

UNIVERSITE MONTESQUIEU-BORDEAUX IV

ECOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)

DOCTORAT en DROIT

CHRISTOPHE GRIS

DROIT DE LA FAMILLE

LES DROITS DE L'ENFANT À L'ÉPREUVE DES DROITS PARENTAUX :

L'EXEMPLE DU RATTACHEMENT FAMILIAL DE L'ENFANT

Thèse dirigée par ADELINE GOUTTENOIRE

Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Soutenue le jeudi 19 décembre 2013

MEMBRES DU JURY

VIRGINIE LARRIBAU-TERNEYRE

Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, **RAPPORTEUR**

Pierre MURAT

Professeur à l'Université de Grenoble, **RAPPORTEUR**

Marie LAMARCHE

Maître de conférence à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

LES DROITS DE L'ENFANT À L'ÉPREUVE DES DROITS PARENTAUX :

L'EXEMPLE DU RATTACHEMENT FAMILIAL DE L'ENFANT

Résumé en français

Les mutations profondes qui ont eu lieu dans notre manière de vivre : aspiration à l'égalité ; féminisme ; généralisation des familles recomposées ; acceptation sociale de l'homosexualité ; société de consommation ; dématérialisation et réappropriation de l'identité de l'individu sur les réseaux numériques... ont accompagné un changement radical de la manière de penser le rattachement familial de l'enfant. La mention du nom des parents dans l'acte de naissance ou la reconnaissance de l'enfant sont autant de supports dont le potentiel reste à explorer. Pour sa part, l'adoption est désormais fondée sur un lien plus abstrait de volonté qui exige de ne peut-être plus s'intéresser aux circonstances qui l'ont entourée. Enfin, en parallèle de la filiation génétique et de la filiation volontaire se dessine une nouvelle catégorie de filiation : le lien de filiation polygonéique, fondé sur le fait et mu par l'affection que l'on porte à l'enfant auquel il conviendra de donner un contenu juridique dans l'intérêt de l'enfant. Au delà de toutes ces formes d'appropriation générationnelle se pose dès lors la question de savoir où se trouvent les nouveaux droits de l'enfant. L'enfant a-t-il le droit à des parents en particulier ? Quels seront les critères d'égalité entre les enfants à l'avenir ? Quels bénéfices pourra-t-il tirer de ces évolutions ? Quelle doit-être la place de sa parole ? Plus que jamais il devient nécessaire de repenser un cadre juridique prévisible et stable pour le rattachement familial de l'enfant qui tienne compte du nouvel ordre public de la famille : les droits de l'enfant.

Mots-clés

abandon ; accouchement sous X ; acte de naissance ; adoptabilité ; adoption ; anonymat ; autorité parentale ; CADA ; CNAOP ; Comité international des droits de l'enfant ; droit de connaître ses origines ; enfant ; enregistrement ; état civil ; famille ; filiation ; génétique ; intérêt de l'enfant ; kafala ; mère porteuse ; mineur ; origine ; parole de l'enfant ; présomption de paternité ; procréation médicalement assistée ; protection de remplacement ; reconnaissance ; reconnaissance prénatale ; sexe ; tiers donneur ; trafic d'enfant

THE RIGHTS OF THE CHILD AGAINST PARENTAL ENTITLEMENTS :

THE EXAMPLE OF CHILDREN AFFILIATION TO THE FAMILY

Abstract

The profound changes in our way of life, (desire for equality, feminism, generalization of reconstituted families, social acceptance of homosexuality, consumer society, individuals' identity becoming immaterial on digital networks), have gone along with a radical change in the way of thinking of how children are affiliated to a family. The mention of both parents' names on a birth certificate, or the recognition of a child are two promising medium, yet to be examined. Concerning adoption, it is founded upon a more abstract link based on volition, meaning that it may no longer require to take into account the circumstances surrounding the adoption. Finally, parallel to genetic filiation and voluntary filiation, a new category of filiation is taking shape: polygoneic filiation (multi-parental filiation), which is based on facts and pushed by the affection felt for the child, and which will require a legal content in the best interests of the child. Beyond all these forms of belonging to a family, we can then wonder what will become new rights for children. Will a child have the right to have specific parents? What will be the criteria for equality between children in the future? What benefits will the child attain after these evolutions? What importance should be given to his/her views? More than ever, it will be crucial to re-examine an equable and predictable legal framework for family bonds which would take into consideration the new public order of the family: the rights of the child.

Keywords

adoption ; birth registration ; Committee on the Rights of the Child ; desertion of one's family ; family records ; family reunification ; general register ; know one's origins ; mother identity ; origin ; parental rights ; views of the child

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Sommaire

INTRODUCTION.....	1
Partie I : La liberté parentale d'établir la filiation.....	23
Titre I – Le rattachement automatique de l'enfant à une famille.....	29
Chapitre I – L'enregistrement de l'enfant comme droit préalable à l'établissement de la filiation.....	31
<i>Section 1 - La reconnaissance du droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance.....</i>	<i>35</i>
<i>Section 2 – La mise en œuvre du droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance.....</i>	<i>47</i>
Chapitre II – Les effets de l'enregistrement sur la filiation.....	61
<i>Section 1 – Les effets du nom de la mère dans l'acte de naissance</i>	<i>65</i>
<i>Section 2 – La mention du nom du père dans l'acte de naissance.....</i>	<i>85</i>
Titre II – Le rattachement volontaire de l'enfant à une famille.....	111
Chapitre I - La reconnaissance de l'enfant.	113
<i>Section 1 – La volonté parentale de reconnaître l'enfant encadrée.....</i>	<i>115</i>
<i>Section 2 – La volonté parentale de reconnaître l'enfant empêchée.....</i>	<i>169</i>
Chapitre II – L'adoption de l'enfant.....	203
<i>Section 1 – L'adoption : un droit de l'enfant.....</i>	<i>211</i>
<i>Section 2 – Les droits de l'enfant dans l'adoption</i>	<i>247</i>
Partie II – Le droit de l'enfant d'établir sa filiation.....	291
Titre I – L'action de l'enfant vers sa famille.....	295
Chapitre I – Le rattachement juridique de l'enfant à sa famille.....	299
<i>Section 1 – La détermination des parents de l'enfant.....</i>	<i>301</i>
<i>Section 2 – L'exercice de l'action par l'enfant mineur.....</i>	<i>387</i>
Chapitre II – Le rattachement factuel de l'enfant à sa famille.....	447
<i>Section 1 – La détermination du droit de l'enfant de connaître ses origines.....</i>	<i>461</i>
<i>Section 2 - L'exercice du droit de l'enfant de connaître ses origines.....</i>	<i>485</i>
Titre II – L'action impossible de l'enfant vers sa famille.....	505
Chapitre I – Les limites tenant à l'identification des origines de l'enfant.....	507
<i>Section 1 – La recherche d'une définition de l'enfant issu de l'inceste.....</i>	<i>509</i>
<i>Section 2 – Les conséquences pour l'enfant de la qualification d'inceste.....</i>	<i>521</i>
Chapitre II – Les limites tenant aux modalités de procréation de l'enfant.....	535
<i>Section 1 – L'établissement impossible de la filiation avec le tiers donneur.....</i>	<i>543</i>
<i>Section 2 – L'établissement impossible de la filiation en cas de gestation pour autrui.....</i>	<i>553</i>
Conclusion générale.....	569

Je remercie Adeline GOUTTENOIRE pour sa présence et son soutien tout au long de l'élaboration de ce travail.

A VOUS QUI M'AVEZ TOUJOURS ACCOMPAGNÉ,

ENCOURAGÉ ET SUPPORTÉ :

MA FAMILLE ; MES AMIS.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

- AJ fam.** Actualité juridique famille
- AJDP** Actualité juridique droit public
- BOMJL** Bulletin officiel du ministère de la justice et des libertés
- bull.** Bulletin de la Cour de cassation
- c./** Contre
- CIEC** Commission internationale des l'état civil
- CNRS** Centre national de la recherche scientifique
- comm.** Commentaire
- CRC** Comité international des droits de l'enfant
- D.** Dalloz Jurisprudence générale en matière civile, commerciale, criminelle (1825-1902) ; Dalloz jurisprudence générale (1903-1923) ; Recueil Dalloz analytique et critique de doctrine, de jurisprudence et de législation (1945-1955) ; Recueil Dalloz et recueil Sirey (1955-1956) ; Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation (1956-1964) ; Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation (1964-1996) ; Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation (1997-1999) ; Recueil Dalloz (1999-)
- D. H.** Dalloz, recueil hebdomadaire de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public (1924-1944)
- dact.** Dactylographié
- dir.** Sous la direction de
- dr. & pat.** Revue droit et patrimoine
- dt. fam.** Revue droit de la famille
- gaz. pal.** Revue la Gazette du Palais
- INSEE** Institut national de la statistique et des études économiques
- JCP** Revue La semaine juridique, édition générale
- JCPA.** Revue La semaine juridique, droit administratif
- JCPN.** Le semaine juridique, droit natarial
- JDI** Journal du droit international (Clunet)
- JDJ** Journal du droit des jeunes
- JORF** Journal officiel de la République française
- LGDJ** Librairie générale de droit et de jurisprudence
- LPA** Revue les petites affiches
- PUAM** Presses Universitaires d'Aix Marseille
- PUB** Presses Universitaires de Bordeaux
- PUF** Presses Universitaires de France
- PUL** Presses Universitaires de Lyon
- PUN** Presses Universitaires de Nancy
- PUS** Presses universitaires de Strasbourg
- RCDIP** Revue critique de droit international privé
- RDLF** Revue des droits et libertés fondamentales
- RDSS** Revue de droit sanitaire et social
- RFDA** Revue française de droit administratif
- RJPF** Revue juridique, personnes, famille
- RLDC** Revue Lamy de droit civil
- RRJ** Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
- RTD civ.** Revue trimestrielle de droit civil
- RTD E.** Revue trimestrielle de droit européen
- RTD H.** Revue trimestrielle des droits de l'Homme
- S.** Revue Sirey (1800-1965)
- S. D.** Sans date
- S. N.** Sans nom
- v./** Versus

INTRODUCTION

Lorsqu'enfin les enfants sont devenus des adultes, ils se taisent en tant qu'enfants. L'adulte n'est pourtant pas la succession de l'enfant, l'adulte ne prend pas la place de l'enfant par chronologie, par le temps qui passe. L'adulte englobe l'enfant, il est plus large que l'enfant mais l'enfant est dedans. A moins que ce ne soit l'enfant qui englobe toujours déjà l'adulte à venir et en dessine le contour¹.

1. Identité de la personne. L'identité de la personne présente un double aspect. Elle est à la fois celle que la société donne à l'Homme, et celle que l'individu se construit. Le rattachement familial de l'enfant participe de cette identité en ce qu'en autorisant la société, la famille, le couple à se rattacher un enfant, il leur donne le pouvoir de définir son identité. D'un autre côté, la société donne aussi à l'enfant la possibilité de contribuer à la définition de son identité, en recherchant sa famille, par exemple. De même que la personne humaine a besoin de temps pour se construire, l'identité de l'enfant se construit au fil du temps. Pour s'affirmer, elle peut suivre deux voies : soit elle viendra s'inscrire dans la continuation de celle de ses parents ; soit elle se construira en confrontation avec elle. Dans ce dernier cas, des frictions peuvent apparaître sur la scène juridique, laissant le champ libre à la confrontation des droits de l'enfant et des droits parentaux : entre l'enfant, d'une part, qui veut construire seul son identité et l'imposer à la société, et ses parents, d'autre part, qui cherchent à lui imposer leur vision de cette identité.

2. Sujet de droit. A partir du moment de sa naissance, vivant et viable, l'être humain acquiert, en droit français, la personnalité juridique². En découle une capacité de jouissance absolue de l'ensemble des droits et obligations afférents à toute personne³. Cependant, du fait de leur incapacité naturelle à exercer leurs droits, certaines catégories de personnes sont réputées incapables et font l'objet d'une mesure de protection. Ce sont les incapables mineurs et les incapables majeurs. Au delà de cette définition technique, l'article 2 de la Convention internationale des droits de l'enfant stipule que : « *Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable* ». Moins précise que les termes juridiques spécialisés, la définition de la Convention internationale des droits

1. Y. MOIX, *Naissance*, Grasset 2013, p. 383.

2. F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave, génétique et droit*, Flammarion, Paris, 1987.

3. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes. Personnalité – Incapacité - Protection*, n° 12, p. 13.

de l'enfant appelle quelques précisions.

3. L'enfant polysémique. Dans un sens courant, l'enfant serait le « *petit homme*, c'est-à-dire celui qui n'a pas encore acquis toutes les qualités nécessaires pour assumer les devoirs et responsabilités de la vie sociale et juridique »⁴. En d'autres termes, ce serait celui qui n'a pas encore la capacité d'exercer ses droits et obligations⁵. En fonction de ce critère, il serait possible de départager le mineur, c'est-à-dire la personne mineure de 18 ans, et le majeur, personne majeure de 18 ans⁶. Incapable d'exercer elle-même ses droits et obligations, la personne mineure de 18 ans aurait besoin de la protection spécifique de la société⁷. Toutefois, cet état de dépendance n'est pas uniforme. En effet, en fonction de son âge, l'enfant mineur n'a pas les mêmes besoins de protection⁸. En particulier, au fur et à mesure qu'il s'approche du moment de son émancipation, l'enfant aspire à plus de liberté. Le législateur en a tenu compte. Ainsi, il le laisse libre de faire prévaloir sa volonté dans certains cas, oscillant entre protection et responsabilisation⁹. Par exemple, l'enfant peut accéder à la contraception sans l'accord de ses représentants légaux, ou bien procéder à l'établissement de la filiation de son enfant et exercer sur lui l'autorité parentale.

Mais l'enfant c'est aussi le petit d'Homme, celui qui s'inscrit dans le temps par un rattachement générationnel¹⁰. Parce qu'il naît nu et dépouillé, l'enfant doit être recueilli et pris en charge jusqu'à ce qu'il soit autonome¹¹. Ensuite, tout au long de sa vie, l'individu restera « l'enfant de.. », du fait de la succession naturelle des générations et de cette imbrication dans un ensemble qui le dépasse, mais auquel il participe pourtant. L'émergence du droit de l'enfant de connaître ses origines montre aujourd'hui l'importance de ce rattachement pour les personnes¹². Sans famille l'enfant n'est pas inscrit dans le temps

4. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 4, p. 8.

5. D. GUTMANN, « Enfant », in D. ALLANS, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1383.

6. Y. LEGUY, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, thèse, p. 22.

7. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 98 p. 56.

8. « La notion même d'enfant n'est nulle part définie de façon satisfaisante et l'article 1er de la Convention de New York se référant au seuil de 18 ans sauf exception nationale le montre bien. Il y a des degrés de l'enfance, il y en a même d'étonnant en droit musulman et, en langue française, le mot enfant dépasse de loin la jeunesse. Quand le droit successoral déclare que les enfants héritent de leurs parents il ne fait pas référence à l'enfant d'âge mais à l'enfant de filiation. Il est caractéristique que plusieurs systèmes aient cherché à réintroduire, tel le droit néerlandais, des seuils chiffrés, par exemple quand on s'interroge sur les interventions médicales » : J. HAUSER, « Des petits hommes ou des petits d'hommes ? », in J. RUBELLIN-DEVICHI, R. FRANCK, *L'enfant et les conventions internationales*, PUL, Lyon, 1996, p. 477.

9. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 17, p. 14.

10. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 7 p. 5.

11. Y. LEGUY, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, thèse, p. 22.

12. A. GOUTTENOIRE, « Filiation », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, S. RIALS, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2008.

générationnel. Et pourtant, sans famille, il ne reste ni sans histoire, ni sans protection, ni sans transmission puisque la société prendra en charge cet enfant, quitte à lui désigner une famille dite d'adoption lorsque cela est possible. La définition de l'enfant devient donc complexe à exposer parce qu'elle se réfère à un élément extérieur : la famille¹³. De ce fait, la détermination des droits de l'enfant est variable, suivant le sens que l'on retient¹⁴. Toutefois, à partir de ces deux définitions minimalistes de l'enfant, il faudrait déduire que l'enfant aurait deux droits fondamentaux distincts et complémentaires : le droit à la protection et le droit à la transmission.

4. Le droit de l'enfant à la protection. La protection de l'enfant incombe à celui qui en a la responsabilité¹⁵. La responsabilité de l'enfant revient à ceux qui sont désignés comme les « parents de l'enfant » par la société : sa famille¹⁶. Le rattachement familial de l'enfant est donc primordial pour déterminer la famille de l'enfant, en même temps que la famille se construit autour de l'enfant. En droit français, l'établissement de la filiation de l'enfant permet de désigner les parents de l'enfant. Une fois qu'ils sont identifiés, leur rôle consiste à individualiser des règles relatives à la vie de l'enfant pour protéger tant ses intérêts matériels que personnels, et organiser le déroulement de sa croissance vers l'autonomie¹⁷. Le statut de « parent » se matérialise par l'exercice de l'autorité parentale et l'administration légale.

L'objectif est, en fonction des besoins spécifiques de chaque enfant, de le

13. Article 733 du Code civil : « *La loi ne distingue pas selon les modes d'établissement de la filiation pour déterminer les parents appelés à succéder. Les droits résultant de la filiation adoptive sont réglés au titre de l'adoption* ».

Article 734 du Code civil : « *En l'absence de conjoint successible, les parents sont appelés à succéder ainsi qu'il suit : 1° les enfants et leurs descendants ; 2° les père et mère ; les frères et sœurs et les descendants de ces derniers...* ».

Article 735 du Code civil : « *Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de primogéniture, même s'ils sont issus d'unions différentes* ».

14. « Il s'ensuit que la notion d'intérêt de l'enfant ne peut avoir ni le même contenu, ni la même fonction selon que l'on prend en considération l'une ou l'autre signification. Lorsqu'il s'agit de la détermination du statut familial, c'est-à-dire lorsque l'on cherche à situer juridiquement l'enfant par rapport à d'autres personnes, à établir ou à détruire tel ou tel rapport de filiation, la considération de l'âge de l'intéressé n'intervient qu'à titre exceptionnel et secondaire. Et, si l'on veut utiliser l'intérêt de l'enfant comme un critère premier de solution des problèmes, on apercevra très vite les limites d'utilisation d'une notion qui ne peut guère être opérationnelle en ce domaine. S'il s'agit au contraire d'aménager les rapports familiaux, c'est-à-dire de fixer de quelle façon l'enfant mineur doit vivre avec telle ou telle personne, comment il doit être élevé, le problème est évidemment différent. Il est alors normal et justifié que la notion d'intérêt de l'enfant prenne une place prépondérante pour la solution de ce type de problème » : Y. LEGUY, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, thèse, dact. Rennes, 1973, p. 23.

15. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 407, p. 827.

16. J. POIRRET, *La représentation légale du mineur sous autorité parentale*, thèse, n° 4, p. 7.

17. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 99 p. 57.

protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité conformément aux dispositions de l'article 371-1 du Code civil qui dispose que : « *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* ». Afin de mener à bien leur mission, les parents, investis de l'autorité parentale, disposent de prérogatives plus ou moins vastes qui les autorisent : soit à agir au titre de droits qui leur sont propres sur le fondement de leur seule volonté discrétionnaire, tel que le consentement à l'adoption par exemple ; soit à agir sur le fondement de leur volonté, dans l'intérêt de l'enfant comme, par exemple, lorsqu'ils déterminent tous les jours le contenu de l'intérêt de l'enfant pour prendre des décisions concernant l'enfant ; soit à agir en représentation de la personne de l'enfant comme, par exemple, lorsqu'il agissent concrètement en justice au nom de l'enfant.

5. Le droit de l'enfant à la transmission. L'autre conséquence de l'établissement de la filiation de l'enfant est d'ouvrir pour lui un droit à la transmission¹⁸. Le premier aspect de ce droit est évidemment alimentaire ou patrimonial à travers la transmission de biens entre vifs ou à cause de mort. Mais l'aspect le plus intéressant du point de vue de la confrontation entre les droits de l'enfant et l'exercice des droits parentaux est extrapatrimonial. Il se matérialise à travers l'exercice de l'autorité parentale, par le droit d'éducation très vaste des parents. Il s'agit d'un droit propre des parents qui, par définition, n'est pas exercé en représentation de la personne de l'enfant. Que ce soit le choix de la religion de l'enfant, le choix des vêtements qu'il porte, des activités sportives, ludiques, récréatives, culturelles etc... les parents peuvent agir de manière discrétionnaire, dans la limite de la fonction qu'ils doivent assumer : ne pas remettre en cause la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant. L'ensemble des éléments qu'ils vont transmettre à l'enfant constitue un patrimoine « familial » qui confère à l'enfant son identité propre.

6. Les autres droits de l'enfant. Toute personne amenée à exercer une autorité sur la personne de l'enfant voit cette autorité contrainte par des dispositions qu'il est convenu d'appeler les « droits de l'enfant ». La plupart du temps, il s'agirait moins de droits propres à l'enfant, que d'éléments constituant une protection catégorielle spécifique à l'enfance. Obligation négative ou positive, cette protection catégorielle serait destinée à guider l'exercice de l'autorité qui s'impose aux personnes mineures, qu'elle soit exercée par les

18. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 415, p. 848.

parents, par le juge, ou un représentant de l'État par exemple. L'émergence concrète de la protection catégorielle des personnes mineure trouve certainement son origine dans la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁹. Mais cette protection est longtemps restée embryonnaire²⁰. Il est incontestable qu'elle a pris une véritable dimension autonome avec l'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant²¹. Beaucoup commentée²² lorsqu'elle est entrée en vigueur en 1990²³, les discussions se sont ensuite portées sur la question de son applicabilité directe en droit français²⁴. Après avoir longtemps refusé de rendre des décisions au visa de la Convention internationale des droits de l'enfant, la jurisprudence a fini par l'adopter, dans l'exercice frileux d'une casuistique curieuse²⁵. Il reste que l'élément matriciel des droits de l'enfant, contenu à l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant, l'intérêt de l'enfant, est systématiquement mis en avant

19. A. GOUTTENOIRE, « enfant », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, S. RIALS, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2008.

20. « La question n'est pas de savoir si l'enfant est un objet ou un sujet de droits, car il est inepte d'affirmer que le mineur n'est pas un sujet de droit. La question est plutôt de savoir de quels droits il est le sujet » : Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 94 p. 55.

21. Cl. NEIRINCK, *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations Unies*, Delmas, Paris, 1993, 163 pp..

22. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* 1991, I, 3739 ; Cl. NEIRINCK, P.-M. MARTIN, « Un traité bien maltraité, à propos de l'arrêt Le Jeune », *JCP* 1993, I, 3677 ; F. MONÉGER, « Point de vue sur la question de l'applicabilité directe de la Convention des droits de l'enfant », *RDSS* 1993, pp. 533-536 ; M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un Traité mis hors jeu », *D.* 1993, n° 28, pp. 203-206 ; H. PARCHEMINAL, « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant », *RDSS* 1994, pp. 201-220 ; Ch. BYK, « La réception des conventions internationales par le juge français : à l'occasion de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *JDI* 1994, pp. 967-976 ; J.-J. GALLI, L. BOURGOIN, « Évaluation et expérimentation législatives en matière de défense des intérêts de l'enfant », *RRJ* 1994, pp. 1295-1305.

23. Loi n° 90-548 du 2 juillet 1990 autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant, *JORF* 5 juillet 1990, n° 154, p. 7856.

24. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 45, p. 33.

25. « 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 ; Attendu que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; que lorsque le mineur capable de discernement demande à être entendu, il peut présenter sa demande au juge en tout état de la procédure et même, pour la première fois, en cause d'appel ; que son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée [...] que l'arrêt attaqué ne s'est pas prononcé sur cette demande d'audition de l'enfant ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu lui imposaient de prendre en compte la demande de l'enfant, la cour d'appel a violé les textes susvisés » : Cass. civ. 1er, 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20613, *bull.* 2005, I, n° 212, p. 180 ; A. GOUTTENOIRE, « La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de cassation ! », *dt. fam.* juillet 2005, comm. 156 ; Y. STRICKLER, « Droit pour le mineur capable de discernement à être entendu en justice », *JCP* 2005, n° 25, pp. 1183-1185 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Droit pour le mineur à être entendu en tout état de cause », *RLDC* 2005, n° 18, p. 47 ; Ph. THÉRY, « Entre tiers et partie ou de deux choses la troisième : le droit de l'enfant d'être entendu en justice », *RTD civ.* 2005, pp. 627-630 ; V. ÉGÉA, « De quelques précisions relatives au droit de l'enfant de s'exprimer dans la procédure », *D.* 2005, n° 28, pp. 1909-1912 ; F. EUDIER, « Autorité parentale : le juge doit prendre en compte, en tout état de cause, la demande d'audition émanant d'un mineur capable de discernement », *RJPF* 2005, n° 9, pp. 21-22 ; C. PETIT, C. CHABERT, « Acceptation judiciaire de l'applicabilité directe de la Convention de New York », *JCP* 2005, n° 36, pp. 1573-1579 ; P. RÉMY-CORLAY, « Application directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », *RTD civ.* 2005, pp. 750-752.

par la Cour de cassation²⁶.

7. Comité international des droits de l'enfant. Contrairement à la plupart des autres conventions internationales, la Convention internationale des droits de l'enfant a eu la particularité d'instituer le Comité international des droits de l'enfant²⁷. Organe rattaché à l'ONU, le Comité international des droits de l'enfant a pour rôle de surveiller la mise en œuvre concrète de la Convention internationale des droits de l'enfant. Il est composé de dix-huit experts indépendants, dont la mission est, selon l'article 43 de la Convention internationale des droits de l'enfant, d'examiner et de surveiller les progrès accomplis par les États parties dans la mise en œuvre des droits de l'enfant²⁸.

Conformément aux stipulations de la Convention, il demande aux États parties de lui fournir tous les cinq ans un rapport décrivant la situation juridique, sanitaire et sociale des enfants. Une fois que le rapport est remis, il lui arrive de poser des questions aux représentants de l'État présents à l'ONU, avant de rendre un avis à l'occasion d'un rapport dit d'observations finales relatives à l'État concerné. En parallèle de cette démarche officielle, le Comité international des droits de l'enfant peut recevoir des rapports indépendants d'organisations non gouvernementales qu'il va comparer avec les rapports étatiques pour se

26. Article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant : « *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. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées. Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié* ».

27. A. GOUTTENOIRE, C. GRIS, B. MAUMONT, M. MARTINEZ, P. MURAT, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *dt. fam.* novembre 2009.

28. Article 43 de la Convention internationale des droits de l'enfant : « *Aux fins d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente Convention, il est institué un Comité des droits de l'enfant qui s'acquitte des fonctions définies ci-après. Le Comité se compose de dix-huit experts de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine visé par la présente Convention. Ses membres sont élus par les États parties parmi leurs ressortissants et siègent à titre personnel, compte tenu de la nécessité d'assurer une répartition géographique équitable et eu égard aux principaux systèmes juridiques. Les membres du Comité sont élus au scrutin secret sur une liste de personnes désignées par les États parties. Chaque État partie peut désigner un candidat parmi ses ressortissants. [...] Les membres du Comité sont élus pour quatre ans. Ils sont rééligibles si leur candidature est présentée à nouveau [...] Les réunions du Comité se tiennent normalement au Siège de l'Organisation des Nations Unies, ou en tout autre lieu approprié déterminé par le Comité. Le Comité se réunit normalement chaque année. La durée des sessions est déterminée et modifiée, si nécessaire, par une réunion des États parties à la présente Convention, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies met à la disposition du Comité le personnel et les installations qui lui sont nécessaires pour s'acquitter efficacement des fonctions qui lui sont confiées en vertu de la présente Convention* ».

faire une idée plus précise de la situation locale des enfants. Depuis le 28 mai 2012, le Comité international des droits de l'enfant est habilité à recevoir des plaintes individuelles de la part des mineurs, ressortissant des États parties à la Convention²⁹.

Certes, il n'est doté d'aucun pouvoir coercitif à l'égard des États parties à la Convention. Cependant il serait naïf d'en sous estimer l'influence sur le droit positif. En effet, bien que tous les États ne rendent pas systématiquement leur rapport périodique dans les temps, il faut mettre à l'actif du Comité international des droits de l'enfant de nombreuses modifications des législations nationales sur des thèmes très variés³⁰. Ainsi, par exemple, dans la mesure où il considère que l'intérêt de l'enfant est d'être nourri avec du lait maternel³¹, il a demandé aux États parties de proscrire toute forme de publicité pour les substituts du lait maternel³².

29. Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, New York, 19 décembre 2011 :

Article 5 : « 1. Des communications peuvent être présentées par des particuliers ou des groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou de groupes de particuliers relevant de la juridiction d'une État partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet État partie de l'un quelconque des droits énoncés dans l'un quelconque des instruments suivant auquel cet État est partie : a) La Convention ; b) Le protocole facultatif à la Convention concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants ; c) Le protocole facultatif à la Convention concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés. 2. Une communication ne peut être présentée au nom de particuliers ou de groupes de particuliers qu'avec leur consentement, à moins que l'auteur puisse justifier qu'il agit en leur nom sans un tel consentement ».

Article 6 : « Après réception d'une communication, et avant de prendre une décision sur le fond, le Comité peut à tout moment soumettre à l'urgente attention de l'État partie intéressé une demande tendant à ce qu'il prenne les mesures provisoires qui s'avèrent nécessaires dans des circonstances exceptionnelles pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime ou aux victimes des violations alléguées ».

article 19 : « Le présent Protocole entrera en vigueur trois mois après la date du dépôt du dixième instrument de ratification ou d'adhésion ». Ont adhéré/signé : Albanie 29 mai 2013 ; Allemagne 28 février 2013 ; Bolivie 2 avril 2013 ; Espagne 3 juin 2013 ; Gabon 25 septembre 2012 ; Monténégro 24 septembre 2013 ; Portugal 24 septembre 2013 ; Thaïlande 25 septembre 2012.

30. Voir par exemple l'intervention de D. CACHEUX lors de la discussion du projet de loi modifiant le Code civil, relatif à l'état civil et à la filiation et instituant le juge aux affaires familiales : « Monsieur le président, monsieur le garde des sceaux, mes chers collègues, le texte dont nous allons débattre aujourd'hui a pour objet de mettre à jour le Code civil pour l'actualiser, pour l'adapter aux évolutions sociales, et aux interpellations des sciences de la vie. Ce projet s'inspire également de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, ratifiée par la France et entrée en vigueur en 1990 et il traduit une mutation, un renversement de perspective qui entre progressivement dans notre droit. Notre ancien droit voyait dans l'enfant l'objet de la puissance paternelle. Au XIXe siècle, il a évolué vers la nécessaire protection de l'enfant. Aujourd'hui, l'enfant devient progressivement sujet plutôt qu'objet de droit, une personne dotée de libertés avec des droits qui peuvent s'opposer, parfois, à ceux des adultes » : JORF 29 avril 1992, 1er séance du mardi 28 avril 1992, seconde session ordinaire de 1991-1992, p. 718.

31. Voir en ce sens le Code international de commercialisation des substituts du lait maternel de l'Organisation mondiale de la santé de 1981.

32. « Tout en prenant note avec satisfaction de programmes tels que le Programme canadien de nutrition prénatale, le Comité est préoccupé par le faible taux d'allaitement maternel dans l'État partie, en particulier chez les femmes défavorisées, et par l'absence de programmes connexes visant à encourager l'allaitement maternel dans l'État partie. Il regrette également que, bien qu'ayant adopté le Code international de commercialisation des substituts du lait maternel, l'État partie n'ait pas intégré les divers articles de ce code dans son cadre réglementaire, de sorte que les fabricants de lait ont régulièrement violé le Code et les résolutions connexes de l'Assemblée mondiale de la santé en toute impunité » : CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 61. (Canada) ; CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 48. (Autriche) ;

D'une manière générale, il ressort des observations finales du Comité international des droits de l'enfant, que toute autorité amenée à exercer un pouvoir sur la personne de l'enfant doit tenir compte de trois principes directeurs : le principe de non discrimination, le principe de l'association de l'enfant aux décisions qui le concernent et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Si les deux premiers principes ne trouvent pas de véritables difficulté de compréhension, en revanche, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant suscite quelques difficultés qu'il convient de mettre en lumière pour aborder la question de la confrontation des droits de l'enfant et des droits parentaux, et justifier notre démarche.

8. Intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant n'est pas une notion uniforme³³. Il faudrait distinguer deux aspects de l'intérêt de l'enfant qui constituent les deux faces d'une même médaille que sont : d'une part l'intérêt abstrait de l'enfant et d'autre part l'intérêt concret de l'enfant³⁴. L'intérêt concret de l'enfant pourrait se définir comme la mise en œuvre individualisée de l'intérêt abstrait de l'enfant³⁵. L'intérêt abstrait de l'enfant relèverait pour sa part d'une vision de ce qui est préférable pour l'enfant. Pour appréhender cette notion complexe, subjective et parfois passionnelle, nous avons fait l'hypothèse qu'il s'agissait, du point de vue des sources du droit, d'une source révélée³⁶. Cette formulation nous a permis d'envisager l'intérêt de l'enfant comme une notion objective qu'il était possible de traiter de manière scientifique, et non pas en opportunité, afin de ne pas entrer dans des débats qui

CRC/C/GRC/CO/2-3, 13 août 2012, § 54. (Grèce) ; CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, § 52. (Turquie) ; CRC/C/ISL.CO/3-4, 23 janvier 2012, § 40. (Islande) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 49. (Italie) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 45. (République Tchèque) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 46. (Finlande) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 44. (Ukraine) ; CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 47. (Danemark) ; CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 56. (Belgique) ; CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2000, § 51. (Tunisie) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 74. (France) ; CRC/C/GBR/CO/4, § 58. (Royaume Uni) ; CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 45. (Géorgie) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 48. (Lituanie) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 51. (Fédération de Russie) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 56. (Algérie) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 51. (Croatie) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 42. (France) ; CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003, § 51. (Maroc) ; CRC/C/15/Add. 188, 9 octobre 2002, § 41. (Royaume Uni) ; CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 52. (Turquie) ; CRC/C/15/Add. 146, 21 février 2001, § 35. (Lituanie) ; CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 4. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999, § 45. (Fédération de Russie) ; CRC/C/15/Add. 114, 26 octobre 1999, § 20. (Pays-Bas) ; CRC/C/15/Add. 92, 24 juin 1998, § 18. (Luxembourg) ; CRC/C/15/Add. 87, 24 juin 1998, § 19. (Hongrie) ; CRC/C/15/Add. 42, 27 novembre 1995, § 12. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 17, 7 février 1994, § 9. (Biélorussie).

33. C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 16, p. 22.

34. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 37, p. 29.

35. « Lorsque l'on évoque l'intérêt de l'enfant en la matière, tantôt on en a une conception abstraite, indépendante des circonstances de l'espèce, indifférente, à la limite, à l'intérêt concret de l'être humain dont la filiation est en question, tantôt il s'agit d'une notion à contenu très concret, visant l'intérêt que l'enfant en cause peut avoir, dans tel cas particulier, à être légitime, naturel simple ou adultérin, fils d'untel ou de tel autre, etc... La solution des procès varierait alors dans chaque cas en fonction des données de fait. Dans les deux hypothèses, l'intérêt de l'enfant ne peut constituer un critère satisfaisant de solution que dans les limites très étroites » : Y. LEGUY, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, thèse, p. 23.

36. Voir *infra* n° 262.

donneraient un caractère engagé à cet exposé³⁷.

L'intérêt de l'enfant, en tant que notion abstraite ou concrète, est révélé par toute autorité amenée à prendre des décisions relatives à la personne de l'enfant³⁸. La liste est vaste, mais il est possible d'en citer quelques unes : les parents, le juge, l'État, ou le Comité international des droits de l'enfant³⁹. A son niveau, chaque autorité se prononce à la fois sur l'intérêt abstrait et à la fois sur l'intérêt concret de l'enfant. Pour l'observateur, la critique de l'intérêt de l'enfant doit se porter sur la manière dont s'articulent ces révélations entre elles. Après avoir pris la mesure du poids du Comité international des droits de l'enfant dans la détermination mondiale de l'intérêt de l'enfant, il est apparu nécessaire de s'en servir comme étalon. Ainsi, l'étude et la compilation de ses avis permettent de dégager une idée assez précise de la notion d'intérêt de l'enfant qui devrait prévaloir dans une société démocratique. Il est intéressant de voir comment, ensuite, les autres autorités « inférieures » reprennent à leur compte ou non cette révélation qui constitue, de manière incontestable, une partie du nouvel ordre public familial⁴⁰.

9. Confrontation. La particularité des droits parentaux exercés sur la personne mineure vient de ce qu'ils bénéficient du pouvoir de diriger la vie d'un tiers. Or s'il est banal de présenter l'exercice de ce pouvoir comme exercé, naturellement, dans l'intérêt de l'enfant, l'émergence de la pensée de certains psychologues tels que Françoise Dolto a invité les observateurs à s'interroger sur la réalité de ce présupposé social⁴¹. En effet, en dehors des hypothèses dans lesquelles les parents mettent en danger la santé, la sécurité ou la moralité de la personne mineure⁴², il y aurait des cas dans lesquels ils agiraient conformément à la loi, mais en contradiction avec les droits de l'enfant. Plus spécialement, ce sont sans doute deux

37. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 409, p. 834.

38. Voir *supra* n° 259.

39. « L'intérêt de l'enfant est amené à intervenir de deux manières différentes, en tant que critère de décision et critère de contrôle. Son étude exige de procéder à une analyse fonctionnelle. Ces deux fonctions révèlent tout le rôle du juge comme garant de l'intérêt de l'enfant. Les protecteurs de cet intérêt sont bien évidemment en premier lieu les parents à travers l'exercice de l'autorité parentale exprimant l'intérêt de l'enfant, puis les institutions. En effet, l'État exerce une fonction générale de protection respectant les droits et devoirs des parents, ainsi qu'un rôle subsidiaire en cas de carence de ceux-ci. Plus précisément, l'institution judiciaire interviendra comme il est normal dans une démocratie quand il s'agit de garantir le respect des droits et des libertés individuelles » : C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, thèse dact. Paris, 2000, n° 16, p. 22.

40. J. HAUSER, « La loi, le juge et la volonté dans les réformes de la famille », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, Paris, 2006, p. 165.

41. D. PLEUX, *Françoise Dolto, La déraison pure*, autrement, Paris, 2013.

42. Article 375 du Code civil : « Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées ».

mouvements concomitants qui ont mis en évidence cette possibilité.

D'une part, le couple parental, présumé indestructible, au sein duquel l'intérêt de l'enfant était déterminé s'est fissuré, attirant par cette occasion des conflits qui jusqu'à présent restaient dans la sphère privée, dans la sphère publique et judiciaire. La voie parentale s'est avérée plurielle et non plus unique, mettant alors en avant l'hypothèse qu'il pouvait y avoir plusieurs interprétations possibles de l'intérêt d'un même enfant⁴³. D'autre part, l'émergence de la prise en compte de la parole de l'enfant dans les décisions qui le concernent a ouvert la voie de la possibilité de la contestation qui n'était pas même envisagée par le passé. La conception juridique de l'enfance, fondée sur le présupposé de l'incapacité et de la représentation systématique, a muté vers une prise en compte progressive et personnalisée du besoin d'autonomie de la personne mineure⁴⁴.

Dès lors, il est apparu à la doctrine que des tensions pouvaient naître de cette nouvelle conception de la gouvernance de la famille⁴⁵. Et cela d'autant plus que la famille est traversée par un mouvement qui touche le droit de manière plus générale. En effet, l'affirmation individualiste des droits de l'Homme tend à faire prévaloir l'expression de la liberté individuelle et de la volonté de chacun, lorsque d'un autre côté le concept de dignité entend limiter autant que possible l'expression de cette volonté qui aspire à « normaliser » l'ensemble de l'espèce humaine⁴⁶. La volonté aurait vocation à réduire ce qu'il y a d'humain dans l'Homme, en lui permettant parfois de renoncer à ce qu'il est⁴⁷.

Dans la mesure où la première confrontation qui puisse exister entre les droits parentaux et les droits de l'enfant se situe au moment de la naissance de l'enfant, nous avons choisi de prendre cet exemple qui présentait l'intérêt d'embrasser l'ensemble des aspects de la confrontation entre les droits parentaux et les droits de l'enfant. Il y aurait ainsi d'un côté

43. L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Paris, Tome 413, 2004.

44. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 94 p. 55.

45. J. COMMAILLES, « Les politiques publiques à destination de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant*, champs libres, L'Harmattan, Paris, 2007, p. 13.

46. D. GUTMANN, « Les droits de l'Homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, p. 334.

47. Conseil d'État 27 octobre 1995, affaire *Commune de Morsang-sur-Orge*, rec. 372, concl. Frydman : P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police », *RFDA* 1995, n° 6, pp. 1204-1217 ; M.-Ch. ROUAULT, « L'interdiction par un maire de l'attraction dite de lancer de nain », *LPA* janvier 1996, n° 11, pp. 28-32 ; N. DEFFAINS, « Les autorités locales responsables du respect de la dignité de la personne humaine. Sur une jurisprudence contestable du Conseil d'État », *RTD H.* 1996, pp. 657-693 ; A. PLATEAUX, « Moralité et police administrative du maire », *gaz. pal.* 1997, n° 238, pp. 2-9.

l'expression des droits parentaux faisant valoir une liberté toute puissante, face à des droits de l'enfant, non moins puissants, mais bien souvent réduits à entériner le fait accompli de l'exercice de certaines libertés parentales.

Placé au cœur de l'accès à la vie familiale, le rattachement familial de l'enfant est devenu un enjeu considérable pour tous ceux qui aspirent à avoir une vie familiale « normale ». Il se pourrait bien que le rattachement familial de l'enfant, dont la finalité était initialement l'intérêt de l'enfant, soit en train de progressivement dériver vers une autre finalité : l'accès à la vie familiale pour les parents. Ne faut-il pas voir dans les détournements plaqués par certains requérants la volonté d'obtenir la réorganisation ou la restructuration d'une norme qui ne correspond plus aux attentes⁴⁸ ? Le détournement serait la preuve d'un décalage entre la compréhension du monde de ceux qui conçoivent la norme et ceux à qui elle s'impose⁴⁹. Dans ce cas, il convient de s'interroger sur les contours du nouvel ordre symbolique que le droit de la famille doit retranscrire⁵⁰.

10. L'impossible définition de la famille. La famille est-elle une notion aussi figée que les débats récents ont pu le faire croire⁵¹? Pas sûr⁵². L'a-t-elle même été un jour ? De même qu'il était difficile de dire ce que serait la famille il y a un siècle, il n'est pas aisé d'en prévoir l'évolution aujourd'hui⁵³. C'est que les civilisations humaines changent en fonction du progrès technique, économique et social⁵⁴. La famille ne fait que suivre ce que deviennent les Hommes au fil des générations⁵⁵. Chaque génération aspire à trouver le mode de vie qui lui convient le mieux⁵⁶. La doctrine, souvent plus âgée, est alors tentée d'y voir une

48. N. CORDIER-DUMONNET, *Le détournement d'institution*, thèse, n° 597, p. 484.

49. « A cette occasion pourrait se vérifier ce qui semble être une constante sociologique dans tous les phénomènes de déviance, ou du moins dans tous les phénomènes de minorité : que le droit destiné à régir ces phénomènes procède beaucoup moins des déviants eux-mêmes, de leurs besoins et de leurs aspirations, que de la représentation très indépendante que s'en font les non-déviants. C'est, comme on le dit quelque-fois, un droit d'aliénation, un droit qui a son centre de gravité ailleurs que dans son objet, un droit qui se crée par les autres, et probablement pour les autres, pour la tranquillité de leur conscience morale » : J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, p. 99.

50. P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 420.

51. M. DOUCHY-OUUDOT, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 81.

52. P. CAULE, *L'empire des Sans*, Kami Productions, avec la participation de France Télévisions, 0h53; http://www.youtube.com/watch?v=7PRPnG_se_o.

53. P. MURAT, « Droit de la famille 2030... », *dt. fam.* janvier 2008, repères n° 1, p. 1.

54. Y. DERAÏ, M. PAULO, B. SWYSEN, *Rachida, Aux noms des pères*, 12 bis, Proost, Belgique, 2013, 48pp..

55. « Le XX^e siècle a commencé avec une population d'un peu moins d'un milliard d'êtres humains et s'est terminé avec une population de 6 milliards. Chacun de ces six milliards d'individus utilise en moyenne quatre fois plus d'énergie qu'il y a 100 ans » : R. HAMMOND, *Le monde en 2030*, éditions yago, 2008, p. 17.

56. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 10, p. 9.

crise de la famille : « *Il est malheureusement certain que notre génération assiste à une crise de la famille ; sans doute cette institution, base de la société, n'est point mise en question dans son principe ; mais elle a une progression à se transformer, à évoluer ; le principe d'autorité qui fut traditionnellement à sa base, s'affaiblit ; les diverses puissances maritale et paternelle, qui en constituent les clefs de voûte, s'effritent ou s'adoucissent ; le mariage, qui en représente le point central, a perdu, avec le divorce, son caractère d'indissolubilité ; l'esprit critique et l'esprit d'égalité extrême ont fait leur œuvre, dans ce domaine comme ailleurs, et la famille apparaît, non plus ainsi que jadis, comme une institution quasi-divine, bénéficiant d'un statut particulier, mais comme une institution tout court, comme une société dont les membres, échappant le plus tôt possible au principe d'autorité, sont gouvernés par des idées plutôt que par des personnes* »⁵⁷. La famille change⁵⁸. C'est tout.

11. La famille vue par la société. La famille est un enjeu de société et l'État ne peut pas détourner le regard⁵⁹. Il doit intervenir. Lorsqu'il le fait, les définitions se déclinent souvent en fonction des objectifs poursuivis. Dans une quête permanente de vie « normale » idéalisée, l'État dicte sa vision de la famille à travers la contrainte de l'impôt ou l'incitation de l'avantage fiscal⁶⁰. D'une certaine manière, la définition de la famille dépend donc des catégories décrétées par l'État pour la comprendre : déterminisme suprême auquel chacun aspire d'être soumis pour être « normal »⁶¹.

L'élaboration des politiques sociales va tout azimut ! Réforme des allocations familiales ; réforme du quotient familial ; réforme de la réduction d'impôt pour frais de scolarité ; réforme de l'exonération d'impôt sur le revenu des majorations de retraite pour charges de famille ; réforme de la fiscalité des libéralités entre vifs ; réforme de la fiscalité des successions ; réforme de la définition de parent isolé, de la famille monoparentale, de la

⁵⁷. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français, tome premier, théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, n° 677, p. 354.

⁵⁸. Pour un exemple de polémique à propos de la définition de la famille qui fit scandale en son temps : « *Pour les familles ; que leur attente légitime d'un soutien de la société ne soit pas déçue ; que leurs membres se soutiennent avec fidélité et tendresse tout au long de leur existence, particulièrement dans les moments douloureux. Que l'engagement des époux l'un envers l'autre et envers leurs enfants soient un signe de la fidélité de l'amour. Pour les enfants et les jeunes ; que tous nous aidions chacun à découvrir son propre chemin pour progresser vers le bonheur ; qu'ils cessent d'être les objets des désirs et des conflits des adultes pour bénéficier pleinement de l'amour d'un père et d'une mère* » : Proposition nationale pour une prière des fidèles en la fête de l'assomption 2012.

⁵⁹. G. ANDRIEU, « Pour Yves Cochet, le péril vert, c'est les bébés ! », *Marianne*, 8 avril 2009, www.marianne2.fr, consulté en avril 2009.

⁶⁰. P. ARIÈS, *Pour sauver la Terre : L'espèce humaine doit-elle disparaître ? De l'humanisme à l'humanicide : les délires terroristes des néo-malthusiens*, L'Harmattan, questions contemporaines, Paris, 2002.

