L'anonymat en tant qu'obstacle de droit

Certains auteurs se sont interrogés sur les raisons d'un nouveau débat intéressant l'accouchement secret lors de la discussion de la loi du 8 janvier 1993. Il s'avérait que l'évolution avait fait apparaître des tendances opposées, modifiant en cela les données du problème.

D'un côté, il y avait le développement de l'adoption, qui commandait le maintien de l'anonymat en ce qu'il constituait une source très importante d'enfants adoptables. Les partisans de l'accouchement sous X invoquaient l'extrême détresse de jeunes femmes se sentant incapables d'assumer la charge d'un enfant, et faisaient état d'espèces concrètes de délaissements ou d'infanticides rencontrés dans leur circonscription.

De l'autre côté, il y avait les tenants du *« droit de connaître ses origines »*, dont l'accouchement sous X avait pour conséquence de priver l'enfant. Le *« temps des racines »* était advenu, de nombreuses voix se sont élevées contre la pratique hospitalière et ont mené une véritable croisade pour son abolition.

Face à cette situation, il était nécessaire de prendre partie soit en supprimant la possibilité de demander le secret, soit en consacrant celle-ci dans un texte plus explicite que la formulation de l'article 47 du Code de la famille et de l'aide sociale. C'est cette dernière solution que choisit le législateur en consacrant, dans les dispositions du Code civil relatives à la filiation, un article 341-1 selon lequel *« lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé »*[8].

La circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant a quant à elle précisé que, lorsqu'une femme a requis l'application de l'article 341-1 du Code civil, les officiers de l'état civil qui ont eu connaissance de la

[8] Les droits belges et allemands n'ont pas légalisé la pratique de l'anonymat. Au contraire, le législateur allemand impose l'identification et l'enregistrement de la mère lors de l'accouchement, tandis que l'art. 57-2 du c. civ. belge rend obligatoire la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant. Dans ces Etats, seules les circonstances exceptionnelles de l'enfant trouvé créent l'anonymat (B. MAINGAIN et E. WILDE D'ESTMAËL, op. cit. note 5, n°83 ; E. WENNER, *Juris-Classeur dr. comp.*, vol. 1, Allemagne : fasc. 2, n°66).

formulation de cette demande du secret de naissance doivent s'abstenir de mentionner le nom de la mère sur l'acte de naissance de l'enfant. En conséquence, si cette information ne parvient à leur connaissance que postérieurement à l'établissement de l'acte, les officiers ministériels ont l'obligation de le rectifier.

Ne se contentant pas d'une simple officialisation du principe, les parlementaires ont proposé, sous la forme d'un amendement, de rédiger l'article 341 alinéa 1 de la manière suivante : *« La recherche de la maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 341-1 »*.

La doctrine s'est alors demandé si la formulation apportait véritablement quelque chose de plus dans la mesure où l'anonymat, tel qu'il existait avant dans la législation sociale, constituait déjà un obstacle de fait à la preuve du lien maternel en ce que celle-ci était rendue très difficile. En outre, ce pouvait également être considéré comme formant un obstacle de droit en ce qu'une preuve obtenue en violation d'un secret protégé par la loi est irrecevable.

En réalité, la rédaction de l'article 341 alinéa 1er du Code civil devait être interprétée comme un renforcement de la protection du secret : il édictait une véritable fin de non-recevoir empêchant tout examen de la demande au fond.

Des juristes ont fait observer que les dispositions préexistantes du Code de la famille et de l'aide sociale et du Code civil sur l'adoption rendaient l'innovation sans incidence réelle. En effet, le personnel de l'établissement est tenu au secret professionnel, dont la violation est un délit pénal, et des preuves identificatrices ainsi obtenues seraient irrecevables devant le juge civil.

Restaient néanmoins les preuves ou débuts de preuve, confortées ensuite par analyses biologiques, et obtenues indépendamment du personnel médical : identification par le chauffeur de taxi reconnaissant formellement la femme enceinte conduite tel jour ou, plus simplement, par une voisine de chambre.

En outre, a-t-on voulu souligner, l'enfant né sous X est confié à l'Aide sociale à l'enfance en qualité de pupille de l'Etat et est adopté. Or l'article 352 alinéa 1er du Code civil dispose : *« le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance »*.

Mais c'était oublier que tout enfant n'est pas nécessairement placé en vue d'une adoption et pas toujours en vue d'une adoption plénière, la seule concernée par l'article 352. Si on voulait que la femme, qui organise le secret de son accouchement, fût certaine de ne jamais risquer de voir la filiation s'imposer à elle, il fallait faire de cette pratique une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité.

Ainsi le législateur a tiré, en droit civil, les conséquences de la faculté reconnue à la femme depuis longtemps par le droit social d'accoucher sous X et renforcé la sécurité juridique de la parturiente dans cette hypothèse.

Les rédacteurs de l'ordonnance du 4 juillet 2005 ont entendu ne pas relancer le débat et ont donc conservé la formulation des articles 341 et 341-1 du Code civil, en changeant uniquement leur place dans le titre relatif à la filiation et leur numérotation, puisqu'il s'agit aujourd'hui des articles 325[9] et 326[10] du Code civil.

Avant la réforme, les textes figuraient parmi les dispositions concernant la *« filiation naturelle »*[11]. S'est alors posée la question de savoir s'ils étaient applicables à la femme mariée avec le géniteur, autrement dit à la *« filiation légitime »*.

Comme l'accouchement dans le secret a pour essence de taire l'identité de la parturiente, on ne peut connaître sa qualité d'épouse et encore moins deviner si celui qui a conçu l'enfant est bien le mari. C'est d'ailleurs l'existence d'un adultère qui, souvent, motive la décision d'accoucher sous X. Pour que, dans les faits, les textes ne puissent s'appliquer qu'à la *« maternité naturelle »*, il aurait fallu que le personnel hospitalier, disposant de l'identité de la femme, repousse celles qui étaient mariés en prouvant que leur époux est le père. Ainsi n'auraient-ils concerné que la filiation hors union conjugale. On imagine les difficultés pratiques de telles vérifications.

En conséquence, les textes profitaient aussi bien à la *« mère naturelle »* qu'à la *« mère légitime »*.

Désormais, il n'y a plus de doute. Le Code civil ne distingue plus filiation en mariage et filiation hors mariage. Les dispositions ont été regroupées dans une section commune intitulée : *« Des actions aux fins d'établissement de la filiation »*.

Il résulte de l'article 325 alinéa 1 *in fine*, combiné avec l'article 326, que le fait pour une femme qui accouche d'avoir réclamé l'anonymat fait encore obstacle à l'action de l'enfant tendant à l'établissement de son lien de filiation maternelle[12]. Même si, nonobstant les précautions prises, l'enfant parvenait à découvrir l'identité de celle qui

---

[9] C. civ., art. 325, al. 1er : *« A défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 326 »*.

[10] C. civ., art. 326 : *« Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé »*.

[11] Chap. III : « De la filiation naturelle », section III : « Des actions en recherche de paternité et de maternité ».

[12] Les droits italiens et luxembourgeois admettent l'anonymat sans que celui-ci constitue une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité (F. GRANET-LAMBRECHTS, « Convergences et divergences des droits européens de la famille », ***Perspectives de réformes en droit de la famille***, coll. Centre de Droit de la famille, Fac. Grenoble, 26-27 nov. 1999, *Dr. fam.*, déc. 2000, hors-série, chron. 1, p. 12).

l'a porté et à la retrouver – hypothèse très peu probable – cette femme serait totalement à l'abri du point de vue juridique[13].

La circonstance que la demande d'une femme, quant au secret de son admission et de son identité, constitue une fin de non-recevoir à l'action en recherche intentée à son encontre par l'enfant, nécessite de s'interroger sur l'existence d'un droit à l'établissement de la filiation envers ses auteurs biologiques.

B) L'absence de droit à l'établissement d'un lien légal avec ses géniteurs

Dans sa thèse sur *« Le sentiment d'identité »*, Daniel GUTMANN[14] tend à démontrer qu'il n'existe pas de droit à l'établissement de la filiation en droit français.

Certes, l'histoire des actions judiciaires en établissement des liens correspond à la libération continue de l'accès à la vérité biologique, de telle sorte que cet établissement est de plus en plus facilement admis. C'est dans le domaine de l'action en recherche de paternité que ce constat est le plus flagrant[15]. Toutefois, on ne peut en conclure l'existence d'un droit à l'établissement de la filiation. L'auteur avance deux raisons à cela.

Premièrement, et alors qu'elle en a eu l'occasion, la Cour de cassation n'a jamais consacré un tel droit ; elle a tout juste reconnu le droit à agir en vue de l'établissement judiciaire d'un lien.

Deuxièmement, on rencontre des limites légales à l'établissement des rapports de filiation, bien souvent justifiées par des considérations d'ordre public. Il en est ainsi lorsque l'enfant est issu de ce que l'on appelle un *« inceste absolu »* : seul l'un de ses liens pourra être juridiquement reconnu. L'anonymat du tiers donneur constitue également une limite, de même que le secret demandé par celle qui met au monde un enfant, ce que la loi du 22 janvier 2002 sur l'accès aux origines n'a nullement eu pour effet de remettre en cause.

L'article L 222-6 alinéa 1er du Code de l'action sociale et des familles, tel qu'il a été modifié par cette loi, énonce simplement que : *« Toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est <u>informée</u> des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc*

---

[13] Sans revenir sur la possibilité pour une femme de demander le secret de son identité et de son admission à la maternité, le projet de loi de ratification de l'ord. du 4 juil. 2005 (www.legifrance.gouv.fr.) propose qu'une telle possibilité redevienne un simple obstacle de fait et non plus de droit en supprimant la formule *« sous réserve de l'application de l'article 326 »* qui figure actuellement à la fin de l'art. 325 c. civ.

[14] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité : Etude de droit des personnes et de la famille » LGDJ, 2000, p.p. 50-68.

[15] V. *supra*, l'évolution de l'action en recherche de paternité, chap. I, section I, *§ II*.

invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues à l'article 147-6 » du même code, c'est-à-dire à condition qu'elle ait expressément donné son accord ou, étant décédée, qu'elle n'ait pas de son vivant refusé de révéler à l'enfant son identité lors d'une précédente demande. Le nouveau système est même plus protecteur qu'avant vis-à-vis de l'anonymat, puisque la Commission d'accès aux documents administratifs estimait que les informations laissées spontanément pouvaient être communiquées.

En conséquence, il est certes prévu la possibilité, pour un enfant né sous X, de connaître la vérité sur ses origines biologiques, mais de façon très limitée puisqu'il faut non seulement effectuer des démarches spécifiques, mais également être dans le cas où la mère a laissé des renseignements[16] et accepte expressément qu'ils soient adressés au requérant[17].

En outre, l'article 147-7 du Code de l'action sociale et des familles pose que *« l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit »*. On rejoint ici certaines législations étrangères[18] qui prévoient que, lorsqu'un individu a fait l'objet d'une adoption, la révélation ultérieure du nom de ses parents par le sang ne signifie nullement une remise en cause de la filiation adoptive créée entre temps.

---

[16] En 2004, sur 394 femmes qui ont remis leur enfant en vue de son adoption, 30 % ont laissé un pli fermé censé contenir leur identité tandis que 40 % n'ont fourni aucune information (pour les 30 % restant, leur identité figure dans le dossier de l'enfant).

[17] Observons qu'un tel dispositif n'existe pas pour lever l'anonymat des tiers donneurs, ce qui soulève la question de savoir *« s'il n'y aura pas là le prochain combat, pour les combats à venir, du mouvement d'accès aux origines »* (P. MURAT, « La question de la filiation », in *Les enjeux de la transmission entre générations : Du don pesant au dû vindicatif*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et Ch. CHOAIN, éds, journées d'études LERADP, Univ. Lille II, 18 et 19 déc. 2003, Presses Universitaires du Septentrion, 2005, p. 77). Ce mouvement n'aura pas mis très longtemps à se mettre en marche, même du côté des donneurs tandis que l'on invoquait, pour refuser de lever l'anonymat, la crainte d'une baisse significative des dons. Et si les enfants issus d'un don de gamète se posent des questions moins angoissantes que ceux qui ont fait l'objet d'un abandon, ils évoquent le désir de connaître la ou les personnes dont ils partagent une partie des gènes. Le rapp. « L'enfant d'abord » (V. PECRESSE, rapp. fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, *AN*, n°2832, 25 janv. 2006) propose une solution intermédiaire consistant à instituer un *« double guichet »* : les donneurs comme les futurs parents auraient le choix entre l'anonymat ou l'identification ouverte à l'enfant à sa majorité. Mais autoriser un tel accès ne risque-t-il pas *« d'enfermer les personnes dans une sorte de destin virtuel, tout entier lié aux gènes qui les caractérisent »* ?, risque que met en avant Olivier ABEL lorsqu'il déclare : *« Ce qui est grave dans la recherche des origines personnelles, c'est leur biologisation qui n'est qu'un palliatif à l'affaissement de l'identité narrative souligné par Paul Ricoeur »*. Loin de ces considérations, certains pays, comme la Suède, le Canada et la Grande-Bretagne, permettent l'accès sans conséquence juridique à l'identité du donneur.

[18] Par ex. la Grande-Bretagne.

En droit interne, il n'existe pas de droit à la connaissance de ses origines qui serait opposable à la femme qui décide d'accoucher dans l'anonymat, mais seulement la possibilité d'y accéder. Il existe encore moins un droit à l'établissement d'un lien légal avec ceux qui ont engendré l'enfant.

Qu'en est-il au niveau international et au niveau européen ?

§ II L'anonymat au regard du droit supranational

Les traités supranationaux ayant leur place dans la sphère juridique française, on ne peut s'abstenir d'une analyse de ces textes et de la jurisprudence qui en découle afin de connaître leur position vis-à-vis de l'accouchement secret.

En étudiant la Convention relative aux droits de l'enfant signée à New York (A) et les solutions issues du système européen des droits de l'Homme (B), nous constaterons qu'aucune d'entre elles ne condamne directement notre législation.

Mais les réponses juridiques étant par nature mouvantes, il convient de s'interroger quant à des évolutions possibles.

A) La Convention internationale sur les droits de l'enfant

A l'encontre de la fin de non-recevoir tirée de l'accouchement sous X, certains invoquent la Convention de New York du 26 janvier 1990.

Le premier problème qui se pose est celui de l'applicabilité directe des dispositions du traité et de l'autorité compétente pour exercer un contrôle de conventionnalité de la loi française (1).

Le second consiste à déterminer les dispositions pertinentes qui pourraient être invoquées devant les tribunaux pour contester la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité tirée de l'accouchement sous X (2).

1 Le contrôle de conventionnalité exercé par le juge judiciaire

Le Conseil constitutionnel a pour rôle de s'assurer de la constitutionnalité de nos lois, pas de leur conformité aux engagements internationaux.

Au niveau supranational, il n'existe aucune instance de contrôle qui serait compétente, à l'image de la Cour européenne des droits de l'Homme, pour condamner un Etat partie qui ne respecterait pas les prescriptions de la Convention internationale des droits de l'enfant. Le système repose sur des rapports transmis périodiquement par les Hautes parties contractantes au Comité des droits de l'enfant, afin d'informer ce dernier des mesures *« adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la présente*

Convention et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits »[19]. Le Comité procède à un examen des rapports[20]. Il peut éventuellement demander des informations complémentaires[21]. Mais son travail se borne à *« faire des suggestions et des recommandations d'ordre général fondées sur les renseignements »* qui lui sont fournis[22].

Ce sont les juges de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif qui se sont reconnus compétent pour vérifier la compatibilité de nos textes internes avec nos engagements supranationaux.

Encore faut-il qu'un tel engagement soit reconnu d'applicabilité directe pour qu'un justiciable puisse s'en prévaloir devant les juridictions nationales[23].

S'agissant de la Convention de New York, il aura fallu attendre le 18 mai 2005[24] pour que la Cour de cassation revienne sur sa position de 1993[25] en reconnaissant le texte directement applicable. Ce revirement est d'autant plus marquant que le renfort de la Convention n'était pas indispensable pour casser l'arrêt d'appel au motif que les magistrats n'avaient pas répondu à la demande d'audition de l'enfant : l'article 388-1 du Code civil[26] amenait à lui seul à cette solution.

Notons toutefois que, si la juridiction suprême a relevé d'office le moyen tiré de la violation du traité, elle s'est également fondée sur des dispositions internes.

En outre, nous ignorons si cette jurisprudence vaut pour tous les articles de la Convention. S'il semble difficile d'envisager l'applicabilité directe des dispositions

---

[19] CIDE, art. 44, 1°.

[20] CIDE, art. 43, 1° et 44, 1°.

[21] CIDE, art. 44, 4°.

[22] CIDE, art. 45, d).

[23] L'applicabilité directe de la C°EDH a été reconnue par les deux ordres de juridiction : Cass., ch. crim., 3 juin 1975, *« Respino »*, *Bull. Crim.*, n°141 et CE, 15 fév. 1980, *« Winter »*, *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, 1980, p.p. 87-89.

[24] Cass., civ. 1ère, 18 mai 2005 (*RJPF*, 2005, 9/31, note EUDIER ; *AJFam.*, 2005, p.p. 274-275, obs. Th. FOSSIER ; *JCP* G, 2005, II-10081, note F. GRANET-LAMBRECHTS et STRICKLER ; *Dr. fam.*, 2005, comm. 156, note A. GOUTTENOIRE ; *RTDciv.*, 2005, p. 585, obs. J. HAUSER ; *Defrénois*, 2005, p. 1418, note J. MASSIP ; *RDSS*, 2005, p. 814, note Cl. NEIRINCK ; *RTDciv.*, 2005, p. 627, obs. I. THERY) : *« Vu les articles 3-1 et 12-2 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble les articles 388-1 du Code civil et 338-1, 338-2 du Nouveau Code de procédure civile* […] *»*.

[25] Cass., civ. 1ère, 10 mars 1993, *« Le Jeune »* (*D.*, 1993, jurisp., p.p. 361-363, note J. MASSIP ; *JCP* G, 1993, I-3677, ét. C. NEIRINCK et M-P MARTIN) : *« Les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, cette convention, qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'étant pas directement applicable en droit interne »*.

[26] C. civ., art. 388-1, al. 1er : *« Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet »*. Al. 2nd : *« Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une* <u>*décision spécialement motivée*</u>*.* […] *»*.

dont l'objet ou la forme sont insuffisamment précis, la question reste ouverte quant aux autres : il est permis de penser que celles-ci sont par principe directement applicables.

Parmi les dispositions que les juges de cassation ont eu l'occasion de déclarer directement applicables de manière explicite, figurent les articles 3 1°[27] et 7 1°[28]. Ceux-ci paraissent être les plus intéressants à étudier au regard de l'impossibilité légale d'établir le lien de filiation maternelle à l'égard de celle qui a *« demand*[é] *que le secret de son admission et de son identité soit préservé »*[29].

2 La pertinence des articles 3 et 7 de la Convention

L'article 7 1° dispose : *« L'enfant* […] *a* […], *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et être élevé par eux »*. Un plaideur serait-il bien fondé à invoquer la violation, par la législation française relative à la maternité secrète, de l'article 7 1° ? Cette question nécessite de distinguer plusieurs notions (a).

L'article 3 1° concerne moins directement le problème soulevé par l'accouchement sous X, puisqu'il énonce que *« dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »*[30]. Toutefois, c'est ce texte qui pourrait être à l'origine d'une évolution de notre droit (b).

a) Entre droit de connaître ses parents, droit de connaître ses origines et droit d'établir un lien de filiation

L'article 7 1° prévoit que l'enfant a, dès sa naissance, *« le droit de connaître ses parents et être élevé par eux »*.

Ce droit devient, dans l'esprit de certains, *« le droit de connaître ses origines »*, comme si ces deux notions étaient indissociables l'une de l'autre : ne pas connaître ses

---

[27] Cass., civ. 1ère, 18 mai 2005, préc. note 24 – *Adde* Cass., civ. 1ère, 14 juin 2005 (*Dr. fam.*, 2005, comm. 157, A. GOUTTENOIRE) : *« En vertu de l'article 3-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, disposition qui est d'application directe devant la juridiction française »*.

[28] Cass., civ. 1ère, 7 avr. 2006, *AJFam.*, 2006, p.p. 250-251, obs. F. CHENEDE ; *RTDciv.*, 2006, p.p. 292-293, note J. HAUSER Jean ; *RJPF*, 2006, 6/38, analyse M-Ch. LE BOURSICOT ; *Revue Lamy Dr. civ.*, 2006, 2097, comm. M-Ch. LE BOURSICOT ; *Dr. fam.*, 2006, comm. 124, note P. MURAT.

[29] C. civ., art. 326.

[30] Notons que la L. n°2007-293 du 5 mars 2007 (*JO*, 6 mars 2007) a ajouté, dans le CASF, un art. L 112-4 qui dispose : *« L'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant »*.

origines signifierait ne pas connaître ses parents. Certes, l'expression *« parents »* fait référence à la filiation, mais celle-ci ne se résume pas à un lien génétique.

La preuve la plus manifeste est l'adoption plénière : un lien juridique lie l'adopté aux adoptants sans qu'il s'agisse d'un lien biologique. Pourtant, les adoptants sont considérés comme étant les parents de celui qu'ils ont adopté.

Ajoutons que le traité a été rédigé à une époque où les procréations médicalement assistées avec tiers donneur étaient déjà pratiquées et qu'il n'a nullement empêché l'instauration, en 1994, de la règle selon laquelle *« aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation »*[31].

Enfin, la Cour de cassation a confirmé cette interprétation dans son arrêt du 7 avril 2006[32] rendu à propos de l'affaire *« Benjamin »*[33] : c'est seulement après avoir précisé que le lien paternel entre l'enfant et celui qui entendait le reprendre, malgré le prononcé de l'adoption plénière au profit d'un couple tiers, était établi[34], que la 1ère Chambre civile a reproché à la Cour d'appel de Nancy d'avoir *« méconnu le droit de l'enfant de connaître son père déclaré »*, violant ainsi l'article 7 1° du traité.

Comme l'écrit Daniel GUTMANN, *« tandis que les origines sont une notion de fait, la filiation est une notion de droit* […]. *La filiation est une institution juridique, dont le régime est déterminé par référence partielle aux données de fait »*[35]. On ne saurait dès lors faire l'amalgame entre le *« droit de connaître ses parents »* et le *« droit de connaître ses origines »*, seul le premier étant garanti par la Convention de New York.

Cependant, la formulation *« connaître ses parents »* autorise le doute. Bien qu'il soit contestable de confondre parenté et génétique, il se pourrait qu'un jour l'article 7 1° soit interprété comme le droit de connaître ses auteurs biologiques.

Certaines dérogations peuvent être légitimement admises, telle la garantie d'anonymat du donneur ainsi que l'absence de risque de se voir juridiquement rattaché l'enfant. En ce qui concerne l'accouchement secret, on peut imaginer que la pratique soit déclarée conforme à nos engagements internationaux en ce que l'article 7 1° de la Convention pose une réserve : *« dans la mesure du possible »*. La grande détresse de la mère peut en effet constituer une limite admissible.

Quant à la fin de non-recevoir inscrite à l'article 325 alinéa 1er du Code civil, il convient de préciser que le traité emploie le verbe *« connaître »* et non l'expression *« établir sa filiation »*. Ce sont deux choses totalement distinctes : le droit de connaître celle qui l'a mis au monde ne garantit nullement à l'enfant le droit d'établir le lien

---

[31] C. civ., art. 311-19, al. 1er (L. n°94-653 du 29 juil. 1994).

[32] Cass., civ. 1ère, 7 avr. 2006, préc.

[33] Cf. *infra*, section II, § I, C).

[34] *« L'enfant ayant été identifié par M. X à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de sa naissance »*.

[35] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité… », op. cit. note 14, p. 46.

maternel. Il a seulement le droit de *« connaître sa génitrice »* (si tant est que l'on interprète ainsi le terme *« parent »*) *« dans la mesure du possible »*, ce que semble permettre le système institué par la loi du 22 janvier 2002 relative à *« L'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat »*[36].

Il n'existerait donc pas de droit à l'établissement d'un lien légal avec ses auteurs biologiques au regard de l'article 7 1° du traité ; aucun enfant né sous X ne pourrait être reconnu bien fondé à invoquer sa violation par notre législation.

La question est plus délicate si on l'aborde sous l'angle de l'article 3 1°.

b) L'intérêt supérieur de l'enfant : une considération primordiale

Aux termes de l'article 3 1°, *« dans toutes les décisions »* concernant l'enfant et quelle que soit l'autorité nationale dont émanent ces décisions, *« l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »*.

Le législateur et les juridictions françaises étant des autorités nationales (ils sont d'ailleurs expressément visés dans l'énoncé de l'article 3 1° par les expressions génériques *« organes législatifs »* et *« tribunaux »*), on ne peut manquer de s'interroger quant à la compatibilité avec la Convention internationale de l'article 325 du Code civil ou d'un jugement qui rejette une action en recherche de maternité sur le fondement de ce texte.

S'agissant de la loi, aucun organisme n'est habilité à la modifier hormis le législateur lui-même[37]. Seule une réforme législative pourrait par conséquent abolir l'article 326 et surtout la partie de l'article 325 qui prévoit la réserve *« de l'application de l'article 326 »*.

Toutefois, ces textes pourraient tomber en désuétude si les juges refusaient de les appliquer, ce qu'ils sont tout à fait admis à faire en vertu de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose : *« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* […] ». Sachant que la Loi du 2 juillet 1990[38] a autorisé la ratification du traité sur les droits de l'enfant et que les hauts magistrats ont reconnu l'applicabilité directe de celui-ci, rien ne s'oppose à ce que les dispositions internationales prévalent sur celles nationales qui les heurtent.

Il en découle que l'instance juridictionnelle qui aurait à se prononcer sur une action en recherche de maternité intentée par un enfant né sous X pourrait, seulement en se fondant sur l'article 3 1° de la Convention et sans attendre une quelconque réforme, écarter la fin de non-recevoir consacrée aux articles 325 et 326 du Code civil.

---

[36] Cf. *infra*, B), *2 L'absence de droit général d'accès à des données personnelles*.

[37] Nous mettons volontairement de côté la question des lois d'habilitation et des réformes par voie d'ordonnance, ce sujet étant hors de propos dans une thèse de droit privé.

[38] L. n°90-548 du 2 juil. 1990, *JO*, 5 juil. 1990, p. 7856.

Parvenir à une telle solution implique de considérer que l'irrecevabilité de l'action en recherche de maternité pour cause d'accouchement secret ne respecte pas *« l'intérêt supérieur de l'enfant »*.

Tout d'abord, est-ce de l'intérêt de l'enfant d'être légalement rattaché à une femme qui, certes est sa génitrice, mais n'en veut pas ?

Dans un jugement du 18 janvier 1990[39], le Tribunal de Bobigny a affirmé que *« la recherche de la vérité biologique »*, dans l'hypothèse où il y a eu procréation médicalement assistée exogène, conduit *« à une solution contraire à l'intérêt de l'enfant »*. Ignorer le donneur de sperme et rattacher l'enfant à celui qui avait consenti à l'insémination de la mère, autrement dit à celui qui avait accepté de devenir père, a semblé conforme à l'intérêt de l'enfant.

Est-il permis de faire le parallèle avec le secret de la naissance et d'appliquer la même réponse ? Aujourd'hui peut-être, surtout lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption. Mais pour tous ceux qui demeurent à l'orphelinat ? Et demain ? On ne peut donc faire l'économie d'une analyse quant à l'emprunt du mot *« supérieur »*.

Que nous dit exactement l'article 3 1° ? Que *« dans toutes les décisions qui concernent les enfants,* […] *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »*.

Il signifie que lorsque le juge statue sur une affaire, non seulement il doit prendre en compte l'intérêt de l'enfant, mais encore il doit accorder à ce dernier une valeur capitale[40]. Néanmoins, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas l'unique valeur qu'il ait à considérer. Le traité dit seulement qu'il doit être placé parmi les éléments déterminants de la réponse judiciaire. Or, tout aussi important est l'intérêt que peut avoir une femme à ne pas se voir rattaché l'enfant qu'elle a mis au monde. L'intérêt de ce dernier, si tant est qu'il soit d'être juridiquement lié à cette femme, n'est pas exclusif.

S'il est qualifié de *« supérieur »*, ce n'est pas dans le sens qu'il doit prévaloir sur tout autre intérêt, mais dans le sens que la définition de l'intérêt de l'enfant contient quelque chose de plus que celle de l'intérêt des adultes.

Plus qu'une différence de valeur, il s'agit d'une différence de contenu, à savoir que l'enfant, en plus de bénéficier de tous les droits et libertés attachés à sa qualité de personne humaine, doit bénéficier d'une protection particulière adaptée à sa vulnérabilité.

Il se peut donc très bien que les magistrats ne concluent pas à la violation de l'article 3 1° et décident d'appliquer les textes internes, comme ils peuvent adopter une solution inverse.

---

[39] TGI Bobigny, 18 janv. 1990, *JCP* G, 1990, II-21592, note P. GUIHO.

[40] Cf. l'expression *« considération primordiale »* employée à la fin de l'art. 3 1° de la convention internationale.

Qu'en est-il au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ?

B) La jurisprudence européenne issue du droit au respect de la vie privée et familiale

La pratique de l'accouchement anonyme est légalisée dans quatre Etats européens : le Luxembourg, l'Italie, l'Espagne et la France[41]. Elle permet à une femme enceinte de solliciter son admission secrète dans une maternité et d'y accoucher sans révéler son identité. Il en résulte l'impossibilité matérielle et juridique d'établir un lien de filiation par la seule volonté de la parturiente et, par suite, l'impossibilité d'insertion de l'enfant dans sa famille par le sang.

Aussi de nombreux auteurs s'interrogent sur la compatibilité du droit à l'anonymat avec les principes consacrés par les instances de Strasbourg sur le fondement de l'article 8[42] de la Convention européenne.

En étudiant cette question, nous constaterons que la Cour n'a consacré ni de droit absolu à l'établissement d'un rapport de filiation (1), ni de droit général d'accès à des informations sur ses origines personnelles (2).

1 L'absence de droit absolu à l'établissement de la filiation

La femme qui désire mettre au monde l'enfant dans le secret peut invoquer le droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 8 du traité européen des droits de l'Homme.

De leur côté, l'enfant et le père pourraient, aux dires de certains[43], revendiquer le droit au respect de leur vie familiale. Il est vrai que l'action en recherche intentée par l'enfant se heurte à une fin de non-recevoir, tandis que la reconnaissance par le géniteur risque d'être fort rare si l'on admet que, très souvent, l'accouchement a lieu à l'insu du compagnon ou mari.

---

[41] Dans les pays n'ayant pas légalisé l'accouchement anonyme, il existe des pratiques aux résultats concrets équivalents, tels les *« babyklappen »* en Allemagne, qui permettent de déposer anonymement un nourrisson auprès d'une institution qui le recueille. Ajoutons que la Belgique envisage de créer une possibilité d'accouchement *« dans la discrétion »* : l'enfant ne pourrait avoir connaissance de l'identité de celle qui l'a mis au monde qu'à sa majorité.

[42] C°EDH, art. 8 : *« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale* […].
Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infraction pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

[43] F. VASSEUR-LAMBRY, « La famille et la Convention européenne des droits de l'Homme », L'Harmattan, 2000.

Or, la Cour européenne des droits de l'Homme a dégagé, dans l'arrêt *« Marckx contre Belgique »* du 13 juin 1979[44], l'obligation pour un Etat membre d'accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille, ce qui pourrait, selon Fanny VASSEUR-LAMBRY, *« être interprété comme remettant en cause la pratique de l'accouchement sous X, laquelle ne permet pas l'intégration de l'enfant dans sa famille, ni en fait, ni en droit »*[45].

En fait, la question est de savoir si l'on peut tirer du droit au respect à la vie familiale un droit à la filiation.

« D'emblée, une simple réflexion sur le sens des mots ne permet pas d'établir directement le lien. La notion de vie familiale fait référence à un vécu (la « vie »), soit à un ensemble de pratiques établies dans un groupe humain dit familial. La filiation, en revanche, constitue un lien de droit entre deux individus. On ne voit donc pas immédiatement par quel sortilège le droit au respect du fait (la vie familiale) pourrait déboucher sur l'établissement contraint d'un lien de droit »[46].

Les juges supranationaux ont simplement estimé que, lorsqu'il existe un lien familial de fait révélé par une vie commune ou un sentiment filial, le droit national doit permettre le développement de ce lien par sa reconnaissance juridique (autrement dit l'établissement de la filiation). C'est ce qui ressort de la solution *« Marckx »*[47] et de décisions ultérieures.

Dans l'arrêt *« Johnston contre Irlande »* du 18 décembre 1986[48], l'instance européenne a déclaré contraire à l'article 8 la loi interne qui ne donnait aucun moyen au mari séparé de son épouse d'établir sa filiation paternelle envers un enfant né ultérieurement d'une concubine.

Dans l'affaire *« Kroon et autres contre Pays-Bas »*, jugée le 27 octobre 1994[49], celui qui se prétendait le père invoquait la contrariété avec l'article 8 de la législation néerlandaise qui ne mettait à sa disposition aucun moyen de combattre la présomption de paternité du mari de la mère. Les juges européens ont affirmé qu'*« une solution, qui*

---

[44] Cour EDH, 13 juin 1979, *« Marckx contre Belgique »*, Cour plénière, série A, n°31.
V. BERGER, « Jurisprudence de la Cour EDH », 8ème éd., Ed. Dalloz Sirey, 2002, p.p. 365-368 ; *AFDI*, 1980, p.p. 317-323, chron. R. PELLOUX ; *Journal du droit international*, 1982, p.p. 183-187, P. ROLLAND ; F. SUDRE, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », PUF, 1997, p.p. 35-37.

[45] F. VASSEUR-LAMBRY, « La famille et la Convention européenne des droits de l'Homme », op. cit. note 43, p. 282.

[46] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité… », op. cit. note 14, p. 47.

[47] Cour EDH, 13 juin 1979, *« Marckx contre Belgique »*, Cour plénière, série A, n°31.

[48] Cour EDH, 18 déc. 1986, *« Johnston contre Irlande »*, série A, n°112.
F. SUDRE, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », PUF, 1997, p.p. 56-57.

[49] Cour EDH, 27 oct. 1994, *« Kroon et autres contre Pays-Bas »*, chambre, série A, n°297-C.
V. BERGER, « Jurisprudence de la Cour EDH », op. cit. note 44, p.p. 373-375 ; *JCP* G, 1995, I-3823, chron. F. SUDRE.

n'autorise un père à créer un lien légal avec un enfant avec lequel il a un lien s'analysant en une vie familiale que s'il épouse la mère de cet enfant, ne peut passer pour compatible avec la notion de « respect » de la vie familiale ».

Plus généralement, la décision *« Keegan contre Irlande »*, rendue le 26 mai 1994[50], a posé que, selon les principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour, *« là où l'existence d'un lien familial avec l'enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection rendant possible dès la naissance, l'intégration de l'enfant dans sa famille »*[51].

L'établissement du lien de filiation est alors analysé comme un moyen d'intégration dans la famille, autrement dit comme une modalité du droit au respect de la vie familiale.

Mais s'il est permis de conclure qu'un droit à l'établissement de la filiation découle de l'article 8 du traité, c'est uniquement lorsque l'intégration juridique apparaît comme la consécration d'une intégration de fait.

Les magistrats accordent une grande importance aux relations concrètes, à tels points que celles-ci peuvent, dans certains cas, neutraliser les liens du sang. C'est ce dont témoigne la solution retenue le 28 octobre 1998 à propos de l'affaire *« Söderbäck contre Suède »*[52].

En l'espèce, une enfant disposait depuis plus de six ans d'une véritable vie de famille en compagnie de sa mère et du mari de celle-ci, tandis que son géniteur n'avait conservé que des liens ténus. Considérant cet état de fait et l'intérêt de l'enfant, la Cour a estimé qu'une ordonnance judiciaire autorisant l'adoption de l'enfant par l'époux, sans le consentement du père par le sang, ne portait pas une atteinte disproportionnée à la vie familiale de ce dernier[53].

La Cour européenne fait de l'existence d'un lien familial effectif le préalable nécessaire à la protection juridique du lien, laquelle protection impose l'intégration juridique (par l'établissement du lien de filiation) de l'enfant dans sa famille. Il n'y a donc aucun droit à l'établissement de la filiation qui s'imposerait en dehors de tout lien concret, du seul fait qu'il existerait un lien biologique.

---

[50] Cour EDH, 26 mai 1994, *« Keegan contre Irlande »*, série A, n°290, *JCP* G, 1995, I-3823, chron. préc.

[51] Ibid., § 50.

[52] Cour EDH, 28 oct. 1998, *« Söderbäck contre Suède »*, *RTDciv.*, 1999, p. 501, obs. J-P MARGUENAUD.

[53] Selon la Cour, l'ingérence dans la vie familiale du requérant, prévue par la loi et visant un but légitime, à savoir la protection des droits et libertés de l'enfant, était en l'espèce nécessaire dans une société démocratique. Compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant et du caractère limité des liens maintenus par le père *« naturel »*, il n'y a pas eu disproportion entre les buts visés par l'adoption et les conséquences néfastes de cette mesure sur le droit à la vie familiale du plaideur.

Les juges supranationaux l'ont clairement affirmé dans une décision du 1er juin 2004[54] : un simple lien biologique, sans autres éléments juridiques ou factuels indiquant l'existence de rapports personnels étroits entre un parent et un enfant, n'est pas suffisant pour qu'entre en jeu la protection de l'article 8 du traité.

Or, entre un enfant né sous X et sa mère biologique, aucun lien familial ne peut être constaté.

A défaut de pouvoir se plaindre de l'obstacle de droit que constitue l'accouchement anonyme, un requérant né sous X pourrait-il prétendre à une violation de l'article 8 de la Convention européenne en arguant de l'impossibilité d'obtenir des renseignements confidentiels concernant ses origines biologiques ?

2 L'absence de droit général d'accès à des données personnelles

Les juges strasbourgeois ont eu plusieurs fois l'occasion de se prononcer directement sur le secret de la naissance au regard du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Dans les affaires *« Gaskin contre Royaume-Uni »* du 7 juillet 1989[55] et *« M. G. contre Royaume-Uni »* du 24 septembre 2002[56], ils ont reconnu que les informations contenues dans les dossiers tenus par les services sociaux, qui relataient l'enfance et les années de formation des requérants, intéressaient la vie privée de ces derniers. Ils en ont déduit un intérêt primordial, protégé par l'article 8 de la convention, à recevoir les renseignements nécessaires à la compréhension, par une personne, de son passé.

Cependant, ils ont émis la réserve d'une confidentialité nécessaire à la protection de l'intérêt des tiers, ce qui peut justifier que l'accès à de telles données soit limité sans qu'il y ait pour autant violation de l'article 8 de la convention[57].

Ils ne sont donc pas allés jusqu'à admettre un droit général d'accès à des données personnelles, précisant qu'ils n'étaient pas appelés à trancher dans l'abstrait les grands problèmes de principe intéressant cette matière[58].

---

[54] Cour EDH, section II, 1er juin 2004, *« L. contre Pays-Bas »*, requête n°45582/99, *RTDciv.*, 2005, p. 339, obs. J-P MARGUENAUD.

[55] Cour EDH, 7 juil. 1989, *« Gaskin contre Royaume-Uni »*, *RUDH*, 1989, jurisp., p.p. 230-239 ; *RUDH*, 1990, p. 361, chron. P. LAMBERT ; *Journal du droit international*, 1990, p. 715, obs. P. TAVERNIER.

[56] Cité in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, J-P MARGUENAUD et F. SUDRE, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », PUF, 2007, p. 423.

[57] Cour EDH, 7 juil. 1989, *« Gaskin contre Royaume-Uni »*, préc. : *« Le respect de la vie privée impose de permettre à chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* […], *en principe interdire l'accès à de telles informations sans justification précise constitue une violation de l'article 8 »*.

[58] Cf. Cour EDH, 7 juil. 1989, *« Gaskin contre Royaume-Uni »*, préc.

Dans le cadre de l'accouchement sous X, l'intérêt pour les enfants d'avoir accès à de telles données se heurte à l'intérêt pour la parturiente de demeurer dans l'anonymat. Or *« la volonté de la personne de connaître ses origines ne saurait en principe primer sur celle, non moins légitime, de refuser un enfant dont la charge serait impossible à assumer. Que le secret des origines soit la cause d'une réelle souffrance pour la personne n'est pas douteux. Que le souci de remédier à cette souffrance aboutisse à réactiver celle d'une autre personne ne paraît conforme, ni à la cohérence d'un droit qui se veut loyal à l'égard du géniteur en détresse, ni à un principe d'égalité qui impose de rechercher un équilibre entre plusieurs aspirations supposées également légitimes »*[59].

Aussi les Etats parties doivent-ils mettre en place un organisme indépendant chargé d'arbitrer entre l'intérêt de celui qui réclame l'accès aux informations et l'intérêt de celle qui a désiré conserver le secret[60], ce qui n'est pas sans rappeler le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles mis en place par la loi du 22 janvier 2002[61].

Au départ, le Conseil d'Etat avait suggéré la création d'un *« Conseil pour la recherche des origines familiales »*, dont la mission aurait été de recueillir les demandes des enfants, de mener pour eux les recherches, de prendre contact avec les géniteurs et de favoriser le rapprochement.

C'est un peu le système qui a été retenu puisqu'il est prévu que le Conseil national a pour mission *« de faciliter* […] *l'accès aux origines personnelles »*[62]. Pour ce faire, il recueille auprès *« des établissements de santé et les services départementaux ainsi que les organismes autorisés et habilités pour l'adoption* […] *copie des éléments relatifs à l'identité* […] *ainsi que tout renseignement ne portant pas atteinte au secret de cette identité, et concernant la santé des père et mère de naissance, les origines de l'enfant et les raisons et circonstances de sa remise au service sociale de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé ou habilité pour l'adoption »*[63]. Il centralise et conserve ces renseignements.

C'est aussi lui qui reçoit les demandes d'accès[64] et qui communique les informations[65], mais seulement si la personne ayant réclamé la confidentialité l'accepte[66]. Recevant les déclarations des géniteurs, il sert ainsi d'intercesseur entre ces

---

[59] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité… », op. cit. note 14, p. 42.

[60] Dans l'arrêt *« Gaskin contre Royaume-Uni »*, la Cour européenne a considéré que l'art. 8 de la convention avait été enfreint faute, pour l'Etat britannique, d'avoir instauré un organe indépendant chargé de prendre la décision finale sur l'accès aux données personnelles.

[61] L. n°2002-93 du 22 janv. 2002 relative à « L'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat », *LEGIS-France : Lois, décrets et jurisprudence*, L'Hermès, mars 2002, p.p. 35-41.

[62] CASF, art. L 147-1, al. 1.

[63] CASF, art. L 147-5, al. 2.

[64] CASF, art. L 147-2 et L 147-3 al. 1. Entre le 1er oct. 2002 (jour du début de son activité) et le 31 oct. 2005, le CNAOP a enregistré 2199 demandes d'accès aux origines personnelles.

[65] CASF, art. L 147-6.

[66] Ibid.

derniers et les enfants. Il agit en étroite liaison avec chacun des conseils généraux, qui reçoit et conserve les informations[67] jusqu'à ce que son président les transmette, sur sa demande, au Conseil national pour l'accès aux origines personnelles[68]. C'est sous la responsabilité du président du conseil général que sont également conservées les déclarations et demandes transmises par le Conseil national[69]. Enfin, le conseil général relaie localement l'action du Conseil national en ce qui concerne l'accueil et l'accompagnement psychologique et social des intéressés[70].

Il est probable que l'adoption de la loi du 22 janvier 2002, destinée à faciliter l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, ait fait pencher la balance en faveur de la France dans l'affaire *« Odièvre »*[71], où la requérante se plaignait de l'impossibilité, qui résultait pour elle de l'abandon sous le secret dont elle avait fait l'objet, de connaître ses origines.

Statuant le 13 février 2003, la Cour européenne a considéré que deux intérêts vitaux et inconciliables, touchant *« deux adultes jouissant de l'autonomie de leur volonté »*[72], se trouvaient confrontés : celui de la personne à connaître ses origines pour son épanouissement et celui de la *« femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées »*[73].

---

[67] CASF, art. L 223-7, al. 1 : « […] *dans chaque département, le président du conseil général désigne au sein de ses services au moins deux personnes chargées d'assurer les relations avec le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles,* […] *de recevoir, lors de la naissance, le pli fermé mentionné au premier alinéa de l'article L 222-6* […] *et de recueillir les renseignements relatifs à la santé des père et mère de naissance, aux origines de l'enfant et aux raisons et circonstances de sa remise au service de l'aide sociale à l'enfance ou à l'organisme autorisé et habilité pour l'adoption* […] ».

[68] CASF, art. L 224-7, al. 1 : *« Les renseignements et le pli fermé mentionnés à l'article L 222-6, ainsi que l'identité des personnes qui ont levé le secret, sont conservés sous la responsabilité du président du conseil général qui les transmet au Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, sur la demande de celui-ci »*.

[69] CASF, art. L 224-7, al. 2 : *« Sont également conservées sous la responsabilité du président du conseil général les demandes et déclarations transmises par le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles* […] ».

[70] CASF, art. L 223-7, al. 1 : « […] *dans chaque département, le président du conseil général désigne au sein de ses services au moins deux personnes chargées* […] *d'organiser, dès que possible, la mise en œuvre de l'accompagnement psychologique et social dont peut bénéficier la femme* […]. *Elles s'assurent également de la mise en place d'un accompagnement psychologique de l'enfant »*.

[71] Cour EDH, 13 fév. 2003, *« Odièvre contre France »*. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al., « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », op. cit. note 56,.p.p. 418-427 ; *Dr. fam.*, 2003, chron. 14, H. GAUMONT-PRAT ; *JCP* G, 2003, II-10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *RTDciv.*, 2003, p. 276, obs. J. HAUSER ; *RJPF*, 2003, 4/34, analyse M-Ch. LE BOURSICOT ; *JCP* G, 2003, I-120, note Philippe MALAURIE ; *D.*, 2003, chron., p. 1240, B. MALLET-BRICOUD ; *RTDciv.*, 2003, p. 375, obs. Jean-Pierre MARGENAUD ; *RDSS*, 2003, p. 219, ét. F. MONEGER ; *Dr. fam.*, 2003, comm. 58, note P. MURAT.

[72] Ibid., § 44.

[73] Ibid., § 44.

Elle a ensuite étudié le système issu de la législation de 2002. Elle a observé que la loi nouvelle renforçait *« la possibilité de lever le secret de l'identité »*[74] et que, *« d'application immédiate »*[75], elle permettait *« à la requérante de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de sa mère sous réserve de l'accord de celle-ci »*[76].

Elle en a conclu que la France tentait *« ainsi d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisants entre les intérêts en cause »*[77] et que, par conséquent, *« la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention »*[78].

Il convient de remarquer que le législateur, en modifiant l'article L 222-6 du Code de l'action sociale et des familles, de telle sorte que la femme est désormais *« invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de sa naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité »*[79], a manifestement souhaité éviter les situations où le secret serait irréversible.

En conclusion, s'il semble que le droit français respecte ses obligations au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, on ne peut ignorer que la jurisprudence de la Cour est susceptible d'évolution. Il se peut que, dans quelques années, elle affirme que la volonté et l'intérêt de la parturiente de conserver l'anonymat ne justifient plus le cautionnement d'une telle pratique par le législateur français.

D'autant que l'accouchement sous X a pour conséquence indirecte de rendre particulièrement difficile l'établissement de la paternité, ce qui soulève l'indignation de nombreuses personnes et est loin de tarir le débat.

Section II : L'établissement de la paternité empêché par l'accouchement sous X

Lorsqu'une femme demande que le secret de son admission et de son identité soit préservé, l'établissement de la paternité est rendu très difficile, voire quasiment impossible, faute pour le père de connaître le lieu et la date exacte d'accouchement, ainsi que de pouvoir rapporter les éléments permettant d'identifier l'enfant, ne serait-ce avant que ce dernier soit placé en vue de son adoption.

C'est ce dont attestent plusieurs affaires judiciaires (§ I).

---

[74] Ibid., § 49.
[75] Ibid.,.§ 49.
[76] Ibid., § 49.
[77] Ibid.,.§ 49.
[78]Ibid., § 49.
[79] CASF, art. L 222-6, al. 1er.

Cette situation est assez critiquable vis-à-vis de deux êtres ne refusant pas d'être légalement liés. Il n'en demeure pas moins que revenir sur la possibilité pour une femme de mettre au monde son enfant dans l'anonymat ne serait pas une meilleure solution.

Le problème est par essence insoluble, puisque mettant en conflit des intérêts divergents (§ II).

§ I Un obstacle difficilement franchissable

L'incidence de l'accouchement anonyme sur la paternité a été mise en évidence par une affaire très remarquée dans laquelle le père avait manifesté son désir d'établir le lien de filiation en reconnaissant l'enfant de manière anténatale : la reconnaissance a été jugée, par la Cour d'appel de Riom le 16 décembre 1997[80], sans effet direct puisqu'elle concernait l'enfant d'une femme qui était censée ne pas avoir accouché. En conséquence, elle n'a pas pu faire obstacle à une procédure d'adoption qui avait été entamée.

Le secret demandé par une femme, qui entre dans un établissement de santé afin d'accoucher, constitue un obstacle de fait pour celui qui désire établir sa paternité en ce qu'il ne pourra pas identifier l'enfant à partir de la mère, celle-ci étant censée n'avoir jamais accouché. Or, il est très difficile pour cet homme de savoir où l'accouchement a eu lieu et quel jour.

C'est ce qui a motivé l'insertion dans le Code civil, par la loi du 22 janvier 2002, d'un article 62-1 grâce auquel celui qui pense être le géniteur peut solliciter l'aide du Ministère public. Ce texte prévoit en effet que, *« si la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant »*.

Bien qu'il soit fait référence à la *« reconnaissance »*, il semble que l'article puisse s'appliquer au mari, même si la mère est dès lors facilement identifiable en tant qu'épouse, le mariage monogamique étant de règle en France.

Quoi qu'il en soit, il est nécessaire d'agir rapidement car l'enfant risque d'être placé en vue de son adoption. Or cette circonstance *« met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine »* et *« fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance »*[81].

---

[80] CA Riom, 16 déc. 1997, *JCP* G, 1998, II-10147, note Th. GARE ; *RTDciv.*, 1998, p. 891, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.*, 1998, comm. 150, note P. MURAT ; *JCP* G, 1999, I-101, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

[81] C. civ., art. 352, al. 1er : *« Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance »*.

Les rebondissements de l'affaire *« Benjamin »* illustrent parfaitement les problèmes soulevés : d'un côté, le secret demandé par la parturiente ne concerne qu'elle et n'a légalement d'effet que sur l'établissement du lien maternel (A) ; de l'autre, l'identification de l'enfant par son géniteur est rendue difficile et n'intervient généralement (si elle intervient) qu'après le placement en vue de l'adoption (B). Mais comment nier l'effet déclaratif de la reconnaissance rendant inopérant le consentement à l'adoption donné par le conseil de famille, dès lors que la filiation paternelle était établie depuis la naissance et que l'on ne se trouvait pas l'un des cas où le consentement est transféré au conseil de famille[82] (C) ?

A) Un secret inopposable au père

En l'espèce, un homme reconnaît le 13 mars 2000, devant l'officier d'état civil, l'enfant dont la femme, qui a été sa compagne et dont il a indiqué le nom, est enceinte.

Naissant le 14 mai 2000, l'enfant est aussitôt remis à l'Aide sociale à l'enfance et admis en tant que pupille de l'Etat à titre provisoire, sa mère ayant réclamé le secret de son admission et de son identité. Ignorant la date et le lieu de naissance, le père prétendu écrit au procureur de la République le 26 juin 2000, afin de connaître les démarches à entreprendre.

Le 17 juillet 2000, l'enfant est admis définitivement en qualité de pupille de l'Etat. Et le 28 septembre 2000, le conseil de famille décide de son placement en vue de l'adoption, qui prend effet un mois plus tard, auprès d'un couple marié.

Ce n'est que postérieurement à ce placement que, le 18 janvier 2001, l'auteur de la reconnaissance prénatale, informé de la date et du lieu de naissance, écrit à la cellule d'adoption du conseil général de Meurthe-et-Moselle pour faire part de sa reconnaissance et demander la restitution de l'enfant, cette fois identifié. Répondant par écrit une semaine plus tard, les services du conseil général opposent les dispositions de l'article 352 alinéa 1er du Code civil. Ils informent également le conseil de famille, lequel confirme par écrit les termes du courrier envoyé par le conseil général.

Enfin, le 26 avril 2001, le conseil de famille consent à l'adoption de l'enfant par les époux chez lesquels il a été placé. Ces derniers déposent, le 14 mai 2001, une requête en adoption plénière devant le Tribunal de grande instance de Nancy.

Le 28 juillet 2001, le géniteur de l'enfant assigne le préfet, tuteur de l'enfant, en restitution de celui-ci. Les conjoints sont informés de cette assignation en septembre 2001, date à laquelle l'adoption doit être prononcée.

---

[82] V. *infra*, C) Un consentement inopérant, le paragraphe concernant la distinction entre les enfants pour lesquels ce sont les parents (ou l'un d'eux) qui doivent consentir à l'adoption et ceux pour lesquels c'est le conseil de famille.

Statuant le 16 mai 2003, le Tribunal de grande instance de Nancy[83] rejette, par deux jugements distincts, les demandes principale d'adoption plénière et subsidiaire d'adoption simple des époux, et ordonne la restitution de l'enfant à l'auteur de la reconnaissance. Il motive sa position en ces termes : *« L'usage par la mère de la faculté ouverte par l'article 341-1 du Code civil de demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé n'a d'effet qu'à son égard ; Qu'ainsi, toute action en recherche de la maternité est proscrite, en application de l'article 341 du Code civil ; Qu'en effet, les dispositions de l'article 341-1 du Code civil reposent sur une fiction juridique, à savoir que l'enfant ne peut avoir de lien de filiation établi à l'égard de sa mère, dès lors que le fait même de l'accouchement est réputé n'avoir pas existé ; Attendu qu'il y a lieu de considérer que cette fiction, qui a pour conséquence de produire des effets juridiques différents que ceux que la réalité aurait produits, doit être interprétée strictement quant à leur étendue ; Que le but de « l'accouchement sous X » est de supprimer tous liens entre l'enfant et sa mère, sans que ses effets doivent être étendus au-delà de son objet, ce au mépris des droits du père naturel ; Que ce dernier doit pouvoir établir librement son lien de filiation naturelle, y compris par une reconnaissance anténatale, l'article 341-1 du Code civil étant inopposable au père en raison du caractère divisible du lien de filiation naturelle ».*

Pour les juges de première instance, le secret de l'admission et de l'identité, fin de non-recevoir à l'établissement judiciaire du lien maternel, ne peut priver d'effet la reconnaissance volontaire effectuée par celui qui se prétend le père de l'enfant.

Pour Thierry GARE, *« la solution* […] *est* […] *conforme à l'esprit de l'institution de l'adoption »*[84] qui, *« selon la formule consacrée,* […] *ne vise pas à donner un enfant à une famille mais bien une famille à un enfant »*[85]. Ce dont il résulte qu'il serait *« totalement étranger au but poursuivi par l'institution que d'arracher un enfant à l'un de ses parents pour le donner à une autre famille »*[86].

Si l'on étudie la législation, il ressort que le placement en vue de l'adoption ne peut intervenir que si l'enfant est adoptable. Pour qu'il le soit, il faut soit qu'il n'ait aucune filiation établie, soit, s'il dispose d'un tel lien, que le parent se soit totalement désintéressé de lui[87] ou qu'il ait consenti à son adoption[88].

---

[83] TGI Nancy, 16 mai 2003, *« Peter contre Préfet de Meurthe-et-Moselle et alii »*, *AJFam.*, 2003, p. 310, obs. F. BICHERON ; *RJPF*, 2003, 11/36, analyse Th. GARE ; *RTDciv.*, 2003, p. 488, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.*, 2003, comm. 88, note P. MURAT ; *D.*, 2003, p. 2910, note POISSON-DROCOURT ; *JCP* G, 2003, I-148, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *JCP* G, 2004, II-10036, note J. MASSIP.