⁶¹. R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, p. 35.

famille homoparentale, de la famille recomposée, du congé de maternité, du congé de paternité, du congé pour enfant malade⁶²... Où trouver la norme ? Au moins depuis la troisième République et ses lois sociales⁶³, la famille se réforme en permanence, parfois par grandes lois, surtout par touches dissimulées⁶⁴.

12. La famille vue de l'intérieur. Loin des préjugés moralement idéalisés, la famille est peut être avant tout factuelle et protéiforme. Des histoires personnelles, des trajectoires singulières, des parcours improbables : autant de hasards qui constituent, à la fin de la vie, l'originalité de l'identité de chacun. La transmission d'un bijou « de famille » à celles qui entrent puis sortent de la famille⁶⁵ ; l'arrivée d'un nouveau « parent » dans la famille⁶⁶ ; l'existence d'un tiers, qui n'est pas la famille, mais que l'on aime quand même « comme » un membre de la famille⁶⁷. Il y a aussi ceux pour lesquels il est impossible de savoir s'ils font partie de la famille⁶⁸ ; ceux à qui l'on impose la famille⁶⁹ ; ceux qui revendiquent un lien de famille envers et contre tout⁷⁰ ; ceux dont il est certain qu'ils ne font pas partie de la famille malgré les apparences⁷¹. Et puis il y a l'enfant qui, dès lors qu'il acquiert l'âge de raison, joue lui aussi un rôle, revendiquant de son côté la famille qu'il veut⁷², ou au contraire qu'il ne veut pas⁷³. Que l'un de ses « parents » décède, et la définition de la famille est encore mise à l'épreuve : compenser par l'héritage l'affection que l'on aurait pas eu⁷⁴; demander à porter le

62. V. AVENA-ROBARDET, « Projet de loi de finances pour 2014. Bonnes et mauvaises nouvelles », *AJ fam.* 2013, p. 530.

63. Voir pour quelques exemples pris au hasard sur des thèmes variés qui ont contribué chacun à leur manière à redéfinir la famille : R. JAY, « Le travail des enfants et des femmes dans l'industrie, La réforme de la loi du 19 mai 1874 devant la chambre des députés », *lois nouvelles* 1889, p. 32 ; Loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés du 24 juillet 1889, *lois nouvelles* 1889, p. 236 ; H. ROLLET, « Loi du 19 avril 1898 sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants », *lois nouvelles* 1899, p. 49 ; A. VIGIÉ, « Loi modifiant l'article 340 du Code civil, Reconnaissance judiciaire de la Paternité naturelle, 16 novembre 1912 », *lois nouvelles* 1913, p. 17.

64. A.-M. LEROYER, « Congé de paternité et d'accueil de l'enfant », *RTD civ.* 2013, p. 185.

65. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Les pérégrinations d'une bague de fiançailles », *dt. fam.* février 2008, comm. 23.

66. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Où l'on reparle des droits du beau parents », *dt. fam.* mai 2008, repère n° 5.

67. S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'autorité parentale et les tiers », *dt. fam.* avril 2010, étude 7.

68. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Qui est la mère ? », *dt. fam.* septembre 2008, repère n° 8, p.1.

69. L. MAUGER-VIELPEAU, « La conception d'un enfant décidée par la mère seule peut constituer une faute cause de divorce », *dt. fam.* octobre 2007., n° 189, p. 20.

70. A. GOUTENOIRE, « Grands-parents envers et contre tout », *lexbase hebdo* 2011, n° 427.

71. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Où la déclaration de l'enfant sous le nom de jeune fille de la mère est une faute cause de divorce », *dt. fam.* février 2008, comm. 26.

72. J. MASSIP, « La fixation par le juge de la résidence de l'enfant chez une personne autre que ses père et mère », *LPA* août 2009, n° 164, pp. 11-14.

73. A. GOUTTENOIRE, P. SALVAGE-GEREST, « Droit au respect de la vie familiale et adoption internationale, une première déconcertante : l'arrêt de la CEDH du 22 juin 2004 », *dt. fam.* décembre 2004, n° 12, pp. 21-25.

74. M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « La Cour de cassation enfin favorable à l'établissement automatique du lien naturel de filiation maternelle par acte de naissance », *RLDC* 2006, n° 29, pp. 41-44.

nom de « son » père⁷⁵; rechercher ses origines⁷⁶... La famille ne se résume t-elle pas aujourd'hui à une bataille de définitions laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond⁷⁷?

13. Égalité, liberté. Souvent définie comme l'entité sociale de base, la famille constitue un socle qui s'adapte sans cesse à de nouveaux besoins. Les grandes modifications contemporaines ont eu lieu en faveur de l'égalité⁷⁸. Égalité des époux en matière de mariage dans un premier temps. Et puis, au fur et à mesure que la notion de vie familiale s'est désintéressée de la vie de couple, les parents ont reçu des droits égaux sur les enfants⁷⁹, les enfants entre eux sont devenus égaux quels que soient les choix de vie de leurs parents⁸⁰. Et enfin les couples ont obtenu un accès égal à l'enfant quels que soient leurs choix de vie⁸¹. Mais les familles ont aussi gagné plus de liberté. L'organisation de son fonctionnement est moins rigide⁸². Le concubinage n'a plus de conséquence sur la situation de l'enfant⁸³. Les parents peuvent aménager l'exercice de l'autorité parentale librement⁸⁴. Quelle égalité l'enfant a-t-il obtenu face à l'expression toute puissante de la liberté parentale de procéder ou non à l'établissement du lien de filiation ?

14. Mutation symbolique. Sans doute sous l'influence de la volonté d'une génération et de l'éducation qu'ils ont donné à leurs enfants, la famille a perdu son caractère holiste. La famille séculaire et collective est devenue une famille générationnelle et individuelle, évolutive au grès de la volonté des nouveaux « parents »⁸⁵. Alors que par le passé l'individu n'existait qu'en tant qu'il appartenait à l'une de ces entités⁸⁶, c'est aujourd'hui lui qui

⁷⁵. P. MURAT, « La possession d'état au secours du fils du condamné à mort », *dt. fam.* septembre 2002, pp. 21-23.

⁷⁶. C. LE GOFFIC, « Identification génétique *post mortem* : pour une modification de l'article 16-11 du Code civil », *RRJ* 2010, pp. 1181-1187.

⁷⁷. C. SIFFREIN-BLANC, « Le concubinage et la naissance d'un enfant commun ne suffisent pas à caractériser une promesse de mariage », *dt. fam.* juillet 2010, comm. 110.

⁷⁸. P. MURAT, *Les grandes mutations du droit de la famille*, conférence, « le podcast de l'école doctorale sciences juridiques », 83 min. : <http://podcast.grenet.fr/episode/les-grandes-mutations-du-droit-de-la-famille/>

⁷⁹. Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF* 9 janvier 1993, n° 7, p. 495.

⁸⁰. Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF* 6 juillet 2005, n° 156, p. 11159.

⁸¹. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* 2013, n° 0114, p. 82531.

⁸². Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* 27 mai 2004, n° 122, p. 9319.

⁸³. Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 mars 2002, p. 4161.

⁸⁴. L. FROSSARD, « L'autorité parentale après la loi du 17 mai 2013 : un pas vers la reconnaissance de la parentalité », *LPA* juillet 2013, n° 133, p. 37.

⁸⁵. J. HAUSER, « La loi, le juge et la volonté dans les réformes de la famille », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, p. 155.

⁸⁶. Suivant le mot d'Oscar Wilde : *être en couple c'est ne faire qu'un. Oui. Mais lequel ?*

revendique la « propriété » de cette famille qui n'existe plus comme groupe, mais en tant que lien⁸⁷. Tant les parents que l'enfant revendiquent en général l'établissement d'un lien, et non pas la reconnaissance de l'appartenance à un groupe.

En ce sens, les débats qui ont eu lieu autour de la détermination égalitaire du nom de l'enfant emportaient sans doute les conséquences d'une mutation métaphysique qui n'a pas toujours été perçue. En effet, l'usage du nom, dit patronymique, présupposait « l'indissolubilité et l'exclusivisme du mariage [...] rattachant l'enfant, par un nom unique, à un couple indestructible »⁸⁸. A l'instar d'un bijou centenaire ou d'un livre de recette, le nom se conservait en propriété indivise entre les générations familiales, rattachant l'enfant à un père et une mère qui acceptait la plupart du temps de partager ce nom⁸⁹. Il le rattachait aussi de fait à des grands-parents et des aïeux plus lointains dans ses branches maternelle et paternelle. Socialement, la grossesse donnait la qualité de mère de l'enfant et la transmission du nom donnait la qualité de père de l'enfant⁹⁰. Le nom était sans doute moins la manifestation d'une inégalité sexiste, que l'expression d'une identité collective qui appartenait à tous.

En forçant le trait, aujourd'hui l'acte de naissance consacrerait la victoire du champion d'une sorte de « course à... » l'enfant, dans laquelle le premier arrivé donnerait son nom à « leur » enfant⁹¹. Le nom serait devenu le vecteur suprême de l'appropriation générationnelle, comme en témoigne d'ailleurs la préférence pour l'adoption plénière, lorsque l'adoption simple pourrait suffire⁹². N'y-a-t-il pas une certaine influence consumériste à vouloir apposer à tout prix sur l'enfant sa Marque⁹³? Heureusement en pratique les choses n'en sont pas toujours là⁹⁴. Cependant, derrière la potentialité de cet excès, il y a une idée

87. « Il apparaît important de réfléchir sur un phénomène généralisé à la fin du XX^e siècle, qui voit le passage d'un droit qui protège à un droit qui recherche la satisfaction des préoccupations individuelles » : A.-Cl. AUNE, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, n° 3, p. 17.

88. Cl. NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, thèse, n° 62, p. 63.

89. Ph. JULIEN, « Le père nommant ou le père nommé ? », in L. KHAÏAT (dir.), *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, p. 89.

90. E. FILIBERTI, « Les familles ne sont plus seulement fondées par le mariage et dissoutes par la mort », *LPA* mai 2004, n° 92, p. 73.

91. N. BETTIO, « Le droit à l'enfant, nouveau droit de l'Homme ? », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 20 octobre 2010, n° 2, p. 473.

92. J. HAUSER, « Le droit à adopter : la vérité biologique au prix de la course (suite) », *RTD civ.* 2011, p. 527.

93. Il faut noter qu'à l'heure actuelle, il est difficile de trouver une influence de même nature sur la perception par l'enfant du lien de filiation. Il y aurait donc un décalage entre les adultes qui cherchent à s'approprier des enfants qui n'en demandent pas tant.

94. Case of *Gorgulu v./ Germany*, 26 mai 2004, application n° 74969/01 ; Case of *Rozanski v./ Poland*, 18 août 2006, application n° 55339/00 ; Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07 ; Case of *Schneider v./ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07 ; Affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10 ; Case of *Kautzor v./*

symbolique qui est peut être déjà la conséquence d'un changement de mentalité dans la conception même du rattachement familial de l'enfant, et à laquelle il serait intéressant d'être plus attentif⁹⁵ : la grossesse ne fait plus la mère et la transmission du nom ne fait plus le père. Le schéma est bouleversé. L'enfant n'est plus rattaché à une famille ; c'est en se rattachant l'enfant que l'individu construit sa famille⁹⁶. Dès lors, entre droits de l'enfant et droits parentaux, le droit de la filiation aspire à trouver de nouveaux critères pour déterminer quels peuvent être les supports de ce rattachement familial de l'enfant, quelles doivent être les limites à l'expression de la volonté parentale et quelles contreparties l'enfant doit-il pouvoir y trouver⁹⁷.

15. Mutation biologique. D'un point de vue biologique, également, certaines avancées ont entraîné une mutation de la façon de penser la famille et le rattachement familial de l'enfant⁹⁸. Il est désormais possible d'être le père ou la mère biologique d'un enfant sans avoir eu de rapport sexuel. Tout l'enjeu du débat est de savoir de quelle parenté biologique il est question lorsque le droit se fonde sur des données génétiques pour concevoir l'acte de naissance, la reconnaissance de l'enfant et son action en recherche de filiation. Quels parents l'enfant peut-il revendiquer ? La décorrélation entre la maternité génétique et la maternité physiologique instituée par la procréation médicalement assistée avec tiers donneur a relégué au musée des curiosités juridiques la millénaire présomption irréfragable *mater semper certa est*⁹⁹. Mieux encore, ceux qui, au titre de leur infertilité ne pouvaient pas avoir d'enfant et de ce fait étaient « diminués » par rapport aux couples féconds, se trouvent non plus en situation d'égalité, mais « d'augmentation ». L'enfant qui est issu de

Germany, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; *Case of Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09.

95. J. COMMAILLE, « Repenser politiquement le droit de la famille. L'exemple de l'homosexualité », *AJ. fam.* novembre 2006, dossier, p. 401.

96. I. CORPART, « L'homosexualité à l'épreuve du droit de la famille », *RRJ* 2003, p. 701.

97. « *Les requérantes rappellent que A. a été conçue en Belgique par insémination artificielle avec donneur anonyme. Bien qu'élevée depuis sa naissance par deux femmes, A. n'a, sur le plan juridique, qu'un seul parent, la deuxième requérante. Celle-ci a transmis son nom à A., exerce seule l'autorité parentale, et lui transmettra ses biens à sa mort. En revanche, sur le plan juridique, la première requérante n'a ni devoir ni droit vis-à-vis de l'enfant* » : *Affaire Gas et Dubois c./ France*, 15 mars 2012, requête n° 25951/07, § 41.

98. « *On voit sans peine que les techniques de procréation et de contrôle de la qualité des enfants n'affectent pas seulement l'avoir à travers les coûts directs ou indirects. Elles affectent l'être donc posent des questions métaphysiques qu'il est vain d'ignorer. L'affaire Perruche révèle bien que pour les avoir occultées ou refoulées, elles peuvent faire des retours violents. Or si le droit laïque et profane ne prend pas en compte cette dimension métaphysique du sens de la vie et qu'il s'en empare quand même en conférant aux juges le pouvoir de décider des critères d'une vie digne d'être vécue, il risque fort de fabriquer une société plus violente qu'elle ne l'est naturellement* » : C. LABRUSSE-RIOU, G. CANSELIER, I. RONDOT, H. ACHMAOUI, A. RAVELET, *Naissances handicapées et responsabilité, Recherche sur l'impact de l'arrêt Perruche sur la jurisprudence et sur les pratiques en matière d'assurance médicale*, rapport du centre de recherche sur le droit des sciences et des techniques, septembre 2005, p. 234.

99. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Qui est la mère ? », *dt. fam.* septembre 2008, repère, n° 8, p. 1.

l'acte de procréation médicalement assistée a bénéficié d'une sélection et d'un diagnostic préimplantatoire destiné à garantir qu'il est en bonne santé¹⁰⁰. Il commence donc sa vie avec moins de fatalité qu'un enfant « normal », c'est-à-dire moins de chances statistiques d'être anormal. L'accès à des enfants qui sont moins soumis au hasard donne aux couples des enfants d'une nouvelle catégorie : l'enfant supra-normal¹⁰¹. Or cette supra-normalité aura nécessairement des répercussions sur la manière dont les liens familiaux se construiront entre l'enfant et ses parents.

D'autre part, les embryons peuvent faire l'objet d'une sélection négative, c'est-à-dire que l'on peut retirer les embryons qui ne sont pas sains. Mais ils peuvent aussi faire l'objet d'une sélection positive. Il est possible de choisir celui-là. D'une importance pratique sans doute réduite, symboliquement, la différence est cruciale. La sélection négative laisse encore une chance au hasard de prospérer, lorsque la sélection positive n'est que l'expression de la volonté pure¹⁰². Le sentiment d'appropriation générationnelle peut-il s'épanouir sereinement en l'absence de si peu de fatalité¹⁰³? Face au droit de procréer, il est courant de dire qu'il ne peut

100. « En l'espèce, la Cour considère que le désir des requérants de procréer un enfant qui ne soit pas atteint par la maladie générique dont ils sont pourtant porteurs sains et de recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée et au D.P.I. Relève de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de leur vie privée et familiale » : *Affaire Costa et Pavan c./ Italie*, 28 août 2012, requête n° 54270/10, § 57 ; E. PUTMAN, « Droit au diagnostic pré-implantatoire pour le respect de la vie familiale », *RJPF* 2012, n° 9, p. 29 ; C. PICHERAL, « Les prudentes avancées de la Cour EDH en matière d'accès au diagnostic préimplantatoire », *JCP* 2012, n° 43, pp. 1946-1949 ; J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D.* 2013, n° 10, pp. 663-675 ; Ch. BYK, « Bioéthique », *JCP* 2013, n° 37, pp. 1647-1653 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Le droit des parents de procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs », *RTD civ.* 2012, p. 697.

101. È.-Z. LEGROS, « L'embryon défectueux », *LPA* décembre 2002, n° 243, p. 63.

102. Article L. 1241-2 du Code de la santé publique : « *Aucun prélèvement d'organe, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale* ».

Article L. 1241-3 : « *Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1241-2, en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur* ».

103. Pour un exemple ancien de recherche de l'Homme augmenté : « Au livret V de la *République*, Platon, dans l'élaboration de la Cité idéale, essaye de penser la formation des gardiens qui doivent constituer l'élite de la Cité. Platon refuse de s'en remettre au hasard pour les accouplements. Il détruit ainsi l'*oikos* sélectionne femmes et hommes de valeur, et les fait vivre en communauté afin qu'il s'accouplent entre eux et procréent des enfants de qualité. Pour que les enfants appartiennent à la Cité et non à leurs géniteurs, ils sont conduits au bercail où les mères allaitent les bébés sans qu'il ne leur soit permis de reconnaître le leur. Ainsi, selon Platon, les père et mère considéreront comme leur appartenant tous les enfants nés à la même période que ceux qu'ils ont conçu. Cette philosophie politique platonicienne avait pour finalité de parvenir à une Cité une où devait disparaître toute division et où le bien du citoyen serait confondu avec le bien de la Cité. Or, dans la *Politique*, Aristote critique la communauté des femmes et des enfants. Il est, selon lui, dangereux de supprimer la famille, car on prend, en effet, très peu de soin de ce qui appartient en commun au plus grand nombre : chacun se soucie au plus haut point de ce qui lui appartient en propre, mais quand il s'agit de ce qui appartient à tout le monde, on s'y intéresse bien moins, ou seulement dans la mesure de son intérêt personnel [...] Ce que Platon n'a pas compris et qu'Aristote souligne avec force est qu'il y a dans l'homme, deux mobiles prédominants de sollicitude et d'amour : le sentiment de la propriété et l'affection exclusive » : D. YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, p. 29.

pas y avoir de droit de l'enfant parce que, par hypothèse, il n'est pas encore né¹⁰⁴. Mais dans la mesure où techniquement et virtuellement ce « projet parental » a bien vocation à devenir un être humain, plus que jamais la question peut se poser de savoir si la naissance doit être exclusivement le point de départ de la protection de l'être humain par les droits de l'enfant¹⁰⁵. En effet, le droit de l'enfant de connaître ses origines ne risque-t-il pas de susciter des souffrances auxquelles les juges ne pourront pas rester insensibles, et qui trouveront leur fondement dans les manipulations qui auront eu lieu avant la naissance de l'enfant¹⁰⁶? Quel est le bénéfice de l'opération pour l'enfant¹⁰⁷?

16. Vie familiale. La famille est-elle liée à la parenté ? Parenté du sang, parenté de l'alliance ou adoptive ; là encore, les critères de définition ne manquent pas et la famille de l'un n'est pas toujours la famille de l'autre. A s'en tenir à la définition donnée par le Comité international des droits de l'enfant, la famille de l'enfant serait celle que les liens du sang désignent par opposition à la « protection de remplacement » que constitueraient toutes les formes de recueil volontaire de l'enfant. Sans pour autant contredire cette vision, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la notion de vie familiale a été complétée, cette fois par opposition à la vie privée¹⁰⁸. En particulier, les éléments relatifs à la vie sexuelle relèverait de la vie privée, lorsque les sentiments, pour leur part, relèveraient du droit à la vie familiale¹⁰⁹. La famille se définirait alors comme l'ensemble des personnes unies par un vécu commun¹¹⁰. La famille serait le résultat du lien qui fédère des

104. Article 16-4 du Code civil : « Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne ».

105. J. HAUSER, « Euthanasie : le droit au néant et l'Europe », *RTD civ.* 2002, n° 2, p. 485.

106. J.-F. KRIEGK, « Droit civil, procréation, et dignité humaine », *gaz. pal.* décembre 2004, n° 353, p. 2.

107. « Si jointe au consentement, la nécessité médicale constitue toujours un fait justificatif pour le praticien, sa signification varie en fonction du but poursuivi. C'est donc l'intérêt qui sous-tend l'atteinte au corps humain qui donne sans sens à la nécessité, et qui justifie l'acte, qualifié dans tous les cas de médical. Ainsi, lorsqu'elle s'apprécie au regard d'un bénéfice individuel, la nécessité médicale se révèle protectrice d'un intérêt personnel, alors que, confondue avec le mobile de l'auteur de l'acte ou de ses bénéficiaires, elle se fonde sur des besoins ou des exigences collectifs, et se prétend protectrice de l'intérêt social » : P. HENNION-JACQUET, « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS* 2007, p. 1038.

108. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 20, p. 13.

109. « *Turning to the instant case, the Court observes that the relationship between Ms P. and the applicant had ended approximately one year before the child R. was conceived. According to the applicant's own submissions, the ensuing relations between himself and Ms P. were of a purely sexual nature. There is no indication that the applicant and Ms P., who cohabited at the time with Mr M., envisaged founding family together. There are no signs of any commitment of the applicant towards the child before it was born. Under these circumstances, the Court is not convinced that the applicant's decision to demand a paternity test and to bring an action aimed at establishing his paternity were sufficient to bring the relationship between himself and R. within the scope family life* » : *Case of Ahrens v/ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09, § 59.

110. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille*, n° 1,

personnes autour d'un sentiment commun d'appropriation générationnel : un lien si fort que l'on puisse le revendiquer jusque devant la Cour européenne des droits de l'Homme au titre du droit au respect de la vie familiale¹¹¹.

Cependant, si fort soit-il, aucun lien fondé sur l'affection ne peut s'affranchir de la réversibilité inhérente à la disparition de l'affection. Dès lors, tant du point de vue des droits de l'enfant que du point de vue des droits parentaux, la question se pose de savoir si l'absence de stabilité, au nom de la liberté individuelle, ne risque pas d'entraîner une insécurité juridique aux conséquences dévastatrices. Alors que, par le passé, le souci principal du législateur était de donner des parents à tous les enfants, la raréfaction des enfants implique pour le législateur de donner un enfant à tous ceux qui « veulent » devenir parent : dans ce cas, ne faut-il pas trouver de nouveaux équilibres entre les droits de l'enfant et les droits parentaux pour que des sentiments de dette, envers la société et envers l'enfant, ne viennent pas troubler l'épanouissement du sentiment d'appropriation générationnelle ?

17. L'enfant en partage. On le voit, l'enfant ne cesse d'être au centre des préoccupations contemporaines. Crainte de prolifération des enfants¹¹² ou crainte de leur raréfaction¹¹³, l'éventail des regards posés sur lui est large et n'est pas toujours bienveillant¹¹⁴. Quelles que soient les prises de positions en la matière¹¹⁵, elles visent à influencer *in fine* les logiques qui sous tendent son rattachement familial¹¹⁶. La baisse de la natalité est en train de créer une tension sans précédent autour de lui¹¹⁷. Il est de moins en moins question, comme c'était le cas à la fin du vingtième siècle, de penser le lien avec l'enfant de manière exclusive. Les intervenants qui se succèdent dans la vie de l'enfant revendiquent maintenant d'obtenir des liens avec lui. Alors, comme pour les bicyclettes ou les automobiles, l'avenir est peut être à l'enfant en partage¹¹⁸. La société est certainement en train de découvrir sur l'enfant une

p. 3.

111. A. GOUTTENOIRE, « Vie familiale », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, S. RIALS, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, F. SUDRE, (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2008.

112. Ch. DEROBERT-RATEL, « Le néo-malthusianisme en France et sa répression (1895-1920) (Ière Partie) », *RRJ* 2005, p. 1711.

113. F. ROME, « Vatican vieux... », *D.* 2009, n° 11, p. 713.

114. P.-A. TAGUIEFF, « Au cœur du raisonnement galtonien : le paradoxe de la politique malthusienne et sa solution eugéniste », *Raison politique* 2007, n° 26, p. 186.

115. J. MERCHANT, « Féminismes américains et *reproductive rights*/droit de la procréation », *Le mouvement social*, La découverte, février 2003, n° 203, p. 57.

116. G. ALLIX, « Le poids de la natalité menacerait le climat, L'ONU évoque un chiffre écologiquement viable de la population mondiale, les émissions de gaz carbonique ont battu un nouveau record en 2008 », *Le monde*, 65^{em} année, n° 20161, jeudi 19 novembre 2009, p. 4.

117. N. BETTIO, « Le « droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme ? », *RDP* 2010, n° 2, p. 473.

118. J. HAUSER, « La Cour EDH invente les paternités « probables » pour décider d'un droit de visite », *RTD*

nouvelle forme de lien familial, différente du droit de connaître ses origines, différente du lien de filiation classique. Il s'agirait d'un lien polygonéique¹¹⁹, laissant se superposer autant des liens reconnus au titre de la génétique ou de la volonté, que des liens de fait fondés par exemple sur l'exercice régulier d'un droit de visite et d'hébergement¹²⁰. Dans la mesure où il participe de la protection et de l'éducation de l'enfant, ce lien n'a pas vocation à rester dans la sphère du droit au respect de la vie privée, mais a bien l'ambition de s'assumer au titre du droit au respect de la vie familiale, de même que le lien de filiation proprement dit¹²¹. Cette nouvelle tendance appelle de nouveaux questionnements sur les contreparties concrètes qu'il conviendrait de donner à l'enfant. Or les réflexions autour de ce que l'on appelle parfois aussi la « parentalité » évoquent rarement quel bénéfice l'enfant pourrait retirer de l'émergence de ce lien polygonéique.

18. Le rattachement familial de l'enfant. Si l'on veut bien admettre, conformément à la Convention internationale des droits de l'enfant, qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de bénéficier d'un dispositif de protection et de transmission, alors il faut en conclure qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de bénéficier d'un rattachement familial. Quels sont les critères de ce rattachement familial ? Les parents ont-ils le droit à un enfant en particulier ? L'enfant a-t-il le droit à des parents en particulier ? L'expression de la volonté des uns remet-elle en question la dignité de l'autre ?

En postulant que le rattachement familial aurait pour support contemporain le lien génétique entre l'enfant et ceux que, notamment la Convention internationale des droits de l'enfant, désigne comme « ses parents », dès le moment de la naissance de l'enfant, le processus d'enregistrement auquel ces parents acceptent de se soumettre ou non pour se faire connaître va avoir des conséquences sur le rattachement familial de l'enfant. En effet, à ce stade de la vie de l'enfant, le législateur laisse aux parents une liberté totale. Ils peuvent : soit masquer leur identité, et, de ce fait, interdire ou tout au moins rendre très difficile à l'enfant toute action ultérieure pour les retrouver ; soit se faire connaître et retranscrire en droit le lien de filiation qu'ils souhaitent faire prospérer avec l'enfant. Lorsqu'ils ne se sont pas fait

civ. 2012, p. 108.

119. Du grec : Πολύς (pl. Πολλοί) : nombreux, plusieurs. Et : Γονείς, έων : parents.

120. J. MASSIP, « La fixation par le juge de la résidence de l'enfant chez une personne autre que ses père et mère », *LPA* août 2009, n° 164, pp. 11-14.

121. Article 371-1 du Code civil : « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents 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* ».

connaître, ils pourront revenir sur cette décision jusqu'au jour de leur décès par le biais de la reconnaissance faite dans un testament authentique. Pour ceux à qui la nature n'a pas donné la liberté de choisir de devenir ou non parent, le législateur ouvre soit l'adoption, soit la procréation médicalement assistée qui ont, chacune à leur manière, vocation elle aussi à créer un lien familial avec un enfant. A l'inverse, lorsque l'enfant ne bénéficie d'aucun rattachement familial, ou d'un rattachement partiel, il lui est toujours possible d'agir pour faire établir sa filiation, cette fois sur un critère principalement génétique. La confrontation des droits parentaux avec les droits de l'enfant amène donc à distinguer ***La liberté parentale d'établir la filiation (Partie I)*** et ***Le droit de l'enfant d'établir sa filiation (Partie II)***.

Partie I : La liberté parentale d'établir la filiation

« La filiation n'est ni du domaine de l'être, ni du domaine de l'avoir : elle est du domaine de la relation. 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 »¹²².

19. Lien entre famille et identité. Il existe un lien étroit entre la famille et l'identité de l'enfant retranscrite sur son acte de naissance, en ce sens que la famille de l'enfant est en principe la première entité sociale à le prendre en charge. Elle constitue un maillon essentiel pour individualiser la protection de l'enfant et lui garantir la meilleure intégration sociale possible¹²³. Elle est aussi, dans bien des cas, la première structure à être informée de la naissance de l'enfant. En conséquence, l'État exige, dans l'intérêt de l'enfant, qu'elle le fasse connaître et qu'elle le rende identifiable. Cependant, la plupart du temps, le pouvoir de nommer l'enfant n'est pas neutre. Il crée entre la famille et l'enfant une première interaction qui relève de « l'appropriation ». Il passe du statut d'enfant indéfini, à celui d'enfant de cette famille. Opération presque mystique, cette appropriation générationnelle l'autorise à désigner l'enfant comme « le sien »¹²⁴. La contrepartie pour l'enfant est de trouver au sein de cette famille un patrimoine intellectuel et un patrimoine matériel.

Malgré l'évidence qu'elle représente idéologiquement pour certains, la famille n'a rien de naturel. Elle est une entité sociale construite par l'Homme à travers la loi, la coutume, ou la tradition. Elle a donc vocation à évoluer en même temps que les sociétés humaines. La famille pourrait se définir comme une somme de relations privées que l'on a souhaité rendre publiques : la reconnaissance d'un enfant, le mariage, le divorce ou le décès¹²⁵. Pourtant, il est courant de dire que l'enfant qui n'a « pas de famille » est celui qui n'a pas bénéficié de la retranscription publique du lien génétique qui le relie à ses origines. Il existerait donc une famille idéalisée vers laquelle tendrait cette famille juridique. C'est pourquoi, en tant que construction juridique, la famille peut prendre plusieurs formes suivant la société et l'époque considérée¹²⁶. Certaines sociétés primitives donnent par exemple pour

122. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, n° 69, p. 66.

123. R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, p. 65.

124. J. NOEL, « Les vrais parents », *LPA* mai 1995, n° 53, p. 53.

125. R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, p. 68.

126. S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « Miroir d'outre-mer : la famille, le droit civil et la coutume kanak », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 655.

famille à l'enfant tous les hommes et toutes les femmes du groupe au sein duquel il naît¹²⁷. D'autres sociétés comme à Rome, donnent à l'enfant une parenté naturelle maternelle attestée par l'accouchement, et une filiation paternelle qui ne peut exister qu'à travers le mariage entre le père et la mère¹²⁸. La société française contemporaine, pour sa part, privilégie un système mixte dans lequel coexistent une filiation de l'exactitude génétique avec une filiation de l'intérêt de l'enfant ou de la famille¹²⁹. Toutefois, quelle que soit la société, elle donne toujours à la famille les moyens de s'approprier l'enfant au sens générationnel du terme¹³⁰.

Ainsi, par exemple, à Rome, l'enfant ne pouvait entrer dans sa famille qu'à la condition d'être accepté par le *pater familias*¹³¹. Le rituel du *tollere liberum* consistait pour le *pater familias* à soulever l'enfant en signe d'acceptation¹³². Aujourd'hui encore, les parents accomplissent un rite d'appropriation de l'enfant puisqu'au moment de sa naissance ils le nomment aux yeux du monde en même temps qu'ils lui transmettent leur nom et lui donnent un prénom¹³³. Pour autant les choses changent, et ce rite a évolué vers la prise en compte de l'égalité parentale dans la transmission du nom à l'enfant, par exemple. Par ce cérémonial ancestral, dont la société conserve une trace à travers la rédaction par l'officier de l'état civil de l'acte de naissance de l'enfant, ils le font connaître et ils se font connaître. L'obligation de le faire connaître a été consacrée comme un droit de l'enfant par l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui les oblige à le faire enregistrer dès sa naissance. En revanche, les parents de l'enfant n'ont pas d'obligation absolue de se faire connaître, puisque l'article 7 conditionne le droit de l'enfant de connaître ses parents à la mesure du possible. L'enregistrement de la naissance de l'enfant n'entraîne donc pas automatiquement l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de ses parents au sens génétique. Que ce soit par le biais de l'acte de naissance, de la reconnaissance ou de l'adoption, l'établissement de la filiation de l'enfant est soumise à la volonté parentale de se faire connaître, et de se rattacher l'enfant. Dans son intérêt, l'enfant bénéficie alors d'un lien de filiation qui est créé à sa place par ceux qui le revendiquent. Au final deux techniques émergent, qui amènent à s'interroger sur le sens que notre société souhaite donner au lien de filiation : le lien de filiation est-il celui

127. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 147.

128. Paul, (D., 2, 4, 5) : « *Mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit ; pater vero is est quem nuptiae demonstrant* », cité par P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 199.

129. M.-J. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, p. 448.

130. Ph. JULIEN, « Le père nommant ou le père nommé ? », in L. KHAÏAT (dir.), *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, p. 89.

131. R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain (introduction historique, les sources, la procédure, les personnes, les droits réels, les successions)*, n° 196, p. 261.

132. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 127, p. 147.

133. Par exemple par texto : « Notre Thomas est né à 0h22 et il pesait 2kg160... ».

que l'on impose ou est-il celui que l'on proclame ? Nous explorerons ces deux pistes à travers la liberté parentale d'établir la filiation de l'enfant, en voyant d'une part ***Le rattachement automatique de l'enfant à une famille (Titre I)*** et d'autre part ***Le rattachement volontaire de l'enfant à une famille (Titre II)***.

Titre I – Le rattachement automatique de l'enfant à une famille

20. Naissance. La naissance est un événement très important pour notre société contemporaine. Il s'agit du point de départ de la personnalité juridique à laquelle tout être humain a droit¹³⁴. Certes, l'article 16 du Code civil protège l'être humain avant sa naissance¹³⁵. Mais la naissance de l'enfant vivant et viable ajoute à ce droit primordial à la dignité, le droit au respect de la vie privée¹³⁶, le droit au respect de son corps¹³⁷, le droit à l'intégrité de son corps¹³⁸, la capacité à être titulaire de droit et d'obligation¹³⁹, et d'une manière plus générale tous les droits que l'on regroupe sous la dénomination de « droits de la personnalité »¹⁴⁰. L'enjeu n'est pas anodin. C'est pourquoi la communauté donne une valeur spéciale à chaque naissance, et exige d'en être informée par tous les moyens¹⁴¹. Ainsi, toute personne ayant été informée de la naissance d'un enfant a l'obligation d'en faire le signalement à l'officier de l'état civil. La reconnaissance de chaque naissance est si importante socialement,

134. Article 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme : « *Les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

135. Article 16 du Code civil : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

Article 16-4 du Code civil : « *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection de personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne* ».

136. Article 9 du Code civil : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestres, saisies et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent s'il y a urgence, être ordonnées en référé* ».

137. Article 16-1 du Code civil : « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain et ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ».

138. Article 16-3 du Code civil : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ».

139. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, introduction, biens, personne, famille*, n° 103, p. 50.

140. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes. Personnalité – Incapacité - Protection*, n° 50, p. 57.

141. Article 56 du Code civil : « *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. L'acte de naissance sera rédigé immédiatement* ».

que même dans le cas de la naissance d'un enfant non vivant ou non viable, il a été décidé qu'il était possible d'en faire la retranscription¹⁴². En effet, l'acte de naissance de l'enfant constitue à la fois son histoire personnelle, et l'histoire personnelle de ceux qui sont à l'origine de sa procréation¹⁴³. Dès lors, cette marque sociale d'intérêt pour chaque personne va plus loin que la seule garantie d'une jouissance effective de ses droits. Elle inscrit la personne dans la mémoire collective ; une histoire personnelle de laquelle chacun tire la certitude qu'il est unique. L'acte de naissance, preuve de l'existence juridique de l'enfant, l'inscrit dans la société, l'identifie et l'individualise. C'est donc un acte primordial et indispensable tant par le préalable nécessaire qu'il constitue *L'enregistrement de l'enfant comme droit préalable à l'établissement de la filiation (Chapitre I)* que pour les effets qu'il emporte sur la filiation de l'enfant *Les effets de l'enregistrement sur la filiation (Chapitre II)*.

142. Article 79-1 du Code civil : « *Lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès. A défaut du certificat médical prévu à l'alinéa précédent, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie. Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, profession et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. L'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question* ».

143. Selon l'INSEE, en 2012 3 310 enfants ont été déclarés nés sans vie en mariage, et 5 151 hors mariage. www.insee.fr, consulté en octobre 2013.

Chapitre I – L'enregistrement de l'enfant comme droit préalable à l'établissement de la filiation

21. Identification de l'enfant. Comment t'appelles-tu ? Quel âge as-tu ? Deux questions auxquelles tout enfant apprend à répondre fièrement, avant même d'en comprendre l'importance¹⁴⁴ ! Plus tard, c'est en marge de ses copies d'école que l'enfant continue de retranscrire son identité, ou encore à l'occasion de son inscription à des examens. L'identification des personnes implique en général la réunion de trois éléments fondamentaux : « le nom la désigne, le domicile la situe, l'état civil l'enregistre »¹⁴⁵. L'acte de naissance est le premier acte de l'état civil auquel la personne est soumise¹⁴⁶. Il retranscrit ses principaux éléments d'identité, auxquels sont ajoutés la date et l'heure de la naissance, ainsi que le sexe. Il a vocation à être complété tout au long de la vie de la personne¹⁴⁷. C'est que, pour exister socialement et être protégée contre le risque de fraude ou de trafic humain, toute personne doit être nommée, comptée et recensée¹⁴⁸. Plus généralement, l'État a besoin de ces informations pour pouvoir appréhender les individus qui lui sont rattachés de par leur naissance¹⁴⁹. En fonction des informations collectées, il pourra faire bénéficier les personnes ainsi identifiées de certaines prestations, ou les contraindre à remplir leurs obligations sociales¹⁵⁰. C'est ainsi que, déjà en Égypte trois mille ans avant notre ère, un recensement était fait tous les deux ans pour établir l'inventaire des terres et des meubles de chaque homme. Il servait ensuite de base pour la levée de l'impôt¹⁵¹. Aujourd'hui, l'identification de l'enfant permet notamment de prévenir les infractions qui pourraient être dirigées contre lui, ou encore de lui donner accès à des soins ou à l'école et dans une certaine mesure d'organiser une surveillance de l'action de ses parents dans la mise en œuvre de ses droits.

144. Ph. ARIÈS, *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, p. 1.

145. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, n° 100, p. 27.

146. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, introduction, biens, personne, famille*, n° 808, p. 304.

147. M. BRÜGGEMAN, « Le contenu de l'acte de naissance », in Cl. NEIRINCK (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, p. 111.

148. J.-P. GUTTON, *Établir l'identité ; l'identification des Français du Moyen âge à nos jours*, p. 113.

149. B. TEYSSIÉ, *Droit civil, les personnes*, n° 323, p. 195.

150. S. MIRABAIL, « Absence d'état civil », in J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine*, p. 117.

151. G. SICARD, « L'identité historique », in J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine*, p. 117.

22. Enregistrement des citoyens. L'enregistrement de l'enfant à sa naissance constitue le point de départ d'un fichage qui doit durer toute sa vie¹⁵². L'état civil est irréversible¹⁵³. Il n'est pas évident de déterminer si ce fichage est destiné prioritairement à le protéger ou à le surveiller ; nul n'a le droit à l'oubli des informations collectées¹⁵⁴. Quelle que soit sa politique¹⁵⁵, l'État a besoin pour la mener à bien, d'être en mesure d'identifier les personnes à qui elle s'adresse¹⁵⁶. Ainsi, l'on s'aperçoit que les éléments en possession de l'administration, et constituant l'identité d'une personne vont bien au delà de son nom, de son prénom, de sa capacité et de sa nationalité¹⁵⁷. Il s'agit d'informations retraçant de nombreux éléments de la vie des personnes, dont la conservation est parfois discutable¹⁵⁸. L'invention de l'informatique, et la connexion entre les différents terminaux a facilité l'évolution des techniques de fichage qui vont au delà des frontières de chaque État. C'est pourquoi des actions de coopérations internationales sont réalisées pour harmoniser les données et les rendre exploitables¹⁵⁹. Depuis les premiers registres baptismaux tenus dans les églises et destinés à constater les empêchements à mariage¹⁶⁰, les chiffres ont remplacé les noms, et le recoupement des informations favorise l'accès à des renseignements très détaillés¹⁶¹.

Après la Révolution française, les enquêtes et les recensements se multiplient pour procéder à la conscription des jeunes soldats. Fouché est l'un des premiers à comprendre l'importance de ce fichage pour la résolution des enquêtes de police, ou l'identification des cadavres inconnus lors des massacres révolutionnaires¹⁶². En plus de l'âge, apparaissent la mention de la couleur des cheveux, des yeux, la taille, le poids, la profession, le niveau

152. R. FRANK, « Rapport de synthèse », in colloque *L'état civil au XXI^e siècle : déclin ou renaissance ?*, Strasbourg, 13 et 14 mars 2009. www.ciec1.org, consulté en janvier 2013.

153. I. DAURIAC, « La différenciation des personnes par l'état civil : expérience calédonienne », *D.* 2013, p. 2092.

154. I ARDEEFF, « L'état civil est-il un casier civil ? », *D.* 2001, p. 1275.

155. La politique de distribution d'allocation aux familles est l'un des exemples de nécessité d'identification des personnes, R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, p. 71.

156. H. BOSSE-PLATIÈRE, « Actes de l'état civil », n° 5, p. 3.

157. J. MASSIP, F. HONDIUS, C. NAST, *Commission internationale de l'état civil (CIEC)*, strasbourg, octobre 2007. www.ciec1.org, consulté en janvier 2013.

158. J. HAUSER, « Les mentions d'état civil et le droit au respect de la vie privée », *RTD civ.* 2001, p. 106.

159. Recommandation CIEC n° 8, *Recommandation relative à l'informatisation de l'état civil*, Assemblée générale de Strasbourg le 21 mars 1991. www.ciec1.org, consulté en janvier 2013 ; Convention CIEC n° 25, *Convention relative au codage des énonciations figurant dans les documents d'état civil*, signée à Bruxelles le 6 septembre 1995. www.ciec1.org, consulté en janvier 2013 ; Convention CIEC n° 30, *Convention relative à la communication internationale par voie électronique*, signée à Athènes le 17 septembre 2001. www.ciec1.org, consulté en janvier 2013.

160. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 131, p. 152.

161. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 219, p. 420.

162. J.-P. GUTTON, *Etablir l'indentité ; l'identification des Français du Moyen âge à nos jours*, p. 113.

d'éducation...¹⁶³ Le dix-neuvième siècle se passionne pour les statistiques, et l'on veut connaître au mieux la population pour diriger le pays ; ce qui n'est possible qu'à partir d'un enregistrement précis de tous les citoyens¹⁶⁴. Les découvertes liées à la biométrie permettent une meilleure identification des personnes. Dans le même temps le standard de l'Homme « normal » fait son apparition dans l'inconscient collectif. Les statistiques des scientifiques font leur œuvre en offrant de nouvelles perspectives aux dirigeants. Le législateur cherche à utiliser cette connaissance des populations pour asseoir, notamment, des politiques sociales¹⁶⁵. Le sort des enfants devient une préoccupation majeure ; ils doivent être préservés de ce qui n'est pas « normal »¹⁶⁶. La politique de prévention du crime doit permettre de trouver et de punir le dénature, le malade, l'alcoolique¹⁶⁷. Il fallait donc identifier tous les enfants pour les protéger de leurs bourreaux¹⁶⁸.

Aujourd'hui, l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant donne à chaque enfant le droit d'être enregistré dès sa naissance. Bien que la France fasse partie des pays dans lesquels ce droit de l'enfant est le mieux respecté, il se trouve encore pourtant des hypothèses dans lesquelles certains enfants ne bénéficient pas de la pleine effectivité de ce droit parce que leurs « parents » ne se sont pas acquittés de leur première obligation à l'égard de l'enfant : le faire connaître. La loi du 5 mars 2007, réformant la protection de l'enfant, a érigé en délit pénal l'abstention de déclaration, et le sanctionne de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euro d'amende. La reconnaissance du droit de l'enfant

163. « La tenue de l'état civil a été aussi l'enjeu de luttes entre l'administration (justice, intérieur), entre élus et fonctionnaires (élus municipaux, magistrats ou préfets), entre fonctionnaires et médecins, ces derniers allant, pour tenter de s'imposer, jusqu'à ordonner un examen médical à la puberté pour statuer sur l'identité définitive du sexe, voire certaines particularités de l'oreille qui rendaient impossible toute fraude » : R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, p. 66.

164. D. AUBERT-MARSON, *Histoire de l'eugénisme*, p. 74.

165. L. GUERLAIN, *Droit et société au XIXe siècle. Les leplaysiens et les sources du droit (1881-1914)*, Thèse, p. 459.

166. 26 mai 1897 avec l'affaire Grégoire, la population prend conscience de l'importance de la répression des mauvais traitements à l'égard des enfants. Voir J. MAUPRAT, *Le progrès illustré*, 30 mai 1897, n° 337, www.collections.bm-lyon.fr ; « L'émotion fut considérable. Quel châtement allait pouvoir atteindre ce père dénature ? Pourrait-on lui infliger la peine de mort ou au moins celle des travaux forcés ? Immédiatement une lacune de notre Code pénal sautait aux yeux » : Travaux préparatoires, Loi du 19 avril 1898 sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants, *loi nouvelles* 1899, I, p. 52.

167. D. AUBERT-MARSON, *Histoire de l'eugénisme*, p. 212.

168. « Si le misérable n'était pas protégé par les gendarmes et par tout l'appareil de la justice, qu'on n'en doute point, il serait lynché. Et cela serait juste et moral. D'autant plus que celui qui infligea mille morts est assuré, de par les lois, d'échapper à la mort. Nos codes en effet n'ont pas prévu que l'homme descendrait jamais jusqu'à ce degré dans l'infamie. Grégoire est un criminel inédit. Depuis on a forgé de nouveaux textes, permettant de supprimer légalement de telles brutes. Mais la loi n'a pas d'effet rétroactif. Grégoire échappera donc au châtement suprême. La peine la plus élevée qui puisse l'atteindre est celle des travaux forcés à perpétuité. Et la conscience publique révoltée réclame à grands cris la peine du talion... Au moins que le sang du petit Pierre ne reste pas stérile. Que le souvenir de son agonie indicible serve à préserver des mêmes maux les tout petits exposés comme lui aux sévices de parents dénaturés » : J. MAUPRAT, *Le progrès illustré*, 30 mai 1897, n° 337, www.collections.bm-lyon.fr

d'être enregistré dès sa naissance a bien été consacrée en droit français, toutefois, la mise en œuvre de ce droit, se révèle parfois délicate, c'est pourquoi il convient de présenter ***La reconnaissance du droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance (section 1)***, avant d'exposer ***Le contrôle du droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance (section 2)***.