[84] Th. GARE, « L'accouchement sous X n'efface pas les droits du père par le sang », analyse préc., p. 21.

[85] Ibid., p. 21.

[86] Ibid., p. 21.

[87] C. civ., art. 347, 3° : *« Peuvent être adoptés :* […] *3° Les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues par l'article 350 ».*

C. civ., art. 350, spécialement les deux premiers alinéas : *« L'enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance, dont les parents se sont manifestement*

Dans l'affaire présente, l'enfant n'avait pas de lien maternel. En revanche, il avait un lien paternel dès l'instant de sa naissance du fait de la reconnaissance prénatale. Ce n'est que parce que cet acte n'avait pu être, dans un premier temps, rapproché de l'acte de naissance de l'enfant, que ce dernier avait pu être placé en vue de son adoption. Pour autant, *« ce placement n'aurait jamais dû intervenir dans la mesure où la reconnaissance prénatale produit ses effets dès que l'enfant naît vivant et viable, sans qu'il soit besoin de la renouveler après la naissance »*[89]. Il était donc en lui-même irrégulier pour avoir été décidé sans le recueil préalable du consentement de l'auteur de la reconnaissance.

De telle sorte que *« l'enfant né sous X et reconnu prénatalement par son père n'est pas un enfant adoptable »*[90].

Le couple chez qui l'enfant a été placé décide d'interjeter appel.

B) Une reconnaissance inefficace

Prononçant deux arrêts infirmatifs le 23 février 2004, les magistrats de la Cour d'appel de Nancy[91] retiennent le raisonnement qui suit.

L'identification de l'enfant ne peut résulter de la désignation de la mère, lorsque celle-ci a accouché sous X, puisqu'elle est censée n'avoir jamais accouché. Il est par conséquent nécessaire d'apporter d'autres éléments d'identification pour que la reconnaissance prénatale effectuée par le père soit effective. Ces éléments, à savoir le lieu et la date de naissance, n'ont été fournis qu'après que l'enfant ait été placé en vue de son adoption. Or un tel placement, aux termes de l'article 352 alinéa 1 du Code civil, *« fait échec à toute reconnaissance »*. La reconnaissance, n'ayant pu produire effet avant ce placement en l'absence d'élément d'identification de l'enfant, se trouve désormais, en raison du placement, privée d'efficacité.

---

désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon, est déclaré abandonné par le tribunal de grande instance […]. *La demande en déclaration d'abandon est obligatoirement transmise par le particulier, l'établissement ou le service de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant à l'expiration du délai d'un an dès lors que les parents se sont manifestement désintéressés de l'enfant. Sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs ».*

[88] C. civ., art. 347, 1° : *« Peuvent être adoptés : 1° Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ».*

[89] Th. GARE, « L'accouchement sous X n'efface pas les droits du père par le sang », op. cit. note 83, p. 20.

[90] Ibid., p. 20.

[91] CA Nancy, 23 fév. 2004, *« Fau contre Peter et alii », JCP* G, 2004, II-10073, note M. GARNIER ; *RTDciv.*, 2004, p. 275, obs. J. HAUSER ; *RJPF*, 2004, 4/33, analyse M-Ch. LE BOURSICOT ; *Dr. fam.*, 2004, comm. 48, note P. MURAT ; *D.*, 2004, p. 2249, note POISSON-DROCOURT ; *JCP* G, 2004, I-167, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI et Y. FAVIER ; *AJFam.*, 2004, p.p. 358-360, P. VERDIER.

Quant à l'existence d'une éventuelle possession d'état, qui aurait pu se constituer avant que l'enfant soit placé, elle ne saurait être déduite de la reconnaissance prénatale (inefficace) ni de la lettre adressée au procureur de la République.

Il en résulte qu'il n'y a jamais eu établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et celui qui en revendique la paternité. Et aucun lien ne pourra plus être établi, puisqu'il y a eu placement. L'absence d'établissement de la filiation suffit à refuser de confier l'enfant à celui qui le réclame. *A fortiori*, la demande de restitution doit donc être écartée[92]. Enfin, étant jugée conforme à l'intérêt de l'enfant, l'adoption plénière est prononcée.

Il est vrai que, si la reconnaissance d'un enfant à naître est valable et produit ses effets dès que celui qu'elle désigne naît vivant et viable, de telle sorte que l'enfant ne puisse être adoptable faute de consentement de l'auteur de la reconnaissance, cette validité se heurtait ici à une difficulté matérielle, à savoir que l'enfant n'était ni identifié ni identifiable à ce moment là puisque le seul élément certain fourni par le père prétendu était le nom d'une femme ayant réclamé le secret et étant, de ce fait, censée n'avoir jamais accouché.

A cet obstacle de fait s'ajoutait un obstacle juridique : l'enfant dont la filiation paternelle demeure inconnue est régulièrement admis en qualité de pupille de l'Etat au titre de l'article L 224-4 1° du Code de l'action sociale et des familles[93] et, dès lors, peut être placé en vue de l'adoption en vertu de l'article 351 alinéa 1er du Code civil[94] sans que le consentement du père, resté inconnu, ne soit requis. Et à partir de ce placement, la restitution est exclue[95].

Refusant de céder, celui qui pense être le géniteur de l'enfant forme un pourvoi que la 1ère Chambre civile[96] accueille favorablement au visa de l'article 7 1° de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant signée à New York le 26

---

[92] CA Nancy : *« L'identification de l'enfant résultant de la seule désignation de la mère, qui est censée n'avoir jamais accouché, est inopérante en application de l'article 341-1 du Code civil. Admettre le contraire reviendrait à violer le droit à l'anonymat reconnu par la loi à la mère. Il était donc nécessaire pour* [celui qui se prétend le père] *d'apporter un autre élément d'identification de l'enfant dont il revendique la paternité »*. Or, ces autres éléments ont été fournis alors que l'enfant était déjà placé en vue de son adoption. Cette *« intervention, postérieure au placement, ne lui permet pas de rendre effective sa reconnaissance et a fortiori de se voir confier l'enfant »*.

[93] CASF, art. L 224-4 : *« Sont admis en qualité de pupille de l'Etat : 1° Les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue, qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois »*.

[94] C. civ., art. 351, al. 1er : *« Le placement en vue de l'adoption est réalisé par la remise effective aux futurs adoptants d'un enfant pour lequel il a été valablement et définitivement consenti à l'adoption, d'un pupille de l'Etat* […] *»*.

[95] C. civ., art. 352, al. 1er.

[96] Cass., civ. 1ère, 7 avr. 2006, préc.

janvier 1990[97] et des articles 335[98], 336[99], 341-1[100], 348-1[101] et 352[102] du Code civil dans leur version antérieure à l'ordonnance du 4 juillet 2005.

C) Un consentement inopérant

Le 7 avril 2006, les magistrats suprêmes cassent l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy aux motifs que *« l'enfant ayant été identifié par M. X à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de sa naissance, de sorte que le conseil de famille des pupilles de l'Etat, qui était informé de cette reconnaissance, ne pouvait plus, le 26 avril 2001, consentir valablement à l'adoption de l'enfant, ce qui relevait du seul pouvoir de son père naturel »*, et que *« la Cour d'appel, qui a méconnu le droit de l'enfant de connaître son père déclaré, a violé les textes susvisés »*.

On a vu que les juges d'appel avaient considéré que la reconnaissance s'était trouvée privée de toute efficacité du fait de la décision de la femme d'accoucher sous X, faute pour l'auteur de l'acte d'apporter un autre élément d'identification de l'enfant que le nom de sa mère de naissance et que, par ailleurs, son intervention auprès du conseil général, postérieure au placement en vue de l'adoption, ne lui permettait pas de rendre effective cette reconnaissance et *a fortiori* d'obtenir de se voir confier l'enfant.

Dans son rapport, l'avocat général près la Cour de cassation partageait cette opinion et soulignait qu'il y avait conflit entre le placement en vue de l'adoption et une reconnaissance certes valable mais privée d'effet à la date du placement, de sorte que la *« prohibition totale »* de la restitution énoncée par l'article 352 du Code civil ne pouvait que conduire au rejet d'une telle demande, ce qui l'amenait à conclure également au rejet du pourvoi.

Cependant, l'avocat général concluait à la cassation de l'arrêt prononçant l'adoption plénière en soutenant que la Cour d'appel aurait dû, premièrement, rechercher si la démarche du père auprès du conseil général, postérieure au placement, n'avait pas eu pour effet de déplacer le consentement à l'adoption du conseil de famille vers l'auteur de la reconnaissance, deuxièmement examiner si son refus de consentir à l'adoption,

---

[97] CIDE, art. 7, 1 .

[98] C. civ., art. 335 : *« La reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique. L'acte comporte les énonciations prévues à l'article 62. Il comporte également la mention que l'auteur de la reconnaissance a été informé du caractère divisible du lien de filiation naturelle »*.

[99] C. civ., art. 336 : *« La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père »*.

[100] C. civ., art. 341-1 : *« Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé »*.

[101] C. civ., art. 348-1 : *« Lorsque la filiation d'un enfant n'est établie qu'à l'égard d'un de ses auteurs, celui-ci donne le consentement à l'adoption »*.

[102] C. civ., art. 352, al. 1er.

caractérisé par son intervention auprès du conseil général, n'était pas abusif au regard des dispositions de l'article 348-6 alinéa 1 du Code civil[103]. La difficulté eût été néanmoins de caractériser le désintérêt du géniteur à l'égard de l'enfant *« au risque d'en compromettre la santé ou la moralité »*[104].

La haute juridiction n'a pas suivi cet avis, mais a cassé les arrêts pour défaut de consentement valable du père, sans évoquer les effets du placement en vue de l'adoption.

Certes, en l'espèce, le consentement du conseil de famille avait été donné plusieurs mois après le placement, alors qu'en vertu de l'article R 224-18 du Code de l'action sociale et des familles, il aurait dû l'être avant la date du placement ou au plus tard à la date à laquelle le pupille avait été confié aux futurs adoptants. Si l'inobservation de cette disposition réglementaire ne suffisait pas à invalider le consentement, il peut être souligné qu'à la date du placement, soit le 28 octobre 2000, le conseil de famille n'était pas informé de la reconnaissance – cependant il le sera avant le consentement à l'adoption –. Il ne peut être déduit des termes de l'arrêt que le conseil de famille n'aurait pas pu valablement consentir à l'adoption à cette date, la filiation paternelle étant établie mais inconnue de lui.

En conséquence, selon Marie-Christine LE BOURSICOT, *« on ne peut* […] *affirmer par principe que la reconnaissance prénatale paternelle d'un pupille de l'Etat aurait pour effet de transférer à son auteur le droit de consentir à l'adoption »*[105].

En fait, tout est une question de statut de l'enfant. En effet, il n'est pas douteux que la reconnaissance soit valable, même privée provisoirement d'efficacité faute d'identification de l'enfant, ni que l'identification de l'enfant donne, avec la rétroactivité habituellement attachée aux actes déclaratifs, plein effet à cette reconnaissance.

Néanmoins, *« poser que le consentement à l'adoption est donné par le parent à l'égard duquel la filiation est établie n'est vrai qu'à condition* […] *de replacer l'assertion dans son domaine d'application, c'est-à-dire pour la catégorie d'enfants pour lesquels les père et mère doivent consentir à l'adoption »*[106].

Or, en vertu de l'article 347 du Code civil, les enfants dont la filiation est établie n'ont pas tous besoin du consentement de leurs parents pour être adoptés : c'est le cas de ceux qui ont fait l'objet d'une déclaration judiciaire d'abandon conformément à

---

[103] C. civ., art. 348-6, al. 1er : *« Le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents ou par l'un d'entre eux seulement, lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité »*.

[104] C. civ., art. 348-6, al. 1er, *in fine*.

[105] M-Ch. LE BOURSICOT, « Filiation paternelle et adoption : quelle est la portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2006 ? », analyse civ. 1ère, 7 avr. 2006, op. cit. note 28, p. 24.

[106] P. MURAT, « Affaire Benjamin : une cassation méritée mais bien confuse », note civ. 1ère, 7 avr. 2006, op. cit. note 28, p. 25.

l'article 350 du Code civil[107] ; c'est aussi le cas de certains pupilles de l'Etat[108] comme le révèlent les critères d'admission en cette qualité contenus à l'article L 224-4 du Code de l'action sociale et des familles. Aux termes de ce texte, *« sont admis en qualité de pupille de l'Etat : 1° Les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue, qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois* […] *; 3° Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de six mois par leur père ou leur mère en vue de leur admission comme pupilles de l'Etat et dont l'autre parent n'a pas fait connaître au service, pendant ce délai, son intention d'en assumer la charge* […] ».

Pour tous ces enfants dont la filiation se trouve peut-être établie, mais qui sont adoptables du fait de leur statut de pupille, le consentement à l'adoption n'est pas donné par le père et/ou la mère biologique, mais par le Conseil de famille.

« Il est par conséquent ambigu ou trompeur d'affirmer de manière générale, comme le fait la Cour de cassation, que le consentement à l'adoption est donné par le parent à l'égard duquel la filiation est établie, du moins tant que n'a pas été correctement précisé le statut de l'enfant. Or le raisonnement de la Cour de cassation ne souffle mot »[109] de ce statut.

Il est certain que la solution finalement adoptée va avoir des conséquences concrètes plutôt délicates, puisque l'enfant doit normalement être rendu à son père par le sang alors qu'il a déjà atteint l'âge de six ans et qu'il a vécu pratiquement toute sa vie chez ceux qui désiraient l'adopter.

Mais au regard des principes, *« la ligne retenue nous paraît devoir être approuvée »*[110] car, malgré le traumatisme dont elle est en l'espèce porteuse, *« la solution posée par l'arrêt du 7 avril 2006 découle de l'esprit général de l'adoption : la création d'une famille de remplacement ne peut pas se construire sur la violation des droits fondamentaux de la famille d'origine. Or admettre que le processus d'adoption l'emporte sur la revendication initiale d'un des auteurs de l'enfant pour une raison indépendante de la volonté du parent par le sang, c'est bafouer la règle fondamentale selon laquelle la famille d'origine est première et l'adoption seulement subsidiaire »*[111].

En soi, l'accouchement anonyme ne constituant aucunement un empêchement juridique à l'établissement valable de la filiation paternelle par reconnaissance, le principal obstacle est l'identification de l'enfant concerné par la reconnaissance.

C'est dans cette perspective que la circulaire n°CIV/13/06 « de présentation de l'ordonnance n°759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation » du 30 juin

---

[107] C. civ., art. 347, 3°.

[108] C. civ., art. 347 : *« Peuvent être adoptés :* […] *2° Les pupilles de l'Etat »*.

[109] P. MURAT, « Affaire Benjamin : une cassation méritée mais bien confuse », op. cit. note 28, p. 26.

[110] Ibid., p. 24.

[111] Ibid., p. 24.

2006 rappelle qu'une reconnaissance paternelle prénatale ou en tout cas précédant le placement d'un enfant né sous X mais dûment identifié fait obstacle à son adoption, sauf pour son auteur à consentir à celle-ci. Ainsi, *« l'identification de l'enfant devant impérativement être effectuée avant le placement, faute de quoi la reconnaissance paternelle se verrait privée d'effet, le procureur doit immédiatement être alerté »*. La circulaire ajoute que *« ces dispositions s'appliquent au père marié, lorsque son épouse a demandé le secret de son accouchement »*[112].

Il faut avoir conscience que de telles situations exposent à un conflit insoluble entre la volonté du géniteur d'établir des liens avec l'enfant et la recherche d'anonymat de la femme, l'un excluant l'autre car, si la volonté du père est privilégiée, l'anonymat de la mère risque de disparaître et, si la volonté de la mère de conserver le secret quant à son admission et son identité est respectée, la volonté du père est sacrifiée.

§ II Des intérêts divergents, une situation insoluble

Depuis sont instauration en 1993, la fin de non-recevoir tirée de l'accouchement sous X fait l'objet de nombreuses critiques.

On l'a d'abord accusée de créer une inégalité avec le géniteur, que la situation de détresse physique et/ou morale de la parturiente ne suffirait pas, aux dires de certains, à justifier.

On a également estimé que la possibilité de réclamer le secret ne devait nullement déboucher sur celle d'échapper à l'établissement du lien de maternité.

Enfin, on a fait valoir la difficulté d'établir la paternité dans un tel cas, ce dont témoignent l'arrêt de la Cour d'appel de Riom du 16 décembre 1997[113] et l'affaire *« Benjamin »*.

A l'inverse, les tenants de l'anonymat ont argué du souhait d'éviter des situations désespérées menant à des décisions dont les conséquences seraient bien souvent désastreuses : un avortement clandestin qui tourne mal, le délaissement de l'enfant, voire l'infanticide.

Aujourd'hui dépassées, ces justifications ont été remplacées par des considérations d'opportunité au regard de l'adoption et de l'intérêt de l'enfant. On invoque en effet l'intérêt de celui-ci à être le plus rapidement possible disponible pour une adoption au sein d'une famille qui le désire, plutôt que d'être rattaché à une personne qui n'en veut pas.

Certes, le secret demandé par la mère lors de son accouchement favorise l'adoption dès le plus jeune âge de l'enfant. Mais l'histoire n'a pas toujours pour fin heureuse

---

[112] F. GRANET-LAMBRECHTS, « Entrée en vigueur du nouveau droit de la filiation le 1er juillet 2006 : les textes complémentaires de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *AJF*, 2006, p. 284.

[113] CA Riom, 16 déc. 1997, préc.

l'établissement d'une filiation élective. Il arrive que l'enfant ne soit jamais adopté, mais soit ballotté de famille d'accueil en famille d'accueil jusqu'à ce qu'il atteigne la majorité.

« Résurgence d'un passé archaïque et recul des droits de l'enfant pour les uns, avancée audacieuse de l'intérêt de la femme et de l'enfant pour les autres »[114], l'accouchement anonyme a été probablement maintenu parce qu'il apparaissait comme *« la solution la plus raisonnable dans l'état actuel des connaissances sociologiques et psychologiques. Sans sacrifier à la tendance du « tout biologique », les parlementaires ont estimé qu'il pourrait encore éviter à des enfants le délaissement ou la maltraitance et favoriser l'adoption au détriment de l'avortement, voire du mythique infanticide »*[115].

Depuis quelques années, des juristes proposent de *« revenir sur la disposition qui fait de l'accouchement anonyme une fin de non-recevoir à la recherche de maternité »*[116] *: « L'entrave de droit ainsi érigée à l'établissement forcé de la maternité – entrave qui est entièrement aux mains de la femme accouchant – paraît, au moins symboliquement, très excessive pour un lien qui concerne très étroitement deux personnes. L'idée qu'il s'agit seulement d'une faveur faite pour cause de détresse et non d'un véritable droit subjectif de la femme à refuser sa maternité pourrait inspirer le retrait de ces dispositions du Code civil, tout en conservant l'obstacle de fait que constitue l'entrée anonyme dans les services de maternité. Un équilibre législatif plus respectueux des droits de l'enfant pourrait ainsi être atteint, même s'il ne faut pas s'attendre à résoudre par des règles de droit des difficultés de vie qui sont d'un tout autre ordre »*[117].

Sans revenir sur le principe, la loi du 22 janvier 2002 aspire à une solution de compromis en organisant en aval un droit d'accès, limité et encadré, à ses origines personnelles, par l'intermédiaire d'une structure spécialement créée à cette fin[118] et en prévoyant en amont d'inciter la femme qui a choisi le secret de laisser ne serait-ce que quelques renseignements[119], au cas où son enfant la rechercherait et qu'elle accepterait que ces éléments confidentiels lui soient révélés[120].

Cette même loi tente également, grâce à l'article 62-1 du Code civil, de remédier à la difficulté, pour celui qui pense être le père biologique de l'enfant, d'identifier ce

---

[114] F. DREIFUSS-NETTER, « L'accouchement sous X », *Mélanges D. HUET-WEILLER, Droit des personnes et de la famille*, LGDJ/PUS, 1994, p. 112.
[115] Ibid., p. 112.
[116] P. MURAT, « Vers la fin des filiations légitime et naturelle », *Perspectives de réformes en droit de la famille*, op. cit. note 17, chron. 7, p. 42.
[117] Ibid., p. 42. Cette solution est reprise par le projet de loi de ratification, v. *supra* note 13.
[118] Cf. CASF, art. L 147-1 et suiv. contenus dans le Chap. VII relatif au « Conseil National pour l'accès aux origines personnelles », du Titre IV sur les institutions, du Livre Ier.
[119] CASF, art. L 222-6, al. 1er.
[120] CASF, art. L 147-6, al. 1 et 2.

dernier lorsqu'il y a eu accouchement sous X. Mais l'aide du procureur de la République ne garantit pas la réussite de l'entreprise.

Alors que les hommes ont profité pendant des siècles de la distinction naturelle existant entre eux et les femmes s'agissant de la conception d'un enfant, ce sont désormais les femmes qui, à la faveur de la loi, sont en mesure de choisir entre assumer la charge d'un enfant ou fuir cette responsabilité, quitte à ce que le géniteur se retrouve du coup empêché d'établir sa paternité.

CONCLUSION DU TITRE I

En cas de survenance d'un enfant non voulu, l'inégalité physiologique entre l'homme et la femme entraînait une disparité de leurs situations respectives : le géniteur pouvait aisément échapper à ses responsabilités, tandis que la femme pouvait difficilement dissimuler sa maternité.

L'évolution législative a tendu à compenser cette situation de fait, d'une part en facilitant l'établissement forcé de la paternité, dont la fiabilité des expertises biologiques a permis d'accroître le phénomène, d'autre part en organisant juridiquement la séparation entre la mère et l'enfant.

Ainsi, alors qu'en 1804 la recherche de la maternité était possible et la recherche de la paternité interdite en dehors de l'union conjugale, depuis la loi du 8 janvier 1993, c'est l'établissement judiciaire du lien paternel qui est libéralisé et l'établissement forcé du lien maternel qui se trouve interdit dès lors que la parturiente l'a souhaité.

Il résulte des textes que la paternité se trouve comprise entre deux extrêmes : elle est à la fois impérative lorsqu'elle est recherchée en justice et quasiment impossible lorsqu'il y a eu accouchement sous X. Celui qui désire échapper à sa paternité ne le peut que si la mère et l'enfant le veulent bien (sauf hypothèse très rare où le géniteur aurait disparu sans laisser de traces). La mère est ainsi en mesure d'imposer au géniteur sa paternité. Elle peut aussi compromettre l'établissement du lien paternel en accouchant dans le secret, et ce même si celui qui a conçu l'enfant désire y être rattaché.

L'établissement de la filiation paternelle dépend donc largement de la volonté de celle qui met au monde l'enfant.

Ce sont de tels constats qui font dire à certains auteurs que le droit de la filiation est devenu matriarcal, qu'une hiérarchie s'est instaurée entre les parents par le sang au profit de la mère : alors que *« toute l'évolution de notre société va vers l'égalité des sexes, l'inégalité s'accroît aujourd'hui au bénéfice des mères et au détriment des pères »*[1].

Tendance connue depuis longtemps et régulièrement dénoncée, elle serait encore accentuée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 qui, livrant *« une vision matriarcale de la famille »*[2], *« magnifie la volonté maternelle qui était déjà un élément indispensable de la maternité : contraception*[3]*, IVG, accouchement secret et anonyme… : tout ce qui*

[1] I. THERY, « Couple, filiation et parenté aujourd'hui: Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée », rapp. à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, Ed. Odile Jacob/La Documentation française, 1998, p. 171.

[2] A-M LEROYER et J. ROCHFELD, Législation française : Ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *RTDciv.*, 2005, p. 841.

[3] Chez la femme, celle-ci est invisible.

tourne autour de la naissance dépend d'elle, y compris la désignation du père, comme en témoigne le contentieux de l'accouchement secret et anonyme »[4].

Dans le même temps que les pouvoirs sont inversés, le sens de la preuve de la filiation l'est aussi, en ce qu'elle se fait de plus en plus souvent de manière remontante au moyen d'un examen biologique.

Ce phénomène, particulièrement flagrant en ce qui concerne l'établissement judiciaire de la paternité, s'observe également lorsque le lien fait l'objet d'une action en contestation.

En revanche, la filiation *« par greffe »* demeure descendante car, ne reposant sur aucun lien génétique, l'expertise scientifique n'est d'aucune pertinence. Entièrement élective, cette filiation dont l'artifice est légalement organisé bénéficie d'une plus grande résistance à la contestation que lorsque l'inadéquation à la vérité biologique résulte d'initiatives privées.

[4] C. NEIRINCK, « La maternité », *Dr. fam.*, 2006, ét. 2, p. 10.

TITRE II

LES DISTINCTIONS DANS LA FORCE DU LIEN DE FILIATION : LA SUPERIORITE DE LA FILIATION PAR GREFFE

Parmi les objectifs de la réforme du 4 juillet 2005, figurait celui de simplifier et d'harmoniser le régime des actions en contestation dans un souci d'égalité et de stabilité de la filiation. C'est la filiation charnelle qui était ici visée. Lorsque l'enfant était apparu de manière naturelle au sein de la famille, sans procédé judiciaire ou médical, sa filiation souffrait en effet d'un manque évident de sécurité dont le degré variait selon que les parents légaux étaient ou non mariés.

Bien que bénéficiant désormais de meilleures garanties, lesquelles ne dépendent plus de la qualité du lien unissant ses père et mère selon la loi, l'enfant apparu sans artifice officiellement établi ne peut prétendre à une filiation aussi stable que celui qui a fait l'objet d'une adoption ou qui est issu d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur. Alors que la remise en cause de la filiation du second est quasiment exclue, la contestation de la filiation du premier est seulement limitée.

La raison en est que, lorsqu'on envisage l'hypothèse d'un enfant apparu *« naturellement »*, on observe une coexistence des concepts de vérité et de stabilité, entre lesquels le droit tente d'instaurer un compromis.

Le concept de vérité réside dans la preuve à rapporter, à savoir que le défendeur n'est pas l'auteur biologique de l'enfant, ce que facilitent les expertises biologiques dont l'admission en droit de la filiation a pour conséquence que le lien, au lieu d'être descendant, devient ascendant.

Le souci de stabilité se manifeste quant à lui dans les limites instaurées par le droit pour agir en contestation. Ouverte selon le cas à tout intéressé ou seulement à quelques personnes limitativement désignées, l'action est enfermée dans des délais plus ou moins brefs.

Il en résulte que la vérité sur les gènes sera occultée au-delà d'un certain temps par considération pour la sécurité de l'état de l'enfant et la paix des familles (Chapitre I).

Dans le cas d'un enfant apparu dans la famille grâce à une adoption ou à une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, domaines résiduels de la filiation descendante, il n'est plus du tout question de vérité biologique[1]. Dès lors, il n'est plus nécessaire de rechercher un compromis et la stabilité de la filiation peut être envisagée dans sa plénitude.

Cette circonstance se traduit en droit par l'exclusion presque totale d'une remise en cause du lien juridiquement établi : l'adoption plénière est irrévocable tandis que l'adoption simple ne l'est que très limitativement, enfin le consentement à l'assistance médicale avec donneur interdit toute contestation de la filiation de l'enfant issu d'une telle technique (Chapitre II).

[1] Ou seulement en partie si le recours à un tiers donneur, dans le cadre de la procréation médicalement assistée, ne supplée qu'à la défaillance d'un seul des membres du couple.

CHAPITRE I :

LA FILIATION CHARNELLE :
UNE ACTION EN CONTESTATION LIMITEE

Pour contester un lien de filiation, il suffit d'apporter la preuve exigée à l'article 332, dont l'objet est différent selon qu'il s'agit de la maternité[1] ou de la paternité[2], tout simplement parce que l'accouchement est un événement visible, contrairement à la conception.

Ainsi est-il demandé de prouver *« que la mère n'a pas accouché de l'enfant »*[3], *« que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père »*[4]. C'est une disposition similaire que l'on retrouve en droit allemand, l'article 1599 alinéa 1 du BGB énonçant que *« la présomption de paternité et la reconnaissance ne s'appliquent pas s'il est établi par une action en contestation que l'homme n'est pas le père de l'enfant »*[5]. La formule traduit la volonté du législateur de ne pas limiter les procédés de preuve mais d'admettre toute technique que les progrès de la science permettent.

Pour des raisons tenant à l'incertitude initiale entourant la paternité, l'instabilité affecte surtout le lien paternel.

En droit, la filiation maternelle peut être contestée. Mais en fait, elle l'est exceptionnellement car la gestation la rend visible. Aussi les contestations de maternité sont-elles traditionnellement fort rares, même si l'hypothèse d'une supposition[6] ou d'une substitution[7] d'enfants ne doit pas être entièrement écartée[8], ce qui contraste singulièrement avec la précarité de la filiation paternelle.

---

[1] C. civ., art. 332, al. 1 : *« La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant »*.

[2] C. civ., art. 332, al. 2 : *« La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père »*.

[3] C. civ., art. 322, al. 1er.

[4] C. civ., art. 322, al. 2. Huit ans avant la France, le droit allemand (loi du 16 déc. 1997) a unifié les actions en contestation de paternité en mariage et hors mariage en une action unique en contestation de paternité (E. WENNER, *Juris-Classeur dr. comp.*, vol. 1, Allemagne : fasc. 2, « Régimes matrimoniaux, filiation, adoption », 2001, n°87.

[5] Ibid., n°103.

[6] Il y a *supposition d'enfant* lorsqu'une femme mariée simule un accouchement et fait passer pour sien, en le déclarant à l'état civil, un enfant qu'elle a en réalité recueilli.

[7] Il y a *substitution d'enfants* lorsque, deux femmes ayant accouché à la même époque, l'enfant de l'une est attribué à l'autre, volontairement ou involontairement.

[8] Remarque : avant l'ord. du 4 juil. 2005, ces cas relevaient de l'art. 322-1 c. civ. qui instituait une action particulière. Désormais, ils sont régis par le droit commun de la contestation : ils s'inscrivent dans l'action unique en contestation de maternité.

Cette dernière est d'autant plus exposée à la précarité que les progrès en matière d'expertise médicale facilitent le rapport de la preuve que le père déclaré n'est pas le géniteur. Il a donc fallu, pour le législateur, jongler entre le souci de rétablir la vérité biologique et celui de garantir une certaine stabilité dans la filiation de l'enfant.

Analysant le système mis en place par l'ordonnance du 4 juillet 2005 (section I), nous saluerons les points positifs de la réforme, bien qu'elle ne puisse satisfaire à tous les cas particuliers en raison de la contrariété entre variété des situations et adoption d'une règle générale (section II).

Section I : Entre stabilité et vérité biologique

« Dans une société fortement captivée par la technique et la science, il serait utopique de vouloir nier l'influence des expertises biologiques sur le droit de la filiation : celles-ci constituent un repère sûr pour le juge, là où jadis ce dernier se livrait à des approximations souvent décevantes et irritantes pour les parties. On voit mal comment on pourrait aujourd'hui, au moins chaque fois que la filiation donne lieu à un procès, se contenter de probabilités quand la certitude peut être révélée »[9].

Mais si elle est une donnée historique et sociale à laquelle notre temps ne peut ni ne veut être totalement insensible, la vérité des gènes ne résume pas à elle seule le lien de filiation. Ce dernier constitue un ensemble complexe d'éléments qui concourrent au développement harmonieux de la personnalité de l'enfant, développement qui nécessite une certaine stabilité de l'état.

Il faut donc trouver un équilibre, entreprise qui s'avère délicate (§ I), mais à laquelle aspire la réforme de 2005 en accordant un rôle à la possession d'état dans la variation des règles de contestation (§ II).

§ I Un équilibre délicat

De nombreux auteurs s'accordent pour déclarer que le facteur biologique a pesé trop lourdement sur le droit de la filiation au cours des trois décennies qui ont précédé le nouveau millénaire (A) et qu'un rééquilibrage s'imposait au regard de la stabilité de l'état (B).

[9] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », rapp. au Garde des Sceaux, La Documentation française, 1999, p.p. 24-25.

A) Le poids de la vérité biologique

Le principe de vérité biologique, conforté par les progrès scientifiques qui permettent désormais d'accéder à des certitudes sur la paternité, a été le fer de lance d'évolutions qui ont porté très loin le poids du facteur biologique dans le droit applicable à la filiation.

« Sans doute trop loin »[10], aux dires de certains. *« La loi de 1972 a été « tordue » par la jurisprudence pour faire davantage encore coïncider le titre légal et le fait biologique : la faculté de contester une filiation a été élargie »*[11].

Pour autant, on ne saurait nier les avantages d'une telle évolution, qui a permis de faire tomber des liens juridiques fondés uniquement sur un titre légal totalement creux et de libérer les individus de coquilles vides pour éventuellement être rattachés à leur véritable auteur.

Seulement, la jurisprudence a forcé la philosophie de la loi du 3 janvier 1972 au point de faire naître des désordres qui se sont révélés préjudiciables et ont entamé la signification générale des dispositions adoptées alors. Il en est résulté une grande complexité du droit de la filiation dans son ensemble, ainsi qu'une fragilité importante du lien juridique dès lors qu'il ne correspondait pas à la vérité des gènes et que le couple se disloquait.

En effet, le maintien de ce lien dépendait (et dépend encore) dans une large mesure de la stabilité de l'union car c'est au moment de la rupture que, bien souvent, la mère entendait contester la paternité de son ex-mari ou compagnon. C'est d'ailleurs en dehors de l'engagement conjugal que la filiation était la plus instable puisque l'article 339 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance de 2005, admettait la contestation au mieux pendant dix ans par des personnes limitativement énumérées[12], au pire pendant trente ans par tout intéressé[13].

Dans un tel contexte, ni l'enfant, qui avait pu être traité comme tel depuis plusieurs années par les deux membres du couple, ni le parent en titre, qui avait peut-être forgé des liens étroits avec l'enfant, n'avaient assez rapidement la garantie que la situation ne serait pas remise en cause à l'occasion d'un différend.

---

[10] Ibid., p. 26.

[11] Ibid., p. 26.

[12] C. civ., art. 339, al. 3 : *« Quand il existe une possession d'état conforme à la reconnaissance et qui a duré dix ans au moins depuis celle-ci, aucune contestation n'est plus recevable, si ce n'est de la part de l'autre parent, de l'enfant lui-même ou de ceux qui se prétendent les parents véritables »*.

[13] C. civ., art. 339, al. 1 : *« La reconnaissance peut être contestée par toutes personnes qui y ont intérêt, même par son auteur »*.

L'action n'étant enfermée dans aucun délai particulier, on lui appliquait la prescription de droit commun de l'art. 311-7 c. civ. dans sa rédaction de 1972 : *« Toutes les fois qu'elles ne sont pas enfermées par la loi dans des termes plus courts, les actions relatives à la filiation se prescrivent par trente ans à compter du jour où l'individu* […] *a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté »*.

Un rééquilibrage du droit, tel qu'il résultait des textes et de la jurisprudence, était donc indispensable.

B) La complexité d'un rééquilibrage nécessaire

C'est dans le sens d'un rééquilibrage entre vérité et sécurité du lien de filiation qu'a plaidé la Commission présidée par Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, lorsqu'elle a rédigé son rapport intitulé « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps »[14] : *« Dans une société où les progrès techniques ont donné à la biologie une force jadis inconnue, le lien légal doit se défendre contre une assimilation au lien biologique »*[15]. *« Les progrès scientifiques ont permis de vérifier avec une grande sûreté la réalité biologique du lien de filiation et l'expertise biologique est devenue le mode de preuve privilégié des procès relatifs à la filiation, influençant même parfois le cadre procédural et plus profondément le sens du droit. La biologie ne peut cependant tenir lieu de philosophie.* […] *Elle n'est qu'un instrument »*[16].

Comme l'observe Yvonne FLOUR, il existe *« une sorte de fascination pour la vérité biologique, parce qu'elle est dotée d'une espèce d'objectivité apparente qui prend appui sur son caractère scientifique »*[17].

Cependant, *« quand on va au-delà de l'apparence précisément, il n'est pas sûr qu'elle soit si objective que cela, tout simplement parce qu'elle est très aisée à instrumentaliser, et aussi parce qu'elle méconnaît des réalités essentielles : l'homme n'est pas un animal, la filiation est aussi un tissu de relations complexes qu'on ne peut réduire sans dommages à une composante unique »*[18].

Ce sont des propos similaires que l'on retrouve chez Olivier PLAYOUST, lorsqu'il affirme que *« la vérité scientifique ignore les circonstances humaines (affectives et sociologiques) qui doivent présider aux décisions rendues en matière de filiation* […]. *Il ne convient pas de sacrifier l'intérêt de l'enfant et la paix d'une famille au nom d'une vérité vraie dont l'existence ne pourrait procurer qu'une satisfaction intellectuelle stérile »*[19].

---

[14] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », rapp., op. cit. note 9.
[15] Ibid., p. 27.
[16] Ibid., p. 35.
[17] Y. FLOUR, « Synthèse des travaux de la commission Dekeuwer-Defossez », *Quel droit, pour quelles familles ?*, coll. Carroussel du Louvre, Paris, 4 mai 2000, Ministère de la Justice, La Documentation française, 2001, p. 98.
[18] Ibid., p. 98.
[19] O. PLAYOUST, « Normativité et légitimité du droit », *Droit prospectif*, 1993, I, p. 193.

Personne ne conteste que la vérité biologique doit avoir sa place dans les règles intéressant la filiation de l'enfant apparu sans aucun artifice. Seulement, elle ne doit pas occulter la dimension sociale du lien juridique.

C'est sur ce point de rupture où la donnée biologique doit céder devant la donnée sociale qu'ont porté les débats précédant l'adoption de l'ordonnance de juillet 2005.

Tout le monde convenait que l'équilibre entre vérité et stabilité de la filiation devait être identique quel que soit le mode de conjugalité. La véritable difficulté était de trouver cet équilibre ou du moins de s'en rapprocher le plus possible.

Pour y parvenir, Yvonne FLOUR invoquait *« les moyens qui sont habituels au droit »*[20], lesquels consistent à *« poser des délais d'exercice des actions en justice,* […] *limiter le nombre de personnes à qui l'on reconnaîtra l'aptitude à exercer ces actions en justice, réaffirmer le rôle consolidateur de la possession d'état »*[21].

C'est la ligne qu'ont suivi les membres de la Commission DEKEUWER-DEFOSSEZ. Ils ont établi des propositions qui, tout en reconsidérant le droit de la filiation à la lumière des connaissances nouvellement acquises en matière scientifique, ont eu pour objectif d'insérer harmonieusement la vérité biologique dans l'ensemble normatif en permettant une utilisation efficace mais mesurée des techniques. Les rédacteurs de la réforme se sont inspirés de ce rapport.

Sans renoncer à toute possibilité de contestation, ce qui serait inacceptable, ces derniers ont cherché à concilier accès à la vérité biologique et sécurisation du lien juridique.

Pour ce faire, ils ont encadré les actions d'une manière plus ou moins stricte selon que l'on est en présence ou non d'une possession d'état. C'est que *« la force de l'impératif de stabilité face aux autres objectifs du droit de la filiation n'est pas la même suivant »*[22] qu'il existe ou non *« une filiation vécue »*. En cela, la possession d'état a une fonction de consolidation du titre.

§ II Une stabilité variable

La sécurité du lien de filiation dépend du nombre de personnes autorisées à agir en contestation et des délais de prescription de ces actions. Or, les règles ne sont pas les mêmes selon qu'il y a (B) ou non (A) conformité du titre et de la possession d'état.

En fonction des situations, la stabilité de la filiation connaît donc des degrés variables. En droit allemand, une telle distinction n'existe pas, ce droit ignorant le phénomène de la possession d'état pour lui préférer la vérité des gènes.

---

[20] Y. FLOUR, « Synthèse des travaux de la commission Dekeuwer-Defossez », op. cit. note 17, p. 98.

[21] Ibid., p. 98.

[22] A. DIONISI-PEYRUSSE, « La sécurisation de la filiation paternelle par l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 », *D.*, 2006, p. 614.

A) La présence d'un titre ou d'une possession d'état constatée

La possession d'état peut être constatée de deux manières : soit par un acte de notoriété[23], soit par un jugement[24].

Pour Pierre MURAT, le jugement constatant la possession d'état constitue un titre[25] qui, en tant que jugement *« rendu en matière de filiation »*[26], est susceptible de tierce-opposition par les *« personnes qui n'y ont point été parties »*[27] et auquel il est opposable.

La tierce-opposition doit être formée *« dans le délai mentionné à l'article 321 »* du Code civil, soit *« dix ans à compter du jour où la personne* […] *a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté »*[28]. Or, si l'on considère qu'il s'agit d'un titre, nous nous trouvons dans l'hypothèse d'un titre et d'une possession d'état conforme, pour laquelle la contestation est soumise à l'article 333 alinéa 1er. Autrement dit, *« seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable »* et *« l'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé »*, ce qui risque fortement de ne pas correspondre aux *« dix ans à compter du jour où la personne* […] *a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté »*[29].

Aussi l'opinion de Jacques MASSIP, qui consiste à dire que le jugement, tout comme l'acte de notoriété, constatant la possession d'état, ne sont pas des titres[30], semble-t-elle plus cohérente.

La possession d'état peut donc exister sans être corroborée par un titre, même si elle doit être constatée pour établir le lien de filiation. Les délais de contestation de cette possession d'état constatée (2) diffèrent de ceux applicables à la contestation du titre nu (1). Il convient, par conséquent, d'étudier ces situations de manière séparée.

---

[23] C. civ., art. 317.

[24] C. civ., art. 330.

[25] P. MURAT, « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », *Dr. fam.*, 2006, ét. 5, p. 20 : *« Il ne paraît ni impossible ni contraire aux définitions habituelles de retenir que le jugement constatant la possession d'état est un titre »*.

[26] C. civ., art. 324, al. 1.

[27] C. civ., art. 324, al. 1 : *« Les jugements rendus en matière de filiation sont opposables aux personnes qui n'y ont point été parties. Celles-ci ont le droit d'y former tierce opposition dans le délai mentionné à l'article 321* […] *»*.

[28] C. civ., art. 321 : *« Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne* […] *a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté* […] *»*.

[29] Ibid.

[30] J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation (suite) », *Defrénois*, 2006, art. 38312. L'auteur distingue trois hypothèses : 1° *« L'enfant dispose d'un titre et d'une possession d'état conforme à ce titre »* ; 2° *« L'enfant dispose d'un titre sans possession d'état conforme »* ; 3° *« La filiation est établie par la possession d'état »*. La possession d'état constatée par un acte de notoriété et la possession d'état constatée par un jugement sont étudiées dans ce 3°.

1 Le titre nu

Lorsqu'un enfant est légalement rattaché à un individu aux termes d'un titre, sans qu'aucun élément socio-affectif ne vienne corroborer ce lien légal, l'impératif de sécurité de la filiation est moins fort car l'accueil favorable d'une action en contestation ne portera pas atteinte à une filiation vécue.

Mais s'il est moins fort, il n'est pas non plus inexistant : l'ordonnance du 4 juillet 2005 protège également le lien légal de filiation établi par un titre.

Selon l'article 324 du Code civil, *« à défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée par toute personne qui y a intérêt dans le délai prévu à l'article 321 »*[31] de ce même code, qui prévoit une prescription de dix ans à partir *« du jour où la personne* […] *a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté »*[32].

Il convient de préciser ce point de départ.

Lorsque la filiation est établie grâce aux énonciations de l'acte de naissance, qui doit être rédigé dans les trois jours de l'accouchement, le délai court à compter de la naissance.

Lorsque l'établissement résulte d'une reconnaissance, trois situations peuvent se présenter. Soit la reconnaissance a été effectuée en même temps que la déclaration de la naissance, et cet événement constitue le point de départ de la prescription. Soit elle est anténatale, et l'on doit admettre logiquement que c'est aussi la naissance qui marque le début du délai décennal, puisque c'est à partir de celle-ci que la reconnaissance produit ses effets. Soit, enfin, la reconnaissance a été faite ultérieurement. C'est alors la date à laquelle l'acte aura été accompli qui sera retenue.

Notons que, *« à l'égard de l'enfant »*, le délai de l'article 321 *« est suspendu pendant sa minorité »*, ce qui signifie que l'enfant a jusqu'à ses 28 ans pour contester le titre, et ce même si la filiation a été établie dès sa naissance ou peu de temps après.

En ce qui concerne la preuve, l'article 332 dispose : *« la maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant. La*

---

[31] Lorsque l'action a pour objet de remettre en cause la présomption de paternité du mari, elle n'est ouverte, en droit belge, qu'au mari, à la mère et à l'enfant. Y est ajouté le mari précédent lorsque l'enfant est né dans les 300 jours suivant la dissolution ou l'annulation du mariage de la mère et le remariage de celle-ci (B. MAINGAIN et E. WILDE D'ESTMAËL, *Juris-Classeur dr. comp.*, vol. 1, Belgique : fasc. 2, « Mariage, divorce, filiation, adoption et autorité parentale », n°91.

[32] La législation belge enferme l'action en contestation de la présomption de paternité de l'époux dans des délais particuliers : la mère doit agir dans l'année de naissance de l'enfant, le mari (actuel ou précédent) dans l'année de naissance ou de découverte de la naissance, l'enfant dans les 4 ans suivant sa majorité (ibid., n°93).

paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père[33] », c'est-à-dire le géniteur.

Nous savons que la contestation du lien maternel est d'une très grande rareté en raison de la visibilité de l'accouchement.

En revanche, la paternité est plus souvent sujette à caution. Pour obtenir l'anéantissement de la filiation paternelle établie par un titre, il faut prouver que le père légal n'est pas celui qui a conçu l'enfant. A cette fin, il est permis de recourir à une expertise biologique, puisque celle-ci *« est de droit en matière de filiation »* dès lors qu'il n'existe pas de *« motif légitime »* qui justifierait le refus de l'ordonner[34]. Aujourd'hui d'une grande fiabilité, de tels examens permettent de clore rapidement le débat. Si les experts concluent, avec plus ou moins de certitude, à une paternité improbable, les juges seront enclins à les suivre et à déclarer l'action en contestation bien fondée.

Tout comme on part de l'enfant pour établir le lien juridique de paternité, on part de l'enfant pour anéantir ce lien. Ce n'est donc pas en considération de l'ascendant que l'on défait la filiation, mais en considération de la génération qui suit. La preuve remonte : on part des gènes de l'enfant, que l'on compare à ceux du père en titre, pour conclure à l'inexistence du lien de droit.

Dans le cas (rare) où c'est la maternité qui est contestée, on observe le même phénomène. En effet, et bien qu'il s'agisse de prouver que *« la mère* [selon le titre] *n'a pas accouché de l'enfant »*[35], le recours à une expertise biologique est également admis. Si les résultats sont négatifs, les juges déduisent de cette absence de concordance des gènes la preuve exigée à l'article 332 du Code civil. Il en résulte que la preuve remonte de l'enfant à la mère prétendue ; la filiation maternelle, comme la filiation paternelle, est ascendante.

Dès lors qu'elle est établie au seul moyen d'un titre, la filiation qui ne correspond pas à la vérité biologique souffre d'une instabilité patente puisqu'elle est susceptible d'être remise en cause durant un laps de temps non négligeable. Cependant, elle est plus rapidement sécurisée que sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2005.

La loi du 3 janvier 1972 autorisait en effet la contestation du lien hors mariage *« par toutes personnes qui y* [avaient] *intérêt, même par* [l']*auteur »*[36] de la reconnaissance, pendant 30 ans.

---

[33] L'utilisation du mot *« père »* est malheureuse dans le sens qu'elle indique une confusion entre le lien biologique qui est un lien de fait et le lien de filiation qui est un lien de droit. Etre père, ce n'est pas simplement *« déposer la petite graine »*. C'est une fonction beaucoup plus riche englobant des critères sociologiques.

[34] Cass., civ. 1ère, 28 mars 2000, *D.*, 2000, jurisp., p.p. 731-732, note Th. GARE ; *JCP* G, 2000, II-10409, concl. C. PETIT et note M-Ch. MONSALLIER-SAINT MLEUX.

[35] C. civ., art. 332, al. 1er.

[36] C. civ., art. 339, al. 1.

Concernant la filiation s'inscrivant dans une union conjugale, c'est la jurisprudence qui, par une interprétation *a contrario* pour le moins audacieuse de certaines dispositions du code civil, avait permis la contestation par tout intéressé pendant 30 ans.

Le premier arrêt en date était celui du 9 juin 1976[37]. Il visait l'article 334-9 qui disposait : *« toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état »*. La 1ère Chambre civile en avait déduit, *a contrario*, qu'une reconnaissance ou une action en recherche était possible lorsque le titre d'enfant *« légitime »* était nu[38]. Cette possibilité, faute d'avoir été expressément inscrite dans la loi, n'était enfermée dans aucun délai particulier, d'où l'application du délai de droit commun de l'article 311-7 du Code civil, à savoir 30 ans.

Les secondes décisions sont intervenues le 27 février 1985[39]. Elles concernaient l'article 322 alinéa 2 du Code civil, aux termes duquel « […] *nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance »*. Il en résultait, *a contrario*, qu'en l'absence de possession d'état conforme au titre, la contestation était recevable. Et les juges appliquaient, à défaut de texte spécial, la prescription trentenaire.

En 2005, le délai de droit commun a été ramené à 10 ans[40]. C'est celui applicable notamment à la contestation de la filiation établie par un titre nu et parfois à la filiation établie par une possession d'état constatée. La prescription est en effet différente selon qu'il y a eu délivrance d'un acte de notoriété ou action en constatation[41].

2 La possession d'état seulement constatée

Dans le Code Napoléon, la possession d'état était considérée comme un mode de preuve extrajudiciaire de la seule filiation en mariage et ne constituait qu'un moyen subsidiaire d'établissement de celle-ci. C'est ce qui ressortait de l'article 320, aux termes duquel *« la possession de l'état d'enfant légitime »* suffisait, à défaut de titre, à prouver *« la filiation des enfants légitimes »*.

Ce n'est qu'en 1982 que ce mode d'établissement fut étendu à la filiation hors union matrimoniale[42].

---

[37] Cass., civ. 1ère, 9 juin 1976, *« Monier contre Dame Vernisse »*, H. CAPITANT, Y. LEQUETTE et F. TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », Dalloz, 2000, p.p. 227-233.

[38] D'où l'émergence d'un conflit de paternité.

[39] Cass., civ. 1ère, 27 fév. 1985, *« Procureur général près la Cour de cassation, intérêt de la loi, affaire D-L »* et *« G contre G »*, H. CAPITANT, Y. LEQUETTE et F. TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », op. cit. note 37, p.p. 219-226 (2 espèces) ; *D.*, 1985, jurisp., p.p. 265-267, note G. CORNU ; *JCP* G, 1985, II-20460, note E. FORTIS-MONTJAL et G. PAIRE.

[40] En Belgique, le délai de principe est de trente ans (c. civ., art. 331 *ter*).

[41] Le projet de loi de ratification de l'ord. du 4 juil. 2005 (www.legifrance.gouv.fr.) prévoit notamment d'aligner les délais. V. *infra*.

[42] C. civ., art. 334-8, al. 2 (L. n°82-536 du 25 juin 1982) : *« La filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état* […] *»*.

La possession d'état, qui fait référence à une manière d'être et d'être considéré, établissait par elle-même le lien juridique. Etant *« fondée sur des éléments de pur fait »*[43], on lui reprochait alors son insécurité dans une société urbanisée, *« donc plus anonyme, où les individus se déplacent davantage et où la composition exacte des familles est moins aisée à saisir »*[44]. En effet, un rapport de filiation d'ordre socio-affectif *« connu ici »*[45] pouvait *« être ignoré là »*[46] et *« surgir brutalement »*[47], particulièrement au moment de liquider une succession.

C'est pour parer à tels inconvénients que les textes imposent désormais que la possession d'état ait été formellement constatée soit par un acte de notoriété[48] soit par un jugement[49].

Mais ne serait-ce pas méconnaître la notion même de possession d'état que d'exiger sa constatation officielle, sans quoi le lien n'est pas établi ?

« La possession d'état est une réalité extérieure et antérieure à l'acte de notoriété ou au jugement »[50].Comme l'écrivait Jean CARBONNIER en 1978 : *« Notre juridisme éprouve toujours quelque peine à accepter la possession d'état pour ce qu'elle est réellement : une baie ouverte par le droit sur le non-droit. L'éternelle vérité est, pourtant, que celui qui possède un état n'a pas besoin que le droit le lui reconnaissance : en dehors du droit, avant que le droit ne soit, il vit son état quotidiennement »*[51].

Les dispositions introduites par l'ordonnance de 2005 seraient *« symptômatiques de la pente bureaucratique sur laquelle nous roulons, de notre goût policier pour les papiers bien en règle »*[52].

---

[43] Cass., Ass. plén., 9 juil. 1982, affaire *« Law King »*, H. CAPITANT, Y. LEQUETTE et F. TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », op. cit. note 37, p. 235.

[44] P. MURAT, « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », op. cit. note 25, p. 18.

[45] Ibid., p. 18.

[46] Ibid., p. 18.

[47] Ibid., p. 18.

[48] C. civ., art. 310-1 : *« la filiation est légalement établie* […] *par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété »*.

Article 310-3, al. 1er : *« la filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant, par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état »*.

Art. 317, al. 1 : *« Chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge que lui soit délivré* […] *un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire »*.

[49] C. civ., art. 330 : *« La possession d'état peut être constatée à la demande de toute personne qui y a intérêt* […] *»*.

[50] J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois*, 2006, art. 38303, p.p. 30-31.

[51] J. CARBONNIER, « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du Code civil », *Mélanges G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 265.

[52] J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », op. cit. note 50, p. 31.

On pourrait craindre que la progression du formalisme ne réduise l'intérêt de la possession d'état dans l'établissement de la filiation, d'autant que la délivrance de l'acte de notoriété est soumise à une prescription quinquennale[53].

Il s'agit là d'une innovation de l'ordonnance qui doit être saluée en ce qu'elle rétablit un peu d'ordre dans la hiérarchie des preuves. Auparavant, un acte de notoriété pouvait être délivré sans limite temporelle, tandis que l'action en constatation de la possession d'état était soumise au délai trentenaire de droit commun institué par la loi de 1972 à l'article 311-7 du Code civil.

Désormais, la possibilité d'obtenir la délivrance d'un acte de notoriété est plus rapidement fermée que l'action en constatation, ce qui se justifie au regard de la simplicité des démarches.

L'acte est en effet dressé sur la déclaration de trois témoins qui signent avec le juge d'instance. Il est opportun que ces témoignages soient confortés par la production de pièces justificatives. Le juge peut d'ailleurs, *« s'il estime insuffisants les témoignages et documents produits »*, *« faire recueillir par toute personne de son choix des renseignements sur les faits qu'il y a lieu de constater »*[54].

Enfin, il est fait mention de *« la filiation, établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété »*, *« en marge de l'acte de naissance de l'enfant »*[55].

Cependant, tous les problèmes ne sont pas réglés. Il reste à préciser le point de départ de la prescription.

L'article 317 alinéa 3 fait référence à *« la cessation de la possession d'état alléguée »*. Qu'entend-il par *« cessation »* ? Le décès de la personne à l'égard de laquelle un individu se prévaut d'une possession d'état d'enfant est-il une cause de cessation ?[56]

---

[53] C. civ., art. 317, al. 3 : *« La délivrance de l'acte de notoriété ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée »*.

[54] NCPC, art. 1157 : *« Avant de dresser un acte de notoriété, le juge, s'il estime insuffisant les témoignages et documents produits, peut faire recueillir d'office par toute personne de son choix des renseignements sur les faits qu'il y a lieu de constater »*.

[55] C. civ., art. 317, dernier al. : *« La filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant »*.

L'art. 311-3 al. 2 c. civ., introduit par la L. du 8 janv. 1993, prévoyait déjà une publicité systématique par mention à l'état civil : *« Le lien de filiation établi par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant »*.

[56] C'est ce qu'induit le projet de loi de ratification de l'ord. (op. cit. note 41) qui prévoit de compléter l'al. 3 de l'art. 317 c. civ. par les mots *« ou à compter du décès du parent prétendu »* et d'appliquer le même régime à l'action en constatation de la possession d'état, l'énoncé actuel de l'art. 330, qui renvoie au délai de l'art. 321, étant remplacé par *« La possession d'état peut être constatée à la demande de toute personne qui y a intérêt, dans le délai de dix ans à compter de sa cessation ou du décès du parent prétendu »*.

Pierre MURAT doute que *« la possession d'état cesse en un instant par la seule disparition du prétendu parent »*[57]. En effet, *« la nature même de la possession d'état, ensemble de faits convergents dépendant autant de l'entourage, du voisinage, des administrations… – c'est-à-dire de tiers – que des relations entretenues par le parent prétendu, autorise à penser que la mort, pas davantage que la volonté individuelle, ne peut à elle seule mettre fin au faisceau d'indices qui révèle le rapport de filiation. En réalité, le décès du prétendu parent met fin à un seul des éléments constitutifs de la possession d'état : le tractatus »*[58].

Remédiant opportunément à une lacune du droit antérieur, l'article 311-7 alinéa 3 du Code civil est un facteur de sécurité puisqu'il pousse à la révélation de filiations occultes, même si la possession d'état peut encore être constatée grâce à un jugement (et qu'un constat tardif est bien souvent source de perturbations en raison de la rétroactivité du lien qu'il établit). En effet, dans l'hypothèse où la demande de délivrance de l'acte serait prescrite, il sera encore possible d'engager une action en constatation dans le délai décennal de droit commun[59].

Sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance, c'est la jurisprudence qui avait dégagé et donc construit le régime de cette action.

Comme la possession d'état établissait à elle seule la filiation, tout le monde s'accordait à souligner que le procès n'avait pour objet que de démontrer l'existence d'une possession d'état et non d'établir un lien juridique : l'enfant ne réclamait pas un état dont il jouissait déjà, mais seulement la constatation de cet état. On en concluait qu'il ne s'agissait pas à proprement parler d'une action relative à la filiation, malgré les emprunts au régime de ces actions, notamment la prescription trentenaire de l'article 311-7[60] du Code civil figurant sous l'intitulé *« Des actions relatives à la filiation »*.

Désormais, ce sont les textes qui organisent le régime de l'action en constatation de la possession d'état. Or, les dispositions sont inscrites dans la section II intéressant les *« actions aux fins d'établissement de la filiation »* et nous savons que la possession d'état doit avoir été constatée pour que le lien soit établi.

Il est dès lors permis de se demander s'il pourrait être opposé une défense au fond arguant de l'impossibilité ou de l'inexactitude du lien d'un point de vue biologique. De même, celui qui entendrait contester le jugement en constatation de la possession d'état au moyen de la tierce-opposition, seul recours ouvert à l'encontre des décisions de

[57] P. MURAT, « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », op. cit. note 25, p. 19.

[58] Ibid., p. 19.

[59] C. civ., art. 330 : *« La possession d'état peut être constatée à la demande de toute personne qui y a intérêt dans le délai mentionné à l'article 321 »*. Art. 321, préc.

[60] Issu de la L. n°72-3 du 3 janv. 1972.

justice *« rendu*[e]*s en matière de filiation »*[61], serait-il fondé à invoquer l'absence de vérité génétique ?

La question est d'importance, car elle rebondit sur celle du droit à l'expertise consacré par la Cour de cassation le 28 mars 2000[62].

Les magistrats avaient eu l'occasion de déclarer *« qu'en matière de constatation de possession d'état,* […] *l'expertise biologique n'est pas de droit »*[63], que s'agissant d'une action *« fondée sur la seule possession d'état qui repose sur la preuve d'une filiation affective et sociale, l'expertise biologique subsidiairement demandée est d'évidence exclue puisqu'elle pourrait révéler une filiation que ne corrobore pas la possession d'état ou, au contraire, démentir une filiation que la possession d'état révèle »*[64].

Mais c'était à l'époque où l'existence de la possession d'état suffisait à elle–seule à établir le lien, l'action en constatation n'ayant pour objet que de s'assurer de la présence des éléments constitutifs et de la qualité de la possession d'état invoquée. L'action ne faisait que constater une filiation qui existait déjà, filiation reposant sur des considérations sociologiques qu'un examen médical est impropre à démontrer, puisque ayant pour seul objet de révéler une vérité biologique.

Le refus d'ordonner l'expertise sollicitée était donc justifié par un motif légitime.

Aujourd'hui que l'action en constatation constitue, semble-t-il, une action d'état – puisque c'est elle qui permettra à la filiation d'être établie grâce à la constatation officielle de la possession d'état – il se pourrait bien que la jurisprudence concernant le droit à l'expertise scientifique sauf motif légitime lui soit appliquée. De sorte que les intéressés mis d'office en cause[65], de même que les personnes à qui l'action *« était ouverte »*[66], mais *« qui n'ont point été parties »* et qui formeraient tierce-opposition au jugement[67], seraient admis à contester la véracité du lien et à demander un examen biologique, lequel devrait être ordonné sauf justification autre que la différence d'objet de l'expertise et de l'action.

L'action de l'article 335 amène les mêmes questionnements. Le texte dispose : *« La filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété peut être*

---

[61] C. civ., art. 324, al. 1er.

[62] Cass., civ. 1ère, 28 mars 2000, préc.

[63] Cass., civ. 1ère, 6 déc. 2005, *Bull. Civ.*, I, n°476 ; *D.*, 2006, p. 99.

[64] CA Paris, 4 avr. 2003, *D.*, 2004, p.p. 1697-1700, note M-Ch. MEYZEAUD-GARAUD.

[65] C. civ., art. 324, al. 2 : *« Les juges peuvent d'office ordonner que soient mis en cause tous les intéressés auxquels ils estiment que le jugement doit être rendu commun »*.

[66] Le texte de l'art. 324 al. 1er *in fine* c. civ. précise que la tierce-opposition ne peut être formée que par ceux auxquels l'action était ouverte (*les « personnes qui n'ont point été parties* [au jugement] *ont le droit d'y former tierce opposition* […] *si l'action leur était ouverte »*), consacrant ainsi la jurisprudence qui avait décidé que la tierce-opposition est fermée lorsque la décision qu'elle prétend critiquer a été rendue à la suite d'une action dont la loi réserve l'exercice à certaines personnes qu'elle désigne (cass., civ. 1ère, 11 juin 1991, *Bull. Civ.*, I, n°200).

[67] C. civ., art. 324, al. 1er.

contestée par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire, dans le délai de cinq ans à compter de la délivrance de l'acte ».

Si c'est bien la filiation qui est visée par l'expression *« peut être contestée »*, en revanche on peut s'interroger au sujet de *« la preuve contraire »*. Cela concerne-t-il la possession d'état ou la filiation ? La doctrine n'est pas unanime.

Pour Frédérique GRANET et Jean HAUSER, *« la preuve a* […] *pour objet le défaut d'existence de la possession d'état ou un vice affectant celle-ci et la privant de ses effets légaux. Elle ne consiste pas à démontrer que la filiation ne correspond pas à la vérité biologique, de sorte qu'une expertise biologique ne serait pas de droit en pareil cas »*[68].

Pour Jacques MASSIP, *« il est toujours possible de contester la réalité de la possession invoquée ou de soutenir qu'elle est inefficace parce qu'entachée de vices »*[69], *« de démontrer que les conditions de la possession d'état ne sont pas réunies par exemple parce qu'elle est entachée d'équivoque, notamment en raison de l'existence d'une possession d'état contraire »*[70], mais *« il serait aussi possible de contester la filiation qu'elle fait présumer en prouvant, par exemple, au moyen d'une expertise biologique, que la possession ne correspond pas à la réalité »*[71].

Observons que l'article 335 du Code civil est inscrit parmi les dispositions relatives aux *« actions en contestation de la filiation »*[72], ce qui paraît indiquer que *« l'action particulière de contestation d'une filiation fondée sur une possession d'état constatée par un acte de notoriété constitue* […] *une action d'état »*[73] et militerait donc en faveur de la thèse selon laquelle la filiation pourrait être remise en cause au moyen d'une expertise biologique – laquelle serait de droit sauf motif légitime – qui conclurait à l'absence de lien génétique.

Quant au délai de contestation posé à l'article 335 du Code civil, il peut paraître surprenant à certains égards.

En effet, si l'on relit ce texte, il n'est plus permis de contester la filiation lorsque la possession d'état a été constatée depuis cinq ans. Or, avant que l'ordonnance de 2005 ne prévoie que c'est la possession d'état constatée qui établit la filiation, le juge qui délivrait l'acte de notoriété n'était pas trop regardant quant aux éléments et caractères de la possession d'état puisqu'il s'agissait seulement de constater un état préexistant et non d'établir une filiation[74]. En outre, il n'est pas exigé de respecter le principe du

---

[68] F. GRANET-LAMBRECHTS et J. HAUSER, « Le nouveau droit de la filiation », *D.*, 2006, p.p. 23-24.

[69] J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », op. cit. note 50, p. 35.

[70] Ibid., p. 33.

[71] Ibid., p. 35.

[72] Intitulé de la section III.

[73] A. GOUTTENOIRE, « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.*, 2006, ét. 6, p. 20.

[74] Pierre MURAT (« L'enfant de mère porteuse, tentative d'établissement de la filiation par possession d'état », note TGI Lille, 22 mars 2007, *Dr. fam.*, 2007, comm. 122, p. 30) écrit ainsi que *« la prescription nouvellement imposée par la réforme de 2005 en matière de contestation de l'acte de notoriété, dont on*

contradictoire, de telle sorte que l'autre parent ou qui se prétend parent peut parfaitement ignorer qu'un acte de notoriété a été délivré. Certes, la loi exige la mention de *« la filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété »*[75] sur les registres de l'état civil. Mais cette publicité risque fort d'être insuffisante en pratique, à moins d'imaginer qu'il soit assez régulièrement demandé une copie de l'acte de naissance de l'enfant.

A l'inverse, il faut que se soient écoulés *« dix ans à compter du jour où la personne* […] *a commencé à jouir »*[76] de son état pour que le jugement constatant la possession d'état ne puisse plus faire l'objet d'une tierce-opposition[77] ou que l'enfant ait atteint l'âge de 28 ans si c'est lui qui forme la tierce-opposition[78].

Cependant, l'acte de notoriété peut être délivré jusqu'à cinq ans après que la possession d'état alléguée ait cessé[79], ce qui retarde d'autant le point de départ du délai de contestation et peut donc amener à une date plus éloignée que dix ans de jouissance de l'état ou 28 ans d'existence pour l'enfant (délais de la tierce-opposition).

Les textes ne sont pas non plus exempts d'incohérences. Aux termes de l'article 324 alinéa 1er, la tierce-opposition est enfermée dans le même délai que l'action en constatation de possession d'état[80]. Autrement dit, le recours peut être prescrit au moment même où il y aurait intérêt à l'exercer.

Enfin, nous ne pouvons nous empêcher de faire le rapprochement entre l'article 335 du Code civil, qui déclare que *« la filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété »* ne peut être contestée que *« dans le délai de cinq ans à compter de la délivrance de l'acte »*, et l'article 333 alinéa 2 qui énonce que *« nul ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement »*.

Il serait en effet tentant d'en tirer la conclusion que l'acte de notoriété constitue un titre[81], ce qu'il n'est pas puisque la contestation est ouverte à *« toute personne qui y a*

---

soulignera la brièveté, devrait inciter les magistrats à changer leurs pratiques antérieures et à être très attentifs lors de la délivrance d'actes de notoriété qui, de surcroît, correspondent presque toujours dans une société bureaucratique à des hypothèses marginales de filiation ».

[75] C. civ., art. 317, dernier al., op. cit. note 55.

[76] Le projet de loi de ratification de l'ord. de 2005 (op. cit. note 41) tend à remédier à l'incohérence en remplaçant, dans l'art. 335, le mot *« cinq »* par le mot *« dix »*, ce qui donnerait : *« La filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété peut être contestée par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire, dans le délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte »*.

[77] C. civ., art. 321, par renvoi de l'art. 324, al. 1er.

[78] Ibid. : *«* […] *A l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité »*.

[79] C. civ., art. 317, al. 3, op. cit. note 53.

[80] C. civ., art. 330, op. cit. note 59.

[81] Ce qui ne sera plus possible si le projet de loi de ratification (op. cit. note 41) était adopté dans la version retenue par le Sénat le 15 janv. 2008, qui prévoit d'instituer un délai décennal à l'art. 335. V. *supra*.

intérêt »[82], contrairement à ce qui est prévue lorsqu'il y a simultanément titre et possession d'état[83].

B) La conformité du titre et de la possession d'état

L'article 333 du Code civil dispose : *« Lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé. Nul ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement »*.

Une remarque s'impose au regard de ce que nous avons vu précédemment : l'article 333 vise la possession d'état en tant que fait, c'est-à-dire qu'elle n'a pas à avoir été constatée pour jouer un rôle consolidateur vis-à-vis du titre.

Les règles introduites par l'ordonnance du 4 juillet 2005 n'opérant aucune distinction selon que la filiation s'inscrit ou non dans un engagement matrimonial, elles se révèlent plus favorables à la stabilité des liens hors mariage que celles issues de la loi du 3 janvier 1972.

Auparavant, la conjonction du titre et de la possession d'état n'interdisait pas à tout intéressé d'agir en contestation. Ce n'était qu'au bout de dix ans que l'action était réservée à *« l'autre parent,* [à] *l'enfant lui-même ou* [à] *ceux qui se prétendent les parents véritables »*[84]. Et ces derniers disposaient de 30 ans pour se manifester.

Par contre, l'article 333 est moins protecteur que l'était l'article 322 alinéa 2 du Code civil concernant la filiation en mariage. Dans l'hypothèse d'*« une possession conforme* [au] *titre de naissance »*, celui-ci interdisait toute contestation, sauf le désaveu de paternité exercé par l'époux dans les conditions strictes des articles 312 alinéa 2 et 316 du Code civil, et l'action en contestation de paternité exercée par la mère conformément aux articles 318 et suivants du Code civil[85].

En vertu de l'article 333 alinéa 2 du Code civil, la conjonction du titre et de la possession d'état ne ferme la contestation qu'au bout de cinq années *« depuis la naissance »*.

---

[82] C. civ., art. 335 : *« La filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété peut être contestée par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire, dans le délai de cinq ans à compter de la délivrance de l'acte »*.

[83] C. civ., art. 333, al. 1er : *« Lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable* […] *»*.

[84] C. civ., art. 339, al. 3, op. cit. note 12.

[85] La législation belge prévoit encore que l'action en contestation de paternité de l'époux n'est pas recevable lorsque le mari a élevé l'enfant comme sien, sauf circonstance exceptionnelle (B. MAINGAIN et E. WILDE D'ESTMAËL, op. cit. note 31, n°97).

L'alinéa 2 de l'article 333 suscite une question : pose-t-il un délai de prescription ou un délai préfix ? La réponse a son importance au regard du régime du délai et donc de la stabilité de l'état.

Si l'on considère que c'est un délai de prescription, il ne courra pas à l'égard de l'enfant tant qu'il sera mineur ni à l'égard de celui qui entend contester le lien tant qu'il n'a pu agir valablement. Bénéficierait ainsi de la suspension le père légal ou le géniteur qui ignorerait la vérité sur les origines biologiques de l'enfant.

Si c'est un délai préfix, aucun motif de suspension ne sera admis. Ainsi, le père désigné ou le père biologique qui n'apprendrait la vérité que tardivement se heurterait à la forclusion. De même l'action, dont la forclusion serait intervenue durant la minorité de l'enfant, ne renaîtrait pas à la majorité de celui-ci.

Littéralement, le point de départ du délai quinquennal inscrit à l'article 333 alinéa 2 du Code civil est *« la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement »*. Aucune possibilité d'en différer le moment n'est expressément prévue, contrairement aux actions qui ne sont enfermées dans aucun délai spécial et pour lesquelles l'article 321 énonce que, *« à l'égard de l'enfant,* [le] *délai est suspendu pendant sa minorité »*.

Il est permis d'en déduire que le délai de l'article 333 alinéa 2 est un délai préfix, un délai de déchéance.

Contrairement au droit français, le droit allemand prévoit un délai de prescription en ce que le délai biennal ne commence à courir que du jour de *« la découverte de circonstances faisant douter de la paternité »*[86] et recommence à courir au profit de l'enfant majeur lorsque son représentant légal n'a pas agi pendant sa minorité. Précisons qu'à l'égard de la mère, nécessairement au courant des circonstances jetant un doute sur le lien génétique dès la conception de l'enfant, le délai expire inexorablement dans les deux années suivant la naissance.

La jurisprudence allemande a eu l'occasion d'interpréter la notion de *« circonstances jetant un doute sur la paternité »*. Il doit s'agir de circonstances qui déclenchent un doute chez un homme *« normalement »* intelligent, sans qu'il soit un spécialiste en matière obstétricale ou génétique. Ainsi de la découverte d'une liaison entre l'épouse et un tiers durant la période de conception. Sont en revanche insuffisantes une simple méfiance ou des rumeurs. C'est ce qui ressort d'un arrêt du 22 avril 1998 de la Cour fédérale de Justice, selon lequel le demandeur ne doit pas fonder son action sur de simples soupçons mais doit établir l'existence de faits fondant objectivement un doute sur sa paternité. Il est permis d'en déduire que le point de départ du délai de prescription est également une condition de son ouverture. Il reste que l'état de l'enfant est soumis à une certaine insécurité. En effet, la mère et le père légal peuvent se mettre d'accord pour affirmer que le demandeur vient de découvrir les circonstances de nature

[86] BGB, art. 1600, *b)*.

à élever le doute quant à sa paternité et repousser ainsi le point de départ du délai d'action[87].

Si l'action en contestation est ouverte en France tant que les cinq années ne se sont pas écoulées, elle ne l'est pas à tout le monde en raison de la conformité du titre et de la possession d'état. La règle énoncée au premier alinéa de l'article 333 implique que *« seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable »*.

Observons que l'article 1600 du BGB allemand n'ouvre l'action en contestation[88] qu'au père juridique, à la mère et à l'enfant, excluant celui qui se prétend le véritable père de l'enfant Le 25 mars 1981, la Cour fédérale de Justice a reconnu au géniteur un intérêt légitime à faire établir sa paternité tout en considérant que, si les titulaires de l'action n'avaient pas intenté l'action, c'est qu'il existait un lien affectif entre l'enfant et son père légal qui méritait d'être protégé contre l'intrusion d'un tiers. Ainsi l'intérêt du géniteur prétendu à l'établissement de sa paternité doit-elle céder devant l'intérêt de l'enfant à grandir dans une famille unie et harmonieuse, ce que confirma la Cour fédérale en réitérant sa position dans une décision du 10 janvier 1999. La solution démontre que, quelle que soit la valeur qu'un Etat accorde à la vérité biologique, il est réservé une place à la paix des familles et aux liens qui ont pu se tisser entre l'enfant et ses parents légaux.

Au terme des cinq ans, plus personne en France n'est recevable à agir, peu important la qualité du demandeur et les circonstances dont il se prévaut[89]. La relation socio-affective aura alors plus de valeur que le lien génétique.

Une façon de ne pas laisser la science imposer son diktat et bouleverser l'état établi. C'est une preuve de plus que la filiation ne saurait se résumer à un lien purement biologique.

L'article 333 alinéa 1er prévoit que l'action en contestation exercée par les individus qu'il vise expressément *« se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé »*[90]. Précisons que ce délai ne vaut que si la conjonction du titre et de la possession d'état a duré moins de cinq ans car, dans le cas inverse, il y aurait forclusion sur le fondement de l'alinéa second.

---

[87] Sur toutes ces questions relatives au droit allemand, v. E. WENNER, op. cit. note 4, n°88 et suiv.).

[88] Indépendamment de l'existence d'une possession d'état, inconnue du droit allemand.

[89] Cf. c. civ., art. 333, al. 2. Le projet de loi de ratification (op. cit. note 41) propose d'introduire une exception en insérant, après le mot *« nul »*, les mots *« à l'exception du ministère public », afin de « lutter contre les fraudes dans le délai de droit commun de dix ans »* (rapp. n°770 fait au nom de la commission des lois, 2 avr. 2008, www.legifrance.gouv.fr.). Une manière d'affirmer que l'ordre public prime sur la paix des familles et la stabilité de l'état de l'enfant.

[90] Le projet de loi de ratification (op. cit. note 41) prévoit d'ajouter : *« ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté »*.

Il convient de rappeler ici que l'interruption obtenue par fraude ou violence, notamment par des manœuvres unilatérales de l'un des parents, ne vaut pas cessation de la possession d'état dans le sens où l'entend la loi.

C'est ainsi que, sous l'empire du droit antérieur à l'Ordonnance de juillet 2005, la 1ère Chambre civile avait déclaré, le 30 juin 1992[91], que les agissements de la mère tendant à rompre tout lien affectif entre l'enfant et son ex-mari n'étaient pas de nature à priver la possession d'état de ses effets. Dans le même sens, la haute juridiction avait affirmé, dans un arrêt du 14 juin 2000[92], que la décision du mari de la mère de cesser de traiter l'enfant comme le sien ne pouvait mettre à néant les effets d'une possession d'état exempte de vices.

A l'image de Jacques MASSIP, on ne peut que remarquer l'*« absurdité »* d'un texte qui, tout en organisant un régime spécial d'action en contestation lorsque le lien de filiation peut se prévaloir d'un titre et d'une possession d'état conforme, prévoit un délai dont le point de départ est la cessation de la possession d'état[93].

Imaginons qu'un enfant ait bénéficié de sa naissance à ses trois ans d'une telle conjonction, et que la possession d'état ait ensuite cessé. Les cinq ans de l'article 333 alinéa 2 ne s'étant pas écoulés, il faut appliquer le délai du premier alinéa. Il en résulte que la filiation ne deviendra incontestable qu'environ huit ans après la naissance de l'enfant. Alors que si la possession d'état avait cessé lorsque l'enfant n'avait que deux ans, sa filiation aurait été incontestable vers l'âge de sept ans.

Autrement dit, en-dessous d'une durée de cinq ans[94], plus la conjonction du titre et de la possession d'état aura été courte, plus tôt la stabilité sera acquise, de telle sorte que le temps de possession d'état, en-dessous de cinq ans, ne jouera pas en faveur de la sécurité du rapport de filiation, mais la desservira.

Autre incohérence, vis-à-vis cette fois du régime d'ensemble des actions en contestation : une fois que la possession d'état a cessé, on se trouve en présence d'un titre nu ; la situation devrait donc être régie par l'article 334 du Code civil[95] qui ouvre l'action à tout intéressé dans le délai de l'article 321, c'est-à-dire dix ans.

A moins que l'on considère que l'article 334 ne s'applique que dans l'hypothèse où il n'a jamais existé de possession d'état, ce qui serait conforme à la logique des textes et aux objectifs de la réforme, dont l'un a été d'accroître la stabilité de l'état.

---

[91] Cass., civ. 1ère, 30 juin 1992, *Bull. Civ.*, I, n°207.

[92] Cass., civ. 1ère, 14 juin 2000, *D.*, 2001, somm. 969, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

[93] J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation (suite) », op. cit. note 30, p. 118 : *« Cette disposition* [art. 333, al. 1er, 2ème phrase] *est, a priori, absurde, car il est incompréhensible que la cessation de la possession d'état vienne consolider le titre »*.

[94] Cf. c. civ., art. 333, al. 2.

[95] C. civ., art. 334 : *« A défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée par toute personne qui y a intérêt dans le délai prévu par l'article 321 »*.

Dans l'ensemble, on peut dire que l'ordonnance du 4 juillet 2005 a œuvré dans le sens d'une sécurisation du lien de filiation, encore que l'observation doive être nuancée au regard de la paternité en mariage lorsqu'il y a conjonction du titre et de la possession d'état. On ne peut que se réjouir de cet effet positif.

Toutefois, passée la première réaction, on s'aperçoit que la réduction des temps de délai peut aussi avoir des effets négatifs.

Section II : La gestion difficile d'une variété de situations

Auparavant, la filiation en mariage ne pouvait jamais être contestée dès lors que l'enfant bénéficiait d'une possession d'état à l'égard des époux, l'article 334-9 du Code civil déclarant nulle toute reconnaissance dans un tel cas, encore moins lorsqu'il y avait conjonction du titre et de la possession d'état, hypothèse que régissait l'article 322 alinéa 2 du Code civil.

C'est ainsi que les hauts magistrats, dans des arrêts du 14 juin 2005[96] et du 14 février 2006[97], avaient approuvé la Cour d'appel de Besançon[98] et celle d'Agen[99] d'avoir déclaré irrecevable l'action en contestation exercée par celui qui se prétendait être le géniteur de l'enfant juridiquement et factuellement rattaché au conjoint de la mère.

L'ordonnance a rendu l'action possible tout en l'encadrant dans des limites raisonnables, comme pour toute action en contestation (§ I).

Si l'absence de correspondance entre le lien juridique devenu incontestable par l'écoulement du temps et la vérité des gènes n'est pas tellement problématique à partir du moment où il existe des relations affectives, la situation est beaucoup plus ennuyeuse lorsqu'elle ne peut se prévaloir d'aucun support sociologique, la possession d'état n'ayant jamais existé ou ayant disparu (§ II).

§ I L'ouverture raisonnable de l'action en contestation

Autrefois, la prescription des actions relatives à la filiation était jugée incompatible avec le principe de l'indisponibilité de l'état. Revenant sur cette considération, la jurisprudence puis la loi ont instauré un délai trentenaire de droit commun.

---

[96] Cass., civ. 1ère, 14 juin 2005, *D.*, 2005, p. 883 ; *AJFam.*, 2005, p. 328, obs. F. CHENEDE.

[97] Cass., civ. 1ère, 14 fév. 2006, *RJPF*, 2006, 5/36, analyse Th. GARE ; *RTDciv.*, 2006, p.p. 293-294, note J. HAUSER (2 espèces).

[98] *« La Cour d'appel* [avait] *souverainement estimé que la possession d'état était conforme au titre de naissance, de sorte que l'action en contestation de paternité et la demande d'expertise sanguine étaient irrecevables ».*

[99] L'action et la demande d'expertise n'étaient pas recevables *« dès lors qu'il était justifié que l'enfant avait une possession d'état d'enfant légitime conforme à son titre de naissance ».*

A des époques où la science dans le domaine de la génétique n'était pas ce qu'elle est maintenant, la longueur du délai de droit commun, voire l'imprescriptibilité, n'avait pas beaucoup d'inconvénients quant à la stabilité de l'état car la contestation n'était pas toujours permise et, lorsqu'elle l'était, il y avait de nombreux régimes spéciaux qui enfermaient les actions dans des délais très courts, sans compter toutes les autres conditions qu'il fallait remplir. En outre, il y avait le dépérissement des preuves, la disparition des témoins, le poids des interdits sociaux.

Ces limites explicites ou implicites ayant de nos jours disparu, la stabilité de la filiation ne pouvait plus résider que dans la prescription des actions en contestation, qui se devait d'être assez courte sans toutefois être trop brève.

En effet, le droit de la filiation ne se réduisant pas à la traduction légale du lien génétique, les textes se doivent de réaliser un compromis entre des considérations d'ordre humain et des considérations d'ordre biologique, de telle sorte que sans exclure totalement l'établissement de la vérité du sang, ils en limitent seulement la recherche.

Pour ce faire, les rédacteurs ont instauré des délais au-delà desquels aucune contestation du lien de filiation n'est plus recevable. Et ils modulent ces délais en fonction de la possession d'état.

Il arrive ainsi que la loi protège la relation vécue alors qu'elle ne correspond pas au lien génétique. Cette position se justifie au regard de la paix des familles, de la stabilité de l'état, du souci de ne pas troubler une situation acquise par une recherche intempestive de la vérité biologique et la révélation de celle-ci. *« Lorsqu'un temps suffisamment long s'est écoulé »*, la découverte *« de la vérité peut être un remède pire que le mal »*[100], particulièrement lorsqu'un lien affectif s'est tissé entre ceux que la loi du sang sépare.

C'est pourquoi la conjonction du titre et de la possession d'état interdit toute contestation au-delà de cinq ans, même si la filiation établie ne correspond pas à la vérité des gènes. Cette solution se justifie particulièrement dans l'hypothèse d'un désintérêt délibéré de la part du parent biologique : il y alors tout avantage à préserver la filiation de l'enfant à l'égard de celui qu'il considère comme son père et qui se comporte comme tel, bien qu'il ne soit pas le géniteur.

Il est clair que, lorsque le père biologique et le père sociologique ont eu connaissance dès l'origine ou suffisamment tôt de la vérité, le premier n'a manifestement pas entendu assumer son rôle auprès de l'enfant tandis que le second a manifesté le désir de se comporter comme s'il en était l'auteur. Dans de telles conditions, il est normal que celui qui a conçu l'enfant ne soit plus recevable à agir au-delà de cinq ans de conformité du titre et de la possession d'état car, s'il s'était

[100] J. VIDAL, « La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation », *Mélanges G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 1134.

véritablement intéressé au sort de cet enfant, il aurait réagi plus tôt. De même, il est normal que le père désigné soit tenu de respecter l'engagement qu'il a pris et dont il a pu apprécier le contenu durant cinq années, tout comme il est normal que la mère assume le choix qu'elle a fait de laisser s'établir de façon définitive un lien entre son enfant et un homme qu'elle sait ne pas être le géniteur.

Les rédacteurs de l'article 333 alinéa 2 du Code civil auraient ainsi fait du délai quinquennal une période probatoire qu'ils auraient considérée suffisante pour asseoir définitivement un lien de filiation.

Du reste, les protagonistes seront sans doute peu enclins à remettre en cause une filiation qui s'est constituée en connaissance des raisons qui auraient pu être données de la contester. L'analyse ne vaut donc qu'autant que la vérité biologique est connue et qu'elle l'a été suffisamment tôt.

Dans le cas où ce serait en raison de l'ignorance de celle-ci que ni le père en titre ni le véritable auteur de l'enfant n'auraient agi conformément au délai imparti, l'appréciation de la situation est beaucoup plus délicate et il se peut que ce soit l'enfant qui en pâtisse.

§ II L'enfermement dans des liens légaux totalement creux

« Si le choix de faire prévaloir la vérité sociologique se justifie par les raisons exposées, il n'en demeure pas moins qu'il implique de faire fi, en premier lieu, de certaines critiques qui peuvent être adressées à la possession d'état et, en second lieu, des avantages dont peut se prévaloir la vérité biologique »[101].

Tel est le point de vue de Florence MILLET.

Selon l'auteur, en faisant dépendre la filiation de la possession d'état, l'ordonnance du 4 juillet 2005 introduirait une mesure de disponibilité de l'état des personnes.

En effet, la mère peut s'arranger pour que celui qui sera juridiquement reconnu comme étant le père de l'enfant soit l'homme sur lequel elle a porté sa préférence, ce qui est envisageable grâce aux règles légales. Elle est ainsi en mesure d'élire le père de son enfant.

De son côté, le père élu est en position d'exercer ce choix lorsqu'il a conscience de ne pas être le véritable auteur de l'enfant. Par contre, il subit le choix de la mère s'il n'a pas connaissance des raisons qu'il aurait de douter de sa paternité, en particulier la pluralité de partenaires durant la période légale de la conception.

Les pratiques de reconnaissance de complaisance ne sont pas nouvelles, de même que le rôle de la possession d'état dans l'entérinement de liens paternels totalement faux

[101] F. MILLET, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP* G, 2006, I-112.

d'un point de vue génétique. Cependant, les textes actuels (spécialement l'article 333 alinéa 2) permettent à la situation d'être acquise beaucoup plus rapidement qu'hier.

Or, généralement, la mère choisit comme père pour son enfant l'homme avec lequel elle forme un couple à ce moment là. Passé cinq ans, aucun d'eux ni l'enfant ne peut plus agir. Autrement dit, l'état de l'enfant dépend entièrement de l'établissement d'une relation de couple entre l'un de ses parents biologiques et une personne qui lui est génétiquement étrangère. L'enfant se trouve placé sous la seule dépendance de la volonté exprimée à un moment donné par sa mère et parfois le tiers qui le reconnaît.

D'où l'interrogation de Florence MILLET : *« la consolidation du lien de filiation n'a*[-t-elle] *pas été conçue pour profiter, davantage qu'à l'enfant, à ceux qui veulent lui tenir lieu de parents »*[102] ?

A cela, l'on peut interférer que, certes, il peut sembler contestable de ne prendre en compte que la volonté expressément déclarée à un instant précis. Mais c'est qu'en réalité le droit ne se contente pas de la volonté d'un instant : pour que le titre soit consolidé, il exige un comportement correspondant durant cinq années au moins, la possession d'état étant une autre manière de manifester sa volonté.

Par ailleurs, ignorer la volonté de l'enfant ne va pas nécessairement à l'encontre de l'idée que la société se fait, et que le droit entérine, de la filiation. Par exemple, l'adoption d'un enfant, avant qu'il ait atteint l'âge de treize ans, ne requiert nullement son consentement. L'établissement de la paternité, pendant très longtemps, a largement dépendu de la volonté de l'homme. Et si le rôle de la volonté est devenu moindre, il n'empêche qu'elle fait toujours partie des éléments constitutifs d'un lien de filiation. D'ailleurs, à l'heure actuelle, l'établissement du lien maternel suppose que celle qui accouche ne s'y soit pas opposée.

Enfin, les règles intéressant la filiation doivent-elles avoir pour seul but de profiter davantage à l'enfant, autrement dit de ne viser que son intérêt ? L'intérêt de l'enfant a sa place dans notre droit de la filiation, mais il doit se combiner avec des impératifs sociaux tout aussi importants pour la structure de la société.

En outre, il est un peu rapide de conclure que l'enfant ne tire aucun profit de la situation, dès lors que le couple parental demeure uni. En effet, il bénéficie dans ce cas d'un foyer constitué d'une mère et d'un père.

C'est lorsque le couple se disloque qu'il est par contre permis de désapprouver l'effet consolidateur, car il n'est pas certain que la possession d'état, sujette aux fluctuations du couple, survive à la rupture de celui-ci. Il se peut en effet que l'auteur de la reconnaissance se désintéresse d'un enfant qu'il sait ne pas être le sien, surtout si cette vérité lui a été dans un premier temps dissimulée.

[102] Ibid., p. 306.

Considérant une telle hypothèse – qui n'a rien d'irréelle – il est regrettable que la stabilité de la filiation soit alors assurée par le biais d'un lien que l'on sait éminemment instable, à savoir le couple parental.

D'où le reproche, émis à l'égard des rédacteurs de l'ordonnance de 2005, d'avoir pris le risque, pour éradiquer le contentieux, de maintenir un lien de filiation qui ne concorde pas avec la vérité biologique et ne correspond plus à aucune vérité affective.

« Cette dénégation de la vérité biologique est d'autant plus discutable que les conditions de permanence, essentielles à la filiation, sont, qu'on le veuille ou non, bien mieux garanties par les origines véritables »[103]. Ce que veut dire par là Florence MILLET, c'est que seules les origines biologiques *« permettent, quels que puissent être les aléas d'une vie et quels que puissent être les comportements des uns et des autres, de désigner un père ou une mère dans leur unicité »*[104]. Certes, elle reconnaît elle-même que cette considération *« ne doit pas conduire à faire prévaloir systématiquement la vérité biologique »*[105]. Il s'agit seulement de n'écarter la vérité du sang que dans des hypothèses particulières, ce qui pourrait signifier l'instauration d'une exception à la règle énoncée à l'article 320 du Code civil.

Hugues FULCHIRON[106] évoque, quant à lui, une possible tentation de la jurisprudence de la contourner[107].

Conformément à l'article 320 du Code civil[108], un lien de filiation ne peut être établi que si un tel lien n'existe pas déjà dans la branche visée. Dans le cas contraire, il faut au préalable faire tomber le lien existant au moyen d'une action en contestation. Nous savons que celle-ci est enfermée dans des délais plus ou moins brefs selon que l'enfant bénéficie ou non d'une possession d'état conforme au titre.

Si l'action est irrecevable parce que prescrite, il ne sera dès lors plus possible pour celui qui se prétend le véritable parent de l'enfant d'obtenir la reconnaissance juridique du lien biologique, de même que l'enfant ne pourra plus espérer faire établir le lien qui correspond à ses origines génétiques.

Autrement dit, en interdisant de contester un lien de filiation passé un certain laps de temps, alors que *« tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement*

---

[103] Ibid., p. 306.

[104] Ibid., p. 306 (note 19).

[105] Ibid., p. 306 (note 19).

[106] H. FULCHIRON, « Egalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit français de la filiation », *Droit et patrimoine*, mars 2006, n°146, p. 52.

[107] *«* […] *Une filiation paternelle ne peut être établie que si l'enfant n'a pas de filiation déjà établie. Dans le cas contraire, il faudra au préalable faire tomber la filiation mensongère. Si l'action est fermée en raison de l'écoulement du temps, la filiation véritable ne pourra jamais être établie. Les intéressés supporteront-ils de se heurter à un tel obstacle et la jurisprudence ne sera-t-elle pas tentée de le contourner ? »*, ibid., p. 52.

[108] C. civ., art. 320 : *« Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait ».*

établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait »[109], la mise en œuvre du régime des actions en contestation peut avoir pour résultat de placer l'enfant dans la situation d'avoir pour père un homme qui refuse désormais de tenir ce rôle et/ou que lui-même estime n'avoir aucune raison de considérer comme tel, tandis que le lien qui peut se prévaloir de la vérité des gènes et éventuellement d'une réalité vécue (notamment depuis la séparation des membres du couple parental) ne peut plus être établi.

On se retrouve ainsi dans la situation paradoxale où la filiation paternelle ne repose plus que sur le seul titre et que la possession d'état à l'égard du géniteur ne peut produire aucun effet, alors que le souhait des rédacteurs de l'ordonnance était justement de privilégier la vérité sociologique.

C'est que la philosophie des textes procède de la croyance que la relation socio-affective résistera à la révélation des véritables origines de l'enfant (et à l'éventuelle rupture du couple). Or, selon Florence MILLET, il est illusoire d'escompter que celui qui découvre avoir été trompé continue de se comporter comme un père envers un enfant qui est le fruit d'une infidélité commise à son égard, de même que d'escompter que l'enfant désire poursuivre dans l'entretien d'un tel rapport filial.

La solution consacrée par les textes serait d'autant plus critiquable que l'homme qui aura été trompé se voit appliquées toutes les conséquences attachées à la filiation, à commencer par l'obligation d'entretien[110] : est-il juste que cet homme ait à pourvoir à l'éducation et aux besoins d'un enfant qu'il sait, du fait de l'aveu tardif de la mère, ne pas être en réalité le sien et qu'il n'a aucune raison de considérer ainsi ? Est-il juste que, le jour de son décès, l'enfant vienne à sa succession ?

« Sans doute est-ce l'enfant que l'on pense protéger, en ne faisant pas peser sur lui les conséquences de faits qui concernent le couple. Mais il n'est pas certain qu'il trouve lui-même intérêt à voir le lien de filiation maintenu dans de telles circonstances »[111]. Imaginons par exemple que l'auteur de la reconnaissance tombe dans le besoin. L'enfant devenu majeur et disposant de ressources suffisantes se verra imposé de lui fournir des *« aliments »*[112]. Que fait-on de l'intérêt de l'enfant lorsque celui qui l'a conçu et avec qui il partage de l'affection désire que la loi reconnaisse sa qualité de père, tant génétique que sociologique, mais que cela s'avère définitivement impossible parce que le lien établi à l'égard d'un autre homme est devenu incontestable ?

---

[109] Ibid.

[110] C. civ., art. 371-2 : *« Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant.*
Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur ».

[111] F. MILLET, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », op. cit. note 101, p. 307.

[112] C. civ., art. 205 : *« Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère* […] *qui sont dans le besoin ».*

Pour ce qui concerne l'autorité parentale, il est difficilement concevable d'appliquer le principe d'un exercice conjoint lorsque le père seulement en titre se désintéresse de l'enfant. Heureusement, les textes permettent d'apporter des réponses adaptées, tel l'exercice exclusif attribué à la mère[113] ou bien encore le retrait total ou partiel de l'autorité parentale à l'égard du père[114] (sous réserve d'être dans l'un des cas justifiant un tel retrait[115]).

Cependant, *« il est quelque peu singulier de maintenir artificiellement un lien de filiation qui ne produira jamais* [l'un des] *plus important*[s] *de ses effets*[116]*, alors qu'il continuera à emporter toutes ses conséquences à propos de l'obligation alimentaire*[117] *et de la vocation successorale, dans des conditions extrêmement contestables »*[118].

Dans l'hypothèse où le véritable auteur de l'enfant développe un rapport filial avec ce dernier, n'est-il pas frustrant qu'il ne lui soit reconnu aucune autorité parentale ?

Certains mécanismes sont envisageables pour remédier à une telle situation, notamment la délégation d'autorité parentale. Encore faudrait-il être en présence d'une situation assez paisible, les conditions auxquelles est subordonnée l'application de cette solution supposant une absence de conflit. On peut aussi imaginer l'adoption simple lorsque la mère a finalement décidé d'épouser le géniteur de l'enfant. Cependant, il est regrettable que les textes légaux n'offrent pas tellement d'autre réponse que celle d'un recours abusif à cette institution.

Finalement, opposer le fait que cinq années se sont écoulées, n'est-ce pas un peu léger pour refuser *« l'établissement du lien envers celui que les vérités biologique aussi bien que sociologique concourent à désigner comme le père de l'enfant »*[119], quand on sait que la filiation est ce qui détermine la vie entière d'un individu ? *« Cinq ans,* [c']*est une bien brève période »*[120].

Cependant, a-t-on mieux à proposer ?[121] Renforcer la stabilité de l'état était une nécessité. Et nous devons reconnaître qu'elle apporte de nombreux avantages. Certes,

---

[113] C. civ., art. 373-2-1, al. 1er : *« Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents »*.

[114] C. civ., art. 378-1 à 381.

[115] Cf. c. civ., art. 378 et 378-1 al. 1 et 2.

[116] A savoir l'attribution et l'exercice de l'autorité parentale.

[117] Encore que l'art. 379 prévoit que *« le retrait total de l'autorité parentale* […] *emporte, pour l'enfant, dispense de l'obligation alimentaire* […], *sauf disposition contraire dans le jugement de retrait »*.

[118] F. MILLET, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », op. cit. note 101, p. 307.

[119] Ibid., p. 308.

[120] Ibid., p. 308.

[121] Pierre MURAT propose de revenir sur l'impossibilité pour l'enfant de contester la filiation passé le délai quinquennal et de lui rouvrir l'action en contestation à sa majorité. La législation allemande est à ce sujet intéressante en ce que, d'une part, elle prévoit l'ouverture de l'action à l'enfant devenu majeur (v. *supra*), d'autre part, elle accorde à l'enfant une action particulière en contestation fondée sur la découverte *« de faits qui rendent les conséquences de la paternité inacceptable »* (art. 1600 b) al 5).

les règles n'offrent pas toujours une issue heureuse, en particulier lorsque le père selon le titre n'entretient plus aucun rapport avec l'enfant, lorsque celui qui l'a conçu entend établir des liens avec lui. Mais on ne peut blâmer les rédacteurs de ne pas avoir donné une réponse spéciale pour chaque hypothèse, la généralité étant de l'essence de la loi.

En outre, tous les *« faux pères »* ne réagissent de la même façon devant la découverte de la vérité. Certains sont profondément attachés à l'enfant et désirent poursuivre leurs relations père/fils ou père/fille. De son côté, l'enfant peut avoir noué des liens qu'il espère maintenir. Quant au géniteur, le plus souvent il a totalement disparu de la circulation, surtout s'il ignore l'existence de l'enfant, mais aussi parfois lorsqu'il est au courant.

« Il se pourrait », selon Hugues FULCHIRON, *« que dans son souci de stabiliser les filiations, le législateur soit allé trop loin »*[122].

Il reste que les rédacteurs de l'ordonnance de 2005 n'ont pas totalement fermé la contestation et l'ont même, au contraire, pour la paternité en mariage reposant sur la conjonction du titre et de la possession d'état, ouverte.

Cette possibilité de contester un lien dont il est établi qu'il ne correspond pas à la vérité biologique contraste avec l'intangibilité de principe de la filiation résultant d'un jugement d'adoption et de celle de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée exogène.

C'est que, dans le cas de l'adoption ou de la procréation assistée avec tiers donneur, on ne prétend nullement à l'établissement d'une vérité biologique. Aussi serait-il incompréhensible que l'on puisse remettre en cause une telle filiation au motif que le lien légal ne correspond pas au lien génétique.

Pourrait être envisagée l'hypothèse d'une séparation entre la mère et le père légal (en ce sens, E. WENNER, op. cit. note 4, n°98).

[122] H. FULCHIRON, « Egalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit français de la filiation », op. cit. note 106, p. 52.

CHAPITRE II :

LA FILIATION ELECTIVE :
L'EXCLUSION D'UNE REMISE EN CAUSE

Il résulte des dispositions légales relatives à la procréation médicalement assistée hétérologue et à l'adoption plénière que la filiation qui sera ainsi établie sera exclusivement fondée sur la volonté de ceux qui seront légalement reconnus père et mère, aucune part n'étant faite à la vérité des gènes.

En ce domaine, la filiation demeure descendante.

Dès lors que l'on aura respecté le cadre législatif, ces liens ne pourront jamais faire l'objet d'une remise en cause du point de vue juridique.

Loin de les affaiblir, le caractère non biologique des liens a paradoxalement contribué à l'édification de leur force. C'est qu'après avoir expressément institutionnalisé des rapports artificiels, le législateur ne pouvait qu'institutionnaliser leur protection. Il ne pouvait tout à la fois consacrer officiellement un *« mensonge légal »*, dont il était directement à l'origine, et faire preuve d'abstentionnisme en ne garantissant pas sa protection.

Alors que les liens de filiation par nature doivent acquérir leur force juridique par l'écoulement du temps, les liens de filiation par greffe bénéficient d'une force juridique innée, en ce qu'elle existe dès le départ.

Les textes posent en effet que, dès lors qu'elle est juridiquement consacrée, la filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée exogène est incontestable (section I) et que celle de l'enfant adopté est irrévocable, ou presque (section II).

Section I : La filiation incontestable de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée exogène librement consentie

Afin de protéger tant l'enfant que ses parents légaux, la loi prévoit que la filiation est incontestable (§ I) dès lors que l'assistance médicale a été librement consentie et que l'enfant en est issu, ce qui signifie, *a contrario*, que le non respect de l'une ou l'autre de ces exigences autorise exceptionnellement la contestation du lien (§ II).

§ I Une filiation en principe incontestable

La procréation médicalement assistée exogène implique la présence de gènes extérieurs au couple, ce qui signifie que l'un au moins de ses membres ne sera pas le géniteur (ou la génitrice) de l'enfant (A).

Dans l'hypothèse où c'est la femme, cela n'engendre aucune conséquence fâcheuse au regard du droit commun des actions en contestation de la filiation puisque, ce qui importe, c'est la gestation.

En revanche, si c'est l'homme qui souffre de stérilité ou d'une maladie grave dont le risque de transmission est important, l'application des règles communes ne peut qu'entraîner l'anéantissement du lien juridique. En effet, aux termes de l'article 332 alinéa 2 du Code civil, *« la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari* [ou le concubin] *n'est pas le père »*, le mot *« père »* étant entendu dans le sens de géniteur[1]. Une telle preuve est aujourd'hui très facile à fournir : il suffit de demander au juge d'ordonner un examen scientifique. Si l'enfant a été conçu grâce au sperme d'un tiers donneur, il va sans dire que l'expert ne peut que conclure à l'absence de paternité, avis que ne manquera pas de suivre le juge.

Afin d'éviter de telles situations, le législateur a institué des règles particulières applicables uniquement au cas où il y aurait eu recours à une assistance médicale à la procréation avec donneur.

Parmi celles-ci, figure le principe selon lequel *« le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins* […] *de contestation de la filiation »*[2] (B).

A) L'intervention de gènes extérieurs

Contrairement à la procréation médicalement assistée endogène, qui fait appel aux gamètes du couple demandeur, la procréation médicalement assistée hétérologue implique le recours à des forces génétiques tierces (1).

En l'absence de législation spéciale, les juges appliquaient le droit commun, ce qui, dans un premier temps, les a conduit à accueillir les actions en contestation du lien de filiation établi entre l'enfant et l'époux ou concubin de la mère dès lors que la procréation avait nécessité l'utilisation du sperme d'un donneur. Ce n'est qu'à partir des années 90 qu'ils revinrent sur leur position initiale pour adopter la solution inverse (2).

---

[1] Ce qui est par ailleurs assez contestable lorsque l'on sait que la définition d'un père ne se réduit pas à celle de géniteur. Il s'agit là d'une maladresse de vocabulaire.

[2] C. civ., art. 311-20, al. 2, *in limine*.

1 La particularité de la procréation médicalement assistée exogène

Il existe deux sortes de procréation médicalement assistée : celle dite *« endogène »* ou *« endologue »*, sur laquelle nous ne nous étendrons pas, et celle appelée *« exogène »* ou *« hétérologue »*.

Pour ce qui concerne la première, nous nous contenterons de rappeler en quoi elle consiste : il s'agit d'obtenir une procréation à l'intérieur d'un couple, c'est-à-dire uniquement avec les gènes des membres de ce couple, lorsque la procréation ne peut être réalisée de façon naturelle pour des raisons physiologiques ou médicales.

Par exemple, une femme peut être inséminée artificiellement avec les spermatozoïdes de son mari ou de son compagnon parce que l'insémination ne peut se produire à l'occasion d'un rapport charnel. On peut également envisager l'hypothèse où un embryon est conçu *in vitro* avec les gamètes des deux membres du couple, puis implanté dans l'utérus de la femme pour une gestation normale jusqu'à la venue au monde de l'enfant.

Comme l'enfant aura été conçu grâce aux gamètes du couple, il y aura forcément lien génétique entre eux, ce qui signifie que la filiation établie correspondra à la vérité biologique. Si une contestation parvenait devant le juge, celui-ci ne pourrait que la déclarer mal fondée au regard des résultats de l'expertise médicale qui aurait été ordonnée de sa propre initiative ou à la requête de l'une des parties au procès.

Un problème risque en revanche de surgir lorsqu'il y a eu utilisation de gènes n'appartenant pas aux deux membres du couple.

En matière de procréation médicalement assistée hétérologue, plusieurs cas de figure peuvent se présenter.

Première hypothèse : l'un seulement des membres du couple est défaillant, de telle sorte que la conception a lieu grâce aux gamètes de l'autre membre et aux gamètes d'une tierce personne qui en a fait don. Deuxième hypothèse : ce sont l'homme et la femme qui sont défaillants, ce qui nécessite de faire appel à des gènes entièrement externes aux demandeurs.

Lorsque la stérilité ou la maladie particulièrement grave touche seulement le membre féminin du couple, plusieurs techniques sont envisageables.

L'une d'elles est interdite en France : nous faisons ici référence à la location ou prêt d'utérus, plus connu sous l'appellation de *« mère porteuse »*. Ce procédé consiste à demander à une femme de porter un enfant pour une autre. Bien qu'il constitue le seul moyen, pour celles qui n'ont pas d'utérus ou souffrent d'une malformation, d'avoir un enfant issu des gamètes de leur mari ou concubin, le recours à une telle convention est

condamné tant par le Comité national consultatif d'éthique[3] que par la jurisprudence[4] et la loi[5].

En revanche, l'implantation d'ovule est autorisée par la loi. La technique consiste à implanter dans l'utérus de l'épouse ou concubine un ovocyte provenant d'une femme étrangère au couple. Le transfert d'embryons est également admis. Il s'agit de transférer dans l'utérus de la demanderesse des embryons fécondés *in vitro* à partir d'ovocytes prélevés sur une femme tiers donneur.

Dans toutes ces situations légalement autorisées, c'est la femme, membre du couple qui est à l'origine du projet parental, qui met l'enfant au monde, ce qui exclut que sa maternité puisse être contestée en application de l'article 332 alinéa 1er du Code civil qui exige que soit rapportée *« la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant »*.

L'ovocyte qui est implanté dans l'utérus de l'épouse ou concubine peut être fécondé par les spermatozoïdes du mari ou concubin ou par ceux d'un tiers donneur.

De même, l'embryon fécondé en laboratoire peut l'avoir été grâce aux forces génétiques de l'autre membre du couple demandeur ou à celles d'un homme étranger au couple.

Si c'est uniquement l'époux ou concubin qui est défaillant ou atteint d'une grave maladie, la technique d'assistance consiste soit à inséminer artificiellement la femme avec le sperme dont un homme a anonymement fait don, soit à féconder *in vitro* un ovocyte prélevé sur la femme avec le sperme du tiers donneur, ce dernier procédé étant suivi d'une réimplantation dans l'utérus de l'épouse ou concubine.

Il va sans dire que, dans de telles hypothèses, le père aux yeux de la loi n'est pas le géniteur. Mais cette vérité n'est connue que de l'équipe médicale et de l'autorité ayant reçu le consentement des demandeurs, l'article 311-20 alinéa 1er du Code civil exigeant le respect de *« conditions garantissant le secret »*. Le secret quant à la circonstance que le couple a eu recours à une procréation médicalement assistée hétérologue est doublé du secret entourant les origines génétiques de l'enfant grâce à l'anonymat de l'auteur du don. On dissimule donc entièrement le mensonge qui consiste à affirmer légalement que le mari ou le concubin est le père de l'enfant, alors qu'il n'en est pas le géniteur. Même les autorités officielles, tel l'officier de l'état civil, ignorent la vérité, tout simplement parce que *« le consentement, support de la fiction, est invisible »*[6]. *« Le mécanisme fictif est caché dès le départ »*[7].

---

[3] CNCE, avis, 23 oct. 1984 et 4 avr. 1986.

[4] Cass., Ass. plén., 31 mai 1991 (arrêt de principe), *JCP* G, 1991, II-21752 : *« La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »*..

[5] C. civ., art. 16-7 (L. n°94-653 du 29 juil. 1994) : *« Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »*.

[6] C. NEIRINCK, « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF*, 2003, 3/12, p. 9.

[7] Ibid., p. 9.

Tout est orchestré pour faire croire que l'enfant est issu d'un rapport charnel et que le mari ou concubin est le géniteur.

Cependant, les membres du couple savent que la paternité ne repose sur aucun lien de sang. Et cette non concordance avec la vérité biologique motive parfois des actions en contestation de paternité, actions que les textes, avant qu'intervienne la Loi du 29 juillet 1994, ne permettaient pas toujours aux tribunaux de rejeter. D'où la grande précarité du statut légal de l'enfant. Ce n'est qu'au terme de raisonnements poussés que les juges parvinrent finalement à garantir le caractère incontestable de la filiation de l'enfant issu d'une technique médicale de procréation ayant fait appel aux gamètes d'un tiers donneur.

2 L'évolution jurisprudentielle vers le rejet des actions en contestation

Jusqu'en 1990, les juges civils admettaient unanimement, au nom du principe de vérité biologique, le bien-fondé des actions visant à contester la filiation paternelle de l'enfant conçu par assistance médicale exogène.

Concernant l'enfant né au cours de l'union matrimoniale, il suffisait au mari de la mère d'invoquer sa stérilité pour détruire ce lien sur le fondement de l'article 312 alinéa 2 du Code civil[8] (dans sa version de 1972), alors que c'était justement cette défaillance naturelle qui avait justifié le recours du couple à une technique d'insémination artificielle avec les spermatozoïdes d'un tiers donneur.

C'est ainsi que le Tribunal de grande instance de Nice, par jugement du 30 juin 1976[9], accueillit favorablement le désaveu de paternité exercé par l'époux alors que sa femme et lui étaient en instance de divorce, faisant de la stabilité des relations conjugales le gage de la stabilité du lien de paternité.

Solution choquante pour une partie de la doctrine[10], elle autorisait la rétractation du consentement de l'époux après la naissance de l'enfant, autrement dit après que l'assistance médicale à la procréation ait été réalisée. Pire, elle signifiait que l'acceptation de cette assistance afin d'engendrer un enfant n'engageait le mari à rien alors que c'est son consentement qui, accompagné de celui de son épouse, avait permis la venue au monde de l'enfant[11].