Section 1 - La reconnaissance du droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance

23. Droit de l'enfant. L'enregistrement de la naissance de l'enfant constitue un droit de l'enfant qui résulte de l'obligation qui est faite à toute personne ayant eu connaissance de la naissance de cet enfant d'y procéder¹⁶⁹. Cependant cette obligation ne saurait créer à elle seule un droit pour l'enfant. En effet, les auteurs admettent en général qu'il faut qu'il existe également un intérêt, ou un avantage pour le créancier du droit dont il puisse affirmer l'appartenance pour que l'on soit en présence d'un droit à proprement parler¹⁷⁰. Or il est possible de se demander si l'identité, enregistrée au moment de la naissance de l'enfant, est une identité qui lui appartient, ou si elle ne constitue pas plutôt une étiquette qui lui est imposée pour être identifié par le groupe pour se l'approprier et le contrôler¹⁷¹. De ce point de vue, l'identité de l'enfant ne serait pas un droit, mais plutôt une obligation qui lui est faite d'être reconnaissable¹⁷². Quoi qu'il en soit, ce sont les parents qui ont en premier l'obligation de le rendre reconnaissable¹⁷³. Reconnaissable au sein du groupe dans lequel il vit, il peut alors bénéficier des avantages que procure cette dépendance, mais il n'est pas certain que son identité, en tant qu'élément public, lui appartienne toujours¹⁷⁴. Le nommer pour l'identifier c'est aussi lui ôter la faculté de se nommer lui-même ou de ne pas se nommer¹⁷⁵. Certes, il lui est toujours possible de demander à changer de nom, de prénom, de sexe ou de nationalité dans les cas prévus par la loi¹⁷⁶. Mais le principal est acquis contre lui ; l'enregistrement initial de sa naissance le prive de la liberté de ne pas être nommé et l'oblige à appartenir à un système juridique, avec le risque ensuite que les informations détenues sur son identité lui échappent¹⁷⁷.

169. A. GOUTTENOIRE, C. GRIS, B. MAUMONT, M. MARTINEZ, P. MURAT, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *dt. fam.* 2009, novembre n° 40, p. 34.

170. J. DABIN, *Le droit subjectif*, p. 55 et suiv..

171. J.-P. LONTAGNE, « Séance 1 : Les fonctions de l'état civil », in colloque *L'état civil au XXI^e siècle : déclin ou renaissance ?*, Strasbourg, 13 et 14 mars 2009. www.ciec1.org, consulté en janvier 2013.

172. I. GUYON-RENARD, « La fraude en matière d'état civil dans les États membres de la CIEC », *RCDIP* 1996, p. 541.

173. J. HAUSER, « L'identification de l'enfant aux mains de la mère : une expropriation d'enfant d'utilité privée », *RTD civ.* 2003, p. 490.

174. Ph. MOURON, « Internet et identité virtuelle des personnes », *RRJ* 2008, p. 2409.

175. G. OTIS, « La référence identitaire dans la protection internationale des peuples autochtones », in J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine*, p. 849.

176. Voir par exemple les difficultés générées par le mécanisme du nom déclaré dans la légion étrangère : M. LEBRANCHU, *La légion Etrangère, cops d'élite, au 21^e siècle*, rapport de l'Assemblée nationale, 2010, p. 6.

177. J. MASSIP, F. HONDIUS, C. NAST, *Commission internationale de l'état civil (CIEC)*, Strasbourg,

Cependant quel être humain pourrait n'appartenir à aucune société au moment de sa naissance ? Y trouverait-il un intérêt ? Il ne faut pas perdre de vue que l'Homme est un animal grégaire, qui naît au sein d'une famille, d'un clan, d'une tribu et qui doit pouvoir être rattaché à lui pour y être nourri et éduqué¹⁷⁸. Le droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance est donc le droit de l'enfant d'appartenir à une société humaine ; le droit minimal de ne pas être exposé¹⁷⁹. L'enregistrement de sa naissance lui donne l'accès à la protection du groupe, que ce soit par le biais d'un rattachement immédiat à une famille, ou par sa prise en charge au sein d'une institution. Il faut toutefois que sa naissance soit portée à la connaissance du groupe par les témoins de sa naissance. Ces deux éléments successifs étant liés l'un à l'autre, il convient de présenter d'une part *L'accès de l'enfant à la personnalité juridique (paragraphe I)*, et d'autre part *L'enregistrement de l'enfant entre les mains d'autrui (paragraphe II)*.

octobre 2007, n° 77, p. 38. www.ciecl.org, consulté en janvier 2013. « D'un côté l'échange d'informations est certainement une très bonne chose si, par son biais, la vie des personnes concernées s'en trouve facilitée, et si plus particulièrement, grâce à cette information, les situations acquises dans un pays peuvent facilement déployer leurs effets à l'étranger. En revanche, le danger existe que ces informations, qui, s'agissant de l'état civil concernent par nature la vie privée des personnes, soient utilisées à des fins étrangères aux seuls besoins de la permanence et de la stabilité du statut personnel, pour se retourner contre les intéressés en facilitant l'établissement de fiches ou de dossiers dont l'opportunité peut, pour certains États, paraître discutable ».

178. J. CHARPENTIER, *Le droit de l'enfance abandonnée, son évolution sous l'influence de la psychologie (1552-1791)*, pp. 12-13.

179. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 127, p. 146.

Paragraphe I – L'accès de l'enfant à la personnalité juridique

24. Droit de l'enfant d'être enregistré. L'enfant bénéficie du droit d'être enregistré, c'est-à-dire du droit à ce que le fait de sa naissance soit porté à la connaissance de l'État¹⁸⁰. En effet, l'enregistrement de l'enfant le rattache à la société française, et lui permet de bénéficier des droits et des obligations inhérentes à son statut juridique de personne. Le droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance a été consacré par l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant. En France, en vertu de l'article 55 du Code civil, la naissance de l'enfant doit être enregistrée auprès des services de l'état dans les trois jours qui la suivent. Pour autant, ce droit de l'enfant ne s'étend pas au delà du droit de voir sa naissance portée à la connaissance de l'État, puisqu'il n'existe aucune obligation de retranscrire, au moment de l'enregistrement de l'enfant, l'identité de la femme qui accouche¹⁸¹.

25. Naissance de la personnalité juridique. Depuis l'abolition de l'esclavage en 1848, tous les êtres humains bénéficient en France de la protection de la personnalité juridique¹⁸². Toutefois, si la question de l'attribution de la personnalité juridique à tous les individus n'est plus discutée¹⁸³, les débats se portent désormais sur son point de départ¹⁸⁴. En effet, l'attribution de la personnalité juridique est directement liée à la détermination de la qualité d'être humain¹⁸⁵. Doit-on prendre en compte, pour protéger la personne, le moment de sa conception ou le moment de sa naissance ? Pour beaucoup, jusqu'à sa naissance, « l'enfant » est réputé *pars viscerum matris* et de ce fait bénéficie à travers la personnalité juridique de sa mère de la protection due aux êtres humains¹⁸⁶. La naissance

180. F. GRANET, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD E.* 1997, p. 653.

181. Voir *infra* n° 134.

182. P. VOIRIN et G. GOUBEUX, *Droit civil, tome 1, introduction au droit*, n° 94, p. 69.

183. B. TEYSSIÉ, *Droit civil, les personnes*, n° 13, p. 14.

184. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 207, p. 400.

185. R. THÉRY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982, chr. XXXV, p. 231.

186. Voir par exemple : Affaire *Vo c./ France*, 8 juillet 2004, requête n° 53924/00 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Les tergiversations de la Cour européenne des droits de l'Homme face au droit à la vie de l'enfant à naître », *RTD civ.* 2004, pp. 799-801 ; N. FRICÉRO, « Selon l'article 2 de la Convention européenne, les États ont l'obligation positive de protéger effectivement le fœtus, non de reconnaître à ce dernier la personnalité juridique », *RJPF* 2004, n° 9, pp. 25-26 ; A. DECOUX, « Le statut du fœtus devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *RLDC* 2004, n° 8, pp. 41-42 ; J. PRADEL, « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *D.* 2004, n° 34, pp. 2456-2458 ; P. MURAT, « Les frontières du droit à la vie : l'indécision de la Cour européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* octobre 2004, n° 10, pp. 43-46 ; E. SERVERIN, « Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 2004, n° 39, pp. 2801-2807 ; D. SZYMCAK, « L'application du droit à la vie à l'enfant à

constitue donc le moment à partir duquel, séparé de sa mère, l'enfant devient une entité autonome, et acquiert la qualité de personne au sens juridique du terme¹⁸⁷. La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 penchait déjà pour le moment de la naissance en proclamant que les Hommes naissent et demeurent égaux en droit. Le Code civil exige en plus de la naissance, que l'enfant soit vivant et viable pour obtenir la personnalité juridique¹⁸⁸. Cependant, bien que la naissance vivante et viable constitue le point de départ de la personnalité juridique, dans l'intérêt de l'enfant, il est admis dans certains cas que des droits lui soient attribués avant la naissance¹⁸⁹, comme par exemple le droit de succéder ou l'établissement d'un lien de filiation¹⁹⁰. Mais dans ce cas, il ne s'agit pas de donner la personnalité juridique à l'enfant à naître en lui octroyant par exemple la jouissance d'un patrimoine ou un lien de filiation¹⁹¹. En effet, la jouissance des droits éventuellement acquis avant la naissance n'est que potentielle, et résulte d'une fiction juridique conditionnée à sa naissance vivante et viable¹⁹². Il reste que la potentialité de la procréation de l'enfant en dehors du corps de sa mère génétique pose désormais la question de l'existence individuelle de l'enfant en tant que personne dès le stade embryonnaire¹⁹³. L'absence de qualification spécifique autorise actuellement un certain nombre d'actes de disposition et il n'est pas certain que le législateur ait les moyens de les contrôler. Est-il possible d'appliquer des sanctions pénales à des personnes qui ont obtenu légalement un lien avec un enfant à l'étranger ? La coopération internationale a des limites évidentes liées à la manne financière que constitue ces pratiques.

naître : de l'art d'éviter de prendre clairement position », *JCP A*. 2004, n° 52, pp. 1673-1674.

187. Ph. MALAURIE, *Les personnes, les incapacités*, n° 6, p. 11.

188. Voir par exemple : Article 318 du Code civil : « *Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable* ».

Article 725 du Code civil : « *Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* ».

Article 906 du Code civil : « *Pour être capable de concevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable* ».

189. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 983, p. 388.

190. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français, tome premier, théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, n° 185-186, pp. 115-116.

191. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 12, p. 13.

192. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille*, n° 479, p. 245.

193. « Cette absence d'application du principe de dignité humaine aux embryons *in vitro* résultait déjà clairement de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 27 juillet 1994. Il y affirmait en effet que le législateur n'a pas considéré que devait être assurée la conservation, en toutes circonstances et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés ; qu'il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable ; qu'il a, par suite, nécessairement considéré que le principe d'égalité n'était pas non plus applicable à ces embryons. Une telle distinction entre embryon *in vitro* et *in utero* surprend. En quoi le mode de procréation peut-il influencer sur la qualité d'être humain de l'enfant conçu ? » : A. CAYOL, « La loi du 6 août 2013 : un pas de plus vers la réification des embryons *in vitro* », *LPA* octobre 2013, n° 212, pp. 4-6.

26. Protection de l'enfant à naître. Pour autant, il n'a jamais été nié que la vie préexistait à la naissance, et bien que cette vie ne soit pas couverte par la personnalité juridique, le législateur en a organisé la protection par d'autres moyens pour qu'elle ne soit pas reléguée au statut juridique de chose¹⁹⁴. Par exemple, la protection de la vie avant la naissance se traduit par des dispositions strictes en matière de procréation médicalement assistée ou en matière d'interruption de grossesse¹⁹⁵. L'article 16 du Code civil dispose ainsi que « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Une fois appelé à la vie, l'embryon ne peut donc pas, en principe, faire l'objet de convention¹⁹⁶. Par ailleurs, ce statut hybride de l'enfant à naître a été conforté par le législateur qui, par souci d'humanité, autorise les parents qui en éprouvent le besoin à demander l'établissement d'un acte d'enfant sans vie dans les conditions de l'article 79-1 du Code civil, lorsque l'enfant n'est pas né vivant et viable¹⁹⁷. Il s'agit d'un acte rédigé dans l'intérêt de la famille¹⁹⁸, qui n'ouvre que des droits restreints, comme par exemple celui de demander une sépulture, et ne saurait de ce fait être confondu avec l'attribution de la personnalité juridique à l'enfant mort-né¹⁹⁹.

194. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, introduction, biens, personne, famille*, n° 792, p. 298.

195. P. RAYNAUD, « L'enfant peut -il être objet de droit ? », *D.* 1988, chr. XVI, p. 109.

196. P. VOIRIN et G. GOUBEUX, *Droit civil, tome 1, introduction au droit*, n° 88, p. 67.

197. P. MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS.* 1995, p. 451.

198. *Case of Znamenskaya v./ Russia*, 2 juin 2005, application n° 77785/01 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2005, n° 30, pp. 1451-1456 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Vers un statut juridique de l'enfant mort-né », *RTD civ.* 2005, p. 737.

199. N. BALLON-WIRTZ, « La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français », *dt. fam.* avril 2007, Etudes, n° 4, pp. 24-29 ; A. GOUTTENOIRE, « L'acte d'enfant sans vie libéré par la Cour de cassation », *lexbase hebdo* 2008, n° 294 ; F. SAUVAGE, « L'acte d'enfant sans vie discrètement réglementé », *AJ. fam.* octobre 2008, p. 392 ; M. LAMARCHE, « Libres propos sur un amalgame soit disant juridique », *dt. fam.* mars 2008, Focus, n° 3, p. 2 ; P. MURAT, « État civil », *dt. fam.* mars 2008, comm. 34, n° 3, pp. 21-24 ; M. LAMARCHE, « Actes d'enfant né sans vie, livret de famille et certificat médical : peut-on se satisfaire de la nouvelle réglementation ? », *dt. fam.* septembre 2008, alertes, p. 3 ; G. LOISEAU, « L'établissement d'un acte d'enfant sans vie n'est plus conditionné par son niveau de développement », *JCP* 2008, n° 11, pp. 35-38 ; F. SAUVAGE, « La Cour de cassation se penche sur l'état civil des anges », *RJPF* 2008, n° 4, pp. 13-15 ; J.-P. MARGUÉNAUD, P. REMY-CORLAY, « Les funérailles de l'ange », *RTD civ.* 2008, pp. 257-258 ; J. HAUSER, « De l'enfant né sans vie à l'enfant projeté et des paternités morales qui pourraient rapporter », *RTD civ.* 2008, pp. 268-270 ; J. MASSIP, « Etat civil : les actes d'enfant sans vie », *degrénois* 2008, n° 8, pp. 866-872 ; J. MASSIP, « Etat civil : les actes d'enfant sans vie », *LPA* juillet 2008, n° 132, pp. 19-23 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, D. VIGNEAU, « Les conditions de l'inscription à l'état civil d'un enfant mort né », *D.* 2008, n° 27, pp. 1862-1865 ; S. VALORY, « La délivrance d'un acte d'enfant sans vie est possible dès la 15e semaine d'aménorrhée », *RJPF* 2008, n° 9, p. 15 ; A. GOUTTENOIRE, « Acte d'enfant sans vie : un statut plus clair », *lexbase hebdo* 2008, n° 316 ; G. LOISEAU, « L'acte II d'enfant sans vie », *dt. fam.* octobre 2008, comm. 135, n° 10, pp. 18-19 ; J. HAUSER, « Actes d'enfant sans vie (suite et fin?) ou la démission du législateur », *RTD civ.* 2008, p. 652 ; M. LATINA, « Le nouveau régime de délivrance des actes d'enfant sans vie », *LPA* octobre 2008, n° 206, pp. 7-10 ; M. PICHARD, « A propos de l'acte d'enfant sans vie », *LPA* novembre 2008, n° 236, pp. 4-8 ; P. MURAT, « Circulaire du 19 juin 2009 sur l'établissement d'acte d'enfant sans vie », *dt. fam.* 2009, comm. 123, n° 10, pp. 19-20 ; I. CORPART, « Une circulaire précise le sort des enfants sans vie », *RJPF* 2010, pp. 16-17 ; J.-R. BINET, « L'acte d'enfant sans vie : un contentieux en gestation ? », *JCP* 2010, pp. 400-403.

Cependant, il est possible de se demander si les principes de l'indisponibilité de l'état des personnes et de l'indisponibilité du corps humain ont encore un sens aujourd'hui, dès lors que l'on se réfugie derrière la question de la personnalité juridique pour admettre certaines pratiques qui y sont contraires, et en tolérer d'autres²⁰⁰. A l'heure où l'ouverture de l'adoption pour les couples de personnes de même sexe encourage des ressortissants français à se tourner vers les États Unis ou l'Inde pour obtenir l'enfant qu'ils souhaitent, refuser de réglementer les pratiques médicales qui ont lieu avant la naissance de l'enfant aboutit à priver la France d'une recherche et d'un savoir faire sur lequel elle serait certainement en pointe.

200. G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 299.

Paragraphe II – L'enregistrement de l'enfant entre les mains d'autrui

27. Lien entre l'enregistrement et la personnalité juridique. Dans tous les cas, la jouissance effective des droits dont l'enfant peut bénéficier est soumise à l'enregistrement de sa naissance auprès des services de l'État²⁰¹. Ainsi, qu'il soit français ou étranger, pour jouir des droits civils l'enfant doit avoir été répertorié. Il ne faut cependant pas en déduire *a contrario* que l'enfant qui n'est pas enregistré ne bénéficie d'aucune garantie, puisqu'il découle par exemple de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme que toute personne relevant de la juridiction d'un État ayant signé la Convention doit pouvoir bénéficier des droits et libertés qu'elle consacre, sans condition d'âge ou d'enregistrement auprès des services de l'État²⁰².

28. La nature juridique de l'acte. La démarche réalisée devant l'officier de l'état civil est une formalité imposant de révéler à l'État l'existence d'un fait dont on a eu connaissance afin que l'information qu'il constitue ne reste pas secrète. L'article 57 du Code civil dispose que doivent figurer dans l'acte de naissance les prénom, nom, âge, profession et domicile du déclarant lorsque ce dernier n'est pas le parent de l'enfant²⁰³. Cela signifie que le déclarant agit en son propre nom, et non pas en représentation de l'enfant, de la mère de l'enfant ou de son père. Au sens de l'article 458 du Code civil, cette démarche constitue un acte strictement personnel qui ne peut donner lieu : ni à assistance, ni à représentation. A la différence de la reconnaissance, la déclaration de naissance n'a pas vocation à retranscrire un acte de volonté et c'est pourquoi elle peut être faite par toute personne ayant connaissance de la naissance de l'enfant²⁰⁴.

29. Obligation de déclarer la naissance de l'enfant. Conformément à l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui prévoit que « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance* », le législateur fait obligation à toute personne ayant eu connaissance de la naissance d'un enfant d'en faire la déclaration auprès des services de l'état

²⁰¹. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, introduction, biens, personne, famille*, n° 741, p. 277.

²⁰². F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Collection droit fondamental, n° 57, p. 87.

²⁰³. P. VOIRIN et G. GOUBEUX, *Droit civil, tome 1, introduction au droit*, n° 127, p. 87.

²⁰⁴. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 454, p. 957.

civil. En effet, le principal intéressé n'étant pas en mesure de se faire connaître, il faut remettre entre les mains des tiers l'obligation de déclarer sa naissance²⁰⁵. C'est ainsi que l'article 55 du Code civil dispose que la déclaration de la naissance d'un enfant doit être faite sans délais auprès de l'officier de l'état civil, dans les trois jours de l'accouchement. A cette fin, le législateur charge toute personne ayant eu connaissance de l'accouchement de procéder à la déclaration. L'article 56 du Code civil ouvre une vaste liste de personnes, qui peuvent être « *les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé* » ou toute autre personne qui aurait assisté à l'accouchement²⁰⁶. Toutefois, ces personnes ne sont visées qu'en l'absence du père de l'enfant qui est prioritairement concerné par l'obligation de déclarer la naissance, puisque l'article 56 du Code civil dispose que « *la naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou à défaut...* ».

30. Obligation paternelle. Lorsque le père a assisté à l'accouchement, la jurisprudence a pu considérer que les autres personnes énumérées par l'article 56 du Code civil ne pouvaient se voir reprocher le défaut de déclaration²⁰⁷. En revanche, en l'absence du père de l'enfant, toutes les personnes visées par l'article ont l'obligation de procéder à la déclaration de la naissance de l'enfant sans ordre de préférence²⁰⁸. Ainsi, la cour d'appel de Metz avait estimé en juin 1858 que le père de la femme qui accouche chez lui d'un enfant naturel était contraint à cette obligation : « *qu'il importe de punir un acte de négligence ou d'incurie trop fréquent dans les campagnes, et qui expose les nouveau-nés à perdre leur état civil et les droits qui en découlent, en même temps qu'il peut avoir pour conséquence de les affranchir des obligations et des charges qui les attendent plus tard comme citoyens* »²⁰⁹. Cette obligation s'impose également aux médecins ou sages-femmes²¹⁰, ou sans ordre de préférence

205. B. TEYSSIÉ, *Droit civil, les personnes*, n° 13, p. 14.

206. H. BOSSE-PLATIÈRE, « *Actes de l'état civil* », n° 82, p. 17.

207. « *La personne chez laquelle a eu lieu un accouchement est seule responsable du défaut de déclaration de la naissance, quand bien même le mari de l'accouchée aurait été informé assez tôt pour pouvoir remplir lui-même la formalité ; elle n'est affranchie de cette responsabilité que lorsqu'elle justifie qu'elle était absente de son domicile ou que le mari était présent à l'accouchement* » : Cass. crim., 12 décembre 1862, affaire Relandeu, D. 1863, I, p. 392.

208. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français, tome premier, théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, n° 265, p. 160.

209. « *L'obligation imposée au père légitime de déclarer la naissance de son enfant ne peut être étendue, quand il s'agit d'un enfant naturel, au père de la femme qui en est accouchée : il n'est tenu de cette obligation qu'autant qu'il a assisté à l'accouchement, et au même titre que tout autre assistant* » : Cour d'appel de Metz, 23 juin 1858, affaire Franciscus c./ Ministère public, D. 1859, II, p. 72.

210. « *Si la présence du père exonère toutes autres personnes ayant assisté à l'accouchement de l'obligation de déclarer la naissance, il n'en est pas de même, à défaut du père, de la présence d'un médecin ou d'une sage-femme ; Par suite en cas d'omission de la déclaration, le père n'étant pas présent ou étant inconnu, il y a lieu d'appliquer les peines prononcées par l'article 346 du Code pénal, non seulement au médecin ou à la sage-femme, mais aussi aux autres personnes qui assistaient à l'accouchement* » : Cass. crim., 12 novembre 1859, affaire Barbier et autres c./ Ministère public, D. 1860, I, p. 50.

à toute autre personne qui assiste à l'accouchement²¹¹. En revanche, ces personnes se trouvent déliées de leur obligation lorsqu'elles peuvent légitimement croire qu'un tiers se chargera de cette formalité²¹². Par ailleurs, cette obligation ne pèse pas aussi fortement sur la mère de l'enfant, puisqu'elle n'est pas, contrairement au père, citée directement dans l'énumération de l'article 56 du Code civil. Comme l'avait relevé en son temps la Cour de cassation, une telle souplesse s'explique pleinement par l'état de la mère, « à l'égard de laquelle une semblable exigence blesserait les ménagements que réclame la gravité de sa position »²¹³.

31. Sanction pénale. L'article 56 du Code civil était assorti de la sanction pénale prévue à l'article 346 du Code pénal abrogé par l'ordonnance du 23 décembre 1958²¹⁴ et remplacé par l'article R. 645-4 du Code pénal, qui dispose que « *Le fait par une personne ayant assisté à un accouchement de ne pas faire la déclaration prescrite par l'article 56 du Code civil dans les délais fixés par l'article 55 du même Code est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^{ème} classe* ». Ce texte était critiqué parce que la peine encourue n'était pas assez forte pour décourager les sectes de s'en prendre aux enfants²¹⁵. En effet, en juin 2006 l'Assemblée nationale avait nommé une commission pour déterminer les conséquences des pratiques sectaires sur les mineurs. Lors de ses auditions, la commission avait relevé que les situations à risques sont difficiles à repérer parce que certains enfants ne sont pas déclarés à l'état civil²¹⁶. Auditionné par la commission le 4 octobre 2006, Jean-Olivier Viout, procureur général près la cour d'appel de Lyon, expliquait que « *S'agissant des naissances cachées, il est tout à fait exact que les membres de certains groupes sectaires ne font jamais de déclaration. Le problème est que l'infraction est à ma connaissance une contravention et que lorsqu'on le découvre, la prescription de l'action publique est acquise,*

211. « *L'individu qui a assisté à un accouchement est tenu d'en faire la déclaration à l'officier de l'état civil, même dans le cas où cet accouchement a eu lieu au domicile d'un tiers, les termes de la loi repoussant toute distinction et même tout ordre successif chez ceux auxquels elle impose l'obligation de la déclaration ; A supposer qu'il en soit autrement, l'assistant ne serait pas fondé, lorsque la femme est venue accoucher, en dehors de sa résidence ordinaire, dans un appartement qu'elle a loué personnellement, à prétendre que, dans ce cas, c'est au propriétaire, comme étant la personne chez qui l'accouchement a eu lieu, qu'incombe l'obligation de faire la déclaration de naissance* » : Cass. crim., 28 février 1867, affaire Tremouille c./ Ministère public, D. 1867, I, p. 190 ; S. 1867, I, 268

212. « *La sage-femme appelée pour opérer l'accouchement d'un femme qui, après la naissance de l'enfant, a été immédiatement conduite dans un hospice, a dû nécessairement penser que la déclaration de naissance de cet enfant serait faite par les soins des employés de l'hospice, et, par suite, n'ayant pas agi sciemment, elle ne peut être poursuivie, en vertu de l'article 346 du Code pénal pour avoir omis de faire cette déclaration* » : Cour d'appel de Lyon, 2 février 1897, affaire Morellon, D. 1897, II, 367.

213. Cass. crim., 10 septembre 1847, affaire femme Arrix c./ Ministère public, D. 1847, I, 302.

214. Ordonnance n° 58-1297 du 23 décembre 1958, JORF 24 décembre 1958.

215. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 1613, p. 969.

216. G. FENECH, Ph. VUILQUE, *Commission d'enquête relative à l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs*, 12 décembre 2006, n° 3507, p. 22. www.assemblee-nationale.fr.

puisque le délai est d'un an en matière de contravention. Par contre, le parquet intervient pour provoquer un jugement déclaratif de naissance afin de pouvoir constituer un acte de naissance »²¹⁷. Il n'est en effet pas rare que les femmes enceintes ne fasse l'objet d'aucun suivi médical et soient incitées à accoucher au sein même de la communauté à laquelle elles appartiennent²¹⁸. C'est pourquoi en 2007, le législateur a décidé de créer un nouveau texte plus coercitif et placé dans la partie législative du Code pénal. Désormais l'article 433-18-1 du Code pénal dispose que « *Le fait pour une personne ayant assisté à un accouchement de ne pas faire la déclaration prescrite par l'article 56 du Code civil dans les délais fixés par l'article 55 du même Code est puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euro d'amende* »²¹⁹.

Il convient de souligner que le texte réglementaire du Code pénal n'a pas été abrogé. L'oubli du législateur est d'autant plus perturbant que le ministère de la justice et des libertés ne semble pas avoir relevé ce défaut. Dans la circulaire de politique pénale du ministère de la justice et des libertés du 19 septembre 2011 il est clairement et uniquement question de la répression par l'article 433-18-1 du Code pénal de l'infraction de non déclaration d'enfant²²⁰, alors que dans la circulaire du même ministère du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, il est précisé que « La personne sur qui pèse l'obligation de déclarer une naissance et qui ne l'aurait pas effectuée dans le délai prévu par l'article 55 du Code civil encourt les sanctions de l'article R. 645-4 du Code pénal »²²¹. A aucun endroit dans ce texte n'est visé l'article 433-18-1 du Code pénal qui était pourtant toujours en vigueur à l'époque.

Il en découle un flou qui pourrait avoir des conséquences pour la mise en œuvre de la répression de cette infraction par manque de prévisibilité de la loi pénale. En effet, les articles 7 et 8 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 associé à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme proclament que la loi pénale doit être suffisamment prévisible par les justiciables pour pouvoir leur être appliquée. Or la

217. G. FENECH, Ph. VUILQUE, *Commission d'enquête relative à l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs*, n° 3507, p. 533.

218. G. FENECH, Ph. VUILQUE, *Commission d'enquête relative à l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs*, n° 3507, p. 64.

219. Ce texte est issu de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, *JORF* 6 mars 2007 p. 4215.

220. Circulaire de politique pénale du 19 septembre 2011, relative à la vigilance et à la lutte contre les dérives sectaires, *BOMJL* 2011, n° 2011-09 du 30 septembre 2011, p. 2.

221. Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, *BOMJL* 2011, n° 2011-11 du 30 novembre 2011, n° 16, p. 10.

coexistence de ces deux textes rédigés de manière strictement identique laisse penser que le justiciable n'est pas en mesure de savoir s'il est exposé à une peine contraventionnelle ou à une peine délictuelle, alors même que la constitution d'un délit ou d'une contravention ne suppose pas la réunion des mêmes éléments ni les mêmes délais de prescription. En effet, en matière délictuelle, l'article 121-3 du Code pénal dispose que l'intention de commettre l'infraction doit être recherchée chez l'auteur²²². En revanche, lorsqu'il s'agit d'une contravention, le seul résultat suffit pour condamner l'auteur²²³. L'absence de jurisprudence en la matière ajoute une part supplémentaire d'imprévisibilité de la loi qui n'apparaît dès lors pas conforme aux exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme²²⁴.

32. Femme porteuse. L'enjeu de ce dispositif est aussi de prévenir les cas de convention de femme porteuse. En effet, le sort de l'enfant est laissé entre les mains de ses parents, puisque par hypothèse il est dans l'incapacité de se défendre. A ce titre, l'article 227-13 du Code pénal dispose que : « *La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euro d'amende* ». Même si les décisions en la matière sont plutôt rares, il est possible de signaler l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 23 juin 2004 dans lequel un couple avait incité une jeune femme à laisser l'enfant dont elle venait d'accoucher être déclaré sous le nom de la femme du couple²²⁵.

33. Conclusion de la section. Le droit de l'enfant d'être enregistré aussitôt sa naissance donne à l'enfant le droit d'être connu des services de l'État. A partir de cet instant il acquiert la personnalité juridique qui lui donne le statut juridique de personne et de ce fait le protège. Toutefois, il n'est pas certain que ce mode d'établissement de la personnalité juridique

²²². J. PRADEL, *Droit pénal général*, n° 500, p. 439.

²²³. P. KOLB, L. LETURMY, *Droit pénal général*, n° 154, p. 193.

²²⁴. Voir par exemple : Affaire *Cantoni c./ France*, 15 novembre 1996, requête n° 17862/91, M. LAMBERT, G. VIALA, « L'affaire Cantoni contre France », *LPA* février 1997, n° 26, pp. 19-24 ; E. FOUASSIER, D. VION, « Compatibilité de la définition juridique française du médicament avec le principe de légalité des délits et des peines de l'article 7 de la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », *JCP* 1997, n° 18, pp. 212-216 ; C. CYRIL, « Le droit du médicament après la jurisprudence Cantoni du 15 novembre 1996 », *LPA* septembre 1997, n° 56, pp. 7-10 ; D. SPIELMANN, « Principe de légalité et mise en œuvre communautaire », *RTD H.* 1997, n° 32, pp. 687-711.

²²⁵. Cass. crim. 23 juin 2004, pourvoi n° 03-82371, *bull.* 2004, n° 173, p. 630 ; Ph. BONFILS, « La simulation et la dissimulation d'enfant sont des infractions clandestines », *RJPF* 2004 ; J. COSTE, « Simulation ou dissimulation d'enfant : point de départ de la prescription de l'action publique », *AJDP* 2004, n° 10, pp. 366-367 ; Y. MAYAUD, « Infractions contre les personnes », *RSC* 2004, pp. 878-885 ; B. LAMY, « Simulation et dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un mineur : article 227-13 du Code pénal », *dt. fam.* janvier 2005, pp. 32-35 ; M. ROYO, « La machine à arrêter le temps selon la Cour de cassation », *D.* 2005, n° 21, pp. 1399-1403.

soit encore valable à une époque où les enfants peuvent être procréés en dehors du ventre de leur mère. Plus encore, dans la mesure où l'enfant a désormais dans une certaine mesure le droit de connaître ses origines, il est possible que la protection de l'identité génétique de l'enfant soit l'enjeu d'une personnalité juridique repensée à travers le prisme du droit à la dignité humaine et à l'intégrité de cette partie de son identité.

En effet jusqu'à présent l'enfant qui ne pouvait pas se développer en dehors du corps de sa mère était nécessairement considéré comme une partie d'elle-même et de ce fait bénéficiait par ricochet de la protection de la personnalité juridique de sa mère. Il n'était pas nécessaire de lui donner la personnalité juridique avant la naissance parce que les seules atteintes qu'il pouvait subir l'empêchaient de naître, et donc d'acquérir la personnalité juridique. Pourquoi protéger un être qui n'avait pas vocation à naître vivant et viable ?

La maîtrise de la procréation et de la génétique oblige à repenser la notion même d'identité sociale à cause du rôle du lien génétique dans l'établissement de la filiation²²⁶. L'enregistrement de l'enfant dès sa conception devient nécessaire pour éviter que des abus ne soient commis et pour que l'embryon soit véritablement pensé comme un être humain en devenir²²⁷. En effet, bien que la personnalité juridique de l'enfant ne commence qu'au jour de sa naissance, il serait faux d'affirmer que les décisions prises avant cette naissance n'ont aucune incidence sur l'exercice de ses droits futurs, en particulier lorsque les parents interviennent pour déterminer l'identité génétique de l'enfant²²⁸.

226. C'est que l'enfant devrait toujours être le résultat aléatoire d'un hasard rencontrant une volonté : la fécondation de la multitude de sa mère par la multitude de son père. Toute son identité se construit autour de cette occurrence, qui commence au moment de sa fécondation, et dont les principaux détails sont rendus publics à travers les actes d'état civil. Après sa naissance, il va se différencier au milieu de ses semblables, se créer une histoire singulière. L'article 16 du Code civil lui garantit le droit à la dignité dès le début de sa vie, ce qui signifie qu'il devrait être protégé dès cet instant contre toutes les formes d'atteintes à son identité. Au moment de sa conception, l'intégrité de son identité relève en grande partie de l'aléa qui a conduit tel spermatozoïde à féconder tel ovule. Le droit de l'enfant à l'identité, c'est un droit à une part de hasard dans la détermination génétique de son être, et donc de son identité. Dès lors que les parents vont au-delà du traitement de la stérilité de leur couple, ils s'ingèrent dans cette sphère de fatalité qui devrait constituer l'identité de l'enfant, et qui relève de l'intimité de sa vie privée et d'une certaine manière touche à l'intégrité de la potentialité de son corps et de son être. De ce fait, les parents ne devraient peut-être pas avoir la possibilité d'intervenir dans cette matière.

227. N. CASSAVETES, *Ma vie pour la tienne (My sister's keeper)*, d'après le roman de Jodi Picoult *Ma vie pour la tienne*, C. DIAZ, J. PATRIC, A. BRESLIN, États Unis, juin 2009, drame, 109 min.

228. Il faut sans doute différencier deux façons opposées de sélectionner les embryons. Il y a une manière négative, qui consiste à retirer les embryons « malades », qui seraient susceptibles de présenter un danger pour l'enfant à venir (qui est donc un enfant conceptuel). Il y a la manière positive qui consiste à sélectionner un embryon en particulier pour les caractéristiques qu'il présente. Dans ce dernier cas, l'atteinte à la dignité de la personne est caractérisée par l'absence d'aléa ; la dernière étape avant le clonage. C'est pourquoi autoriser cette pratique nous semble dangereux. Dans le premier cas au contraire, la sélection négative laisse encore une part de hasard dans le choix de l'embryon qui finalement deviendra l'enfant.

Section 2 – La mise en œuvre du droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance

34. Effectivité du droit de l'enfant. Le droit des enfants d'être enregistré est particulièrement important, puisque comme avait pu le souligner la Cour de cassation, il s'agit « de fixer leur sort et leur état, [ce qui] intéresse à un haut degré l'ordre civil et l'ordre public »²²⁹. En particulier, l'enregistrement de l'enfant ouvre droit pour lui à une protection sociale spécifique par l'allocation de ressources à ses représentants légaux, ou lui permet de bénéficier du droit au regroupement familial²³⁰. C'est encore pour l'enfant le bénéfice de l'obligation scolaire, notamment pour les enfants handicapés²³¹, ou le cas échéant celui d'un suivi social. Alors que la jurisprudence sur ces questions, bien établie depuis le milieu du dix-neuvième siècle, n'avait de prime abord plus qu'un intérêt théorique tant l'automaticité de l'enregistrement de la naissance des enfants semblait être acquise, les observations du Comité international des droits de l'enfant à propos de la France en 2009 ont mis en avant le fait que dans certaines parties du territoire français, cette automaticité n'était pas évidente et que parfois les enfants ne sont pas enregistrés²³². De manière plus ponctuelle, continue toujours de se poser la question de l'enregistrement des naissances en métropole, au sein de certaines populations fragiles qui ne sont pas toujours très bien informées de leurs obligations parentales et qui voient dans les démarches administratives des complications insurmontables. Il conviendra donc de mettre en lumière ces deux aspects de la mise en œuvre du droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance, en étudiant d'une part *Les obstacles à l'enregistrement de l'enfant (Paragraphe I)* et d'autre part *Les difficultés de la procédure de déclaration judiciaire de la naissance de l'enfant (Paragraphe II)*.

229. Cass. crim., 28 février 1867, *affaire Tremouille c./ Ministère public*, D. 1867, I, p. 190 ; Cass. Crim., 12 novembre 1859, *affaire Barbier et autres c./ Ministère public*, D. 1860, I, p. 50.

230. C. LABRUSSE-RIOU, « Filiation (généralités) », n° 30, p. 12.

231. CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 59-b. (Canada) ; CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 44. (Autriche) ; CRC/C/GRC/CO/2-3, 13 août 2012, § 50. (Grèce) ; CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, § 50. (Turquie) ; CRC/C/ISL/CO/3-4, 23 janvier 2012, § 34. (Islande) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 novembre 2011, § 45. (Italie) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 51. (République Tchèque) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 40. (Finlande) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 52. (Ukraine) ; CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 51-e. (Biélorussie) ; CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 45. (Danemark) ; CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 54. (Belgique) ; CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 49. (Tunisie) ; CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 41-a. (Suède) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 69. (France) ; CRC/C/MDA/CO/3, 20 février 2009, § 50. (Moldavie) ; CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 42. (Géorgie).

232. CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 41. (France).

Paragraphe I - Les obstacles à l'enregistrement de l'enfant

35. Guyane et Mayotte. Certaines populations tribales, de Guyane par exemple, bénéficient d'un statut juridique dérogatoire qui leur permet de vivre conformément au droit coutumier qui régissait le droit des personnes et de la famille de leurs ancêtres. Habitant sur le fleuve qui constitue la frontière entre la France et le Surinam, les Noirs-marrons ont pour tradition de faire naître les enfants d'une même famille dans la maison de la grand-mère qui peut se trouver de l'un ou de l'autre côté du fleuve. Se déclarer à l'état civil du Surinam ou de France n'a donc aucun sens coutumier pour ces populations. Un enfant peut naître en France et être enregistré au Surinam, ou l'inverse, ou n'être jamais enregistré du tout. A cette incertitude, s'ajoute le fait que la date de naissance de l'enfant est souvent approximative, car la vie est rythmée par la chasse ou les campagnes d'orpaillage et non pas par le calendrier républicain français²³³. La destinée de ces enfants aurait malgré tout pu rester paisible, si la guerre civile de 1986 au Surinam n'avait pas entraîné des déplacements massifs de population vers la Guyane française. De nombreux enfants nés en France, mais sans papiers d'identité se sont retrouvés dans l'impossibilité de faire valoir leur nationalité lorsque les contrôles se sont multipliés²³⁴. A Mayotte, il existe également un double statut juridique coutumier et commun qui s'est avéré source d'insécurité juridique²³⁵. Par ailleurs, les registres d'état civil sont souvent en très mauvais état, perdus, abîmés par les cyclones ou la forte humidité, mangés par les termites et les informations qu'ils retranscrivent sont alors incomplètes parce que les filles ou les enfants nés hors mariage ne sont que rarement déclarés²³⁶. De ce fait, les enfants ne sont pas toujours affiliés à la sécurité sociale, et n'ont pas

233. V. DOUMENG, «Un contenu inadapté : l'acte de naissance des populations marginales de la Guyane française », in Cl. NEIRINCK (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, p. 139.

234. V. DOUMENG, *idem*, p. 140.

235. M. LAMARCHE, « État civil et statut personnel à Mayotte (de l'ordonnance de Villers-Cotterêts à la recherche d'une identité pour les Mahorais du 101^{er} département français) », *dt. fam.* avril 2009, alerte 29.

236. « La dualité des statuts (communs et coutumier), entraîne un double système d'état civil. Jusqu'en 2000, cette situation s'est avérée source d'insécurité juridique notamment par les règles différentes qui s'appliquaient en matière de tenue des registres de l'état civil (modalités et délais d'enregistrement des actes, délivrance du livret de famille, pouvoirs des officiers de l'état civil, juridictions compétentes). D'une manière générale se posait le problème de l'absence ou du mauvais état de ces registres, souvent très mal tenus et abîmés, voire perdus du fait des conditions climatiques (cyclones, forte humidité) et des termites. De plus, certaines naissances n'étaient pas déclarées (en particulier celles des filles ou des enfants nés hors mariage), les mariages n'étaient pas systématiquement enregistrés et les répudiations presque jamais. Ainsi, une partie de la population ignorait de quel statut elle relevait : les erreurs dans les transcriptions engendraient des difficultés pour prouver la nationalité française. Les jugements supplétifs rendus par les cadis faisaient alors souvent office d'état civil, à défaut d'extrait de naissance ou de fiche d'état civil. Par ailleurs, en raison de la coexistence d'une coutume d'origine africaine (bantou) et du droit musulman, il n'existait pas de nom patronymique transmissible, ce qui rendait très difficile l'établissement d'un état civil fiable. Ainsi, le mode d'identification de la personne variait au cours de sa vie. Elle portait successivement un nom de filiation, composé de la locution fils de, ou fille de, et du

accès aux soins de santé²³⁷.

36. Identité de l'enfant. De plus, la difficulté pour établir des déclarations de naissance fiables, trouvent leur origine dans une conception de l'identité de l'enfant qui est familiale et non pas personnelle²³⁸. Ceux que l'on désigne comme les parents peuvent aussi bien être les géniteurs au sens biologique du terme, que l'oncle ou la tante, ou encore les cousins qui ont l'obligation de prendre en charge les enfants dont les parents sont prédécédés. Le don informel d'enfant est aussi très répandu pour des raisons tenant à la solidarité familiale ou à la rudesse de la vie. Le droit coutumier, qui permet le mariage polygame, autorise également le rattachement de l'enfant à des parents fictifs en cas de stérilité. Chez les Hmongs, une coépouse stérile peut recevoir le nouveau né d'une autre plus chanceuse. De même, la coutume Palikur prévoit-elle que le chef du village a le pouvoir de répartir les enfants orphelins auprès des familles qui manquent d'enfant²³⁹.

37. Coutume. Dans d'autres cas, c'est la loi coutumière qui interdit l'établissement du lien de filiation ou encadre strictement la transmission du nom²⁴⁰. Par exemple à Mayotte, la charia prohibe formellement l'établissement de la filiation hors mariage²⁴¹. Or les enfants naturels, de par leur origine honteuse dans ces sociétés ancestrales, ne font jamais l'objet d'une déclaration à l'état civil, ce qui les contraint de fait à une inexistence juridique²⁴². Dans un souci d'évolution consensuelle, pour ménager les habitudes, l'ordonnance de décembre 2002 avait seulement imposé que l'enfant né hors mariage soit déclaré à l'état civil. L'abrogation de ce texte, rend aujourd'hui le Code civil pleinement applicable. Il reste que rien ne semble avoir été prévu pour les enfants nés sous l'empire de l'ancien texte, et qui n'ont pas été déclarés à l'état civil. Certains ont introduit des recours

prénom du père, puis un nom de paternité composé du mot Ba (père) ou Ma (mère) et du prénom du fils aîné. Le nom du troisième âgé était constitué de la locution grand-père de ou grand-mère de. A Mayotte, le nom de paternité tenait donc une place prépondérante, comme dans les cultures arabes traditionnelles. En outre, le père gardait secret le nom de son enfant pour le protéger contre le malheur. Dans la vie courante, il était recouru à un pseudonyme et le cadî pouvait être amené à changer le prénom d'un individu pour des raisons coutumières, après une maladie pr exemple » : CRC/C/FRA/4, 10 septembre 2008, § 129, p. 139. (France).

237. CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 72. (France).

238. S. PARICARD, « L'épreuve des traditions : la création d'un état civil à Mayotte », in Cl. NEIRINCK (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, p. 100.

239. V. DOUMENG, « Un contenu inadapté : l'acte de naissance des populations marginales de la Guyane française », in Cl. NEIRINCK (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, p. 145.

240. CRC/C/FRA/4, 10 septembre 2008, § 130, p. 139. (France).

241. M. LAMARCHE, « Etat civil et statut personnel à Mayotte (de l'ordonnance de Villers-Cotterêts à la recherche d'une identité pour les Mahorais du 101^{em} département français) », *dt. fam.* avril 2009, alerte 29.

242. S. PARICARD, « L'épreuve des traditions : la création d'un état civil à Mayotte », in Cl. NEIRINCK (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, p. 101.

devant les juridictions locales sur le fondement du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme pour se voir délivrer un état civil²⁴³.

Entretenu par les dispositions de l'article 75 de la Constitution française qui permet, pour ceux qui n'y renoncent pas, de bénéficier d'un statut personnel dérogatoire du statut personnel de droit commun, l'un des principaux obstacles à l'enregistrement des naissances est culturel. Il en découle que pour beaucoup, les formalités administratives abstraites sont considérées comme une perte de temps complexe et inutile²⁴⁴. Dans certaines cultures dites « autochtones », le nom de l'enfant ne doit pas être prononcé avant un certain âge pour ne pas lui porter malheur²⁴⁵, ce qui est incompatible avec les formalités nécessaires à l'établissement de l'état civil de l'enfant. En Guyane, où la frontière entre la France et le Surinam est matérialisée par le fleuve Maroni, les populations autochtones, parfois nomades, ont toujours eu l'habitude de vivre sur les deux berges en fonction de la mobilité de leur clan et non au regard des frontières coloniales²⁴⁶. Il n'est dès lors pas rare que des enfants naissent d'un côté ou de l'autre de la frontière avec des parents de l'une ou de l'autre nationalité²⁴⁷. Pour éviter, ce qui est compris comme une tracasserie administrative, les parents hésitent alors souvent à procéder à la déclaration de la naissance de l'enfant²⁴⁸. Or par la suite, l'enfant non

243. CRC/C/FRA/4, 10 septembre 2008, § 140, p. 141. (France).

244. V. DOUMENG, « Un contenu inadapté : l'acte de naissance des populations marginales de la Guyane française », in Cl. NEIRINCK (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, p. 139.

245. S. PARICARD, « L'épreuve des traditions : la création d'un état civil à Mayotte », in Cl. NEIRINCK (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, p. 100.