---

[8] C. civ., art. 312, al. 2 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : le mari *« pourra désavouer l'enfant en justice, s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père »*.

[9] TGI Nice, 30 juin 1976, *GP*, 1977, vol. I, 1er sem., p.p. 48-50, note E. PAILLET ; *JCP* G, 1977, I-18597, note M. HARICHAUX-RAMU.

[10] En ce sens notamment, E. PAILLET, préc., en part. p. 50.

[11] Ibid., p. 50 : *« L'acte de volonté du mari receveur doit s'analyser comme l'acceptation d'une paternité car c'est lui et lui seul qui par son consentement l'a rendue possible »*.

La position n'en fut pas moins confirmée, notamment par les juges du Tribunal de grande instance de Paris qui, le 19 février 1985[12], déclarèrent bien fondé le désaveu intenté par un homme marié à la mère d'un enfant conçu grâce au sperme d'un tiers donneur. Appliquant strictement les règles de droit commun, sans se soucier de savoir si l'époux avait ou non donné son accord à l'insémination artificielle de sa femme, les juges ordonnèrent un examen sanguin dont les résultats, en toute logique, excluèrent la paternité.

Si le 1er février 1984 le Tribunal de grande instance de Saint-Malo[13] rejeta une action en contestation de paternité, ce n'est nullement au motif que la filiation de l'enfant, de par sa composante volontaire, était incontestable, mais tout simplement parce que les conditions de l'article 318 du Code civil[14] (dans sa version de 1972) n'étaient pas remplies.

En l'espèce, un couple marié avait eu un enfant par insémination artificielle de l'épouse. Ayant un amant, celle-ci décida de divorcer pour se remarier avec lui. Désirant que l'enfant leur soit rattaché, les nouveaux conjoints agirent en contestation de la paternité du premier mari et en légitimation à l'égard du second.

Cependant, l'article 318 du Code civil soumettait la contestation à la condition que la mère se soit *« remariée avec le véritable père de l'enfant »*, ce qui n'était pas le cas ici puisque l'enfant était issu des gamètes d'un tiers donneur anonyme. Telle fût la motivation retenue par les juges.

De même, c'est au motif que l'enfant avait une possession d'état à l'égard de l'époux que la Cour d'appel de Versailles, le 5 février 1998[15], déclara irrecevable l'action en contestation, fondée sur l'interprétation *a contrario* de l'article 322 alinéa 2 du Code civil[16] (dans sa version de 1972), de la filiation paternelle de l'enfant conçu grâce à une assistance médicale avec tiers donneur réalisée avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1994.

Et c'est pour cette raison que la Cour de cassation, le 14 juin 2000[17], rejeta le pourvoi formé contre la décision rendue en appel.

---

[12] TGI Paris, 19 fév. 1985, *D.*, 1986, jurisp., p.p. 223-224, note E. PAILLET.

[13] TGI Saint-Malo, 1er fév. 1984, *RTDciv.*, 1985, p.p. 361-362, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

[14] C. civ., art. 318 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« Même en l'absence de désaveu, la mère pourra contester la paternité du mari, mais seulement aux fins de légitimation, quand elle se sera, après dissolution du mariage, remariée avec le véritable père de l'enfant »*.

[15] CA Versailles, 5 fév. 1998, *D.*, 1999, somm. 196, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

[16] C. civ., art. 322, al. 2 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : « […] *nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance »*.

[17] Cass., civ. 1ère, 14 juin 2000, *D.*, 2001, somm. 969, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

Dans un arrêt du 5 février 2002[18], c'est le non-respect du délai de l'article 316 du Code civil[19] (dans sa version de 1972) qui permit à la 1ère Chambre civile de conclure à l'irrecevabilité de l'action en désaveu exercée par le mari à l'égard de l'enfant né de l'insémination artificielle de son épouse.

La position jurisprudentielle était donc demeurée la même.

La particularité du lien de filiation, dont l'anachronisme avec la vérité génétique est admis, aurait pu justifier une exception aux règles communes ou tout au moins une adaptation jurisprudentielle de ces règles. Cette particularité a été pour la première fois prise en compte par le Tribunal de grande instance de Bobigny qui, le 18 janvier 1990[20], débouta le mari, que la femme avait quitté après qu'ils aient eu recours d'un commun accord à une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, de son désaveu de paternité à l'égard de l'enfant issu de cette assistance.

Tout en rappelant le principe de l'indisponibilité des actions relatives à la filiation inscrit anciennement à l'article 311-9 du Code civil[21], les juges déclarèrent que, *« dans la mesure où* [l'époux] *a donné son consentement à l'insémination de sa femme par le sperme d'un tiers, il n'est pas possible d'admettre que le seul fait qu'il soit établi qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant rend automatiquement fondée son action en désaveu. Une telle solution permettrait en effet au mari de la mère ayant accepté l'insémination de sa femme de revenir sur son consentement, sans même avoir à alléguer des motifs circonstanciés, et aboutirait à supprimer à un enfant, dont la conception a été voulue délibérément, une paternité, alors qu'il serait dans l'impossibilité d'en établir une autre à l'égard d'un père biologique qui, de par l'organisation du procédé de l'insémination artificielle pratiqué dans le cadre d'un organisme comme le Centre d'études et de conservation du sperme humain, est inconnu et doit le rester. La recherche de la vérité biologique dans un tel cas conduit à une impasse et à une solution contraire à l'intérêt de l'enfant, et ce dans la mesure où la volonté des parents s'est superposée sciemment et grâce aux techniques scientifiques au jeu de la filiation légitime tel qu'envisagé par le système légal. Il faut admettre dans ces conditions que, dans le droit actuel, la volonté des parents puisse jouer un rôle positif à côté de l'effet de la loi et en tirer des conséquences. L'argument du bien fondé automatique de l'action en désaveu du seul fait que le demandeur ne peut être le père biologique de l'enfant doit donc être rejeté ».*

---

[18] Cass., civ. 1ère, 5 fév. 2002, *D.*, 2002, somm. 2018, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

[19] C. civ., art. 316 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« Le mari doit former l'action en désaveu dans les six mois de la naissance, lorsqu'il se trouve sur les lieux. S'il n'était pas sur les lieux, dans les six mois de son retour. Et dans les six mois qui suivent la découverte de la fraude, si la naissance de l'enfant lui avait été cachée »*.

[20] TGI Bobigny, 18 janv. 1990, *JCP* G, 1990, II-21592, note P. GUIHO.

[21] C. civ., art. 311-9 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« Les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation »*. Le texte a été intégralement repris par l'ord. du 4 juil. 2005, seule la numérotation de l'article ayant changé : la règle est désormais énoncée à l'art. 323 c. civ.

La volonté a ainsi été érigée *« en élément consolidateur d'un lien de filiation non biologique »*[22]. Outre la mise en exergue de la composante volontaire du lien paternel, le tribunal a considéré l'intérêt de l'enfant à bénéficier d'une complète parenté. La pratique de l'anonymat du tiers donneur ayant pour conséquence l'impossibilité d'établir la filiation à l'égard de ce géniteur, admettre la contestation de la paternité du mari qui avait consenti à la constitution de ce rapport filial revenait à amputer la filiation de l'enfant du côté paternel et à priver ce dernier d'une famille dans cette lignée[23].

Saisie de l'appel interjeté par l'auteur du désaveu, la Cour d'appel de Paris[24] ordonna une expertise sanguine dont le but était de démontrer que *« l'enfant n'a*[vait] *pas la paternité indéterminée voulue par les époux et qui devait fonder sa légitimité »*. Sans remettre en cause la thèse défendue par le tribunal de grande instance, les magistrats parisiens subordonnaient le succès de l'action en désaveu à la preuve scientifique que l'enfant n'était pas issu de l'insémination artificielle mais des relations charnelles entre la mère et un homme dont elle aurait fait son amant.

Observons que la solution donnée à cette affaire ne faisait pas l'unanimité, comme en témoigne l'arrêt rendu par la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation, le 10 juillet 1990[25]. Les hauts magistrats estimaient que la vérité des gènes imposait la destruction du faux lien paternel, quitte à ordonner l'indemnisation du préjudice subi par l'enfant du fait de la volte-face de l'époux de sa mère.

Certains auteurs considéraient d'ailleurs que l'engagement de la responsabilité civile du mari ou concubin constituait une sanction suffisante.

Ce n'est pas la position retenue lors de l'adoption de la loi du 29 juillet 1994. Conformément au projet de loi qui exposait dans ses motifs *« le dessein de garantir une certaine stabilité à la filiation de l'enfant »*, les parlementaires ont posé le principe, non démenti par les réformes du 6 août 2004 et du 4 juillet 2005, selon lequel la filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée exogène est incontestable.

Par cette affirmation, le législateur va complètement à contre-courant des décisions de justice ayant donné gain de cause à ceux qui entendaient anéantir le lien de filiation.

---

[22] E. ROMAN, « Le lien de filiation non biologique » (thèse Toulon), Presses Universitaires du Septentrion, 2002, p. 312.

[23] C'est une remarque qu'avait soulevée Elisabeth PAILLET dans sa note se rapportant au jugement rendu par le TGI de Nice le 30 juin 1976, op. cit. note 9, p. 50 : *« en matière d'insémination artificielle hétérologue, un morceau du voile ne sera jamais levé* […], *c'est un enfant qui ne peut avoir qu'une demi-filiation véritable »*.

[24] CA Paris, 29 mars 1991, *JCP* G, 1992, I-21857, p.p. 175-176, note M. DOBKINE.

[25] Cass., civ. 1ère, 10 juil. 1990, *D.*, 1990, jurisp., p. 517, note D. HUET-WEILLER.

B) La consécration légale d'une « superfiliation »

Nombre de législations occidentales[26] garantissent la sécurité du lien de filiation lorsqu'il y a eu procréation médicalement assistée hétérologue, particulièrement si celle-ci a nécessité l'emploi du sperme d'un tiers au couple demandeur.

Ainsi de l'article 586 du Code du Québec qui dispose : *« le recours en désaveu ou en contestation de paternité n'est pas recevable si l'enfant est conçu par insémination artificielle soit des œuvres du mari, soit des œuvres d'un tiers après consentement des époux »*.

Plus près de nous, le droit espagnol énonce que l'époux ou concubin, qui a consenti à l'insémination artificielle avec donneur de son épouse ou compagne, ne peut par la suite contester sa paternité à l'égard de l'enfant issu de cette technique. Une règle identique figure à l'art. 318 § 4 du Code civil belge concernant la paternité en mariage[27].

Depuis le 20 décembre 1984, les textes suédois prévoient expressément que le consentement donné par écrit à l'insémination artificielle de son épouse ou concubine, avec les gamètes d'un tiers, a pour effet que l'époux ou compagnon est *ipso facto* considéré par le droit comme le père de l'enfant ainsi conçu.

Il en est de même au Royaume-Uni et aux Pays-Bas.

Seules l'Italie et l'Allemagne se détachent de cette tendance.

Dans le projet initial du gouvernement allemand, concernant la réforme du droit de l'enfant adoptée le 25 septembre 1997, il était prévu de mettre obstacle à la contestation de paternité du mari ayant consenti à l'insémination artificielle avec donneur de son épouse. Mais la Commission des lois n'a pas suivi la position gouvernementale. Aussi la jurisprudence, qui autorise le mari à désavouer l'enfant[28], est-elle toujours en vigueur, bien qu'elle soit contestée.

Il en est de même s'agissant du concubin stérile qui aurait consenti à l'insémination de sa compagne avec le sperme d'un tiers : il est admis à contester la reconnaissance de l'enfant né de l'assistance médicale[29].

A l'instar de la plupart des droits étrangers, l'article 311-20 alinéa 2 du Code civil pose que *« le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins* […] *de contestation de la filiation »*, dès lors que les prescriptions légales ont été respectées.

---

[26] Cf. E. ROMAN, « Le lien de filiation non biologique » (thèse Toulon), op. cit. note 22, p. 316.

[27] J. POUSSON-PETIT, « Chronique du droit des personnes et de la famille en Belgique », *Dr. fam.*, 2003, chron. 30, p. 18.

[28] Not., Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 7 avr. 1983, *NJW*, 1983, 2073.

[29] Concernant ces points du droit allemand, v. F. FURKEL, « Le nouveau droit de l'enfant en RFA », *RTDciv.*, 1998, chron. de droit civil allemand, p. 819.

Pris dans un sens procédural, la règle se présente comme une fin de non-recevoir opposable à toute action en contestation du lien juridique. Enoncée dans des termes généraux, la règle a surtout vocation à s'appliquer au cas où il a été fait appel à des gamètes masculins extérieurs au couple, car c'est cette situation qui soulève des difficultés au regard des règles de droit commun.

Concrètement, elle signifie que le mari comme le concubin ne sont plus admis à revendiquer l'absence de lien génétique avec l'enfant dès lors qu'ils ont consenti à l'insémination artificielle de leur épouse ou compagne avec le sperme d'un inconnu.

Devenue incontestable depuis l'adoption de la loi du 29 juillet 1994, la filiation des enfants procréés par assistance médicale a été qualifiée de *« superfiliation »*[30].

Toutefois il semblerait, aux dires de certains, que, *« malgré les apparences, cette superfiliation »* soit *« livrée au bon vouloir des parents »*[31], dans la mesure où la prohibition édictée à l'article 311-20 alinéa 2 du Code civil ne peut jouer que si la partie défenderesse a soulevé la fin de non-recevoir.

Or, les registres d'état civil de l'enfant ne présentent aucune particularité qui permettrait de penser qu'il est le fruit d'une assistance médicale, encore moins n'est-il fait allusion au consentement du couple parental. Et hormis les membres du couple, pour lesquels le Nouveau Code de procédure civile prévoit qu'ils peuvent obtenir copie ou expédition de l'acte contenant leur consentement, personne, pas même l'enfant ni le juge ni l'administrateur *ad hoc* éventuellement nommé pour représenter l'enfant dans le procès, n'a communication de cet acte. Comment invoquer une fin de non-recevoir dont on ignore l'existence ?

Si le mari ou concubin (ou les héritiers) est seul demandeur et que la mère est partie opposée au procès, celle-ci ne manquera pas de se prévaloir de l'article 311-20 alinéa 2. Mais si les père et mère sont de connivence pour obtenir l'anéantissement de la paternité, seules les limites légales instituées pour la filiation par nature pourront protéger ce lien, ce qui suppose qu'un certain laps de temps se soit écoulé depuis son établissement.

Cependant une telle hypothèse est peu envisageable car, bien que les règles intéressant le recours à une procréation médicalement assistée tendent à ce que seuls le couple demandeur et les médecins connaissent la vérité, il arrive bien souvent que quelqu'un d'autre soit au courant, tel un proche à qui l'homme et/ou la femme se serai(en)t confié(s) ou qui aurait deviné.

L'irrecevabilité des actions en contestation, inscrite à l'article 311-20 alinéa 2, est approuvée en ce qu'*« elle manifeste le souci de tirer les conséquences de la responsabilité découlant de l'assistance médicale à la procréation, en ne soumettant*

[30] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), « Lamy : Droit des personnes et de la famille », Lamy S.A., 2006, 420-75.

[31] Ibid., 420-77.

pas la filiation de l'enfant au bon vouloir d'un individu qui aurait beau jeu d'arguer d'un défaut de lien génétique qu'il aurait lui-même accepté. Si l'on avait conservé la faculté de contester la filiation selon le droit commun, une instabilité particulièrement détestable aurait pénalisé le sentiment d'identité de l'enfant. Il incombait donc à la loi de prévenir les effets néfastes de cette instabilité, pour conjuguer harmonieusement la responsabilité individuelle »[32] avec le souci d'assurer la stabilité des liens de filiation.

Pourtant, l'irrévocabilité de la filiation des enfants nés de procréation médicalement assistée hétérologue ne fait pas l'unanimité en doctrine. Une certaine hostilité s'affiche au prétexte de l'indisponibilité de l'état, de l'intérêt de l'enfant et de la logique des règles.

Le premier argument, qui consiste à rappeler que *« les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation »*[33] et donc que l'on ne peut renoncer à contester une fausse filiation du point de vue biologique, repose sur une confusion entre filiation et lien génétique, la première ne se réduisant pas au second. Surtout, il *« ne paraît d'aucune pertinence dans une matière qui a précisément pour fonction de faire émerger une dimension symbolique de la filiation distincte du seul référent biologique »*[34].

L'autre thèse est qu'il serait contraire à l'intérêt de l'enfant d'enfermer l'auteur du consentement dans un lien qu'il ne souhaite plus assumer. Pour mieux comprendre ce raisonnement, il convient d'observer ce qui se passe dans le domaine de la filiation par nature, lorsque le père juridique n'est pas le géniteur.

La connaissance de ce fait, surtout lorsqu'elle est accompagnée d'une rupture avec la mère, se traduit généralement par un détachement à l'égard de l'enfant. Plus représentatives sont les situations antérieures à la réforme du 3 janvier 1972 dans lesquelles se retrouvaient les enfants issus d'un adultère de leur mère et que la loi rattachait au mari. Conscient qu'il n'en était pas le véritable père, ce dernier leur faisait parfois sentir qu'il ne les aimait pas sans que sa paternité ne puisse être contestée par d'autres que lui, de telle sorte que les enfants se voyaient imposer une paternité de rancune et de haine là où ils auraient préféré que soit établie une paternité conforme à d'éventuels liens d'affection qu'ils partageaient avec l'amant.

Comme lorsque l'action en contestation de la filiation par nature est éteinte parce que prescrite, il est impossible de contester, en cas de procréation médicalement assistée, le lien légal de l'époux ou concubin qui n'est pas le père par le sang et qui n'entretient aucune relation affective avec l'enfant. La règle empêche dans le même temps qu'un homme, qui s'occuperait de l'enfant et endosserait factuellement le rôle de père, puisse établir un lien juridique avec lui.

---

[32] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité : Etude de droit des personnes et de la famille », LGDJ, 2000, p. 151.

[33] C. civ., art. 323.

[34] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité… », op. cit. note 32, p. 151.

Défendre une telle position suppose de faire fi des dispositions légales propres à garantir le consentement réfléchi et éclairé de chacun des membres du couple demandeur. Or, on peut *« estimer que la loi exige de celui qui consent une attitude suffisamment éclairée pour qu'il soit inacceptable de l'autoriser à se dérober postérieurement à l'exercice de son choix »*[35].

Enfin, *« en décidant que la filiation fictive établie à la suite d'une assistance médicale à la procréation serait définitive et irrévocable »*, le législateur aurait créé *« des illogismes »*[36] en ce que l'homme qui a volontairement reconnu un enfant qu'il sait ne pas être le sien peut contester sa paternité, sous réserve qu'il soit encore dans les délais pour agir[37], tandis que celui qui a reconnu l'enfant engendré grâce à l'insémination de sa concubine ne le peut jamais.

On oublie ici que, lorsqu'il est question de tiers donneur, c'est le législateur lui-même qui a institutionnalisé la filiation mensongère. Il ne saurait donc laisser ce lien sans aucune protection institutionnelle ni accepter que l'on remette en cause ce qu'il autorise officiellement.

En consacrant le caractère incontestable de la filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée, il s'est agi pour le législateur de responsabiliser ceux qui sollicitent, en pleine connaissance de cause, l'assistance des médecins, tout en donnant ce qui peut sembler constituer les meilleures garanties pour la stabilité de l'état de l'enfant.

Le principe posé, il a fallu néanmoins prévoir des exceptions, car l'on ne peut être responsable que de ce à quoi on s'est engagé.

§ II Une filiation exceptionnellement contestable

L'échec familial du lien paternel, lorsque le mari ou concubin ayant donné son consentement à l'insémination artificielle de son épouse ou concubine avec les gamètes d'un tiers donneur rejette l'enfant, aurait pu, selon certains[38], constituer un motif grave comparable à ce qui se passe en matière d'adoption, de telle sorte que le lien légal puisse être détruit et que l'éventuel nouveau conjoint ou compagnon de la mère, ressentant de l'affection pour l'enfant, puisse procéder à l'adoption de celui-ci afin qu'il lui soit juridiquement rattaché.

Ce n'est pas la direction prise par le législateur qui, dès 1994, choisit de ne permettre la contestation du lien que lorsqu'il n'y a pas eu, en réalité, recours à une

---

[35] Ibid., p. 152.

[36] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), « Lamy : Droit des personnes et de la famille », op. cit. note 30, 420-73.

[37] Cf. c. civ., art. 332 et suiv.

[38] E. ROMAN, « Le lien de filiation non biologique », op. cit. note 22, p. 359.

assistance médicale mais recours à une procréation charnelle avec une personne étrangère au couple (A) ou lorsque les règles relatives au consentement n'ont pas été respectées (B)[39].

A) L'enfant issu de relations charnelles avec un tiers

L'article 311-20 alinéa 2 du Code civil autorise la contestation du lien de filiation, entendons paternelle bien que le texte ne le précise pas, si le demandeur à l'action soutient *« que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée »*, autrement dit que l'enfant est issu de relations sexuelles entre la mère et un tiers.

C'est une position que partage le Comité d'expert *ad hoc* sur les recherches biomédicales du Conseil de l'Europe, qui avait émis l'avis que le compagnon de la mère qui a donné son consentement à l'insémination avec le sperme d'un tiers ne peut s'opposer à l'établissement des responsabilités parentales à l'égard de l'enfant, sauf s'il prouve que l'enfant n'est pas né de la procréation artificielle.

Elle est justifiée par le souci de ne pas imputer à un homme la paternité d'un enfant conçu au cours d'une infidélité commise à son égard. Solution retenue par la Cour d'appel de Paris[40] dans un arrêt antérieur à l'adoption de la loi du 29 juillet 1994, elle met en évidence la portée du consentement à la procréation assistée hétérologue. A ce titre, il est intéressant de citer le raisonnement des magistrats parisiens dans l'arrêt du 29 mars 1991 : *« l'insémination artificielle avec donneur a pour finalité de créer, par la volonté commune des époux, une paternité de substitution, acceptée en raison même de son indétermination biologique, comme le fruit de l'engagement des époux de concevoir par ce moyen un enfant qu'ils s'engagent ensemble à accueillir et à traiter comme leur enfant légitime »*. La finalité de l'article 312 alinéa 2 ancien du Code civil[41] étant, selon la Cour, de *« permettre au mari d'écarter les effets de la présomption légale de paternité à l'égard d'un enfant qu'il ne peut pas reconnaître comme étant le sien »*, il est logique de *« soumettre le désaveu à la preuve que l'enfant n'a pas la paternité indéterminée voulue par les époux »*[42].

---

[39] C. civ., art. 311-20, al. 2 : *« Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins* […] *de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet »*.

[40] CA Paris, 29 mars 1991, op. cit. note 24.

[41] C. civ., art. 312 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant en justice, s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père »*.

[42] CA Paris, 29 mars 1991, op. cit. note 24.

« En dépit de quelques expressions malheureuses[43]*, cet arrêt montre bien, d'une part, que la filiation est l'effet d'un engagement, d'autre part, que cet effet ne peut se produire que dans la limite de l'engagement pris »*[44].

En consentant à l'insémination artificielle de sa femme ou concubine, un époux ou concubin s'engage à assumer les charges de la paternité envers l'enfant qui, si tout se passe bien, devrait naître de cette assistance médicale.

Il ne s'engage nullement à être le père d'un enfant que son épouse ou concubine aurait eu, de façon naturelle, avec un homme qu'elle aurait fréquenté.

A l'époque antérieure à la loi du 3 janvier 1972, et alors que la présomption de paternité du mari jouissait d'une très grande force, ce dernier était admis – certes dans des conditions très strictes mais admis quand même – à *« désavouer »* l'enfant qui était le fruit d'un adultère commis par sa femme.

Régnait déjà l'idée que les effets intéressant la filiation ne peuvent *« se produire que dans la limite de l'engagement pris »*[45] : en consentant au mariage, l'époux s'engageait envers les enfants que sa femme mettrait au monde, mais dans la limite de ce que ces enfants pouvaient légitimement lui être rattachés[46]. C'est encore le cas aujourd'hui : par le mariage, le mari entend s'engager envers les enfants dont il est le géniteur.

En matière de procréation médicalement assistée exogène, c'est le consentement à l'assistance médicale qui tient lieu d'engagement et ce dernier ne vaut qu'envers l'enfant conçu par un géniteur anonyme qui a préalablement fait don des gamètes avec lesquelles la femme a été inséminée artificiellement. La règle vaut tout autant pour l'époux que pour le concubin.

L'énoncé de l'article 311-20 alinéa 2 ne précise pas si la contestation est subordonnée à la preuve que l'enfant est issu d'un tiers déterminé ou à la preuve que l'enfant n'est pas né de la paillette de sperme congelé.

S'agissant de cette dernière démonstration, elle semble difficilement réalisable. Et l'idée d'ordonner une expertise biologique, afin de vérifier la compatibilité génétique entre l'enfant et l'auteur du don, risque fort de paraître contraire à l'économie générale des lois sur l'assistance médicale à la procréation qui instituent l'anonymat du donneur.

Comme l'illustre la jurisprudence, en pratique, celui qui entend démontrer que l'enfant n'a pas été engendré au moyen d'une technique artificielle tente de prouver le lien de sang entre l'enfant et l'amant. Bien souvent, d'ailleurs, l'engagement d'une

---

[43] D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité : Etude de droit des personnes et de la famille », op. cit. note 32, p. 155 note 58 : *« l'insémination artificielle ne crée pas de paternité de « substitution » : il n'y a aucune « indétermination » biologique dans la paternité, mais seulement ignorance de l'identité du fournisseur de la moitié des gamètes de l'enfant ; ces expressions confuses procèdent de l'idée que la paternité est un fait biologique, alors qu'elle est un fait purement juridique »*.

[44] Ibid., p. 155.

[45] Ibid., p. 155.

[46] V. en ce sens, A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTDciv.*, 1902, p.p. 257-300, en part. les p.p. 283-284.

action en contestation résulte de l'initiative conjointe du géniteur et de la mère qui, postérieurement au divorce ou à la séparation de celle-ci et de l'homme ayant consenti à la procréation médicalement assistée, désirent intégrer l'enfant qu'ils ont conçu de manière charnelle dans le nouveau foyer qu'ils constituent.

Ainsi de l'affaire sur laquelle a statué le Tribunal de grande instance de Paris le 2 septembre 1997[47] et dont les faits étaient postérieurs à l'entrée en vigueur de l'article 311-20 alinéa 2 du Code civil.

En l'espèce, un couple marié avait décidé, en raison de la stérilité de l'époux, de recourir à une insémination artificielle avec donneur. Mais entre-temps la femme avait eu une liaison extraconjugale avec un homme qui, deux ans après la naissance de l'enfant, le reconnût devant notaire. Afin de faire tomber la paternité du mari, les amants agirent sur le fondement de l'article 334-9 du Code civil[48] (dans sa version de 1972) interprété *a contrario*.

Rapportant la preuve que l'homme était bien le géniteur, donc que l'enfant n'était pas issu de la procréation médicalement assistée, le tribunal ne pût que déclarer leur action recevable.

C'est également parce que l'on ne peut être engagé que dans la limite de notre engagement que, s'il n'y a pas eu véritable engagement, on doit pouvoir élever une contestation.

B) Le consentement privé d'effet

L'article 311-20 alinéa 2 du Code civil prévoit, à côté du cas de l'enfant qui ne serait pas issu de la procréation médicalement assistée, l'hypothèse dans laquelle le consentement aurait *« été privé d'effet »*.

Le législateur précise ce qu'il entend par là à l'alinéa suivant : *« Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée* (2). *Il est également privé d'effet lorsque l'homme et la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance* (1) »[49].

Il n'a pas expressément envisagé le cas où le consentement aurait été extorqué, hypothèse soulevée en doctrine (3).

---

[47] TGI Paris, 2 sept. 1997, *LPA*, 16 nov. 1998, n°137, p.p. 12-17, note G. HENAFF.

[48] C. civ., art. 334-9 (L. n°72-3 du 3 janv. 1972) : *« Toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état »*.

[49] C. civ., art. 311-20, al. 3.

1 La révocation expresse du consentement

L'article 311-20 Code civil, avant qu'il ne subisse quelques modifications par l'ordonnance du 4 juillet 2005, énonçait, en son alinéa 3, que *« le consentement est privé d'effet* […] *lorsque l'homme **OU** la femme le révoque* […] *»*, et non pas *« le consentement est privé d'effet* […] *lorsque l'homme **ET** la femme le révoqu**E*** […] *»*. Deux interprétations sont dès lors possibles.

Ou bien une faute d'orthographe a été commise (sûrement par inattention), de telle sorte qu'il est écrit *« révoque »* au lieu de *« révoqu**ENT** »*. Dans ce cas, le consentement serait privé d'effet uniquement si le couple l'a révoqué, la révocation de l'un seulement de ses membres étant insuffisante. Mais ce ne serait pas très cohérent.

Ou bien un moment d'inattention a eu pour effet que c'est la conjonction de coordination *« **ET** »* qui a été inscrite, alors que l'on voulait faire figurer la conjonction *« **OU** »*.

C'est cette dernière hypothèse que nous choisissons de retenir pour trois raisons majeures : d'une part le verbe *« révoquer »* est conjugué à la troisième personne du singulier et non pas du pluriel ; d'autre part, si l'ordonnance de 2005 avait modifié l'énoncé précédent, cela aurait été indiqué entre parenthèses et des guillemets auraient encadré le mot remplacé, ce qui n'est pas le cas ; enfin l'article L 2141-2 alinéa 3 du Code de la santé publique énonce, *in fine*, que *« la révocation par écrit du consentement par l'homme **OU** la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation »* fait *« obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons »*.

L'article 311-20 alinéa 3 du Code civil est donc resté inchangé : il suffit, comme auparavant, que l'un des membres du couple révoque son consentement pour que ce dernier soit privé d'effet, ce qui ouvre la possibilité, conformément à l'article 311-20 alinéa 2, d'agir en contestation dans le cas où la procréation médicalement assistée aurait été malgré tout[50] réalisée et qu'un lien de filiation aurait été établi entre l'enfant qui en serait issu et celui qui aurait révoqué son consentement.

Cette règle se justifie parfaitement dans la mesure où l'auteur de la révocation a entendu revenir sur son engagement en toute loyauté, c'est-à-dire avant qu'il ne soit trop tard du fait que l'insémination ou l'implantation aurait déjà eu lieu.

Précisons qu'il s'agit d'une révocation expresse pour laquelle aucune forme particulière n'est imposée, si ce n'est celle de l'écrit. Elle peut donc être faite par acte sous seing privé et consister, par exemple, en une simple lettre. Cependant, l'emploi de la forme recommandée avec accusé de réception présente l'avantage de rendre plus

[50] Cf. CSP, art. L 2141-2, al. 3, préc.

facile la preuve de la date de la révocation, cette dernière n'étant valable que si elle a lieu *« avant la réalisation de la procréation médicalement assistée »*[51].

2 La dissolution du couple

S'agissant du décès et du dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps, leur date étant certaine, il n'y a aucune difficulté à rapporter la preuve que l'un des ces événements s'est produit antérieurement à la réalisation de l'assistance médicale.

En revanche, l'antériorité de la cessation de la communauté de vie est beaucoup plus délicate à démontrer.

La communauté de vie est une notion plutôt vague et fluctuante qui renferme, à côté d'éléments objectifs, des éléments subjectifs tels que la communauté de sentiments.

Difficile à prouver quant à son existence, elle l'est aussi quant à sa cessation. D'autant qu'il est tout à fait envisageable que des périodes de séparation alternent avec des périodes de réconciliation. La date exacte de la cessation de la communauté de vie peut donc être sujette à caution et donner lieu à des débats particulièrement épineux lorsqu'un partenaire, dans le but d'anéantir le lien avec l'enfant, entend faire valoir que son consentement a été privé d'effet.

Quoi qu'il en soit, à partir du moment où le couple est dissout, la faculté de contester le lien de filiation se justifie à deux points de vue.

Premièrement, l'engagement pris ne vaut qu'à l'égard d'un enfant que chacun des partenaires entend accueillir au sein du foyer biparental construit avec l'autre partenaire. Ils ont tous les deux pris un engagement qui se limite à l'enfant qu'ils ont prévu d'élever ensemble. Si cela n'est plus possible en raison d'une séparation, l'engagement ne vaut plus puisqu'il ne correspond plus à la situation pour laquelle il a été initialement pris.

Deuxièmement, l'homme et la femme ne répondent plus aux conditions légales autorisant le recours à une assistance médicale à la procréation, laquelle *« est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple »*[52] dont les deux membres sont *« vivants »*[53] et mariés ou *« en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans »*[54].

Leur situation constitue d'ailleurs un obstacle à la réalisation de l'assistance médicale, comme il est expressément indiqué à l'article L 2141-2 dernier alinéa du Code de la santé publique : *« Font obstacle à l'insémination ou au transfert des*

---

[51] C. civ., art. 311-20, al. 3.

[52] CSP, art. L 2141-2, al. 1er : *« L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple »*.

[53] CSP, art. L 2141-2, al. 3 : *« L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants* […] *»*.

[54] CSP, art. L 2141-2, al. 3 : *« L'homme et la femme formant le couple doivent être* […] *mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans »*.

embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie […] », et comme il est implicitement rappelé à l'article L 2141-10 alinéa 6, en vertu duquel l'assistance médicale à la procréation *« ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le »* titre IV du code réglementant l'« Assistance médicale à la procréation », au sein duquel figure notamment l'article L 2141-2.

L'assistance médicale ne devrait donc pas avoir lieu, en supposant que la mésentente entre les membres du couple ait été portée à la connaissance des médecins, ce qui est loin d'être toujours le cas.

3 Le consentement vicié ?

Comme il a été observé[55], les vices du consentement n'ont pas été envisagés par le législateur. *« Sans doute la forme authentique et les multiples obligations d'information imposées tant à l'équipe médicale qu'au juge ou au notaire recevant l'acte doivent-ils en limiter l'éventualité »*[56].

Mais pour ces auteurs, il n'en reste pas moins que s'il s'avérait que le consentement de l'un des partenaires a été extorqué, on devrait pouvoir faire jouer les causes de nullité de droit commun.

Il est vrai que la mission du président du tribunal de grande instance ou du notaire recueillant l'accord du couple ne consiste pas à vérifier qu'aucun des membres ne subit de pressions : elle réside seulement dans l'information des futurs parents quant aux conséquences de leur acte et dans l'appréciation de leur aptitude à élever l'enfant en cas d'accueil d'embryon(s).

C'est pourquoi celui qui entend contester le lien établi à son égard devrait être admis à se prévaloir de la nullité de son consentement.

Le régime applicable serait celui de la nullité relative, de telle sorte qu'elle ne pourrait être invoquée que par un nombre limité de personnes, qu'elle serait susceptible de confirmation et qu'elle serait soumise à la prescription quinquennale.

En l'absence d'exemple jurisprudentiel sur la possibilité d'arguer d'un vice du consentement, celle-ci demeure une hypothèse doctrinale. La question de son application pratique ne devrait pas tellement se poser si l'on considère les conditions de procédure et le nombre d'intervenants à la réalisation d'une procréation médicalement assistée, particulièrement lorsqu'elle est exogène.

---

[55] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), « Lamy : Droit des personnes et de la famille », op. cit. note 30, 420-91.

[56] Ibid., 420-91.

Dès l'instant que les règles légales ont été respectées (il y a eu consentement libre et éclairé, l'enfant est issu de la procréation médicalement assistée), la filiation est incontestable, même si elle ne correspond pas tout à fait à la vérité du sang. La force conférée au lien établi, complétée par l'anonymat du tiers donneur et la règle selon laquelle *« aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation »*[57], annule tout espoir de reconnaissance juridique de la réalité génétique et même de connaissance de fait de cette réalité.

« Contre-vérité gardée par un interdit[58] *»*[59], la filiation fictive va s'édifier à partir de l'élimination du lien originaire, *« à partir du refoulement dans la nuit et le néant d'un parent selon la biologie »*[60]. *« Négation radicale de la vérité biologique »*[61], le lien légal découlant d'une procréation médicalement assistée hétérologue s'apparente à l'adoption par la sécurité qui lui est assurée.

Section II : La filiation quasi-irrévocable de l'enfant adopté

Il semble que la stabilité que la loi garantit à la filiation soit proportionnelle au secret qui a entouré la constitution du lien.

En effet, l'on sait que la filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée exogène librement consentie est incontestable. Or, au moins l'un des rapports génétiques, si ce n'est les deux, demeure anonyme et le consentement du couple demandeur est secrètement donné.

A l'inverse, les textes intéressant l'adoption simple ne cachent pas l'existence du lien adoptif. Or, cette forme d'adoption est révocable, bien que ce soit à de strictes conditions (§ I).

En revanche, l'adoption plénière est irrévocable. Or, hormis le jugement d'adoption, rien n'indique que ce qui est apparent ne repose sur aucune vérité biologique (§ II).

§ I La révocabilité restreinte de l'adoption simple

Parce que le lien d'adoption simple ne cache pas ce qu'il est, mais affiche publiquement qu'il est un lien d'adoption qui se superpose au lien biologique, il est permis de parler à son endroit de fiction (A).

Or, il se trouve que ce lien peut être détruit. Cependant, comme il s'agit d'un rapport artificiel dont le droit autorise expressément la création, le législateur se devait de restreindre les possibilités de remise en cause en exigeant certaines conditions (B).

---

[57] C. civ., art. 311-19.
[58] Cf. c. civ., art. 311-19, préc.
[59] G. CORNU, « Droit-civil : La famille », Montchrestien, 2006, p. 468.
[60] Ibid., p. 468.
[61] Ibid., p. 468.

A) L'adoption simple : une véritable fiction

Le mot *« fiction »* vient du latin *« fictio »*, dont la forme verbale, *« fingere »*, signifie *« feindre »*[62].

Yan THOMAS a élaboré une définition selon laquelle *« la fiction consiste à travestir les faits, à les déclarer autres qu'ils sont vraiment et à tirer de cette adultération même et de cette fausse supposition les conséquences de droit qui s'attacheraient à la vérité que l'on feint si celle-ci existait sous les dehors qu'on lui prête »*[63].

« Artifice de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différents de la réalité en vue de produire un effet de droit »[64], la fiction permet de contredire la vérité. Cependant, loin d'être *« une élucubration vaguement hasardeuse »*[65], elle se présente *« comme une contrevérité caractérisée »*[66]**,** en ce que l'on sait que ce qui est affirmé par le droit est faux sans que cette circonstance empêche le droit de fonctionner comme si c'était vrai.

Autrement dit, parce que l'absence de concordance avec la réalité est officiellement affichée, la fiction n'est pas un mensonge ; elle fonctionne dans la transparence.

Il en est ainsi de l'adoption simple d'un enfant avec lequel le ou les adoptant(s) n'a ou n'ont aucun lien biologique.

Conformément à la législation applicable à ce type d'adoption, il est indiqué dans les actes d'état civil qu'il y a eu création d'un lien artificiel grâce à la mention ou la transcription du jugement prononcé[67] par le tribunal de grande instance[68]. Par la publicité qui est faite de la décision judiciaire, sur l'acte de naissance de l'adopté, il apparaît officiellement que le père adoptif n'est pas le géniteur de celui-ci, que la mère adoptive n'est pas celle qui en a accouché.

L'identité des parents par le sang figure à côté de celle des parents adoptifs et aucun lien ne vient anéantir l'autre : le rapport fictif se superpose au rapport biologique. Les

---

[62] Ass. H. Capitant (dir. G. CORNU), « Vocabulaire juridique », PUF, 1998.

[63] Y. THOMAS, « Fictio legis: L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 1995, p. 17.

[64] Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique », op. cit. note 62, *Sens 1*.

[65] O. CAYLA, « Le jeu de la fiction entre 'comme si' et 'comme ça' », *Droits*, 1995, p. 8.

[66] Ibid., p. 3

[67] C. civ., art. 362 : *« Dans les quinze jours de la date à laquelle elle est passée en force de chose jugée, la décision prononçant l'adoption simple est mentionnée ou transcrite sur les registres de l'état civil à la requête du procureur de la République »*.

[68] C. civ., art. 361 : *« Les dispositions* [de l'article] *353* […] *sont applicables à l'adoption simple »*.
Art. 353, al. 1er : *« L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance* […] ».

deux liens coexistent, comme en attestent les *« effets de l'adoption simple »*[69] énoncés aux articles 363 et suivants du Code civil.

Il en est ainsi du nom (1) et plus généralement de tous les droits et devoirs attachés à la parenté (2).

1 La dualité de noms

La coexistence se manifeste d'abord à travers la dualité des noms de famille. Aux termes de l'article 363 alinéa 1er du Code civil, l'adopté porte le nom de celui ou celle qui l'adopte tout en conservant celui que lui ont attribué ses parents par le sang[70]. Les deux noms de famille s'ajoutent.

Dans l'hypothèse où *« l'adopté et l'adoptant, ou l'un d'entre eux, portent un double nom de famille »*, un choix doit être opéré de telle sorte que *« le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction du nom de l'adoptant à son propre nom, dans la limite d'un nom pour chacun d'eux »*[71]. L'adopté porte ainsi un nom par famille.

En cas d'adoption par un couple marié, il est fait un parallèle avec les règles de dévolution applicables à l'enfant dont la filiation *« est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément »*[72]. Comme dans l'article 311-21 du Code civil, les adoptants peuvent exercer un choix : soit le nom de l'époux, *« soit celui de la femme »*[73]. Par contre, ils doivent se limiter à un seul nom de famille, ce qui signifie que si celui qui donne son nom en a deux, il ne peut en conférer qu'un et que les époux ne peuvent conférer leurs deux noms accolés. Enfin, à défaut d'accord, c'est celui du mari qui l'emporte[74].

Quant au cas où l'adopté aurait à l'origine deux noms de famille, le problème se résout comme précédemment : il n'en conserve qu'un[75].

---

[69] Intitulé de la section II du chap. II : *« De l'adoption simple »*.

[70] C. civ., art. 363, al. 1er : *« L'adoption simple confère le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier »*.

[71] C. civ., art. 363, al. 2 : *« Lorsque l'adopté et l'adoptant, ou l'un d'entre eux, portent un double nom de famille, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction du nom de l'adoptant à son propre nom, dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. Le choix appartient à l'adoptant, qui doit recueillir le consentement de l'adopté de plus de treize ans. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction du premier nom de l'adoptant au premier nom de l'adopté »*.

[72] C. civ., art. 311-21, al. 1er.

[73] C. civ., art. 363, al. 3 : *« En cas d'adoption par deux époux, le nom ajouté au nom de l'adopté est, à la demande des adoptants, soit celui du mari, soit celui de la femme, dans la limite d'un nom pour chacun d'eux »*.

[74] C. civ., art. 363, al. 3 : *« En cas d'adoption par deux époux, le nom ajouté au nom de l'adopté est,* […] *à défaut d'accord entre eux, le premier nom du mari »*.

[75] C. civ., art. 363, al. 3, *in fine* : *« Si l'adopté porte un double nom de famille, le choix du nom conservé appartient aux adoptants, qui doivent recueillir le consentement de l'adopté âgé de plus de treize ans. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom des adoptants retenu est ajouté au premier nom de l'adopté »*.

Précisons que ces dispositions concernent aussi « *l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption régulièrement prononcée à l'étranger ayant en France les effets d'une adoption simple, lorsque l'acte de naissance de l'adopté est conservé par une autorité française* »[76].

Le principe est donc que l'adopté porte un nom double qui le rattache à la fois à ses père et mère biologiques et à ses père et mère adoptifs.

Le dernier alinéa de l'article 363 du Code civil prévoit un tempérament, à savoir que l'adopté peut ne porter *« que le nom de l'adoptant »*, ce qui ouvre une troisième possibilité lorsque c'est un couple marié qui procède à l'adoption : *« les noms accolés des époux dans l'ordre choisi par eux et dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux »*[77].

Toutefois, une décision judiciaire est nécessaire et le tribunal n'est pas obligé d'accéder à la demande du ou des adoptant(s)[78]. Enfin, l'adopté de plus de treize ans doit y consentir personnellement[79].

L'éviction du nom d'origine déroge au symbole de la double appartenance, qui fait toute l'originalité de l'adoption simple.

Aussi est-il heureux que la règle demeure l'association des noms de famille. Et il y a tout lieu de penser que le juge n'admet l'amputation que s'il y va de l'intérêt de l'adopté. En outre et contrairement aux hypothèses exposées aux alinéas 1 à 3 de l'article 363, le législateur n'offre aucune solution de repli si l'adopté âgé de plus de treize ans refuse de consentir à la substitution de nom. Ce dernier se voit reconnaître le pouvoir de s'opposer à une décision de justice, dont le résultat est que l'adopté conserve, à côté du nom de l'adoptant, son nom d'origine.

En instaurant, à propos du nom de famille de l'adopté, un équilibre de principe entre le lien biologique et le lien adoptif, le législateur souligne l'association de ces liens. La

---

[76] C. civ., art. 363-1 : *« Les dispositions de l'article 363 sont applicables à l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption régulièrement prononcée à l'étranger ayant en France les effets d'une adoption simple, lorsque l'acte de naissance de l'adopté est conservé par une autorité française. Les adoptants exercent l'option qui leur est ouverte par cet article par déclaration adressée au procureur de la République du lieu où l'acte de naissance est conservé à l'occasion de la demande de mise à jour de celui-ci. La mention du nom choisi est portée à la diligence du procureur de la République dans l'acte de naissance de l'enfant ».*

[77] C. civ., art. 363, al. 4 : *« Le tribunal peut, à la demande de l'adoptant, décider que l'adopté ne portera que le nom de l'adoptant. En cas d'adoption par deux époux, le nom de famille substitué à celui de l'adopté peut, au choix des adoptants, être soit celui du mari, soit celui de la femme, soit les noms accolés des époux dans l'ordre choisi par eux et dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Cette demande peut également être formée postérieurement à l'adoption* […] *».*

[78] Cf. le début de l'art. 363, al. 4 : *« Le tribunal peut ».*

[79] C. civ., art. 363, al. 4, *in fine* : *« Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel à cette substitution du nom de famille est nécessaire ».*

caractéristique essentielle de l'adoption simple est de ne pas engendrer de rupture avec la famille par le sang, mais de maintenir le lien tout en en créant un nouveau qui vient se greffer sur le premier.

2 La dualité de rapports parentaux

En vertu de l'article 364 alinéa 1er du Code civil, *« l'adopté reste dans sa famille d'origine »*, ce qui implique que *« les prohibitions au mariage prévues aux articles 161 à 164*[80] *du* [Code civil] *s'appliquent »* et qu'il *« y conserve tous ses droits »*[81].

Au premier chef figurent les droits successoraux, en particulier celui de prétendre à une part de réserve héréditaire en ce qui concerne les ascendants. Il peut réclamer des aliments à ses père et mère par le sang *« s'il ne peut les obtenir de l'adoptant »*[82]. Réciproquement, les parents biologiques peuvent exiger de leur enfant adopté qu'il accomplisse son devoir de les aider s'ils sont dans le besoin (sauf si l'adopté *« a été admis en qualité de pupille de l'Etat ou pris en charge dans les délais prescrits à l'article L 132-6 du Code de l'action sociale et des familles »*[83]).

De même, l'adoption n'entraîne pas la perte des droits que les parents biologiques ont sur la succession de leur enfant. Ainsi, dans le cas où l'adopté meurt sans postérité et sans conjoint survivant, les biens qu'il *« avait reçus à titre gratuit de ses père et mère retournent* […] *à ces derniers ou à leurs descendants »*[84]. La règle bénéficie également à l'adoptant ou ses descendants, qui reprennent *« les biens donnés par l'adoptant ou recueillis dans sa succession »*[85]. Quant au surplus, il *« se divise par moitié entre la famille d'origine et la famille de l'adoptant »*[86].

---

[80] C. civ., art. 161 : *« En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants, et les alliés dans la même ligne »*.
Art. 162 : *« En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur »*.
Art. 163 : *« Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu »*.
Art. 164 : *« Néanmoins, il est loisible au président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées : 1° par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ; 2° Abrogé, Loi n°75-617, 11 juillet 1975, article 9 ; 3° par l'article 163 aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu »*.
[81] C. civ., art. 364, al. 1er.
[82] C. civ., art. 367.
[83] Ibid.
[84] C. civ., art. 368-1, al. 1er, *in fine*.
[85] C. civ., art. 368-1, al. 1er : *« Dans la succession de l'adopté, à défaut de descendants et de conjoint survivant, les biens donnés par l'adoptant ou recueillis dans sa succession retournent à l'adoptant ou à ses descendants, s'ils existent encore en nature lors du décès de l'adopté, à charge de contribuer aux dettes et sous réserve des droits acquis par les tiers »*.
[86] C. civ., art. 368-1, al. 2.

S'agissant du *« lien de parenté résultant de l'adoption »*, lequel *« s'étend aux enfants de l'adopté »*[87], il n'a pas la même portée selon que l'on considère la relation adopté/adoptant ou la relation adopté/famille de l'adoptant.

En effet, si *« l'adopté et ses descendants ont, dans la famille de l'adoptant, les* [mêmes] *droits successoraux »* que si le lien était biologique et non pas artificiel[88], ils *« n'ont cependant pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant »*[89].

Par contre, entre l'adopté (ou ses descendants) et le ou les adoptant(s), règnent en plénitude l'assimilation et la réciprocité.

En témoignent, à côtés des règles de dévolution successorale, l'apparition de l'adopté dans le livret de famille de l'adoptant.

Les unions interdites en constituent une autre preuve. En vertu de l'article 366 alinéa 2, *« le mariage est prohibé : 1° Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ; 2° Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ; 3° Entre les enfants adoptifs du même individu ; 4° Entre l'adopté et les enfants de l'adoptant »*. Des dispenses sont toutefois envisageables[90], mais elles ne concernent pas l'adoptant et l'adopté (ou ses descendants), pour lesquels l'interdit est absolu.

Ces derniers se doivent mutuellement des aliments si l'autre est dans le besoin[91]. Priorité est d'ailleurs donnée au lien adoptif puisque, comme l'implique l'énoncé de l'article 367 alinéa 2 *in fine*[92], ce n'est qu'à titre subsidiaire que l'adopté s'adressera à ses parents par le sang.

C'est aussi le lien fictif qui prime en matière d'autorité parentale, le ou les adoptant(s) étant seul(s) investi(s) de tous les droits intéressant ce domaine[93]. Il(s) les exercent lui(eux)-même dans les mêmes conditions que si l'adopté était son(leur) enfant biologique[94]. Bien évidemment, les règles diffèrent quelque peu lorsqu'il s'agit de

---

[87] C. civ., art. 366, al. 1er : *« Le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend aux enfants de l'adopté »*.

[88] C. civ., art. 368, al. 1 : *« L'adopté et ses descendants ont, dans la famille de l'adoptant, les droits successoraux prévus au chapitre III du titre Ier du livre III »*.

[89] C. civ., art. 368, al. 2 : *« L'adopté et ses descendants n'ont cependant pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant »*.

[90] C. civ., art. 366, al. 3 : *« Néanmoins, les prohibitions au mariage portées aux 3° et 4° ci-dessus peuvent être levées par dispense du président de la République, s'il y a des causes graves »*.

C. civ., art. 366, al. 4 : *« La prohibition au mariage portée au 2° ci-dessus peut être levée dans les mêmes conditions lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée »*.

[91] C. civ., art. 367, al. 1er : *« L'adopté doit des aliments à l'adoptant s'il est dans le besoin et, réciproquement, l'adoptant doit des aliments à l'adopté »*.

[92] C. civ., art. 367, al. 2, *in fine* : *« Cependant les père et mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant »*.

[93] C. civ., art. 365, al. 1 : *« L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale inclus celui de consentir au mariage de l'adopté* […] *»*.

[94] C. civ., art. 365, al. 2 : *« Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les conditions prévues par le chapitre Ier du titre IX du présent livre »*.

l'adoption de l'enfant du conjoint. Dans ce cas, l'autorité parentale est attribuée concurremment à l'adoptant et à son conjoint[95], mais ce dernier *« en conserve seul l'exercice »*[96], à moins qu'il y ait eu déclaration conjointe *« devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun »*[97].

Enfin, *« les règles de l'administration légale et de la tutelle des mineurs s'appliquent à l'adopté »*[98].

En conservant une place à la famille d'origine, la législation indique que la seconde famille (la famille adoptive) n'est pas celle par le sang, mais qu'il y a eu création d'un lien artificiel qui est venu s'ajouter au lien biologique. Elle va jusqu'à prévoir la constatation officielle de cette adjonction par les mentions portées en marge des actes de l'état civil.

Le législateur ne nie donc pas la vérité, mais il fait produire au *« faux »* lien, d'un point de vue biologique, des effets de droit.

C'est en cela que l'adoption simple est une fiction, c'est parce qu'elle fonctionne dans la transparence et que le lien artificiellement créé par la loi produit des effets juridiques.

Comme elle ne rompt pas le lien originaire, mais lui ajoute un lien adoptif, les textes autorisent sa révocation. Néanmoins, s'agissant d'un lien de filiation, on ne saurait accepter trop facilement l'anéantissement du lien d'adoption. C'est pourquoi la révocation de l'adoption simple est subordonnée au respect de strictes conditions.

B) Une révocation encadrée de l'adoption simple

L'article 370 du Code civil[99] autorise la révocation de l'adoption simple. Toutefois, dans un souci de stabilité de la filiation, il est institué des conditions strictes de forme et de fond.

Premièrement, tout le monde n'est pas admis à agir et l'action ne peut être engagée à tout moment (1). Deuxièmement, il faut établir la preuve de motifs caractérisés (2).

Ajoutons que la révocation a des effets limités (3).

---

[95] C. civ., art. 365, al. 1 : *«* […] *à moins que* [l'adoptant] *ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint* […] *».*

[96] C. civ., art. 365, al. 1.

[97] Ibid. : *«* […] *sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité ».*

[98] C. civ., art. 365, al. 3.

[99] C. civ., art. 370 : *« S'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, à la demande de l'adoptant ou de l'adopté, ou, lorsque ce dernier est mineur, à celle du ministère public. La demande de révocation faite par l'adoptant n'est recevable que si l'adopté est âgé de plus de quinze ans. Lorsque l'adopté est mineur, les père et mère par le sang ou, à leur défaut, un membre de la famille d'origine jusqu'au degré de cousin germain inclus, peuvent demander la révocation ».*

1 La recevabilité restreinte de l'action

Premièrement, il doit exister une demande[100], laquelle ne peut être formée que par les personnes limitativement désignées dans les textes, à savoir l'adoptant[101], l'adopté[102], le ministère public[103] ou bien encore un membre pas trop éloigné de la famille par le sang[104].

Deuxièmement, ces gens ne sont pas admis à agir dans toutes les situations. Pour que la requête de l'adoptant soit recevable, il faut que l'adopté ait plus de quinze ans[105]. Ce n'est que si l'adopté est mineur que la révocation peut être sollicitée par le ministère public[106] ou par un membre de la famille d'origine[107].

En outre, il ne doit pas s'agir de n'importe quel proche : priorité est donnée aux ascendants au premier degré, l'action n'étant ouverte aux autres membres de la famille qu'à défaut de père et de mère, et seulement *« jusqu'au degré de cousin germain inclus »*[108].

En reconnaissant au Parquet la possibilité de demander la révocation de l'adoption, la réforme du 5 juillet 1996[109] semble avoir amoindri la force de ce lien légal.

Cependant, la stabilité demeure garantie en ce que, d'une part, l'adopté doit être encore mineur, d'autre part la demande, quelle que soit la personne ou l'autorité dont elle émane, doit être effectuée devant le juge qui vérifie *« s'il est justifié de motifs graves »*[110].

Or la jurisprudence interprète restrictivement la notion de *« motifs graves »*, dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond[111].

2 L'exigence de motifs graves

La loi exige que la demande de révocation soit fondée sur des *« motifs graves »*[112]. Les juridictions apprécient de manière stricte si les raisons avancées sont d'une gravité

---

[100] Cf. c. civ., art. 370, al. 1 et 3 préc.
[101] C. civ., art. 370, al. 1er.
[102] Ibid.
[103] Ibid.
[104] C. civ., art. 370, al. 3.
[105] C. civ., art. 370, al. 2.
[106] C. civ., art. 370, al. 1er.
[107] C. civ., art. 370, al. 3.
[108] Ibid.
[109] L. n°96-604 du 5 juil. 1996.
[110] C. civ., art. 370, al. 1.
[111] Cass., civ. 1ère, 12 janv. 1966, *D.*, 1966, jurisp., p. 236 : *« Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement les motifs graves de nature à entraîner la révocation de l'adoption »*. Principe repris not. par cass., civ. 1ère, 10 juil. 1973, *JCP* G, 1974, II-17689 (5ème espèce), obs. E-S de la MARNIERRE.
[112] C. civ., art. 370, al. 1er, préc.

suffisante pour justifier la dissolution du lien adoptif, avec tous les effets que cela implique.

A titre d'illustration, le prononcé du divorce entre le père adoptif et la mère biologique de l'adoptée ne constitue pas un motif suffisant pour obtenir la révocation du lien de filiation[113]. Pour le Tribunal de grande instance de Bordeaux, les rapports entre les ex-époux sont étrangers aux relations entre l'adoptant et l'adoptée. Or, seules ces relations sont pertinentes à l'appui d'une demande de révocation.

L'argument du divorce ne doit pas pour autant être totalement écarté : on pourrait envisager son accueil s'il est démontré que cette circonstance rend intolérables les rapports entre l'adoptant et l'adopté, particulièrement lorsque ce dernier est mineur et qu'il est en partie soumis à l'autorité parentale de l'adoptant.

Dans l'affaire tranchée le 19 mars 1992, l'adoptée était majeure et le tribunal a estimé que les difficultés relationnelles de ses parents ne la concernaient pas.

Ne constitue pas non plus un *« motif grave », « la simple mésentente, fût-elle profonde et réciproque »*[114].

En l'espèce, la personne était majeure lors de son adoption. Les protagonistes étaient tous deux avocats et s'étaient associés. Leurs liens s'étaient par la suite détériorés, lorsque l'adoptée avait quitté la société. Considérant la cessation des relations professionnelles et l'altération des rapports affectifs, l'adoptant avait décidé d'intenter l'action en révocation de l'article 370 du Code civil.

Se heurtant au refus du Tribunal de grande instance de Nanterre au motif que *« ni de simples querelles et des défauts de caractère, au demeurant réciproques, ni une séparation d'ordre professionnel, ni même une altération des rapports affectifs, même avec négligence et indifférence consécutives ne sauraient être qualifiés de « motifs graves » au sens de l'article 370 du Code civil »*, le demandeur forma appel devant les magistrats versaillais, lesquels, concluant à l'absence de motifs graves, confirmèrent le jugement.

Le lien adoptif revêtant, au-delà de son caractère volontaire, *« un aspect institutionnel prépondérant »*[115], on ne saurait admettre son anéantissement *« par des conflits, des susceptibilités ou des humeurs qui ne sont que les aléas que la vie en commun peut faire naître dans toutes les familles »*[116]. Aussi les juges n'hésitent-ils pas

---

[113] TGI Bordeaux, 19 mars 1992, *RTDciv.*, 1992, p.p. 748-749, J. HAUSER.

[114] CA Versailles, 9 déc. 1999, *RDSS*, 2000, p. 437, obs. F. MONEGER.

[115] TGI Paris, 28 mai 1996, *D.*, 1997, somm. commenté, p. 162, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS : si l'adoption simple *« procède d'un accord de volontés,* [elle] *revêt aussi un aspect institutionnel prépondérant de telle sorte que sa révocation constitue une mesure exceptionnelle qui ne peut, en dépit de l'accord des parties, être prononcée que pour motifs graves »*..

[116] CA Versailles, 9 déc. 1999, préc..

à qualifier la révocation de *« mesure exceptionnelle »*[117], comme en témoigne la décision rendue par le Tribunal de grande instance de Paris, le 28 mai 1996[118], concernant la demande formée par un jeune homme de 22 ans qui avait été adopté par un homme âgé de 90 ans.

Le premier invoquait, à l'appui de sa requête, la mésentente qui régnait entre lui et la compagne de son père légal. Cette circonstance ne constituait pas, aux yeux des juges, un motif grave au sens de l'article 370 alinéa 1er du Code civil. La demande de révocation a donc été rejetée, peu important que les intéressés (l'adopté et l'adoptant) étaient d'accord pour qu'elle soit prononcée.

De façon générale, une infirmité, un revers de fortune, les défauts de l'adopté, les imperfections de son comportement ou ses oublis ne peuvent, en l'absence d'autres circonstances, être considérés comme suffisants pour justifier une révocation.

Il faut de véritables motifs graves, tel un manquement de l'adoptant aux devoirs découlant de l'autorité parentale ou l'absence d'affection réciproque entre les intéressés.

Ainsi d'un arrêt de la Cour d'appel de Limoges[119] faisant état de difficultés relationnelles ayant empêché la constitution d'une relation affective, l'adoptant et l'adoptée étant par ailleurs en conflit au sujet du mode de vie de cette dernière[120].

Parmi les raisons les plus prégnantes, la conduite scandaleuse de l'adopté a toujours justifié la destruction du lien adoptif.

Déjà en 1930[121], il avait été retenu la profonde ingratitude de celui qui s'était rendu coupable d'extorsion de fonds, suivie de lettres injurieuses, à l'encontre de l'adoptant.

Le 2 juillet 1964, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence confirma un jugement de première instance ayant favorablement accueilli la demande de l'adoptant qui invoquait les crises éthyliques auxquelles l'adoptée était sujette ainsi que les dettes que cette

---

[117] TGI Paris, 28 mai 1996, préc.

[118] Ibid.

[119] CA Limoges, 21 nov. 1996, *Dr. fam.*, 1997, comm. 136, note Pierre MURAT.

[120] Comme Pierre MURAT, on peut *« s'interroger sur l'argument qui consiste à faire valoir simplement l'absence totale et initiale d'affection réciproque : n'est-ce pas une condition que le juge aurait dû vérifier au préalable avant de prononcer l'adoption, afin de s'assurer que le lien projeté correspondait d'une part à l'intérêt de l'enfant, d'autre part à la nature de l'institution sollicitée ? »* (Ibid., p. 15).
Il y avait eu en l'espèce recomposition familiale. L'épouse était la mère biologique de l'enfant. Le mari décida de l'adopter en la forme simple. Quelques années plus tard, le couple se déchira. Comme il est souvent tentant en ces cas là, l'un des intéressés (l'adoptée ici) sollicita la révocation de l'adoption en invoquant d'une part l'inexistence de liens affectifs, d'autre part le conflit opposant l'adoptée et l'adoptant au sujet d'une relation entretenue par la première et que le second désapprouvait.
Plutôt que de parier sur l'avenir, les juges auraient peut-être été mieux inspirés de laisser s'écouler plusieurs années avant d'accueillir la demande d'adoption. *« A une époque de grande instabilité des couples »*, la circonstance d'une recomposition familiale *« n'est aucunement une garantie de pérennité du lien adoptif »* (P. MURAT, ibid., p. 15). Il est préférable de ne prononcer l'adoption que lorsque celle-ci apparaît comme la consécration d'un lien effectif.

[121] Tb civ. Bayonne, 31 juil. 1930, *D. Sirey*, 1931, 2, p. 200.

dernière avait contractées et les injures qu'elle avait proférées et laissé proférer à l'encontre de son parent adoptif. Frappé d'un pourvoi, cet arrêt ne fut pas cassé par la Cour de cassation qui statua le 12 janvier 1966[122]. La 1ère Chambre civile considéra en effet qu'il ne pouvait être reproché aux juges aixois d'avoir estimé que *« les habitudes d'intempérance contractées par l'*[adoptée] *et les scandales provoqués par* [celle-ci] *au cours de ses crises d'intoxication éthylique justifiaient la demande en révocation d'adoption, lors même que l'adoptée se serait montrée tempérante depuis l'assignation »*, ni d'avoir retenu que *« par la production en justice de lettres de tiers injurieuses pour l'adoptant,* [l'adoptée] *avait manqué de respect à l'égard de son père adoptif »*.

Le 10 juillet 1997, c'est *« l'absence de tout sentiment de respect filial et une volonté de nuire à l'adoptant »* qui motiva le prononcé de la révocation par la Cour d'appel de Pau[123].

Mais il ne suffit pas d'arguer de motifs graves, encore faut-il que ces derniers soient avérés et prouvés et qu'ils rendent intolérable le maintien des liens créés par l'adoption[124].

C'est ainsi que les magistrats bordelais, dans un arrêt en date du 7 mars 2002[125], ont accepté de prononcer la révocation après avoir déclaré incompatible avec le maintien du lien de filiation le fait de tenir de manière habituelle, et le cas échéant en public, des propos fortement désobligeants à l'égard d'un parent adoptif.

Enfin, les motifs graves avancés en justice ne doivent pas émaner de celui qui agit sur le fondement de l'article 370 du Code civil[126]. Ainsi l'adoptant ne saurait-il, afin d'obtenir la révocation, se targuer d'une fraude dont il est l'auteur[127].

Dans le même ordre d'idées, certaines décisions refusent la révocation lorsqu'il est établi que l'attitude fautive du défendeur a été provoquée par une attitude elle-même fautive du demandeur[128]. La Cour d'appel de Paris a statué en ce sens le 18 mars 1999, dans une espèce où l'adoptant faisait état de graves difficultés dont l'origine se trouvait dans son *« comportement injuste et vexatoire »*[129].

---

[122] Cass., civ. 1ère, 12 janv. 1966, op. cit. note 111, p. 236.

[123] CA Pau, 10 juil. 1997, *Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées*, 1998, vol. I, p. 77, n°4599.

[124] Cass., civ. 1ère, 20 mars 1978, *Bull. Civ.*, I, n°114.

[125] CA Bordeaux, 7 mars 2002, *Dr. fam.*, 2002, comm. 83, note Pierre MURAT.

[126] Cass., civ. 1ère, 19 nov. 1991, *Bull. Civ.*, I, n°316.

[127] Ibid.

[128] V. par ex., cass., civ. 1ère, 10 juil. 1973, op. cit. note 111 : *« Ne peut être un motif grave de révocation d'adoption un comportement de l'adoptant ou de l'adopté lorsqu'il a été provoqué »*.
V. aussi, CA Pau, 24 fév. 1994, *Juris-Data* n°1994-020985.

[129] CA Paris, 18 mars 1999, *JCP* G, 2000, IV-1204.

Lorsque la demande répond à toutes les conditions, la révocation est prononcée. Celle-ci n'a aucune conséquence sur le passé : l'anéantissement de la filiation adoptive ne vaut que pour l'avenir.

En outre, celui qui avait été adopté ne se retrouve pas face au néant puisque l'adoption simple ne rompt pas les liens avec la famille d'origine.

3 Une famille unique pour l'avenir

Issue d'une décision de justice motivée[130], la révocation de l'adoption simple fait l'objet d'une publicité officielle puisque le dispositif du jugement la prononçant *« est mentionné en marge de l'acte de naissance ou de la transcription du jugement d'adoption, dans les conditions prévues à l'article 362 »*[131], c'est-à-dire *« à la requête du procureur de la République »*, *« dans les quinze jours de la date à laquelle »* la décision judiciaire *« est passée en force de chose jugée »*[132].

Elle *« prend effet à la date de la demande »*[133]. Elle n'a aucune conséquence rétroactive : la révocation joue uniquement pour l'avenir.

Le lien légal d'adoption a existé et il n'est nullement question d'effacer le passé, ce que confirme l'énoncé de l'article 370-2 du Code civil, aux termes duquel *« la révocation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption »*. Il en résulte donc une rupture du lien de parenté adoptive, une disparition du devoir d'entretien et de l'obligation alimentaire, des empêchements à mariage et de l'autorité parentale.

Mais s'il *« perd »* une famille, l'adopté n'est pas non plus sans famille puisque l'adoption simple permet la conservation des liens biologiques connus.

C'est seulement qu'il n'a plus deux liens qui se superposent : sa famille par le sang redevient sa famille unique. D'ailleurs, il reprend son nom initial. C'est ce qui explique que le législateur ait pu inscrire la révocabilité de l'adoption simple dans les textes.

En revanche, l'adoption plénière produisant des effets plus tranchés, la destruction du lien qu'elle crée aurait été plus difficilement légitimable. Aussi le lien légal ne peut-il être remis en cause, même en cas d'échec patent de l'adoption plénière : seuls quelques palliatifs ont été instaurés afin d'en modérer les effets.

---

[130] C. civ., art. 370-1, al. 1 : *« Le jugement révoquant l'adoption doit être motivé »*.

[131] C. civ., art. 370-1, al. 2.

[132] C. civ., art. 362.

[133] Cass., civ. 1ère, 21 juin 1989, *Bull. Civ.*, I, n°249 : *« De même que le prononcé de l'adoption produit ses effets au jour de la requête, sa révocation prend effet à la date de demande, l'article 370-2 ayant seulement pour effet d'écarter une rétroactivité plus étendue. Il s'ensuit que le décès de l'adoptant n'empêche pas la juridiction saisie de statuer sur la révocation »*.

§ II L'irrévocabilité de l'adoption plénière

Par l'intermédiaire des papiers officiels et des textes régissant l'autorité parentale exercée à l'égard de l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière, le législateur institutionnalise un lien qu'il sait ne pas correspondre à la vérité biologique (A).

Or, ce lien qui contrevient à la vérité du sang est irrévocable et rien ne saurait remettre en cause ce principe. En effet, si la loi prévoit des tempéraments au caractère plénier des effets de l'adoption plénière, le lien de filiation adoptive demeure (B).

A) L'institutionnalisation d'un lien contrevenant à la vérité biologique

L'adoption plénière, qui résulte d'une décision de justice prononcée *« par le tribunal de grande instance »*[134], permet à une personne ou un couple marié de créer un lien juridique de filiation avec un enfant dont ils ne sont pour rien dans la conception : il n'y a pas eu recours à une procréation médicalement assistée, ni endogène ni exogène, l'enfant a été engendré par d'autres gens.

Hors l'hypothèse de l'adoption de l'enfant du conjoint, qui est le père ou la mère biologique, l'adopté est un être sans famille en raison de circonstances diverses : décès des père et mère biologiques, accouchement sous X, abandon, retrait total de l'autorité parentale…

La famille adoptive remplace officiellement celle par le sang, tant dans ses rapports avec l'enfant (1) qu'à l'état civil (2), comme si les parents biologiques n'avaient jamais existé.

1 L'éviction du lien originel dans les rapports parentaux

Si le cas particulier de *« l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille »*[135], de manière générale, 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 visées aux articles 161 à 164 »*[136].

Seuls les empêchements à mariage pour cause d'inceste demeurent entre celui qui fait l'objet d'une adoption plénière et sa famille d'origine – ce qui implique de connaître les parents par le sang, ce qui est loin d'être évident.

Tout le reste disparaît : l'enfant n'a plus aucun droit ni devoir dans sa famille biologique, aussi bien dans l'ordre des rapports personnels que dans celui des rapports

---

[134] C. civ., art. 353, al. 1er : *« L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance* […] *»*.

[135] C. civ., art. 356, al. 2.

[136] C. civ., art. 356, al. 1.

pécuniaires. Réciproquement, sa famille par le sang n'a plus aucun droit ni devoir sur lui. Il ne subsiste ni vocation successorale, ni vocation alimentaire, ni autorité parentale.

L'adoption plénière emporte les mêmes effets en Belgique : l'enfant est entièrement intégré dans sa famille adoptive ; seuls subsistent, à l'égard de la famille d'origine, les empêchements à mariage[137].

A l'inverse, l'adopté acquiert, *« dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre »*[138].

Afin de parfaire l'assimilation, l'intégration est totale en ses effets tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux et dans la propagation de ces derniers au cœur de l'arbre généalogique de l'adoptant. L'autorité parentale appartient à l'adoptant ou le couple adoptant, qui en exerce tous les attributs. Emerge entre le ou les parents adoptifs et l'enfant une obligation alimentaire réciproque. Ils ont réciproquement la qualité d'héritier réservataire dans la succession de l'autre.

L'assimilation s'étendant à la parenté de l'adoptant, cela signifie que l'enfant est incorporé à sa famille adoptive, ce qui se traduit notamment par des vocations alimentaire et successorale réciproques entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant.

L'adoption plénière, lorsqu'il ne s'agit pas de l'enfant du conjoint, a un effet éliminatoire quant au lien originaire en ce que ce dernier est rompu. A compter du jour du dépôt de la requête en adoption[139], le lien originel est évincé par le lien adoptif qui, au lieu de se superposer au premier, s'y substitue. La famille par le sang s'efface au profit de la famille adoptive, de telle sorte que l'enfant n'a jamais deux familles en même temps. Aucune ne s'ajoute à l'autre, mais l'une supplante l'autre.

C'est la raison pour laquelle on qualifie le lien résultant d'une adoption plénière d'exclusif : lui seul existe juridiquement.

2 L'éviction du lien originel dans les documents officiels

Le lien originel disparaît jusque dans les actes officiels. En attestent les règles applicables au nom de l'adopté qui scellent symboliquement l'appartenance de celui-ci à la famille d'adoption.

Aux termes de l'article 357 alinéa 1er du Code civil, le principe est que *« l'adoption confère à l'enfant le nom de l'adoptant »*. Si celle-ci a été prononcée au profit d'un couple marié, le nom donné à l'enfant correspond à celui de tout enfant issu d'un tel

---

[137] J. POUSSON-PETIT, « Chronique du droit des personnes et de la famille en Belgique », *Dr. fam.*, 2003, chron. 30, p. 19.

[138] C. civ., art. 358.

[139] C. civ., art. 355 : *« L'adoption produit ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption »*.

couple[140], c'est-à-dire, sous réserve d'une déclaration conjointe, soit le nom de l'époux, soit celui de la femme, soit les deux accolés dans la limite d'un seul pour chacun d'eux et dans l'ordre qu'ils choisissent. A défaut d'une telle déclaration, c'est le nom marital qui l'emporte[141]. Enfin, tous les enfants légalement rattachés au couple, qu'ils aient ou non été adoptés, doivent porter le même nom de famille[142].

Ces dispositions valent aussi pour les enfants ayant *« fait l'objet d'une adoption régulièrement prononcée à l'étranger ayant en France les effets de l'adoption plénière »*[143].

L'état civil de l'enfant constitue *« la façade sociale »*[144] qui va favoriser *« son assimilation et manifeste*[r] *sont intégration »*[145] dans sa nouvelle famille. Aussi doit-il refléter le rapport de droit (et de fait) créé par le prononcé de l'adoption. C'est dans cette optique qu'a été rédigé l'article 354 du Code civil.

---

[140] C. civ., art. 357, al. 2 : *« En cas d'adoption par deux époux, le nom conféré à l'enfant est déterminé en application des règles énoncées à l'article 311-21 »*.

[141] C. civ., art. 311-21, al. 1er : Les deux parents *« choisissent le nom de famille qui* […] *est dévolu* [à l'enfant] *: soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe* […] *mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de* […] *son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre »*.

Les textes vont même plus loin puisqu'ils prévoient que l'adoptant engagé dans les liens du mariage peut demander à ce que l'enfant porte le nom de son conjoint ou leurs deux noms accolés *« dans l'ordre choisi par eux et dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux »*. Bien évidemment, une telle requête requiert le consentement de l'époux et les juges ne sont nullement obligés d'y accéder.

C. civ., art. 357, al. 4 : *« Si l'adoptant est une femme mariée ou un homme marié, le tribunal peut, dans le jugement d'adoption, décider, à la demande de l'adoptant, que le nom de son conjoint, sous réserve du consentement de celui-ci, sera conféré à l'enfant. Le tribunal peut également, à la demande de l'adoptant et sous réserve du consentement de son conjoint, conférer à l'enfant les noms accolés des époux dans l'ordre choisi par eux et dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux »*.

Dans l'hypothèse où *« le mari ou la femme de l'adoptant est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le tribunal apprécie souverainement après avoir consulté les héritiers du défunt ou ses successibles les plus proches »* (art. 357, al. 5). De la sorte, l'adopté paraît issu du couple formé par son parent adoptif et le conjoint de celui-ci.

[142] C. civ., art. 311-21, al. 3 : *« Lorsqu'il a déjà été fait application du présent article* […] *à l'égard d'un enfant commun, le nom précédemment dévolu ou choisi vaut pour les autres enfants communs »*.

[143] C. civ., art. 357-1 : *« Les dispositions de l'article 311-21 sont applicables à l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption régulièrement prononcée à l'étranger ayant en France les effets de l'adoption plénière. Les adoptants exercent l'option qui leur est ouverte par cet article lors de la demande de transcription du jugement d'adoption, par déclaration adressée au procureur de la République du lieu où cette transcription doit être opérée.* […] *La mention du nom choisi est opérée à la diligence du procureur de la République, dans l'acte de naissance de l'enfant »*.

[144] G. CORNU, « Droit-civil : La famille », op. cit. note 59, p. 446.

[145] Ibid., p. 446.

En vertu du premier alinéa, le jugement d'adoption est transcrit sur les registres du lieu de naissance de l'enfant[146]. Or cette transcription, qui *« énonce le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant ainsi que ses nom de famille et prénoms, tels qu'ils résultent du jugement d'adoption, les prénoms, noms, date et lieu de naissance, profession et domicile du ou des adoptants »*[147], *« ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant »*[148] et *« tient lieu d'acte de naissance »*[149] de celui-ci.

Autrement dit, l'enfant est présenté comme né de l'homme et/ou de la femme qui l'a/ont adopté et toute délivrance d'extraits d'acte de naissance se fera à partir de ces indications qui ne font aucune référence aux parents par le sang.

Quant à *« l'acte de naissance originaire »* ou celui *« établi en application de l'article 58 »* du Code civil lorsqu'on se trouve en présence d'un enfant trouvé, il est certes *« conservé par un officier de l'état civil français »*, mais il est revêtu, *« à la diligence du procureur de la République,* […] *de la mention « adoption » et considéré comme nul »*[150].

Tout est donc fait pour effacer le passé et pour que l'enfant paraisse, aux yeux de la société, issu du ou des adoptants. On fait croire qu'il est leur enfant par le sang. On efface les traces officielles du lien biologique et on présente la filiation adoptive comme traduisant juridiquement un rapport biologique.

En bref, on occulte la vérité du sang et on fait passer le faux pour le vrai.

N'affichant pas ce qu'il est, c'est-à-dire un lien artificiel, puisque la société ignore que le lien juridiquement reconnu a été artificiellement créé, le lien d'adoption plénière ne peut être qualifié de *« fiction »*, celle-ci fonctionnant dans la transparence. C'est pourquoi Claire NEIRINCK préfère parler à son endroit de *« secret directement organisé par la loi »*[151] ou bien encore de *« mensonge »*[152].

Or ce lien *« mensonger »* est, aux termes de l'article 359 du Code civil[153], *« irrévocable »* à partir du moment où le jugement prononçant l'adoption est passé en force de chose jugée[154].

---

[146] Si l'adopté est né à l'étranger, la transcription s'effectue « *sur les registres du service central d'état civil du ministère des affaires étrangères* » (c. civ., art. 354, al. 2).

[147] C. civ., art. 354, al. 3.

[148] Ibid., *in fine*.

[149] C. civ., art. 354, al. 4.

[150] C. civ., art. 354, al. 5.

[151] C. NEIRINCK, « Comprendre le secret de la filiation », op. cit. note 6, p. 6.

[152] Ibid., p. 8.

[153] C. civ., art. 359, inséré dans les dispositions concernant l'adoption plénière (Livre Ier : « Des personnes », Titre VIII : « De la filiation adoptive », Chap. I : « De l'adoption plénière », section III : « Des effets de l'adoption plénière ») : *« L'adoption est irrévocable »*.

[154] Cass., civ. 1ère, 7 mars 1989, *Bull. Civ.*, I, n°111 : *« L'adoption n'est irrévocable que si le jugement qui la prononce est passé en force de chose jugée »*.

B) Une irrévocabilité totale

Ayant instauré l'anéantissement des liens originels, le législateur se devait d'assurer l'intangibilité de la filiation adoptive. Il ne pouvait légitimement admettre la révocation de l'adoption plénière après avoir organisé la disparition du passé de l'enfant.

L'importance qu'il accorde à la stabilité du lien d'adoption se manifeste d'abord à travers la protection dont il entoure la décision judiciaire la prononçant ; il est en cela relayé par les solutions retenues par la jurisprudence en application du principe solennellement énoncé à l'article 359 du Code civil (1).

Elle s'affiche ensuite à travers la persistance du lien adoptif malgré l'échec avéré de la greffe familiale, une telle situation n'autorisant que des tempéraments aux effets pléniers de l'adoption (2).

1 Une protection accrue du jugement d'adoption

Le jugement prononçant l'adoption plénière bénéficie d'une sécurité non négligeable.

Légalement d'une part, la tierce opposition *« n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants »*[155].

La juridiction suprême[156] a précisé ce qu'il fallait entendre par *« dol »* : constitue un dol le fait de s'abstenir sciemment d'informer le tribunal, appelé à statuer sur la requête en adoption, de circonstances qui pourraient influer de façon déterminante sur sa décision. A ainsi été qualifié de dol le fait de dissimuler la procédure d'adoption aux grands-parents par le sang des adoptés, alors que ces grands-parents entendaient maintenir avec leurs petites-filles des liens affectifs[157].

Jurisprudentiellement d'autre part, la décision judiciaire ne peut faire l'objet d'un recours en révision[158], conséquence logique dès lors que l'on consacre l'irrévocabilité de l'adoption prononcée par un jugement passé en force de chose jugée. C'est la conclusion à laquelle est parvenue la Cour d'appel de Pau dans un arrêt en date du 26 juin 1995[159].

---

[155] C. civ., art. 353-2 : *« La tierce opposition à l'encontre du jugement d'adoption n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants »*.

[156] Cass., civ. 1ère, 7 mars 1989, *Bull. Civ.*, I, n°112.

[157] Même arrêt.

[158] Recours en révision : Voie extraordinaire de recours […] qui *« tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée »*, pour l'une des causes spécifiées par la loi, afin *« qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit »* (NCPC, art. 593). Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique », op. cit. note 62.

[159] CA Pau, 26 juin 1995, *D.*, 1996, p. 214, note V. LARRIBAU-TERNEYRE : Le caractère irrévocable du jugement prononçant l'adoption plénière rend irrecevable le recours en révision qui tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation française le 18 mai 2005[160] atteste de la portée considérable donnée à la règle de l'article 359.

En l'espèce, une décision de justice roumaine avait prononcé l'adoption d'un enfant roumain par un couple français. Or, selon les dispositions de la Convention de La Haye du 29 mai 1993, cette adoption devait être considérée en France comme une adoption plénière, laquelle, contrairement à ce que prévoit le droit roumain, est irrévocable. Il en résultait, aux yeux de la 1ère Chambre civile, que la révocation prononcée en Roumanie, à la demande des adoptants, ne pouvait produire effet en France.

Enfin, il résulte de l'article 359 du Code civil que les parents adoptifs sont empêchés de soumettre à l'adoption plénière l'enfant qu'ils ont eux-même adopté de façon plénière. Une affaire jugée le 17 novembre 1997, par la Cour administrative d'appel de Bordeaux[161], illustre cette conséquence.

En l'espèce, des époux avaient sollicité des services sociaux de l'Aide sociale à l'enfance l'admission, en qualité de pupille de l'Etat, de l'enfant qu'ils avaient adopté. Les services sociaux ayant émis un refus, le couple forma un recours à l'encontre de cette décision. La juridiction administrative statua dans le sens de l'Aide sociale.

L'attachement du droit à l'irrévocabilité de l'adoption plénière est donc manifeste. Que l'adopté soit mineur ou majeur, le lien adoptif ne peut être remis en cause, quel que soit le motif invoqué.

C'est ce qu'a rappelé la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 22 novembre 2001[162], où il était question d'une demande de révocation présentée par les parents adoptifs d'une jeune fille ayant entrepris des démarches pour retrouver ses ascendants biologiques[163].

2 La persistance de la filiation adoptive

La stabilité absolue du lien artificiel peut paraître excessive lorsque *« la greffe familiale, et donc affective, ne se réalise pas entre l'enfant et ses parents adoptifs »*[164].

Il se peut en effet que l'adoption s'avère être un échec. Imposer l'intangibilité du lien dans de telles circonstances risque de se révéler contraire aux intérêts de chacun des protagonistes, en particulier l'enfant.

---

[160] Cass., civ. 1ère, 18 mai 2005, *Bull. Civ.*, I, n°210.

[161] CAA Bordeaux, 17 nov. 1997, *JCP* G, 1998, I-151, obs. Y. FAVIER.

[162] CA Paris, 22 nov. 2001, *Dr. fam.*, 2002, comm. 29, note Pierre MURAT.

[163] Ibid. : *« La légitimation adoptive comme l'adoption plénière étant irrévocable et aucune disposition du jugement ne proscrivant la recherche de ses parents biologiques, doit être rejetée la demande de révocation et d'annulation faite par les parents adoptifs et fondée sur la reprise de contact de leur fille avec sa famille d'origine »*.

[164] E. ROMAN, « Le lien de filiation non biologique », op. cit. note 22, p. 306.

Mais ce serait, aux dires de Claire NEIRINCK, *« le prix juridique du mensonge légal »*[165] qui est à la base de la constitution de ce lien.

Cependant, le législateur n'est pas aveugle. Prenant acte de ce que les relations factuelles peuvent ne pas être conformes aux espérances des intéressés, il a prévu des solutions de secours destinées à tempérer les effets pléniers de cette forme d'adoption, sans pour autant anéantir le lien juridique institué entre l'adopté et les adoptants.

Par exemple, de graves carences en matière de devoirs parentaux peuvent être palliées par des mesures d'assistance éducative[166], voire donner lieu au retrait total ou partiel de l'autorité parentale.

Plus novatrice est la possibilité introduite par la loi du 5 juillet 1996 à l'article 360 alinéa 2 du Code civil. Selon cette disposition, un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière peut faire l'objet d'une nouvelle adoption, cette fois-ci en la forme simple et à condition de justifier de *« motifs graves »*[167].

La législation belge prévoit la *« révision »* de l'adoption lorsqu'il résulte d'indices suffisants que celle-ci fait suite à un enlèvement, une vente ou une traite d'enfant. Conformément à l'article 351 du Code civil, le jugement prononçant l'adoption peut être contesté en justice par le Ministère public ou un parent biologique jusqu'au troisième degré. Si la preuve des faits est rapportée, l'adoption cesse de produire ses effets à partir de la transcription du dispositif de la décision de révision sur les registres de l'état civil[168].

Le législateur français vise le cas d'un échec avéré de l'adoption. La question de savoir si les raisons exposées peuvent être qualifiées de motifs graves relève de l'appréciation souveraine des juges du fond[169]. Ces derniers n'admettent que restrictivement l'existence de tels motifs.

Les juges parisiens ont par exemple refusé l'application de l'article 360 alinéa 2 dans un cas où il s'était tissé des rapports affectifs forts entre l'adopté et le second conjoint de l'un des adoptants[170].

En l'espèce, des époux avaient adopté une enfant en la forme plénière et avaient divorcé quatorze ans plus tard. La mère adoptive s'était par la suite remariée avec un

---

[165] C. NEIRINCK, « Comprendre le secret de la filiation », op. cit. note 6, p. 9.

[166] Cass., civ. 1ère, 31 mars 1991, *Bull. Civ.*, I, N°107.

[167] C. civ., art. 360, al. 2 : *« S'il est justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est permise »*. L'art. 347-1 3° c. civ. belge admet aussi qu'une nouvelle adoption soit prononcée, *« à la requête du Ministère public »*, *« si des motifs très graves »* le commandent (J. POUSSON-PETIT, « Chronique du droit des personnes et de la famille en Belgique », op. cit. note 137).

[168] J. POUSSON-PETIT, chron. préc.

[169] TGI Paris, 13 mars 2000, *RTDciv.*, 2001, p.p. 122-124, J. HAUSER.
CA Poitiers, 29 mai 2001, *D.*, 2002, p.p. 1874-1875, obs. S. HENNERON.

[170] TGI Paris, 13 mars 2000, préc.

homme qui s'était, dès avant la consécration de l'union, occupé de l'adoptée. Exposant en outre le relatif désintérêt du père légal à l'égard de l'enfant (notamment, la pension n'était pas régulièrement versée), le second conjoint de la mère présentait une requête aux fins d'adoption simple de l'enfant. Le Tribunal de grande instance de Paris la repoussa le 13 mars 2000.

C'est que la formule *« motifs graves »* évoque davantage l'échec de l'adoption plénière que l'opportunité de prononcer l'adoption simple. Cette position a été confirmée par la Cour d'appel, dans un arrêt en date du 16 janvier 2003[171].

Lorsque l'adoption simple de l'enfant adopté une première fois en la forme plénière est prononcée, cette circonstance n'a nullement pour conséquence de détruire le premier lien adoptif[172] : l'adoption plénière n'est pas effacée par l'adoption simple, mais seulement relayée, de telle sorte que les deux formes d'adoption se superposent.

L'enfant se retrouve ainsi dans une situation de cumuls de liens qui n'est pas sans soulever les critiques. Premièrement, il est permis de s'interroger sur la conformité d'une telle multiplication de *« parents »* avec l'intérêt de l'enfant, d'autant qu'une telle situation ne facilite pas l'intégration de l'enfant dans sa nouvelle famille. Deuxièmement, on ne peut que relever l'esprit de contradiction du législateur qui, admettant pleinement la rupture initiale avec les liens du sang, refuse ensuite la rupture avec des liens dont il a lui-même permis la création et qui n'existent que juridiquement (l'application de l'article 360 alinéa 2 du Code civil suppose le constat suivant lequel on ne peut parler de relation filiale entre l'adopté et le ou les adoptants).

Le refus légal d'anéantir le premier lien d'adoption, au prix d'une situation juridique et familiale complexe, est la preuve manifeste que le législateur désire avant tout garantir la stabilité du lien de filiation issu de l'adoption. Or ce lien constitue un *« mensonge »* légalement autorisé et consacré par le jugement d'adoption.

Si l'on compare l'irrévocabilité de l'adoption plénière à la révocabilité conditionnelle de l'adoption simple, on ne peut que tirer la conclusion suivante : plus la vérité sur les origines biologiques de l'enfant est dissimulée, plus le lien de filiation bénéficie d'une force juridique importante. Et ce n'est pas le caractère incontestable de la filiation de l'enfant issue d'une procréation médicalement assistée librement consentie qui contredira cette observation.

Grâce à cette politique, le législateur redonne au caractère descendant de la filiation la place qu'il a perdue depuis l'avènement des expertises biologiques dans les procès en

---

[171] CA Paris, 16 janv. 2003, *AJF*, 2003, p. 181, obs. F. BICHERON : Les motifs graves visés par l'art. 360 al. 2 c. civ. ne peuvent s'entendre de l'existence de liens affectifs forts créés entre l'adopté et le second conjoint de l'un des adoptants.

[172] CA Poitiers, 29 mai 2001, op. cit. note 169 : Dès lors qu'il existe manifestement des motifs graves, est justifié le prononcé de l'adoption simple par le nouveau mari de la mère, celle-ci ne rompant pas le lien juridique de filiation qui existe entre le premier père adoptif et les deux enfants.

filiation. C’est à partir de la génération au-dessus que le lien est établi. La preuve de la filiation descend vers l’enfant.

CONCLUSION DU TITRE II

Il semble que la pérennité juridique d'un lien de filiation qui ne correspond pas à la vérité biologique soit subordonnée aux circonstances de la constitution de ce lien.

En effet, en comparaison de toutes les attentions protectrices dont la loi entoure la filiation *« par greffe »*, le lien de filiation *« par nature »*, dès lors qu'il ne concorde pas avec la vérité des gènes, peut être facilement détruit.

C'est que, dans le premier cas, la loi elle-même autorise et organise la constitution des liens fictifs tandis que, dans le second, la création de tels liens relève d'initiatives privées. Dès lors que le législateur avalise expressément l'apparition de rapports de droit non confortés par un facteur biologique, il ne peut que s'employer à combattre toute volonté d'anéantissement à leur égard.

Face à la vivacité du postulat selon lequel la famille doit reposer sur des liens du sang[1], il n'avait d'autre choix que d'instituer une intangibilité de principe du lien de filiation s'il voulait garantir l'unité de la famille lorsque l'enfant a été adopté ou a été médicalement procréé à partir des gamètes d'un tiers donneur.

Dans un tel contexte, il ne pouvait non plus ignorer les progrès accomplis dans le domaine des expertises biologiques, lesquelles permettent de savoir avec une certitude quasi-parfaite si l'enfant est génétiquement issu de ceux qu'il prétend être ses parents ou que la loi désigne comme tels. Il a donc admis que les résultats d'un examen scientifique puissent anéantir un lien de filiation charnelle (sous réserve toutefois de se trouver dans le cadre d'une action judiciaire recevable).

[1] Henri MAZEAUD écrivait ainsi : *« l'enfant a un lien naturel et juridique avec son père et sa mère, lien qui résulte de la procréation. C'est sur cette procréation* […] *que notre droit s'est fondé pour tracer les règles de la filiation : l'enfant a pour père l'homme qui l'a engendré, et pour mère la femme qui l'a porté »*. « Le droit de la famille face aux progrès de la science médicale ». *Mélanges Michel DE JUGLART, Aspects du droit privé en fin du XX° siècle*, LGDJ, Montchrestien, Techniques, 1986, p. 51.

CONCLUSION
DE LA DEUXIEME PARTIE

Poursuivant l'objectif de stabilité de l'état, à travers l'intangibilité de la filiation, le législateur se serait *« détourn*[é] *du champ de la parole »*[1] : *« ce qui est dit peut toujours être dédit »*[2], *« pour se diriger vers celui de la réalité matérielle »*[3] : *« ce qui est prouvé par l'indice matériel d'un « marqueur génétique » ne peut être effacé »*[4].

Il faut bien avouer que, en dehors de l'adoption et de la procréation médicalement assistée, c'est généralement la preuve biologique qui est préférée pour établir ou contester en justice un lien de filiation, particulièrement en ce qui concerne la paternité.

La raison en est simple : l'expertise scientifique laisse peu de place au doute, de telle sorte que la vérité, et donc l'état, qu'elle révèle, est difficilement contestable non seulement dans l'instant, mais aussi dans l'avenir. En effet, des individus qui sont biologiquement liés le sont pour toujours. C'est un marquage définitif qui ne souffre aucune modification.

Aussi est-il intéressant, pour la stabilité de l'état, de se fonder sur l'existence (ou l'absence) de ce lien pour reconnaître (ou nier) le lien de filiation.

Le résultat d'une telle politique est que l'on tend à confondre le lien de filiation avec le lien d'engendrement et à inverser l'ordre de la preuve.

Ainsi concernant la maternité, c'est en établissant la certitude du lien que l'on *« prouve l'accouchement* […] *et l'identité de l'enfant »*[5]. Plus généralement, au lieu que le lien juridique soit établi ou anéanti en partant du prétendu parent, en appréciant son comportement, ses manifestations de volonté, tant avant qu'après la naissance de l'enfant, c'est à partir de ce dernier, plus précisément à partir de son *« matériel chromosomique »*[6] que l'on compare ensuite à celui du parent prétendu[7], que le juge prononce ou dénonce le lien de filiation.

---

[1] D. MARCELLI, « Lien d'engendrement, lien de filiation : question de transmission et d'autorité », *Identités, filiations, appartenances* (dir. Ph. PEDROT et M. DELAGE), coll. Hyères, 23 et 24 mai 2003, PUG, 2005, p. 106.

[2] Ibid., p. 106.

[3] Ibid., p. 106.

[4] Ibid., p. 106.

[5] M-P et G. CHAMPENOIS, « La preuve judiciaire de la maternité : quelques aspects de son évolution depuis la Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 », *Mélanges François TERRE, L'avenir du* droit, PUF, Dalloz, Juris-Classeur, 1999, p. 491 : *« La démarche habituelle est inversée : si le lien de filiation est certain, cela prouve l'accouchement de la mère et l'identité de l'enfant »*.

[6] D. MARCELLI, « Lien d'engendrement, lien de filiation : question de transmission et d'autorité », op. cit. note 1, p. 107.

Les éléments génétiques de chacun des protagonistes sont donc mis sur un pied d'égalité, en position de symétrie, et la preuve de la filiation *« remonte de l'enfant au parent »*[8].

Or *« la filiation symbolique, celle que la loi a jusque-là reconnue, s'énonce de façon descendante, du haut vers le bas, de la génération antérieure, celle des parents, à la génération suivante, celle des enfants »*[9].

Certes, le passage complet *« d'un lien social énoncé culturellement à un lien charnel prouvé génétiquement »*[10] signifierait une totale sécurité en matière de filiation. Cependant, le bénéfice pour la stabilité ne saurait faire oublier la perte de valeur symbolique pour la filiation, laquelle ne saurait être réduite à une question de gènes, ce qui autorise d'ailleurs la formation de liens de droit là où la biologie ne le permet pas.

C'est pourquoi les rédacteurs de la dernière réforme ont été bien inspirés de conserver, malgré les progrès fulgurants de la science, une place au titre, à la possession d'état et au temps écoulé dans les éléments à prendre en compte lorsque la question d'un lien de filiation se pose devant les juges… comme ils ont été bien inspirés de ne pas consacrer la preuve scientifique en tant que mode paisible d'établissement de la filiation, domaine où la preuve, donc la filiation, demeure descendante et dans lequel le mot *« filiation »* trouve sa véritable signification.

---

[7] *« Le lien d'engendrement* […] *se démontre de façon ascendante, des chromosomes des enfants aux chromosomes des parents, c'est-à-dire de la génération des enfants à celle des parents »*, ibid., p. 106.
[8] Ibid., p. 107.
[9] Ibid., p. 106.
[10] Ibid., p. 106.

CONCLUSION GENERALE

L'un des objectifs majeurs de l'ordonnance du 4 juillet 2005 était d'achever le travail d'égalisation des filiations entrepris depuis la grande loi du 3 janvier 1972. Malgré les efforts accomplis, il demeure des distinctions. Certaines sont réductibles. Si elles n'ont pas été éliminées, c'est en majeure partie parce qu'elles figurent dans des domaines qui ont été exclus du cadre d'intervention de l'ordonnance.

Il en est ainsi des procréations médicalement assistées hétérologues. Le mari qui a consenti à l'insémination artificielle de sa femme avec le sperme d'un autre voit sa paternité automatiquement établie par application de la présomption inscrite à l'article 312 du Code civil. La paternité du concubin ne bénéficie pas du même automatisme, puisque, conformément au chapitre II sur « l'établissement de la filiation », il doit procéder à une reconnaissance s'il veut que le lien soit établi. S'il ne le fait pas, l'article 311-20 du Code civil autorise la concubine à agir en justice pour que le lien paternel soit déclaré. Elle peut même réclamer des dommages et intérêts. Sa situation diffère donc de celle de l'épouse, laquelle ne peut choisir de faire établir ou non la paternité. Quant à l'enfant, l'établissement de son lien dépend entièrement du couple receveur lorsque ce dernier n'est pas légalement uni par un mariage, alors qu'il dépend de la loi lorsque le couple est marié.

La solution, pour uniformiser les situations, consisterait à abandonner la position du législateur de 1994 qui, pour régir le cas particulier de l'assistance à la procréation avec tiers donneur, a tenu à transposer le droit commun de la filiation. Il faudrait, dans un chapitre à part, instituer des textes qui énonceraient que le consentement à l'assistance médicale établit la filiation, que ce soit du côté paternel ou maternel, ce qui ouvrirait la voie à la gestation ou la procréation pour autrui[1].

Cette technique consiste, pour une femme, à porter un enfant à la place d'une autre. Le prêt d'utérus est parfois associé à un don d'ovule, de telle sorte que celle qui est juridiquement reconnue comme étant la mère n'est ni la génitrice ni la gestatrice. C'est ici que réside le paradoxe des progrès scientifiques : dans le même temps que la détermination des géniteurs devient certaine grâce à l'expertise médicale, la paternité et la maternité perdent en certitude du fait du développement des techniques de procréation assistée.

L'intérêt de la maternité de substitution, par rapport à l'adoption, est d'avoir un nouveau-né issu du sperme de son mari ou concubin, et parfois de l'un de ses ovules. Solution miracle pour celles qui souffrent de malformations ou anomalies médicales les empêchant d'envisager une grossesse ou de la mener à son terme, le procédé est interdit en France[2] car, au-delà de la question de l'accès à l'enfant par un couple de même sexe, du risque de détournement de la procédure au profit d'une personne seule en mal d'enfant et de l'hypothèse d'une rétractation de volonté de la part de la parturiente au

[1] A condition d'admettre dans le même temps une entorse au principe de l'indisponibilité du corps humain.

[2] V. *supra*, première partie, titre I, chap. II.

moment de la naissance, admettre une telle possibilité nécessiterait de revoir le fondement de la maternité dans notre droit : en dehors de l'adoption, c'est l'accouchement qui désigne la mère, même en cas de procréation médicalement assistée avec don d'ovule ou d'embryon. Légaliser la pratique de mère porteuse réduirait le rôle essentiel de l'accouchement dans l'établissement du lien maternel.

Cependant, il est tout à fait possible, d'un point de vue technique[3], d'envisager une loi autorisant, dans un cadre bien défini[4], la gestation pour autrui, tout en conservant le rôle primordial de l'accouchement dans l'établissement du lien maternel lorsque la conception de l'enfant résulte de relations charnelles. Il suffirait de bien distinguer les situations et d'édicter la règle selon laquelle, dans tous les cas où il y a eu recours à un élément tiers au couple (gamètes, embryon, utérus), le consentement à la procédure établit le lien de filiation et interdit la contestation de celui-ci.

Si une telle réforme était adoptée, ce serait par un moyen identique que seraient établis tous les liens, que la filiation s'inscrive ou non dans un engagement matrimonial, que soit concernée la paternité ou la maternité. On parviendrait alors à une unification – terme plus poussée que l'harmonisation[5], laquelle consiste en un simple rapprochement[6], à une mise en correspondance[7] – des règles relatives à la filiation de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation, dans le sens que celles-ci

---

[3] Pierre MURAT (*Dr. fam.*, 2007, comm. 122, p. 30) ne manque pas d'observer que *« le risque d'exploitation de la détresse, d'asservissement du corps de la femme, la crainte du développement d'officines douteuses et d'une logique de marché, une contractualisation de mauvais goût, l'instrumentalisation de la filiation et son aliénation au désir des adultes peuvent être légitimement jugés un prix trop lourd à payer pour répondre à la détresse des couples stériles par le recours aux maternités de substitution »*. Déjà en 2005, il avait émis ses réticences auprès de la Mission chargée de rédiger le rapp. intitulé « L'enfant d'abord » (rapp. fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, *AN*, n°2832, 25 janv. 2006) : *« De fait, ce type de maternité porte atteinte à deux valeurs essentielles, protectrices de la dignité humaine : d'une part, l'indisponibilité du corps humain, plus précisément l'indisponibilité de la faculté de procréation de la femme ; d'autre part, l'indisponibilité de la filiation. Accepter de telles maternités, c'est mettre dans l'échange, fût-ce à titre gratuit, les facultés gestatrices de la mère. C'est permettre qu'on puisse transférer des liens de filiation en dehors de processus jusqu'à présent contrôlés – socialement, en cas d'adoption –. C'est introduire dans le droit de la filiation, qui est actuellement accordée de l'extérieur, une possibilité de contractualisation. On quitterait ainsi le terrain de la filiation institutionnelle pour entrer dans celui des filiations par convention »*. Reste que *« s'il est évident que le droit n'a pas à autoriser tout ce que la science permet, la question de la limite à ne pas dépasser est très délicate, et évolue avec le changement progressif de valeurs dans la société »* (rapp. préc.).

[4] V. en ce sens les propositions d'associations, exposées dans le rapp. « L'enfant d'abord », préc.

[5] Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique », *Unification : 3. Uniformisation du Droit applicable à une matière juridique donnée* […], *mode d'intégration plus poussée que l'harmonisation*.

[6] Ibid., *Harmonisation : 3. Désigne parfois un simple rapprochement.*

[7] Dictionnaire Hachette encyclopédique illustré, *Harmonisation : Action d'harmoniser, de mettre en harmonie* / *Harmonie : Concordance, correspondance entre différentes choses.*

seraient rendues homogènes[8] et s'inscriraient dans une unité[9] pour former un ensemble cohérent[10] et harmonieux[11], organisé de manière logique[12].

La filiation adoptive n'a pas non plus été touchée par la réforme, certainement parce qu'elle sortait elle aussi du cadre de la loi d'habilitation du 9 décembre 2004. En effet, une distinction importante aurait pu, sans trop de difficultés, être abolie : il s'agit de celle séparant les couples mariés et les couples non mariés. Alors que la procréation médicalement assistée est ouverte à ces derniers, l'adoption conjointe du même enfant leur reste fermée. Pourtant, il ne serait pas condamnable de leur permettre une telle adoption dès lors qu'ils répondraient aux conditions de stabilité et d'hétérosexualité édictées en matière d'assistance médicale à la procréation.

Une telle possibilité serait même bienvenue, sachant que le recours à une technique médicale a pour objet de faire venir au monde un enfant qui n'existe pas, tandis que l'adoption est destinée à donner une famille à un enfant déjà né qui n'en a pas. Comment expliquer la résistance du législateur face à des couples qui proposent d'offrir à un enfant existant beaucoup mieux qu'un orphelinat, tandis qu'il est parvenu à surmonter ses réserves lorsque ces mêmes personnes désirent accueillir un enfant qui n'a pas encore été engendré ?[13]

Si la filiation élective a été exclue de l'ordonnance du 4 juillet 2005, la filiation charnelle en a en revanche constitué le cœur. Pourtant, il demeure là aussi des distinctions.

---

[8] Ibid., *Unification : Action d'unifier*.
Unifier : Rassembler pour faire un tout, faire l'unité ; rendre homogène, donner une certaine unité à.

[9] Ibid. – *Adde* : Nouveau Petit Larousse et Petit Larousse illustré, *Unification : Action d'unifier* / *Unifier : Amener à l'unité – Adde* : Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique », *Unification : (sens général) Action d'unifier et résultat de cette action dans l'ordre juridique ; 1. Action d'établir l'unité.*

[10] Dictionnaire Hachette encyclopédique illustré, *Unité : 4. Ce qui forme un tout organisé, cohérent, harmonieux*.

[11] Ibid. – *Adde* : Nouveau Petit Larousse et Petit Larousse illustré, *Unité : Qualité de ce qui forme un tout ; harmonie d'ensemble*.

[12] Dictionnaire Hachette encyclopédique illustré, *Cohérent : (sens courant) Qui offre de la cohésion, dont les parties sont liées logiquement entre elles – Adde* : Petit Larousse illustré, *Cohérent : Dont toutes les parties se tiennent et s'organisent logiquement.*

[13] La Mission (V. PECRESSE, « L'enfant d'abord », op. cit. note 3) explique cette position de la manière suiv. : les enfants issus d'une technique d'assistance *« sont, de fait, dans la même situation que les enfants conçus de manière naturelle : ils sont les enfants biologiques d'au moins un de leurs parents et très généralement des deux. Les enfants adoptés n'ont en revanche pas de liens biologiques avec leurs parents. Ils ont subi le traumatisme de l'abandon et, bien souvent, celui du déracinement ; ils doivent bénéficier d'un maximum de protection, en particulier si leurs parents se séparent, pour ne pas éprouver à nouveau un sentiment d'abandon. Or, compte tenu de sa plus grande durabilité et de l'intervention de la justice, le mariage offre aux enfants une meilleure sécurité juridique que le concubinage au moment de la séparation »*.

Certaines d'entre elles révèlent la délicatesse du sujet. Nous visons ici la filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu. Conformément à l'article 310-2 du Code civil, un seul lien peut être établi. Une telle situation ne peut concerner qu'un enfant hors union matrimoniale. La règle produit aussi une distinction entre l'homme et la femme puisque c'est majoritairement le lien maternel qui est établi en premier, ce qui exclut le lien paternel. Non légalement reconnu en tant que père de l'enfant, l'homme peut parfois être déclaré débiteur de subsides, alors que la femme ne peut jamais l'être. Pour elle, c'est tout ou rien : la maternité et toutes les conséquences qui en découlent, spécialement en matière d'autorité parentale, ou l'absence d'obligation envers l'enfant.

C'est dans la catégorie des questions délicates que l'on range également celle de l'accouchement sous X. Ce procédé permet à une femme de dresser un obstacle de droit à l'établissement forcé de sa maternité, contrairement à l'homme qui ne peut soulever aucune fin de non recevoir mais seulement compter sur le hasard des faits pour échapper à sa paternité. L'écart entre les deux protagonistes se creuse encore si l'on songe que la femme qui a établi son lien avec l'enfant peut imposer au géniteur sa paternité, et que la femme qui a choisi de garder son identité secrète peut empêcher celui qui a conçu l'enfant d'établir un lien, non seulement juridique mais aussi de fait, avec ce dernier.

Ces questions n'ont fait l'objet d'aucune modification lors de l'adoption de l'ordonnance[14] : les textes sont restés intacts, seule la numérotation des articles a été changée. Si l'on a préféré laisser ces problèmes de côté, c'est parce qu'ils réclament plus de discussions[15], parce qu'ils appellent des débats conséquents dont la longueur aurait retardé l'adoption de l'ordonnance, voire aurait fait avorter le projet de réforme[16]. Or il aurait été regrettable que des questions particulières empêchent l'avènement d'un droit de la filiation s'inscrivant dans une unité, un corps de règles présentant un rapport logique entre elles, formant un tout organisé et cohérent[17].

L'ordonnance du 4 juillet 2005 a en effet œuvré pour la cohérence du droit, non seulement en uniformisant[18] les actions relatives à la filiation, mais également en conservant des distinctions dans le domaine de la filiation paisible.

L'établissement paisible de la paternité n'est en effet pas soumis aux mêmes règles selon qu'on l'envisage en mariage ou hors mariage. Certes, la possession d'état

---

[14] En revanche, le projet de loi de ratification de l'ord. prévoit l'abrogation de la fin de non recevoir tirée de la circonstance que la femme, au moment de son admission à la maternité, a demandé le secret.

[15] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *Revue Lamy Dr. civ.*, 2005, n°878, p. 34 : *« L'ordonnance évite soigneusement quelques points particulièrement litigieux »*.

[16] P. MURAT, « Dossier spécial filiation : avant-lecture », *Dr. fam.*, 2006, focus 1 : *« Tout cela était évidemment bien trop polémique pour être inclus dans la perspective d'une réforme : ouvrir ces dossiers brûlants eut certainement été condamner à l'inaction. Le législateur, modestement, a préféré l'efficacité »*.

[17] V. *supra* les définitions des mots *« unité »* et *« cohérent »*.

[18] L'uniformisation consiste en une modification de la législation afin d'instaurer une réglementation unique ; cf. Ass. H. Capitant, « Vocabulaire juridique ».

constatée est un mode commun à tous les liens. Mais la présomption de paternité demeure pour l'époux le mode principal d'établissement. Quant à l'homme non marié avec la mère de l'enfant, la reconnaissance a généralement sa préférence. Entre l'homme et la femme, les règles ne sont pas non plus identiques. La mère dispose de trois possibilités : la désignation dans l'acte de naissance de l'enfant, mode principal d'établissement de la maternité ; la reconnaissance, mode subsidiaire ; enfin la possession d'état constatée.

En revanche, les actions sont soumises à un régime identique, qu'elles concernent un lien en mariage ou hors mariage. Ce sont les mêmes délais, les mêmes titulaires. Ceux-ci varient selon les mêmes considérations : titre nu, possession d'état constatée, titre corroboré par la possession d'état. La contestation comme l'établissement en justice de la filiation ne dépendent plus de la qualité du lien unissant les père et mère. Seul le sexe du parent produit une différence de traitement lorsqu'il s'agit d'établir le lien en justice, puisqu'il existe une fin de non recevoir applicable uniquement à la maternité, à savoir le secret réclamé par la femme lors de son accouchement.