246. « Les communautés traditionnelles côtoient depuis longtemps les sociétés créoles et européennes. Elles ont conservé des structures et des coutumes familiales et sociales très originales. La population amérindienne de Guyane rassemble six ethnies : le Arawak et les Galibi, installés sur le littoral sont les plus nombreux (environ 6000) ; les Palikur, les Emerillon et les Wayapi (quelques centaines) occupent principalement les rives du fleuve Oyapock ; à l'intérieur des terres, le long du Haut-Maroni vivent les Wayana. Les populations amérindiennes de Guyane bénéficient d'un régime très libéral depuis la constitution du territoire de l'Inini en 1930. Les Noirs-Marrons ou Bushi-Nenge sont les descendants des populations qui se sont installées dans l'arrière pays surinamien et sur le fleuve Maroni pour fuir l'esclavage. On compte quatre ethnies de Noirs-Marrons : les Boni (ou Aluku), installés à Apatou, Papaïchton et Maripasoula ; les Djuka installés à Grand-Santi sur le Maroni ; les Paramaca et les Saramanca originaires du Surinam. Les Hmongs se sont installés beaucoup plus récemment en Guyane, dans les années 1970 pour fuir la guerre d'Indochine. Ils ont constitué deux villages principaux : Cacao et Javouhey. Une réglementation spécifique qui tient compte de la réalité coutumière de la Guyane s'est progressivement constituée. Afin de protéger les Amérindiens dans les domaines sanitaires et culturels, un arrêté du 14 décembre 1970 a soumis l'accès en pays amérindien à autorisation préfectorale » : CRC/C/FRA/4, 10 septembre 2008, § 118, p. 137. (France).

247. E. PARUTA, A. POUSSON, « La problématique des personnes sans état civil en Guyane française », in J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, p. 292.

248. « Plusieurs milliers d'habitants vivant le long des fleuves Maroni et Oyapock se trouvent aujourd'hui dépourvus d'état civil, ce qui pose de nombreux problèmes tant en termes de contrôle des flux migratoires que pour les intéressés eux-mêmes lorsqu'ils souhaitent circuler en Guyane ou, par exemple, poursuivre des études au lycée ou à l'Université. Ces populations amérindiennes, premiers habitants de cette région, ou descendants des esclaves « marrons » enfuis des plantations de Guyane néerlandaise au XVIII^e siècle vivent sans nationalité à Apatou, Gand Santi, Papaïchton, Maripasoula, Saint-Laurent-du-Maroni, communes de Guyane enclavées entre le fleuve Maroni et la forêt amazonienne à la frontière du Surinam. Les membres d'une même tribu vivent indifféremment sur la rive droite ou gauche du Maroni ce qui pose deux problèmes importants : les membres

enregistré, ne peut pas bénéficier d'une scolarisation normale, et peut risquer d'être expulsé du territoire français sur lequel il vit parfois depuis sa naissance, mais sans lien officiel d'appartenance.

38. Comité international des droits de l'enfant. Le Comité international des droits de l'enfant veille à la mise en œuvre effective du droit de l'enfant d'être enregistré. Or si l'enregistrement peut sembler être une formalité incontournable et nécessaire dans une société où l'État est très présent, il ne va pas de soi pour d'autres groupes sociaux, dont les traditions exclusivement orales sont tournés vers un rapport différent aux contraintes de la vie en société. Suivant le niveau de développement des États, le Comité international des droits de l'enfant insiste soit sur la nécessité d'améliorer les mécanismes d'enregistrement des naissances de certaines catégories de personnes vulnérables tels que : les enfants issus de l'immigration ; soit sur la nécessité de mettre en place et de généraliser l'enregistrement des naissances de tous les enfants sur le territoire national, en particulier dans les zones rurales²⁴⁹. C'est ainsi que, malgré une politique d'assimilation forte dans certains pays, dont la France, les enfants de certaines minorités autochtones ne sont pas enregistrés à l'état civil ou le sont de manière tardive, ce qui est contraire à leur intérêt, tel qu'il est révélé par le Comité international des droits de l'enfant. C'est pourquoi, le Comité, dans ses observations finales relatives à la France, a recommandé « à l'État partie de poursuivre ses efforts pour assurer l'enregistrement de tous les enfants qui naissent sur le territoire de l'État partie. Il réitère sa précédente recommandation invitant instamment l'État partie à redoubler d'efforts pour assurer l'enregistrement de tous les enfants de la Guyane française »²⁵⁰. Le Comité international des droits de l'enfant impose aussi d'intervenir auprès des parents, afin de veiller au respect de deux droits de l'enfant dont la mise en œuvre peut sembler antinomique²⁵¹ : le

d'une même tribu selon leur lieu de naissance n'ont pas la même nationalité, la rive droit (Guyane) se trouvant à environ 15 minutes de pirogue de la rive gauche (Surinam). L'important pour ces populations est l'appartenance à la tribu ; la tribu a une organisation hiérarchique sur laquelle l'organisation en commune a été établie. Les communes sont une succession de villages, certains villages pouvant être éloignés de plusieurs heures de pirogue de la commune » : CRC/C/FRA/4, 10 septembre 2008, § 142, p. 141. (France).

249. CRC/C/GRC/CO/3-4, 13 août 2012, § 32. (Grèce) ; CRC/C/ITA/CO/2-3, 31 octobre 2011, § 28. (Italie) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 35. (Ukraine) ; CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 27. (Géorgie) ; CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 52. (Lettonie) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 66. (Russie) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 35. (Algérie) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 23. (France) ; CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 55. (Allemagne) ; CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 26. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 215, 27 octobre 2003, § 27. (Canada) ; CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003, § 32. (Maroc) ; CRC/C/15/Add. 206, 2 juillet 2003, § 28. (Zambie) ; CRC/C/15/Add. 199, 18 mars 2003, § 32. (République Tchèque).

250. CRC/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 41. (France).

251. CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 63. (Finlande) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 89. (Ukraine) ; CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 67. (Danemark) ; CRC/C/NOR/CO/4, 3 mars 2010, § 60. (Norvège) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 101. (France) ; CRC/C/15/Add. 215, 27 octobre 2003, § 26.

droit d'être enregistré dès sa naissance, et le droit de l'enfant au respect de sa culture autochtone. Les États doivent à la fois respecter leur engagement de déployer tous les moyens pour garantir l'effectivité du droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance, et à la fois préserver des cultures autochtones de tradition orale, fondées en général sur une conception distributive de l'égalité, peu compatible avec le principe de l'égalité commutative des droits de l'Homme. Les obstacles à l'enregistrement sont multiples, et le Comité international des droits de l'enfant encourage les États à faciliter par tous les moyens possibles l'enregistrement des naissances, notamment en imposant la gratuité de la démarche²⁵².

39. Conditions géographiques. Au delà des réticences culturelles, il faut prendre en compte l'éloignement géographique de villages dispersés aux *quatre coins* de territoires immenses. Le territoire d'une centaine d'habitants représente parfois la même superficie qu'un département français de métropole²⁵³. L'isolement vis-à-vis des représentations de l'autorité publique justifie parfois à lui seul l'absence de déclaration de la naissance d'un enfant²⁵⁴. Malgré les efforts de l'État, toutes les zones françaises habitées ne peuvent pas toujours être desservies correctement par des services administratifs. En Guyane par exemple, certaines populations vivent dans des villages le long du fleuve Maroni ou du fleuve Oyapock, qui « sont enclavés du reste du territoire en raison de l'absence totale de voies routières », et la pirogue ou l'avion sont les seuls moyens de se déplacer²⁵⁵. Le délai de trois jours laissé aux parents pour déclarer la naissance de l'enfant n'est alors pas toujours suffisant.

40. Allongement du délai. Dans ce contexte, un amendement avait été présenté pour faire passer sur certaines parties de la Guyane ce délai à 15 jours²⁵⁶. Finalement

252. CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 27. (Géorgie).

253. V. DOUMENG, «Un contenu inadapté : l'acte de naissance des populations marginales de la Guyane française », in Cl. NEIRINCK (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, p. 139.

254. « Jusqu'en 1969, année de la création des premières communes du fleuve, il n'y avait pas de véritable service d'état civil dans cette région de la Guyane. L'absence de voie terrestre, l'immensité de la région de la vallée du Maroni (500km de fleuve) et de son isolement, en amont de Saint-Laurent, ont constitué les principaux obstacles à l'établissement d'un état civil. Les habitants, éloignés des sièges administratifs n'ont en effet pas toujours été déclarés à la naissance. Pour remédier à cette situation, l'ordonnance n° 98-850 du 8 juillet 1998 a allongé à trente jours le délai de déclaration des nouveaux-nés à l'état civil dans les communes de l'intérieur de la Guyane, au lieu du délai de trois jours en droit commun, dans les communes riveraines des fleuves Maroni et de l'Oyapock. Par ailleurs, une opération de recensement des Français sans état civil a débuté en juin 1998 » : CRC/C/FRA/4, 10 septembre 2008, § 143, p. 141. (France).

255. E. PARUTA, A. POUSSON, « La problématique des personnes sans état civil en Guyane française », in J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, p. 283.

256. « Cet amendement propose de déroger, pour certaines parties du territoire de Guyane, à la limite de trois jours fixée par le Code civil pour la déclaration de naissance à l'officier d'état civil. Le territoire de Guyane est

retiré, cet amendement visait à reprendre des dispositions qu'avait connu il y a quelques années Mayotte. En effet, l'article 1 de l'ordonnance du 8 mars 2000²⁵⁷ disposait que : « *Dans les communes de la collectivité territoriale de Mayotte, et par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article 55 du Code civil, les déclarations de naissance des enfants de statut civil de droit commun seront faites dans les quinze jours de l'accouchement à l'officier de l'état civil du lieu de naissance* ». L'allongement du délai était destiné à permettre aux habitants situés à plusieurs jours de transport du centre administratif de s'y rendre après la naissance de l'enfant²⁵⁸. Ce texte a été abrogé par l'article 11 de l'ordonnance du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire²⁵⁹. Cette dérogation fut réintroduite par l'article 1 de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés²⁶⁰, et fut abrogée quelques mois plus tard par l'article 108 de la loi du 24 juillet 2006²⁶¹, de sorte que partout en France le délai prévu par l'article 55 est de trois jours, même si la question de l'allongement de ce délai revient régulièrement dans les débats parlementaires²⁶².

41. Disparition des traditions ancestrales. Il existe une certaine incompatibilité entre le respect des particularismes autochtones, et la jouissance universelle des droits républicains de l'Homme et du Citoyen. En effet, l'enregistrement de la naissance de chaque enfant peut impliquer une remise en cause profonde des traditions religieuses et des coutumes tribales qui régissent le fonctionnement de certains territoires français restés à la marge²⁶³. En émettant une réserve sur l'article 30 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui proclame le droit de l'enfant au respect des minorités autochtones²⁶⁴, la France a

immense, les voies de communication courantes que sont les cours d'eau ne permettent pas un transport rapide des personnes d'un lieu reculé au centre administratif de leur commune. Cette absence de moyen de transport rapide et le délai court des déclarations de naissance font obstacle à cette dernière. Il se trouve ainsi de nombreuses naissances non déclarées par ces habitants isolés au cœur du territoire » : Amendement n° 282 (retiré), discuté en séance le 2 février 2011, Texte de la commission n° 240 (2010-2011) sur le projet de loi adopté par l'assemblée nationale relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, www.nossenateurs.fr.

257. Ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000, relative à l'état civil à Mayotte, *JORF* 10 mars 2000, n° 59, p. 3801.

258. S. PARICARD, « L'épreuve des traditions : la création d'un état civil à Mayotte », in Cl. NEIRINCK (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, p. 105.

259. Ordonnance n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire, *JORF* 21 décembre 2002, n° 297, p. 21363.

260. Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *JORF* 24 mars 2006, n° 71, p. 4475.

261. Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006, relative à l'immigration et à l'intégration, *JORF* 25 juillet 2006, n° 170, p. 11047.

262. Ch. KERT, « réponses parlementaires, question n° 61263 », *JDJ* avril 2010, n° 294, p. 46.

263. S. PARICARD, « L'épreuve des traditions : la création d'un état civil à Mayotte », in Cl. NEIRINCK (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, p. 99.

264. Article 30 de la Convention internationale des droits de l'enfant : « *Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de*

souhaité réaffirmer son attachement à l'égalité de tous devant la loi : à commencer par les enfants²⁶⁵. D'importants travaux de collationnement sont actuellement en cours pour fiabiliser les états civils les plus endommagés, comme à Mayotte où les documents papiers ont parfois été détruits par les cyclones ou les termites²⁶⁶. Par ailleurs, l'évolution des moyens de communication et leur universalité favorisent aujourd'hui un accès à l'information même dans des territoires très isolés, ce qui devrait permettre aux parents de déclarer plus facilement leurs enfants. De plus, si des réticences culturelles peuvent encore être parfois présentes parmi les « anciens », il ne faut pas oublier que les nouvelles générations n'échappent pratiquement plus aux attraits de la civilisation dite « *occidentale* ». L'identification n'est pas seulement obligatoire pour aller à l'école ou obtenir une prestation sociale, elle est indispensable pour consommer ! Il est donc très probable que la prochaine décennie voit avec elle chuter très fortement le nombre de cas d'enfant non déclaré sur le sol français.

pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe ».

265. A. GOUTTENOIRE, C. GRIS, B. MAUMONT, M. MARTINEZ, P. MURAT, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *dt. fam.* 2009, novembre n° 42, p. 37.

266. CRC/C/FRA/4, 10 septembre 2008, § 129, p. 139. (France).

Paragraphe II - La déclaration judiciaire de la naissance de l'enfant

42. Au delà de trois jours. Pour le cas où la naissance de l'enfant ne serait pas déclaré dans le délai de trois jours, l'article 55 du Code civil dispose que « *l'officier de l'état civil ne peut la relater sur ses registres qu'en vertu d'un jugement rendu par le tribunal de l'arrondissement dans lequel est né l'enfant, et mention sommaire est faite en marge à la date de naissance. Si le lieu de la naissance est inconnu, le tribunal compétent est celui du domicile du requérant* ». Il s'agit alors pour le juge d'essayer de reconstituer l'état civil de l'enfant afin qu'il puisse jouir pleinement de la protection du statut de personne juridique. Cette procédure est d'autant plus importante pour l'enfant que les circonstances qui entourent sa naissance sont souvent de nature à justifier la mise en œuvre d'une protection spécifique. Bien que les décisions en la matière soient plutôt rares, elles sont souvent la conséquence d'une situation particulièrement complexe.

43. Date de naissance inconnue. Ainsi par exemple peut-on évoquer le cas d'une petite fille née le 23 décembre 1992 dans la caravane d'un couple nomade, et dont les parents n'avaient pas procédé à la déclaration de naissance. Dans un contexte familial emprunt de rigidité coutumière, où l'union des parents de l'enfant n'était pas cautionnée parce que la mère était tzigane française et le père roumain, ils avaient eu peur que la garde de l'enfant ne leur soit retirée par méconnaissance des lois de la République²⁶⁷. Ce n'est que le 16 avril 1993, alors que le climat leur semblait plus rassurant, que les parents de l'enfant ont engagé une procédure tendant à l'établissement de l'acte de naissance de l'enfant. Après un premier refus du tribunal de grande instance de Strasbourg, c'est la cour d'appel de Colmar qui, par un arrêt du 6 octobre 1995, rejette la demande des parents, aux motifs qu'aucun document ne permettait d'établir la date de naissance de l'enfant, et que dans la mesure où une caravane est mobile, il n'était pas possible de déterminer si l'enfant était né sur le territoire français²⁶⁸. Cet arrêt surprenant a été accueilli froidement par la doctrine qui s'est interrogée sur la raison pour laquelle la cour d'appel de Colmar faisait référence au manque de preuve quant à la date et au lieu exact de naissance de l'enfant, alors que la procédure vise justement « à y suppléer par

²⁶⁷. B. GROSJEAN, « Daniella, la petite fille qui n'existe pas. Les tribunaux ont refusé l'état civil à l'enfant née dans une caravane. Une situation inextricable », *Libération* 27 janvier 1998, www.liberation.fr, consulté en mars 2013.

²⁶⁸. S. MIRABAIL, « Une nouvelle catégorie de marginaux : les êtres humains non identifiés », *D.* 1997, p. 431.

tous les moyens »²⁶⁹.

44. Lieu de naissance inconnu. Comme cela a été souligné par les commentateurs de la décision, le législateur a prévu l'hypothèse où le lieu de naissance serait inconnu en disposant que le tribunal compétent serait alors celui du domicile du requérant. Bien que nomades, et donc sans domicile ni résidence fixe, les parents de l'enfant ont toutefois l'obligation de déclarer une commune de rattachement au titre de l'article 7 de la loi du 3 janvier 1969, et l'obligation de faire viser leur livret de circulation à chaque déplacement²⁷⁰. Dès lors, bien que mobiles, les requérants n'en étaient pas moins localisables durant la période envisagée. Dans la mesure où il ne faisait aucun doute que les requérants étaient bien les parents de l'enfant, à tel point d'ailleurs que la cour d'appel avait même constaté la constitution d'une possession d'état efficace de filiation de l'enfant à l'égard de ses parents - ce qui ne manquait pas de piquant pour un être humain qui n'avait pas de statut juridique²⁷¹ - la cour d'appel ne pouvait pas refuser de se prononcer en estimant qu'« *une caravane est essentiellement mobile et qu'elle pouvait se trouver à ce moment-là aussi bien d'un côté que de l'autre du Rhin* ». En conséquence, elle aurait dû retenir comme lieu de naissance : soit la place de l'étoile à Strasbourg comme l'affirmaient les témoins ; soit, à défaut de certitude, la commune de rattachement des parents qui devait probablement être Villerupt en Meurthe-et-Moselle.

45. Date. Il apparaît que le manque de preuve quant à la date de naissance de l'enfant, pas plus que le lieu de sa naissance, ne pouvait présenter un obstacle pour établir son acte de naissance. Le cas n'est pas inédit. En effet, dans une hypothèse similaire lorsqu'un enfant est abandonné et donc que sa date de naissance est inconnue, l'article 58 du Code civil dispose que « *l'officier de l'état civil établit un acte tenant lieu d'acte de naissance [dans lequel] il fixe une date de naissance pouvant correspondre à son âge apparent* ». Sans doute de façon plus exceptionnelle, concernant une personne adulte et amnésique d'environ vingt ans, le tribunal de grande instance de Lille avait établi un état civil provisoire estimant la date de naissance du requérant au 1er janvier 1975²⁷². Encore une fois, l'objectif du dispositif est de permettre par tous les moyens à l'enfant de bénéficier du statut juridique de personne et non

269. J. HAUSER, « De nulle part et de jamais : naissance et état civil », *RTD civ.* 1997, p. 95.

270. Loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe, *JORF* 5 janvier 1969, p. 195.

271. J. HAUSER, « De nulle part et de jamais : naissance et état civil », *RTD civ.* 1997, p. 95.

272. J. MASSIP, « L'état civil d'un amnésique », *LPA* 1997, n° 95, p. 22 ; X. LABBÉE, « L'amnésique », *D.* 1997, p. 29.

pas de découvrir la « vérité ».

46. Date de naissance crédible. Dans une autre affaire pour laquelle les faits étaient très proches, la cour d'appel de Toulouse est arrivée à une solution bien différente. Cette fois, la mère de l'enfant souffrait de troubles de la mémoire, et il était impossible de connaître avec certitude la date de naissance de l'enfant. Sur le territoire français en situation irrégulière, les parents de l'enfant n'avaient pas procédé à la déclaration de sa naissance. Le père avait d'ailleurs été rapidement expulsé. La cour d'appel de Toulouse, se fondant sur la bonne foi de l'appelante et le témoignage d'une assistante sociale, avait alors estimé qu'en l'absence de certitude, une date de naissance crédible permettait de déclarer judiciairement la naissance de l'enfant²⁷³. Dès lors, la méconnaissance de la date de naissance de l'enfant n'aurait pas, non plus, dû être un obstacle pour la cour d'appel de Colmar à la constitution judiciaire d'un état civil ; d'autant plus qu'en l'espèce il existait des témoins pour attester de la date exacte²⁷⁴.

47. Intérêt de l'enfant. La décision de la cour d'appel de Colmar aurait sans doute mérité de prendre en compte de manière concrète l'intérêt de l'enfant qui avait prévalu dans d'autres affaires comme « un intérêt d'ordre public [...] à ce que toute personne vivant habituellement en France, même si elle est née à l'étranger et possède une nationalité étrangère, soit pourvue d'un état civil »²⁷⁵. Par chance, l'école du village de Vittoncourt avait accepté de scolariser l'enfant, et après intervention du ministre alerté par l'opinion publique sur ce dossier, le tribunal de grande instance de Metz a finalement déclaré la naissance de Daniella le 23 décembre 1992²⁷⁶.

48. Conclusion de la section. La naissance de l'enfant traduit le début de son existence, qui ne deviendra juridiquement pleinement autonome qu'à partir de la majorité. Le point de départ de cette autonomie nécessite qu'il soit connu de l'État pour qu'il puisse bénéficier de la garantie pleine et entière des droits, obligations et libertés conférées à toutes les personnes physiques, bien qu'elles soient exercées durant la minorité par ses représentants légaux. L'enjeu de l'enregistrement des naissance est donc primordial pour lutter contre les

²⁷³. Cour d'appel de Toulouse, 12 avril 1994, *affaire Zéran*, RG : 5274/93, *JCP* 1995, IV, 227.

²⁷⁴. S. MIRABAIL, « Une nouvelle catégorie de marginaux : les êtres humains non identifiés », *D.* 1997, p. 431.

²⁷⁵. J. HAUSER, « De l'intérêt d'exister à l'état civil », *RTD civ.* 1998, p. 651.

²⁷⁶. J. MASSIP, « Acte de l'état civil », *degrénois* 1998, n° 17, p. 1014 ; J. MASSIP, « Compétence des juges français pour déclarer la naissance d'un enfant ayant sa résidence habituelle en France », *LPA* 1999, n° 52, p. 15.

inégalités, dont souffrent en priorité les enfants marginalisés. Or ce sont justement ces enfants marginalisés du fait de la vie de leurs parents qui sont les plus difficiles à enregistrer, qu'ils soient issus de minorités dites autochtones vivant sur des territoires reculés, nomades ou vivant dans des communautés à vocation sectaire.

Conclusion du chapitre

49. Mouvements sectaires. La mise en œuvre du droit de l'enfant d'être enregistré présente des perspectives encourageantes d'évolution positive en ce qui concerne les populations autochtones, ou les familles isolées. Ces cas inspirés le plus souvent par le poids des traditions et la détresse humaine restent marginaux en France et tendent à disparaître. En revanche, dans d'autres hypothèses, c'est la volonté de soustraire l'enfant à la société française qui motive son absence d'enregistrement. De telles situations sont alarmantes parce qu'il existe très peu d'information concernant les enfants qui ne bénéficient pas d'un acte de naissance à cause de l'appartenance de leurs parents à des mouvements dits « sectaires », difficiles à définir par le législateur²⁷⁷. La plupart du temps, la question est abordée en doctrine sous l'angle de la liberté parentale de transmettre à l'enfant une culture²⁷⁸, une religion²⁷⁹ ou une éducation²⁸⁰. Pourtant, il convient de rappeler que pour qu'il y ait exercice de l'autorité parentale au regard du droit français, le sentiment d'appropriation générationnel n'est pas suffisant. Il faut qu'il existe entre l'enfant et ses parents un lien de droit, dont l'acte de naissance est le préalable incontournable et qui leur donne le statut de représentant légal²⁸¹.

En l'absence d'enregistrement de l'enfant à la naissance, ils ne peuvent se prévaloir que d'un lien de fait, tout au plus un lien reconnu socialement, mais qui n'ouvre pour les adultes aucun droit sur les enfants au sens de la loi. Les personnes mineures qui ne sont pas enregistrées n'ont ni famille, ni patrie au sens juridique du terme²⁸². Elles sont exposées au risque d'être déplacées vers des États moins regardants sur les droits de l'Homme pour être

277. Ph. GAST, « Le rapport Guyard et les principes d'égalité et de légalité en matière de sectes », *LPA* février 1996, n° 17, p. 13.

278. Ph. MALAURIE, « Droit, sectes et religion », *Archives de philosophie du droit*, p. 213.

279. M.-P. GIL-ROSADO, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Thèse, n° 61 p. 46 et suiv..

280. M. HUYETTE, « Les sectes et l'enfermement des mineurs », *D.* 2007, p. 682.

281. S. RODDE, *L'exercice de l'autorité parentale à l'épreuve du phénomène sectaire*, mémoire DEA, Lille 2003. www.edoctorale74.univ-lille2.fr, consulté en juin 2012.

282. « L'enfant, qui n'a pas d'état civil, a été dissimulée, a priori depuis sa naissance, et, plus grave, elle présente des retards importants, sur plusieurs plans, notamment de la taille, du poids et des capacités ne correspondant par à un âge d'entre 15 et 23 mois, a indiqué le procureur à l'AFP, soulignant que l'enfant ne parle pas. La petite-fille avait été retrouvée déshydratée, nue et sale, dans un couffin dans le coffre d'une voiture, que la mère avait amenée à un garage à Terrasson, à 10km de leur village de Brignac-la-Plaine pour une réparation. Les employés avaient été alertés par des bruits bizarres, comme des gémissements, venant de l'arrière du coffre, l'avaient ouvert et avaient alerté les gendarmes, en présence de la mère. Le bébé a semble-t-il été dissimulé à tous points de vue, c'est-à-dire auprès des proches, des membres de la famille, du voisinage et de l'état civil, a ajouté le procureur, soulignant le caractère exceptionnel du cas » : Libération, 28 octobre 2013, www.liberation.fr, consulté en octobre 2013.

conditionnées à leur nouvelle vie²⁸³. La persistance à les maintenir de fait en situation illégale devrait en principe justifier la mise en œuvre d'une mesure d'assistance éducative et l'éloignement de l'enfant de cet environnement contraire à son intérêt²⁸⁴. Comme le faisait remarquer l'un des membres de la commission parlementaire de 2006 : « *Nous avons eu récemment à Paris le cas tout à fait étonnant d'un enfant sans état civil. Une secte avait conseillé à la mère de ne pas déclarer son enfant à la naissance. Souhaitant quitter la secte après plusieurs années de travail sur elle-même, elle a cherché à l'inscrire à l'école. C'est ainsi que nous avons découvert qu'elle ne l'avait pas déclaré. Nous avons immédiatement pris contact avec le parquet, où l'affaire a été prise en main dans l'heure qui suivait* »²⁸⁵. Privé d'enregistrement, l'enfant ne pouvait donc pas aller à l'école ; plus grave, il ne pouvait pas non plus faire l'objet d'un suivi par les services départementaux compétents, pourtant destinés à veiller sur ses intérêts en cas de défaillance parentale²⁸⁶ ! C'est pourquoi en 2007, la MIVILUDES recommandait le lancement d'une « étude ayant pour objet, d'une part, de recenser les enfants qui ne sont pas inscrits à l'état civil et, d'autre part, de faire des propositions pour renforcer plus généralement les obligations de déclaration de naissance des enfants »²⁸⁷.

283. MIVILUDES, *Rapport au Premier ministre*, la documentation française, 2009, p. 122.

284. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 647, p. 357.

285. G. FENECH, Ph. VUILQUE, *Commission d'enquête relative à l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs*, 12 décembre 2006, n° 3507, p. 533.

286. G. FENECH, Ph. VUILQUE, *idem*, n° 3507, p. 22.

287. MIVILUDES, *Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 2007, p. 67.

Chapitre II – Les effets de l'enregistrement sur la filiation

50. Liberté parentale de se faire connaître. Au moment de sa naissance, l'enfant n'est évidemment pas en mesure d'établir lui-même sa filiation. Pourtant, l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant lui donne le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux dans la mesure du possible. Pour que ce droit trouve une effectivité, il faut donc que les parents de l'enfant se fassent connaître en même temps qu'ils font connaître la naissance de l'enfant. Ces démarches sont alors réalisées dans le cadre de l'article 57 du Code civil. Cet article, relatif à la rédaction de l'acte de naissance de l'enfant, prévoit que l'acte doit relater le jour, l'heure, le sexe et le lieu de la naissance de l'enfant. De plus, il doit y être faite mention des éléments qui permettront de l'individualiser : ses prénoms, et son nom de famille. Toutefois, l'article 57 du Code civil ne donne aucune obligation aux « parents » de se faire connaître à ce moment là²⁸⁸.

Dès lors, contrairement à l'officier de l'état civil allemand qui a l'obligation de recueillir un nom pour les parents de l'enfant, l'officier de l'état civil français n'est pas tenu de procéder à des investigations²⁸⁹. Dans la mesure où la femme qui accouche a la possibilité de ne pas révéler son identité dans l'acte de naissance de l'enfant, l'établissement du lien de filiation est suspendu à la volonté ultérieure de cette femme de le reconnaître ou de se faire connaître²⁹⁰. Il en va de même pour le nom du père de l'enfant que l'officier de l'état civil ne peut pas exiger d'obtenir. Dans ce cas, le soin d'individualiser l'enfant est laissé entre les mains de l'officier de l'état civil qui lui attribue des prénoms et le nomme.

L'article 57 du Code civil énonce l'existence de personnes qui bénéficient du qualificatif de « parent », en dehors de toute reconnaissance juridique. Les « parents » ont la

288. Article 57 du Code civil : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la 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. 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 ».

289. CRC/C/83/Add. 7, 24 juillet 2003, § 250. (Allemagne) ; CRC/C/11/Add. 5, 16 septembre 1994, § 28. (Allemagne).

290. Voir *infra* n° 134.

liberté de choisir de se faire connaître ou non. Il convient de souligner qu'il ne faut pas confondre cette liberté d'établir le lien de filiation, avec une liberté de devenir parent, qui pourrait ensuite dériver vers l'idée qu'il existerait un « droit à... » l'enfant, parce que les parents peuvent ou non décider de « devenir » parent. En réalité, cette liberté parentale de se faire connaître n'existe qu'autant que l'enfant n'a pas, matériellement, la possibilité d'agir lui-même pour rechercher sa filiation et, le cas échéant, l'établir à la place de « ses » parents.

51. Non-abandon de l'enfant. L'abandon d'enfant était très répandu dans l'antiquité. Exposé à qui voulait le recueillir, l'enfant était souvent utilisé ensuite comme esclave²⁹¹. La doctrine chrétienne a utilisé son influence pour tenter de restreindre cette pratique²⁹². Cependant, malgré la volonté répétée des autorités publiques, l'abandon d'enfant n'a jamais pu être complètement proscrit, de sorte qu'il est possible de considérer qu'il répond à un certain besoin social. Dès lors, seule l'exposition commise dans un « lieu solitaire » faisait l'objet d'une véritable répression. En effet, l'enfant isolé trop jeune, risquait de mourir faute de soin et d'attention²⁹³. La répression de cette infraction a prospéré jusqu'à aujourd'hui, puisque le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger est sanctionné par l'article 223-3 du Code pénal. La peine peut être aggravée si l'abandon a entraîné des mutilations ou une infirmité de l'enfant²⁹⁴. C'est pourquoi, afin de décourager les parents d'en arriver à de telles extrémités, le législateur laisse aux parents la liberté de ne pas établir de lien de filiation avec l'enfant au moment de la naissance ; en l'absence de lien de filiation, l'enfant n'est donc pas techniquement abandonné puisqu'il n'a juridiquement pas de parents.

52. Enjeux. Si la pratique de l'abandon de l'enfant a toujours existé, c'est parce que la retranscription sociale du statut de parent entraîne des conséquences tant pour les parents que pour l'enfant. Ainsi, par exemple, l'obligation d'entretien, est une catégorie particulière d'obligation alimentaire, dont l'intensité résulte de la « responsabilité » des parents dans la naissance de l'enfant²⁹⁵. Leur responsabilité est appréciée à l'égard de l'enfant, mais aussi à l'égard de l'ensemble du groupe, puisqu'il prendra à sa charge l'enfant si « ses » parents n'assument pas leur rôle.

²⁹¹. J. CHARPENTIER, *Le droit de l'enfance abandonnée, son évolution sous l'influence de la psychologie (1552-1791)*, p. 14.

²⁹². R. FREMONT, « Abandon d'enfant », *Pandectes françaises*, n° 1, p. 25.

²⁹³. A. CARPENTIER, G. FRÈREJOUAN DU SAINT, « Abandon d'enfant », in ED. FUZIER-HERMAN, n° 36, p. 30.

²⁹⁴. A. GOUTTENOIRE, « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Répertoire pénal Dalloz*, n° 19, p. 4.

²⁹⁵. A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, n° 1180, p. 483.

Le détail de cette obligation était initialement prévu dans le cadre du mariage à l'article 203 du Code civil qui dispose qu'elle recouvre l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever les enfants. En réalité, la doctrine a toujours plutôt considéré qu'il s'agissait d'une obligation qui découlait du lien de filiation : *qui fait l'enfant doit le nourrir*²⁹⁶. L'enfant, pour bénéficier de ce droit, doit donc être affilié à des parents. Le plus souvent, dans la mesure où l'enfant cohabite avec ses parents, « l'obligation d'entretien s'exécute en nature, sous la forme de dépenses que les parents effectuent pour satisfaire les besoins de l'enfant : logement, nourriture, vêtements, frais de scolarité, loisirs »²⁹⁷. L'obligation d'entretien est due à compter du jour de la naissance de l'enfant, et n'est pas dépendante de l'exercice de l'autorité parentale²⁹⁸. Elle constituerait en quelque sorte le pendant patrimonial de l'exercice de l'autorité parentale qui a vocation à protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité.

53. Filiation naturelle et filiation légitime. Au prétexte de préserver la paix des ménages, le législateur a longtemps réglementé la filiation de manière différenciée, en opérant une distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle. Cette différence se traduisait de manière concrète dans les conséquences de la retranscription du nom des parents dans l'acte de naissance de l'enfant, puisque dans certains cas, malgré la mention du nom de la mère ou du père dans son acte de naissance, l'enfant naturel, par exemple, ne pouvait pas bénéficier d'un lien de filiation au même titre qu'un enfant légitime.

Dans une logique de traitement égalitaire des enfants, des modifications législatives sont intervenues pour renforcer le rôle de l'acte de naissance dans l'établissement de la filiation de l'enfant. Le nouveau droit de la filiation a fait définitivement disparaître, en droit, la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, et a généralisé la désignation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant en tant que mode autonome d'établissement de la filiation maternelle. Pour sa part, la filiation paternelle n'a pas trouvé, pour le moment, de revalorisation dans l'acte de naissance. Dès lors, la loi établit une nouvelle distinction qui n'est plus fondée sur l'opposition entre la filiation naturelle et la filiation légitime, mais sur la différence de conséquence entre la mention du nom de la mère ou du nom du père dans l'acte de naissance, ce qui justifie de présenter d'une part *Les effets de la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance (Section 1)* et d'autre part *Les effets de la mention du nom du père dans l'acte de naissance (Section 2)*.

296. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 896, p. 857.

297. A. GOUTTENOIRE, BONFILS, *Droit des mineurs*, n° 814, p. 437.

298. A. GOUTTENOIRE, *idem*, n° 810, p. 435.

Section 1 – Les effets du nom de la mère dans l'acte de naissance

*La maternité est une religion à laquelle il ne faut pas
faillir. Mères entendez-moi, vous voulez que votre
enfant soit fort et beau. Comment n'avez-vous pas senti
qu'il dépendait de vous, surtout en cette minute ?
Mais vous ne songiez pas qu'il pouvait être.
C'est cela, n'est-ce pas ?
Vous étiez occupée d'amour.. d'amour humain. Et
l'enfant est venu sans que vous ayez eu le temps de
réfléchir à cette incarnation²⁹⁹.*

54. Histoire. Les hommes et les femmes ne se sont jamais trouvés à égalité face à la procréation : la maternité exaltée par la Rome antique comme un pouvoir extraordinaire était vue en Grèce comme un asservissement civique et religieux des femmes à l'égard des hommes³⁰⁰. Dans les deux cas, bien qu'elle ne soit pas vécue de la même manière par les femmes, il y avait inégalité³⁰¹. Les femmes n'avaient, face à l'homme aucune maîtrise de leur fécondité et devaient assumer la maternité que leur grossesse leur avait socialement imposée³⁰². Pour autant, bien que les femmes occidentales disposent aujourd'hui d'une entière maîtrise de leur fécondité (négative), aucune égalité ne s'est instaurée entre les hommes et les femmes, faisant simplement pencher le fléau de la balance du côté des femmes³⁰³. Différence physiologique fondamentale : pour le moment la gestation ne peut être assurée que par les femmes. Le législateur en a tiré des conséquences techniques concrètes, et a uniformisé à l'égard de toutes les femmes les effets de la mention de leur nom dans l'acte de naissance de l'enfant. Fondée sur l'idée qu'il n'était plus possible de tenir compte des choix de vie sentimentaux des femmes, *L'évolution de l'établissement de la filiation par l'acte de naissance (paragraphe I)* a opéré des changements dans les *La filiation maternelle automatique (paragraphe II)*.

²⁹⁹. R. MACHARD, *Tu enfanteras*, p. 10.

³⁰⁰. M. HALM TISSERANT, « Maternité », J. LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité*, p. 1351.

³⁰¹. « La précarité et l'instabilité des rapports des parents ne pouvaient qu'être fatales aux jeunes générations, qui devaient trouver, au contraire, dans leur persistance prolongée la plus efficace et la plus indispensable des protections. Cet abandon par le père de ceux qui lui devaient la vie allait de plus en plus apparaître comme une renonciation inexplicable aux droits qu'il tenait de la nature et comme une abdication imprudente du rôle tutélaire qu'elle l'appelait à remplir auprès d'eux » : G. BAUDRY-LACANTINERIE, M. HOUQUES-FOURCADE, *Théorie et pratique de droit civil des personnes*, n° 1329, p. 4.

³⁰². S. DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*.

³⁰³. A. GOUTTENNOIRE, « Aux hommes d'assumer », H. POIVEY-LECLERCQ, « Un enfant comme on prend un animal de compagnie ? », *Le figaro*, « La paternité peut-elle être imposée ? », 28 janvier 2013, www.lefigaro.fr, consulté en janvier 2013.

Paragraphe I – L'évolution de l'établissement de la filiation par l'acte de naissance

55. Rome païenne. Afin que les femmes ne soient pas seules pour assumer la naissance des enfants, l'institution du mariage avait été imaginée pour établir la paternité de l'enfant dont elles accouchent³⁰⁴. Plus exactement, à travers le rite romain du *tollere liberum*, le mari de la femme manifestait sa volonté discrétionnaire de faire entrer l'enfant sous sa puissance, et de ce fait établissait à son égard un lien de filiation paternel³⁰⁵. Par voie de conséquence, la filiation était établie également à l'égard de la femme qui se trouvait *loco filiae* sous la puissance de son mari³⁰⁶. Le père allait ensuite à *l'aerarium Saturni*, c'est-à-dire le relais administratif local qui faisait office de trésor public et de préfecture, pour déclarer la naissance de l'enfant³⁰⁷. Cependant, cette déclaration n'emportait pas preuve de la filiation et n'était faite que pour les enfants légitimes.

En dehors du mariage, il semble que dans les époques les plus anciennes, la maternité naturelle n'existait pas chez les romains. Toutefois, l'émergence de la cognation, c'est à dire la prise en compte de la parenté par le sang maternel permet, sans doute à partir de l'époque classique, l'établissement de la filiation maternelle par le simple fait de l'accouchement³⁰⁸. Bien que dans ce cas l'enfant ne soit pas déclaré à *l'aerarium Saturni*, il

304. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 469, p. 992.

305. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, n° 169, p. 234.

306. J. ZLINSKZY, « *Consors et domina – Filiae loco* : La famille romaine archaïque », in R. GANGHOFER, *Le droit de la famille en Europe son évolution de l'antiquité à nos jours*, p. 234.

307. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 131, p. 151.

308. De manière plus précise : « Dans le droit païen, d'après le système primitif qui base uniquement la parenté sur le lien de puissance, l'enfant né hors mariage n'est rattaché ni à son père, ni à sa mère. Il n'y a qu'une parenté : la parenté civile. La loi ne connaît la parenté naturelle, ni au profit de l'enfant pour lui donner des droits, ni à son encontre pour le frapper de déchéances. Mais, toujours pendant la période païenne, à mesure qu'on a tenu compte de la cognation, le droit est arrivé à attacher des conséquences toujours plus étendues à celle qui lie la mère à l'enfant. Ces conséquences, que nous avons signalées en traitant du mariage, résultent là, non pas de ce que la mère est la femme du mari, mais de ce qu'elle est la cognate de ses enfants. Elles se produisent donc aussi complètement quand la mère n'est pas mariée que quand elle l'est. Tous les droits et les devoirs reconnus entre la mère et l'enfant par la doctrine, par le préteur, par les sénatus-consultes et par les constitutions des empereurs païens se produisent au regard de tous les enfants, non seulement des enfants nés en mariage, mais aussi des enfants issus d'une union libre, d'un concubinat, ainsi que de ceux nés d'une rencontre isolée (*spurii, vulgo concepti*), et, même croyons nous, des enfants adultérins et incestueux. La base est toujours la même : la parenté naturelle attestée par la fait matériel de l'accouchement qui est toujours également certain, que la mère soit une femme mariée, une concubine ou une prostituée. », P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, pp. 198-199.

n'était pas rare que la mère fasse dresser, devant témoins, un procès verbal privé de la naissance de l'enfant³⁰⁹. Cependant, lorsque les parents de l'enfant n'étaient pas mariés, la filiation paternelle de l'enfant ne pouvait pas être établie, et l'enfant suivait la condition juridique de sa mère³¹⁰. A Rome la paternité naturelle n'existe pas³¹¹. D'ailleurs les textes rapportent que, consulté sur la question, le jurisconsulte classique Paul avait affirmé comme une évidence que si l'enfant, même conçu dans la débauche, avait toujours pour mère la femme qui accouchait de lui, son père en revanche ne pouvait être autre que celui que le mariage de sa mère désignait³¹². L'absence de filiation paternelle n'entraîne cependant aucune conséquence positive ou négative à l'égard de l'enfant, puisque le concubinage ou le célibat était une chose courante et que le divorce était libre³¹³. L'enfant pouvait recevoir des libéralités sans qu'il existe à son égard le moindre lien filial.

56. Rome chrétienne. Ce n'est que sous l'influence de la doctrine chrétienne, dont les enseignements se généralisent au Bas-Empire, que l'enfant issu d'une relation extraconjugale est désigné comme de naissance immorale³¹⁴. La naissance hors mariage est désormais vue comme une *macula* honteuse qu'il faut faire disparaître par tous les moyens, en autorisant au moins l'enfant naturel à entrer sous la *patria potestas* du *pater familias* en signe de repentance de ce péché³¹⁵. La présomption de paternité évolue alors vers son sens juridique actuel ; ce n'est plus la volonté du père qui établit la filiation, mais le fait qu'il soit marié à la femme qui vient d'accoucher. A partir de cette époque, la filiation hors mariage prend une connotation péjorative. Ainsi l'empereur Constantin interdit par exemple aux pères de faire des libéralités à leurs *liberi naturales*, considérant qu'ils sont issus d'une relation inférieure³¹⁶.

Dès lors, la détermination de la date de la conception de l'enfant prend pour lui une importance capitale. La loi des XII tables en 449 avant Jésus Christ présumait que la gestation ne pouvait pas durer plus de dix mois. Hippocrate au troisième siècle avant notre ère

309. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 131, p. 152.

310. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n° 181, p. 249.

311. O.-M. PETER, « L'image idéale du mariage et de la filiation à Rome », in R. GANGHOFER, *Le droit de la famille en Europe son évolution de l'antiquité à nos jours*, p. 365.

312. Paul, (D., 2, 4, 5) : « *Mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit ; pater vero is est quem nuptiae demonstrant* », cité par J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 132, p. 153.

313. Le mariage à Rome est un acte consensuel, qui implique la permanence du consentement. Il est dissout dès lors que le consentement n'est plus présent. A. LEFEBVRE-TEILLARD, « Mariage », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 2001

314. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n° 182, p. 249.

315. P.-F. GIRARD, *op. cit.*, p. 202.

316. R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, n° 222, p. 308.

affine cette présomption : selon lui, la gestation peut aller de 182 à 300 jours³¹⁷. Mais il ne s'agissait heureusement que de présomptions simples, et l'on trouve des jugements favorables aux enfants qui admettent parfois des grossesses de treize mois³¹⁸. Les mécanismes de la légitimation par mariage subséquent, par rescrit du prince ou par oblation à la curie vont par ailleurs voir le jour pour servir d'acte de contrition aux enfants qui ne peuvent pas être couverts par la présomption de paternité. Cependant, la christianisation de la société n'entraîne pas que des effets négatifs. Ainsi, alors que la Rome païenne pratiquait l'exposition des enfants, soit parce qu'ils n'avaient pas été « relevés » par le *pater familias*, soit parce que la famille était trop pauvre pour l'accueillir, les empereurs chrétiens tentent de la prohiber. Cette interdiction ne parvient toutefois jamais vraiment à s'imposer, si bien que Justinien adopte une disposition destinée à permettre de vendre les enfants en cas d'extrême misère³¹⁹. L'habitude est alors prise d'abandonner de manière anonyme les enfants près des églises et elle perdure à travers l'époque franque.

57. Ancien droit français. Si l'époque franque se préoccupe peu de distinguer les enfants naturels et les enfants légitimes, l'affirmation au douzième siècle de la puissance de l'Église chrétienne face à l'affaiblissement des monarques séculiers fait revenir les anciennes traditions et la morale du Bas-Empire. Prohibition de la polygamie, prohibition de l'inceste, de la fornication, de l'avortement, le mariage est prescrit à la fois comme moyen de continence et d'identification des enfants qu'il faut protéger de l'abandon et de l'avortement³²⁰. Afin de s'assurer que les degrés prohibés du mariage sont bien respectés, le concile de Trente, en 1563, généralise certaines pratiques isolées en ordonnant que soient tenus des registres baptismaux destinés à retracer la filiation des personnes. La filiation maternelle est établie par la naissance, et l'état de l'enfant se prouve par « extrait baptistaire », commencement de preuve par écrit « si seulement les Registres n'ont pas été perdus »³²¹. La filiation paternelle est établie de manière automatique par le mariage, et ne peut être contestée qu'à condition de démontrer l'absence ou l'impuissance³²². Par rapport au droit romain, c'est

317. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 132, p. 153.

318. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 127, p. 147.

319. H. FULCHIRON, P. MURAT, « Splendeurs et misères de l'adoption. Abandon et adoption », *Autrement* 1988, n° 96, p. 94.

320. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n° 197, p. 264.

321. Il est donc possible d'en déduire *a contrario* qu'il se prouve par tout moyen en l'absence de registre. G. DU ROUSSEAU DE LA COMBE, « État », *Recueil de jurisprudence du pays de droit écrit et coutumier par ordre alphabétique*, p. 145.

322. « Cependant la règle *filius est quem nuptiae demonstrant* ne fait qu'une présomption *iuris* ; car l'absence, ou la maladie du mari qui le rend impuissant, est juste sujet de contester l'état de l'enfant, mais il faut que l'absence ou la maladie soit telle, qu'elle produise une impossibilité physique & morale » : G. DU ROUSSEAU DE LA COMBE, « Enfant », *op. cit.*, p. 143.

une inversion radicale de la conception de la filiation, qui n'est plus pensée à partir du père, mais à partir de l'enfant³²³. Cependant, il faudra toutefois attendre encore longtemps pour que l'enfant bénéficie pleinement, dans son intérêt, de cette évolution conceptuelle !

En dehors du mariage, à moins que l'homme n'épouse la femme, la paternité était impossible. Cependant, il n'était pas rare que les bâtards *a patre* soient recueillis à son foyer : cette situation n'était pas infamante pour le père. Bien qu'un lien baptismal soit parfois établi avec ses parents, l'enfant naturel n'avait aucun droit à leur succéder du fait de sa condition inférieure. Tout au plus pouvait-il recueillir des aliments³²⁴. Par ailleurs, la femme avait la possibilité d'engager une action à l'encontre de celui qui l'avait séduite pour obtenir des subsides : qui fait l'enfant doit le nourrir rappelait Loysel³²⁵. Les femmes de réputation honnête étaient crues sur parole – *creditur virgini praegnati* – et l'on vit à la fin du dix-huitième siècle certains excès dénoncés par les auteurs³²⁶. Il semble cependant que cette action de la mère n'avait vocation qu'à obtenir, dans l'urgence et pour un temps limité, de quoi pourvoir à ses frais de gésine³²⁷.