Quant au type de preuve, la maternité se distingue certes de la paternité en ce que, dans la première hypothèse, il faut rapporter la preuve de l'accouchement et de l'identité de l'enfant avec celui dont la femme est accouchée (ou l'inverse si c'est une action en contestation), dans le second cas, il faut prouver que le défendeur est le géniteur (ou l'inverse si c'est une action en contestation). Mais bien souvent, c'est par le même moyen que les deux liens sont prouvés, à savoir une expertise biologique.

Pourquoi les rédacteurs de l'ordonnance n'ont-ils pas consacré l'expertise génétique en tant que mode de preuve applicable à l'ensemble de la filiation charnelle, même en l'absence de conflit, ce qui aurait aboli toute distinction ? La réponse réside dans la signification du mot *« filiation »*.

Lorsque l'on demande à une personne de confier ce que sont pour elle des parents, généralement elle pense immédiatement aux géniteurs (sans employer directement le terme) en même temps qu'à ceux qui s'occupent de l'enfant. Elle expose ce que l'on appelle la *« situation normale »*, c'est-à-dire celle qui est habituelle, celle que l'on rencontre le plus couramment. Il s'agit de l'hypothèse où aspect biologique et aspect sociologique se rejoignent.

Ce n'est qu'ensuite que la personne songe aux cas où les deux éléments ne sont pas réunis dans le même individu, telles l'adoption et la procréation médicalement assistée hétérologue. Elle évoque aussi des situations de fait pour lesquelles ce n'est pas le père, plus rarement la mère, selon la loi ou selon le sang, qui élève l'enfant. Ces situations sont à l'origine d'expressions ambiguës qui concernent plus souvent l'homme que la femme.

Ainsi n'est-il pas rare d'entendre les gens employer les mots *« père biologique »* et *« père nourricier »* en parlant de deux personnes distinctes (il arrive même parfois qu'aucun de ces hommes ne soit juridiquement reconnu comme étant le père).

Cette dualité est assez répandue dans le domaine des procréations médicalement assistées lorsque la femme a été inséminée avec le sperme d'un tiers-donneur. Nombreuses sont les mères qui déclarent que, si l'identité du donneur était connue, *« on se trouverait vraiment face à deux pères »*. Ne disposant pas du terme *« géniteur »*, elles utilisent celui de la langue courante qui assimile conception et paternité, de sorte que cette *« double paternité »* ne peut être conçue qu'en termes de concurrence.

On ne rencontre pas une telle concurrence lorsque l'assistance médicale a consisté en un don d'ovule car, même si elle n'a pas donné ses gènes, la femme qui a bénéficié du don a porté l'enfant et en a accouché. La gestation permet d'accepter plus facilement l'absence de lien génétique et d'en faire le deuil. Grâce au cordon ombilical, la receveuse et l'enfant sont biologiquement reliés. Grâce à la grossesse, la femme affiche sa *« maternité »*, comme toute femme qui engendre avec ses propres gamètes (associés à ceux d'un homme).

Dans le sentiment populaire, la mère, c'est celle qui accouche. A l'intérieur des cliniques ou hôpitaux, les lieux de délivrance portent le nom de *« services de maternité »*. Lorsqu'on prononce le mot *« maternité »*, on se représente une femme enceinte. La maternité est communément associée à l'accouchement. D'où le malaise ressenti par celles qui adoptent un enfant. D'où l'expression maladroite de *« vraie mère »* employée pour désigner celle qui a mis au monde l'adopté.

Les idées partagées par les Français se retrouvent dans le droit de la filiation et plus généralement dans le droit de la famille[19].

CARBONNIER donne l'exemple de l'obligation incombant aux descendants de venir en aide à leurs ascendants qui se trouveraient dans le besoin. Parmi ceux qui ignorent que cette obligation existe légalement, il est une large majorité pour considérer qu'il est du devoir des descendants d'aider leurs ascendants dans un tel cas : *« Si 27 % des Français ignorent manifestement l'obligation alimentaire légale des descendants envers les ascendants, il n'y en a pas 3 % pour estimer que des enfants pourraient ne pas venir en aide à leurs parents dans le besoin »*[20]. De la même manière, si le divorce pour faute *« doit conserver sa place dans la loi »*, c'est parce qu'*« il est des conflits conjugaux que la conscience populaire continue à poser en termes de culpabilité et à résoudre en termes de sanctions »*. Ce serait donc *« compromettre gratuitement la réception de la réforme dans la nation que de méconnaître la force de ces réflexes élémentaires »*[21].

---

[19] Les règles de droit intéressant la matière familiale traduisent *« un système d'idées et de valeurs qui varie selon les temps et les lieux et exerce son influence sur les mœurs, en même temps qu'il en dépend ;* […] *il détermine les mœurs et est sous leur pouvoir »* (Ph. MALAURIE, « Les successions, les libéralités », Defrénois, 2006, p. 12).

[20] J. CARBONNIER, « Essais sur les lois », Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 302.

[21] Ibid., p.p. 143-144.

Il a toujours existé une interaction entre la pensée populaire et le droit de la filiation. Ainsi de la tendance populaire qui consiste à dire que la mère, c'est celle qui donne naissance à l'enfant. Bien qu'il y faille la désignation dans l'acte de naissance, l'accouchement détient un rôle essentiel dans l'établissement de la filiation maternelle.

De façon plus générale, l'assimilation entre filiation et engendrement est une attitude commune au fait et au droit. Si la législation exige, pour avoir accès à une technique d'assistance à la procréation, un couple dont les membres sont de sexe différent, vivants et en âge de procréer, c'est par imitation de la nature. Si elle impose une différence d'âge de quinze années minimum (excepté dans le cas particulier de l'adoption de l'enfant du conjoint et de celui visé à l'alinéa 2 de l'article 344 du Code civil) entre l'adopté et le ou les adoptants, c'est également par imitation de la nature. Les preuves exigées par les textes pour établir un lien de filiation charnelle attestent du désir d'instaurer, non une vérité biologique absolue, certes, mais tout de même un certain réalisme.

Dans le même temps, le droit comme le sentiment populaire reconnaissent que la filiation ne se réduit pas à un lien purement biologique, mais qu'il est des réalités plus importantes. C'est ce dont témoigne la place accordée à la possession d'état, le rôle qu'elle joue dans l'établissement des liens (bien qu'il faille un acte la constatant) et surtout dans la stabilité de ces derniers. La stabilité détient aussi une place essentielle dans le droit de la filiation, où elle évince la vérité au sens biologique parmi les principes consacrés par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Elle est élevée au même niveau que l'égalité.

La composante biologique constitue certes un critère important dans l'élaboration des règles et dans l'idée que l'on se fait de la filiation, mais elle n'est qu'un élément parmi d'autres. On admet que soit légalement reconnu(e) comme père ou mère celui ou celle qui se charge de l'enfant. D'ailleurs, en cas d'adoption, ceux que l'on considère être les parents sont ceux qui ont adopté l'enfant, non ceux qui l'ont conçu et mis au monde. Les enfants qui recherchent leurs géniteurs ne recherchent pas leurs parents. Ce qu'ils recherchent, ce n'est pas leur filiation, mais uniquement leurs origines. Ils souhaitent non pas tellement établir un rapport de filiation, mais davantage savoir, connaître.

Légalement, il est accordé une place à la volonté, à la réalité sociologique, au temps écoulé. A l'heure où la vérité sur les gènes peut être affirmée, la loi se contente parfois de présomption. D'un côté, elle autorise la création de liens juridiques entre personnes totalement étrangères d'un point de vue génétique et leur garantit davantage de sécurité qu'à la filiation charnelle. De l'autre, elle interdit la consécration juridique d'un lien de

sang lorsqu'un tel établissement aurait pour effet de révéler la commission d'un inceste[22].

« Ce n'est pas la connaissance de la vérité objective qui détermine des choix de société aussi fondamentaux que les règles de parenté, mais les racines culturelles et l'état des mentalités en rapport avec les intérêts et les valeurs jugées essentielles »[23].

Certes, en contentieux, le législateur se contente de l'élément biologique pour établir la filiation. C'est que, dès lors qu'il y a conflit, il se doit de trancher en s'appuyant sur des éléments les plus objectifs possibles. Mais c'est un lien creux qui est alors établi : bien souvent, le parent déclaré en justice se contente de remplir ses obligations légales, les sentiments sont quasiment absents. Ce lien légal, qui est faible en qualité, l'est aussi en nombre. La plupart des liens de filiation ne nécessitent pas le recours à une action judiciaire pour être établis. Or, ce sont ces liens volontairement établis qui reflètent véritablement la signification du mot.

C'est en effet à la filiation acceptée, celle qui s'établit paisiblement, qu'il faut se référer si l'on veut saisir le véritable concept de filiation. La filiation désigne le lien social qui se tisse entre l'enfant et ceux que l'on nomme ses père et mère. Seul le lien social est à même de créer de la filiation, le seul et véritable lien qui mérite le nom de *« Filiation »*. La donnée biologique ne permet de révéler qu'un succédané de bien moindre valeur.

La filiation *« contentieuse »*, celle qui repose essentiellement sur les gènes, n'est donc pas ce qu'on imagine quand on parle de filiation. Cette filiation contestée n'est que secondaire. Elle affirme une vérité qui a finalement peu d'importance au regard de la relation filiale qui a pu concrètement se construire entre un enfant et un individu qui n'est pas son géniteur ou sa génitrice.

La *« filiation primaire »*, par opposition à la *« filiation secondaire »*, est constituée par le rapport qui s'instaure volontairement entre un individu et l'enfant. En acceptant par un acte officiel, par des gestes quotidiens, qu'un lien social se crée entre lui et l'enfant, en acceptant que ce lien soit reconnu par la société, l'individu offre à l'enfant une vraie filiation. C'est lui que le droit reconnaît comme *« père »* ou *« mère »*. Finalement, en l'absence de conflit, peu importe que le lien juridique concorde réellement avec le lien biologique ; l'apparence suffit.

Le droit comme la société considèrent que c'est le lien social, celui qui figure dans la filiation paisible, qui est primordial. Ce n'est pas le lien biologique qui est premier. La considération pour ce lien n'intervient que dans un deuxième temps, c'est-à-dire s'il y a conflit. Hors contentieux, son rôle est ramené à celui de complément : il vient (éventuellement) compléter le lien social.

---

[22] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », op. cit. note 15, p. 38 : *« Le législateur a résolument tourné le dos à une conception purement génétique de la filiation »*.

[23] M-Th. MEULDERS-KLEIN, « La personne, la famille et le droit : 1968-1998 : Trois décennies de mutations en Occident », Bruylant/LGDJ, 1999, p. 210.

L'objectif du législateur n'est pas d'instituer un *« Etat de police »* dans lequel règnerait une adéquation parfaite entre lien juridique et lien du sang, mais de permettre à tous les enfants – dans la mesure de ce que la société peut accepter[24] – de bénéficier d'un lien légal correspondant au lien social qui les unit à ceux que l'on appelle leurs père et mère. C'est dans cette perspective qu'ont été institués les modes d'établissement paisible de la filiation. Or, c'est en ce domaine qu'il subsiste des distinctions importantes. C'est donc qu'il est des distinctions nécessaires en ce qu'elles servent la signification du mot *« filiation »*, en ce qu'elle lui donne un sens. Paradoxalement, c'est par la différence que l'on parvient à l'égalité : par le biais de différences dans l'établissement des liens, on tend à octroyer à tous les enfants un lien de filiation d'égale qualité.

En conclusion, si l'on veut respecter le sens profond de la filiation, on ne peut concevoir un droit de la filiation sans distinctions.

[24] Cf. l'enfant issu d'un inceste absolu.

BIBLIOGRAPHIE

- **Ouvrages généraux**

ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.)
Dictionnaire de la culture juridique, 1ère éd., PUF, Lamy, 2003, coll. Quadrige : Dicos Poche, ISBN 2 13 053936 X

AUBERT Jean-Luc, MASSIP Jacques et MORIN Georges
« La réforme de la filiation : Commentaire de la Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 », préface Jean CARBONNIER, 3ème éd., Répertoire du Notariat Defrénois, 1976

BENABENT Alain
« Droit civil : La famille », 11ème éd., Juris-Classeur Litec, 2003, ISBN 2-7110-0238-1

BOULANGER François
- « Droit civil de la famille : Tome II : Aspects comparatifs et internationaux », Economica, 1994, coll. Droit civil, série : Etudes et Recherches, ISBN 2-71-78-2606-8
- « Droit civil de la famille : Tome I : Aspects comparatifs et internationaux », Economica, 1997, coll. Droit civil, série : Etudes et Recherches, ISBN 2-7178-3392-7

CARBONNIER Jean
- « Droit civil : Tome 2 : La famille, l'enfant, le couple », PUF, 1993, coll. Thémis : Droit privé
- « Droit civil : Tome 2 : La famille, l'enfant, le couple », 18ème éd., PUF, 1997, coll. Thémis : Droit privé
- « Droit civil : Tome 2 : La famille, l'enfant, le couple », 21ème éd. Refondue, PUF, 2002, coll. Thémis : Droit privé, ISBN 2 13 05 1914 8

CHAILLOU Philippe
« Guide du droit de la famille et de l'enfant : Filiation – mariage – Pacs – Divorce – Autorité parentale – Assistance éducative – Mineurs victimes – Mineurs délinquants », 2ème éd., Dunod, 2003, p. 5-175, coll. Guides, ISBN 2 10 004660 8

COHEN-JONATHAN Gérard
« La Convention européenne des droits de l'Homme », Presses universitaires d'Aix-Marseille/Economica, 1989, coll. Droit public positif, ISBN 2-7178-1605-4

COLOMBET Claude, FOYER Jacques, HUET-WEILLER Danièle et LABRUSSE-RIOU Catherine
« La filiation légitime et naturelle : Etude de la Loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation », 2ème éd. entièrement refondue, Dalloz, 1977, ISBN 2-247-01467-1

CORNU Gérard
- « Droit civil : Droit de la famille : Licence : Cours de 1981-1982 », Les Cours de Droit, 1982
- « Droit-civil : La famille », 8ème éd., Montchrestien, 2003, coll. Domat : droit privé, ISBN 2-7076-1349-5
- « Droit-civil : La famille », 9ème éd., Montchrestien, 2006, coll. Domat : droit privé, ISBN 2-7076-1349-5
- Vocabulaire juridique, ass. Henri Capitant, 7ème éd. revue et augmentée, PUF, 1998, ISBN 2 13 049289 4

COURBE Patrick
- « Droit de la famille », 3ème éd., Dalloz/Armand Colin, 2003, coll. U : Série Droit privé, ISBN 2 24704743 2
- « Droit de la famille », 4ème éd., Dalloz/Armand Colin, 2005, coll. U : Série Droit privé, ISBN 2 24706013 7

DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri et PETTITI Louis-Edmond (dir.)
« La Convention européenne des droits de l'Homme : Commentaire article par article », 2ème éd., ECONOMICA, 1999, p.p. 316-344, ISBN 2-7178-3876-7

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise (dir.)
« Lamy : Droit des personnes et de la famille : Droits de l'homme – Les personnes – La famille – L'enfant – Droit international », Lamy S.A., 2006, coll. Lamy : Droit civil ? ISBN 2-7212-915-9

ESMEIN Paul
« Droit civil français : Tome IX : Filiation, Successions ab intestat », 6ème éd., Librairies techniques, 1953, coll. Aubry et Rau

FENOUILLET Dominique
« Droit de la famille », Dalloz, 1997, coll. Cours : Droit privé, ISBN 2-247-02794-6

FOYER Jacques, voir COLOMBET Claude, HUET-WEILLER Danièle et LABRUSSE-RIOU Catherine

GIRARD Paul Frédéric
« Manuel élémentaire de droit romain », 8ème éd. revue et mise à jour, rééd. de la Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2003, ISBN 2 24705239 8

GODECHOT Jacques
« Les constitutions de la France depuis 1789 », Garnier-Flammarion, 1979

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique et HILT Patrice
« Droit de la famille », 2ème éd., Presses universitaires de Grenoble, 2006, coll. Le droit en plus, ISBN 2-7061-1194-1

GRIMALDI Michel
« Droit civil : Successions », 5ème éd., Litec, 1998, ISBN 2-7111-2957-8

GUIHO Pierre
« La filiation », Guides essentiels : Droit (ss dir. Alain CHATTY), 2ème éd., L'Hermès, 2003, coll. Doctrine, textes et jurisprudence, ISBN 2-85934-664-3

HAUSER Jean
« La filiation », Dalloz, 1996, coll. Connaissance du Droit : Droit privé, ISBN 2-247-02110-7

HAUSER Jean et HUET-WEILLER Danièle
« Traité de droit civil : La famille : Fondation et vie de la famille » (ss dir. Jacques GHESTIN), 2ème éd., LGDJ, 1993, ISBN 2-275600493-9

HILT Patrice, voir GRANET Frédérique

HUET-WEILLER Danièle, voir COLOMBET Claude, FOYER Jacques et LABRUSSE-RIOU Catherine

HUET-WEILLER Danièle, voir HAUSER Jean

IMBERT Pierre-Henri, voir DECAUX Emmanuel et PETTITI Louis-Edmond

LABRUSSE-RIOU Catherine, voir COLOMBET Claude, FOYER Jacques et HUET-WEILLER Danièle

MALAURIE Philippe
« Les successions, les libéralités », 2ème éd., Defrénois, 2006, coll. Droit civil, ISBN 2-85623-102-0

MARGUENAUD Jean-Pierre
« La Cour européenne des droits de l'Homme », Dalloz, 1997, coll. « Connaissance du droit », ISBN 2-247-02563-3

MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre
« Droit civil : Les personnes », 3ème éd., Sirey, 1976, ISBN 2-248-00591-1

MASSIP Jacques, voir AUBERT Jean-Luc et MORIN Georges

MORIN Georges, voir AUBERT Jean-Luc et MASSIP Jacques

PETOT Pierre
« Histoire du droit privé français : La famille », Loysel, 1992, p.p. 110-478, ISBN 2-907679-41-4

PETTITI Louis-Edmond, voir DECAUX Emmanuel et IMBERT Pierre-Henri

POTHIER
« Traité du contrat de mariage », n°422

RAYNAUD Pierre, voir MARTY Gabriel

RENAUT Marie-Hélène
« Histoire du droit de la famille », Ellipses, 2003, p.p. 10-53, coll. « Mise au point », ISBN 2-7298-1351-9

RENUCCI Jean-François
« Droit européen des droits de l'Homme », 2ème éd., LGDJ, 2001, coll. Manuel, ISBN 2.275.01930.8

REVEL Janine
« La filiation », PUF, 1998, coll. « Que sais-je ? », ISBN 2 13 049303 3

RIALS Stéphane, voir ALLAND Denis

ROLAND Henri
Lexique juridique : Expressions latines, LITEC, 1999, coll. Carré Droit, ISBN 2-7111-3040-1

SUDRE Frédéric
« Droit européen et international des droits de l'Homme », 6ème éd. refondue, PUF, 2003, coll. Droit fondamental : Classiques, ISBN 2 13 0532247 0

- **<u>Ouvrages spécialisés</u>**

BOULANGER François
- « Les rapports juridiques entre parents et enfants : Perspectives comparatistes et internationales », ECONOMICA, 1998, p.p. 1-233, ISBN 2-7178-3758-2

- « La vie familiale », *Libertés et droits fondamentaux* (ss dir. Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Thierry REVET, 7ème éd. revue et augmentée, Dalloz, 2001, ISBN 2-247-04424-7

BRANLARD Jean-Paul
« Le sexe et l'état des personnes : Aspects historique, sociologique et juridique », LGDJ, 1993, coll. Bibliothèque de Droit privé, ISBN 2.275.00587.0

CARBONNIER Jean
- « Flexible droit : Textes pour une sociologie du droit sans rigueur », 2ème éd. revue et augmentée, LGDJ, 1971
- « Essais sur les lois », 2ème éd., Répertoire du notariat Defrénois, 1995, ISBN 2-85623025-3
- « Droit et passion du droit sous la Vè République », Flammarion, 1996, p.p. 198-267, coll. Forum, ISBN 2-08-210026-X

CRÔNE Richard, GELOT Bertrand et REVILLARD Mariel
« L'adoption : aspects internes et internationaux », Defrénois, EJA, 2006, ISBN 2-85623-088-1

CYRULNIK Boris
« Le sentiment incestueux », *De l'inceste*, Editions Odile Jacob, 2000, p.p. 25 et suiv.

DAADOUCH Christophe
« L'autorité parentale », MB FORMATION, 2003, coll. Droit Mode d'emploi, ISBN 2-84641-058-5

DEBET Anne
« L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil », (thèse), Dalloz, 2002, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, ISBN 2 247 04493 X

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise
« Droits de l'enfant et responsabilités parentales » et « Les effets juridiques de la filiation », *Enfants-adultes : Vers une égalité de statuts ?* (dir. François de SINGLY), Encyclopaedia Universalis France S.A., 2004, forum p.p. 33-46 et Dossier p.p. 163-169, ISBN 2-85229-781-7

DELAISI de PERSEVAL Geneviève
« L'enfant depuis la psychanalyse », *Enfants-adultes : Vers une égalité de statuts ?* (dir. François de SINGLY), Encyclopaedia Universalis France S.A., 2004, forum p.p. 77-87, ISBN 2-85229-781-7

GELOT Bertrand, voir CRÔNE Richard et REVILLARD Mariel

GOETHE
« Le siège de Mayence »

GRATALOUP Sylvain
« L'enfant et sa famille dans les normes européennes » (thèse), LGDJ, 1998, coll. Bibliothèque de droit privé, ISBN 2-275-01678

GUTMANN Daniel
« Le sentiment d'identité : Etude de droit des personnes et de la famille » (thèse), préface François TERRE**,** LGDJ, 2000, coll. Bibliothèque de Droit privé, ISBN 2-275-01892-1

INCOLLINCO-MONA Henriette
« La normativité et le droit de la famille » (thèse Toulon), 2000

LEGENDRE Pierre
« L'Inestimable objet de la transmission : Etude sur le principe généalogique en Occident », Fayard, 1985

LEVI-STRAUSS Claude
- « Les structures élémentaires de la parenté », PUF, 1949, coll. Bibliothèque de Philosophie Contemporaine
- « Les structures élémentaires de la parenté », Plon, 1982

LIENHARD Claude
« Les nouveaux droits du père après la Loi du 4 mars 2002 réformant l'autorité parentale », Dalloz, 2002, coll. DELMAS express, ISBN 2 247 04675 4

MALAURIE Philippe
« Couple, Procréation et Parenté », *La notion juridique de couple* (ss dir. Clotilde BRUNETTI-PONS), Economica, 1998, p.p. 17-28, coll. Etudes Juridiques, ISBN 2-7178-3610-1

MARGUENAUD Jean-Pierre
« CEDH et droit privé : L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français », La Documentation française, 2001, coll. Perspectives sur la justice, mission de recherche « Droit et Justice », ISBN 2-11-004662-7

MARTIN Claude
« Les politiques de l'enfant en Europe », *Enfants-adultes : Vers une égalité de statuts ?* (dir. François de SINGLY), Encyclopaedia Universalis France S.A., 2004, dossier p.p. 171-182, ISBN 2-85229-781-7

MILLARD Eric
« Famille et droit public : Recherches sur la construction d'un objet juridique » (thèse), préface Jean-Arnaud MAZERES, LGDJ, 1995, coll. Bibliothèque de droit public, ISBN 2.275.00295.2

MOREL Marie-France
« Histoire de l'enfance en Occident », *Enfants-adultes : Vers une égalité de statuts ?* (dir. François de SINGLY), Encyclopaedia Universalis France S.A., 2004, dossier p.p. 127-141, ISBN 2-85229-781-7

MOTULSKY Henri
« Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs », rééd., Dalloz, 2002, ISBN 2 247 04748 3

NORMAND Jacques
« La notion juridique de couple », rapp. de synthèse in *La notion juridique de couple*, (ss dir. Clotilde BRUNETTI-PONS), Economica, 1998, p.p. 141-152, coll. Etudes Juridiques, ISBN 2-7178-3610-1

LAMBERT Elisabeth
« Les effets des arrêts de la Cour EDH : Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme », Bruylant, 1999, coll. Organisation internationale et Relations internationales, ISBN 2-8027-1186-5

MESURE Sylvie
« L'enfant entre droit et sollicitude », *Enfants-adultes : Vers une égalité de statuts ?* (dir. François de SINGLY), Encyclopaedia Universalis France S.A., 2004, forum p.p. 99-111, ISBN 2-85229-781-7

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse
« La personne, la famille et le droit : 1968-1998 : Trois décennies de mutations en Occident », Bruylant/LGDJ, 1999, p.p. 153-283, ISBN 2-8027-1177-6/2-275-01864-6

PAILLET Elisabeth
« Infidélité conjugale et continuité familiale » (thèse Bordeaux), 1979

POUND Roscoe
« Interpretations of Legal History », Cambridge University Press, 1923, p.p. 151-152

QUEIROZ Jean-Manuel (de)
« L'enfant « au centre » ? », *Enfants-adultes : Vers une égalité de statuts ?* (dir. François de SINGLY), Encyclopaedia Universalis France S.A., 2004, forum p.p. 113-124, ISBN 2-85229-781-7

RENAUT Alain
« L'enfant à l'épreuve de ses droits », *Enfants-adultes : Vers une égalité de statuts ?* (dir. François de SINGLY), Encyclopaedia Universalis France S.A., 2004, forum p.p. 63-76, ISBN 2-85229-781-7

REVILLARD Mariel, voir CRÔNE Richard et GELOT Bertrand

ROLAND René-Miguel
« Le couple et l'artifice : Droit des néo-conjugalités : mariages fictifs, concubinages, pacs », préface François DAGOGNET et Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, L'Hermès, 2000, ISBN 2-85934-580-9

ROMAN Emmanuelle
« Le lien de filiation non biologique » (thèse Toulon), Presses Universitaires du Septentrion, 2002, ISBN 2-284-02689-8

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline
« La permanence des spécificités nationales en droit de la famille », *La question familiale en Europe* (ss dir. Jacques COMMAILLE et François de SINGLY), L'Harmattan, 1997, p.p. 64-75, coll. Logiques Sociales, ISBN 2-7384-4975-1

SINGLY François (De)
« La cause de l'enfant », « Le statut de l'enfant dans la famille contemporaine », *Enfants-adultes : Vers une égalité de statuts ?* (dir. François de SINGLY), Encyclopaedia Universalis France S.A., 2004, p.p. 7-13 et forum p.p. 17-32, ISBN 2-85229-781-7

SZRAMKIEWICZ Romuald
« Histoire du droit français de la famille », Dalloz, 1995, coll. Connaissance du droit : Droit privé, ISBN 2-247-01929-3

VASSEUR-LAMBRY Fanny
« La famille et la Convention européenne des droits de l'Homme » (thèse), préface DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, L'Harmattan, 2000, coll. Logiques Juridiques, ISBN 2-7384-9836-1

- **Colloques, Congrès et Journées d'études**

Effets des arrêts de la Cour EDH en droit interne et pour les tribunaux nationaux, 5ème coll. international sur la Convention européenne des droits de l'Homme, Francfort, 9-12 avril 1980, Editions A. Pédone, 1982, ISBN 2-233-00114-1
- BOSSUYT M.J., intervention au débat sur le rapport de Georg RESS, p. 319-321
- RESS Georg, rapport et réponse au débat, p.p. 237-359

Mariage civil et mariage canonique, Vème coll. national des Juristes catholiques, Paris, 20-21 avril 1985, TEQUI, 1986, ISBN 2-85244-723-1
- SERIAUX Alain, « La conception du mariage selon le Code civil », p.p. 79 et 87
- TCHIDIMBO Raymond-Marie, « Le sacrement de mariage », p.p. 25-26

La révolution et l'ordre juridique privé : nationalité ou scandale ?, coll., Orléans, 11-13 septembre 1986, PUF, 1988
MULLIEZ J., « Révolutionnaires, nouveaux pères ? Forcément nouveaux pères ! Le droit révolutionnaire de la paternité », p.p. 376-379

La nuptialité : Evolution récente en France et dans les pays développés, IXème coll. national de Démographie des directeurs d'instituts et centres universitaires de démographie, Paris, 3-5 décembre 1991, Congrès et Colloques, Institut National d'Etudes Démographiques, 1991, Revue « Population », n°3, 1992
- CARBONNIER Jean, « Le droit entre le droit et le non-droit : Conclusion juridique pour un colloque de démographie sur la nuptialité »
- FRESEL-LOZEY Michel, « Les nouvelles formes de conjugalité : Problèmes méthodologiques »

Le droit de la famille en Europe : Son évolution de l'Antiquité à nos jours (ss dir. Roland GANGHOFER), journées internationales d'histoire du Droit, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, coll. Publications de la Maison des Sciences de l'Homme de Strasbourg, ISBN 2-86820-117-2
- BIRSAN Corneliu, « Union libre-adoption », p.p. 861-862
- BISCHOFF Jean-Marc, « La Commission Internationale de l'Etat civil », p.p. 85-93
- DEPRET Laurence, « Une origine du droit de la famille en Europe : la mythologie grecque », p.p. 57-58
- DUBREUIL Alain, « La protection pénale de la famille en droit français », p. 191

- FLAUSS-DIEM Jacqueline, « Le Children Act de 1989 ou le passage des droits parentaux à la responsabilité parentale en droit anglais », p.p. 420-422
- HARREMOES Erik, « Le Conseil de l'Europe et le droit de la famille », p.p. 11-12
- HILAIRE Jean, « Le droit de la famille… » et « Mariage-Filiation » (rapp.), p.p. 3-6 et 842
- HURSTEL Françoise, « Quelques questions psychologiques posées par le statut légal des pères dans l'union libre… », p. 753
- KOUMANTOS Georges, « Evolution récente du droit de la famille » et « Le droit de la famille en Europe » (rapp.), p.p. 160 et 836
- LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « *Pater is est quem nuptiae demonstrant* : Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », p.p. 393-401
- MIKLASZ Marian, « La famille en Pologne et ses problèmes depuis 1945 », p. 152
- MILKOVA Fanny, « Le droit de la famille en Bulgarie contemporaine », p.p. 163-165
- MODEEN Tore, « Le droit de la famille en Finlande », p.p. 176-177
- PETER Orsolya Marta, « L'image idéale du mariage et de la filiation à Rome », p.p. 365-366
- POUDRET Jean-François, « Puissance paternelle et puissance maritale, régimes matrimoniaux », p.p. 844-845
- SALCEDO IZU Joaquin, « Le droit de la famille en Navarre », p.p. 137-138
- SCHNAPPER Bernard, « La droite, la gauche et le Code civil : la réforme du droit familial sous la IIème République », p. 193
- TISSERAND Alice, « De l'apparition aux dernières séquelles du statut d'infériorité de l'enfant illégitime », p.p. 695-704
- VIGNERON Roger, « La Novelle 74,5 de Justinien et le régime juridique du concubinat romain », p.p. 729-730
- YÜCEL Turgay, « Les traits essentiels du droit familial en Turquie », p.p. 169-174
- ZINK Anne, « La protection prénatale de l'enfant naturel au XVIIIe siècle », p.p. 705-706

Quels repères pour les familles recomposées ? (ss dir. Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN et Irène THERY), coll. international Ministère de la Recherche, Paris, 2-3 décembre 1993, LGDJ, 1995, Coll. Droit et société, ISBN 2.275.00324.X
- FRANK Rainer, « Le statut juridique de l'enfant d'un autre lit en droit allemand », p.p. 170-172
- STETTELER Martin, « La condition réservée par le droit suisse à l'enfant membre d'une famille recomposée », p. 187
- THERY Irène, « Les constellations familiales recomposées et le rapport au temps : une question de culture et de société », introduction, p.p. 30-31

Les droits de la famille (ss dir. Joël-Benoît d'ONORIO et Sergio COTTA), XIII^{è} coll. national Confédération des Juristes catholiques de France, Paris, 26 mars 1994 et congrès européen de l'Union internationale des Juristes catholiques, Lugano, 21-24 septembre 1994, Pierre TEQUI, s.d., ISBN 2-7403-0377-7
- FERRER ORTIZ Javier, « La famille dans l'expérience constitutionnelle espagnole », p.p. 146-152
- GRIDEL Jean-Pierre, « Personne et famille en droit français : Panorama des mutations en cours », p.p. 54-57
- HENRICH Dieter, « La famille en droit constitutionnel allemand », p.p. 120-122
- MENGONI Luigi, « La famille dans les délibérations du Conseil de l'Europe : Principes et orientations », p.p. 161 et 170
- ONORIO Joël-Benoît (d'), « Les droits constitutionnels de la famille en France », p.p. 35-37
- SERVIO Ugo (de), « La famille en droit constitutionnel italien », p.p. 133-134

Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, journées d'études Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Univ. Lille II, 15 et 16 décembre 1994, LGDJ, 1996, ISBN 2. 275.00203.0
- BRUIJN-LÜCKERS Myriam (de), « La réfection du droit de la famille néerlandais par la jurisprudence en application de la CEDH », p.p. 147-155
- COUSSIRAT-COUSTERE Vincent, « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'Homme », p.p. 50-64
- HAUSER Jean, « L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille », p.p. 129-132
- ISOLA Annick, « Les principes d'organisation familiale posés par la législation issue du Conseil de l'Europe », p.p. 33-34
- MASSIP Jacques, « L'application par la jurisprudence française des normes supranationales de droit de la famille », p.p. 135-139
- MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », p.p. 179-211
- RIVET Michèle, « La réception de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant en droit québécois », p.p. 158-176

Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation (ss dir. Lucette KHAÏAT), coll. IRCID-CNRS, 9-11 fév. 1995, Erès, 1995, Coll. Actes, ISBN 2-86586-393-X
NEIRINCK Claire, « Désaveu et contestation de paternité », p.p. 191-202

Le droit et l'enfant, 91ème congrès des Notaires de France, Tours, 21-24 mai 1995, Création Edition Exposition, 1995
- AMALVY Pierre, CRÔNE Richard et PERFETTI Laetizia, « L'acquisition d'un patrimoine ». 3ème comm., p.p. 487-627

- CHASSAING Pascal, CRÔNE Richard et JOURDAIN-THOMAS Fabienne, « La filiation ». 1ère comm., p.p. 122-199
- CRÔNE Richard, GATEL Jean-Paul et PROOST Camille, « La condition de l'enfant », 2ème comm., p.p. 270-397
- CRÔNE Richard, voir AMALVY Pierre
- CRÔNE Richard, voir CHASSAING Pascal
- GATEL Jean-Paul, voir CRÔNE Richard
- JOURDAIN-THOMAS Fabienne, voir CHASSAING Pascal
- PERFETTI Laetizia, voir AMALVY Pierre
- PROOST Camille, voir CRÔNE Richard
- 7ème vœu, 1ère Comm., « La filiation », *JCP* N, 1995, pratique 3444, p. 1113

La famille, le lien et la norme (ss dir. Georges EID), coll. Institut des Sciences de la famille, Univ. Cath. Lyon, 10 et 11 mai 1996, L'Harmattan, 1997, ISBN 2-7384-5376-7
- BARTHELET Bernadette, « Le père, un souverain déchu », p.p. 24-34
- LABRUSSE-RIOU Catherine, « Droits de l'homme et institution des liens familiaux : Une relation explosive ou pervertie ? », p. 70
- MOREAU Paul, « Du couple à la famille ou la protection de l'enfant par la loi », p.p. 92-93
- PERROTIN Catherine, « Point de vue d'un philosophe », p. 257
- THERY Irène, « Spécificité du lien familial et processus démocratique, les raisons d'un impensé », p. 107

Demain la famille, 95ème Congrès des Notaires de France, Marseille, 9-12 mai 1999, Création Edition Exposition, 1999
- BERTRAND-COMAILLS Monique et CREMONT Gérard, « Demain la famille, les ruptures », 3ème comm., p. 641
- BONIFACE Baudouin, JULIEN-SAINT-AMAND-HASSANI Sylvie et RENAUD Benoit, « Demain la famille, quel concept ? », 1ère comm., p.p. 23-86
- BRUN Jean-Marie et MORAND de JOUFFREY Marie-Hélène, « Demain la famille, les transmissions successorales », 4ème comm., p.p. 815-956
- CREMONT Gérard, voir BERTRAND-COMAILLS Monique
- JOUFFREY Marie-Hélène, voir BRUN Jean-Marie
- JULIEN-SAINT-AMAND-HASSANI, voir BONIFACE Baudouin
- RENAUD Benoit, voir BONIFACE Baudouin

Perspectives de réformes en droit de la famille, coll. Centre de Droit de la famille, Fac. Grenoble, 26 et 27 nov. 1999, *Droit de la Famille*, déc. 2000, hors-série
- DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « La nécessité d'une réforme », chron. 2
- FULCHIRON Hugues, « L'autorité parentale à l'épreuve du pluralisme familial », chron. 8

- GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Convergences et divergences des droits européens de la famille », chron. 1
- MURAT Pierre, « Vers la fin des filiations légitime et naturelle », chron. 7

Quel droit, pour quelles familles ?, coll. Carroussel du Louvre, 4 mai 2000, Ministère de la Justice, La Documentation française, 2001, ISBN 2-11-004671-6
- BRIN Hubert, intervention à la tribune, p.p. 52 et 66
- ELIACHEFF Caroline, intervention à la table ronde sur la Filiation, p. 107
- FLOUR Yvonne, synthèse des travaux de la comm. Dekeuwer-Defossez, p.p. 96-99
- GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, intervention à la table ronde sur la Filiation, p. 105-127
- GUIGOU Elisabeth, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, p.p. 9-10
- HERVIEU-LEGER Danièle, « Le mariage : les deux seuils de la désacralisation », p. 23
- HOCQUET Claire, intervention à la Table ronde sur la Filiation, p.p. 110-112
- LABRUSSE-RIOU Catherine, conclusion, p.p. 75-80
- MILLARD Eric, intervention à la tribune, p.p. 69-70
- Annexes et Problématique des tables rondes : la filiation, le couple, p.p. 178-189

Regards civilistes sur la Loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité, journées d'études Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Univ. Lille II, 4 et 5 mai 2000, LGDJ, 2002, ISBN 2-275-02189-2
- BEIGNIER Bernard, « Le droit des personnes à l'épreuve du PACS », p.p. 67-72
- BRUNETTI-PONS Clotilde, « Couple, concubinage et PACS : De l'émergence d'une hiérarchie des couples ? », p. 37
- GUYOMARD Patrick, « Le point de vue d'un psychanalyste sur le PACS », p. 5
- RENCHON Jean-Louis, « La Loi belge du 23 novembre 1998 relative à la cohabitation légale », p. 164
- SERIAUX Alain, « De l'opportunité d'un statut des concubins », p.p. 32-34

Lien familial, lien social (ss dir. Michel DELAGE et Philippe PEDROT), coll. Hyères, 10 et 11 mai 2001, Presses Universitaires de Grenoble, 2003, Coll. Psychopathologie clinique, ISBN 2 7061 1110 0
- BRIGNOLI-SIMON François et DELAGE Michel, « Du nom du père au nom de la loi », p.p. 195-206
- NEIRINCK Claire, « Parenté et parentalité : Aspects juridiques », p.p. 61-63

La discrimination, journées franco-belges, Ass. Henri CAPITANT des Amis de la Culture Juridique Française, Paris, 28 mai-1er juin 2001, non publié
- BEIGNIER Bernard, « La discrimination dans la vie privée », rapp. français
- DELNOY Paul, « La discrimination dans la vie privée », rapp. belge
- NAJJAR Ibrahim, « La discrimination dans la vie privée », rapp. libanais

Le droit au respect de la vie familiale au sens de la C°EDH (ss dir. Frédéric SUDRE), coll. Institut du droit européen des droits de l'Homme, Fac. de droit Univ. Montpellier I, 22 et 23 mars 2002, Némésis/Bruylant, 2002, Coll. « Droit et justice », ISBN 2-8027-1640-9
- DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, conclusions, p.p. 392-404
- HAUSER Jean, « L'égalité des parents en cas de séparation », p.p. 324-326
- LAMBERT Pierre, « La définition de la vie familiale », avant propos, p.p. 55-59
- LEVINET Michel, « Couple et vie familiale », p.p. 107-160
- MARGUENAUD Jean-Pierre, « L'égalité des droits patrimoniaux de la famille », p.p. 337-340
- MURAT Pierre, « Filiation et vie familiale », p.p. 161-192
- SUDRE Frédéric, « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », rapp. introductif, p.p. 11-53
- THERY Irène, « Approche sociologique de la « vie familiale » : La question des définitions », p.p. 62-104

Nouvelle personne, nouvelle famille ?, journée d'information Centre de Droit de la famille, Univ. Montesquieu Bordeaux, 25 oct. 2002, *Droit de la famille*, fév. 2003, p.p. 9-11

Les contentieux de l'appartenance, journées d'études, 19-20 déc. 2002, L'Harmattan, 2006, Coll. Champs libres : Etudes interdisciplinaires, ISBN 2-296-00669-8
PAILLET Elisabeth, « L'enfant incestueux : enfant-clone », p.p. 307-321

Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen (ss dir. Daniel GADBIN et Francis KERNALEGUEN), journées nationales d'études CEDECE (Commission pour l'Etude des Communautés Européennes), Rennes, 22 et 23 mai 2003, Bruylant, 2004, ISBN 2-8027-1886-X
- BOSSE-PLATIERE Hubert, « Le statut de l'enfant et l'européanisation des sources en droit de la famille », p. 65
- COMMAILLE Jacques, « L'enfant européen ? », p. XXI
- DHOMMEAUX Jean, « L'enfant dans l'ordre juridique international », p. 3
- GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, Rapport de synthèse, p. 465
- KERNALEGUEN Francis, « Le droit à l'établissement et au maintien du lien de filiation dans l'espace européen, p.99
- MEULDERS-KLEIN Marie Thérèse, « Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen. Du juridique au politique », p. IX
- MURAT Pierre, « L'évolution du droit de l'adoption en Europe, p. 119
- POILLOT PERUZZETTO Sylvaine, « Les droits de l'enfant dans l'ordre communautaire », p. 31

Identités, filiations, appartenances (ss dir. Philippe PEDROT et Michel DELAGE), coll. Hyères, 23 et 24 mai 2003, Presses universitaires de Grenoble, 2005, Coll. Psychopathologie clinique, ISBN 2 7061 1235 2
- MARCELLI Daniel, « Lien d'engendrement, lien de filiation : question de transmission et d'autorité », p.p. 103-108
- PAILLET Elisabeth, « Accouchement sous X et lien maternel », p.p. 86-102
- PEDROT Philippe, « La filiation et la transmission : Evolutions dans la société contemporaine » et « Lier, délier, relier », p.p. 69 et 75
- ROCHE DAHAN Janick, « La coparentalité : mythe ou réalité », p. 117
- THERY Irène, « Filiation et parenté : la distinction des sexes dans une société égalitaire », p. 44

Les enjeux de la transmission entre générations : Du don pesant au dû vindicatif (Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Christine CHOAIN, éds), journées d'études Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Univ. Lille II, 18 et 19 décembre 2003, Presses Universitaires du Septentrion, 2005, ISBN 2-85939-845-7
- GOBERT Michelle, « La question du nom », p. 79-94
- MARGENAUD Jean-Pierre, « Transmission transgénérationnelle et droit européen », p. 161-178
- MURAT Pierre, « La question de la filiation », p. 67-78
- SERIAUX Alain, « La responsabilité dans la transmission des valeurs », p. 43-63

Enfance et justice, coll. Lyon, 25 nov. 2005, *Droit de la famille*, juillet-août 2006
- GARDE-LEBRETON Sylvie, « La représentation de l'enfant victime », 33
- GOUTTENOIRE Adeline, « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », 29
- HAUSER Jean, « Enfance et justice », 38
- MURAT Pierre, « La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations », 31
- PICOT Myriam, « L'avocat de l'enfant », 37
- RICHEZ-PONS Anne, « La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe », 32
- SURREL Hélène, « Le juge des droits de l'homme », 36
- VIAUX Jean-Luc, « Aspects psychologiques de la confrontation de l'enfant à la justice », 30

Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant (ss dir. Matthieu DOAT, Jacques Le GOFF et Philippe PEDROT), coll. Brest, 24 mars 2006, Presses universitaires de Rennes, 2007, coll. L'Univers des Normes, ISBN-10 2753504105, ISBN-13 978-2753504103

La réforme de la filiation, coll. Centre de droit de la famille, Université Jean Moulin Lyon III, 8 juin 2006 (inédit)
- FULCHIRON Hugues, « Les nouveaux modes d'établissement de la filiation »
- MURAT Pierre, « Les nouveaux modes de contestation de la filiation »
- GOUTTENOIRE Adeline, « Les actions relatives à la filiation »
- GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « La filiation en droit comparé »

Le sens des mots en droit des personnes et droit de la santé, coll. Centre de Recherche en Droit Privé et Espace Éthique de Bretagne Occidentale, CHU et université de Bretagne Occidentale, Brest, 22 et 23 juin 2007 **(inédit)**
- DAVID Pascal
- PEDROT Philippe
- LEBOUL Danièle
- LEROY Patrick
- WESTER-OUISSE Véronique

➢ **Etudes et Mélanges**

Mélanges en l'honneur de Elie ALFANDARI, *Drôle(s) de droit(s)*, Dalloz, 2000, ISBN 2 247 03566 3
- DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Le père Ubu au royaume de la filiation », p.p. 75-82
- HAUSER Jean, « Le droit de travers », p.p. 83-95
- MONEGER Françoise, « Pauvres pères », p.p. 417-428

Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, *Aspects nouveaux de la pensée juridique : Tome I : Etudes de droit privé, de droit public et de droit comparé*, Pedone, 1975, ISBN 2-233-00014-5
- BRETON André, « L'enfant incestueux », p.p. 309-325
- NERSON Roger, « Le nom de l'enfant », p.p. 362-365
- SIMON-DEPITRE Marthe, « Action alimentaire et action d'état », p.p. 368-372

Mélanges offerts à Jean BRETHE DE LA GRESSAYE, Bière, 1967
NERSON M., « Réflexions sur la notion de filiation illégitime », p.p. 575-587

Mélanges offerts à André COLOMER, Litec, 1993, ISBN 2-7111-2154-2
- REINHART Gert, « Le développement du droit matrimonial et du droit de la famille en Allemagne sous l'influence de la Loi fondamentale », p.p. 377-381
- RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation », p.p. 397-414

- SERIAUX Alain, « L'égalité des filiations depuis la Loi du 3 janvier 1972 », p.p. 432-441

***Ecrits en hommage à Gérard CORNU**, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, ISBN 2 13 046617 6
MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », p.p. 317-332

Liber Amicorum Marc-André EISSEN, Bruylant/LGDJ, 1995, ISBN 2802706551/978-2802706557
- COHEN-JONATHAN Gérard, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », p.p. 48 et suiv.

***Mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER**, Droit des personnes et de la famille*, LGDJ/Presses Universitaires de Strasbourg, 1994, coll. Maison des Sciences de l'Homme de Strasbourg, ISBN 2-275-00382-7/2-86820-614-X
- DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Propos hétérodoxes sur les familles naturelles », p.p. 68-77
- DEPRET Laurence, « L'Enfant noir », p.p. 85-86
- DREIFUSS-NETTER Frédérique, « L'accouchement sous X », p.p. 99-112
- MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, « Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant », p.p. 319-340
- MURAT Pierre, « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir », p. 344
- PETRYKOWSKA, « La reconnaissance d'enfant naturel en droit polonais », p.p. 357-366
- RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Les concubinages : mise à jour », p.p. 391-409
- SALVAGE-GEREST Pascale, « De la Loi du 3 janvier 1972 à la Loi du 8 janvier 1993… ou plaidoyer pou une vraie réforme du droit de la filiation », p.p. 418 et 426
- TRILLAT Brigitte, « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », p.p. 514-528

***Etudes réunies en l'honneur de Michel de JUGLART**, Aspects du droit privé en fin du XX° siècle*, LGDJ, Montchrestien, Techniques, 1986, ISBN 2-275-00-915-9/2-7076-0324-4/2-7110-0005-2
- MAZEAUD Henri, « Le droit de la famille face aux progrès de la science médicale », p.p. 45-54
- RAYNAUD Pierre, « Les deux familles : Réflexions comparatives sur la famille légitime et la famille naturelle », p.p. 63-78

Etudes offertes à Pierre KAYSER, *Tome II*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979
RAYNAUD Pierre, « La présomption de paternité légitime devant la jurisprudence depuis la Loi du 3 janvier 1972 », p.p. 355-377

Etudes offertes à Jacques LAMBERT, CUJAS, 1975
GUIHO Pierre, « La légitimation par autorité de justice ou la ruine de la notion de légitimité », p.p. 545-554

Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, ISBN 2-86781-317-4
LABORDE Jean-Pierre, « La reconnaissance », p.p. 422-434

Mélanges dédiés à Gabriel MARTY, Univ. des sciences sociales de Toulouse, 1978
- BARRERE Jean, « Le droit du mariage dans la Loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », p.p. 15-34
- CARBONNIER Jean, « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du Code civil », p.p. 255-266
- DAGOT Michel, « L'esprit des réformes récentes du droit successoral (Liberté – égalité – fraternité) », p.p. 326-337
- RAYNAUD Pierre, « L'acte de naissance de l'enfant naturel », p.p. 903-920
- VIDAL José, « La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation », p.p. 1113-1136

Mélanges Christian MOULY, Litec, 1998, ISBN 2-7111-2898-9
- DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », p.p. 287-294

Etudes offertes à Georges RIPERT, *Le droit privé français au milieu du XXème siècle : Tome 1 : Etudes générales, droit de la famille*, LGDJ, 1950
- CARBONNIER Jean, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », p.p. 325-345

Etudes offertes à Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Droit des concubinages : Droit interne, Droit international, Droit comparé*, Editions Litec, Groupe LexisNexis, 2002, ISBN 2-7111-3383-4
- FRANK Rainer, « Mariage et concubinage, réflexions sur le couple et la famille », p.p. 4-13
- FULCHIRON Hugues, « Couples, mariage et différence des sexes: une question de discrimination? », p. 48
- MURAT Pierre, « Couple, filiation, parenté », p.p. 54-59
- SOSSON Jehanne, « Les enfants de concubins : Aspects de droit comparé », p.p. 393-399

Mélanges offerts à René SAVATIER, Dalloz, 1965
PONSARD André, « Sur quelques aspects de l'évolution du droit des actes de l'état civil », p.p. 781-796

Etudes offertes au doyen Philippe SIMLER, Dalloz, Editions Litec, LexisNexis SA, 2006, ISBN 2-7110-0803-7
GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « La filiation maternelle demain : entre mise en conformité à la Convention européenne des droits de l'Homme et originalité persistante de la législation française », p.p. 149-154

Mélanges en hommage à François TERRE, *L'avenir du droit*, PUF, Dalloz, Juris-Classeur, 1999, ISBN 22414839/6/99
- CHAMPENOIS Marie-Pierre et Gérard, « La preuve judiciaire de la maternité : quelques aspects de son évolution depuis la Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 », p.p. 485-494
- FENOUILLET Dominique, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », p.p. 509-554
- JESTAZ Philippe, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », p.p. 421-427

- **<u>Chroniques et Notes</u>**

AGOSTINI
- TGI Bordeaux, 27 juil. 2004, *D.*, 2004, p. 2392
- CA Bordeaux, 19 avr. 2005, *D.*, 2005, p. 1687

ALLAND Denis
« Ouverture : les mœurs sont-elles solubles dans le droit », *Droits : Revue française de théorie juridique*, 1994, Droit et mœurs, p.p. 3-9

ARDEEFF Isabelle
Note TGI Brive, 30 juin 2000, *D.*, 2001, p.p. 27-29

ATIBACK Aline
« L'intérêt de l'enfant dans les procédures d'assistance éducative »
Dr. fam., 2006, ét. 18

AUBERT Jean-Luc
Obs. ass. plén., 31 mai 1991, *Defrénois*, 1991, p. 1267

AZAVANT Marc
- Note CA Bordeaux, 19 avr. 2005, *Dr. fam.*, 2005, comm. 124

- « La Cour de cassation dit non au mariage homosexuel », note civ. 1ère, 13 mars 2007, *Dr. fam.*, 2007, comm. 76

BATTEUR Annick
« L'interdit de l'inceste : Pincipe fondateur du droit de la famille », *RTDciv.*, 2000, p.p. 759-780

BEAUDRUN Marcel
Note civ. 1ère, 8 juin 1982, *« Epoux Béri »*, *D.*, 1983, p.p. 19-22

BEIGNIER Bernard
- Note CA Paris, 17 déc. 1998, *D.*, 1999, p. 476
- Note CA Dijon, 15 sept. 1999, *D.*, 2000, p. 875

BERNARD J.
Comm. ass. plén., 31 mai 1991, 31 mai 1991, *JCP* G, 1991, II-21752

BEUDANT
Note civ., 22 janv. 1867 (3 arrêts), *D.*, 1867, 1, 5

BICHERON Frédéric
- Obs. CA Paris, 16 jan. 2003, *AJFam.*, 2003, p. 181
- Obs. CA Paris, 4 avr. 2003, *AJFam.*, 2003, p.p. 230-231
- Obs. TGI Nancy, 16 mai 2003, *« Peter contre Préfet de Meurthe-et-Moselle et alii »*, *AJFam.*, 2003, p. 310

BIGOT Jacques
« Indivisibilité ou divisibilité de la filiation après la réforme de 1972 », *RTDciv.*, 1977, p.p. 244-267

BINET Jean-René
« La Loi relative à la bioéthique : Commentaire de la Loi du 6 août 2004 : Première partie », *Dr. Fam.*, 2004, ét. 22

BONNET Vincent
« L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme », obs. Cour EDH, 13 février 2003, « Odièvre contre France », *RTDH*, 2004, p. 405

BORRILLO Daniel
« La protection juridique des nouvelles formes familiales : le cas des familles homoparentales », *Le mécano familial : Les nouveaux enjeux politiques de la vie privée, Mouvements*, mars-avril 2000, p.p. 56 et 58

BOSSUYT Marc
« L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue belge de droit international*, 1980, p.p. 58-59 et 70-81

BOULANGER François
Note civ. 1ère, 8 nov. 2005, *D.*, 2006, p. 554

CARBONNIER Jean
Revue Sondages, 1970, p.p. VII et suiv.