58. Point de départ de la personnalité juridique. Des discussions s'engagèrent aussi afin de savoir à partir de quand le fœtus était un être humain doté d'une

323. A. LEFEBVRE-TEILLARD, « Filiation », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 2001

324. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, n° 239, p. 315.

325. A. WEISS (dir.), H. FRENNELET et alii., « Enfant naturel », *Pandectes françaises*, n° 41, p. 712.

326. « Au XVIII^{em} siècle, d'après Serpillon, le commentateur de l'ordonnance criminelle de 1670, courrait l'histoire d'une fille enceinte qui exerça un chantage auprès d'une douzaine d'ecclésiastiques, qui préférèrent acheter son silence moyennant finance que de risquer le scandale. Vers 1770, l'avocat général Servan prononça au parlement de Grenoble une phrase d'une grandiloquence à la limite du ridicule, qui fit rapidement le tour du royaume : l'homme dont les cheveux avait blanchi dans l'exercice de toutes les vertus n'était pas à l'abri des attaques d'une femme imprudente » : J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 162, p. 191.

327. « Il a été démontré, il y a déjà longtemps, que la maxime *creditur virgini parturienti, asserentis se praegnantem esse ex aliquo* n'avait jamais eu une telle portée. Comme les frais de gésine en souffraient aucun retardement, à cause de la faiblesse de la mère et de l'enfant, on condamnait provisoirement l'individu déclaré par la mère comme étant l'auteur de la grossesse à fournir une provision alimentaire pour l'enfant et des frais de couche pour la mère. Mais cette décision n'avait qu'un caractère provisoire ; il n'en résultait aucun préjugé de paternité contre l'individu condamné à verser ces frais. Sitôt la mère rétablie, les effets de cette décision cessaient ; les débats s'ouvraient sur le fond, et l'individu n'était déclaré comme étant le père de l'enfant que si la femme apportait des preuves sérieuses, contre lesquelles il était loisible de se défendre en démontrant son inconduite » : L. RIGAUD, *La Recherche de la Paternité naturelle, Loi du 16 novembre 1912 et jurisprudence antérieure*, n° 4, p. 15.

âme³²⁸: en termes plus laïcs, à partir de quand est-il investi de la personnalité juridique³²⁹. L'enjeu était majeur puisque cette détermination pouvait faire la différence entre légitime ou naturel. De plus, le bannissement sanctionnait l'avortement « *lorsque le fruit dont elle étoit grosse n'a pas pris vie* », alors que sinon la femme encourait la peine de mort, au même titre qu'en cas d'infanticide³³⁰. Il était cependant difficile de recenser ces actes. Malgré les dispositions de l'édit de 1556 enjoignant à peine de mort aux femmes de déclarer leur « grossesse et leur enfantement »³³¹, le manque d'organisation de l'état civil ne permit jamais une répression satisfaisante. Les autorités se contentaient finalement de ce que la grossesse ait été révélée à une simple personne privée, telle que par exemple une amie, une sœur, ou un parent³³². Cette rigueur toute relative était de plus tempérée par un assouplissement coutumier et jurisprudentiel de la sanction de « l'exposition de part » sur laquelle la justice « fermait les yeux » parce qu'en incitant à l'abandon de l'enfant sans formalité, elle dissuadait dans le même temps les avortements et les infanticides³³³.

59. Enfant abandonné. L'enfant abandonné sans information sur son identité était recueilli aux frais du Seigneur Haut-Justicier qui avait pour charge de le « nourrir et de l'élever dans la crainte de Dieu » au titre de son devoir chevaleresque de protection des plus faibles³³⁴. L'indigence de beaucoup de parents justifiait qu'ils se soustrayaient à leurs obligations les plus élémentaires à l'égard de l'enfant³³⁵. Et c'est ainsi que l'idée chrétienne de

328. Pour que l'enfant bénéficie de la personnalité juridique, il devait naître vivant et viable. La vitalité était mesurée, non pas simplement « par la palpitation des membres », mais par le souffle et par les cris. Cependant, une autre condition s'ajoutait pour bénéficier de la personnalité juridique, il ne devait pas être monstrueux ; « Monstre est celui dans lequel il prédomine des caractères qui effacent ceux de l'humanité, quand la tête n'est pas d'homme c'est un monstre ; l'on peut supprimer un tel part sans crime » : G. DU ROUSSEAU DE LA COMBE, « Enfant », *Recueil de jurisprudence du pays de droit écrit et coutumier par ordre alphabétique*, p. 143.

329. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 128, p. 148.

330. « Cette distinction *inter partum animatum & inanimatum* [pour] quelques docteurs tiennent que le fruit peu prendre vie le trentième, ou tout au plus tard le trente cinquième jour après qu'il a été conçu ; d'autres pensent suivant la glose qui est suivie par Abbas que le fœtus masculin est animé le quatrième jour, & que le féminin ne l'est que le quatre-vingtième jour & Bartole est d'avis que c'est le quarantième jour pour les mâles, & soixantième jour pour les femelles ; cependant il convient de bonne foi qu'il faut laisser ces choses à discuter aux Naturalistes [...] Suivant notre Jurisprudence Française, il paroît qu'on ne peut pas s'empêcher de prononcer la peine de mort en l'un & l'autre cas, à cause de l'Ordonnance d'Henri II, de l'an 1556 » : G. DU ROUSSEAU DE LA COMBE, *Traité des matières criminelles suivant l'ordonnance du mois d'août 1670 & les Edits, Déclarations du Roi, Arrêts & réglemens intervenus jusqu'à présent*, p. 14.

331. L'obligation de déclarer la grossesse n'emportait pas obligation de donner l'identité du père de l'enfant ; J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 162, p. 191.

332. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 128, p. 148.

333. « Autrefois l'on sévissoit contre ceux qui exposoient des enfans ; mais aujourd'hui pour éviter de plus grands maux, la Justice ferme les yeux sur ce délit. A Paris, la première personne avertit un Commissaire, on lui porte l'enfant, il en dresse son procès verbal, & le fait transporter aux Enfans trouvés. A présent même il n'est pas besoin de procès verbal, on reçoit l'Enfant aux enfans trouvés sans aucune information juridique » : G. DU ROUSSEAU DE LA COMBE, *Traité des matières criminelles*, p. 15.

334. J. CHARPENTIER, *Le droit de l'enfance abandonnée*, pp. 9-13.

335. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n° 200, p. 266.

l'abandon anonyme de l'enfant imprégna la société française. Il était préférable pour l'enfant d'être abandonné sans connaissance de ses parents naturels lorsqu'ils ne parvenaient pas à se définir comme ses parents, plutôt que d'être imposé dès sa naissance à une mère qui risquait de commettre à l'encontre de sa personne un geste irréparable autant que définitif !

60. Révolution française. La défiance de la société de l'époque envers les anciennes croyances ouvre de nouvelles perspectives³³⁶: l'égalité de tous les Hommes devant Dieu révélée par la tradition chrétienne est transposée en égalité laïque de tous les citoyens devant la loi des Hommes³³⁷. Pourquoi dès lors les enfants ne devraient-ils pas naître égaux en droit³³⁸? Disparition des distinctions entre enfant naturel et légitime, égalité dans les droits de succession, autorité parentale conjointe et égale sur les enfants, les projets de Code civil de Cambacérès sont innovants ; trop innovants³³⁹? Il était uniquement proposé de permettre la paternité naturelle par reconnaissance volontaire ou possession d'état, et la mesure ne visait pas à placer l'enfant sous la puissance paternelle, mais seulement à lui permettre de recueillir une part de succession³⁴⁰...

61. Code civil. Malgré l'enthousiasme romantique des révolutionnaires,

336. « Au club des Jacobins, dans une harangue passionnée, le montagnard Chabot dresse aussi la thèse du droit de la nature contre le droit social et historique. « La déclaration des droits, s'écrie-t-il, établit que tous les hommes naissent égaux en droits : cet article ne suffit-il pas à établir tous les titres des enfants naturels ? Il n'est d'autre mariage que celui de la nature... comment pourrait-il y avoir des enfants illégitimes ? N'ont-ils pas, comme tous les autres, ce qui constitue l'homme ? Est-il quelque différence dans la nature ? » La réforme entreprise concordait avec le sensualisme et la fièvre guerrière de l'époque qui faisait voter des récompenses aux filles-mères. Contre toute prudence et toute justice on donna à la loi de Brumaire effet rétroactif pour mieux faire oublier le passé. Qu'importe, disait-on, de bouleverser les fortunes pourvu que la nature et l'humanité reprennent leurs droits. On accordait donc aux enfants naturels les mêmes droits qu'aux enfants légitimes dans la succession de leurs père et mère. Par contre et par un retour fatal des choses, on se montrait plus rigoureux en ce qui concerne la preuve de la filiation paternelle. L'ancien régime admettait toutes sortes de preuves, parce qu'il ne s'agissait que d'une question d'aliments. Désormais on exige que l'enfant ait été formellement reconnu par son père soit dans un acte public, soit dans un acte privé ou, à défaut, qu'il ait la possession d'état, c'est-à-dire que l'individu dont il se prétend le fils lui ait donné, en qualité de père, des soins continus et ininterrompus pour son entretien ou son éducation. Encore fallait-il dans ce dernier cas, pour être admis à prouver les divers faits constitutifs de la possession d'état, que l'enfant fournît d'abord un commencement de preuve par écrit. Les applications du décret de Brumaire an II furent si désastreuses pour les familles qu'il fallut les arrêter ; l'effet rétroactif fût supprimé » : L. RIGAUD, *La Recherche de la Paternité naturelle, Loi du 16 novembre 1912 et jurisprudence antérieure*, n° 3, p. 12.

337. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n° 249, p. 325.

338. Le modèle particulier du droit canonique issu de la Chrétienté a été porteur d'une très longue histoire. « Il permet de constater non seulement l'interdépendance du droit romain et des racines chrétiennes qui s'y trouvent incluses, mais il impose aussi un ensemble de valeurs juridiques fondatrices dans lesquelles figurent avant tout le respect de la personne. Dans le message du Christ, la personne humaine est centrale. L'homme est image de Dieu, *imago Dei*, être créé libre, source et sujet de droit. Sa dignité particulière, dans l'ordre naturel de la création, fonde l'existence des droits inaliénables et inaltérables de sa personne. Ainsi la personne humaine est-elle placée au centre du droit » : G. GUYON, *Chrétienté de l'Europe, fondations juridiques*, p. 241.

339. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La famille et le Code civil », in J.-L. HALPÉRIN, *Le Code civil 1804-1904, Le livre du centenaire*, p. 273.

340. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 163, p. 193.

l'idéal qui se dégagait de leur bouillonnement intellectuel bouleversait trop radicalement les mœurs traditionnelles et le Code civil adopté finalement ne fut que le résultat d'une transaction entre ces mœurs traditionnelles et les tendances nouvelles³⁴¹. Bien que tous les enfants bénéficient à partir de cette époque d'un acte de naissance, et que la filiation de l'enfant naturel puisse être établie officiellement à l'égard de ses parents, il n'entraînait pas à proprement parler dans leur famille³⁴². Il ne pouvait pas faire concurrence aux héritiers légitimes et n'avait qu'un droit restreint aux aliments³⁴³. Cette règle de conflit inégale avait été instituée dans l'intérêt supérieur des familles, pour sanctionner une relation honteuse, dont on ne voulait « infliger » les conséquences ni aux parents : ni à leurs éventuels enfants légitimes³⁴⁴. Les parents ne devaient pas pénaliser leurs autres enfants en se livrant à un amour égoïste³⁴⁵. Le lien familial, au sens où l'entend aujourd'hui la Cour européenne des droits de l'Homme, ne pouvait être constitué que par le mariage³⁴⁶. Il entraînait l'établissement automatique du lien de filiation, que ce soit par la mention du nom des parents dans l'acte de naissance au terme de l'article 319 du Code civil, ou par le jeu de la possession d'état de l'article 320 du même Code qu'il suffisait de faire constater³⁴⁷. L'action en réclamation d'état était donc strictement encadrée³⁴⁸.

En revanche, en cas de naissance hors mariage, l'enfant se trouvait complètement dépendant de la volonté de ses parents de lui donner un lien de filiation³⁴⁹. Le

341. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La famille et le Code civil », in J.-L. HALPÉRIN, *Le Code civil 1804-1904, Le livre du centenaire*, p. 267.

342. M. RIBEYROL-SUBRENAT, « De l'évolution de la famille et de sa prise en compte par le régime général de sécurité sociale », in E. BURGAUD, Y. DELBREL, N. HAKIM, *Histoire, théorie et pratique du droit, Etudes offertes à Michel Vidal*, p. 879.

343. « L'excès de sentimentalisme aboutit à l'injustice. D'une part, le bon ordre des familles légitimes fut troublé par les prétentions successorales des enfants naturels ; d'autre part, l'individu sans scrupule put désormais, après avoir séduit une jeune fille, l'abandonner avec son enfant, sans avoir rien à craindre. Chose étonnante pourtant, à l'occasion de la rédaction du troisième projet de Code civil, alors que les hommes du Directoire virent clairement qu'il fallait remédier au premier mal en répudiant le principe de l'égalité successorale entre les enfants légitimes et les enfants naturels, ils maintinrent au contraire dans leur projet l'interdiction de la recherche de la paternité. Sans doute, le rapporteur Siméon ne se dissimule pas les conséquences qui en dérivent. « Des hommes sans autre sensibilité que celle du plaisir et destitués de toute affection morale, des libertins iront jetant impunément sur la terre des être auxquels ils auront imposé le fardeau de la vie, sans daigner le leur adoucir par les secours les plus nécessaires ». Mais, dit-il, « cette rigueur est juste, une fois le principe posé que hors du mariage il n'y a de paternité certaine que la reconnaissance de l'homme qui veut en goûter les sentiments et en remplir les devoirs » » : L. RIGAUD, *La Recherche de la Paternité naturelle, Loi du 16 novembre 1912 et jurisprudence antérieure.*, n° 1, p. 6.

344. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 1184, p. 595.

345. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La famille et le Code civil », in J.-L. HALPÉRIN, *Le Code civil 1804-1904, Le livre du centenaire*, p. 291.

346. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La famille et le Code civil », in J.-L. HALPÉRIN, *Le Code civil 1804-1904, Le livre du centenaire*, p. 267.

347. V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, n° 319, p. 24.

348. C. DEMOLOMBE, *Traité de la paternité et de la filiation*, n° 232, p. 252.

349. A. WEISS (dir.), H. FRENNELET et alii., « Enfant naturel », *Pandectes françaises*, n° 106, p. 719.

nom du père ne peut pas figurer dans l'acte de naissance s'il n'y a pas lui-même consenti, et la filiation paternelle ne peut être établie que par une reconnaissance volontaire de paternité³⁵⁰. En effet, en réaction aux abus du dix-huitième siècle, l'action en recherche de paternité a été proscrite par le Code civil créant, comme le notait la doctrine, une situation inconfortable pour l'enfant et la jeune fille : « la situation de la fille mère était injuste et lamentable ; l'irresponsabilité du séducteur, certain d'échapper à la paternité était une prime donnée à l'égoïsme, à l'abandon, à la lâcheté »³⁵¹. Même en cas de viol, la recherche de paternité n'était pas admise, puisque l'on pensait que l'horreur était telle qu'aucun enfant ne pouvait être conçu dans ces circonstances³⁵²... La femme était dans tous les cas certaine d'être la responsable exclusive, exposée à supporter les conséquences d'une faute commune ; tout au plus pouvait-elle, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, réclamer des dommages et intérêt en cas de séduction dolosive³⁵³. Pour l'enfant, l'action en recherche de paternité naturelle n'est ouverte que tardivement à partir de la loi de 1912, et de manière très restrictive jusqu'au milieu du vingtième siècle³⁵⁴. Concernant la filiation maternelle, bien qu'il y ait eu controverse sur cette question³⁵⁵, il ressort de la jurisprudence qu'elle n'est pas établie automatiquement par la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance³⁵⁶. Même en présence d'une possession d'état d'enfant naturel, il faut une reconnaissance volontaire³⁵⁷. Toutefois, l'action en recherche de maternité était ouverte à l'enfant. L'article 341 permettait à l'enfant d'agir en recherche de maternité, et lui seul, sous réserve qu'il démontre que la mère qu'il prétendait la sienne avait bien accouché de lui³⁵⁸. Il était admis que la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance puisse servir de commencement de preuve par écrit pour établir la filiation maternelle³⁵⁹.

350. « Décidé même que l'homme dont les noms auraient été donnés à un enfant naturel, a le droit de demander la suppression de ces noms avec dommages-intérêts, surtout s'il résulte des circonstances que la mère a eu l'intention de désigner le réclamant comme père de l'enfant qui a reçu ses noms. Tribunal de Bruxelles, 5 janvier 1807 ». A. WEISS (dir.), H. FRENNELET et *alii.*, « Enfant naturel », *Pandectes françaises*, n° 110, p. 719.

351. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 1216, p. 612.

352. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, n° 278, p. 360.

353. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La famille et le Code civil », in J.-L. HALPÉRIN, *Le Code civil 1804-1904, Le livre du centenaire*, p. 293.

354. A. VIGIÉ, « Reconnaissance judiciaire de la Paternité naturelle », *lois nouvelles* 1913, p. 17.

355. Cour royale de Bourges, 2 mai 1837, affaire *Alaphilippe et Laurent c./ Champagnat et Debourges*, S. 1838, 2, p. 5.

356. Cour royale de Lyon, 31 décembre 1835, affaire *Despeisses c./ Blanchet*, S. 1836, 2, n° 194.

357. Cour de cassation, 17 février 1851, affaire *Boissin c./ Chirat*, D. 1851, I, p. 113 ; S. 1851, I, n° 161 ; Cour de cassation, 3 février 1851, affaire *Herriot et cons. c./ Mervelet*, D. 1851, I, p. 116.

358. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 1205, p. 608.

359. Cour d'appel d'Aix, 22 décembre 1852, affaire *de Gordes et femme Léon c./ femme Weber*, D. 1854, II, p. 121 ; S. 1854, 2, n° 322.

62. Réforme de la filiation. La crainte de la division de la propriété, l'égalité des enfants légitimes entre eux et les progrès de la médecine ont rendu les enfants moins nombreux dans les familles. L'enfant en tant qu'individu a pris alors une place inédite jusqu'à présent. Devenu plus rare, il est aussi devenu plus important. Et c'est ainsi que l'idée suivant laquelle l'intérêt de chaque enfant ne pouvait pas passer après l'intérêt du groupe a fait son chemin³⁶⁰. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, « une enquête entreprise auprès des notaires révéla que dans la pratique, principalement au moyen de libéralités testamentaires, les parents naturels s'efforçaient de traiter leurs enfants sur le même plan que s'ils avaient été légitimes »³⁶¹. Le règne de « l'apparence » était révolu. A la même époque, la loi du 15 juillet 1955 opéra une modification de l'article 341 du Code civil pour que la filiation maternelle naturelle puisse être établie par une possession d'état constante et loyale, démontrant la nécessité de faire évoluer les textes vers l'égalité des enfants dès la rédaction de leur acte de naissance. Le lien de filiation n'est plus conçu comme un droit de la famille, mais comme un droit de l'enfant.

63. La préférence de la certitude sur la vraisemblance. Le choix du législateur s'est porté sur l'exactitude, lorsque la vraisemblance de la filiation a perdu de l'importance aux yeux de la société³⁶². En effet, la vraisemblance impliquait un jugement moral sur les choix de vie de la famille de l'enfant, et par voie de conséquence un classement discriminatoire des enfants en fonction de la situation matrimoniale de leurs parents³⁶³. Le droit de la famille est emprunt de morale, et il est un fait que cette morale évolue au fil des générations à travers les revendications successives de « mise à jour » du contenu de l'ordre public³⁶⁴.

La loi du 3 janvier 1972 marque la prise en compte de la « certitude biologique » dans le droit de la filiation³⁶⁵. Les progrès de la médecine donnent une nouvelle

360. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La famille et le Code civil », in J.-L. HALPÉRIN, *Le Code civil 1804-1904, Le livre du centenaire*, p. 290.

361. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 165, p. 195.

362. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 409, p. 366.

363. N. COUDOING, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, Thèse, p. 13.

364. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 390, p. 772.

365. Loi n° 72-3, du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JORF* du 5 janvier 1972, n° 0003, p. 145 ; G. CORNU, « La naissance et la grâce », *D.* 1971, Chr. XXIV, p. 165 ; J. MASSIP, C. MORIN, J.-L. AUBERT, « La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », *defrénois* 1972, p. 513 ; H. MAZEAUD, « Une famille « dans le vent » : la famille hors mariage », *D.* 1971, Chr. XV, p. 99 ; G. MORIN, J.-L. AUBERT, « La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », *defrénois* 1972, p. 289 ; G. MORIN, J.-L. AUBERT, « La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », *defrénois* 1972, p. 449 ; M.-L. RASSAT, « Propos critiques sur la loi du 3 janvier 1972 portant réforme du droit de la filiation », *RTD civ.* 1973, p. 207 ; R. SAVATIER, « Le projet de loi sur la filiation : Mystique ou réalisme ?

résonance à la filiation et, en particulier, à la filiation paternelle qui jusqu'à présent ne pouvait qu'être présumée³⁶⁶. La filiation paternelle relevait d'un mélange de croyance, de loyauté et de confiance. La science a apporté la potentialité de la certitude³⁶⁷. Or ce passage de la croyance à la certitude n'est pas socialement anodin ; il est concomitant à un mouvement plus général de refus du secret, au profit d'une quête de la transparence³⁶⁸. Parfois jusqu'à l'absurde, la science permet de savoir, encourage l'exactitude, et rejette le hasard. Certains enfants légitimes sont en réalité des enfants naturels - adultérins -, alors que des enfants naturels sont parfois pris en charge par leurs « vrais » parents au même titre que des enfants légitimes ! Ils ont tous pour point commun un lien spécial avec leurs parents : un sentiment d'appropriation réciproque presque magique, qui pour s'épanouir a parfois besoin de flou, de complicité et de loyauté. La certitude ôte cette magie. On ne peut plus croire lorsque l'on sait.

Cependant, l'objectivité de la science apporte aussi avec elle l'idée qu'il n'y a plus lieu de distinguer entre les enfants suivant les choix matrimoniaux de leurs parents, puisque la nature les a tous faits génétiquement égaux³⁶⁹. Dès lors, l'article 334 du Code civil dispose qu'en général, les enfants auront les mêmes droits, qu'ils soient naturels ou légitimes. De cette disposition, découle l'égalité *ab intestat* des enfants en cas de décès du parent qu'ils soient nés ou non hors mariage. Il restait toujours le sort des enfants dont les parents ne pouvaient pas ou ne souhaitaient pas établir le lien de filiation, mais pour lesquels il fallait organiser une prise en charge matérielle. C'est pourquoi, à défaut d'égalité pour ces enfants, est créée l'action à fin de subsides de l'article 342 du Code civil, dont l'obligation est fondée non pas sur l'exactitude génétique, mais sur la probabilité d'être le père de l'enfant : une filiation alimentaire en quelques sortes³⁷⁰. Le femme devait de nouveau être crue sur ses déclarations, et les critiques oubliées depuis la Révolution française revinrent sur le devant de la scène³⁷¹.

Filiation naturelle et filiation légitime », *JCP* 1971, I, 2400 ; R. SAVATIER, « Le projet de loi sur la filiation, examen des textes proposés », *JCP* 1971, I, 2402.

366. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, n° 310, p. 395.

367. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes*, n° 453, p. 955.

368. Par exemple, lorsque le 21 juillet 1969 Neil Armstrong pose le pied sur la lune, les frères Jacques dénoncent la dépoétisation du monde au nom de tous les pierrots, poètes ou chats noirs, qui devront aller chercher leurs rêves plus loin, parmi des millions d'étoiles. L'exploration de la lune a fait disparaître les croyances et l'imagination au profit des connaissances scientifiques, exactes et implacables. LES FRÈRES JACQUES, *La lune est morte*, paroles Jacques Mareuil, musique Georges Lifeman, 1968.

369. R. SAVATIER, « Le projet de loi sur la filiation, mystique ou réalisme ? Filiation naturelle et filiation légitime », *JCP* 1971, I, 2400.

370. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 444, p. 211.

371. A. MEERPOEL, « Les interférences entre l'action à fins de subsides de l'article 342 nouveau du Code civil et la recherche de paternité naturelle », *RTD civ.* 1976, p. 48.

Certes, depuis le milieu du vingtième siècle, la vie familiale ne se détermine plus à partir du lien unissant deux personnes, mais à partir du lien unissant une personne à un enfant, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁷². Pourtant, le législateur français n'en a pas tiré immédiatement toutes les conséquences en maintenant une différence de traitement lors de l'établissement de la filiation maternelle suivant la situation matrimoniale de la femme³⁷³. La doctrine le présentait : on se dirigeait « vers une ère nouvelle dans laquelle la plénitude des droits des enfants ne serait plus fonction du mariage de leurs auteurs »³⁷⁴. La Cour européenne des droits de l'Homme préfigurait cette évolution, lorsque dans son arrêt *Marckx c./ Belgique* du 13 juin 1979, elle condamna la Belgique parce qu'elle opérait une différence de traitement entre les enfants nés dans le mariage, et les enfants nés hors mariage, obligeant les mères célibataires à adopter leur propre enfant, qu'elles avaient pourtant reconnu, afin de lui conférer des droits successoraux complets³⁷⁵.

De même qu'en Belgique, en France l'acte de naissance suffisait à établir de manière automatique la filiation de l'enfant issu du mariage de ses parents, alors que la filiation naturelle nécessitait une reconnaissance. En plus de créer une discrimination entre les enfants lors de son établissement, l'ancienne démarche hors mariage compliquait fortement l'établissement de la filiation de l'enfant en cas de décès de la mère lors de l'accouchement, ce qui était contraire aux droits de l'enfant³⁷⁶. La France a mis longtemps à retranscrire ce principe et a été plusieurs fois montrée du doigt par le Comité international des droits de l'enfant³⁷⁷.

Elle avait pourtant signé en 1977 la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage du 15 octobre 1975³⁷⁸, mais ne l'a jamais ratifiée. Bien

372. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, n° 223, p. 491.

373. R. SAVATIER, « Est-ce possible », *D.* 1963, chr. XXXIV, p. 229.

374. M. GOBERT, « Réflexions avant une indispensable réforme du droit de la filiation », *D.* 1968, I, 2207, p. 63.

375. « La distinction établie en ce domaine entre mères célibataires et mères mariées soulève en revanche un problème. Le Gouvernement n'avance aucun argument particulier pour la défendre et aux yeux de la Cour, qui se réfère mutatis mutandis aux paragraphes 40 et 41 ci-dessus, elle manque de justification objective et raisonnable ; elle enfreint donc l'article 14 combiné avec l'article 8 » : *Affaire Marckx c./ Belgique*, 13 juin 1979, requête n° 683374, § 62.

376. N. BAILLON-WIRTZ, « L'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance, présentation de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JCP N.* décembre 2005, n° 1491, p. 2022.

377. CRC/C/15/Add. 20, 25 avril 1994, § 25. (France) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 19. (France) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 28. (France).

378. www.conventions.coe.int.

qu'il n'ait pas été consacré comme tel par le droit français à l'époque, le principe de la primauté de l'exactitude génétique dans le droit de la filiation est apparu dès la loi de 1972³⁷⁹. Plus récemment, l'article 7-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, a imposé que la certitude génétique soit, dans la mesure du possible, retranscrite par un lien juridique effectif³⁸⁰. Or, déjà à l'origine dans le Code Napoléon, la preuve de la filiation maternelle ne dépendait pas directement de l'acte juridique du mariage, mais de la preuve du fait de l'accouchement. Ce n'était que par convention sociale, que le système juridique présupposait qu'il n'était pas possible d'imposer un lien de filiation à des personnes qui n'étaient pas unies par les liens du mariage. Il leur revenait alors d'établir de manière discrétionnaire ce lien par un acte authentique qui manifestait leur volonté d'assumer la charge de l'éducation d'un enfant³⁸¹.

En 1995, une statistique montrait que 42% d'enfants n'avaient aucun lien de filiation établi au moment de leur naissance, alors qu'à leur premier anniversaire, 97% bénéficiaient d'un lien de filiation maternelle³⁸². Il arrivait parfois que l'enfant se trouve dans des situations inextricables, lorsque sa mère décédait avant de l'avoir reconnu et que son père était absent pour une raison ou une autre. Le Comité international des droits de l'enfant dénonçait également cette discrimination³⁸³. Probablement à cause de cette double influence internationale, la France s'est engagée en 2003 à supprimer les différences de traitement entre enfants légitimes et enfants naturels³⁸⁴.

379. Loi n° 72-3, du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JORF* du 5 janvier 1972, n° 0003, p. 145.

380. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 202, p. 113.

381. N. BAILLON-WIRTZ, « l'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance, Présentation de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JCP N.* 2005, n° 1491, p. 2021.

382. N. BAILLON-WIRTZ, *idem*, n° 1491, p. 2022.

383. CRC/C/15/Add. 20, 25 avril 1994, § 14 ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 18. (France).

384. CRC/C/65Add. 26, 9 octobre 2003, § 62. (France).

Paragraphe II – La filiation maternelle automatique

64. Nécessité de la réforme. Jusqu'au dernier tiers du vingtième siècle, le mariage était la norme pour la vie de couple. On note ainsi par exemple qu'en 1954, 94% des couples étaient mariés³⁸⁵. L'indivisibilité de la filiation établie dans le cadre du mariage permettait de donner un père à la plupart des enfants dès lors que le nom de la mère mariée de l'enfant était mentionné dans son acte de naissance³⁸⁶. Et chaque fois que l'enfant naissait dans une famille unilinéaire, l'on cherchait par tous les moyens à le rattacher à un couple marié par le mécanisme de la légitimation pour qu'il ne soit pas « amputé d'un parent »³⁸⁷. Les changements politiques liés à l'avènement de la cinquième République ont modifié profondément la vision sociale de la famille³⁸⁸. On veut libérer les femmes d'une certaine idée de la domesticité. La loi du 13 juillet 1965 supprime le droit du mari de s'opposer à l'exercice par sa femme d'une activité professionnelle. A travers l'exemple des élites, les femmes partent en quête de leur autonomie dans une activité professionnelle libre à tous les échelons de la société : haut fonctionnaire, magistrate, enseignante, avocate, médecin, vendeuse, caissière ou agent d'entretien. La femme n'a plus besoin du mariage avec un homme pour assurer et concrétiser sa réussite sociale³⁸⁹. L'image de la femme au foyer est dévalorisée au profit de celle d'une femme dynamique et entreprenante, capable d'être à la fois chef d'entreprise et mère parfaite. Cette nouvelle prise en compte de son rôle dans la société change la représentation et la structure même de la famille³⁹⁰. D'une part, elle ouvre la voie à une parfaite acceptation sociale des couples non mariés, allant jusqu'à l'institutionnalisation du concubinage par le PACS. D'autre part elle a démontré qu'en l'absence de présomption de paternité, les pères ne fuyaient pas l'établissement du lien de filiation à l'égard de leur progéniture ; bien au contraire³⁹¹.

Dès lors il n'y avait plus d'obstacle à faciliter l'établissement du lien de filiation maternelle, qui dans l'intérêt de l'enfant le situe dans le temps et dans l'espace pour qu'il soit

³⁸⁵. A. BATTEUR, « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA* juin 2007, n° 122, p. 6.

³⁸⁶. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes*, n° 470, p. 993.

³⁸⁷. G. CORNU, « La famille unilinéaire », in *mélanges offerts à Pierre Raynaud*, n° 9, p. 141.

³⁸⁸. R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, p. 457.

³⁸⁹. R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, p. 457.

³⁹⁰. R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, p. 457.

³⁹¹. M. GOBERT, « Réflexion avant une indispensable réforme du droit de la filiation », *JCP* 1968, I, 2207, n° 13.

rattaché ensuite à son père³⁹². L'un des objectifs de la loi de 2005 était justement de permettre que la filiation maternelle de l'enfant soit établie dans le plus d'hypothèses possibles pour lui garantir une meilleure protection. Puisque socialement, il était admis qu'une femme puisse élever seule un enfant, il devenait urgent d'envisager une réforme en profondeur du droit français de la filiation afin de consacrer l'égalité des enfants, quelle que soit leur naissance ou les choix de vie de leurs parents en donnant à l'enfant le droit quasi automatique d'avoir une filiation maternelle en même temps que le nom de sa mère était inscrit dans son acte de naissance.

65. Jurisprudence. L'urgence se faisait d'autant plus sentir que certaines juridictions avaient manifesté un enthousiasme impatient à l'égard de l'application du droit européen en la matière³⁹³. C'est ainsi que par exemple le tribunal de grande instance de Brive s'était illustré par une fronde audacieuse, en acceptant, sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, d'affirmer que la seule mention du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant permettait l'établissement de son lien de filiation³⁹⁴. Certes cette décision devait rester isolée, et la Cour de cassation dans son arrêt du 14 juin 2005 rappelait d'ailleurs, en visant exclusivement les articles 334-8 et 335 du Code civil, que l'acte de naissance d'un enfant comportant seulement l'indication du nom de sa mère, sans mention de reconnaissance, ne pouvait permettre d'établir un lien de filiation maternelle³⁹⁵.

66. Réforme du 4 juillet 2005. Mais la réforme était en cours, et elle intervint un mois après que la Cour de cassation ait rendu sa décision du 14 juin 2005,

³⁹². J. HAUSER, « Accouchement sous X... : l'enfant n'a ni mère, ni père, ni grands-parents », *RTD civ.* 2008, p. 466.

³⁹³. N. COUDOING, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, Thèse, p. 90.

³⁹⁴. Tribunal de grande instance de Brive, 30 juin 2000, affaire *Bouis et Lacour c./ Département de la Corrèze*, RG : 1062/98 ; I. ARDEEFF, « L'établissement du lien de filiation par l'acte de naissance de l'enfant naturel », *D.* 2001, p. 27 ; J. HAUSER, « J'irai plaider sur vos tombes : maternité naturelle, indication du nom de la mère, l'égalité des enfants au service des cousins germains posthumes », *RTD civ.* 2000, p. 815 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme par les juges du fond ou comment expurger le droit de la famille de ses archaïsmes sans attendre le législateur », *RTD civ.* 2000, p. 930 ; F. GRANET, « Établissement de la filiation maternelle hors mariage », *D.* 2001, p. 972 ; J. HAUSER, « Maternité naturelle : la réécriture du Code civil par les juges », *RTD civ.* 2001, p. 344 ; M.-Ch. MEYZEAUD-GARAUD, « Quand l'article 334-8 du Code civil relatif à l'établissement du lien de filiation maternelle est jugé incompatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme », *RJPF* 2001, n° 2, pp. 22-23 ; P. MURAT, « L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, nouveau mode d'établissement de la filiation naturelle », *dt. fam.* octobre 2000, pp. 13-14.

³⁹⁵. « Attendu que l'arrêt retient d'abord que la loi française régit la filiation de M. X..., ensuite que son acte de naissance comporte seulement l'indication du nom de la mère, sans mention d'une reconnaissance ; qu'en l'absence de possession d'état invoquée, la cour d'appel n'a pu qu'en déduire que la filiation maternelle n'était pas légalement établie au regard des articles 334-8 et 335 du Code civil » : Cass. civ. 1re, 14 juin 2005, pourvoi n° 03-18825, *bull.* 2005, n° 256, p. 215.

poursuivant notamment l'objectif de supprimer toute distinction entre les enfants naturels et les enfants légitimes au moment de l'établissement de leur filiation maternelle. La suppression de la distinction opérée entre les enfants nés dans le cadre du mariage et les enfants nés hors mariage impliquait notamment l'égalité dans la manière dont leur lien de filiation était établi³⁹⁶. C'est pourquoi, l'article 311-25 du Code civil issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005³⁹⁷ dispose que : « *la filiation est établie à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ». Alors que par le passé la mère devait manifester sa volonté pour faire établir le lien de filiation, elle se constitue désormais de manière automatique³⁹⁸. Il est désormais présumé que la femme qui a mené à terme sa grossesse, et qui ne demande pas l'anonymat, est prête à assumer l'enfant qui vient de naître, quel que soit son statut matrimonial³⁹⁹. Cette évolution sociale a d'ailleurs trouvé son apogée dans la consécration du droit d'adopter pour les personnes célibataires.

Fait juridique évident et incontestable grâce au certificat délivré par la maternité, c'est le critère de l'accouchement qui a été retenu par le législateur pour déterminer le lien de filiation existant entre la femme qui accouche et l'enfant. Il a estimé que l'intérêt de la mère et l'intérêt de l'enfant se confondent au moment de l'accouchement, et que l'inscription du nom de la mère dans l'acte de naissance est une preuve suffisante de la réalité de la filiation et de la volonté d'appropriation générationnelle de l'enfant. Il reste que, la présomption irréfragable de maternité qui découle du fait de l'accouchement⁴⁰⁰, empêche la prise en compte

396. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 462, p. 225.

397. Ordonnance n° 2005-759, du 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation, *JORF* 2005, n° 156, p. 11159 ; D. MONTOUX, « Réforme simplificatrice du droit de la filiation », *JCP N.* 2005, pp. 1341-1343 ; I. CORPART, « La filiation sur ordonnance ou l'abolition des inégalités : commentaire de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 », *gaz.pal.* 2005, n° 236, pp. 2-7 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Ordonnance portant réforme de la filiation », *RLDC* 2005, n° 19, pp. 39-40 ; J. HAUSER, « Des filiations à la filiation », *RJPF* 2005, n° 9, pp. 6-11 ; A.-M. LEROYER, « Ordonnance n° 2005-759, 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation », *RTD civ.* 2005, n° 4, pp. 836-843 ; F. MONÉGER, « Brèves remarques sur le droit international privé touché par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *dt. fam.* octobre 2005, n° 10, pp. 7-11 ; P. SALVAGE-GEREST, *dt. fam.* 2005, n° 11, pp. 7-10 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC* 2005, n° 21, pp. 34-39 ; J. VASSAUX, « Filiation : Premières vues sur la réforme du droit de la filiation : Ordonnance n° 2005-759, 4 juillet 2005 », *JCP N.* 2005, n° 47, pp. 1911-1917 ; N. BAILLON-WIRTZ, « Filiation : l'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance : Présentation de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JCP N.* 2005, n° 49, pp. 2020-2024 ; O. MATOCQ, « Le rapport d'expertise biologique dans le droit de la filiation deviendra-t-il le passage obligé ? », *dt. fam.* 2006, n° 1, pp. 23-24 ; J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », *degrénois* 2006, n° 1, pp. 6-35 ; H. FULCHIRON, « Égalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit français de la filiation », *dt. & pat.* 2006, n° 146, pp. 44-52.

398. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 128, p. 109.

399. L. MAUGER-VIELPEAU, « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau. (à propos de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *LPA* juin 2007, n° 128, p. 3.

400. Article 332 du Code civil : « *La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant* ».

de toute autre forme de preuve de la filiation maternelle⁴⁰¹. Or cette disposition introduit une différence fondamentale entre l'établissement de la filiation paternelle et l'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance : l'une découlerait d'une présomption simple lorsque l'autre découlerait d'une présomption irréfragable. Alors que la science est en train d'opérer une décorrélation entre le concept physiologique et le concept génétique de filiation, cette disposition, pourtant récente apparaît déjà obsolète.

67. Effet de la réforme. Quoiqu'il en soit, les conséquences de ce texte pouvaient entraîner un bouleversement important dans les successions déjà liquidées ou en cours de liquidation parce qu'il était courant de mentionner le nom de la mère dans l'acte de naissance, puisque l'on savait que cette information était sans incidence sur la filiation en cas de naissance hors mariage⁴⁰². Afin de moduler dans le temps les effets d'une réforme importante du droit civil, l'article 20-I de l'ordonnance de 2005, disposait que « *sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, la présente ordonnance est applicable aux enfants nés avant comme après son entrée en vigueur* ». Il y était inscrit que les enfants ne pourraient s'en prévaloir que pour les successions qui n'étaient pas encore liquidées⁴⁰³.

68. Intérêt de l'enfant. Alors que la loi était claire sur son domaine d'application dans le temps, étant précisé qu'elle devait entrer en vigueur à partir du 1er juillet 2006, la Cour de cassation ne manqua pas de surprendre les commentateurs, lorsqu'en février 2006, soit cinq mois avant son entrée en vigueur, elle prit l'exact contre-pied de sa jurisprudence constante jusqu'à l'été précédent. Visant le même fondement des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme qu'elle rejetait plus tôt, elle jugea que la mention du nom de la mère de l'enfant dans son acte de naissance était suffisante pour permettre l'établissement d'un lien de filiation⁴⁰⁴. Si dans cette affaire, l'intérêt de l'enfant en

401. J. HAUSER, « La distinction de l'homme et de la femme : approche pluridisciplinaire. La paternité est— elle biologique ou sociologique ? », *RRJ* 2004, p. 2066.

402. C. HIGY, *Le temps en droit de la filiation*, PUS, Strasbourg, 2012, n° 47, p. 62.

403. R. LE GUIDE, G. CHABOT, « Filiation (Modes extrajudiciaires d'établissement) », *Répertoire Dalloz de droit civil* 2009, n° 32, p. 8.

404. Cass. civ. 1re, 14 février 2006, pourvoi n° 05-13006, *bull.* 2006, n° 73, p. 72 ; J. HAUSER, « L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance : pourquoi viens-tu si tard ou Brive contre Dauphine, 1 à 0 », *RTD civ.* 2006, pp. 294-295 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « La simple désignation de la mère dans l'acte de naissance vaut établissement de la filiation », *RLDC* 2006, n° 26, p. 40 ; G. KLESSER, « La consécration par anticipation de l'établissement automatique de la filiation maternelle », *D.* 2006, n° 15, pp. 1029-1032 ; J. MASSIP, « Brive-la-Gaillarde approuvée par Paris : l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant naturel établissait sa filiation maternelle dès avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *gaz. pal.* 2006, n° 202, pp. 19-20 ; M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « La Cour de cassation enfin favorable à l'établissement automatique du lien naturel de filiation maternelle par acte de naissance »,

jeu était d'ordre extrapatrimonial, on le sait, il n'est pas rare que soit en cause une prétention successorale comme c'était le cas dans l'affaire jugée à Brive en juin 2000 par exemple. Or elle n'avait pas cherché à moduler dans le temps les effets de sa nouvelle décision, théoriquement transposable à tous les actes de naissance. En appliquant sans discernement cette nouvelle jurisprudence, au delà du texte de la loi, la Cour de cassation exposait les justiciables à une certaine insécurité juridique, que la doctrine, à l'époque, assimilait à l'empressement des « nouveaux convertis »⁴⁰⁵.

Cette décision relative à la nationalité de l'enfant semblait être la conséquence d'un ajustement des juges au nouveau texte. Pourtant, il fallut admettre qu'il n'en n'était rien lorsque la Cour de cassation décida de réitérer son attendu, devenu de principe, à l'occasion d'une décision rendue le 15 décembre 2010⁴⁰⁶. Le frère abandonné à la naissance tentait de faire valoir son droit au partage de la succession après le décès de sa mère en septembre... 1993 ! Pour ce faire, il invoquait au soutien de sa prétention la mention du nom de sa mère dans son acte de naissance. Le défendeur essaya de montrer que la succession était déjà liquidée et que de ce fait les dispositions de l'ordonnance de 2005 n'étaient pas applicables à l'espèce. De manière plus astucieuse, il ajoutait qu'au même titre que son frère, il avait la qualité d'enfant naturel⁴⁰⁷. Mais à la différence de lui, ni son frère, ni sa mère n'avait cherché à faire établir de lien de filiation entre eux lorsqu'ils en avaient l'occasion⁴⁰⁸. Dès lors, placés

RLDC 2006, n° 29, pp. 41-44.

405. J. HAUSER, « L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance : pourquoi viens-tu si tard ou Brive contre Dauphine, 1 à 0 », *RTD civ.* 2006, p. 295.

406. Cass. civ. 1re, 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-16968, *bull.* 2010, I, n° 264 ; J. HAUSER, « Des mères rétroactives et putatives dont on hérite... », *RTD civ.* 2011, p. 114 ; A. GOUTTENOIRE, « L'application dans le temps du principe *mater semper certa est* », *lexbase hebdo* 2011, n° 423 ; J. GALOIS, « Filiation maternelle d'un enfant abandonné : la Cour de cassation contredit à nouveau la loi au nom des droits de l'Homme », *RLDC* 2011, n° 79, pp. 46-47 ; Th. GARRÉ, « Quand la première chambre civile met hors jeu les dispositions transitoires de la réforme de la filiation », *RJPF* 2011, n° 4, p. 25 ; J. MASSIP, « Filiation naturelle : établissement par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant et conséquences successorales », *JCP N.* 2011, n° 28, pp. 31-32.

407. J. HAUSER, « Des mères rétroactives et putatives dont on hérite... », *RTD civ.* 2011, p. 114.

408. « *Qu'en l'espèce, Paul X... né le 30 janvier 1933 à Montargis demande au tribunal de dire qu'en raison de son acte de naissance qui porte la mention « né de Albertine X... », il est le fils naturel de celle-ci ; qu'or, conformément aux dispositions de l'article 337 du Code civil, l'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance lorsqu'il est corroboré par la possession d'état ; que s'il a pu être jugé que l'application combinée des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui concernent respectivement le droit au respect de la vie privée et de la famille et le principe d'interdiction de discrimination entre les enfants légitimes et les enfants naturels, commande que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant naturel emporte de facto établissement juridique de la filiation naturelle sans qu'une reconnaissance soit nécessaire, encore faut-il que cet acte soit corroboré par une possession d'état ; qu'en l'espèce, outre le fait que l'on ne se trouve pas dans une situation de discrimination puisque Abel X... est lui-même un enfant naturel, le tribunal ne peut que constater que Paul X..., qui n'a pas été volontairement reconnu par sa mère, n'a jamais eu la possession d'état nécessaire à l'établissement d'une filiation qu'il n'a d'ailleurs jamais cherché à établir dans les conditions prévues par le Code civil, antérieurement la présente procédure ».*

dans des situations juridiques identiques d'enfant né hors mariage, il n'était pas possible d'alléguer une discrimination sur la naissance au sens des articles 8 et 14 combinés de la Convention européenne des droits de l'Homme, puisque la différence de traitement n'était pas imputable à la loi, mais à l'inertie de la mère et du fils qui n'avaient pas cherché à établir plus tôt un lien de filiation entre eux.

Il invoquait enfin le droit à la sécurité juridique, considérant que sa mère ne pouvait pas raisonnablement prévoir cette évolution du droit, et que si elle l'avait su, elle aurait sans aucun doute pris des dispositions testamentaires différentes. Cependant, et malgré l'absence de toute vie familiale effective, la Cour de cassation donna raison au frère abandonné en réaffirmant de manière désormais prévisible sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, que la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance suffisait à établir la filiation maternelle⁴⁰⁹. En rendant inopérantes les dispositions de la loi de 2005 applicable aux naissances antérieures à la loi, la Cour de cassation consacre donc le droit de l'enfant à ce que sa filiation maternelle soit établie de manière automatique par la mention du nom de sa mère dans son acte de naissance quelle que soit la date de naissance et quelle que soit la situation matrimoniale de sa mère au moment de sa naissance⁴¹⁰. Il reste que cette position de la Cour de cassation qui relève d'un progressisme tardif mais louable, risque bien de créer une différence de traitement entre des enfants qui sont nés à une époque où le nom de leur mère était mentionné de manière aléatoire dans les actes de naissance⁴¹¹.

69. Conclusion de la section. Cependant, malgré ces évolutions du droit, on le sait, des inégalités demeurent⁴¹². D'une manière générale, les enfants nés hors mariage constituent une catégorie d'enfants particulièrement vulnérables, et le Comité international des droits de l'enfant insiste sur les brimades et les discriminations qu'ils peuvent subir. C'est pourquoi selon lui, les États doivent mettre en place des mesures effectives destinées à remédier à ces difficultés⁴¹³. De plus, bien que le Code civil ait fait disparaître la distinction

409. Th. GARRÉ, « Quand la première chambre civil met hors jeu les dispositions transitoires de la réforme de la filiation », *RJPF* 2011, n° 4, p. 25.