CAYLA Olivier
« Le jeu de la fiction ''comme si'' et ''comme ça'' », *Droits : Revue française de théorie juridique*, 1995, p.p. 3-15

CHAMPENOIS Gérard
« La Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 a-t-elle supprimé la présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant* ? », *JCP* G, 1975, I-2686

CHARBONNIER
Concl. civ. 1ère, 5 juil. 1988, *D.*, 1989, p. 398

CHARPENTIER Jean
« Pratique du droit international 1991 », *AFDI*, 1991, p. 1045

CHARTIER Y.
- Rapp. ass. plén., 31 mai 1991, *D.*, 1991, jurisp., p.p. 417 et suiv.
- Note civ. 1ère, 29 juin 1994, *D.*, 1994, jurisp., p. 581

CHATTY Alain
« L'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat », *LEGIS-France : Lois, décrets et jurisprudence*, avr. 2002, p.p. 197-201

CHENEDE François
- Obs. TGI Paris, 2 juillet 2004, *AJFam.*, 2004, p. 361
- Obs. civ. 1ère, 14 juin 2005, *AJFam.*, 2005, p. 328
- « Efficacité de la reconnaissance prénatale de l'enfant né sous X », obs. civ. 1ère, 7 avr. 2006, *AJFam.*, 2006, p.p. 250-251
- Obs. civ. 1ère, 11 juil. 2006, *AJFam.*, 2006, p. 373

COCTEAU-SENN Delphine
- Note civ. 1ère, 29 mai 2001, *D.*, 2002, p.p. 1588-1591
- Note civ. 1ère, 24 sept. 2002, *D.*, 2003, p. 1793

COHEN-JONATHAN Gérard
- « Cour européenne des droits de l'Homme – Chronique de jurisprudence 1979 », *Cahiers de droit européen*, 1980, p. 476
- « La protection internationale des droits de l'Homme : Europe », *Documents d'études*, droit international public, 2002, p.p. 1-12

COHEN-JONATHAN Gérard et JACQUE Jean-Paul
« Activité de la Commission européenne des droits de l'Homme (1977-1978) », *AFDI*, 1978, p.p. 416-418

COIFFARD Didier et DELECRAZ Yves
« Les familles ne sont plus seulement fondées par le mariage et dissoutes par la mort » et « Faut-il supprimer la réserve des ascendants ? », *LPA*, 7 mai 2004, n°92, p.p. 73-81

COLIN Ambroise
« De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTDCiv.*, 1902, p.p. 257-300

CORNU Gérard
- « La filiation », *Archives de philosophie du droit*, 1975, p.p. 29-44
- Note civ. 1ère, 9 juin 1976, *« Monier contre Dame Vernisse »*, *JCP* G, 1976, II-18494
- Note civ. 1ère, 27 fév. 1985, *D.*, 1985, p.p. 265-267

CORONE Stéphane
Note TGI Créteil, 1er août 1984, *JCP* G, 1984, II-20321

COUSSIRAT-COUSTERE Vincent
« Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme de 1989 à 1991 », *AFDI*, 1991, p.p. 604 et 614

DEBET Anne
Obs. Cour EDH, 26 fév. 2002, *« Fretté contre France »*, requête n°36515/97, *Dr. fam.*, 2002, chron. 19

DECAUX Emmanuel et TAVERNIER Paul
« Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Journal du droit international*, 1992, vol. 2, p.p. 799-801

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise
- « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTDCiv.*, p.p. 252-255

- « Les restrictions de droits des enfants adultérins », *Droit et patrimoine*, sept. 2000, n°85, p.p. 65-66
- « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *Revue Lamy Dr. civ.*, 2005, n°878

DELECRAZ Yves, voir COIFFARD Didier

DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe et HAUSER Jean
« Liberté, égalité, familles », *LPA*, 7 mai 2004, n°92, p.p. 82-87

DESJARDINS
Amendement, *JO*, débats de l'Assemblée nationale constituante, 29 août 1946, p. 3405

DIONISI-PEYRUSSE Amélie
« La sécurisation de la filiation paternelle par l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 », *D.*, 2006, p.p. 612-616

DJIGO
Note civ. 3ème, 17 déc. 1997, *JCP* G, 1998, II-10093

DOBKINE Michèle
Note CA Paris, 29 mars 1991, *JCP* G, 1992, I-21857

DONTENWILLE H.
Concl. ass. plén., 31 mai 1991, *JCP* G, 1991, II-21752

DREIFUSS-NETTER Frédérique
« Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », *D.*, 1998, p.p. 100-105

EISENMANN Charles
« Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1966, p.p. 25-43

EUDIER
Note civ. 1ère, 18 mai 2005, *RJPF*, 2005, 9/31

FAVIER Yann
Obs. CAA Bordeaux, 17 nov. 1997, *JCP* G, 1998, I-151

FAVIER Yann et Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI
Obs. CA Nancy, 23 fév. 2004, *« Fau contre Peter et alii »* (2 arrêts), *JCP* G, 2004, I-167

FENOUILLET Dominique
- « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », comm. CA Rennes, 24 janv. 2000, *Dr. fam.*, 2003, chron. 29
- Note civ. 1ère, 6 janv. 2004, *Dr. fam*., 2004, comm. 16

FINE Agnès
« Vers une reconnaissance de la pluriparentalité », *Revue Esprit*, mars-avril 2001, p.p. 40-52

FLAUSS Jean-François
Note TGI Rochefort-sur-Mer, ord. JAM, 27 mars 1992, *D.*, 1993, p.p. 174-175

FORTIS-MONTJAL Elisabeth et PAIRE Gilbert
Note civ. 1ère, 27 fév. 1985, *JCP* G, 1985, II-20460

FOSSIER Thierry
- Obs. civ. 1ère, 18 mai 2005, *AJFam.*, 2005, p.p. 274-275
- « (Petits) dits et (gros) non-dits : filiation nouvelle et autorité parentale », *Dr. fam.*, 2006, ét. 10

FOYER Jean
JO, Débats, AN, 6 oct. 1971, p. 4273

FULCHIRON Hugues
« Egalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit français de la filiation », *Droit et patrimoine*, mars 2006, p.p. 44-52

FULCHIRON Hugues et GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline
« Réformes législatives et permanence des pratiques : à propos de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par la loi du 8 janvier 1993 », *D.*, 1997, p.p. 363-367

FURKEL Françoise
« Le nouveau droit de l'enfant en RFA », *RTDciv.*, 1998, p.p. 804-819

GALLMEISTER I
Obs. civ. 1ère, 24 fév. 2006, *D.*, 2006, p. 670

GARNIER M.
Note CA Nancy, 23 fév. 2004, *« Fau contre Peter et alii »* (2 arrêts), *JCP* G, 2004, II-10073

GARE Thierry
- Note TGI Rochefort-sur-Mer, ord. JAM, 27 mars 1992, *JCP* G, 1992, II-21885
- Note civ. 1ère, 28 mars 2000, *D.*, 2000, p.p. 731-732
- Note civ. 1ère, 30 mai 2000, *JCP* G, 2000, II-10410
- Note civ. 1ère, 24 sept. 2002, *JCP* G, 2003, II-10053
- « L'accouchement sous X n'efface pas les droits du père par le sang », analyse TGI Nancy, 16 mai 2003, *« Peter contre Préfet de Meurthe-et-Moselle et alii »*, *RJPF*, 2003, 11/36
- Obs. civ. 1ère, 17 sept. 2003, *RJPF*, 2003, 12/31
- « L'article 334-10 du Code civil fait obstacle à l'adoption de l'enfant incestueux par son autre parent », analyse civ. 1ère, 16 janv. 2004, *RJPF*, 2004, 3/34
- « Renversement de la charge de la preuve en droit de la filiation : la tendance se confirme », analyse civ. 1ère, 9 déc. 2003, *RJPF*, 2004, 3/35
- « L'existence d'une possession d'état semble constituer un motif légitime de ne pas procéder à une expertise biologique », analyse civ. 1ère, 3 nov. 2004, *RJPF*, 2005, 3/38
- « La Cour de cassation précise dans sept arrêts le régime de l'expertise biologique en droit de la filiation », analyse 1ère civ., 14 juin 2005 (7 espèces), *RJPF*, 2005, 11/36
- « Le droit à l'expertise biologique semble atténué en présence d'une possession d'état », analyse civ. 1ère, 14 fév. 2006, *RJPF*, 2006, 5/36
- « Etablissement automatique de la filiation naturelle : l'ordonnance… avant l'ordonnance ! », analyse civ. 1ère, 14 fév. 2006, *RJPF*, 2006, 5/39
- « Pas de révocation pour absence de lien biologique de filiation », analyse civ. 1ère, 28 fév. 2006, *RJPF*, 2006, 5/40
- « L'aveu de sa non-paternité par le mari de la mère rend-elle équivoque la possession d'état d'enfant légitime ? », analyse civ. 1ère, 14 mars 2006, *RJPF*, 2006, 6/40
- « La Cour de cassation confirme le régime du droit à l'expertise biologique », analyse civ. 1ère, 25 avr. 2006, *RJPF*, 2006, 7-8/42
- « Etablissement automatique de la filiation maternelle : la Cour de cassation persiste ! », analyse civ. 1ère, 25 avr. 2006 (2 espèces), *RJPF*, 2006, 7-8/43
- Obs. civ. 1ère, 11 juil. 2006, *RJPF*, 2006, 11/35

GASSIN Raymond
« Une méthode de la thèse de doctorat en droit », *Revue de la recherche juridique : Droit prospectif*, 1996, p.p. 1167-1199

GAUMONT-PRAT H.
Cour EDH, 13 fév. 2003, *« Odièvre contre France »*
Dr. fam., 2003, chron. 14

GOBERT Michelle
- « Réflexions avant une indispensable réforme du droit de la filiation », *JCP* G, 1968, I-2207

- Chron., ass. plén., 31 mai 1991, *RTDciv*., 1992, p. 489

GODELIER Maurice
« La sexualité est toujours autre chose qu'elle-même », *Revue Esprit*, mars-avril 2001, p.p. 96-104

GOUTTENOIRE Adeline
- « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *AJFam.*, 2004, p.p. 380-384
- « La Convention internationale des Droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce aux yeux de la Cour de cassation ! », note civ. 1ère, 18 mai 2005, *Dr. fam.*, 2005, comm. 156
- « L'application directe de l'article 3-1 de la Convention internationale des Droits de l'enfant », note civ. 1ère, 14 juin 2005, *Dr. fam.*, 2005, comm. 157
- « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.*, 2006, ét. 6

GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline, voir FULCHIRON Hugues

GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline et LAMARCHE Marie
« Mon grand-père veut épouser ma mère… La Cour européenne des droits de l'Homme lui donne raison », note Cour EDH, 13 sept. 2005, *« B. L. contre Royaume-Uni »*, *Dr. fam.*, 2005, comm. 234

GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline et SUDRE Frédéric
- « L'incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l'enfant adultérin à la Convention EDH », note Cour EDH, 1er fév. 2000, *« Mazurek »*, *JCP* G, 2000, II-10286, p.p. 643-648
- Note Cour EDH, 26 fév. 2002, *« Fretté contre France »*, requête n°36515/97. *JCP* G, 2002, II-10074
- Note Cour EDH, 13 fév. 2003, *« Odièvre contre France »*, *JCP* G, 2003, II-10049

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique
- Obs. TGI Paris, 28 mai 1996, *D.*, 1997, somm. commenté, p. 162
- Obs. civ. 1ère, 11 fév. 1997, *D.*, 1998, somm. 29
- Obs. CA Paris, 6 nov. 1997, *D.*, 1997, somm., p. 158
- Obs. civ. 1ère, 22 avr. 1997, *D.*, 1998, somm. 27
- « Filiation naturelle : Dispositions générales : Etablissement de la filiation naturelle » *Juris-Classeur* Civil, Droit de l'enfant, vol. 1, fasc. 320, 1998, p.p. 13-14, n° 46 à 49
- « Filiation naturelle : Recherche de paternité », *Juris-Classeur civ.*, Droit de l'enfant, fasc. 36, 1998, art. 340 à 340-7
- Obs. CA Versailles, 5 fév. 1998, *D.*, 1999, somm. 196
- « Quelles réformes en droit de la filiation ? », *Dr. fam.*, 1999, chron. 15

- Obs. civ. 1ère, 28 mars 2000, *D.*, 2001, somm., p. 976
- Obs. civ. 1ère, 14 juin 2001, *D.*, 2001, somm. 969
- Obs. civ. 1ère, 3 juil. 2001, *D.*, 2002, p. 2023
- Obs. civ. 1ère, 5 fév. 2002, *D.*, 2002, somm. 2018
- Note CA Rennes, 4 juil. 2002, *D.*, 2002, p. 2902
- « L'établissement et la contestation des liens de filiation » et « Actions judiciaires en matière de filiation : droit comparé », dossier *Actions juridiciaires dans le domaine de la filiation*, *AJFam.*, 2003, p.p. 162-167 et p.p. 175-176
- « Les nouveaux cas de divorce », dossier *Les nouveaux divorces*, *AJFam.*, 2004, p.p. 204-208
- « Propos introductifs », « Les dispositions générales du droit de la filiation », « L'établissement non contentieux de la filiation » et « Les actions relatives à la filiation », dossier *Le nouveau droit de la filiation*, *AJFam.*, 2005, p.p. 424-432
- « La présomption de paternité », *Dr. fam.*, 2006, ét. 3
- « Droit de la filiation », *D.*, 2006, p.p. 1139-1148
- « Entrée en vigueur du nouveau droit de la filiation le 1er juillet 2006 : les textes complémentaires de l'Ordonnance du 4 juillet 2005 », *AJFam.*, 2006, p.p. 283-285
- « Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe – Panorama européen », *AJFam.*, 2006, p.p. 409-413

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique et HAUSER Jean
« Le nouveau droit de la filiation », *D.*, 2006, p.p. 17-28

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique et STRICKLER
Note civ. 1ère, 18 mai 2005, *JCP* G, 2005, II-10081

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique et le Secrétariat général de la Commission internationale de l'état civil
« L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'Homme dans les Etats membres de la Commission internationale de l'état civil », *RTDeur.*, 1997, p.p. 656-662

GRATALOUP Sylvain
Note Cour EDH, 22 avr. 1997, *D.*, 1997, jurisp., p.p. 583-587

GRIMALDI Michel
Note civ. 1ère, 27 fév. 1985, *« Procureur général près la Cour de cassation, intérêt de la loi, affaire D-L »* et *« G contre G »*, *Defrénois*, 1985, p. 1283

GROSLIERE
Note CA Paris, 5 fév. 1976, *JCP* G, 1976, II-18487

GUIHO Pierre
Note TGI Bobigny, 18 janv. 1990, *JCP* G, 1990, II-21592

HARICHAUX-RAMU Michèle
Note TGI Nice, 30 juin 1976, *JCP* G, 1977, I-18597

HARTEMANN Luc
« Analyse et commentaire de la loi relative au nom de famille », *LEGIS-France : Lois, décrets et jurisprudence*, n°8, déc. 2002, p.p. 961-963

HAURIOU Maurice
« Aux sources du droit », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n°4, p. 127

HAUSER Jean
- « Vers une théorie générale du droit familial ? », *D.*, 1991, chron. XII, p. 56
- Note TGI Bordeaux, 19 mars 1992, *RTDciv.*, 1992, p.p. 748-749
- « La vie familiale du transsexuel : le temps des distinctions », *RTDciv.*, 1998, p.p. 92-95
- Note CA Riom, 16 déc. 1997, *RTDciv.*, 1998, p. 891
- « Expertise génétique *post mortem* : condition », note CA Dijon, 15 sept. 1999, *RTDciv.*, 2000, p.p. 98-99
- « L'adoption simple d'un enfant par son parent incestueux », note CA Rennes, 24 janv. 2000, *RTDciv.*, 2000, p.p. 819-821
- Note civ. 1ère, 28 mars 2000, *RJPF*, 2000, 5/38
- Note civ. 1ère, 28 mars 2000, *RTDciv.*, 2000, p. 304
- Note TGI Paris, 13 mars 2000, *RTDciv.*, 2001, p.p. 122-124
- Note Cour EDH, 26 fév. 2002, *« Fretté contre France »*, n°36515/97, *RTDciv.*, 2002, p.p. 280-281
- Note Cour EDH, 11 juil. 2002, *« Goodwin contre Royaume-Uni »*, requête n°28957/95, *RTDciv.*, 2002, p.p. 782-784
- Note civ. 1ère, 24 sept. 2002, *RTDciv.*, 2003, p. 71
- Note Cour EDH, 13 fév. 2003, *« Odièvre contre France »*, *RTDciv.*, 2003, p. 276
- Note CA Paris, 4 avr. 2003, *RTDciv.*, 2003, p. 487
- Note TGI Nancy, 16 mai 2003, *« Peter contre Préfet de Meurthe-et-Moselle et alii »*, *RTDciv.*, 2003, p. 488
- Note civ. 1ère, 17 sept. 2003, *RTDciv.*, 2004, p. 73
- « Adoption simple et père incestueux », note civ. 1ère, 6 janv. 2004, *RTDciv.*, 2004, p.p. 76-77
- CA Nancy, 23 fév. 2004, *« Fau contre Peter et alii »* (2 arrêts), *RTDciv.*, 2004, p. 275
- « La filiation au subjonctif ? », *Dr. fam.*, 2004, focus 68
- Note TGI Bordeaux, 27 juil. 2004, *RTDciv.*, 2004, p.p. 719-720
- Note CA Nancy, 28 juin 2004, *RTDciv.*, 2005, p.p. 114

- Note CA Bordeaux, 15 sept. 2004, et 1ère civ., 3 nov. 2004, *RTDciv.*, 2005, p.p. 376-377
- Note CA Bordeaux, 19 avr. 2005, *RTDciv.*, 2005, p.p. 574-576
- Note civ. 1ère, 14 juin 2005 (5 arrêts), *RTDciv.*, 2005, p. 584
- Note civ. 1ère, 18 mai 2005, *RTDciv.*, 2005, p.p. 585-586
- « Des filiations à la filiation », *RJPF.*, 2005, 9/9
- « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. fam.*, 2006, ét. 1
- Note civ. 1ère, 7 avr. 2006, *RTDciv.*, 2006, p.p. 292-293
- Note civ. 1ère, 14 fév. 2006 (2 espèces) et 31 janv. 2006, *RTDciv.*, 2006, p.p. 293-294
- Note civ. 1ère, 14 fév. 2006, *RTDciv.*, 2006, p.p. 294-295
- Obs. civ. 1ère, 11 juil. 2006, *RTDciv.*, 2006, p. 750

HAUSER Jean, voir DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe

HAUSER Jean, voir GRANET-LAMBRECHTS Frédérique

HENAFF Gaël
Note TGI Paris, 2 sept. 1997, *LPA*, 16 nov. 1998, n°137, p.p. 12-17

HENNERON Sandrine
Obs. CA Poitiers, 29 mai 2001, *D.*, 2002, somm. commentés, p.p. 1874-1875

HENRION Roger
« A propos de l'accouchement sous X : réflexions d'un médecin », dossier *L'accès aux origines personnelles*, *AJFam.*, 2003, p.p. 90-91

HENRY Max
Obs. civ. 1ère, 8 juin 1982, *« Epoux Béri »*, *JCP* G, 1983, II-20018

HILT Patrice
- « L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *AJFam.*, 2004, p.p. 384-389
- « Présentation de la réforme de l'adoption », *AJFam.*, 2005, p.p. 340-341

HUET-WEILLER Danièle
- Note civ. 1ère, 3 oct. 1978, *JCP* G, 1979, II-19134
- Note civ. 1ère, 8 mai 1979, *D.*, 1979, jurisp., p. 477
- Note civ. 1ère, 1er juil. 1981, *D.*, 1982, jurisp., p. 105
- Note civ. 1ère, 16 nov. 1982, *« T. et Mme P. »*, *D.*, 1983, jurisp., p.p. 17-19
- Note civ. 1ère, 7 déc. 1983, *D.*, 1984, jurisp., p. 191 (2ème espèce)
- Note civ. 1ère, 10 juil. 1990, *D.*, 1990, jurisp., p. 517
- Obs. ass. plén., 31 mai 1991, *RTDciv.*, 1991, p. 517

JACQUE Jean-Paul, voir COHEN-JONATHAN Gérard

JESTAZ Philippe
« La parenté », *Revue de droit de Mc Gill*, vol. 41, 1996, p.p. 387 et suiv.

JOSSELIN-GALL Muriel
« Le notaire entre l'article 760 du Code civil et la Cour EDH », *JCP* N, 2001, p.p. 834-839

JOZEAU-MARIGNE
Rapport n°16, *Documents*, Sénat, annexe au PV de la séance du 4 nov. 1971, p. 13

JULY, voir DESJARDINS

KESSLER
Note TGI Bordeaux, 27 juil. 2004, *JCP* G, 2004, II-10169

LAMARCHE Marie, voir GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline

LAMBERT P.
Cour EDH, 7 juil. 1989, *« Gaskin contre Royaume-Uni »*, *RUDH*, 1990, p. 361, chron.

LAMY Bertrand (de)
Note Cour EDH, 30 juil. 1998, *« Sheffield et Horscham contre Royaume-Uni »*, requête n°31-32/1997/815-816/1018-1019, *Dr. fam.*, 1999, comm. 22

LARRIBAU-TERNEYRE Virginie
- Note CA Pau, 26 juin 1995, *D.*, 1996, p. 214
- Note TGI Bordeaux, 27 juil. 2004, *Dr. fam.*, 2004, comm. 166
- « Les deuxièmes Etats généraux du droit de la famille : constat d'évolution ou de révolution ? », *Dr. fam.*, 2006, repère 1

LAUNOY Gérard
« La réforme vue du côté des officiers de l'état civil : entre tradition et révolutions », *Dr. fam.*, 2006, ét. 9

LE BOURSICOT Marie-Christine
- « Du secret absolu au secret relatif », dossier *L'accès aux origines personnelles*, *AJFam.*, 2003, p.p. 86-89
- « La CEDH valide le dispositif français relatif à l'accouchement sous X et à la connaissance de ses origines », analyse Cour EDH, 13 fév. 2003, *« Odièvre contre France »*, *RJPF*, 2003, 4/34

- « Un nouveau décret vient compléter le dispositif de l'accès aux origines personnelles », *RJPF*, 2003, 10/33
- « Affaire de Nancy : la Cour d'appel estime que la reconnaissance prénatale du père ne peut remettre en cause le placement de l'enfant né sous X », analyse CA Nancy, 23 fév. 2004 (2 arrêts), *« Fau contre Peter et alii »*, *RJPF*, 2004, 4/33
- « La création de l'Agence française de l'adoption », *AJFam.*, 2005, p.p. 341-345
- « Filiation paternelle et adoption : quelle est la portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2006 ? », analyse civ. 1ère, 7 avr. 2006, *RJPF*, 2006, 6/38
- « La volonté de symétrie entre filiation paternelle et maternelle remet-elle en cause la filiation par adoption ? », comm. civ. 1ère, 7 avr. 2006, *Revue Lamy Dr. civ.*, 2006, 2097

LECUYER Hervé
Note CE, 4 mai 2001, *Dr. fam.*, 2001, comm. 68

LE DOUJET-THOMAS
Obs. TGI Brive, 30 juin 2000, *D.*, 2001, p. 2872

LEPROVAUX Jérôme
« La consolidation de la filiation par la possession d'état dans l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *RJPF*, 2006, 4/11

LERIDON Henri et VILLENEUVE-GOKALP Catherine
« Constance et inconstances de la famille : Biographies familiales des couples et des enfants », PUF, INED, 1994, cahier n°134

LEROYER Anne-Marie et ROCHFELD Judith
Législation française : Ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *RTDciv.*, 2005, p.p. 837-843

LEVINET Michel
« La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme », obs. Cour EDH, 30 juillet 1998, « Sheffield et Horscham contre Royaume-Uni » ; *RTDH*, 1999, p. 637

LIENHARD Claude
« La nouvelle procédure de divorce », « Le système procédural des nouveaux divorces – article 229 » et « L'approche procédurale des ententes », dossier *Les nouveaux divorces*. *AJFam.*, 2004, p.p. 208-215

LINDON Raymond
- Concl. Ass. plén., 23 juin 1967, *D.*, 1967, jurisp., p. 525
- Concl. civ. 1ère, 21 oct. 1969, *« Ibrouchène »*, *JCP* G, 1969, II-16140

LOCHAK Danièle
« Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, p.p. 778-790

LUCHAIRE François
« Les fondements constitutionnnels du droit civil », *RTDciv.*, 1982, p.p. 258-259

MAINGAIN Bernard et WILDE D'ESTMAËL Emmanuel
Juris-Classeur dr. comp., vol. 1, Notarial Répertoire Législation comparée : Belgique : fasc. 2, « Mariage, divorce, filiation, adoption et autorité parentale » (à jour au 7 janv. 2000), p.p. 14-29, n°82-101 et 129-155

MALAURIE Philippe
- « Mariage et concubinage en droit français contemporain », *Archives de philosophie du droit*, 1975, p.p. 17-28
- Note civ. 1ère, 25 juin 1996, *« Mazurek »*, *JCP* G, 1997, II-22834
- Note Cour EDH, 13 fév. 2003, *« Odièvre contre France »*, *JCP* G, 2003, I-120

MALLET-BRICOUD B.
Note Cour EDH, 13 fév. 2003, *« Odièvre contre France »*, *D.*, 2003, chron., p. 1240

MARGUENAUD Jean-Pierre
- Obs. Cour EDH, 28 oct. 1998, *« Söderbäck contre Suède »*, *RTDciv.*, 1999, p. 501
- Obs. Cour EDH, 13 février 2003, *« Odièvre contre France »*, *RTDciv.*, 2003, p. 375
- Obs. Cour EDH, section II, 1er juin 2004, *« L. contre Pays-Bas »*, requête n°45582/99, *RTDciv.*, 2005, p. 339

MARNIERRE E-S (de la)
Note civ. 1ère, 10 juil. 1973, *JCP* G, 1974, II-17689 (5ème espèce)

MARTIN Pierre-Marie et NEIRINCK Claire
Etude civ. 1ère, 10 mars 1993, *JCP* G, 1993, I-3677

MARTIN-LASSEZ Josée
« L'intérêt supérieur de l'enfant et la famille : Etats généraux du droit de la famille », *Dr. fam.*, 2007, ét. 4

MASSIP Jacques
- « La nouvelle réglementation du livret de famille », *D.*, 1975, Chron. VI, p.p. 37-40
- Note TGI Paris, 15 juin 1973, *D.*, 1974, jurisp., p. 86
- Note TGI Paris, 4 janv. 1974, *D.*, 1975, jurisp., p. 479
- Note civ. 1ère, 9 juin 1976, *« Monier contre Dame Vernisse »*, *Defrénois*, 1976, art. 31207

- Note CA Paris, 1er juil. 1976, *D.*, 1977, jurisp., p. 297
- Note civ. 1ère, 3 juin 1980, *D.*, 1981, jurisp., p.p. 119-121
- Note civ. 1ère, 1er juil. 1981, *GP*, 1982, 1, 258 (2ème espèce)
- Note civ. 1ère, 5 mai 1986, *D.*, 1986, p. 496
- Note civ. 1ère, 18 déc. 1990, *D.*, 1991, jurisp., p.p. 433-434
- Note civ. 1ère, 3 mars 1992, *D.*, 1993, jurisp., p. 133
- Note civ. 1ère, 10 mars 1993, *D.*, 1993, jurisp., p.p. 361-363
- Obs. civ. 1ère, 29 juin 1994, *GP*, 1995, 2, somm. 422
- Note civ. 1ère, 6 fév. 1996, *D.*, 1996, jurisp., p. 621
- Note civ. 1ère, 6 mars 1996, *D.*, 1997, jurisp., p. 48
- Note civ. 1ère, 11 fév. 1997, *D.*, 1997, p. 502
- Obs. civ. 1ère, 22 avr. 1997, *Defrénois*, 1997, p. 1333
- Note civ. 1ère, 28 mars 2000, *Defrénois*, 2000, p. 769
- Obs. TGI Brive, 30 juin 2000, *Defrénois*, 2000, p.p. 1310-1313
- Obs. civ. 1ère, 12 juin 2001, *Defrénois*, 2001, p. 1355
- Obs. civ. 1ère, 24 sept. 2002, *Defrénois*, 2003, p. 124
- Note TGI Nancy, 16 mai 2003, *« Peter contre Préfet de Meurthe-et-Moselle et alii »*, *JCP* G, 2004, II-10036
- Note civ. 1ère, 18 mai 2005, *Defrénois*, 2005, p. 1418
- « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois*, 2006, art. 38303
- « Le nouveau droit de la filiation (suite) », *Defrénois*, 2006, art. 38312
- « Incidences de l'Ordonnance relative à la filiation sur le nom de famille », *Dr. fam.*, 2006, ét. 8

MATOCQ Olivier
« Le rapport d'expertise biologique dans le droit de la filiation deviendra-t-il le passage obligé ? », *Dr. fam.*, 2006, ét. 7

MAYMON-GOUTALOY Mireille
« De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'Homme », *D.*, 1985, chron. XXXVII

MAZEAUD Henri
« Une famille dans le vent : la famille hors mariage (Le projet de loi relatif à la filiation) », *D.*, 1971, chron. XV

MEUNIER
Note sociale, 11 juil. 1989, *JCP* G, 1990, II-21553

MEYZEAUD-GARAUD Marie-Christine
- Obs. TGI Brive, 30 juin 2000, *RJPF*, 2001, 2/47
- Note CA Paris, 4 avr. 2003, *D.*, 2004, p.p. 1697-1700

- « La Cour de cassation enfin favorable à l'établissement automatique du lien naturel de filiation maternelle par acte de naissance », comm. civ. 1ère, 14 fév. 2006, *Revue Lamy Dr. civ.*, 2006, 2147

MILLET Florence
« La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP* G, 2006, I-112

MIRABAIL Solange
Note civ. 1ère, 12 mai 2004, *D.*, 2005, jurisp., p.p. 1766-1768

MONEGER Françoise
- « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *RDSS*, 1990, p.p. 282-286
- « Demande de révocation d'une adoption simple », obs. CA Versailles, 9 déc. 1999, *RDSS*, 2000, p. 437
- Et. Cour EDH, 13 fév. 2003, *« Odièvre contre France »*, *RDSS*, 2003, p. 219

MONSALLIER-SAINT MLEUX Marie-Christine
Note civ. 1ère, 28 mars 2000, *JCP* G, 2000, II-10409

MORIN Pascal
« L'interdiction opportue de l'implantation *post mortem* d'embryon », *Defrénois*, 2005, art. 37892

MURAT Pierre
- Note CA Aix-en-Provence, 8 fév. 1996, *Dr. fam.*, 1996, comm. 2
- Note CA Limoges, 21 nov. 1996, *Dr. fam.*, 1997, comm. 136
- Note civ. 1ère, 11 fév. 1997, *Dr. fam.*, 1997, comm. 57
- Note civ. 1ère, 22 avr. 1997, *Dr. fam.*, 1998, comm. 2
- Note CA Grenoble, 15 déc. 1997, *Dr. fam.*, 1998, comm. 38
- Comm. crim., 18 juin 1997 et CE, 22 sept. 1997, *« Melle Cinar »*, *Dr. fam.*, comm. 56
- « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », *Dr. fam.*, 1998, chron. 14
- Note CA Riom, 16 déc. 1997, *Dr. fam.*, 1998, comm. 150
- « L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, nouveau mode d'établissement de la filiation naturelle ? », note TGI Brive, 30 juin 2000, *Dr. fam.*, 2000, comm. 107
- Note civ. 1ère, 28 mars 2000, *Dr. fam.*, 2000, comm. 72
- Note TGI Paris, 27 juin 2001, *Dr. fam.*, 2001, comm. 116
- Note civ. 1ère, 12 juin 2001, *Dr. fam.*, 2002, comm. 2
- Note CA Paris, 22 nov. 2001, *Dr. fam.*, 2002, comm. 29
- Note CA Bordeaux, 7 mars 2002, *Dr. fam.*, 2002, comm. 83

- Note CA Rennes, 4 juil. 2002, *Dr. fam.*, 2002, comm. 142
- Note civ. 1ère, 24 sept. 2002, *Dr. fam.*, 2003, comm. 25
- Note Cour EDH, 13 fév. 2003, *« Odièvre contre France »*, *Dr. fam.*, 2003, comm. 58
- Note 1ère civ., 23 avr. 2003, *Dr. fam.*, 2003, comm. 143
- Note TGI Nancy, 16 mai 2003, *« Peter contre Préfet de Meurthe-et-Moselle et alii »*, *Dr. fam.*, 2003, comm. 88
- Note civ. 1ère, 17 sept. 2003, *Dr. fam.*, 2004, comm. 3
- Note civ. 1ère, 9 déc. 2003, *Dr. fam.*, 2004, comm. 17
- Note CA Nancy, 23 fév. 2004, *« Fau contre Peter et alii »* (2 arrêts), *Dr. fam.*, 2004, comm. 48
- Note CA Paris, 13 mai 2004, *Dr. fam.*, 2004, comm. 218
- Note CA Grenoble, 9 juil. 2004, *Dr. fam*., 2004, comm. 141
- Note TGI Paris, 2 juillet 2004 *Dr. fam.*, 2005, comm. 4
- « La filiation simplifiée », *Dr. fam.*, 2005, alertes 72
- « Dossier spécial filiation : avant-lecture », *Dr. fam.*, 2006, focus 1
- « L'action de l'Ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », *Dr. fam.*, 2006, ét. 5
- « Affaire Benjamin : une cassation méritée mais bien confuse », note civ. 1ère, 7 avr. 2006, *Dr. fam.*, 2006, comm. 124
- « Pas d'action en retranchement en cas d'adoption de l'enfant du conjoint », note civ. 1ère, 7 juin 2006, *Dr. fam.*, 2007, comm. 44
- Note civ. 1ère, 11 juil. 2006, *Dr. fam.*, 2006, n°205
- « L'enfant de mère porteuse, tentative d'établissement de la filiation par possession d'état », note TGI Lille, 22 mars 2007, *Dr. fam.*, 2007, comm. 122

NEIRINCK Claire
- Note TGI Rennes, 30 juin 1993, *JCP* G, 1994, II-22250
- Note CA Toulouse, 18 avr. 1994, *JCP* G, 1995, II-22472
- Note civ. 1ère, 9 janv. 199,. *JCP* G, 1996, II-22666
- « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF*, 2003, 3/12
- Note civ. 1ère, 18 mai 2005, *RDSS*, 2005, p. 814
- « La maternité », *Dr. fam.*, 2006, ét. 2

NEIRINCK Claire, voir MARTIN Pierre-Marie

NERSON Roger
Obs. civ. 1ère, 9 juin 1976, *« Monier contre Dame Vernisse »*, *RTDciv.*, 1976, p. 340

NERSON Roger et RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline
Obs. civ. 1ère, 9 juin 1976, *« Monier contre Dame Vernisse »*, *RTDciv.*, 1977, p. 752

PAILLET Elisabeth
- Note TGI Nice, 30 juin 1976, *GP*, journal du 22 janv. 1977, p.p. 48-50
- Note TGI Paris, 19 fév. 1985, *D.*, 1986, jurisp., p.p. 223-224
- Chronique bibliographique, Lu pour vous, *Droit et société*, 2005, p.p. 895-898

PAIRE Gilbert, voir FORTIS-MONTJAL Elisabeth

PELLOUX Robert
« Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme en 1979 », *AFDI*, 1980, p.p. 317-323

PETIT Cécile
Concl. civ. 1ère, 28 mars 2000, *JCP* G, 2000, II-10409

PHILIP André
JO, Débats, AN constituante, 29 août 1946, p. 3406

PLAYOUST Olivier
« Normativité et légitimité du droit », *Droit prospectif*, 1993, I, p. 193

PLEVEN René
« Exposé des motifs du projet de loi sur la filiation », *Documents* AN, n°1624, p.p. 4 et suiv.

PLUYETTE
Rapp. Ass. plén., 23 juin 1967, *« Simon »*, *JCP* G, 1967, II-15224

POISSON-DROCOURT
- Note TGI Nancy, 16 mai 2003, *« Peter contre Préfet de Meurthe-et-Moselle et alii »* *D.*, 2003, p. 2910
- Note CA Nancy, 23 fév. 2004, *« Fau contre Peter et alii »* (2 arrêts), *D.*, 2004, p. 2249

POMART Cathy
Obs. CA Dijon, 15 sept. 1999, *D.*, 2001, somm., p.p. 2867-2868

PONSARD André
Rapp. civ. 1ère, 16 nov. 1982, *« T. et Mme P. »*, *JCP* G, 1983, II-19954

POUSSON-PETIT Jacqueline
« Chronique du droit des personnes et de la famille en Belgique », *Dr. fam.*, 2003, chron. 30

RAINER Frank
« Le centenaire du BGB : Le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la Constitution et de la cohérence du système juridique », *RIDcomp.*, 2000, p.p. 821-826 et 838-839

RAYMOND Guy
« La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance », *JCP* G 1990, I-3451

RAYNAUD Pierre
- « Réflexions sur la légitimation par autorité de justice », *D.*, 1974, chron. XXII
- « L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leurs mode d'établissement. Où va la jurisprudence ? », *D.*, 1980, chron. I
- Note civ. 1ère, 9 juin 1976, *« Monier contre Dame Vernisse », D.*, 1976, p. 593

R. B.
Obs. CA Paris, 13 oct. 1966, *JCP* G, 1968, II-15382

RENAUD Benoît
- « Anonymat, un mal nécessaire », *JCP* N, 2000, p. 919
- « Procréation médicalement assistée et filiation », dossier *Actions juridiciaires dans le domaine de la filiation, AJFam.*, 2003, p.p. 167-170

RIGAUX François
« Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées », obs. Cour EDH, 22 avril 1997, « X et autres contre Royaume-Uni », *RTDH*, 1998, p. 117

ROCHFELD Judith, voir LEROYER Anne-Marie

ROLLAND Patrice
« Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », chron. Cour EDH, 13 juin 1979, « Marckx contre Belgique », Cour plénière, série A, n°31, *Journal du droit international*, 1982, p.p. 183-187

ROUAST
Note civ. 1ère, 14 nov. 1967, *D.*, 1968, jurisp., p. 41

ROUGER Philippe
« Filiation et empreintes génétiques », dossier *Actions juridiciaires dans le domaine de la filiation, AJFam.*, 2003, p. 171

ROUXEL Sylvie
Note civ. 2ème, 12 juil. 2007, *Dr. fam.*, 2007, comm. 171

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline
- Obs. TGI Saint-Malo, 1er fév. 1984, *RTDciv.*, 1985, p.p. 361-362
- Note civ. 1ère, 5 mai 1986, *RTDciv.*, 1986, p. 736
- « Une importante réforme en droit de la famille : la Loi n°93-22 du 8 janvier 1993 », *JCP* G, 1993, I-3659
- Note civ. 1ère, 29 juin 1994, *JCP* G, 1995, II-22362
- Note CA Paris, 6 nov. 1997, *JCP* G, 1998, I, p. 101
- Obs. CA Riom, 16 déc. 1997, *JCP* G, 1999, I-101
- Obs. CA Rennes, 4 juillet 2002, *JCP* G, 2003, I-101, n°4
- Obs. TGI Nancy, 16 mai 2003, *« Peter contre Préfet de Meurthe-et-Moselle et alii »*, *JCP* G, 2003, I-148

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, voir FAVIER Yann

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, voir NERSON

SALVAGE-GEREST Pascale
- « La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.*, 2006, ét. 4
- « Genèse d'une quatrième réforme, ou l'introuvable article 350, alinéa 1 du Code civil », *AJFam.*, 2005, p.p. 350-352

SAVATIER René
- Note civ., 19 oct. 1925, *« Patureau-Mirand »*, *D.*, 1926, vol. I, p. 89
- « Est-ce possible? », *D.*, 1963, chron. XXXIV
- « Le projet de loi sur la filiation : mystique ou réalisme? Filiation naturelle et filiation légitime », *JCP* G, 1971, I-2400
- Note CA Aix-en-Provence, 17 juin 1974, affaire *« Picasso »*, *Defrénois*, 1975, vol. 1, art. 30918
- Note CA Paris, 6 janv. 1976, *JCP* G, 1976, II-18289

SCHUTTER Olivier (de)
« La coopération entre la Cour européenne des droits de l'Homme et le juge national », *Revue belge de droit international*, 1997, vol. I, p.p. 49-50

STRICKLER, voir GRANET-LAMBRECHTS Frédérique

SUDRE Frédéric
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* G, 1995, I-3823
- Obs. Cour EDH, 22 avr. 1997, *« X et autres contre Royaume-Uni »*, *JCP* G, 1998, I-107
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* G, 2002, I-105

SUDRE Frédéric, voir GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline

TAORMINA Gilles
« Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique », *D.*, 2006, p.p. 1071-1077

TAVERNIER Paul
Obs. Cour EDH, 7 juillet 1989, *« Gaskin contre Royaume-Uni »*
Journal du droit international, 1990, p. 715

TAVERNIER Paul, voir DECAUX Emmanuel

TERRE François
Note ass. plén., 31 mai 1991, *JCP* G, 1991, II-21752

THERY Irène
- « Pacs, sexualité et différence des sexes », *Revue Esprit*, oct. 1999, p.p. 139-181
- Obs. civ. 1ère, 18 mai 2005, *RTDciv.*, 2005, p. 627

THIERRY Jean
Note Cour EDH, 1er févr. 2000, *« Mazurek »*, *D.*, 2000, jurisp., p.p. 332-333

THOMAS Yan
« *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits : Revue française de théorie juridique*, 1995, n°21, p.p. 17-63

THOUVENIN D.
Note ass. plén., 31 mai 1991, *D.*, 1991, jurisp., p.p. 417 et suiv.

TISSERAND Alice
Obs. civ. 1ère, 29 janv. 2002, *« Rolland contre Fourtier »*, *JCP* G, 2002, I-167

TON NU LAN Anh
« Les dispositions de la Loi n°2005-744 du 4 juillet 2005 relatives à l'agrément et à l'accompagnement des candidates à l'adoption », *AJFam.*, 2005, p.p. 345-350

TOULEMON Laurent
Contribution in *Constance et inconstances de la famille : Biographies familiales des couples et des enfants*, Henri LERIDON et Catherine VILLENEUVE-GOKALP, PUF, INED, 1994, cahier n°134, p.p. 2-55 et 111

VASSEUR-LAMBRY Fanny
« Commentaire de la Loi du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille », *RJPF*, 2003, 10/11

VERDIER Pierre
- « La Loi du 22 janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines ? », dossier *L'accès aux origines personnelles*, *AJFam.*, 2003, p.p. 92-93
- « L'affaire Benjamin : des effets de la reconnaissance paternelle d'un enfant né sous X », *AJFam.*, 2004, p.p. 358-360

VILLENEUVE-GOKALP Catherine, voir LERIDON Henri

WAHL
Note civ., 6 avr. 1903, *Recueil Sirey*, 1904, jurisp., p. 273

WENNER Eva
Juris-Classeur dr. comp., vol. 1, Notarial Répertoire Législation comparée : Allemagne : fasc. 2, « Régimes matrimoniaux, filiation, adoption », 2001, p.p. 11-23, n°61-151

- **Rapports**

BOURDOULEIX Gilles
Rapport n°770 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi de ratification de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, 2 avr. 2008, www.legifrance.gouv.fr.

CLABYS Alain et HURIET Claude
Rapport du 18/02/99 sur l'application de la loi du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, n°232, Sénat, session ordinaire, 1998-1999

Conseil d'Etat
« Statut et Protection de l'Enfant », rapp. au Premier Ministre, La Documentation française, 1991, p.p. 53-125, coll. Les études du Conseil d'Etat, ISBN 2-11-002510-7

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise
« Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », rapp. au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 1999, coll. des rapports officiels, ISBN 2 11 004409-8

FOYER Jean
Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°1624 sur la filiation, *Documents AN*, n°1926, annexe au PV de la séance du 18 juin 1871, p. 78

HURIET Claude, voir CLABYS Alain

LERIDON Henri et VILLENEUVE-GOKALP Catherine
« Données statistiques sur les évolutions démographiques et les situations familiales », annexe 1 in *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapp. Irène THERY, p.p. 252-270

MARTIN Claude
« Comparer les questions familiales en Europe », annexe 3 in *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapp. Irène THERY, p.p. 307-308

MATTEI Jean-François
Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n°2217) de M. Jean-François MATTEI et plusieurs de ses collègues, relative à l'adoption internationale, *Assemblée Nationale*, n°2265, 22 mars 2000, p. 17

MUNOZ-PEREZ Brigitte
« Données statistiques sur les affaires relevant du droit de la famille », annexe 8 in *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapp. Irène THERY, p.p. 398-406

PECRESSE Valérie
« L'enfant d'abord », rapp. fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, *Assemblée nationale*, n°2832, 25 janvier 2006

TERRE François (dir.)
« Le droit de la famille », rapp. du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, PUF, 2002, p.p. 12-86, coll. Cahier des sciences morales et politiques, ISBN 2 13 052807 4

THERY Irène
« Couple, filiation et parenté aujourd'hui: Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée », rapp. à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Edition Odile Jacob/La Documentation française, 1998, p.p. 13-228, ISBN 2-7381-0644-7

VILLENEUVE-GOKALP Catherine, voir LERIDON Henri

- **Recueils de jurisprudence**

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENOIRE Adeline, LEVINET Michel, MARGUENAUD Jean-Pierre, SUDRE Frédérique
« Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », 4ème éd. mise à jour, PUF, 2007, coll. Thémis Droit, ISBN 978-2-13-055891-0

BERGER Vincent
- « Jurisprudence de la Cour EDH », 8ème éd., Edition Dalloz Sirey, 2002, ISBN 2 247 04842 0
- « Jurisprudence de la Cour EDH », 10ème éd., Edition Dalloz Sirey, 2007, ISBN 978-2-247-07147-0

CAPITANT Henri, LEQUETTE Yves et TERRE François
« Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 : Introduction – Personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions », 11ème éd., Dalloz, 2000, coll. Grands arrêts, ISBN 2 247 03105 6

GOUTTENOIRE Adeline, voir ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël

LEQUETTE Yves, voir CAPITANT Henri

LEVINET Michel, voir ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël

MARGUENAUD Jean-Pierre, voir ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël

TERRE François, voir CAPITANT Henri

SUDRE Frédéric
« Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », PUF, 1997, coll. *« Que sais-je ? »*, ISBN 2 13 048 723 8

SUDRE Frédéric, voir ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël

- **Jurisprudence** (principales décisions citées)

  - ***Judiciaire***

Tribunal civil Bayonne, 31 juillet 1930
D. Sirey, 1931, 2, p. 200

TGI Paris, 15 juin 1973
D., 1974, jurisp., p. 86, note Jacques MASSIP

TGI Paris, 4 janvier 1974
D., 1975, jurisp., p. 479, note Jacques MASSIP

TGI Nice, 30 juin 1976
GP, 1977, vol. I, 1er sem., p.p. 48-50, note Elisabeth PAILLET
JCP G, 1977, I-18597, note Michèle HARICHAUX-RAMU

TGI Saint-Malo, 1er février 1984
RTDciv., 1985, p.p. 361-362, obs. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI

TGI Créteil, 1er août 1984
JCP G, 1984, II-20321, note Stéphane CORONE

TGI Paris, 19 février 1985
D., 1986, jurisp., p.p. 223-224, note Elisabeth PAILLET

TGI Bobigny, 18 janvier 1990
JCP G, 1990, II-21592, note Pierre GUIHO

TGI Toulouse, 26 mars 1991
LPA, 26 avr. 1991, n°50, p. 4

TGI Bordeaux, 19 mars 1992
RTDciv., 1992, p.p. 748-749, note Jean HAUSER

TGI Rochefort-sur-Mer, ord. JAM, 27 mars 1992
JCP G, 1992, II-21885, p.p. 238-239, note Thierry GARE
D., 1993, jurisp., p.p. 174-175, note Jean-François FLAUSS

TGI Rennes, 30 juin 1993
JCP G, 1994, II-22250, note Claire NEIRINCK

TGI Paris, 28 mai 1996
D., 1997, somm. commentés, p. 162, obs. Frédérique GRANET

TGI Paris, 2 septembre 1997
LPA, 16 nov. 1998, n°137, p.p. 12-17, note Gaël HENAFF

TGI Paris, 13 mars 2000
RTDciv., 2001, p.p. 122-124, note Jean HAUSER

TGI Brive, 30 juin 2000
D., 2001, p.p. 27-29, note Isabelle ARDEEFF ; *D.*, 2001, p. 2872, obs. Le DOUJET-THOMAS ; *Defrénois*, 2000, p.p. 1310-1313, obs. Jacques MASSIP ; *RJPF*, 2001, 2/47, obs. Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD ; *Dr. fam.*, 2000, comm. 107, note Pierre MURAT

TGI Paris, 27 juin 2001
Dr. fam., 2001, comm. 116, note Pierre MURAT

TGI Nancy, 16 mai 2003, *« Peter contre Préfet de Meurthe-et-Moselle et alii »*
AJFam., 2003, p. 310, obs. Frédéric BICHERON; *RJPF*, 2003, 11/36, analyse Thierry GARE; *RTDciv.*, 2003, p. 488, obs. Jean HAUSER ; *Dr. fam.*, 2003, comm. 88, note Pierre MURAT ; *D.*, 2003, p. 2910, note POISSON-DROCOURT ; *JCP* G, 2003, I-148, obs. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI ; *JCP* G, 2004, II-10036, note Jacques MASSIP

TGI Paris, 2 juillet 2004
AJFam., 2004, p. 361 obs. François CHENEDE
Dr. fam., 2005, comm. 4, note Pierre MURAT

TGI Bordeaux, 27 juillet 2004
D., 2004, p. 2392, note AGOSTINI ; *RTDciv.*, 2004, p.p. 719-720, note Jean HAUSER ; *JCP* G, 2004, II-10169, note KESSLER ; *Dr. fam.*, 2004, comme. 166, note Virginie LARRIBAU-TERNEYRE

TGI Lille, 22 mars 2007
Dr. fam., 2007, comm. 122, note Pierre MURAT

CA Douai, 24 mai 1858
D. Sirey, 1858, 2, p. 535

CA Paris, 13 octobre 1966
JCP G, 1968, II-15382, obs. R. B.

CA Aix-en-Provence, 17 juin 1974, *« Picasso »*
Defrénois, 1975, volume 1, jurisp., art. 30918, p.p. 672-676, note René SAVATIER

CA Paris, 6 janvier 1976
JCP G, 1976, II-18289, note René SAVATIER

CA Paris, 5 février 1976
JCP G, 1976, II-18487, note GROSLIERE

CA Paris, 1er juillet 1976
D., 1977, jurisp., p. 297, note Jacques MASSIP

CA Paris, 23 juillet 1976
Non publié

CA Saint Denis, 4 juillet 1980
D., 1981, jurisp., p. 58

CA Rouen, 23 février 1982
D., 1982, info. rapides, p. 211

CA Paris, 29 mars 1991
JCP G, 1992, I-21857, p.p. 175-176, note Michèle DOBKINE

CA Pau, 24 février 1994
Juris-Data n°1994-020985

CA Toulouse, 18 avril 1994
JCP G, 1995, II-22472, note Claire NEIRINCK

CA Pau, 26 juin 1995
D., 1996, p. 214, note Virginie LARRIBAU-TERNEYRE

CA Aix-en-Provence, 8 février 1996
Dr. fam., 1996, comm. 2, note Pierre MURAT

CA Limoges, 21 novembre 1996
Dr. fam., 1997, comm. 136, note Pierre MURAT

CA Pau, 10 juillet 1997
Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées, 1998, vol. I, p. 77, n°4599

CA Paris, 6 novembre 1997
JCP G, 1998, I, p. 101, note Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI ; *D.*, 1997, somm., p. 158, obs. Frédérique GRANET-LAMBRECHTS

CA Grenoble, 15 décembre 1997
Dr. fam., 1998, comm. 38, note Pierre MURAT

CA Riom, 16 décembre 1997
JCP G, 1998, II-10147, note Thierry GARE; *RTDciv.*, 1998, p. 891, obs. Jean HAUSER *Dr. fam.*, 1998, comm. 150, note Pierre MURAT ; *JCP* G, 1999, I-101, obs. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI

CA Versailles, 5 février 1998
D., 1999, somm. 196, obs. Frédérique GRANET

CA Paris, 17 décembre 1998
D., 1999, jurisp., p. 476, note Bernard BEIGNIER

CA Paris, 18 mars 1999
JCP G, 2000, IV-1204, p. 224

CA Dijon, 15 septembre 1999
D., 2000, p. 875, note Bernard BEIGNIER ; *D.*, 2001, p.p. 2867-2768, obs. Cathy POMART ; *RTDciv.*, 2000, p.p. 98-99, note Jean HAUSER

CA Versailles, 9 décembre 1999
RDSS, 2000, p. 437, obs. Françoise MONEGER

CA Rennes, 24 janvier 2000
RTDciv., 2000, p.p. 819-821, note Jean HAUSER ; *Dr. fam.*, 2003, chron. 29, comm. Dominique FENOUILLET

CA Poitiers, 29 mai 2001
D., 2002, p.p. 1874-1875, obs. Sandrine HENNERON

CA Paris, 22 novembre 2001
Dr. fam., 2002, comm. 29, note Pierre MURAT

CA Bordeaux, 7 mars 2002
Dr. fam., 2002, comm. 83, note Pierre MURAT

CA Rennes, 4 juillet 2002
D., 2002, p. 2902, note Frédérique GRANET-LAMBRECHTS ; *Dr. fam.*, 2002, comm. 142, note Pierre MURAT ; *JCP* G, 2003, I-101, n°4, obs. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI

CA Paris, 16 janvier 2003
AJFam., 2003, p. 181, obs. Frédéric BICHERON

CA Paris, 4 avril 2003
AJFam., 2003, p.p. 230-231, obs. Frédéric BICHERON ; *RTDciv.*, 2003, p. 487, obs. Jean HAUSER ; *D.*, 2004, p.p. 1697-1700, note Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD

CA Nancy, 23 février 2004, *« Fau contre Peter et alii »* (2 arrêts)
JCP G, 2004, II-10073, note M. GARNIER; *RTDciv.*, 2004, p. 275, obs. Jean HAUSER ; *RJPF*, 2004, 4/33, analyse Marie-Christine LE BOURSICOT ; *Dr. fam.*, 2004, comm. 48, note Pierre MURAT ; *D.*, 2004, p. 2249, note POISSON-DROCOURT ; *JCP* G, 2004, I-167, obs. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Yann FAVIER ; *AJFam.*, 2004, p.p. 358-360, Pierre VERDIER

CA de Paris, 13 mai 2004
Dr. fam., 2004, comm. 218, note Pierre MURAT

CA Nancy, 28 juin 2004
RTDciv., 2005, p. 114, note Jean HAUSER

CA Grenoble, 9 juillet 2004
Dr. fam., 2004, comm. 141, note Pierre MURAT

CA Bordeaux, 15 septembre 2004
RTDciv., 2005, p.p. 376-377, note Jean HAUSER

CA Bordeaux, 19 avril 2005
D., 2005, p. 1687, note AGOSTINI ; *Dr. fam.*, 2005, comm. 124, note Marc AZAVANT ; *RTDciv.*, 2005, p.p. 574-575, note Jean HAUSER

CA Paris, 25 octobre 2007
Inédit

Cour de cassation, civile, 17 février 1851
D., 1851, jurisp., p.p 113 et suiv.