410. A. GOUTTENOIRE, « L'application dans le temps du principe *mater semper certa est* », *lexbase hebdo* 2011, n° 423.

411. J. HAUSER, « Des mères rétroactives et putatives dont on hérite... », *RTD civ.* 2011, p. 114.

412. A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, *Droit des mineurs*, n° 205, p. 114.

413. CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 26. (Algérie) ; CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 3-b. (Allemagne) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 28. (France) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 24-c. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 25. (Lésotho) ; CRC/C/15/Add. 250, 31 mars 2005, § 22. (Luxembourg) ; CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003, § 25. (Maroc) ; CRC/C/15/Add. 158, 9 juillet 2001, § 20.

entre les enfants légitimes et les enfants naturels, certains enfants ne peuvent toujours pas bénéficier d'un lien de filiation maternel automatique. En effet, l'article 310 dispose que « *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux* ». Ainsi, les enfants bénéficient des mêmes droits dès lors que leur filiation est légalement établie. Cela signifie que les enfants dont la filiation ne peut pas être légalement établie continuent d'être traités de manière différente⁴¹⁴. Or à l'heure où la médecine permet de tout faire, il est curieux de consacrer comme mode principal d'établissement de la filiation maternelle l'inscription du nom de la femme qui accouche dans l'acte de naissance de l'enfant. La procréation médicalement assistée a opéré dans certains cas une décorrélation entre le fait de l'accouchement, c'est-à-dire la maternité physiologique, et l'exactitude génétique de la maternité. La femme qui accouche peut très bien ne pas être la mère génétique de l'enfant. Or suivant le procédé utilisé, ce peut être ou non la mère génétique de l'enfant qui en revendique la filiation, ce qui, lorsqu'il y a contrariété avec l'ordre public, peut priver l'enfant du bénéfice d'un lien de filiation qui est pourtant vécu au quotidien. Le débat n'est plus relatif à la distinction entre enfant légitime ou naturel, mais bien entre filiation génétique ou artificielle⁴¹⁵. Il s'insère plus largement dans une réflexion sociale sur la reconnaissance de l'affection comme mode d'établissement d'un lien de droit avec l'enfant.

(Monaco) ; CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 25. (Tunisie) ; CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 29. (Turquie).

414. Voir *infra* n° 352.

415. M. IACUB, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, pp. 321.

Section 2 – La mention du nom du père dans l'acte de naissance

« Il n'y a de paternité certaine que la reconnaissance de l'homme qui veut en goûter les sentiments et en remplir les devoirs »⁴¹⁶.

70. Histoire. Le lien entre l'acte sexuel et la filiation de l'enfant n'a pas toujours été très bien perçu par les civilisations humaines⁴¹⁷. De ce fait, le mariage, par les liens visibles qu'il créait entre les personnes⁴¹⁸, était l'institution destinée à donner un père à tout enfant dont la mère était mariée car, nous disent les textes, si l'enfant, même conçu dans la débauche aura toujours une mère clairement identifiable, seul le mariage peut déterminer qui est son père⁴¹⁹. Obligation du mari, la présomption de paternité crée en quelques sortes un droit pour l'enfant de bénéficier d'un lien de filiation paternelle lorsque sa mère est mariée⁴²⁰. Non pas le droit d'avoir son père, au sens génétique du terme, mais le droit d'avoir un père au sens social, patrimonial et successoral du terme⁴²¹. Comme cela avait été souligné au début du vingtième siècle, il s'agissait pour le père, au moment où il consentait au mariage, d'accepter par avance, en contrepartie de l'obligation de fidélité des mariés, les enfants qui naîtraient au sein de son couple⁴²².

A une époque où la filiation hors mariage était mal perçue et donnait aux enfants, dits naturels, un statut juridique inférieur, cette indivisibilité de la filiation de l'enfant se justifiait pleinement par son intérêt pour l'enfant⁴²³. Tout était fait pour que les enfants conçus avant le mariage puissent être légitimés ; que durant le mariage, les enfants officiellement adultérins soient peu nombreux ; et que ceux conçus après le mariage puissent

416. Ph. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française, Essai d'histoire sociale*, p. 359.

417. « Chez les Samos du Burkina-Faso, la stérilité masculine est occultée dès l'origine par l'obligation pour la jeune épouse d'avoir fait la preuve de sa fécondité avec un amant de son choix dans la maison paternelle. Le mari promis dès sa naissance est ainsi sûr d'avoir une descendance légitime dont cet enfant est le premier fruit. Un homme pourra d'ailleurs avoir autant d'enfants qu'il pourra prendre d'épouses légitimes. La filiation est fondée sur le mariage, la parole et l'attribution du nom » : G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 8.

418. L'acte de mariage est toujours accompagné d'un rituel public spécifique qui associe tout le groupe, et permet ainsi une certaine publicité de l'union qu'il consacre.

419. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *histoire du droit civil*, n° 132, p. 153.

420. A. LEFEBVRE-TEILLARD, « *Pater is est quem nuptiae demonstrant* », Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », in R. GANGHOFER *Le droit de la famille en Europe*, p. 395.

421. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 435, p. 193.

422. A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, p. 260.

423. F. GRANET-LAMBRECHTS, « Établissement de la filiation paternelle par l'effet de la présomption pater si est », in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, n° 212.21, p. 570.

être encore légitimes⁴²⁴. Ainsi par exemple, l'article 315 du Code civil disposait-il que « la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée » ; ce qui impliquait qu'elle ne le soit que par exception⁴²⁵.

Trop artificielle au sens du législateur de 1972, cette présomption a été affaiblie pour laisser une plus grande place à l'exactitude génétique⁴²⁶. La constitution de la possession d'état est passée de six mois à cinq ans⁴²⁷. Alors que, dans le même temps, le mariage perdait de l'intérêt pour les couples ; alors que l'on ouvrait, avec la procréation médicalement assistée, la possibilité pour les hommes d'assumer une paternité fictive génétiquement, il n'est pas apparu utile au législateur de remplacer la présomption de paternité en mariage par une institution de même type destinée aux familles naturelles qui aurait pourtant permis d'éviter que ne se multiplient les familles dites « monoparentales » qui privent les enfants d'un débiteur d'aliments⁴²⁸. Malgré l'égalité textuelle, l'enfant qui naît hors mariage est toujours moins bien protégé que l'enfant légitime⁴²⁹. Bien que le législateur ait cherché à supprimer toute forme de différence de traitement entre les enfants, suivant les choix de vie de leurs parents, il est possible de noter encore une certaine préférence pour la filiation en mariage, puisque l'article 316 du Code civil mentionne l'établissement par reconnaissance comme une filiation que l'on envisage lorsque la filiation n'est pas établie par la présomption de paternité⁴³⁰. Bien que ***La mention du nom du père en cas de mariage (paragraphe I)*** dans l'acte de naissance soit la seule hypothèse dans laquelle cette information conduise à l'établissement automatique de la filiation de l'enfant, ***La mention du nom du père hors mariage (paragraphe II)*** n'est pas pour autant inutile dans la mesure où elle renseigne l'enfant sur ses origines et lui laisse dès lors la possibilité d'exploiter ce renseignement comme il le souhaite.

424. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction*, n° 472, p. 999.

425. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 1039, p. 514.

426. « L'intérêt de l'enfant dicte, selon le législateur, la filiation véritable, et le motif le plus important, le plus essentiel, de l'affaiblissement de la présomption de paternité, tient à ce que, de jour en jour, les incertitudes qui entourent la présomption de paternité se dissipent » : J. RUBELLIN-DEVICHI, « L'affaiblissement de la présomption de paternité », in R. NERSON (dir.), *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit français)*, p. 121.

427. J. HAUSER, « Le temps en droit de la filiation », in *Lebendiges Familienrecht : Festschrift für Rainer FRANCK*, p. 213.

428. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 546, p. 309.

429. D. HUET-WEILLER, « *Requiem* pour une présomption moribonde », *D.* 1985, chr. p. 123.

430. Article 316 du Code civil : « *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 paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance...* ».

Paragraphe I – La mention du nom du père en cas de mariage

71. Condition de la présomption de paternité. La présomption de paternité ne peut jouer que si la mère de l'enfant est mariée, et qu'à l'époque probable de conception de l'enfant, elle cohabitait avec son mari⁴³¹. Conjuguée avec la présomption de l'article 311 du Code civil, la présomption de paternité, pour être mise en œuvre, implique que l'enfant ait été conçu dans une période allant de cent quatre-vingts jours après la conclusion du mariage, à trois cents jours après sa dissolution⁴³². Il ne s'agit que d'une présomption simple et l'article 313 du Code civil précise d'ailleurs qu'elle est écartée en cas de demande en divorce ou en séparation de corps⁴³³. L'intérêt de cette précaution systématique est désormais moindre qu'il y a quelques années puisque les tests génétiques, devenus de droit en matière de filiation, permettent de trancher de manière certaine les litiges quant à la paternité⁴³⁴.

De plus, l'article 313 du Code civil qui dispose que : « *La présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père* ». Il faut donc que le nom du père soit mentionné dans l'acte de naissance de l'enfant, au même titre que le nom de la mère pour que la présomption puisse jouer⁴³⁵. L'absence du nom du mari dans l'acte de naissance de l'enfant serait de nature à faire planer un doute sur la réalité de la filiation de l'enfant⁴³⁶. En effet, l'obligation de cohabitation des époux autorise à penser que le mari ne peut pas ignorer la grossesse de sa femme⁴³⁷. Il n'y a alors pas de raison pour que ce ne soit pas lui qui procède à la déclaration de naissance de l'enfant, et en conséquence que son nom n'y figure pas⁴³⁸. Il faut souligner que les actions relatives au rétablissement de la présomption de paternité ne représentent chaque année qu'une part extrêmement faible des actions relatives à la filiation de l'enfant. En effet, sur 5074 actions relatives à la filiation en première instance en 2010, seules 72 avaient été engagées pour

431. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 545, p. 309.

432. A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, *Droit des mineurs*, n° 237, p. 136.

433. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, n° 1181, p. 788.

434. A. LEFFEBVRE-TEILLARD, « *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, jalons pour une histoire de la présomption de paternité », in R. GANGHOFER (dir.), *Le droit de la famille en Europe*, p. 393.

435. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC* 2005, n° 21, p. 34.

436. A. DIONISI-PEYRUSSE, « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009, n° 14, p. 968.

437. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1132, p. 449.

438. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 221, p. 100.

procéder à un rétablissement de la présomption de paternité⁴³⁹.

72. Différence de traitement. En dehors des hypothèses contentieuses, l'établissement de la filiation paternelle est toujours fondée sur la foi des déclarations faites à l'officier de l'état civil⁴⁴⁰. C'est que la filiation paternelle et la filiation maternelle ne seraient pas de même nature⁴⁴¹. Alors que la filiation maternelle serait un donné déterminé à partir du fait juridique que constitue l'accouchement, la filiation paternelle serait une construction fondée sur la confiance entre l'homme et la femme : l'officier de l'état civil n'est pas en mesure de vérifier l'exactitude génétique de toutes les filiations qui lui sont déclarées⁴⁴². L'officier de l'état civil croit l'homme qui a lui-même cru sa femme. A l'inverse, la filiation maternelle est fondée sur l'apparence d'un fait que tout le monde peut constater. Cette différence justifierait la différence de traitement qui conduit à ce que la mention du nom du père de l'enfant dans l'acte de naissance n'ait d'effet sur la filiation que dans le cadre du mariage. Mais peut-on affirmer que la filiation paternelle se construit différemment en mariage et hors mariage ? Dans les deux cas, il s'agit bien d'une croyance fondée sur la loyauté de la mère de l'enfant. La filiation se construit non pas parce qu'il le sait, mais parce qu'il le croit. Dès lors, pourquoi traiter de manière différente ces deux situations identiques ?

73. Présomption simple. Si la présomption de paternité donne de manière automatique à l'enfant une filiation paternelle au moment de sa naissance, cette filiation ne vaut que jusqu'à preuve du contraire. Fondée sur le *de eo quod plerumque fit*, la présomption de paternité est destinée à tenir compte de ce qui arrive le plus souvent pour faciliter, dans ce cas, l'établissement de la filiation⁴⁴³.

Le mariage est un statut légal, constitutif de l'état des personnes, ce qui n'est pas le cas du concubinage, même s'il est possible de demander la rédaction d'un acte de notoriété⁴⁴⁴. Le concubinage qui, par définition, n'oblige pas les concubins à la loyauté charnelle, invite à présumer une certaine liberté de mœurs entre le moment de la conception

439. B. CAMUS, O. TIMBART, T. FERRÉ, D. BAUX, M. GUILLOT-TOUDERT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2011-2012*, La Documentation française, Paris, 2012, p. 49.

440. C. LABRUSSE-RIOU, « Filiation (généralités) », *Répertoire Dalloz*, n° 4, p. 6.

441. N. COUDOING, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, Thèse, p. 43.

442. J. HAUSER, « La distinction de l'homme et de la femme : approche pluridisciplinaire », *RRJ* 2004, n° 3, p. 2066.

443. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 221, p. 100.

444. C. HIGY, *Le temps en droit de la filiation*, n° 54, p. 72.

de l'enfant et le moment de sa naissance. Par ailleurs, et contrairement au PACS, le mariage implique une obligation de fidélité charnelle des époux. Dès lors, il existe une stabilité objectivement déterminable qui invite à présumer que l'enfant est issu des œuvres du mari ; personne juridiquement identifiable au moment probable de la procréation et de l'établissement de la filiation⁴⁴⁵.

Il semble qu'aujourd'hui, il ne soit plus possible de dire que le père accepte par avance les enfants qui naîtront de sa femme, puisque la présomption peut être écartée chaque fois que des doutes sont possibles sur la réalité de cette filiation, notamment en cas d'absence du mari⁴⁴⁶. De plus, bien que le mécanisme de la présomption de paternité implique l'existence d'une certaine loyauté entre les époux, il faut bien admettre que cette nécessaire loyauté est identique pour procéder à la reconnaissance de l'enfant né hors mariage⁴⁴⁷. Si le recours à la présomption de paternité dans le cadre du mariage ne constitue pas une différence de traitement discriminatoire à l'égard des enfants nés hors mariage, puisque les situations ne sont pas juridiquement identiques, il n'est pas certain que la décorrélation maintenant acquise entre la filiation et le statut matrimonial des parents n'emporte pas une évolution vers une présomption de paternité qui ne découlerait plus du mariage, mais de la mention du nom du père dans l'acte de naissance de l'enfant⁴⁴⁸.

74. Intérêt pour l'enfant. C'est que la présomption de paternité leur octroie un droit à la filiation paternelle que les enfants nés hors mariage n'ont pas puisque la femme qui accouche n'a pas d'obligation de révéler l'identité du père de l'enfant, et que le père n'a pas l'obligation de les reconnaître⁴⁴⁹. La différence de traitement se trouve peut être ici ; l'enfant légitime aura plus de chance de bénéficier d'un double lien de filiation encore aujourd'hui, parce que la femme qui accouche sera plus encline à révéler sa situation matrimoniale⁴⁵⁰. Cependant, même mariée, la femme qui accouche peut s'opposer à ce que le nom de son mari soit mentionné dans l'acte de naissance. Elle peut également se présenter comme femme célibataire, ou demander le secret de son identité, ce qui aboutira à placer l'enfant dans la même situation que l'enfant né hors mariage⁴⁵¹. Le droit de l'enfant légitime à la filiation

445. R. LE GUIDEDEC, G. CHABOT, « Filiation », *Répertoire civil Dalloz*, n° 45, p. 9.

446. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 419, p. 376.

447. C. HIGY, *Le temps en droit de la filiation*, n° 52, p. 68.

448. J. LEPROVAUX, « L'avenir de la présomption de paternité entre égalité des filiations et égalité des couples », *RJPF* 2008.

449. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 451, p. 411.

450. R. LE GUIDEDEC, G. CHABOT, « Filiation », *Répertoire civil Dalloz*, n° 61, p. 11.

451. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1147, p. 455.

paternelle trouve, de ce fait, une limite dans la liberté donnée à la femme qui accouche de divulguer ou non les informations relatives à la filiation paternelle de l'enfant⁴⁵².

75. Possession d'état conforme au titre. L'article 333 du Code civil dispose que « *Nul à l'exception du ministère public ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance* ». L'objectif du législateur était de sécuriser la filiation de l'enfant. Il a transformé la présomption simple de paternité qui n'est fondée que sur des déclarations par une présomption irréfragable lorsque la déclaration faite devant l'officier de l'état civil a entraîné la prise en charge matérielle et affective de l'enfant par celui qui est désigné comme le père. Cette prise en compte de la filiation vécue pour sécuriser le lien qui s'est épanoui entre l'enfant et « son » père paraît conforme à l'évolution actuelle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Elle semble faire prévaloir la volonté des parents qui auraient le droit à la sécurisation de ce lien, même si la conséquence est d'imposer à l'enfant dès son jeune âge une filiation qu'il ne pourra plus contester par la suite⁴⁵³.

Alors que la Cour européenne des droits de l'Homme, avait affirmé que l'exactitude génétique devait prévaloir sur les présomptions légales destinées à faciliter l'établissement de la filiation⁴⁵⁴, et qu'en 2006 à l'occasion de son arrêt *Rozanski c./ Pologne* elle avait condamné l'État parce qu'il n'existait pas en droit interne de moyen pour le requérant de remettre en cause la paternité légale d'un autre homme, établie selon ses seules déclarations⁴⁵⁵, elle semble être revenue en arrière estimant que la connaissance du lien génétique relevait du droit à la vie privée de l'enfant, contrairement à la filiation affective qui, elle, relevait du droit à la vie familiale⁴⁵⁶.

452. A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, *Droit des mineurs*, n° 239, p. 137.

453. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1161, p. 462.

454. Affaire *Kroon et autres c./ Pays-Bas*, 27 octobre 1994, requête n° 18535/91, § 40 ; E. DECAUX, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDI* 1995, pp. 783-784 ; P. GEORGES, « L'action en contestation de paternité au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD H.* 1996, pp. 183-203.

455. Case of *Rozanski v./ Poland*, 18 août 2006, application n° 55339/00, § 79 ; J. FLAUSS-DIEM, « Vie familiaris et paternité hors mariage : quelques pistes européennes », *RLDC* 2006, n° 33, pp. 33-38.

456. « *The Court notes that there had been certain delays before the District Court in particular owing to the fact that the appointment of a guardian ad litem had to be examined in separate proceedings by two court instances, which lasted almost eleven months. The Court observes, however, that it fell within the domestic authorities' discretion to decide on the procedure to be followed when appointing a guardian and that the delay caused by Mr. E. and Ms D.'s lodging of an appeal against this appointment cannot be held imputable on the domestic courts. The Courts furthermore considers that any delay which had occurred before the District Court was compensated by the fact that the Court of Appeal very swiftly processed the case within less than five months* » : Case of *Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09, § 82 ; Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de

76. Procréation médicalement assistée. Contrairement à la filiation maternelle qui est fondée sur la constatation du fait juridique que constitue l'accouchement, la filiation paternelle est, en théorie, fondée sur la certitude génétique de la filiation de l'enfant⁴⁵⁷. En effet, le législateur a souhaité que les présomptions de paternité ne couvrent plus systématiquement des filiations mensongères⁴⁵⁸. Dès lors, chaque fois qu'il existe un doute, l'enfant a le droit à ce que sa filiation paternelle soit établie conformément à l'exactitude génétique, et cela d'autant plus que la Cour de cassation a affirmé que le test génétique était de droit dans les actions relatives à la filiation⁴⁵⁹.

Cependant, dans le même temps, le législateur a ouvert la possibilité, pour les couples mariés d'accéder à la procréation médicalement assistée. En cas de recours à un tiers donneur, la particularité de cette technique est de permettre la naissance, au sein du couple, d'un enfant dont la filiation paternelle n'est pas conforme à sa filiation génétique⁴⁶⁰. L'article 311-20 dispose alors que « *le consentement donné à la procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation* ». La fin de non recevoir qui découle de cette disposition redonne à la présomption de paternité son ancienne nature juridique, consistant à créer artificiellement un lien de filiation, comme à l'époque où la science ne permettait pas de déterminer la paternité génétique ; à ceci près qu'il n'existe au sein du couple aucun doute sur le caractère génétiquement mensonger de cette filiation⁴⁶¹. Le lien de filiation n'est plus fondé sur la fidélité des époux et la foi du mari dans la parole de sa femme. La présomption de paternité serait, dans ce cas particulier, un mode autonome d'établissement de la filiation : hybride entre filiation volontaire et filiation charnelle⁴⁶². La mention du nom du père dans l'acte de naissance constate la volonté d'être le père d'un enfant depuis le moment de sa procréation, tandis que ses effets commencent au jour de la naissance comme lors de la reconnaissance d'un enfant biologique⁴⁶³. Paradoxe suprême, cette présomption, attaquée, puis dépouillée de sa valeur de protection d'une filiation de l'enfant au prétexte qu'elle ne garantissait pas le droit de l'enfant à sa filiation, subsiste notamment pour couvrir les hypothèses dans lesquelles justement l'enfant n'est pas génétiquement celui de son père !

l'Homme », *JCP* 2012, n° 35, pp. 1531-1537.

457. P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *Droit civil, tome 1, introduction au droit*, n° 355, p. 190.

458. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 220, p. 110.

459. Voir *infra* n° 231.

460. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 904, p. 652.

461. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, n° 1852, p. 770.

462. Cl. NEIRINCK, « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF* 2003.

463. P. KAYSER, « Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle », *D.* 1987, chr. XXXV, p. 193.

Assortie d'une obligation de reconnaître l'enfant dès le début du « projet parental », et d'une fin de non-recevoir à toute action en contestation, cette filiation semblait donner à l'enfant ainsi appelé à la vie une certaine sécurité juridique. Cependant, en assimilant complètement cette filiation à une filiation d'alcôve, le législateur n'a prévu aucun mécanisme particulier de protection, puisque l'article 311-20 qui proclame la fin de non recevoir, édicte dans le même temps un secret absolu autour de l'acte de volonté qui a permis l'établissement de cette filiation. En l'absence de toute publicité de l'origine de l'enfant, la présomption de paternité n'est pas plus solide qu'une autre puisqu'elle n'est pas corroborée par la génétique⁴⁶⁴. Seule la possession d'état d'enfant légitime garantira à l'enfant une filiation inattaquable⁴⁶⁵.

Or on le sait, l'accès à la procréation médicalement assistée met parfois à rude épreuve les couples, et par la suite l'enfant qui en est issu⁴⁶⁶. Il n'est pas rare que les pères, qui n'ont qu'un rôle secondaire et frustrant dans cette hypothèse, se désintéressent de l'enfant lorsqu'il finit enfin par naître⁴⁶⁷. Le législateur avait cru que l'anonymat du donneur, et la rupture que créait ce statut seraient suffisants pour garantir au père qu'il était bien « le père » de l'enfant⁴⁶⁸. Cependant, le sentiment d'appropriation générationnel entre les parents et

464. « Mais attendu qu'abstraction faite de la référence à l'article 316-2 du Code civil, la cour d'appel a décidé à bon droit que l'acte reçu par le notaire était inopérant par l'application des dispositions légales ; qu'en effet, la seule décision du mari de la mère de cesser de traiter l'enfant comme son enfant légitime en vue d'écarter la fin de non-recevoir édictée par l'article 322 alinéa 2 du Code civil ne peut mettre à néant les effets de la possession d'état exempte de vice ; qu'ayant relevé que Marine Y... avait bénéficié d'une telle possession, conforme à son titre de naissance, jusqu'en 1996, la cour d'appel a fait une exacte application du texte susvisé » : Cass. civ. 1re, 14 juin 2000, pourvoi n° 98-16122, inédit ; J. MASSIP, « Contestation de filiation à la suite d'une procréation médicalement assistée », *LPA* décembre 2000, n° 257, p. 12 ; P. MURAT, « La PMA ne rend pas la filiation plus disponible », *dt. fam.* octobre 2000, comm. 109 ; F. GRANET, « L'acte de naissance est-il corroboré par la possession d'état d'enfant légitime ? », *D.* 2001, p. 969 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « L'acte de naissance est-il corroboré par la possession d'état d'enfant légitime ? », *D.* 2001, p. 2798. « Mais attendu que la cour d'appel a décidé exactement que les dispositions de l'article 316 du Code civil étant d'ordre public, l'irrecevabilité de l'action en raison de l'expiration des délais qu'elles prévoient peut être relevée d'office par le juge ; que le moyen n'est pas fondé » : Cass. civ. 1re, 5 février 2002, pourvoi n° 98-22824, inédit ; J. MASSIP, « Filiation », *defrénois* 2002, n° 10, p. 689 ; S. MORNET, « Caractère d'ordre public du délai de six mois de l'action en désaveu », *gaz. pal.* octobre 2002, n° 304. Th. GARÉ, « le délai de prescription de l'action en désaveu est d'ordre public », *RJPF* 2002 ; J. HAUSER, « Le délai de l'action en désaveu est d'ordre public », *RTD civ.* 2002, p. 494 ; F. GRANET, « Irrecevabilité de l'action en désaveu de paternité légitime engagée hors délai », *D.* 2002, p. 2018 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « L'établissement et la contestation des liens de filiation », *AJ fam.* 2003, p. 162.

465. P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *Droit civil, tome 1, introduction au droit*, n° 373, p. 196.

466. « Dans un grand nombre de cas, enfin, nous rencontrons des enfants conçus par PMA dont les parents sont divorcés. Ils présentent tous les problèmes des enfants du divorce. La question qui se pose est seulement de savoir si la relation conjugale s'est détériorée après le succès de la PMA et la naissance de l'enfant, ou si la mésentente préexistait et se cachait derrière les efforts pour obtenir un enfant » : H. LAZARATOU, B. GOLSE, « Du désir à l'acte : les enfants de la procréation médicalement assistée », *La psychiatrie de l'enfant* 2006, vol. 49, pp. 573-59.

467. A-V MAZOYER, S. BOURDET-LOUBÈRE, « Devenir des couples après un parcours en assistance médicale à la procréation sans obtention de grossesse », *Le divan familial*, 2012, n° 28, pp. 159-169.

468. « Une expérience a été effectuée par le docteur Mattei au CECOS de Marseille, il mit en présence, successivement deux couples demandeurs d'IAD et un donneur pris au hasard. Cet entretien enregistré, montrait parfaitement la relation triangulaire qui s'installait, alors même que le couple savait que le donneur ne leur serait

l'enfant est complexe à faire naître ; il ne peut pas dépendre uniquement d'un acte de volonté encadré par le droit. Contrairement aux hypothèses d'adoption, dont la cause se trouve dans l'abandon de l'enfant par sa famille d'origine, la cause du lien de ce lien de filiation trouve sa source dans la volonté du couple « d'avoir » un enfant. Les mots utilisés pour le dire ne sont pas anodins. La société justifie d'ailleurs son intervention, non pas par la volonté du couple, qui serait une action positive, mais par la souffrance psychologique du couple, qui les déresponsabilise. Ils sont victimes. Le sentiment du couple de ne pas être « normal » est socialement pris en compte pour justifier la procréation d'un enfant destiné à leur rendre cette apparence de « normalité »⁴⁶⁹. Pourtant, cette dimension compassionnelle de la filiation artificielle n'est peut être pas pleinement satisfaisante. En effet, il n'est pas rare que les couples expriment un large sentiment de dette à l'égard de la société ou de l'équipe médicale, qui peut, dans les cas les plus extrêmes, empêcher l'homme de construire sereinement « son » lien de filiation avec l'enfant.

Le déni juridique qui fait le silence sur ce mode particulier d'établissement de la filiation, entretient certainement un sentiment de crainte « que l'on découvre » qu'il n'est pas le « véritable » père de l'enfant⁴⁷⁰. L'inquiétude de cet homme est d'autant plus difficile à assumer qu'il partage ce secret avec sa femme, et qu'elle peut le révéler à tout moment : ce qui augmente son sentiment d'impuissance au sein du couple et lui rappelle de manière permanente qu'il ne sera jamais un père « génétique »⁴⁷¹. Les doutes qui entourent ce secret empêchent le père de se projeter intellectuellement comme le « véritable » père de l'enfant, parce que la société a proclamé que la filiation était principalement fondée sur la vérité

sans doute jamais attribué » : G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse PUB, Bordeaux, 1991, p. 184.

469. « C'est d'abord le projet social, assumé par les personnes singulières, de développer un rapport de maîtrise à l'égard de la fécondité humaine, ou d'engager un processus d'adoption. Il est important de souligner que ce projet se formule dans un contexte culturel où s'affirment un certain nombre de mutations : affirmation de l'autonomie des personnes, progrès de la maîtrise de la fécondité, prégnance des pressions sociales normatives quant au rapport à l'enfant dans un couple, diminution du nombre d'enfants à adopter en France parallèlement à la facilité d'adopter des enfants étrangers . [...] La médecine est, en effet, aujourd'hui beaucoup plus convaincue que naguère -et le public avec elle- de son obligation thérapeutique. Ici cependant, elle se trouve un peu extériorisée par rapport à son champ d'action habituel : son objet formel premier est le corps humain, mais elle est appelée à prendre soin d'un projet global exprimé à partir de l'expérience de la souffrance d'un couple de n'être pas fertile. La médecine inscrit alors dans la réalité des corps un projet dont elle n'a pas toute compétence pour mesurer la teneur. Il se trouve, de plus, qu'en l'occurrence, elle mettra en œuvre des techniques qu'elle ne maîtrise pas totalement. Lorsque le législateur prend position à l'égard de ces pratiques, il cautionne en quelque sorte ce déploiement du projet propre de la technoscience biomédicale. De ce point de vue, des questions se posent : pourra-t-on parler d'obligation thérapeutique, d'obligation de prise en charge des demandes ; comment mesurer, et avec quelle autorité la dimension tellement peu objectivable d'un tel projet ? » : B. CADORÉ, « L'éthique interrogée par le droit à propos des greffes de filiation », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, p.3.

470. Cf. NEIRINCK, « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF* 2003.

471. Voir *infra* n° 356.

génétique⁴⁷². Peut-être gagnerait-on à rendre public, et de ce fait « normal », ce mode d'établissement de la filiation, comme pour la procréation charnelle ou l'adoption⁴⁷³?

Quoiqu'il en soit, les cas de divorce ne sont pas rares, et dans ces hypothèses, la possession d'état n'est pas toujours constituée entre le père et l'enfant⁴⁷⁴. Il est alors possible d'imaginer que cette filiation puisse être contestée. En effet, les actions relatives à la filiation charnelle ne sont pas destinées à protéger la procréation médicalement assistée, qui a été volontairement assimilée à la filiation charnelle par tabou social. Dès lors, il n'existe aucun obstacle à ce que la filiation paternelle de l'enfant soit anéantie par une action en contestation de paternité. Le fait que le juge n'ait aucun moyen de connaître l'origine de l'enfant, du fait du tabou instauré par l'article 311-20 sur les filiations par procréation médicalement assistées, instaure en la matière une véritable liberté parentale d'établir ou non la filiation de l'enfant. Il faut ajouter que lorsque la paternité d'un enfant est contestée, il n'est pas obligatoire de lui en substituer une autre, ce qui peut mettre l'enfant dans la situation paradoxale d'avoir été appelé à la vie par un couple mais privé de père toute sa vie. L'égalité de statut juridique des enfants ne semble pas encore atteinte, et une nouvelle distinction se profile entre les enfants suivant leurs origines génétiques.

77. Mariage homosexuel. Le législateur n'a semble-t-il rien prévu au sujet de la présomption de paternité dans le texte voté à l'Assemblée nationale relatif à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe. Or il aurait sans doute été opportun de réfléchir à la présomption de paternité en tant que mode d'établissement de la filiation. En effet, à l'heure actuelle, elle semble fondée sur le *plerumque fit*, puisqu'elle peut être écartée

472. « Le danger n'est pas tant dans la recherche de la vérité que dans la création de besoins nouveaux issus de la science » : G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 60.

473. « Le problème du secret, est prédominant pour tous les couples quelle que soit la réflexion menée par eux. Ils posent souvent la question au psychologue de savoir comme agissent les autres couples. Ils cherchent une image de bons futurs parents que le psychologue est censé leur renvoyer, puisque supposé tout connaître de la situation. Sur cette révélation repose une grande partie des problèmes psychologiques et juridiques de l'enfant. La possibilité de garder le secret est d'ailleurs souvent un argument en faveur du choix de l'IAD » : G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 184.

474. « Il a été vu d'une part, qu'un lien étroit de dépendance pouvait se tisser entre la femme, demandeuse d'enfant, et l'équipe médicale qui la prend en charge, d'autre part que l'homme pouvait se sentir exclu et dépossédé de l'accès à la parentalité en raison de son rôle restreint au niveau du parcours PMA. En outre, le recours aux PMA semble créer chez les parents un système de dettes et de loyautés par rapport à la médecine dont ils souhaitent s'acquitter à travers cet enfant. En raison de ces considérations, une perspective de recherche pourrait être l'intérêt porté à une éventuelle agressivité de la femme envers son conjoint. En effet, celle-ci se retrouve au centre du traitement procréatique, subissant diverses interventions invasives, prenant un traitement hormonal lourd, alors que l'homme se limite à donner son sperme » : M. PEOLIDIS, « Ces enfants issus de procréation médicalement assistées », *Le Coq-héron*, 2005, n° 182, pp. 135-141.

chaque fois qu'il est invraisemblable que le mari soit le père de l'enfant⁴⁷⁵. Cependant, en l'absence de disposition claire, il n'est pas impossible qu'un contentieux naisse autour de cette question lorsque certains revendiqueront d'établir un lien de filiation sur ce fondement devant les tribunaux, et mettront la jurisprudence en demeure de statuer là où le législateur n'a pas tranché⁴⁷⁶. En particulier, les dispositions relatives à l'accès à la procréation médicalement assistée sont relativement ambiguës sur ce sujet dans l'hypothèse où, par exemple, l'enfant génétique d'une femme lesbienne serait porté, au sens physiologique, par sa femme. Dans ce cas la femme lesbienne mariée est placée exactement dans la même situation que l'homme marié : sa femme accouche de son enfant au sens génétique du terme. Le législateur aurait pu se saisir de l'occasion qui se présentait à lui, à la fois pour repenser de manière plus globale et complète la construction juridique du lien de filiation entre l'enfant et le couple parental en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur.

475. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC* 2012.

476. « Les associations qui revendiquent la possibilité du mariage pour les couples de même sexe ont donc immédiatement fait savoir qu'elles n'étaient pas satisfaites. En réalité, amputé de la présomption de paternité, le mariage des couples homosexuels n'est qu'une pâle copie du « vrai » mariage » : F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC* 2012.

Paragraphe II – La naissance de l'enfant hors mariage

78. Rétenion de l'information. De même que l'article 57 du Code civil dispose que la mention du nom de la mère n'est pas obligatoire dans l'acte de naissance de l'enfant, il précise que si le nom du père n'est pas donné à l'officier de l'état civil, « *il ne sera fait aucune mention à ce sujet* ». Aucun moyen n'est prévu pour contraindre la mère à délivrer cette information⁴⁷⁷. Elle peut alors imposer, de fait, le secret de l'identité du père à l'enfant et le secret de l'existence de l'enfant au père⁴⁷⁸. Or c'est justement parce qu'elle n'emporte aucune conséquence sur la filiation de l'enfant que cette faculté de dissimulation peut sembler disproportionnée. Certes, en cas de naissance hors mariage la mention du nom du père de l'enfant n'a aucune incidence immédiate sur la filiation de l'enfant⁴⁷⁹. Cependant, une telle faculté de dissimulation peut apparaître incompatible avec l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Bien sûr cet article ne conditionne le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux qu'à la mesure du possible. Mais de ce point de vue, la mère n'a-t-elle pas une obligation spéciale ? Elle seule peut faire connaître l'enfant, le rendre identifiable, communiquer l'identité de son père⁴⁸⁰. Bien que l'on puisse admettre que dans un cadre juridique particulier il soit possible de faire prévaloir la volonté de la mère, comme c'est le cas pour l'accouchement anonyme et secret⁴⁸¹, il n'est pas certain qu'en l'absence de ce cadre spécifique, il soit possible de retenir cette information capitale pour le père et pour l'enfant, sans justification, et cela d'autant plus que certains pays tels que l'Allemagne obligent la mère à donner l'identité du père au moment de la rédaction de l'acte de naissance⁴⁸².

Depuis son arrêt *Marckx c./ Belgique* du 13 juin 1979, dans lequel elle posait pour la première fois que la protection de la vie familiale implique une reconnaissance juridique des liens existants entre un enfant et ses parents, notamment « en rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille »⁴⁸³, la Cour européenne des droits de

⁴⁷⁷. A. BATTEUR, « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA* juin 2007, n° 122, p. 6.

⁴⁷⁸. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 687, p. 452.

⁴⁷⁹. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1016, p. 403.

⁴⁸⁰. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Doit civil, La famille*, n° 414, p. 371.

⁴⁸¹. Voir *infra* n° 240.

⁴⁸². Voir *infra* n° 134.

⁴⁸³. Affaire *Marckx c./ Belgique*, 13 juin 1979, requête n° 6833/74.

l'Homme ne se contente pas de protéger uniquement les situations dans lesquelles il existe déjà un lien effectif en plus du lien génétique entre l'enfant et ses parents. En effet, elle protège également les relations qui ne sont que potentielles entre le parent et l'enfant lorsqu'elles ont été empêchées⁴⁸⁴. Elle insiste ainsi régulièrement sur l'importance de faire coïncider l'exactitude génétique et la filiation juridique de l'enfant⁴⁸⁵, et sur la nécessité de réunir le plus souvent possible les parents biologiques et l'enfant⁴⁸⁶. Elle souligne que priver l'enfant de contact avec son parent génétique risque de lui donner l'occasion de nouer des liens avec des tiers qu'il sera ensuite préjudiciable et difficile de rompre, puisqu'elle protège également au titre du droit au respect de la vie familiale les relations constituées de fait⁴⁸⁷.

79. Conseil constitutionnel. A l'occasion d'une décision récente, relative à l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles⁴⁸⁸, le Conseil constitutionnel a considéré que donner un droit à des personnes sans leur permettre d'avoir les moyens effectifs de l'exercer n'était pas conforme à la Constitution⁴⁸⁹. Plus exactement, le Conseil constitutionnel a censuré le fait que, les personnes qui avaient le plus intérêt à intervenir dans

484. Affaire *Todorova c./ Italie*, 13 janvier 2009, requête n° 33932/06 § 53 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Janvier 2009-avril 2010 », *D.* 2010, pan. 23, pp. 1442-1449 ; F. CHÉNEDÉ, « Accouchement anonyme : condamnation de l'Italie en raison de la brièveté du délai permettant à la mère de revenir sur sa décision », *AJ fam.* février 2009, jur. p. 82.

485. Affaire *Paulik c./ Slovaquie*, 10 octobre 2006, requête n° 10699/05, § 46 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les empreintes génétiques devant la Cour européenne des droits de l'Homme : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *RLDC* 2007, n° 38, pp. 41-46.

486. *Case of Gorgulu v./ Germany*, 26 mai 2004, application n° 74969/01, § 46 ; P. MURAT, « Accouchement anonyme : quand les délais conduisent les pères à ne pouvoir exercer leurs droits », *dt. fam.* 2004, n° 4, pp. 11-16.

487. Affaire *Keegan c./ Irlande*, 26 mai 1994, requête n° 16969/90, § 55 ; O. BACHELET, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDI* 2007, pp. 720-722 ; P. TAVERNIER, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDI* 1995, pp. 763-765.

488. A propos du placement de l'enfant en vue de son adoption en cas d'accouchement anonyme, la question s'est posée de savoir si les personnes visées par l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles devaient être personnellement prévenues, pour pouvoir, le cas échéant exercer le recours qui leur est ouvert. Voir *supra* n° 144.

489. Conseil constitutionnel, *Affaire Annie M.*, décision n° 2012-268 QPC, 27 juillet 2012 ; Cass. civ. 1re, 6 juin 2012, pourvoi n° 11-27071 ; F. EUDIER, « Recours à l'encontre de l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État : inconstitutionnalité de l'article L. 224-8 alinéa 1er du Code de l'action sociale et des familles », *AJ fam.* 2012, p. 454 ; J. HAUSER, « Délai de contestation de l'admission en qualité de pupille de l'État », *RTD civ.* 2012, p. 523 ; A. BATTEUR, « Le recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État devra être effectif », *EDFP* septembre 2012, n° 137, p. 2 ; P. CHEVALIER, « Nouveauté devant la Cour de cassation du moyen tiré de la violation du droit conventionnel d'accès au juge », *D.* 2013, n° 16, pp. 1100-1106 ; M. DOUCHY-OUDOT, « L'inconstitutionnalité de l'article L. 224-8, alinéa 1er du Code de l'action sociale et des familles », *D.* 2013, n° 16, pp. 1106-1109 ; E. POULIQUEN, « L'information nécessaire de l'admission en qualité de pupille de l'État », *RLDC* 2013, n° 105, pp. 52-53 ; N. RÉGIS, « L'admission devant la Cour de cassation d'un moyen nouveau tiré de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme », *gaz. pal.* 2013, n° 160, pp. 19-22 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Mars 2012-mars 2013 », *D.* 2013, n° 21, pp. 1436-1444 ; Y. FAVIER, « Pupilles de l'État : une réforme désormais urgente », *JCP* 2013, n° 25, pp. 1212-1214 ; F. EUDIER, « Les dispositions de l'article L. 224-8 du CASF relatives au recours à l'encontre d'un arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État violent l'article 6 de la CEDH », *RJPF* 2013, n° 7, pp. 38-39.

une procédure relative au placement d'un enfant en vue de son adoption et qui y avaient droit, n'avaient aucun moyen officiel de connaître l'existence de l'enfant et de connaître l'existence de cette procédure de placement⁴⁹⁰. Dès lors, il est possible de considérer que cette décision pourrait avoir un écho particulier lorsque sont en jeu le droit du père d'établir un lien de filiation avec « son » enfant, ou le droit de l'enfant d'établir un lien de filiation avec « son » père, à une époque où la paternité n'est plus vécue comme une charge, mais comme un droit⁴⁹¹.

80. Vérité de l'information. Lorsque la mère accepte de révéler dans l'acte de naissance de l'enfant l'identité du père, l'officier de l'état civil n'a aucune obligation de s'assurer de la véracité de cette information⁴⁹². En effet, l'article 35 du Code civil dispose que : « *Les officiers de l'état civil ne pourront rien insérer dans les actes qu'ils recevront, soit par note, soit par énonciation quelconque, que ce qui doit être déclaré par les comparants* ». Il faut admettre que la procédure se trouverait particulièrement alourdie s'il devenait nécessaire de justifier les déclarations faites devant l'officier de l'état civil. Le législateur a considéré que la nature particulièrement solennelle des déclarations faites devant un officier de l'état civil, justifiait que l'on donne un certain crédit aux informations qui sont portées à sa connaissance⁴⁹³. Cependant, dans la mesure où la certitude génétique irrigue plus que jamais le droit de la filiation, il y aurait sans doute une piste à explorer du côté de la mention du nom du père présumé dans l'acte de naissance, et son information systématique de la naissance de l'enfant.

81. Portée de la déclaration mensongère. Par ailleurs, il est possible d'avancer que la déclaration mensongère n'est peut être pas aussi grave que la faculté laissée à la mère de ne pas divulguer l'information. En effet, la déclaration mensongère peut d'abord être fondée sur la bonne foi du déclarant, puisque la déclaration est fondée sur la crédibilité de la parole de celui qui se présente devant l'officier de l'état civil : en dehors des actions relatives à la filiation il n'existe pas de moyen de vérifier l'exactitude génétique du lien⁴⁹⁴. Ensuite, bien que mensongère, la déclaration trouve tout de même sa source dans l'affection, ou la potentialité sociologique du lien qu'elle peut par la suite impliquer. Même si l'homme qui se prétend le père sait qu'il ment à l'officier de l'état civil, sa démarche témoigne malgré

490. Voir *infra* n° 127.

491. J. HAUSER, « Le droit de la paternité », *Communio*, novembre-décembre 20098, n° XXXIV, 6, p. 29.

492. H. BOSSE-PLATIÈRE, « *Actes de l'état civil* », répertoire Dalloz, 2010, n° 19, p. 7.

493. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction*, n° 454, p. 957.

494. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Doit civil, La famille*, n° 413, p. 371.

tout d'un sentiment d'appropriation générationnel à l'égard de l'enfant que l'on ne peut pas négliger. Or la vérité vécue peut avoir pour l'enfant plus d'importance que l'exactitude de la génétique parce qu'elle sera fondée sur l'empathie⁴⁹⁵. Enfin, il semble qu'il soit toujours dans l'intérêt de l'enfant de bénéficier d'un double lien de filiation, puisqu'il lui donne deux débiteurs d'aliments au lieu d'un seul⁴⁹⁶.

82. Possession d'état. La mention du nom du père de l'enfant dans l'acte de naissance, à défaut de créer le lien de filiation de l'enfant né hors mariage, permet d'établir le point de départ d'une possession d'état à l'égard de celui qui pourrait se comporter comme son père. Au terme de l'article 311-1 du Code civil, la possession d'état s'entend d'une réunion suffisante de faits permettant d'en déduire un lien de filiation⁴⁹⁷. La mention du nom du père dans l'acte de naissance de l'enfant contribue alors à la rendre paisible, publique et non équivoque au sens de l'article 311-2 du Code civil⁴⁹⁸. Cela d'autant plus que la tendance actuelle est plutôt à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant pour contourner, le cas échéant, des règles d'ordre public⁴⁹⁹. Ainsi, la possession d'état, appréciée librement par le juge, laisse une grande place à l'appréciation de la situation concrète de l'enfant et peut permettre l'établissement de son lien de filiation, y compris lorsque le test génétique est impossible⁵⁰⁰.

83. Intérêt de l'enfant. Par ailleurs, il peut arriver, qu'un homme souhaite procéder à l'établissement d'un lien de filiation avec l'enfant, soit par reconnaissance, soit au titre de la présomption de paternité. En l'absence de filiation paternelle, rien ne l'empêche de le faire⁵⁰¹. Cependant, si son identité n'est pas la même que celle qui était mentionnée dans l'acte de naissance de l'enfant, cela peut entraîner, au titre de l'article 336 du Code civil, une action du ministère public. Il va vérifier cette filiation parce que « *des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable* ». A travers la mise en œuvre de cette action par un tiers, les droits de l'enfant largement entre les mains de ses parents à cause de son jeune âge reparaissent puisque la décision finale lui permettra de savoir lequel était son père génétique.

495. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction*, n° 456, p. 964.

496. J. HAUSER, « Le droit de la paternité », *Communio*, novembre-décembre 2009, n° XXXIV, 6, p. 30.

497. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 206, p. 103.

498. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1008, p. 400.

499. Voir *infra* n° 215.

500. L'article 16-11 du Code civil dispose que « *En matière civile, cette identification 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. Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort* ».

501. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, introduction, biens, personne, famille*, n° 1912, p. 801.

De même, lorsque la mention du nom du père de l'enfant dans l'acte de naissance vient contredire une reconnaissance prénatale cette fois, l'article 336-1 du Code civil dispose que : « *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* ». Le procureur de la République intervient comme protecteur d'un enfant qui en général vient de naître et, de ce fait, ne peut pas avoir de voix pour intervenir ou initier la procédure.

84. Règle de la chronologie. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a introduit l'article 320 du Code civil qui dispose que : « *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* ». Ce texte était destiné à prémunir l'enfant contre les conflits positifs de filiation⁵⁰². Il a généralisé le principe de l'ancien article 338 du Code civil qui empêchait l'établissement d'une filiation naturelle lorsqu'il existait déjà préalablement une reconnaissance de l'enfant naturel antérieure. A elle seule, cette disposition devait, selon le législateur, faire disparaître tous les conflits de filiation. C'est pourquoi l'article 311-12 du Code civil qui disposait que « *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. A défaut d'éléments suffisants de conviction, ils ont égard à la possession d'état* » n'avait plus d'utilité et donc pouvait être supprimé.

L'article 313, en référence à ce nouveau principe destiné à prévenir les conflits de filiation, dispose que « *La présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père. Elle est encore écartée, en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, 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* ». Pour sa part, l'article 314 dispose que « *Si elle a été écartée en application de l'article 313, la présomption de paternité se trouve rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers* ».

502. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 240, p. 137.

85. Évolution de la loi de 2005. La loi de 2005 qui était destinée à prévenir le risque de conflit de filiation n'avait pas tenu compte de la possibilité d'un conflit entre une reconnaissance prénatale de l'enfant et la présomption de paternité⁵⁰³. Ce cas de figure a été remarqué à l'occasion d'une décision de la Cour de cassation du 14 février 2006, dans le cas particulier où l'enfant avait été reconnu avant sa naissance par l'amant de sa mère, mariée⁵⁰⁴. La Cour de cassation, se plaçant sur le terrain de la possession d'état, estima qu'« *avant la reconnaissance de l'enfant par M. Y..., M. X... avait parfaitement connaissance de la grossesse de sa femme et avait manifesté par tout son comportement qu'il considérait l'enfant à naître comme le sien, celui-ci étant présenté tant à la famille qu'aux tiers comme étant celui du couple X..., et qu'une possession d'état d'enfant légitime paisible et sans ambiguïté s'était ainsi constituée avant la reconnaissance, puis s'était poursuivie de façon continue pendant plusieurs années après la naissance de l'enfant ; que la cour d'appel qui n'avait pas à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu en déduire que la reconnaissance effectuée par M. Y..., le 27 mars 2000, même si elle était antérieure à la naissance, ne rendait pas recevable son action en contestation de paternité légitime et sa demande d'expertise biologique dès lors qu'il était justifié que cet enfant avait une possession d'état d'enfant légitime conforme à son titre de naissance* ».

L'appréciation de la validité de la possession d'état est sujette à discussion. La Cour de cassation qui retient son caractère paisible et continue aurait tout à fait pu déduire qu'elle n'était pas efficace du fait de l'existence de la reconnaissance prénatale. Derrière cette appréciation de la possession d'état, ce sont deux conceptions de la filiation qui s'affrontent. Une conception traditionnelle, fondée sur la préservation de la paix des familles⁵⁰⁵, et une conception plus évolutionniste, fondée sur le droit de l'enfant de connaître ses origines et d'être élevé par ses parents⁵⁰⁶. Dans un tel cas, il est absolument impossible de déterminer laquelle de ces deux visions devrait prévaloir sur l'autre dans la mesure où seule l'histoire de l'enfant sera juge *a posteriori* de son opportunité. D'ailleurs, quelques années plus tard, pour des faits relativement similaires, la Cour de cassation a pu affirmer à l'inverse que « *la cour d'appel qui n'a pas adopté les motifs de premiers juges, n'a pas dit qu'une possession d'état*

503. A. DIONISI-PEYRUSSE, « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009, chr., p. 967.

504. Cass. civ. 1re, 14 février 2006, pourvoi n° 03-19533, *bull.* 2006, I, n° 78, p. 75 ; J. HAUSER, « Est-on à la veille du grand-soir de la paternité en mariage ? », *RTD civ.* 2006, pp. 293-294 ; Th. GARÉ, « Le droit à l'expertise biologique semble atténué en présence d'une possession d'état », *RJPF* 2006, n° 5, pp. 22-23 ; J. MASSIP, note sous arrêt, *gaz. pal.* 2006, n° 293, pp. 21-22 ; E. BARRET, note sous arrêt, *gaz. pal.* 2007, n° 59, pp. 10-14 ; J. MASSIP, « Droit de la filiation », *degrénois* 2006, n° 17, p. 1325.

505. J. MASSIP, « Droit de la filiation », *degrénois* 2006, n° 17, p. 1325.

506. J. HASUER, « Est-on à la veille du grand-soir de la paternité en mariage ? », *RTD civ.* 2006, p. 294.

d'enfant légitime ne pouvait être constituée avant la naissance de l'enfant ; d'autre part, qu'ayant relevé, d'abord que Mme Z... reconnaissait avoir entretenu, pendant la période légale de conception de l'enfant, des relations intimes avec M. Y... ; ensuite, que durant la grossesse, ce dernier avait revendiqué sa paternité et, enfin, que M. Z..., qui avait eu connaissance de cette revendication, avait été assigné en contestation de paternité légitime moins de six mois après la naissance de l'enfant, la cour d'appel a pu déduire de ces énonciations qu'il ne s'était pas constitué une possession d'état d'enfant légitime paisible, sans équivoque et continue »⁵⁰⁷. Certes cette seconde décision est plus en accord avec le droit de l'enfant de connaître ses origines et d'être élevé par ses parents dans la mesure du possible. Cependant, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans les décisions relatives à la filiation, parfois sous le couvert de l'appréciation plus ou moins souple de la possession d'état, ne permet pas toujours de faire prévaloir ce droit de l'enfant tel qu'il est formulé dans la Convention internationale des droits de l'enfant.

86. Place de l'enfant dans la procédure. Il est intéressant de relever que le premier moyen dans cet arrêt visait à faire reconnaître que l'enfant mineur devait bénéficier d'un administrateur *ad hoc* du fait de son opposition d'intérêt avec le couple que constituaient ses représentants légaux au moment de la contestation de la filiation. La Cour de cassation considère qu'il n'existe pas d'opposition d'intérêt suffisante entre l'enfant et le couple pour justifier le recours à une telle procédure : *« attendu que l'arrêt énonce que l'action a été exercée contre M. et Mme Z... qui sont les représentants de l'enfant et dont les intérêts ne sont pas en opposition avec ceux des époux Z... ; que la cour d'appel a ainsi fait ressortir que les époux Z... avaient été attirés à la procédure tant en leur nom personnel qu'en leur qualité de représentants légaux de l'enfant »*. Cette position de la Cour de cassation est critiquable dans la mesure où il est évident que le conflit relatif à la filiation de l'enfant met en concurrence des pères potentiels dont l'un seulement est le véritable père de l'enfant⁵⁰⁸. Comme la mère de l'enfant est mariée avec l'un d'eux, et qu'elle avait avoué avoir eu à plusieurs reprises avec l'autre des relations sexuelles, il apparaît objectivement évident qu'il existe un conflit d'intérêt

⁵⁰⁷. Cass. civ. 1re, 19 mars 2008, pourvoi n° 07-11573, *bull.* 2008, I, n° 84 ; J. HAUSER, « Opposition d'intérêts : la représentation du mineur et l'action en contestation de paternité », *RTD civ.* 2008, p. 289 ; A. GOUTTENOIRE, « Le mari, la femme et l'amant... mais où est donc passé l'enfant ? », *lexbase hebdo* 2008, n° 300 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « De la capacité des représentants légaux à être attirés en justice à la fois comme représentants légaux de l'enfant et en leur nom personnel », *RLDC* 2008, n° 49, p. 51 ; P. MURAT, « La représentation de l'enfant dans les procédures relatives à sa filiation : des règles à revoir », *dt. fam.* 2008, n° 6, pp. 25-26 ; Th. GARÉ, « Une possession d'état d'enfant légitime semble ne pas pouvoir être constituée en cas de conflit de paternité », *RJPF* 2008, n° 7, p. 25 ; J. HAUSER, « L'opposition d'intérêts dans les actions relatives à la filiation », *RTD civ.* 2008, pp. 467-468 ; S. TRAVADE-LAUNOY, « Possession d'état et aveu d'adultère », *gaz. pal.* novembre 2008, n° 327, p. 32.

⁵⁰⁸. J. HAUSER, « L'opposition d'intérêts dans les actions relatives à la filiation », *RTD civ.* 2008, p. 468.

entre l'enfant, et sa mère, puisqu'il n'est pas certain qu'elle ait intérêt à ce que l'on détermine qui était le véritable père de l'enfant⁵⁰⁹. Plus exactement, dans de telles circonstances, il n'est pas rare que l'enfant « suive la condition » de sa mère⁵¹⁰, ce qui peut constituer, comme le soulignent certains auteurs, un « rapt juridique » lorsque l'homme à qui l'enfant est rattaché n'est pas son père au sens génétique du terme⁵¹¹.

Par hypothèse, cette action est effectuée pour défendre la filiation d'un mineur très jeune, qui ne peut ni parler ni faire valoir sa volonté. Bien que les juges aient fait triompher la certitude génétique pour établir sa filiation, il faut regretter que l'enfant n'ait pas pu bénéficier d'une prise en charge indépendante de son intérêt et qu'il n'existe aucune disposition dans les textes relatifs à la filiation faisant référence à l'article 389-3 du Code civil⁵¹². Les actions relatives à la filiation, qui font plus que jamais apparaître la notion de conflit de « droit à... », qui mettent en concurrence : le droit du couple à la vie familiale ; le droit du véritable père à faire établir le lien de filiation ; le droit de l'enfant de connaître ses origines et à être élevé par ses parents ; le droit de l'enfant à la stabilité de liens qu'il noue avec les adultes ; devraient obliger systématiquement à faire représenter de manière distincte l'intérêt de l'enfant par le tiers indépendant que constitue l'administrateur *ad hoc*⁵¹³. La représentation de l'enfant est d'autant plus importante que l'on peut faire valoir dans certains cas un motif légitime de ne pas recourir à un test biologique pour maintenir une filiation⁵¹⁴, ou au contraire s'opposer à un argument qui tendrait à l'écarter lorsqu'il y a divergence d'interprétation de l'intérêt de l'enfant⁵¹⁵. Complexité d'un contentieux de cette nature : l'action ayant lieu nécessairement dans les cinq premières années de la vie de l'enfant, il ne peut pas

509. C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français, étude critique*, thèse, n° 483, p. 394.

510. Voir par exemple sur le concept de relation « purement sexuelle » pour justifier la préférence pour la filiation en mariage : « *Turning to the instant case, the Court observes that the relationship between Ms P. and the applicant had ended approximately one year before the child R. was conceived. According to the applicant's own submissions, the ensuing relations between himself and Ms P. were of a purely sexual nature. There is no indication that the applicant and Ms P., who cohabited at the time with Mr M., envisaged founding family together. There are no signs of any commitment of the applicant towards the child before it was born. Under these circumstances, the Court is not convinced that the applicant's decision to demand a paternity test and to bring an action aimed at establishing his paternity were sufficient to bring the relationship between himself and R. within the scope family life* » : Case of Ahrens v./ Germany, 22 mars 2012, application n° 45071/09, § 59.

511. A. GOUTTENOIRE, « Le mari, la femme et l'amant... mais où est donc passé l'enfant ? », *lexbase hebdo* 2008, n° 300.

512. Article 389-3 : « *L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes. Quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur il doit faire nommer un administrateur ad hoc par le juge des tutelles. A défaut de diligence de l'administrateur légal, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office* ».

513. A. GOUTTENOIRE, « Le mari, la femme et l'amant... mais où est donc passé l'enfant ? », *lexbase hebdo* 2008, n° 300.

514. Voir *infra* n° 281.

515. C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français, étude critique*, thèse, n° 506, p. 404.

être entendu, pour manifester sa volonté, et il est bien hasardeux de prédire quel est son intérêt.

87. Conflit négatif. Désormais, pour prévenir les conflits entre une présomption de paternité et une reconnaissance prénatale, l'article 336-1 du Code civil dispose que « *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* ». En principe, la filiation de l'enfant doit être établie en fonction de la certitude génétique. Ce texte privilégie une filiation de l'enfant conforme à l'évolution actuelle des droits de l'enfant, et notamment à son droit de connaître ses origines et d'être élevé par ses parents. Le texte n'a toutefois que partiellement pris en compte le droit de l'enfant d'avoir deux parents, puisqu'il n'est pas question de donner une filiation à l'enfant dans l'hypothèse où le test génétique évincerait les deux pères potentiels⁵¹⁶.

Dans son ancienne logique, le droit de la filiation invitait les tribunaux à trancher en fonction de la filiation la plus vraisemblable⁵¹⁷. La philosophie de la législation actuelle ne permet plus : ni de conserver la filiation anéantie par le test, ni de préférer la filiation réclamée⁵¹⁸. Dans la mesure où la mère de l'enfant n'a pas légalement l'obligation de révéler qui est le véritable père de l'enfant⁵¹⁹, on se retrouverait dans la situation paradoxale qu'au nom de son droit à l'identité, l'enfant n'ait plus de filiation paternelle. Les juges ne pourraient-ils pas invoquer alors le motif légitime de ne pas recourir au test génétique dans le cas où il existerait un risque de se trouver en face d'un conflit négatif de filiation⁵²⁰? On en reviendrait alors à l'ancienne solution, drapée cette fois dans le manteau de l'intérêt de l'enfant. Il reste toutefois encore la solution, pour la mère de l'enfant, de se marier avec celui qu'elle souhaite lui donner pour père, afin que ce dernier puisse adopter l'enfant au titre de l'article 346 du Code civil.

516. A. DIONISI-PEYRUSSE, « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009, chr., p. 967.

517. M.-J. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, thèse, p. 265.

518. A. DIONISI-PEYRUSSE, « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009, chr., p. 967.

519. P. MURAT, « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 17.

520. Voir *infra* n° 234.

88. Conclusion de la section. Depuis que la banalisation et la multiplication des naissances hors mariage a fait son œuvre, la présomption de paternité, en tant que garantie pour l'enfant de bénéficier d'une filiation paternelle automatique, a perdu de son intérêt puisqu'elle ne profite plus qu'à une minorité d'enfants⁵²¹. En l'absence de disposition obligeant la mère à révéler l'identité du père de l'enfant né hors mariage, le « vide de filiation paternelle » n'est plus occasionnel, et il est soumis largement à l'appréciation discrétionnaire de la mère de l'enfant⁵²². L'institut national de la statistique et de l'analyse économique explique même sur son site internet que ces données ne sont plus collectées puisqu'il n'existe plus juridiquement de différence entre les enfants nés dans le cadre du mariage et les enfants nés hors mariage depuis 2005⁵²³. Il serait donc hasardeux de faire des pronostics sur le nombre d'enfants qui bénéficient de la présomption de paternité⁵²⁴. Peut être le moment est-il venu pour le législateur de prendre conscience que la présomption de paternité ne peut pas disparaître sans être remplacée par une autre institution sociale destinée à donner à l'enfant un père dès sa naissance chaque fois que cela est possible. Alors faudrait-il réfléchir à donner à la femme qui accouche l'obligation de révéler l'identité du père de l'enfant ; ou tout au moins celle d'un père potentiel, qui accepte d'assumer cette responsabilité. Avant d'être affectif, l'enjeu pour l'enfant est avant tout matériel : le Comité international ne demande t-il pas aux États de lutter contre le phénomène des familles monoparentales pour cette raison ?

521. « En proclamant, verbalement, l'égalité de l'enfant naturel à l'enfant légitime, comment le projet ne prend-il pas conscience que leur inégalité, contre laquelle il est impuissant, va singulièrement plus loin que la quotité sur laquelle il s'hypnotise des droits de succession ? Car, pour succéder à un père, il faut commencer par le connaître ! » : R. SAVATIER, « Le projet de loi sur la filiation, mystique ou réalisme ? Filiation naturelle et filiation légitime », *JCP* 1971, I, 2400.

522. A. BATTEUR, « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA* juin 2007, n° 122, p. 6.

523. www.insee.fr.

524. En réalité, ces données sont tout de même disponibles au titre des statistiques de l'état civil : « *Tableau n° 34 – nés vivants et enfants sans vie selon la situation matrimoniale des parents* » : En 2005, 416 438 enfants étaient nés dans le mariage, contre 390 384 hors mariage. En 2006 la proportions s'inverse, puisque 410 872 enfants naissent dans le mariage contre 418 480 hors mariage. En 2012, 355 848 enfants sont nés dans le cadre du mariage, contre 465 199 hors mariage. www.insee.fr, consulté en octobre 2013.

Conclusion du Chapitre

89. Logique de convergence. L'acte de naissance constitue le point de départ de l'existence juridique de l'enfant. Il peut être profitable pour lui d'en faire le lieu de l'établissement de sa filiation, puisque la filiation qu'il constate devient inattaquable au bout de cinq années. Pour le moment, seule la filiation maternelle est établie de manière automatique à partir de la mention de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant. Pour sa part, la mention du nom du père dans l'acte de naissance n'a de conséquence que dans l'hypothèse où les parents de l'enfant sont mariés. Il n'est certainement plus possible d'affirmer, comme par le passé, que ce mode d'établissement de la filiation paternelle dépend de la situation matrimoniale des parents de l'enfant.

La valeur probante de cette présomption découle plutôt aujourd'hui de la crédibilité de la parole de celui qui se prétend le père de l'enfant⁵²⁵. Elle émane de la chaîne de loyauté instituée par la relation de confiance qui existe entre l'homme et la femme qui se prétendent les « parents » de l'enfant. Alors que l'adultère ne fait plus l'objet de sanction, le mariage n'a qu'une incidence très limitée sur cette apparence, et cela d'autant plus qu'il existe de nombreux moyens, soit de ne pas établir cette filiation, soit de la contester lorsqu'elle n'apparaît pas crédible. Le lien entre le mariage et la présomption de paternité semble plus que jamais obsolète. La présomption de paternité pourrait découler simplement de la mention du nom d'un homme dans l'acte de naissance de l'enfant, ce qui augmenterait peut-être les chances de l'enfant de bénéficier systématiquement d'un lien de filiation paternelle.

Par ailleurs, alors que la décorrélation entre l'aspect physiologique et génétique de la filiation maternelle est devenu une évidence, il n'est pas certain que le critère de l'accouchement comme présomption irréfragable de maternité ait encore un avenir en droit de la filiation. De ce point de vue, l'ouverture de la filiation pour les couples de personnes de même sexe amène à repenser radicalement la question de la constitution du lien de filiation entre la femme et l'enfant : pourquoi ne pas considérer que la femme qui peut se prévaloir d'un lien génétique avec un enfant pourrait établir cette filiation comme n'importe quel homme ?

⁵²⁵. M.-P. CHAMPENOIS, G. CHAMPENOIS, « La preuve judiciaire de la maternité : quelques aspects de son évolution depuis la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 485.

Pourquoi devrait-elle adopter « son » enfant, dont la maternité a été assumée par sa compagne ? La filiation doit désormais être pensée en termes de filiation génétique ou de filiation volontaire.

L'évolution du droit vers une prise en compte plus complète de l'égalité entre les hommes et les femmes implique inévitablement de redéfinir la manière de construire le lien de filiation. Certes, en l'état actuel des connaissances scientifiques, les hommes ne peuvent jamais se prévaloir d'un lien physiologique de filiation avec l'enfant. Cela justifie donc une différence de traitement. En revanche, il n'en va pas de même à l'égard des femmes qui, pour leur part, peuvent se prévaloir d'un lien génétique de filiation à l'égard de l'enfant. Dès lors, il faut admettre un glissement du mode d'établissement de la filiation maternelle vers un système de présomption simple, comme pour la filiation paternelle. De même que cette convergence devrait conduire la présomption de paternité à n'être fondée que sur la mention du nom du père de l'enfant dans son acte de naissance. Ces clarifications apporteraient sans doute des éléments de transparence propices à l'épanouissement du droit de l'enfant de connaître ses origines.

Conclusion du titre

90. Perspective. Depuis de nombreuses années, des travaux internationaux sont menés afin d'obtenir une convergence des actes d'état civil et permettre une meilleure coordination entre les pays⁵²⁶. « Dès 1926, s'était créée un association internationale d'officiers de l'état civil, regroupant les associations nationales d'Allemagne, de Belgique, de France, du Luxembourg, des Pays-Bas et de Suisse⁵²⁷. L'Italie s'était jointe à cette association en 1929 »⁵²⁸. Après la guerre, elle fut reprise sous la forme actuelle de la Commission internationale de l'état civil, instituée à Amsterdam, le 30 septembre 1948⁵²⁹. Il s'agit de collaborer à la mise en œuvre de standards internationaux pour harmoniser la collecte des informations relatives à l'état, la capacité des personnes, la famille et la nationalité⁵³⁰. La Commission a par exemple depuis 1955 la qualité d'expert auprès du Conseil de l'Europe. En 1983 elle a conclu un accord de même type avec la Commission des communautés européennes⁵³¹. L'un des objectifs de cette coordination internationale est de faciliter la circulation des personnes, en facilitant leur identification d'un territoire à un autre⁵³². Cette avancée a été rendue possible par l'émergence de réseaux informatiques sophistiqués, dont les ordinateurs sont désormais capables, en temps réel, de communiquer entre eux⁵³³.

La Commission mène des réflexions permanentes à propos du statut juridique des enfants. Elle s'intéresse à la fraude qui peut avoir lieu dans les actes de l'état civil, qu'il s'agisse de falsification ou de corruption de fonctionnaire. Mais elle prend également en compte les besoins sociaux et la nécessité de promouvoir l'égalité des enfants. Ses travaux avaient ainsi déjà en 1979, à l'époque de l'arrêt Marckx, mis en avant la problématique liée à l'absence d'établissement automatique de la filiation maternelle par la mention du nom de la

526. Commission internationale de l'état civil, « Communiqué, Assemblée générale », *LPA* juillet 1994, n° 89 ; Commission internationale des l'état civil, « Communiqué, Assemblée générale », *LPA* août 1998, n° 103, p. 3.

527. J. MASSIP, « La Commission internationale de l'état civil », *RCDIP* 1975, p. 215.

528. J. MASSIP, F. HONDIUS, C. NAST, *Commission internationale de l'état civil (CIEC)*, Strasbourg, octobre 2007, n° 1, p. 10. www.ciec1.org, consulté en janvier 2013.

529. M. REVILLARD, « Les travaux de la Commission internationale de l'état civil en lien avec la pratique de l'état civil », *degrénois* 2009, n° 16, p. 1675.

530. F. GRANET, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD E.* 1997, p. 653.

531. J. MASSIP, F. HONDIUS, C. NAST, *Commission internationale de l'état civil (CIEC)*, n° 1, p. 16.

532. F.-P. PEREIRA, « La coopération judiciaire en matière d'état civil dans l'Union européenne : bilan et perspectives », *RCDIP* 2010, p. 1.

533. P. LAGARDE, « La Commission internationale de l'état civil », *D.* 2008, p. 400.

mère dans l'acte de naissance en cas de naissance hors mariage dans certains États⁵³⁴.

Les enjeux ont changé. Il ne s'agit plus de garantir les droits de l'enfant né hors mariage. Une nouvelle césure est apparue qui concerne désormais les enfants issus d'une procréation charnelle et les enfants issus de procréation médicalement assistée⁵³⁵. Le rôle de l'état civil, qui est de retracer l'histoire des personnes, va devoir s'adapter et prendre en compte la personnalité de chacun, pour lui garantir ce droit nouveau qu'est le droit de toute personne de connaître ses origines. L'inégalité s'est déplacée : il y a d'une part les enfants affiliés à leurs parents en fonction de leur filiation génétique, et d'autre part les enfants affiliés par la volonté de leurs parents. La filiation des premiers est présumée conforme à la vérité génétique, lorsque la filiation des seconds a vocation, bien souvent, à faire disparaître toute référence à leur filiation génétique. Dès lors, il ne faudrait pas que l'idée d'égalité abstraite, qui donne le même type d'état civil aux enfants issus de ces deux sortes de filiation, débouche sur une inégalité concrète due à l'absence de retranscription des informations relatives à leurs origines personnelles. Fraude, filiation mensongère, convention de femme porteuse⁵³⁶, l'égalité de traitement des enfants passe désormais par la possibilité qui leur est donnée d'accéder aux informations concernant leur filiation d'origine⁵³⁷.

534. F. GRANET, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD E.* 1997, p. 653.

535. F. GRANET, *L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les États de la CIEC*, note de synthèse, février 2003, www.ciec1.org/Documentation/NotePMA.pdf, consulté en octobre 2013.

536. I. GUYON-RENARD, « La fraude en matière d'état civil dans les États membres de la CIEC », *RCDIP* 1996, p. 541.

537. H. BOSSE-PLATIÈRE, « Actes de l'état civil », *répertoire Dalloz*, n° 88, p. 18.

Titre II – Le rattachement volontaire de l'enfant à une famille

91. Liberté parentale de se faire connaître. A défaut d'établissement automatique par effet de la loi, les parents ne peuvent rattacher l'enfant à leur famille que par l'expression d'une volonté expresse de leur part, c'est-à-dire par le biais d'actes juridiques spécifiques : soit par l'acte solennel que constitue la reconnaissance de l'enfant, soit par l'acte judiciaire d'adoption. La reconnaissance est traditionnellement considérée comme la prise en considération d'une volonté individuelle, exprimée au titre de la liberté parentale de se faire connaître. L'article 316 du Code civil en fait un mode subsidiaire d'établissement de la filiation, ce qui signifie que le rattachement volontaire de l'enfant à leur famille n'est possible qu'à la condition que la loi ne lui en ait pas déjà donné une. La subsidiarité de la reconnaissance se justifie aussi par la volonté d'éviter les conflits de filiation. Le Code civil traite uniformément la reconnaissance de maternité et de paternité. Toutefois, le législateur impose que la reconnaissance de maternité soit corroborée par la preuve que la femme a accouché de l'enfant.

92. Liberté parentale d'adopter. La filiation adoptive, pour sa part, relève d'un mécanisme purement volontaire, qui cette fois trouve sa crédibilité dans l'acte de naissance de l'enfant qui donne à l'adoptant le statut de parent. L'adoption est une liberté parentale, et non pas, contrairement à ce que l'on pourrait croire parfois : un droit parental. Pensée en tant que droit, l'adoption serait un dû de la société, alors qu'en tant que liberté elle n'est qu'un possible. En tant que liberté, l'adoption découle d'un lien créé de toute pièce par l'autorité publique. Dans un souci d'égalité, elle a été autorisée pour les personnes célibataires, puis aujourd'hui ouverte aux couples de personnes de même sexe. Elle peut donc être exercée indifféremment par toute les personnes qui constituent la société, quels que soient leurs choix de vie.

93. Volonté contrariée. En tant que protecteur de l'intérêt de l'enfant, il revient à l'ordre public de déterminer les limites au delà desquelles l'expression de la volonté

parentale n'est plus conforme au respect des droits de l'enfant. Deux conceptions de l'intérêt de l'enfant s'affrontent alors, elles-mêmes sous tendues par une hiérarchie de valeurs souvent incompatibles entre elles. Tout d'abord l'intérêt dit abstrait de l'enfant est déterminé en tant que norme générale par différentes autorités. Ensuite l'intérêt dit concret de l'enfant, qui consiste en l'adaptation au réel de la première notion dite abstraite. Enfin, il faut comprendre que l'intérêt de l'enfant étant une norme révélée, il procède de la hiérarchisation de valeurs extrêmement variables suivant l'autorité qui le décrète, l'adapte au réel ou le commente.

Le recours à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans le cadre du rattachement de l'enfant à une famille est en train d'opérer des modifications profondes du droit de la filiation dont il n'est pas certain que l'on mesure encore tous les effets. Ainsi, la plasticité relative de ce principe matriciel du droit de l'enfant introduit une forme d'imprévisibilité de la filiation qui n'est peut-être pas, elle-même, conforme à l'intérêt de l'enfant. Certains seraient tentés d'accuser sans réserve ce *maudit principe* trop flexible à leur goût. Mais peut-être faut-il plutôt se poser la question de savoir si les fluctuations de l'intérêt de l'enfant ne sont pas surtout la conséquence de l'incapacité du législateur à repenser le droit de la filiation en fonction des attentes des familles du vingt-et-unième siècle. Qu'il s'agisse de *la reconnaissance de l'enfant (Chapitre I)* ou de *l'adoption de l'enfant (Chapitre II)*, il convient de s'interroger sur les conséquences de la confrontation entre les droits parentaux et les droits de l'enfant.

Chapitre I - La reconnaissance de l'enfant.

Il est assez banal de remarquer qu'il n'y a de père identifiable... qu'au travers de la mère. C'est cette dernière qui, naturellement et inévitablement, rattache l'enfant à une réalité géographique et temporelle. Le père est par définition un géniteur intemporel et nomade sauf le manteau juridique du mariage qui le rattache préalablement à la génitrice⁵³⁸.

94. État des personnes. La reconnaissance est un acte volontaire. Il constitue la liberté parentale de se faire connaître comme le parent de tel enfant ; la volonté des parents de rattacher l'enfant à leur famille. La reconnaissance consiste à porter à la connaissance du public le fait antérieur de la conception de l'enfant qui, par hypothèse, relève d'un secret d'alcôve. Le législateur a estimé qu'au regard de l'aspect privé du commerce à l'origine de la procréation de l'enfant, et qu'en conséquence de l'importance des responsabilités qui découlent de la reconnaissance, il n'était pas nécessaire d'exiger du déclarant d'autre preuve que celle de sa parole. Pour le déclarant, la crédibilité de sa reconnaissance découle à son tour de la foi qu'il accorde à la parole de celle qui lui affirme qu'il est le père de l'enfant.

Bien qu'elle soit d'apparence très libérale, la reconnaissance n'en est pas moins un acte juridique très encadré par l'ordre public, parce qu'il est destiné à garantir l'intérêt de l'enfant. En particulier, elle ne peut résulter que d'un acte authentique et ne peut être faite qu'en personne. L'irruption de la preuve génétique en matière de droit de la filiation a apporté avec elle un nouveau questionnement sur les bornes que l'ordre public devait donner à la reconnaissance. En effet, il apparaît, peut être en conséquence du contentieux de la filiation qui est né de la possibilité de savoir, que la reconnaissance se préoccupe moins de ce qu'elle a de crédible, que de ce qu'elle a de certain. Elle s'impose désormais bien plus comme la retranscription d'une exactitude génétique, que comme le témoignage d'un commerce charnel. Dès lors, aussi bien en tant qu'expression encadrée de la volonté ***La volonté parentale de reconnaître l'enfant encadrée (Section 1)***, que comme volonté empêchée ***La volonté parentale de reconnaître l'enfant empêchée (section 2)***, il apparaît que les bornes posées par l'ordre public ne sont peut être plus conformes aux aspirations de nos sociétés contemporaines tant du point de vue des droits de l'enfant que du point de vue des droits parentaux.

538. J. HAUSER, « Le droit de la paternité », *Communio*, novembre-décembre 20098, n° XXXIV, 6, p. 41.

Section 1 – La volonté parentale de reconnaître l'enfant encadrée

95. Reconnaissance. Contrairement à l'enregistrement de la naissance de l'enfant à l'état civil, la reconnaissance de l'enfant est un acte volontaire, dont l'exercice, discrétionnaire, relève d'une liberté parentale. La reconnaissance est un acte solennel, individuel et personnel que la loi soumet à des exigences de fond et de forme. L'article 36 du Code civil précise par ailleurs qu'elle peut être faite aussi bien par le père ou la mère de l'enfant, et qu'elle peut avoir lieu indifféremment avant ou après la naissance de l'enfant. Elle est inscrite dans l'acte de naissance de l'enfant. Si l'acte de reconnaissance est extrêmement encadré, en revanche, la loi est très libérale à l'égard de l'enfant : *a priori* tous les enfants peuvent faire l'objet d'une reconnaissance, sauf ceux qui bénéficient déjà d'un lien de filiation, ou ceux pour lesquels la reconnaissance ferait percevoir un degré prohibé de mariage entre les parents.

La reconnaissance est un procédé d'établissement de la filiation qui fait de ***la volonté le support apparent de la retranscription de la filiation de l'enfant (Paragraphe I)***. Cependant, la volonté, qui n'est que l'expression de la liberté parentale de reconnaître l'enfant ne doit pas faire oublier que la reconnaissance est une filiation fondée sur la crédibilité de la parole de celui qui se prétend le parent de l'enfant. Dès lors, lorsque la reconnaissance n'est pas corroborée par l'exactitude génétique, elle donne à l'enfant une filiation instable qui, tant qu'elle ne bénéficie pas de la constitution d'une possession d'état efficace, est attaquable au titre des actions relatives à la filiation. ***La volonté, moyen constitutif d'une filiation imparfaite (Paragraphe II)***.

Paragraphe I – La volonté, support apparent de la retranscription de la filiation de l'enfant

96. Condition de forme. La reconnaissance d'un enfant est principalement destinée à permettre aux enfants nés hors mariage de bénéficier d'un lien de filiation paternel⁵³⁹. C'est un acte grave. Pour cette raison, elle est soumise à des conditions de forme très strictes⁵⁴⁰. L'article 316 du Code civil dispose que : « *La reconnaissance de paternité ou de maternité [...] est 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 et la mention que l'auteur de la reconnaissance a été informé du caractère divisible du lien de filiation ainsi établi* ». Le plus souvent, elle est réalisée devant l'officier de l'état civil, mais elle peut aussi être faite devant un notaire ou en justice, constatée par le juge et le greffier du tribunal⁵⁴¹. Il s'agit d'une condition qui est imposée *ad validitatem*⁵⁴². Ainsi par exemple la reconnaissance faite dans un testament olographe n'est pas recevable⁵⁴³. Il en va de même de la simple mention de la filiation du défunt dans un acte de décès⁵⁴⁴.

97. Acte solennel. Le caractère solennel de cet acte se justifie d'une part parce qu'il s'agit d'un acte irrévocable qui crée un lien durable entre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant, et il se justifie d'autre part dans la mesure où l'article 310-3 du

539. F. GRANET-LAMBRECHTS, « Établissement de la filiation par une reconnaissance », *Daloz action*, n° 212.53, p. 573.

540. R. LE GUIDE, G. CHABOT, « Filiation (Modes extrajudiciaires d'établissement) », *Répertoire Dalloz de droit civil*, n° 95, p. 15.

541. P. VOIRIN, G. GOUBEUX, *Droit civil, tome 1, introduction au droit*, n° 352, p. 189.

542. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, n° 1913, p. 801.

543. J. MASSIP, « Un testament olographe ne peut jamais valoir reconnaissance de paternité », *gaz. pal.* 2003, n° 231, p. 9.

544. « *Mais attendu que la simple indication de la filiation du défunt dans un acte dressé sur les déclarations d'un tiers ne peut valoir reconnaissance ; qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des productions que l'acte de décès de E... a été dressé en 1952 sur la déclaration d'un certain H..., âgé de 32 ans dont l'éventuel lien de parenté avec la personne décédée n'a pas été précisé ; que cet acte ne pouvait donc valoir reconnaissance du défunt par y..., lui-même décédé en 1918 ; que la cour d'appel qui a constaté qu'il n'était démontré ni que les parents de E... étaient mariés, ni que ce dernier avait été reconnu par son père n'a pu qu'en déduire que la filiation de E... vis à vis de Y... n'était pas établie et qu'en conséquence les héritiers de E... ne possédaient pas de droits dans la succession de Y...* » : Cass. civ 1re 14 janvier 2009, n° 07-11555, *Bull.* 2009, I, n° 5 ; C. SIFFREIN-BLANC, « Pas de reconnaissance valable pour une filiation déclarée par un tiers », *RLDC* 2009, n° 62, pp. 32-34 ; J. HAUSER, « Le temps de la filiation (2) : de la reconnaissance dans un acte de décès », *RTD civ.* 2009, p. 304 ; Th. GARÉ, « Est sans valeur la reconnaissance contenue dans un acte de décès dressé sur la déclaration d'un tiers », *RJPF* 2009, n° 4, p. 28 ; Cl. NEIRINCK, « Ne pas confondre déclaration de naissance et reconnaissance », *dt. fam.* mars 2009, comm. 26 n° 3, pp. 29-30.

Code civil fait de la reconnaissance la preuve du lien de filiation entre le parent et l'enfant⁵⁴⁵. Les formes exigées par la loi s'imposent donc parce que la reconnaissance, qui crée et prouve le lien de filiation⁵⁴⁶, est une exception au principe suivant lequel nul ne peut se constituer de preuve pour lui-même⁵⁴⁷. En effet, la reconnaissance est crue sur la foi des déclarations faites devant l'officier de l'état civil qui n'a pas à vérifier l'exactitude des éléments qui lui sont soumis par le déclarant⁵⁴⁸. Tout comme en matière de présomption de paternité, l'établissement de la filiation est fondé sur la crédibilité de la parole du déclarant. Il ne serait de toute façon pas possible, en l'état actuel des procédés scientifiques, de vérifier génétiquement chacune des déclarations qui lui sont faites⁵⁴⁹ ! Ce n'est qu'en cas d'incohérence ou de doute qu'il pourra, au terme de l'article 336 du Code civil, transmettre au ministère public le dossier pour vérification⁵⁵⁰.

L'acte de reconnaissance trouve par ailleurs un autre élément de solennité dans l'obligation qui est faite de lire au déclarant les dispositions des articles du Code civil relatifs à l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, pour s'assurer que le déclarant a bien pris la mesure de l'engagement auquel il se livre, l'article 62 du Code civil dispose que : « *Lors de l'établissement de l'acte de reconnaissance, il est fait lecture à son auteur des articles 371-1 et 371-2* » du Code civil. Au delà de la dimension formelle que donne cette disposition à la reconnaissance, elle marque clairement l'opposition conceptuelle qui existe entre la filiation maternelle qui serait innée et la filiation paternelle qui impliquerait une éducation à la paternité, et qui explique peut-être pourquoi le législateur privilégie l'accouchement pour établir le lien de filiation maternelle⁵⁵¹. Dans la mesure où la plupart du temps la constatation de l'accouchement suffira pour démontrer la filiation maternelle, il est possible d'en déduire qu'en dehors des cas de reconnaissance maternelle prénatale, la reconnaissance est prioritairement dirigée vers les hommes. Malgré ce rappel aux responsabilités parentales au moment de la reconnaissance, le droit français ne prévoit aucune sanction à l'égard du parent qui ne reconnaît pas son enfant, parce que « dans notre conception française, le lien de filiation est le résultat d'un acte de volonté totalement libre »⁵⁵².

545. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 230, p. 114.

546. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1017, p. 403.

547. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes*, n° 454, p. 957.

548. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 732, p. 493.

549. M.-J. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, thèse, p. 254.

550. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 247, p. 142.

551. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 480, p. 438.

552. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 233, p. 116.

L'enfant ne peut pas non plus réclamer des dommages et intérêts pour la réparation du préjudice subi du fait d'une reconnaissance tardive⁵⁵³. L'établissement de la filiation de l'enfant est donc une liberté parentale, qui donne d'ailleurs sans doute son fondement à l'article 371 du Code civil : « *L'enfant à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* ». L'enfant n'a pas de droit à des parents en particulier ; sauf en cas d'absence de filiation, où il peut éventuellement exercer une action en recherche de paternité ou de maternité. Le fait que ses parents aient choisi d'exercer leur liberté d'établir cette filiation le rendrait redevable d'honneur et de respect à leur égard, par exemple pour s'occuper de leur sépulture.

98. Acte irrévocable. La reconnaissance de l'enfant est à la fois un aveu et un acte juridique⁵⁵⁴. De cette double nature, il découle qu'une fois que son auteur a manifesté formellement sa volonté, il ne peut plus revenir en arrière⁵⁵⁵. Elle est irrévocable, et l'article 320 du Code civil dispose que « *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* ». De plus, il faut souligner qu'elle n'est plus remise en cause en tant qu'acte juridique, depuis que la génétique permet de trancher les litiges avec une certaine fiabilité⁵⁵⁶. En effet, l'utilisation des vices du consentement de l'article 1304 du Code civil⁵⁵⁷ apparaissent superflus puisque la Cour de cassation a proclamé que l'expertise génétique était de droit en matière de filiation⁵⁵⁸.

553. J. HAUSER, « Contestation de reconnaissance : père hésitant et mère volage », *RTD civ.* 1995, p. 872 ; J. HAUSER, « De la responsabilité résultant d'un établissement tardif de la paternité », *RTD civ.* 2006, p. 295 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Établissement de la filiation par une reconnaissance », *Dalloz action.*, n° 212.72, p. 575.

554. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 230, p. 114.

555. F. GRANET-LAMBRECHTS, « Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la reconnaissance d'un enfant naturel rend irrecevable l'établissement d'une autre filiation naturelle », *D.* 1996, p. 152.

556. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 748, p. 508.

557. Article 1304 du Code civil : « *Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts. Le temps ne court à l'égard des actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation* ».

558. « *Considérant que nul ne peut déroger aux lois qui intéressent l'ordre public ; que tout ce qui touche à l'état des personnes est placé en dehors du caprice des hommes ; que le législateur n'a pu permettre de créer arbitrairement des rapports de parenté, de se donner un fils qui peut être ne pourra pas établir sa non-filiation, de s'attribuer sur lui la puissance paternelle, de créer des rapports de succession, des incapacités de mariage etc ?... que la loi en autorisant la reconnaissance d'un enfant naturel, a entendu autoriser l'aveu et non le mensonge de la paternité, n'a voulu sanctionner les liens naturels du sang ; qu'en un mot, la paternité est l'œuvre de la nature seule, et que la reconnaissance légale n'en est que la manifestation* » : cour impériale d'Aix, 22 décembre 1852, affaire *De Gordes et femme Léon c./ femme Weber*, *D.* 1854, II, p. 121 ; *S.* 1854, 2, n° 321 ; « *Attendu que subsidiairement, l'appelante offre d'établir par témoins que la reconnaissance faite par Cicollèla n'est pas le résultat de son libre consentement, qu'il a été vicié par les manœuvres dont il a été l'objet de la part de la demoiselle Pilato, alors qu'il était en état d'ivresse ; attendu que les faits par elle articulés à l'appui de cette prétention n'apparaissent pas comme pertinents et concluants* » : Cour d'appel de Nîmes, 16 juin 1926, affaire *époux Daisse c./ époux Cicollèla*, *D.* 1927, II, p.16 ; *Cass. req.*, 8 mars 1927, affaire *Demoiselle Pourrieux c./ consorts Songy*, *D. H.* 1927, p. 205 ; « *Attendu que le demandeur explique qu'en 1953, il s'est épris de la demoiselle Fouillet, qu'il avait le vif désir d'épouser ; que celle-ci, qui était enceinte, lui promit le mariage* ».

Si le consentement a été donné par erreur, c'est qu'il n'est pas conforme à la filiation génétique et peut être contesté simplement sur ce fondement⁵⁵⁹. Par ailleurs, est-il possible d'envisager la violence pour un acte réalisé devant un officier public ? De toute façon, l'aveu forcé est ou n'est pas conforme à l'exactitude génétique⁵⁶⁰. Si la reconnaissance devait être écartée pour violence par son auteur, il serait bien facile de la remplacer par une action en recherche de paternité qui établirait, de manière coercitive, le lien de filiation conforme à l'exactitude génétique.

99. Capacité juridique. La capacité juridique n'est pas nécessaire pour procéder à la reconnaissance parce qu'elle constitue la simple déclaration d'un fait qui a existé⁵⁶¹ ; la capacité naturelle des personnes apparaît suffisante pour porter à la connaissance de l'État ces éléments⁵⁶². D'origine jurisprudentielle⁵⁶³, cette solution ancienne a été définitivement fixée par le législateur, puisque l'article 458 du Code civil prévoit que la reconnaissance ne peut pas faire l'objet d'une représentation⁵⁶⁴. De ce point de vue, le droit français semble en accord avec le droit européen des droits de l'Homme. En effet, les juges strasbourgeois avaient condamné la Croatie en 2011 pour ne pas avoir laissé un incapable

à la condition qu'il accepte de reconnaître l'enfant ou les enfants à naître et dont elle était à ce moment enceinte ; que ce fut dans ces conditions et dans cet espoir qu'il a passé l'acte de reconnaissance ci-dessus indiqué ; qu'après la naissance de l'enfant la demoiselle Fouillet refusa de tenir sa promesse de l'épouser, promesse qui avait conditionné la reconnaissance de l'enfant ; attendu que la défenderesse reconnaît les faits et s'en rapporte à la justice ; attendu qu'en l'espèce, il y a eu de la part de la demoiselle Fouillet, pour obtenir la reconnaissance de son enfant à naître, des manœuvres frauduleuses ; que ladite reconnaissance doit donc être annulée pour dol » : tribunal civil de Nantes, 27 novembre 1957, affaire Dhaussy c./ Fouillet, gaz. pal. 1958, I, p. 432.

559. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1022, p. 406.

560. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 470, p. 430.

561. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes*, n° 484, p. 1038.

562. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français, tome premier, théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, recueil Sirey, Paris, 1930, n° 1198, p. 603.

563. « M. le conseiller rapporteur a présenté sur le pourvoi les observations suivantes : Si la question soulevée par les demandeurs, a dit ce magistrat, prête au développement de théories plus ou moins hardies, il faut toutefois reconnaître qu'elle n'est pas nouvelle, et qu'avant la promulgation du Code civil, la prohibition imposée au père d'aliéner ou de plaider sans l'assistance d'un tuteur, n'emportait point prohibition de reconnaître un enfant naturel. Vous examinerez si le Code, qui déclare que le mineur ne peut attaquer, pour cause d'incapacité, ses engagements, que dans les cas prévus par la loi, a changé les principes anciens. On peut soutenir, ce semble, que l'article 1124 ne s'applique qu'aux actes pour lesquels le concours du tuteur et de conseil de famille est nécessaire ; que cet article ne parle que des contrats ; qu'une reconnaissance de paternité n'est pas un contrat : car les obligations imposées au père résultent, non de l'acte de reconnaissance, mais du fait même de la paternité. On pourrait ajouter que les obligations contractées par les mineurs ne sont pas nulles de plein droit ; qu'elles peuvent seulement être rescindées pour cause de lésion, et qu'enfin, si la reconnaissance d'un enfant naturel pouvait être assimilée à une obligation ordinaire, du moins ne devrait-elle être annulée que dans le cas où le mineur aurait été lésé par cet acte » : Cass. Req., 4 novembre 1835, affaire Goëty c./ Mainvielle, S. 1835, 1, n° 785.

564. Th. GARÉ, « Le tuteur d'un majeur dans le coma autorisé à reconnaître l'enfant de celui-ci », *JCP* 2000, n° 10252, p. 303 ; J.-M. PLAZY, « Un juge des tutelles autorise un administrateur légal à procéder à une reconnaissance d'enfant », *RJPF* 2000 ; J. MASSIP, « De l'impossibilité de souscrire une reconnaissance pour le compte d'une personne hors d'état de manifester sa volonté », *defrénois* 2000, n° 10, p. 668 ; F. MONÉGER, « Père dans le coma, reconnaissance de l'enfant par son représentant », *RDSS* 2000, p. 436.

majeur procéder à la reconnaissance de son enfant⁵⁶⁵. Il reste qu'en l'absence totale de discernement et d'incapacité du parent d'exprimer sa volonté, cette disposition oblige à établir la filiation entre le parent et l'enfant par une autre voie, comme par exemple en ayant recours à l'action en recherche de paternité ou de maternité.

100. Reconnaissance par une personne mineure. Si la capacité naturelle des personnes peut sembler suffisante pour permettre de porter à l'État l'événement de la naissance d'un enfant, il est en revanche possible de s'interroger sur les conséquences de cet acte⁵⁶⁶. En effet, l'état de minorité est destiné à protéger la personne, désignée comme mineure, contre les conséquences des actes qu'elle pourrait réaliser elle-même sans en mesurer l'exacte portée⁵⁶⁷. C'est pourquoi, l'article 389-3 du Code civil dispose que la personne mineure doit être représentée dans tous les actes de la vie civile par un administrateur légal. Pour les actes les plus graves, il est même prévu que les représentants légaux de l'enfant doivent obtenir l'accord du juge des tutelles⁵⁶⁸. En effet, il ne serait pas concevable de réaliser, par exemple, un acte de disposition en représentation de l'enfant, sans qu'il ait été vérifié par un tiers indépendant que cet acte n'était pas contraire à son intérêt. La reconnaissance d'un enfant pourrait tout à fait entrer dans cette catégorie : c'est une démarche grave puisqu'elle va avoir des conséquences juridiques, patrimoniales et morales en principe irréversibles à l'égard de son auteur⁵⁶⁹. Le lien de filiation établi à l'égard du mineur parent peut par exemple conduire l'auteur de la reconnaissance à payer une pension alimentaire pour participer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant qu'il vient de reconnaître.