Cour de cassation, civile, 22 janvier 1867 (3 arrêts)
D., 1867, 1, 5, note BEUDANT

Cour de cassation, civile, 25 juin 1877, *« Lambert contre Ferlet »*
Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE et François TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », 11ème éd., Dalloz, 2000, p.p. 239-245

Cour de cassation, civile, 6 avril 1903
Recueil Sirey, 1904, jurisp., p. 273, note WAHL

Cour de cassation, civile, 19 octobre 1925, *« Patureau-Mirand »*
D., 1926, vol. I, p. 89, note René SAVATIER

Cour de cassation, civile, 8 janvier 1930, *« Epoux Degas contre Consorts Degas »*
Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE et François TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », 11ème éd., Dalloz, 2000, p.p. 208-213

Cour de cassation, civile, 27 novembre 1935, *« Epoux Gibeaux contre Varin »*
Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE et François TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », 11ème éd., Dalloz, 2000, p.p. 281-282

Cour de cassation, civile première, 12 janvier 1966
D., 1966, jurisp., p. 236

Cour de cassation, civile première, 14 novembre 1967
D., 1968, jurisp., p. 41, note ROUAST

Cour de cassation, civile première, 20 mai 1969, *« H contre Dame D »*
Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE et François TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », 11ème éd., Dalloz, 2000, p.p. 254-259

Cour de cassation, civile première, 21 octobre 1969, *« Ibrouchène »*
JCP G, 1969, II-16140, concl. Raymond LINDON

Cour de cassation, civile première, 10 juillet 1973
JCP G, 1974, II-17689 (5ème espèce), note E-S de la MARNIERRE

Cour de cassation, civile première, 15 juillet 1975
Bull. Civ., I, n°237

Cour de cassation, civile première, 9 juin 1976, *« Monier contre Dame Vernisse »*
Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE et François TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », 11ème éd., Dalloz, 2000, p.p. 227-233 ; *JCP* G, 1976, II-18494, note Gérard CORNU ; *Defrénois*, 1976, art. 31207, note Jacques MASSIP ; *RTDciv.*, 1976, p. 340, obs. Roger NERSON ; *D.*, 1976, p. 593, note Pierre RAYNAUD ; *RTDciv.*, 1977, p. 752, obs. Roger NERSON et Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI

Cour de cassation, civile première, 2 février 1977
Bull. Civ., I, n°63

Cour de cassation, civile première, 16 février 1977
Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE et François TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », 11ème éd., Dalloz, 2000, p.p. 213-219 (2 arrêts)

Cour de cassation, civile première, 17 janvier 1978
Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE et François TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », 11ème éd., Dalloz, 2000, p.p. 259-263

Cour de cassation, civile première, 20 mars 1978
Bull. Civ., I, n°114

Cour de cassation, civile première, 3 octobre 1978
JCP G, 1979, II-19134, note Danièle HUET-WEILLER

Cour de cassation, civile première, 8 mai 1979
D., 1979, jurisp., p. 477, note Danièle HUET-WEILLER

Cour de cassation, civile première, 8 mai 1979
Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE et François TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », 11ème éd., Dalloz, 2000, p.p. 233-239

Cour de cassation, civile première, 3 juin 1980
D., 1981, jurisp., p.p. 119-121, note Jacques MASSIP

Cour de cassation, civile première, 24 juin 1980, *« Michel Raimbault contre Dame Vazereau et autres »*
Bull. Civ., I, n°195 ; Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE et François TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », 11ème éd., Dalloz, 2000, p.p. 461-465

Cour de cassation, civile première, 1er juillet 1981
D., 1982, jurisp., p. 105, note Danièle HUET-WEILLER

Cour de cassation, civile première, 1er juillet 1981
GP, 1982, 1, 258 (2ème espèce), note Jacques MASSIP

Cour de cassation, civile première, 2 mars 1982
Bull. Civ., I, n°94

Cour de cassation, civile première, 8 juin 1982, *« Epoux Béri »*
JCP G, 1983, II-20018, obs. Max HENRY
D., 1983, jurisp., p.p. 19-22, note Marcel BEAUDRUN

Cour de cassation, civile première, 16 novembre 1982
JCP G, 1983, II-19954, rapp. André PONSARD
D., 1983, jurisp., p.p. 17-19, note Danièle HUET-WEILLER

Cour de cassation, Chambre civile, première, 7 décembre 1983
D., 1984, jurisp., p. 191 (2ème espèce), note Danièle HUET-WEILLER

Cour de cassation, civile première, 25 avril 1984
Bull. Civ., I, n°134

Cour de cassation, civile première, 27 février 1985, *« Procureur général près la Cour de cassation, affaire D-L »* et *« G contre G »*
Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE et François TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », 11ème éd., Dalloz, 2000, p.p. 219-226 (2 arrêts)
D., 1985, jurisp., p.p. 265-267, note Gérard CORNU ; *JCP* G, 1985, II-20460, note Elisabeth FORTIS-MONTJAL et Gilbert PAIRE ; *Defrénois*, 1985, p. 1283, note Michel GRIMALDI

Cour de cassation, civile première, 5 mai 1986
Bull. Civ., I, n°112 ; *D.*, 1986, p. 496, note J. MASSIP ; *RTDciv.*, 1986, p. 736, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI

Cour de cassation, civile première, 26 avril 1988
Bull. Civ., I, n°118

Cour de cassation, civile première, 5 juillet 1988
D., 1989, jurisp., p. 398, concl. CHARBONNIER

Cour de cassation, civile première, 7 février 1989
Bull. Civ., I, n°65

Cour de cassation, civile première, 7 mars 1989
Bull. Civ., I, n°111

Cour de cassation, civile première, 7 mars 1989
Bull. Civ., I, n°112

Cour de cassation, civile première, 21 juin 1989
Bull. Civ., I, n°249

Cour de cassation, civile première, 19 juillet 1989
Bull. Civ., I, n°299

Cour de cassation, civile première, 10 juillet 1990
D., 1990, jurisp., p. 517, note Danièle HUET-WEILLER

Cour de cassation, civile première, 18 décembre 1990
D., 1991, jurisp., p.p. 433-434, note Jacques MASSIP

Cour de cassation, civile première, 31 mars 1991
Bull. Civ., I, n°107

Cour de cassation, civile première, 11 juin 1991
Bull. Civ., I, n°200

Cour de cassation, civile première, 19 novembre 1991
Bull. Civ., I, n°316

Cour de cassation, civile première, 3 mars 1992
Bull. Civ., I, n°69

Cour de cassation, civile première, 3 mars 1992
D., 1993, jurisp., p. 133, note Jacques MASSIP

Cour de cassation, civile première, 16 juin 1992
Bull. Civ., I, n°183

Cour de cassation, civile première, 30 juin 1992
Bull. Civ., I, n°207

Cour de cassation, civile première, 10 mars 1993, *« Le Jeune »*
D., 1993, jurisp., p.p. 361-363, note Jacques MASSIP
JCP G, 1993, I-3677, ét. Claire NEIRINCK et Pierre-Marie MARTIN

Cour de cassation, civile première, 23 mars 1994
Bull. Civ., I, n°106

Cour de cassation, civile première, 4 mai 1994
Bull. Civ., I, n°159

Cour de cassation, civile première, 29 juin 1994
D., 1994, jurisp., p. 581, note Y. CHARTIER ; *GP*, 1995, 2, somm. 422, obs. Jacques MASSIP ; *JCP* G, 1995, II-22362, note Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI

Cour de cassation, civile première, 9 janvier 1996
Bull. Civ., I, n°21 ; *JCP* G, 1996, II-22666, note Claire NEIRINCK

Cour de cassation, civile première, 6 février 1996
D., 1996, jurisp., p. 621, note Jacques MASSIP

Cour de cassation, civile première, 6 mars 1996
Bull. Civ., I, n°120

Cour de cassation, civile première, 6 mars 1996
Bull. Civ., I, n°121

Cour de cassation, civile première, 6 mars 1996
D., 1997, jurisp., p. 48, note Jacques MASSIP

Cour de cassation, civile première, 25 juin 1996, *« Mazurek »*
JCP G, 1997, II-22834, note Philippe MALAURIE

Cour de cassation, civile première, 11 février 1997
D., 1998, somm. 29, obs. Frédérique GRANET-LAMBRECHTS ; *D.*, 1997, p. 502, note Jacques MASSIP ; *Dr. fam.*, 1997, comm. 57, note Pierre MURAT

Cour de cassation, civile première, 22 avril 1997
D., 1998, somm. 27, obs. Frédérique GRANET ; *Defrénois*, 1997, p. 1333, obs. Jacques MASSIP ; *Dr. fam.*, 1998, comm. 2, note Pierre MURAT

Cour de cassation, civile première, 3 juin 1998
Bull. Civ., I, n°193

Cour de cassation, civile première, 3 février 1999
Bull. Civ., I, n°43

Cour de cassation, civile première, 16 mars 1999
D., 1999, jurisp., p. 651

Cour de cassation, civile première, 28 mars 2000
D., 2000, p.p. 731-732, note Thierry GARE ; *D.*, 2001, somm., p. 976, obs. Frédérique GRANET-LAMBRECHTS ; *RJPF*, 2000, 5/38, note Jean HAUSER ; *RTDciv.*, 2000, p. 304, obs. Jean HAUSER ; *Defrénois*, 2000, p. 769, note Jacques MASSIP ; *Dr. fam.*, 2000, comm. 72, note Pierre MURAT ; *JCP* G, 2000, II-10409, concl. Cécile PETIT et note Marie-Christine MONSALLIER-SAINT MLEUX

Cour de cassation, civile première, 30 mai 2000
JCP G, 2000, II-10410, note Thierry GARE

Cour de cassation, civile première, 14 juin 2000
D., 2001, somm. 969, obs. Frédérique GRANET-LAMBRECHTS

Cour de cassation, civile première, 29 mai 2001
D., 2002, p.p. 1588-1591, note Delphine COCTEAU-SENN

Cour de cassation, civile première, 12 juin 2001
Bull. Civ., I, n°169 ; *Defrénois*, 2001, p. 1355, obs. Jacques MASSIP ; *Dr. fam.*, 2002, comm. 2, note Pierre MURAT

Cour de cassation, civile première, 3 juillet 2001
D., 2002, p. 2023, obs. Frédérique GRANET-LAMBRECHTS

Cour de cassation, civile première, 29 janvier 2002, *« Rolland contre Fourtier »*
Bull. Civ., I, n°32 ; *JCP* G, 2002, I-167, n°12, obs. Alice TISSERAND

Cour de cassation, civile première, 5 février 2002
D., 2002, somm. 2018, obs. Frédérique GRANET-LAMBRECHTS

Cour de cassation, civile première, 24 septembre 2002
Bull. Civ., I, n°216 ; *D.*, 2003, p. 1793, note Delphine COCTEAU-Senn ; *JCP* G, 2003, II-10053, note Thierry GARE ; *RTDciv.*, 2003, p. 71, obs. Jean HAUSER ; *Defrénois*, 2003, p. 124, obs. Jacques MASSIP ; *Dr. fam.*, 2003, comm. 25, note Pierre MURAT

Cour de cassation, civile première, 23 avril 2003
Dr. fam., 2003, comm. 143, note Pierre MURAT

Cour de cassation, civile première, 17 septembre 2003
RJPF, 2003, 12/31, obs. Thierry GARE ; *RTDciv.*, 2004, p. 73, obs. Jean HAUSER ; *Dr. fam.*, 2004, comm. 3, note Pierre MURAT

Cour de cassation, civile première, 9 décembre 2003
RJPF, 2004, 3/35, analyse Thierry GARE
Dr. fam., 2004, comm. 17, note Pierre MURAT

Cour de cassation, civile première, 6 janvier 2004
Dr. fam., 2004, comm. 16, note Dominique FENOUILLET ; *RJPF*, 2004, 3/34, analyse Thierry GARE ; *RTDciv.*, 2004, p.p. 76-77, note Jean HAUSER

Cour de cassation, civile première, 12 mai 2004
D., 2005, p.p. 1766-1768, note Solange MIRABAIL

Cour de cassation, civile première, 3 novembre 2004
RJPF, 2005, 3/38, analyse Thierry GARE
RTDciv., 2005, chron. 22, note Jean HAUSER

Cour de cassation, civile première, 18 mai 2005
Bull. Civ., I, n°210

Cour de cassation, civile première, 18 mai 2005
Bull. Civ., I, n°218

Cour de cassation, civile première, 18 mai 2005
RJPF, 2005, 9/31, note EUDIER ; *AJFam.*, 2005, p.p. 274-275, obs. Thierry FOSSIER ; *JCP* G, 2005, II-10081, note Frédérique GRANET-LAMBRECHTS et STRICKLER ; *Dr. fam.*, 2005, comm. 156, note Adeline GOUTTENOIRE ; *RTDciv.*, 2005, p. 585, obs. Jean HAUSER ; *Defrénois*, 2005, p. 1418, note Jacques MASSIP ; *RDSS*, 2005, p. 814, note Claire NEIRINCK ; *RTDciv.*, 2005, p. 627, obs. Irène THERY

Cour de cassation, civile première, 18 mai 2005
RTDciv., 2005, chron. 20, note Jean HAUSER

Cour de cassation, civile première, 14 juin 2005
D., 2005, p. 883 ; *AJFam.*, 2005, p. 328, obs. François CHENEDE

Cour de cassation, civile première, 14 juin 2005
Dr. fam., 2005, comm. 157, Adeline GOUTTENOIRE

Cour de cassation, civile première, 14 juin 2005
RTDciv., 2005, p. 584, note Jean HAUSER (5 arrêts)
RJPF, 2005, 11/36, analyse Thierry GARE (7 arrêts)

Cour de cassation, civile première, 6 juillet 2005
RJPF, 2005, 12/38, analyse Thierry GARE

Cour de cassation, civile première, 21 septembre 2005
RJPF, 2005, 12/37, analyse Thierry GARE

Cour de cassation, civile première, 8 novembre 2005
D., 2006, p. 554, note François BOULANGER

Cour de cassation, civile première, 6 décembre 2005
Bull. Civ., I, n°476 ; *D.*, 2006, p. 99

Cour de cassation, civile première, 6 décembre 2005
Bull. Civ., I, n°478; *D.*, 2006, p. 14

Cour de cassation, civile première, 31 janvier 2006
Bull. Civ., I, n°46; *RTDciv.*, 2006, p.p. 293-294, note Jean HAUSER

Cour de cassation, civile première, 14 février 2006
RJPF, 2006, 5/36, analyse Thierry GARE
RTDciv., 2006, p.p. 293-294, note Jean HAUSER (2 espèces)

Cour de cassation, civile première, 14 février 2006
RJPF, 2006, 5/39, analyse Thierry GARE ; *RTDciv.*, 2006, p.p. 294-295, note Jean HAUSER ; *Revue Lamy Dr. civ.*, 2006, 2147, comm. Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD

Cour de cassation, civile première, 24 février 2006
D., 2006, p. 670, obs. I GALLMEISTER

Cour de cassation, civile première, 28 février 2006
RJPF, 2006, 5/40, brèves, Thierry GARE

Cour de cassation, civile première, 14 mars 2006
RJPF, 2006, 5/42, brèves, Thierry GARE
RJPF, 2006, 6/40, analyse Thierry GARE

Cour de cassation, civile première, 7 avril 2006
AJFam., 2006, p.p. 250-251, obs. François CHENEDE ; *RTDciv.*, 2006, p.p. 292-293, note Jean HAUSER Jean ; *RJPF*, 2006, 6/38, analyse Marie-Christine LE BOURSICOT ; *Revue Lamy Dr. civ.*, 2006, 2097, comm. Marie-Christine LE BOURSICOT ; *Dr. fam.*, 2006, comm. 124, note Pierre MURAT

Cour de cassation, civile première, 25 avril 2006
RJPF, 2006, 7-8/42, analyse Thierry GARE

Cour de cassation, civile première, 25 avril 2006 (2 espèces)
RJPF, 2006, 7-8/43, analyse Thierry GARE

Cour de cassation, civile première, 7 juin 2006
Dr. fam., 2007, comm. 44, note Pierre MURAT

Cour de cassation, civile première 11 juil. 2006
Bull. Civ., I, n°384 ; *AJFam.*, 2006, p. 373 obs. François CHENEDE ; *RJPF*, 2006, 11/35, obs. Thierry GARE ; *RTDciv.*, 2006, p. 750, obs. Jean HAUSER ; *Dr. fam.*, 2006, n°205, note Pierre MURAT

Cour de cassation, civile première, 13 mars 2007
Dr. fam., 2007, comm. 76, note Marc AZAVANT

Cour de cassation civile première, 19 déc. 2007
http://www.courdecassation.fr

Cour de cassation, civile deuxième, 28 octobre 1992
Bull. Civ., II, n°252

Cour de cassation, civile deuxième, 15 janvier 1997
Bull. Civ., II, n°8

Cour de cassation, civile troisième, 17 décembre 1997
Bull. Civ., III, n°225 ; *JCP* G, 1998, II-10093, note DJIGO

Cour de cassation, Assemblée plénière, 23 juin 1967, *« Simon »*
D., 1967, jurisp., p. 525, concl. Raymond LINDON ; *JCP* G, 1967, II-15224, rapp. PLUYETTE

Cour de cassation, Assemblée plénière, 9 juillet 1982, affaire *« Law King »*
Henri CAPITANT, Yves LEQUETTE et François TERRE, « Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 1 », 11ème éd., Dalloz, 2000, p. 235

Cour de cassation, Assemblée plénière, 31 mai 1991
Defrénois, 1991, p. 1267, obs. J-L AUBERT ; *JCP* G, 1991, II-21752, comm. J. BERNARD, concl. H. DONTENWILLE et note François TERRE ; *D.*, 1991, jurisp., p.p. 417 et suiv., rapp. Y. CHARTIER et note D. THOUVENIN ; *RTDciv.*, 1991, p. 517, obs. Danièle HUET-WEILLER ; *RTDciv.*, 1992, p. 489, chron. Michèle GOBERT

Cour de cassation, Chambre des requêtes, 11 juillet 1993
GP, 1993, 2, p. 522

Cour de cassation, Chambre sociale, 11 juillet 1989
JCP G, 1990, II-21553, note MEUNIER

Cour de cassation, Chambre criminelle, 3 juin 1975, *« Respino »*
Bull. Crim., n°141

Cour de cassation, Chambre criminelle, 18 juin 1997
Dr. fam., 1998, comm. 56, Pierre MURAT

- ***Administrative***

CAA Bordeaux, 17 novembre 1997
JCP G, 1998, I-151, obs. Yann FAVIER

CE, 15 février 1980, *« Winter »*
Recueil des décisions du Conseil d'Etat, 1980, p.p. 87-89

CE, 22 septembre 1997, *« Melle Cinar »*
Dr. fam., 1998, comm. 56, note Pierre MURAT

CE, 4 mai 2001
Dr. fam., 2001, comm. 68, note Hervé LECUYER

- ***Européenne***

Commission EDH, rapport du 10 décembre 1977, *« Marckx contre Belgique »*
AFDI, 1978, chron. Gérard COHEN-JONATHAN et Jean-Paul JACQUE, p.p. 416-418

Commission EDH, 13 mai 1986, *« Lucie Marie De Mot et autres contre Belgique »*
Requête n°10961/84, *Décisions et rapports*, sept. 1986, p. 214

Cour EDH, 13 juin 1979, *« Marckx contre Belgique »*, Cour plénière, série A, n°31
BERGER Vincent, « Jurisprudence de la Cour EDH », 8ème éd., Edition Dalloz Sirey, 2002, p.p. 365-368 ; *AFDI*, 1980, p.p. 317-323, chron. Robert PELLOUX ; *Journal du droit international*, 1982, p.p. 183-187, Patrice ROLLAND ; Frédéric SUDRE, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », PUF, 1997, p.p. 35-37

Cour EDH, 18 décembre 1986, *« Johnston contre Irlande »*, série A, n°112
SUDRE Frédéric, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », PUF, 1997, p.p. 56-57

Cour EDH, 29 avril 1988, *« Belilos contre Suisse »*, série A, n°132
SUDRE Frédéric, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », PUF, 1997, p.p. 62-64

Cour EDH, 21 juin 1988, *« Berrehab contre Pays-Bas »*, série A, n°138
BERGER Vincent, « Jurisprudence de la Cour EDH », 10ème éd., Edition Dalloz Sirey, 2007, p. 435 (affaire n°159)

Cour EDH, 7 juillet 1989, *« Gaskin contre Royaume-Uni »*
RUDH, 1989, jurisp., p.p. 230-239 ; *RUDH*, 1990, p. 361, chron. P. LAMBERT ; *Journal du droit international*, 1990, p. 715, obs. Paul TAVERNIER

Cour EDH, 29 novembre 1991, *« Vermeire contre Belgique »*
Chambre, série A, n°214-C ; BERGER Vincent, « Jurisprudence de la Cour EDH », 8ème éd., Edition Dalloz Sirey, 2002, p.p. 370-371 ; *Journal du droit international*, 1992, p.p. 799-801, chron. Emmanuel DECAUX et Paul TAVERNIER

Cour EDH, 26 mai 1994, *« Keegan contre Irlande »*, série A, n°290, p.p. 17-19
JCP G, 1995, I, 3823, chron. François SUDRE

Cour EDH, 27 octobre 1994, *« Kroon et autres contre Pays-Bas »*
Chambre, série A, n°297-C ; BERGER Vincent, « Jurisprudence de la Cour EDH », 8ème éd., Edition Dalloz Sirey, 2002, p.p. 373-375 ; *JCP* G, 1995, I-3823, chron. François SUDRE

Cour EDH, 31 octobre 1995, *« Papamichalopoulos et autres contre Grèce »*
Série A, n°330-B ;ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël et Cie, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », 4ème éd., PUF, 2007, p.p. 757-759

Cour EDH, 22 avril 1997, *« X et autres contre Royaume-Uni »*
D., 1997, jurisp., p.p. 583-587, note Sylvain GRATALOUP ; *RTDH*, 1998, p. 117, obs. François RIGAUX ; *JCP* G, 1998, I-107, obs. Frédéric SUDRE

Cour EDH, 30 juillet 1998, *« Sheffield et Horscham contre Royaume-Uni »*
Requête n°31-32/1997/815-816/1018-1019 ; *Dr. fam.*, 1999, comm. 22, note Bertrand de LAMY ; *RTDH*, 1999, p. 637, obs. Michel LEVINET

Cour EDH, 28 octobre 1998, *« Söderbäck contre Suède »*
RTDciv., 1999, p. 501, obs. Jean-Pierre MARGUENAUD

Cour EDH, 19 octobre 1999, *« Yildrim contre Autriche »*, requête n°34-308/96
COURBE Patrick, « Droit de la famille », 3ème éd., Dalloz, Armand Colin, 2003, p. 275

Cour EDH, 1er février 2000, *« Mazurek »*
JCP G, 2000, II-10286, note Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT et Frédéric SUDRE
D., 2000, jurisp., p.p. 332-333, note Jean THIERRY

Cour EDH, 13 juillet 2000, *« Elsholz »*
ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël et Cie, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », 4ème éd. mise à jour, PUF, 2007, p.p. 501 et 523

Cour EDH, 11 octobre 2001, *« Sahin et Sommerfeld contre Allemagne »* (2 affaires)
JCP G, 2002, I-105, chron. François SUDRE

Cour EDH, 26 février 2002, *« Fretté contre France »*, requête n°36515/97
Dr. fam., 2002, chron. 19, obs. Anne DEBET ; *JCP* G, 2002, II-10074, note Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT et Frédéric SUDRE ; *RTDciv.*, 2002, p.p. 280-281, note Jean HAUSER

Cour EDH, 11 juillet 2002, *« Goodwin contre Royaume-Uni »*, requête n°28957/95
RTDciv., 2002, p.p. 782-784, note Jean HAUSER

Cour EDH, 24 septembre 2002, *« M. G. contre Royaume-Uni »*

Cour EDH, 13 février 2003, *« Odièvre contre France »*
ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël et Cie, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », 4ème éd. mise à jour, PUF, 2007, p.p. 418-427 ; *RTDH*, 2004, p. 405, obs. Vincent BONNET ; *Dr. fam.*, 2003, chron. 14, H. GAUMONT-PRAT ; *JCP* G, 2003, II-10049, note Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT et Frédéric SUDRE ; *RTDciv.*, 2003, p. 276, obs. Jean HAUSER ; *RJPF*, 2003, 4/34, analyse Marie-Christine LE BOURSICOT ; *JCP* G, 2003, I-120, note Philippe MALAURIE ; *D.*, 2003, chron., p. 1240, B. MALLET-BRICOUD ; *RTDciv.*, 2003, p. 375, obs. Jean-Pierre MARGENAUD ; *RDSS*, 2003, p. 219, étude Françoise MONEGER ; *Dr. fam.*, 2003, comm. 58, note Pierre MURAT

Cour EDH, section II, 1er juin 2004, *« L. contre Pays-Bas »*, requête n°45582/99
RTDciv., 2005, p. 339, obs. Jean-Pierre MARGUENAUD

Cour EDH, 13 septembre 2005, *« B. L. contre Royaume-Uni »*
Dr. fam., 2005, comm. 234, note Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT et Marie LAMARCHE

Cour EDH, 22 janvier 2008, *« E. B. contre France »*, requête n°43546/02, inédit

- **Presse**

ANATRELLA Tony
« Les faussaires de la filiation », *Le Monde*, 2 oct. 2004

BEZAT Jean-Michel
« Ouvert par les Etats scandinaves, le débat sur l'union homosexuelle gagne les pays à tradition catholique », *Le Monde*, 13 mai 2004

BORILLO Daniel
« Pourquoi le mariage homosexuel », *Le Monde*, 2-3 mai 2004

CHEMAMA Roland
« Risque », *Le Monde*, 22 mai 2004

CHEMIN Anne
« Né de mère porteuse, enfant de personne », *Le Monde*, 1er nov. 2006, p. 3

FABRE Clarisse
« Libres de se marier ou non », *Le Monde*, 9 juin 2004

FOTTORINO Eric
« Triste mariage gay », *Le Monde*, 29 mai 2004

CHOMBEAU Christiane
« Dénonçant une provocation, la droite affiche sa préférence pour une modification du pacs », *Le Monde*, 13 mai 2004

DELAISI de PERSEVAL Geneviève
« Un véritable laboratoire de la parenté », *Le Monde*, 1er nov. 2006, p. 3

GARCIA Alexandre
« La question de l'adoption divise les experts », *Le Monde*, 13 mai 2004

GREILSAMER Laurent
« Le mariage ou l'extension du domaine homosexuel », *Le Monde*, 13 mai 2004

JACOB Antoine
« La Suède, pionnière avec le partenariat, envisage l'étape suivante : le mariage sexuellement neutre », *Le Monde*, 2-3 mai 2004

KAUFMANN Jean-Claude
« Le mariage n'est plus ce qu'il était », *Le Monde*, 28 mai 2004

LACROIX Xavier
« La discrimination cachée », *Le Monde*, 23-24 mai 2004

LEVY-SOUSSAN Pierre
« Et si l'on ne disait pas tout ? », *Modes de vie*, 26 oct. 2006, p.p. 34 et 36

MAILLARD (de) Jean
« Suppression ! », *Le Monde*, 28 mai 2004

MANDRAUD Isabelle
« Le PS favorable au mariage gay, réservé sur l'homoparentalité », *Le Monde*, 13 mai 2004

MARTES Francis
« Un beau miriage gay ? », *Le Monde*, 22 mai 2004

NISAND Israël
Propos recueillis par SOBOCINSKI Aurélie, *Le Monde*, 23 sept. 2004

NOBLET Stéphane
« S'il n'y avait pas eu notre fils, ça n'aurait pas été aussi crucial », *Le Monde*, 2-3 mai 2004

SINGLY François (de)
« Oui au mariage ouvert », *Le Monde*, 22 mai 2004

SOBOCINSKI Aurélie
- « La justice reconnaît pour la première fois une famille homoparentale », *Le Monde*, 23 sept. 2004
- « A l'hôpital Saint-Pierre de Bruxelles, 90 % des demandes d'insémination viennent de couples homosexuels français », reportage *Le Monde*, 23 sept. 2004
- « Imbroglio juridique autour de la première famille homoparentale », *Le Monde*, 25 sept. 2004

TERNISIEN Xavier
« Monseigneur Ricard exprime son désaccord avec la reconnaissance du mariage homosexuel », *Le Monde*, 22 mai 2004

TINCQ Henri
« Homosexualité : l'interdit religieux », *Le Monde*, 30-31 mai 2004

TISSERON Serge
« Les embrouilleurs de filiations », *Le Monde*, 9 oct. 2004

INDEX

A

Action

à fins de subsides, *22*, *142*, *143*, *145*, *147*, *148*, *149*, *155*

constatation de possession d'état, *274*

contestation, *49*, *52*, *75*, *111*, *114*, *174*, *212*, *221*, *256*, *259*, *265*, *266*, *275*, *276*, *277*, *278*, *279*, *283*, *285*, *292*, *296*, *298*, *301*, *338*

délai, *9*, *37*, *49*, *69*, *76*, *109*, *145*, *182*, *204*, *247*, *251*, *262*, *264*, *265*, *266*, *267*, *269*, *270*, *272*, *273*, *274*, *275*, *276*, *277*, *278*, *279*, *280*, *285*, *293*

recherche de maternité, *84*, *158*, *197*, *223*, *228*, *229*, *231*, *235*, *236*

recherche de paternité, *68*, *76*, *77*, *78*, *127*, *142*, *144*, *148*, *201*, *204*, *206*, *215*, *217*, *218*, *219*, *220*, *229*

rétablissement de la présomption de paternité, *200*, *208*

Adoption

plénière, *56*, *81*, *156*, *162*, *165*, *167*, *174*, *228*, *234*, *246*, *248*, *250*, *258*, *287*, *306*, *317*, *318*, *319*, *320*, *321*, *322*, *323*, *324*, *325*

révocation, *174*, *302*, *303*, *311*, *312*, *313*, *314*, *315*, *316*, *317*, *321*, *322*, *323*

simple, *81*, *131*, *140*, *141*, *154*, *159*, *162*, *165*, *174*, *246*, *258*, *284*, *306*, *307*, *308*, *309*, *311*, *312*, *314*, *316*, *317*, *324*, *325*

Anonymat, *62*, *99*, *104*, *224*, *225*, *226*, *227*, *228*, *229*, *230*, *231*, *234*, *237*, *241*, *243*, *244*, *248*, *252*, *253*, *291*, *294*, *301*, *305*

accouchement sous X, *104*, *113*, *140*, *158*, *195*, *223*, *226*, *231*, *233*, *238*, *241*, *243*, *244*, *246*, *247*, *252*, *253*, *254*, *255*, *318*, *337*

tiers donneur, *70*, *74*, *75*, *78*, *176*, *177*, *183*, *229*, *230*, *234*, *257*, *258*, *286*, *288*, *290*, *291*, *292*, *293*, *294*, *298*, *299*, *305*, *328*, *334*

C

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, *83*, *89*, *90*, *93*, *149*, *163*, *166*, *180*, *237*, *240*, *243*

discrimination, *85*, *86*, *90*, *150*, *151*, *163*, *164*, *170*, *207*, *210*, *218*, *230*

discrimination (article *14*), *12*, *13*, *15*, *21*, *85*, *89*, *91*, *93*, *149*, *152*, *164*, *170*, *171*, *177*

jurisprudence européenne, *83*, *86*, *88*, *149*, *153*, *164*, *170*, *237*

vie familiale, *8, 9, 15, 81, 83, 84, 85, 86, 89, 90, 91, 93, 118, 149, 150, 151, 152, 164, 166, 170, 225, 237, 238, 239, 240, 243*

vie privée, *21, 23, 54, 55, 81, 84, 85, 86, 89, 90, 91, 108, 149, 150, 151, 164, 169, 170, 225, 237, 238, 239, 240, 243, 256*

Convention internationale sur les droits de l'enfant, *231, 232, 233, 234, 236, 249*

applicabilité, *170, 231, 232, 233, 235*

origines (articles *3 1°* et *7*), *123, 152, 197, 226, 229, 230, 231, 233, 234, 235, 237, 240, 241, 242, 243, 254, 275, 282, 283, 291, 325, 340*

protection de l'enfant, *42*

D

Distinction, *10, 11, 12, 20, 23, 30, 34, 59, 72, 77, 78, 85, 95, 96, 116, 118, 119, 120, 135, 139, 146, 147, 149, 152, 164, 173, 174, 188, 189, 192, 196, 206, 245, 254, 264, 274, 336, 338*

différence, *10, 11, 12, 13, 53, 55, 59, 61, 69, 70, 78, 87, 95, 101, 135, 139, 151, 152, 156, 159, 163, 164, 167, 169, 170, 177, 180, 181, 183, 186, 187, 191, 236, 272, 338, 340, 342*

discrimination, *12, 13, 15, 21, 85, 89, 91, 93, 149, 152, 164, 170, 171, 177*

séparation, *11, 12, 20, 36, 37, 38, 53, 111, 134, 160, 161, 162, 167, 168, 169, 170, 186, 187, 199, 255, 283, 285, 301, 302, 303, 304, 314, 336*

E

Enfant

adopté, *158, 160, 167, 169, 172, 191, 196, 287, 295, 305, 309, 325*

adultérin, *7*

incestueux, *123, 124, 125, 137, 138, 139, 141, 142, 145, 147, 150, 153*

Etablissement de la filiation

acte de naissance, *27, 30, 36, 40, 43, 44, 59, 61, 62, 63, 69, 73, 82, 83, 84, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 118, 140, 185, 191, 200, 209, 227, 244, 247, 249, 265, 268, 269, 273, 307, 308, 316, 320, 321, 338, 339*

possession d'état, *9, 17, 18, 27, 36, 41, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 59, 67, 68, 71, 72, 73, 81, 84, 85, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 97, 100, 101, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 116, 125, 191, 195, 200, 203, 209, 223, 228, 248, 260, 262, 263, 264, 265, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 292, 301, 331, 337, 338, 340*

présomption, *9, 17, 30, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 59, 62, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 94, 111, 112, 116, 118, 126, 191, 199, 200, 201, 205, 208, 209, 222, 239, 259, 265, 300, 337*

reconnaissance, *7, 9, 16, 22, 27, 30, 34, 38, 41, 49, 51, 54, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 79, 81, 82, 83, 84, 89, 90, 92, 93, 94, 96, 97, 100, 101, 105, 106, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 123, 124, 127, 140, 141, 142, 164, 174, 184, 207, 212, 221, 228, 234, 238, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 252, 259, 262, 266, 267, 268, 269, 274, 275, 278, 281, 282, 283, 284, 296, 301, 305, 334, 337*

P

Preuve, *8, 9, 17, 20, 23, 24, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 46, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 58, 60, 66, 67, 68, 69, 74, 82, 83, 91, 95, 97, 98, 101, 102, 103, 107, 108, 109, 114, 116, 120, 125, 126, 143, 144, 148, 175, 182, 183, 185, 186, 188, 189, 191, 195, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 214, 215, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 227, 234, 256, 257, 259, 260, 262, 266, 267, 268, 271, 272, 273, 274, 277, 287, 288, 290, 294, 300, 301, 303, 304, 310, 312, 324, 325, 330, 331, 338*

acte de notoriété, *44, 48, 72, 100, 109, 125, 191, 264, 265, 268, 269, 272, 273, 274*

expertise, *7, 29, 33, 41, 143, 147, 148, 201, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 256, 260, 262, 266, 271, 272, 273, 278, 289, 294, 301, 330, 334, 338*

présomption, *9, 17, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 59, 62, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 79, 94, 110, 111, 112, 116, 118, 126, 191, 199, 200, 201, 205, 208, 209, 222, 239, 259, 265, 300, 334, 337, 340*

titre, *9, 18, 49, 97, 106, 110, 112, 113, 183, 184, 193, 207, 221, 226, 259, 261, 262, 263, 264, 265, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 283, 328, 335*

Procréation médicalement assistée, *6, 7, 8, 9, 23, 24, 28, 56, 59, 70, 74, 75, 76, 77, 78, 119, 120, 156, 157, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 187, 189, 191, 192, 195, 196, 236, 257, 258, 285, 287, 288, 289, 291, 292, 293, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 317, 325, 330, 334, 335, 336, 338, 339*

don, *6, 74, 75, 133, 176, 178, 182, 195, 230, 234, 289, 290, 291, 300, 301, 305, 334, 335, 339*

embryon, *176, 177, 180, 181, 182, 195, 289, 290, 305, 335*

endologue, *289*

hétérologue, *9, 287, 289, 291, 294, 295, 297, 299, 305, 338*

insémination, *76, 156, 176, 180, 185, 186, 187, 236, 289, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 334*

mère porteuse (gestation pour autrui, procréation pour autrui), *49*, *50*, *80*, *81*, *177*, *181*, *273*, *290*, *334*, *335*

tiers donneur, *70*, *74*, *75*, *78*, *176*, *177*, *183*, *229*, *230*, *234*, *257*, *258*, *286*, *288*, *290*, *291*, *292*, *293*, *294*, *298*, *299*, *305*, *328*, *334*

V

Vérité

apparence, *29*, *36*, *53*, *116*, *170*, *175*, *191*, *263*, *341*

biologique, *22*, *29*, *36*, *43*, *46*, *51*, *59*, *61*, *118*, *191*, *192*, *204*, *214*, *219*, *229*, *236*, *256*, *258*, *260*, *261*, *262*, *263*, *267*, *271*, *272*, *276*, *279*, *280*, *281*, *282*, *285*, *286*, *289*, *291*, *294*, *305*, *306*, *317*, *327*, *340*

réalité, *6*, *8*, *17*, *19*, *28*, *29*, *33*, *37*, *38*, *46*, *47*, *50*, *51*, *53*, *57*, *60*, *63*, *76*, *95*, *109*, *114*, *118*, *126*, *134*, *141*, *147*, *149*, *150*, *156*, *172*, *187*, *191*, *227*, *246*, *260*, *262*, *269*, *270*, *272*, *281*, *283*, *284*, *299*, *305*, *306*, *330*, *340*

socio-affective, *280*, *281*, *282*, *283*, *284*

vraisemblance, *17*, *29*, *36*, *38*, *40*, *45*, *46*, *51*, *60*, *66*, *68*, *71*, *118*, *191*, *200*, *208*, *222*

Volonté, *9*, *14*, *19*, *23*, *27*, *28*, *29*, *30*, *34*, *35*, *36*, *38*, *39*, *40*, *41*, *43*, *44*, *45*, *50*, *55*, *58*, *59*, *60*, *64*, *66*, *67*, *68*, *69*, *74*, *77*, *88*, *94*, *95*, *96*, *97*, *98*, *102*, *116*, *118*, *123*, *138*, *142*, *159*, *185*, *191*, *195*, *196*, *201*, *209*, *237*, *241*, *243*, *252*, *255*, *256*, *259*, *270*, *281*, *287*, *292*, *294*, *299*, *315*, *320*, *328*, *330*, *334*, *340*

consentement, *24*, *40*, *44*, *55*, *57*, *64*, *74*, *75*, *76*, *77*, *78*, *84*, *97*, *102*, *105*, *141*, *183*, *191*, *192*, *211*, *212*, *213*, *214*, *215*, *217*, *232*, *234*, *239*, *245*, *247*, *248*, *249*, *250*, *251*, *258*, *281*, *288*, *290*, *292*, *293*, *295*, *296*, *297*, *298*, *299*, *300*, *301*, *302*, *303*, *304*, *305*, *307*, *308*, *309*, *320*, *334*, *335*

souhait, *52*, *253*, *283*

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE …….……. **p. 1**

<u>INTRODUCTION GENERALE</u> …….……. **p. 3**

<u>PREMIERE PARTIE</u>
La filiation paisible ……...…….. **p. 25**

<u>Titre I</u>
Les distinctions en relation avec la qualité de l'auteur …… **p. 29**

<u>Chapitre I</u>
L'époux distinct du compagnon dans l'établissement volontaire de la paternité ……... **p. 33**

Section I : La présomption de paternité du mari ……... **p. 34**

§ I Une présomption fondée sur la forte probabilité …….. **p. 35**

A) Une paternité vraisemblable au regard de la date de naissance de l'enfant ……...……... **p. 36**

1 La période légale de la conception ……...…….. **p. 36**

2 L'enfant conçu postérieurement à la célébration de l'union ……...…... **p. 37**

3 L'enfant conçu antérieurement à la célébration de l'union ……..……..…... **p. 38**

B) Une paternité vraisemblable au regard de la volonté de l'époux …….. **p. 39**

1 Le lien entre consentement au mariage et désir d'être père …...……...…… **p. 40**

2 Les liens génétiques en tant que cause objective d'engagement ……...……. **p. 42**

3 La désignation dans l'acte de naissance en qualité de père …….....…… **p. 43**

C) Une paternité vraisemblable au regard de la possession d'état …..……..... **p. 45**

1 L'importance du rôle de la possession d'état …..……..…… **p. 45**

2 Les éléments constitutifs de la possession d'état …..…….. **p. 46**

3 Les caractères de la possession d'état …..……..……... **p. 48**

4 La double facette de la possession d'état …..……..……..…... **p. 49**

§ II La justification d'une présomption réservée à la paternité en mariage ..…. **p. 50**

A) La présomption de paternité, commodité de preuve nécessitant
une reconnaissance officielle de l'union entre les père et mère ……...……. **p. 51**

B) Le mariage, union de droit étroitement liée à la procréation ……...…. **p. 54**

Section II : La reconnaissance : mode principal d'établissement
de la paternité hors mariage ……... **p. 58**

§ I Une manifestation de volonté encadrée par la probabilité du lien
reconnu ……... **p. 59**

A) Les garanties de l'expression de la volonté …….……..……... **p. 60**

B) Les garanties d'un aveu réaliste ……..……..…….…... **p. 65**

§ II Des règles d'établissement de la paternité réservées à l'homme
non marié ……..……..……...……..... **p. 69**

A) L'époux exclu du domaine de la reconnaissance ……..……..……. **p. 69**

B) Le mari distinct du concubin dans la procréation artificielle …..…...…..… **p. 73**

<u>Chapitre II</u>
La maternité distincte de la paternité dans les modes
d'établissement volontaire ……..……....……... **p. 79**

Section I : Le rôle inévitable de l'acte de naissance dans l'établissement
de la filiation maternelle ……..……...……..……. **p. 81**

§ I L'égalité dans la considération du lien entre une mère et son enfant ……... **p. 82**

A) Une égalité exigée par le droit européen des droits de l'Homme ……..…... **p. 82**

1 L'arrêt fondateur ……...…..……..……. **p. 83**

2 Les effets étendus des décisions de la Cour ……..…….…….. **p. 85**

B) Une égalité précédemment instaurée par le droit interne français …….…..... **p. 88**

1 La protection du lien familial effectif ……..……...……..…….. **p. 88**

2 Une protection semblable du lien familial effectif ……..……....……... **p. 90**

§ II La désignation de la mère dans l'acte de naissance : mode principal d'établissement du lien juridique ……..……...…….……. **p. 92**

A) L'indication de la mère dans l'acte de naissance : condition suffisante ..… **p. 93**

1 Naissance et maternité : un lien étroit ……..…...……... **p. 93**

2 Une volonté présumée …….…..... **p. 94**

B) L'établissement de la filiation maternelle par l'indication de la mère dans l'acte de naissance : un vœu justifié ……..…….……... **p. 97**

1 Une solution souhaitée ……..……..……... **p. 97**

2 Une solution opportune ……..…….…... **p. 98**

a) Une règle pragmatique ……...……...……..…...…... **p. 98**

b) Une règle cohérente ……..…….……... **p. 99**

c) Une règle adaptée ……...……..... **p. 101**

Section II : Le rôle décroissant de la reconnaissance ……...…….. **p. 104**

§ I Hier : la place résiduelle de la reconnaissance …….……..…..... **p. 104**

A) Un rôle relatif …….…… **p. 104**

1 L'établissement de la maternité hors mariage en l'absence d'une reconnaissance formelle …….…….…..... **p. 104**

2 La faveur pour l'acte de naissance ……...……..…..... **p. 106**

B) Un rôle inexistant …….……..... **p. 107**

1 L'établissement de la maternité hors mariage par la possession d'état ….. **p. 107**

2 L'établissement de la maternité par l'acte de naissance en présence d'une union matrimoniale …….……...…….……... **p. 109**

§ II Aujourd'hui : la subsidiarité de la reconnaissance dans l'établissement du lien maternel …….…….……..... **p. 111**

A) Un mode d'établissement supplétif à l'acte de naissance ……...…..... **p. 111**

B) Un mode d'établissement commun ……...……...…..... **p. 113**

Conclusion du Titre I ……...…..……...…..... p. 117

<u>Titre II</u>
Les distinctions dans la complémentarité des liens de filiation ……. p. 119

<u>Chapitre I</u>
L'établissement interdit du double lien de filiation ……..……...…... p. 121

Section I : Le fondement de l'interdiction d'établir une filiation incestueuse ……...…... **p. 121**

§ I L'interdit en tant que conséquence du tabou de l'inceste …….……..... **p. 121**

A) Entre intérêt de l'enfant et ordre public ……...…... **p. 122**

B) La nécessité d'une acceptation sociale …….…….…..... **p. 124**

1 L'acceptation progressive de l'enfant dit adultérin ……...…….……. **p. 124**

2 L'acceptation progressive de l'enfant dit naturel …….…...… **p. 125**

§ II L'interdit en tant qu'élément du tabou de l'inceste …….…. **p. 126**

A) La réprobation des relations incestueuses …….……..…... **p. 127**

1 Une réprobation intemporelle universellement partagée ……...……...…... **p. 127**

2 Une réprobation diversement justifiée ……..…... **p. 130**

B) La clandestinité des relations incestueuses ……...……...…... **p. 133**

1 L'absence d'incrimination pénale spécifique …….……...…... **p. 133**

2 La prohibition de l'officialisation civile …….……...…... **p. 134**

3 La conspiration du silence ……...……..……... **p. 137**

Section II : Les conséquences de l'interdiction d'établir une filiation incestueuse …….……...…... **p. 138**

§ I L'institution indirecte d'une distinction entre les auteurs ……...…... **p. 138**

A) L'établissement majoritaire du lien maternel ……...……..……... **p. 138**

B) Un géniteur réduit à la qualité de débiteur …….…... **p. 141**

§ II L'institution directe d'une distinction entre les enfants …..……...…... **p. 145**

A) Le contenu de la distinction au niveau interne ……..……..…... **p. 145**

1 Des enfants nécessairement hors mariage ……...…...……..…... **p. 145**

2 Des enfants stigmatisés …….…….…... **p. 146**

B) Le sort de la distinction au regard du droit européen des droits de l'Homme ……..…... **p. 148**

1 La jurisprudence sur la vie familiale : une condamnation incertaine ….…. **p. 148**

2 Les arrêts de la Cour européenne : une autorité non négligeable ……... **p. 151**

<u>Chapitre II</u>
L'accès conditionné à la parentalité commune ……...…….…... p. 155

Section I : L'adoption conjointe ou la nécessité d'être mariés …….…….. **p. 156**

§ I Des couples différemment traités …….……..……... **p. 157**

A) La faveur pour les couples mariés ……..……... **p. 157**

1 Un milieu biparental ……...……..……... **p. 158**

2 Un milieu hétérosexuel …….……...…….……... **p. 161**

B) La méfiance envers les couples non mariés ……..…..……... **p. 163**

§ II Une différence de traitement injustifiée ……..……..……... **p. 166**

A) L'idéalisation périmée de la famille fondée sur le mariage ……... **p. 166**

B) Les effets néfastes d'une vision désuète ……..……...……... **p. 171**

C) Vers l'abrogation de la distinction ? ……...……... **p. 172**

Section II : La procréation médicalement assistée ou l'avantage d'être mariés ……...……... **p. 173**

§ I L'apparence d'un engendrement traditionnel ……...……..……... **p. 174**

A) Un homme et une femme ……..…….……... **p. 174**

B) « Vivants et en âge de procréer » ……...……... **p. 176**

§ II L'exigence d'un cadre familial traditionnel ……..……... **p. 180**

A) L'absence de mariage : la nécessité d'une vie commune d'au moins deux ans …….…….……..... **p. 181**

1 La condition de vie commune ……...……... **p. 181**

2 La preuve de la vie commune ……..……..…... **p. 182**

3 L'assurance d'un foyer uni et stable …….……...……... **p. 183**

B) La présence d'un mariage : élément suffisant ……...……... **p.183**

Conclusion du Titre II ……..…….……... p. 187

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE …….……..…... p. 189

DEUXIEME PARTIE :
La filiation contestée ……...……..…….…….... p. 191

Titre I
Les distinctions dans l'établissement de la filiation :
la supériorité de la femme qui accouche ……...…...…….…... p. 195

Chapitre I
La possibilité d'imposer à l'auteur sa paternité …….…….…... p. 197

Section I : La qualité pour agir reconnue à la mère et à l'enfant ……... **p. 197**

§ I En présence d'un mariage avec le défendeur à l'action ……... **p. 197**

§ II En l'absence de mariage avec le défendeur à l'action ….…….……... **p. 199**

Section II : La difficulté pour le géniteur d'échapper à sa paternité ……..... **p. 203**

§ I La place de la preuve biologique dans le droit de la filiation …….……..... **p. 203**

A) L'avènement du droit à l'expertise ……..……...……... **p. 203**

1 Les pouvoirs du juge …….……..……..……... **p. 204**

2 Un ordre inversé …….……...……..…….……... **p. 206**

B) Les limites du droit à l'expertise …….……...……... **p. 208**

1 L'existence d'un motif légitime ……...……..……... **p. 209**

2 L'absence de consentement du père prétendu ……..…….……... **p. 210**

a) L'interdiction de la contrainte morale ou physique ……...……..……... **p. 211**

b) Le problème du décès ……..…….……... **p. 212**

§ II La disparition des adminicules préalables dans l'action en recherche
de paternité ……..…….……... **p. 215**

A) Une exigence atténuée en jurisprudence …….…... **p. 215**

B) Une condition supprimée dans les textes ……..…..……... **p. 217**

§ III Les risques du refus de se prêter à un examen scientifique ……..…... **p. 218**

<u>Chapitre II</u>
La possibilité de faire obstacle à l'établissement des liens de filiation ..... **p. 221**

Section I : L'établissement judiciaire de la maternité empêché
par l'accouchement sous X ……...…... **p. 221**

§ I L'anonymat en droit interne ……..…….……... **p. 222**

A) L'officialisation progressive du secret …….…..……... **p. 222**

1 L'anonymat en tant qu'obstacle de fait ……...…….……... **p. 222**

2 L'anonymat en tant qu'obstacle de droit …….……..…... **p. 224**

B) L'absence de droit à l'établissement d'un lien légal avec ses géniteurs …. **p. 227**

§ II L'anonymat au regard du droit supranational …….……..……... **p. 229**

A) La Convention internationale sur les droits de l'enfant ……....…. **p. 229**

1 Le contrôle de conventionnalité exercé par le juge judiciaire ……..…... **p. 229**

2 La pertinence des articles 3 et 7 de la Convention ……...……... **p. 231**

a) Entre droit de connaître ses parents, droit de connaître ses origines
et droit d'établir un lien de filiation …….……... **p. 231**

b) L'intérêt supérieur de l'enfant : une considération primordiale ...…… **p. 233**

B) La jurisprudence européenne issue du droit au respect de la vie privée
et familiale ……...…….…... **p. 235**

1 L'absence de droit absolu à l'établissement de la filiation ……...……... **p. 235**

2 L'absence de droit général d'accès à des données personnelles ……...…. **p. 238**

Section II : L'établissement de la paternité empêché par l'accouchement sous X ……..…….……... **p. 241**

§ I Un obstacle difficilement franchissable …….…….…... **p. 242**

A) Un secret inopposable au père ……..……..……... **p. 243**

B) Une reconnaissance inefficace ……..……..……... **p. 245**

C) Un consentement inopérant ……..……...…...……... **p. 247**

§ II Des intérêts divergents, une situation insoluble ……..…..……... **p. 250**

Conclusion du Titre I …….……... p. 253

<u>Titre II</u>
Les distinctions dans la force du lien de filiation : la supériorité de la filiation par greffe …….....…….... p. 255

<u>Chapitre I</u>
La filiation charnelle : une action en contestation limitée …….…… p. 257

Section I : Entre stabilité et vérité biologique ……..……...……... **p. 258**

§ I Un équilibre délicat …….……....…... **p. 258**

A) Le poids de la vérité biologique …….……... **p. 259**

B) La complexité d'un rééquilibrage nécessaire …….……... **p. 260**

§ II Une stabilité variable …….……....…... **p. 261**

A) La présence d'un titre ou d'une possession d'état constatée ……..……..... **p. 262**

1 Le titre nu ……..……... **p. 263**

2 La possession d'état seulement constatée ……....……... **p. 265**

B) La conformité du titre et de la possession d'état …….……...……... **p. 272**

Section II : La gestion difficile d'une variété de situations ……..….. **p. 276**

§ I L'ouverture raisonnable de l'action en contestation ……..... **p. 276**

§ II L'enfermement dans des liens légaux totalement creux …….…….. **p. 278**

<u>Chapitre II</u>
La filiation élective : l'exclusion d'une remise en cause ……..……... p. 285

Section I : La filiation incontestable de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée exogène librement consentie ……..……... **p. 285**

§ I Une filiation en principe incontestable …….……... **p. 286**

A) L'intervention de gènes extérieurs …….…….…... **p. 286**

1 La particularité de la procréation médicalement assistée exogène ……..... **p. 287**

2 L'évolution jurisprudentielle vers le rejet des actions en contestation …..... **p. 289**

B) La consécration légale d'une « superfiliation » ……..……... **p. 293**

§ II Une filiation exceptionnellement contestable …….…….…... **p. 296**

A) L'enfant issu de relations charnelles avec un tiers …….…….…... **p. 297**

B) Le consentement privé d'effet …….……...……... **p. 299**

1 La révocation expresse du consentement …….…….…... **p. 300**

2 La dissolution du couple ……..…..…... **p. 301**

3 Le consentement vicié ? ……..……... **p. 302**

Section II : La filiation quasi-irrévocable de l'enfant adopté ……....…... **p. 303**

§ I La révocabilité restreinte de l'adoption simple ……..……... **p. 303**

A) L'adoption simple : une véritable fiction ……..…….…….…... **p. 304**

1 La dualité de noms ……..…….. **p. 305**

2 La dualité de rapports parentaux ……...……. **p. 307**

B) Une révocation encadrée de l'adoption simple ……..……..……... **p. 309**

1 La recevabilité restreinte de l'action ……...…….…….. **p. 310**

2 L'exigence de motifs graves …….…….…….. **p. 310**

3 Une famille unique pour l'avenir …….……...…….. **p. 314**

§ II L'irrévocabilité de l'adoption plénière …….…….…... **p. 315**

A) L'institutionnalisation d'un lien contrevenant à la vérité biologique …..... **p. 315**

1 L'éviction du lien originel dans les rapports parentaux …...…….…….. **p. 315**

2 L'éviction du lien originel dans les documents officiels ……...… **p. 316**

B) Une irrévocabilité totale …..…….....……... **p. 319**

1 Une protection accrue du jugement d'adoption …….…….. **p. 319**

2 La persistance de la filiation adoptive …….……..... **p. 320**

Conclusion du Titre II …….……..……..... **p. 325**

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE ……..…….……... **p. 327**

<u>CONCLUSION GENERALE</u> …….…….……..... **p. 329**

APPENDICES

Bibliographie ……..…….…….…... **p. 341**

Ouvrages généraux ……..……... **p. 343**

Ouvrages spécialisés ……..……...……... **p. 346**

Colloques, Congrès et Journées d'études ……...…….……... **p. 351**

Etudes et Mélanges ……..…….……... **p. 358**

Chroniques et Notes ……..……... **p. 361**

Rapports ……..……..……... **p. 382**

Recueils de jurisprudence ……..……... **p. 384**

Jurisprudence ……...…….……... **p. 385**
Judiciaire ……..……... **p. 385**
Administrative ……..…….……... **p. 399**
Européenne ……..……...…..……... **p. 399**

Presse ……..……...……... **p. 402**

Index ……..……..……... **p. 405**

Table des matières ……..……... **p. 411**

Résumé

La filiation est un lien de droit dont la seule donnée biologique ne saurait rendre compte de la richesse et de la complexité. Le droit qui la régit forme un système de preuve qui varie dans le temps et dans l'espace en fonction de l'objectif qu'il poursuit, des contingences politiques et économiques, des influences sociétales et supranationales.

Avec l'ordonnance du 4 juillet 2005, il s'est agi d'égaliser et de sécuriser les liens de filiation. Cependant, les rédacteurs n'ont pas instauré d'unification parfaite : il demeure des distinctions entre la maternité et la paternité parfois associées à des distinctions selon qu'il existe ou non un engagement conjugal entre les parents, de même qu'il y a toujours une différence de régime entre la filiation charnelle et la filiation par greffe.

Parmi les divergences, il en est (particulièrement dans les domaines qui ont été exclus de la réforme) dont la suppression serait bienvenue au regard de la cohérence du droit. Il en est d'autres dont l'abolition est plus sujette à controverses. Enfin, il en est dont la disparition serait regrettable parce qu'elles témoignent de ce qu'est véritablement La Filiation. On rencontre ces distinctions dans le non contentieux, où leur réduction aurait pour conséquence de faire perdre à la filiation tout aspect symbolique, toute signification. C'est dans une analyse de ces règles qu'il faut rechercher la signification de ce lien. La filiation est un lien social reconnu par le droit, un lien social auquel il est donné valeur juridique.

Mots-clé : Filiation, distinction, droit de la filiation, établissement, contestation, présomption, volonté, biologie, possession d'état, filiation charnelle, adoption, procréation médicalement assistée, filiation incestueuse, égalité, stabilité, vérité.

Abstract

Filiation is a bond of right whose only biological data could not account for the richness and complexity. The right which governs it forms a system of proof which varies in time and space according to the objective that it continues, of the political and economic contingencies, the society and supranational influences.

With the Ordinance of July 4, 2005, it was a question of equalizing and of making safe the bonds of filiation. However, the writers did not found perfect unification : there remains distinctions between the maternity and paternity sometimes associated with distinctions according to whether there is or not a marital engagement between the parents, just as there is always a difference in mode between carnal filiation and filiation by Clerc's Office.

Among the divergences, there are some (particularly in the fields which were excluded from the reform) whose suppression would be welcome in comparison with the coherence of the right. It is the different one whose abolition is more prone to controversies. Lastly, there are some whose disappearance would be regrettable because they testify to what is truly Filiation. One meets these distinctions in nonthe dispute, where their reduction would result in making filiation lose any symbolic aspect, any significance. It is in an analysis of these rules that it is necessary to seek the significance of this bond. Filiation is a social bond recognized by the right, a social bond to which it is given legal authenticity.

Key words : Filiation, distinction, right of filiation, establishment, dispute, presumption, will, biology, possession of state, carnal filiation, adoption, procreation medically assisted, incestuouse filiation, equality, stability, truth.