Pourtant, il n'en n'est rien, et le législateur a estimé que la reconnaissance avait la double caractéristique d'être un aveu, et un acte strictement personnel créateur d'une

⁵⁶⁵. « *The Courts notes in the present case that under the relevant domestic law the applicant has no possibility of giving any statement as to his paternity of K. As a person divested of his legal capacity he is not allowed to institute any proceedings to have his paternity established. In that respect he is entirely dependent on the actions of the competent social welfare center* » :Case of *Kruskovic v./ Croatia*, 21 juin 2011, application n° 46185/08, § 33 ; J. HAUSER, « Le désordre européen du droit des majeurs protégés », *RTD civ.* 2011, pp. 745-746.

⁵⁶⁶. F. BÉTAILLOLE-GONTHIER, *La capacité naturelle*, thèse, n° 274, p. 248.

⁵⁶⁷. A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, *Droit des mineurs*, n° 1156, p. 618.

⁵⁶⁸. Article 3895 du Code civil : « *Dans l'administration légale pure et simple, les parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. A défaut d'accord entre les parents, l'acte doit être autorisé par le juge des tutelles. Même d'un commun accord, les parents ne peuvent ni vendre de gré à gré, ni apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur, ni contracter un emprunt en son nom, ni renoncer pour lui à un droit, sans l'autorisation du juge des tutelles. La même autorisation est requise pour le partage amiable, et l'état liquidatif doit être approuvé par le juge des tutelles* ».

⁵⁶⁹. A. GOUTTENOIRE, « La capacité usuelle du mineur », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 173.

filiation⁵⁷⁰. De ce fait, il s'agit d'une liberté parentale qui ne peut jamais être exercée « dans l'intérêt de... », mais en fonction de la « volonté de... ». Pour le cas spécifique du mineur⁵⁷¹, il a toujours été considéré que celui qui était capable de concevoir un enfant était capable de le reconnaître et de le prendre en charge, en se mariant le cas échéant⁵⁷². Le mariage présentait le double intérêt : de donner une filiation légitime à l'enfant ; et d'émanciper les jeunes incontinents à une époque où la majorité civile était acquise à vingt et un ans⁵⁷³. Sans doute a-t-on pensé qu'il revenait aux représentants légaux du mineur d'intervenir en amont, avant la consommation d'un acte aux conséquences irréversibles et que leur échec devait les déposséder d'une partie de leurs prérogatives à l'égard du mineur qu'ils auraient dû « protéger ». Sans doute aussi, l'émancipation était-elle une sanction pour qui n'a pas de pécule personnel ou de véritable source de revenu ; le mineur trop épris de liberté était mis face à ses responsabilités⁵⁷⁴ !

101. Comité international des droits de l'enfant. Le Comité international des droits de l'enfant souligne à ce sujet qu'il n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant de devenir autonome et parent trop jeune. Selon lui, il est important de promouvoir auprès des adolescents des modes de vie sains⁵⁷⁵ qui passent par la mise en place à leur intention de cours d'éducation sexuelle destinés à les sensibiliser notamment au risque des grossesses indésirées⁵⁷⁶. Bien qu'il considère que la prévention doit principalement être adressée aux jeunes filles pour qu'elles utilisent la pilule et non pas l'avortement comme un moyen de contraception⁵⁷⁷, le Comité international des droits de l'enfant rappelle qu'il est primordial que les jeunes

⁵⁷⁰. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 735, p. 497.

⁵⁷¹. Cass. Req., 4 novembre 1835, affaire *Goëty c./ Mainvielle*, S. 1835, 1, n° 785.

⁵⁷². J.-P. GRIDEL, « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, chr. p. 98, n° 11.

⁵⁷³. J. CARBONNIER, « L'âge de la majorité », in *Essai sur les lois*, p. 113.

⁵⁷⁴. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 144, p. 164.

⁵⁷⁵. CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 60. (Biélorussie).

⁵⁷⁶. CRC/C/GRC/CO/2-3, 13 août 2012, § 57. (Grèce) ; CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, § 54. (Turquie) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 57. (Ukraine) ; CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 60. (Biélorussie) ; CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 46. (Suède) ; CRC/C/15/Add. 185, 13 juin 2002, § 39-b. (Espagne) ; CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 39-a. (Portugal) ; CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 45. (Lesotho) ; CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999, § 48. (Russie).

⁵⁷⁷. CRC/C/GRC/CO/2-3, 13 août 2012, § 57. (Grèce) ; CRC/C/ISL/CO/3-4, 23 janvier 2012, § 42. (Islande) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 57. (Ukraine) ; CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 60. (Biélorussie) ; CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 49. (Danemark) ; CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 46. (Suède) ; CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 48. (Géorgie) ; CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 44. (Lettonie) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 50. (Lituanie) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 55. (Russie) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 44. (France) ; CRC/C/15/Add.206, 2 juillet 2003, § 48. (Zambie) ; CRC/C/15/Add. 201, 18 mars 2003, § 50. (République Tchèque) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 42-b. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 188, 9 octobre 2002, § 43. (Royaume-Uni) ; CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 53. (Turquie) ; CRC/C/15/Add. 146, 21 février 2001, § 39. (Lituanie) ; CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 45. (Lesotho) ; CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 31. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999, § 48. (Russie) ; CRC/C/15/Add. 87, 24 juin 1998, § 21. (Hongrie) ; CRC/C/15/Add. 81, 21 octobre 1997, § 21. (République Tchèque) ; CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 15. (Royaume-Uni).

garçons se sentent aussi concernés par l'usage des contraceptifs⁵⁷⁸ et en particulier celui du préservatif⁵⁷⁹. Il rappelle que cela n'est possible qu'à la condition que les dispositifs de contraception soient proposés gratuitement ou au moins à un tarif raisonnable⁵⁸⁰, et que leur délivrance puisse avoir lieu en dehors de toute autorisation parentale⁵⁸¹.

Lorsque malgré ces précautions les mineurs deviennent tout de même parents, le Comité s'inquiète du fait que la question de la parentalité concerne surtout les jeunes filles qui doivent élever seules l'enfant parce que dans la plupart des pays, le seul fait de l'accouchement établit la filiation, contrairement à la filiation paternelle qui implique une reconnaissance volontaire qui, de plus, est souvent interdite en cas de naissance hors mariage⁵⁸². Le Comité international des droits de l'enfant considère qu'il faut encourager la reconnaissance des enfants par leur père pour empêcher les abandons trop faciles d'enfant⁵⁸³. Cependant, lorsque les mineurs ont la possibilité de se marier, le Comité note que ceux qui le font sont la plupart du temps issus de milieux très modestes⁵⁸⁴. Mariés très tôt, ils sont exposés au risque de déscolarisation qui les maintient alors dans une pauvreté dont ils ne peuvent jamais s'extirper⁵⁸⁵. Ils sont de ce fait plus enclins à ne pas assumer leur enfant et à l'abandonner, ce qui est regrettable⁵⁸⁶.

102. Droit subjectif du mineur parent. Quoi qu'il en soit, en France, cette disposition donne -en principe- à la personne mineure la faculté d'imposer à ses représentants légaux sa décision de reconnaître un enfant, ou au contraire la faculté de ne pas le reconnaître⁵⁸⁷. Contrairement aux autres actes de la vie civile pour lesquels le mineur doit être

578. CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 47. (Géorgie).

579. CRC/C/15/Add. 185, 13 juin 2002, § 39-b. (Espagne) ; CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 39-a. (Portugal).

580. CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 58-a. (République Tchèque) ; CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 43. (Hongrie) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 55. (Russie) ; CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 15. (Royaume-Uni).

581. CRC/C/GRC/CO/2-3, 13 août 2012, § 57. (Grèce) ; CRC/C/ISL/CO/3-4, 23 janvier 2012, § 42. (Islande) ; CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 48. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 31. (Afrique du Sud).

582. CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 15. (Royaume-Uni).

583. CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 28-b. (Italie).

584. CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 60. (Royaume-Uni).

585. CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 53. (Canada) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 58-a. (République Tchèque) ; CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 49. (Danemark) ; CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003, § 46. (Maroc) ; CRC/C/15/Add.206, 2 juillet 2003, § 48. (Zambie) ; CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 53. (Turquie) ; CRC/C/15/Add. 87, 24 juin 1998, § 21. (Hongrie) ; CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 15. (Royaume-Uni).

586. CRC/C/AUT/CO/3-4, 31 décembre 2012, § 30. (Autriche).

587. Il convient toutefois de noter que les débats jurisprudentiels actuels peuvent laisser penser que l'interventionnisme des grand-parents pourrait conduire à une redéfinition de ce droit « parental » : voir *infra* n° 249.

représenté, et qui à ce titre doivent prendre en compte l'intérêt de l'enfant, cet acte ne dépendra que de l'initiative du mineur ; il peut faire prévaloir sa volonté⁵⁸⁸. Les représentants légaux du mineur n'ont ni le pouvoir juridique de contraindre le mineur à reconnaître l'enfant, ni le droit de s'opposer à cette reconnaissance⁵⁸⁹. La personne mineure ne bénéficie alors d'aucune protection juridique, quand bien même la reconnaissance serait douteuse, comme ce fût le cas par exemple au Royaume-Uni dans l'affaire Alfie. Un garçon de treize ans avait ainsi été désigné par une adolescente de quinze ans avec qui il entretenait une relation comme le père de l'enfant dont elle venait d'accoucher⁵⁹⁰. La législation britannique avait permis l'intervention du ministère public qui démontra finalement que le père était un autre adolescent.

En France, il ne semble pas que les représentants légaux du mineur puissent intervenir pour contester la reconnaissance. En effet, les grands-parents ne disposent d'aucune action relative à la filiation. De plus, l'article 333 du Code civil dispose que lorsque la possession d'état est conforme au titre, l'action en contestation de filiation est réservée à l'enfant lui-même, à l'un de ses parents, ou à celui qui se prétend le véritable parent. Tout au plus peuvent-ils saisir le ministère public dans le cadre de l'article 336, « *si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable* ». Les représentants légaux du mineur parent n'ont en principe aucun moyen d'intervenir, même s'ils peuvent avoir des raisons légitimes de penser que la filiation constatée par la reconnaissance est fautive. Donc même si cet acte est contraire à l'intérêt de l'enfant qu'ils protègent et représentent dans les autres actes de la vie civile, ils n'ont pas le pouvoir d'intervenir. Ne serait-il pas préférable, au nom du droit de l'enfant d'être protégé dans l'exercice de son activité juridique, de soumettre la reconnaissance de l'incapable, qui reste marginale, à une vérification génétique de principe à l'initiative du ministère public⁵⁹¹?

588. Article 458 du Code civil à propos de la tutelle des majeurs : « *Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant* ».

589. Il s'agit de raisonner d'un point de vue technique. Il est évident qu'en fait, l'autorité naturelle des parents prendra sans doute le dessus, pour faire d'une décision aussi grave un choix collectif. Les statistiques montrent que les femmes qui vivent chez leurs parents reprennent plus souvent que les autres leur enfant en cas d'accouchement anonyme et secret. Mais il n'est pas impossible, que de même qu'avec l'accouchement anonyme, un contentieux résiduel puisse apparaître. Voir *infra* n° 246.

590. « Père à treize ans, un adolescent au cœur d'un débat sur la sexualité », *Le monde*, 16 février 2009, www.lemonde.fr, consulté en janvier 2013.

591. N. COUDOING, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, Thèse, p. 33.

103. Acte individuel. Pour être valable, la reconnaissance doit être faite en personne. Elle peut éventuellement être réalisée par un mandataire : à la condition qu'il soit muni d'une procuration authentique, ce qui est rare⁵⁹². Le tribunal de grande instance de Paris a toutefois pu admettre dans son jugement du 12 décembre 1995 que : « *l'article 62 du Code civil ne faisant pas obligation à l'auteur de la reconnaissance d'un enfant de comparaître personnellement devant l'officier d'état civil, la reconnaissance peut être souscrite par un mandataire titulaire d'une procuration spéciale* »⁵⁹³. En revanche, la reconnaissance doit être faite sous la forme authentique⁵⁹⁴. Ainsi, que le déclarant soit absent ou présent, la reconnaissance ne peut pas résulter d'un écrit sous-seing privé⁵⁹⁵, quand bien même il serait fait référence à cet écrit dans l'acte officiel⁵⁹⁶. Tout au plus, ce document peut-il servir ensuite à l'enfant de commencement de preuve par écrit dans le cadre d'une action en recherche de son état⁵⁹⁷. La reconnaissance ne peut alors résulter que d'un acte authentique, qui permet de garantir la qualité de l'acte et la sécurité juridique des tiers tels que l'enfant »⁵⁹⁸.

104. Acte personnel. Comme le précise l'article 316 du Code civil, la reconnaissance n'établit de filiation qu'à l'égard de son auteur⁵⁹⁹. De ce fait elle échappe aux héritiers ou à ses ascendants qui ne peuvent pas y procéder à la place de l'auteur ou l'entraver d'une quelconque manière⁶⁰⁰. Acte discrétionnaire par excellence, seule la personne qui est titulaire de l'action peut juger de l'opportunité d'y avoir recours, et nul ne peut intervenir dans

592. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 470, p. 429.

593. Tribunal de grande instance de Paris, 12 décembre 1995, *BICC* 1996, n° 416, p. 22.

594. F. BICHERON, « Pas de recours à l'expertise biologique pour prouver la possession d'état », *AJ fam.* 2003, p. 230.

595. Voir *infra* n° 138.

596. « *Attendu qu'une reconnaissance de paternité ne peut résulter d'un acte sous seing privé, même reproduit dans un arrêt qui en a vérifié la sincérité ; attendu que, pour décider, par motif adopté, que c'est sur la base du tarif des successions en ligne directe que devait être déterminés les droits de succession dus par Mme X..., la cour d'appel retient que le testament olographe, portant la date du 26 juillet 1972 et la signature de David Y..., décédé en 1985, et instituant légataire universelle Mme X... qu'il reconnaissait pour sa fille naturelle, a été authentifié par un arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris du 16 décembre 1992 ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que cet arrêt s'était borné à juger qu'aucun élément ne permettait d'établir que le testament olographe était un faux, les juges du fond ont violé le texte susvisé* » : Cass. civ. 1re, 14 janvier 2003, pourvoi n° 00-22385, inédit ; Cass. civ. 1re, 23 mars 1994, pourvoi n° 92-15169, *bull.* 1994, I, n° 106, p. 80 ; Cass. civ. 1re, 24 mars 1993, pourvoi n° 91-18646, *bull.* 1993, I, n° 123, p. 82 ; Cass. civ. 1re, 1er juillet 1981, pourvoi n° 79-15776, *bull.* 1981, I, n° 243 ; Cass. civ. 1re, 1er juillet 1981, pourvoi n° 80-13053, *bull.* 1981, I, n° 244 ; J. HAUSER, « Comment l'aveu judiciaire vaut reconnaissance ? », *RTD civ.* 1994, p. 577 ; J. MASSIP, « Filiation », *Defrénois* mai 2003, n° 9, p. 619 ; J. MASSIP, « Un testament olographe ne peut jamais valoir reconnaissance de paternité », *gaz.pal.* 2003, n° 231, p. 9 ; S. BERNIGAUD, « L'authenticité est nécessaire à la validité de la reconnaissance », *JCP* 1994, I, 3771, n° 14, p. 296 ; S. BERNIGAUD, « L'authenticité est nécessaire à la validité de la reconnaissance », *JCP* 1994, I, 3729, n° 18, p. 21.

597. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 1191, p. 598.

598. R. LE GUIDEDEC, G. CHABOT, « Filiation (Modes extrajudiciaires d'établissement), *Répertoire Dalloz de droit civil* 2009, n° 105, p. 17.

599. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 731, p. 492.

600. Th. GARÉ, « Le tuteur d'un majeur dans le coma autorisé à reconnaître l'enfant de celui-ci », *JCP* 2000, n° 10252, p. 303.

cette démarche⁶⁰¹. Cela pose parfois des difficultés lorsque la personne, seule titulaire de l'action n'exerce pas son droit, car l'enfant se trouve lié par la volonté de son autre parent et se voit privé du bénéfice des droits découlant de l'établissement de son second lien de filiation, tel que par exemple le droit de visite et d'hébergement de ses grands-parents⁶⁰². Or bien que ces derniers ne bénéficient ni d'une action propre, ni de la possibilité d'agir en reconnaissance à la place de leur enfant, cela ne les empêche pas, en l'absence de texte clair, de chercher par tous les moyens à démontrer leur qualité pour agir et la recevabilité de leur action afin de demander au juge qu'il établisse un lien entre eux et leur petit-enfant.

Ce fut le cas par exemple dans une affaire relativement médiatisée en son temps, dans laquelle le père de l'enfant était décédé avant d'avoir reconnu l'enfant. Les grands-parents avaient alors tenté de faire valoir la possession d'état d'enfant naturel constituée durant la grossesse pour établir la filiation de l'enfant. Mais la cour d'appel avait refusé d'accueillir la demande, estimant que les grands-parents paternel n'avaient pas qualité pour agir⁶⁰³. La Cour de cassation a finalement cassé cette décision, en rappelant que la loi ne l'interdisait pas et que l'action était ouverte à toute personne intéressée⁶⁰⁴. De même dans une autre affaire, le père d'un enfant s'était suicidé avant la naissance de ce dernier. Entre temps, le nouveau compagnon de la mère de l'enfant s'était marié avec elle, et l'enfant avait été légitimé. La cour d'appel de Douai décide le 22 octobre 2001 que dans la mesure où « *Fabrice L... s'est donné la mort le 26 septembre 1997 sans avoir souscrit de reconnaissance prénatale de l'enfant alors qu'il est constant qu'il connaissait l'état de grossesse de sa concubine [...] que si l'action [de la grand-mère] prospérait, elle aboutirait à briser la famille constituée autour de l'enfant alors que ni la mère, ni le père n'entendent eux-mêmes faire annuler la filiation litigieuse, à faire perdre à l'enfant le statut d'enfant légitime au profit d'enfant naturel sans filiation paternelle [...] qu'eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant, il convient de considérer que madame Y... qui est un tiers totalement étranger à l'enfant et à sa famille ne dispose d'aucun intérêt moral ou autre à contester la reconnaissance* »⁶⁰⁵. A la différence de la

601. R. LE GUIDEC, G. CHABOT, « Filiation (Modes extrajudiciaires d'établissement), *Répertoire Dalloz de droit civil* 2009, n° 98, p. 16.

602. L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, n° 266 p. 142.

603. Cour d'appel de Papeete, 26 octobre 1995 ; E. JOB, note sous arrêt, *D.* 1996, jur., p. 605 ; J. MASSIP, « La possession d'état, notion classique et pourtant méconnue », *LPA* mars 1997, n° 36, p. 15 ; J. MASSIP, « La possession d'état, notion classique et pourtant méconnue », *Defrénois* 1997, n° 5, p. 304 ; J. HAUSER, « Constatation de la possession d'état : qui peut agir ? », *RTD civ.* 1997, p. 406.

604. Cass. civ. 1re, 10 mars 1998, pourvoi n° 96-11250, *bull.* 1998, I, n° 99, p. 66 ; J. MASSIP, « L'action en constatation de la possession d'état est ouverte à tout intéressé et donc aux grands-parents de l'enfant », *LPA* novembre 1998, n° 132, p. 29 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Nouvel état de l'action en constatation de possession d'état », *LPA* octobre 1998, n° 126, p. 19.

605. Cour d'appel de Douai, 22 octobre 2001, affaire *époux X... c./ Denise Y...*, RG : 1999/07552.

première affaire, les juges déduisent de l'absence de reconnaissance prénatale, et sans doute du contexte familial, qu'il n'existait pas de possession d'état d'enfant naturel à l'égard du père prédécédé et que, par voie de conséquence, celle qui se prétendait la grand-mère était un tiers et ne pouvait pas se voir octroyer la qualité pour agir⁶⁰⁶. C'est au nom de la paix des familles, fondée sur l'intérêt de l'enfant de bénéficier d'un père et d'une mère, que la cour d'appel rejette la demande de la grand-mère ; là où son fils n'avait pas agi, il n'y avait pas de raison de lui donner la possibilité de le faire. Il est possible de déduire de l'étude de ces deux affaires que la Cour de cassation privilégie une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant pour décider de donner ou non une action aux grands-parents de l'enfant. Toutefois, cette relative plasticité du principe ne peut que satisfaire partiellement l'observateur. En présence de nouveaux référentiels de vie familiale et privée, il devient de plus en plus urgent de repenser la conception des liens entre les personnes d'une même famille génétique, parce que le critère trop instable de l'intérêt de l'enfant risque à terme d'introduire une insécurité juridique qu'il sera difficile de contrôler lorsque seront en jeu des droits de succession.

105. Consentement de l'autre parent. A l'inverse, la reconnaissance n'est pas non plus soumise au consentement de l'autre parent, ou au consentement de l'enfant lorsqu'il serait en âge d'exprimer sa volonté à ce sujet⁶⁰⁷. L'article 57-1 du Code civil dispose que « *Lorsque l'officier de l'état civil du lieu de naissance d'un enfant porte mention de la reconnaissance dudit enfant en marge de l'acte de naissance de celui-ci, il en avise l'autre parent par lettre recommandée avec demande d'avis de réception* ». Il est toutefois étonnant que ce texte prévoit seulement l'information de l'autre parent, et pas l'information de l'enfant lorsqu'il est devenu majeur. Et cela d'autant plus que la reconnaissance peut être contestée par l'enfant ou l'autre parent⁶⁰⁸.

106. Acte déclaratif. La reconnaissance est le moyen par lequel, un lien de fait privé, génétique ou physiologique est porté à la connaissance de l'État et des tiers par la personne qui estime en être à l'origine⁶⁰⁹. La reconnaissance peut aussi bien être produite par le père supposé de l'enfant que par sa mère⁶¹⁰. Toutefois, dans la mesure où le législateur a généralisé l'établissement de la filiation maternelle par la mention de son nom dans l'acte de

606. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Grands-parents et petits-enfants face à l'établissement des liens de filiation », *RLDC* 2010.

607. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, n° 1913, p. 801.

608. Voir *infra* n° 272.

609. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1017, p. 403.

610. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, n° 1912, p. 800.

naissance, les reconnaissances maternelles devraient être plus rares ou prénatales⁶¹¹. Pour produire ses effets à l'égard de tous, la reconnaissance doit cependant faire l'objet d'une certaine publicité puisqu'il s'agit de rendre public un fait qui est par hypothèse en principe invisible à l'œil nu⁶¹². C'est pourquoi l'article 62 du Code civil dispose que l'acte de reconnaissance doit être inscrit sur les registres de l'état civil, en marge de l'acte de naissance⁶¹³. Ainsi par exemple, la reconnaissance faite à l'occasion d'un testament ne pourra avoir d'effet qu'à partir du jour où son contenu sera révélé⁶¹⁴. L'officier de l'état civil du lieu de la reconnaissance transmet le cas échéant une copie de l'acte à l'officier de l'état civil du lieu de naissance de l'enfant pour qu'il puisse en faire mention en marge de son acte de naissance⁶¹⁵. De manière plus générale, la jurisprudence admet que la reconnaissance est valable quelle que soit sa date ; faite avant ou après la naissance de l'enfant il suffit qu'elle respecte les formes que prescrit la loi et qu'elle ait été réalisée après la date supposée de conception de l'enfant⁶¹⁶.

Elle permet alors de donner une existence juridique à un lien de filiation qui est réputé avoir existé depuis le jour de la naissance de l'enfant, vivant et viable⁶¹⁷. La reconnaissance est dite déclarative, en ce sens que ses effets commencent en principe au jour de la naissance de l'enfant, et même dans certains cas au jour présumé de sa conception⁶¹⁸. Elle entraîne alors au profit de l'enfant des droits successoraux et une créance alimentaire, si il est mineur à l'égard du déclarant. Pour autant certains effets ne sont pas rétroactifs⁶¹⁹. Par exemple, lorsque l'enfant est mineur, la reconnaissance n'a pas de conséquence automatique sur le partage de l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, l'article 372 du Code civil dispose que « *Lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale* ». L'exercice conjoint de l'autorité parentale ne peut alors être obtenu qu'après une démarche spécifique devant le greffier en chef du tribunal de grande instance. De même lorsqu'il y a eu allocation de subsides au profit de l'enfant,

611. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 229, p. 114.

612. A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, *Droit des mineurs*, n° 252, p. 144.

613. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 731, p. 492.

614. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 482, p. 439.

615. R. LE GUIDEDEC, G. CHABOT, « Filiation (Modes extrajudiciaires d'établissement), *Répertoire Dalloz de droit civil* 2009, n° 741, p. 503.

616. Cass. civ 1er 6 juillet 1960, *époux Genilloud c./ Novack et dame Le Floch* ; A. ROUAST, « *Légitimation adoptive* », *JCP* 1960, II, 11815.

617. F. GRANET-LAMBRECHTS, « *Établissement de la filiation par une reconnaissance* », *Dalloz action*, n° 212, p. 575.

618. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 497, p. 446.

619. M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, Thèse, n° 161, p. 190.

l'article 342-8 du Code civil dispose que « *La chose jugée sur l'action à fins de subsides n'élève aucune fin de non-recevoir contre une action ultérieure en recherche de paternité. L'allocation des subsides cessera d'avoir effet si la filiation paternelle de l'enfant vient à être établie par la suite à l'endroit d'un autre que le débiteur* ». Cela signifie que si l'enfant est reconnu ultérieurement, le débiteur des subsides ne pourra pas exercer une action en répétition de l'indu à son égard⁶²⁰. L'allocation de subsides n'est pas fondée sur l'existence d'un lien de filiation, mais sur sa probabilité et, de ce fait, le jugement rendu n'est alors pas déclaratif, mais constitutif de droit⁶²¹. La solution ne serait pas la même en cas de contestation et d'établissement d'un nouveau lien de filiation⁶²².

620. P. MURAT, « Pas de restitution de subsides en cas de preuve de la non-paternité du débiteur », *dt. fam.* novembre 2005, comm. 240.

621. A. BATTEUR, « L'obligation alimentaire d'entretien et d'éducation de l'enfant à l'épreuve de la filiation et de l'autorité parentale », *LPA* juin 2010, n° 125, p. 30.

622. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 240, p. 118.

Paragraphe II – La volonté, moyen constitutif d'une filiation imparfaite

107. Filiation de la parole. La reconnaissance permet d'établir la filiation sur la foi des déclarations de celui qui se prétend le parent de l'enfant. Dans la mesure où l'officier de l'état civil n'a pas d'obligation de vérifier l'exactitude des déclarations qui lui sont faites, la reconnaissance peut aboutir à couvrir des filiations qui, volontairement ou non, ne sont pas génétiquement exactes. Cette plasticité de la reconnaissance a souvent été utilisée pour des raisons privées : établir, sans formalité, une filiation qui aurait dû être adoptive ***La reconnaissance mensongère, une filiation de fait (A)***. D'autre part, lorsque le législateur a autorisé le recours à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, du fait de la relative discrétion du processus, il lui est apparu acceptable d'avoir recours à la reconnaissance pour couvrir le processus volontaire qui générerait le lien de filiation ***La reconnaissance de procréation artificielle, une filiation obligatoire (B)***. Cependant, dans les deux cas, la filiation donnée à l'enfant, si elle peut sembler crédible pour les tiers, reste imparfaite à l'égard de l'enfant puisqu'elle est soumise aux règles générales du droit de la filiation charnelle : toute filiation qui n'est pas conforme à la vérité génétique peut être contestée. Dès lors, tant que la possession d'état n'est pas venu couvrir juridiquement la situation factuelle dans laquelle se trouve l'enfant, il reste soumis à l'incertitude d'une rupture potentielle de son lien de filiation, quels que soient les liens qu'il ait pu nouer par ailleurs.

A – La reconnaissance mensongère, une filiation de fait

108. Reconnaissance mensongère. Si la reconnaissance est en principe un acte déclaratif, elle peut dans certains cas se transformer en acte constitutif de filiation lorsqu'elle est détournée, volontairement ou non, de sa finalité⁶²³. La pratique est ancienne et les mobiles sont extrêmement variés⁶²⁴. De la même manière que certains hommes acceptent de laisser la présomption de paternité donner une filiation à un enfant qui n'est pas le leur⁶²⁵, il n'est pas rare que des pères reconnaissent de bonne foi ou par complaisance les enfants sans paternité de leur compagne⁶²⁶. D'une manière générale, il y a deux éléments qui motivent ces reconnaissances mensongères : la volonté de témoigner son affection et de transmettre un patrimoine immatériel à l'enfant, et la volonté d'officialiser une participation matérielle à l'entretien de l'enfant. Une fois énoncées ces deux données de base, les mobiles peuvent être extrêmement variés, comme par exemple dans cette affaire parvenue devant la Cour de cassation le 7 janvier 1992, dans laquelle un homme avait reconnu la fille de sa nouvelle compagne pour obtenir la réduction de la pension qu'il devait verser à ses propres enfants à la suite de son divorce⁶²⁷, ou encore cet autre cas plus ancien qui était mu par le désir d'avoir un enfant pour une personne transsexuelle⁶²⁸.

Avec le temps, il peut arriver que l'intérêt de l'enfant de bénéficier d'un double

623. S. BERNIGAUD, « Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères », *LPA* mai 1995, n° 53, p. 97.

624. « La qualité de citoyen français étant infiniment plus avantageuse que celle d'indigène, on comprend l'intérêt que les indigènes peuvent avoir à devenir des citoyens français. Ils ont un moyen régulier, légal, d'y arriver, c'est de se faire naturaliser. Le décret du 25 mai 1881 a fixé les conditions et les formalités qui leur sont imposées pour obtenir cette naturalisation spéciale. Très recherchée, la naturalisation ne leur est octroyée que parcimonieusement, avec précaution, pour ne pas exposer l'élément français à être submergé par le flot des indigènes naturalisés. Afin d'éviter les difficultés mises à l'obtention de la naturalisation, les indigènes n'ont rien trouvé de mieux que de tourner la loi ; ils ont imaginé un système assez simple, qui consiste à se faire reconnaître par des Français, et à acquérir, par ce moyen, la qualité de citoyen français, et du même coup, la plénitude des droits qui sont attribués à cette qualité. Pour y parvenir, ils s'adressent à des Français besogneux, qui, moyennant rémunération, consentent à les reconnaître comme leurs enfants naturels. L'industrie est lucrative ; elle fait d'inquiétants progrès, et se développe à l'état de scandale » : J. RUBEN DE COUDER, note sous cass. civ. 17 décembre 1913, affaire *Proc. gen. De l'Indo-Chine c./ cons. Bodin*, S. 1914, 1, p. 153.

625. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1197, p. 476.

626. M.-J. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, thèse, p. 256.

627. Cass. civ. 1er, 7 janvier 1992, pourvoi n° 90-10192, *bull.* 1992, n° 1, p. 1.

628. Tribunal de grande instance de Marseille, 27 janvier 1982, affaire *Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Marseille c./ F. et autres* ; R. NERSON, J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les annulations de reconnaissances mensongères », *RTD civ.* 1983, p. 737 ; J. PENNEAU, note sous tribunal de grande instance de Marseille, 27 janvier 1982, affaire *Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Marseille c./ F. et autres*, *JCP* 1983, II, n° 20028.

lien de filiation, qui était mis en avant pour justifier la reconnaissance mensongère⁶²⁹, se transforme alors en intérêt de l'enfant de ne pas être maintenu dans une filiation mensongère⁶³⁰. La rupture du lien est inévitable. Soit la mère ne souhaite plus qu'il existe de contact affectif, soit le père ne souhaite plus payer... C'est alors qu'il faut recourir à l'action en contestation de la filiation pour arbitrer ces formes de ruptures, qui tiennent initialement plus de la conjugalité que de la filiation, mais qui participent à accréditer *in fine* l'idée suivant laquelle l'enfant « appartient » à sa mère et jamais complètement à un homme. Les enfants auraient une filiation maternelle stable et une filiation paternelle séquentielle⁶³¹. Alors que le Comité international des droits de l'enfant réaffirme régulièrement l'importance de lutter contre le phénomène de l'abandon d'enfant et contre les familles monoparentales, dans l'intérêt de l'enfant, l'acte mensonger qui lui donne un second débiteur d'aliment peut apparaître conforme à la préservation de ses droits, à condition que ce ne soit pas pour frauder les droits d'autres enfants⁶³². Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'Homme ne semble pas condamner non plus cette pratique qui s'accommode très bien de la distinction entre le droit à la vie familiale et le droit à la vie privée, à condition que les juridictions internes tiennent compte de l'intérêt concret de l'enfant pour rendre leur décision concernant le droit de l'enfant de connaître ses parents⁶³³. Mais rien n'est dit par ces deux autorités morales sur la précarité de

629. Voir *supra* n° 87.

630. « Il est établi à la seule lecture de l'acte de naissance de la mineure que cette reconnaissance est intervenue deux années après la naissance de Gabrielle envers laquelle il ne s'est pas conduit comme un père. L'appelante produit les témoignages réguliers en la forme de sa mère, de M. D... et de Me E... qui attestent que Virginie X... n'a connu Philippe Y... que postérieurement à la naissance de Gabrielle. Mme F... précise quant à elle que sa nièce n'a rencontré à son domicile M. Y... que deux ans après le décès de son père, date à laquelle elle était enceinte de Gabrielle. Virginie X... produit un procès verbal établi dans le cadre d'une plainte déposée à l'encontre de M. G... dans lequel elle le déclare le père de Lucas et de Gabrielle, cette mention étant reprise dans la procédure d'assistance éducative suivie au profit des deux mineurs ainsi que le jugement qu'elle produit le démontre, les services sociaux considérant M. G... comme le père. Ces éléments conduisent à ne pas avoir recours à une expertise comparative entre Lucas et Gabrielle en ce qu'ils établissent que Philippe Y... n'est pas le père de Gabrielle. La situation de Virginie X... se révèle très dépendante de ses choix de vie personnelle ainsi que le souligne la décision entreprise, sans toutefois que ce seul constat puisse s'assimiler à une motivation » : cour d'appel de Lyon, 19 décembre 2011, affaire X... c./ Y..., RG : 09/07978.

631. « 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 » : F. GRANET, « Quelles réformes en droit de la filiation », *dt.fam.* septembre 1999, pp. 10-16.

632. CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 53. (Canada) ; CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 51. (Autriche) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 43. (Algérie) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 43 ; (Croatie) ; CRC/C/15/Add. 215, 27 octobre 2003, § 43. (Canada) ; CRC/C/15/Add. 258, 9 juillet 2001, § 32. (Monaco) ; CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 23. (Afrique du Sud).

633. « In view of the foregoing, the Court does not exclude that the applicant's intended relationship with F. fell within the ambit of family life under article 8. In any event, the determination of the legal relations between the applicant and F., even if they fell short of family life, concerned an important part of the applicant's identity and thus his private life within the meaning of article 8§1. The domestic court's decision to refuse him contact with and information about F. thus interfered with his right to respect at least, for his private life » - Dans la mesure où le requérant a été empêché d'entretenir avec F. une relation par ses parents juridiques, la Cour n'exclut pas que les relations avec F. relevaient du champ de la vie familiale prévue par l'article 8. Dans tous les cas, la qualification juridique des relations entre le requérant et F., même si elle relevait de la vie familiale, concerne une part importante de l'identité du demandeur et donc de sa vie privée au sens de l'article 8§1. Les juridictions internes qui lui ont refusé le droit de visite et d'obtenir des informations à propos de F. ont donc porté atteinte à

ce droit donné à l'enfant et dont la réversibilité est placée entre les mains de tiers⁶³⁴.

C'est que, dans la mesure où elle n'est, par hypothèse, pas corroborée par la certitude génétique, cette filiation mensongère ne peut constituer un lien de droit qu'à la condition de ne pas être attaquée dans les délais que prescrit la loi, ce qui la rend très fragile pour l'enfant durant cette période de consolidation. Elle peut tomber à tout moment en cas d'action en contestation ce qui constitue à l'égard de l'enfant une forme d'insécurité juridique, morale et affective⁶³⁵. Or, il arrive justement que le père ou la mère « au moment de lever l'ancre », cherche à faire annuler cette filiation qui n'est pas conforme à la filiation génétique de l'enfant⁶³⁶. L'acte de générosité fondé sur la volonté ne peut pas perdurer lorsque la volonté disparaît parce que le « parent » sait qu'il est titulaire du droit de contester⁶³⁷. Si l'on en croit le nombre de ces contestations qui parviennent jusqu'à la Cour de cassation, le phénomène est loin d'être marginal devant les juridictions du fond⁶³⁸. Doit-on pour autant restreindre l'action en contestation d'une reconnaissance au seul enfant⁶³⁹ ? La possession d'état qui est utilisée comme un moyen de tempérance de ces actions, est très souvent attaquée. Ce sont alors les

son droit au respect de la vie privée- : case of *Schneider v./ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07, § 90-105 ; J. HAUSER, « La Cour EDH invente les paternités probables pour décider d'un droit de visite », *RTD civ.* 2012, p. 108 ; C. SIFFREIN-BLANC, « Droit de visite du père biologique présumé : recherche circonstanciée de l'intérêt de l'enfant », *AJ fam.* 2011, p. 496 ; M. BRUGGEMAN, « Père légal versus père biologique : la portée variable du droit au respect de la vie familiale », *dt. fam.* 2011, n° 2, alerte 7 ; F. BOULANGER, « Droit de visite et intérêt de l'enfant », *D.* 2011, p. 2908 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droit de la famille », *JCP* 2012, n° 1, pp. 49-55 ; F. SUDRE, « Droit de la convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, n° 4, pp. 163-169 ; F. EUDIER, « Un droit de visite peut être accordé au père biologique présumé », *RJFP* 2012, n° 2, pp. 23-24 ; J.-M. LARRALDE, « Intérêt de l'enfant et droit de visite du père biologique présumé », *EDFP* octobre 2011, n° 9, p. 2.

634. Cass. civ. 1re, 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-18398, *bull.* 2009, I, n° 197 ; Th. GARÉ, « L'intérêt financier fondant une demande d'annulation de reconnaissance peut constituer un motif légitime de ne pas ordonner l'expertise biologique », *RJFP* 2010 ; J. HAUSER, « Expertise biologique : motifs de ne pas y procéder, de l'inefficacité prétendue à la demande abusive et indélicate », *RTD civ.* 2009, pp. 711-713 ; A. GOUTTENOIRE, « Expertise génétique : un motif légitime de plus pour refuser », *lexbase hebdo* 2009, n° 369 ; P. MURAT, « Le caractère déstabilisateur de la contestation de filiation et le but strictement financier de celle-ci peuvent participer du motif légitime de ne pas ordonner une expertise biologique », *dt. fam.* novembre 2009, p. 61 ; M. BRUSORIO-AILLAUD, « Expertise génétique : exemple de motif légitime de ne pas y procéder », *JCP* 2009, n° 50, pp. 10-12.

635. A. GOUTTENOIRE, « Touche pas à ma filiation », *D.* 2007, p. 3052.

636. J. HAUSER, « Annulation de reconnaissance : le calcul des dommages-intérêts », *RTD civ.* 1994, n° 18, p. 841.

637. S. BERNIGAUD, « Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères », *LPA* mai 1995, n° 53, p. 97.

638. En 2010, sur 5074 action relatives à la filiation introduites en première instance, 1936 étaient des contestations de paternité. (B. CAMUS, O. TIMBART, T. FERRÉ, D. BAUX, M. GUILLOT-TOUDERT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2011-2012*, La Documentation française, Paris, 2012, p. 49) En 2009, sur 4791 actions relatives à la filiation introduites en première instance, 1744, étaient des contestations de paternité. (B. CAMUS, O. TIMBART, D. BAUX, A. JACGERT, D. TOUSSAINT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2009-2010*, La Documentation française, Paris, 2010, p. 49) En 2008, sur 4982 actions relatives à la filiation introduites en première instance, 2072 étaient des contestations de paternité. (A. MARAIS, O. TIMBART, A. JACGERT, D. TOUSSAINT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2008*, La Documentation française, Paris, 2009, p. 49).

639. C. SANCIÑIENA ASURMENDI, « La vérité biologique et la filiation paternelle », *RRJ* 2008, I, p. 207.

juges qui déterminent souverainement si elle avait été valablement constituée, se livrant à une appréciation plus ou moins déguisée de l'intérêt concret de l'enfant.

109. Possession d'état. Au contraire d'un pays tel que l'Allemagne dans lequel les dispositifs tels que la possession d'état sont totalement inconnus⁶⁴⁰, la tradition juridique française donne une place à la filiation vécue presque aussi importante qu'à la filiation génétique⁶⁴¹. Dans certains cas cette filiation dite : vécue ou fait accompli⁶⁴², plus souple, est même mise en avant par les « parents » pour justifier la prise en compte par le droit de situations qui pourtant sont contraires aux principes juridiques français⁶⁴³. Au delà de ces cas, peut-être extrêmes, pourquoi faudrait-il refuser que la filiation qui inscrit l'enfant dans le temps ne puisse pas aussi exister lorsque l'enfant est inscrit socialement dans le temps familial⁶⁴⁴. L'article 311-1 du Code civil dispose que « *La possession d'état s'établit par 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* ». La possession d'état donne l'apparence de l'état que l'on réclame à travers les valeurs humaines et sociales qu'elle véhicule⁶⁴⁵. D'autre part, elle introduit un peu de stabilité à travers la volonté réciproque qu'elle démontre pour une filiation de l'enfant largement laissée entre les mains des parents durant le jeune âge de l'enfant⁶⁴⁶. Au terme de l'article 333 du Code civil, « *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 du décès du parent dont le lien de filiation est contesté. Nul, à l'exception du ministère public, 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* ».

Contrairement aux autres actions du droit de la filiation dont la prescription est

640. F. RAINER, « Observations comparatives sur la contestation de paternité », *RIDC* 2005, p. 85.

641. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille*, n° 484, p. 249.

642. « A l'opposé du Gouvernement, la Cour estime qu'elle peut aussi avoir égard, sur le terrain de l'article 8, à la durée du processus décisionnel de l'autorité locale ainsi que de toute procédure judiciaire connexe. Comme le relève la Commission, un retard dans la procédure risque toujours en pareil cas de trancher le litige par un fait accompli avant même que le tribunal ait entendu la cause. Or un respect effectif de la vie familiale commande que les relations futures entre parent et enfant se règlent sur la base de l'ensemble des éléments pertinents, et non par le simple écoulement du temps » : *Affaire W. c./ Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, requête n° 9749/82, § 65.

643. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille*, n° 484, p. 250.

644. J. HAUSER, « Le temps et la filiation : des filiations rétroactives, avantages et inconvénients pour les uns et pour les autres », *RTD civ.* 2009, p. 307.

645. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 240, p. 118.

646. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 963, p. 382.

suspendue durant la minorité de l'enfant, l'action en contestation est ici éteinte par l'écoulement d'un délai de cinq ans, dès lors que la possession d'état est conforme au titre : présomption de paternité ou reconnaissance⁶⁴⁷. Peut-être faut-il voir dans ce délai, relativement bref, une manière d'asseoir l'autorité de celui qui est désigné comme père ou mère de l'enfant et à qui, à tout âge, il doit honneur et respect pour avoir assumé cette charge. Quoiqu'il en soit, passé ce bref délai, l'action est fermée à tous, y compris si il est démontré que le titre corroboré par la possession d'état était faux⁶⁴⁸. Ainsi par exemple, dans un arrêt du 14 juin 2005, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui avait déduit du fait que le père n'ait contesté sa paternité ni pendant le mariage, ni au cours de la procédure de divorce, que la possession d'état est conforme au titre de naissance de l'enfant et que de ce fait la filiation de l'enfant était inattaquable⁶⁴⁹. Il s'agissait de protéger l'enfant contre des manœuvres indéliques ayant pour objet de délivrer le « père » de son obligation d'entretien⁶⁵⁰.

La stabilité de la filiation est là pour préserver les droits de l'enfant. Mais la contestation se porte la plupart du temps sur l'efficacité de la possession d'état dont la détermination, objectivement délicate, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond⁶⁵¹. Dès lors, soit pour revendiquer, soit pour contester l'état de l'enfant, certaines actions peuvent être extrêmement tardives. Suivant les cas, l'interprétation des faits par les juges est stricte ou souple⁶⁵². L'intérêt de l'enfant intervient plus ou moins explicitement comme le critère suprême qui permet de faire basculer d'un côté ou de l'autre le fléau de la balance⁶⁵³. La prévisibilité des jugements est de ce fait incertaine, et il n'est pas sûr que cette solution soit la

647. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 298, p. 165.

648. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1319, p. 516.

649. Cass. civ. 1re, 14 juin 2005, pourvoi n° 02-18654, *bull.* 2005, I, n° 252, p. 213 ; P. MURAT, « Expertise biologique de droit : une rafale d'arrêts », *dt. fam.* 2005, n° 9, pp. 23-25 ; G. MARRAUDE DES GROTTES, « Expertise biologique : de la preuve du motif légitime du refus », *RLDC* 2005, n° 20, pp. 50-51 ; Th. GARÉ, « La Cour de cassation précise dans sept arrêts le régime de l'expertise biologique en droit de la filiation », *RJPF* 2005, n° 11, pp. 20-21 ; J. MASSIP, « La conformité du titre de naissance et de la possession d'état rend irrecevable la contestation de la paternité légitime et par voie de conséquence, la demande d'expertise », *LPA* décembre 2005, n° 248, pp. 20-22 ; J. HAUSER, « Contestation d'état : 322 et 322-1 », *RTD civ.* 2005, p. 582.

650. S. BERNIGAUD, « Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères », *LPA* mai 1995, n° 53, p. 97.

651. J. LEPROVAUX, « La consolidation de la filiation par la possession d'état dans l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *RJPF* 2005.

652. Cass. civ. 1re, 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-18398, *bull.* 2009, I, n° 197 ; Th. GARÉ, « L'intérêt financier fondant une demande d'annulation de reconnaissance peut constituer un motif légitime de ne pas ordonner l'expertise biologique », *RJPF* 2010 ; J. HAUSER, « Expertise biologique : motifs de ne pas y procéder, de l'inefficacité prétendue à la demande abusive et indélique », *RTD civ.* 2009, pp. 711-713 ; A. GOUTTENOIRE, « Expertise génétique : un motif légitime de plus pour refuser », *lexbase hebdo* 2009, n° 369 ; P. MURAT, « Le caractère déstabilisateur de la contestation de filiation et le but strictement financier de celle-ci peuvent participer du motif légitime de ne pas ordonner une expertise biologique », *dt. fam.* novembre 2009, p. 61 ; M. BRUSORIO-AILLAUD, « Expertise génétique : exemple de motif légitime de ne pas y procéder », *JCP* 2009, n° 50, pp. 10-12.

653. Voir *infra* n° 138.

meilleure pour l'enfant.

110. Atteinte aux droits de l'enfant. L'annulation de la reconnaissance oblige l'enfant à changer de nom, ce qui constitue alors un bouleversement important dans sa vie⁶⁵⁴. Dans ce cas, les juges apprécient concrètement l'intérêt de l'enfant, comme par exemple dans une affaire jugée par la Cour de cassation le 17 mars 2010⁶⁵⁵. L'annulation de la filiation paternelle d'un enfant avait conduit les juges, au regard des circonstances particulières de l'instance, à estimer que « l'enfant allait reprendre le nom de sa mère qui demeurait dans sa mémoire, et à laquelle il était très attachée et non celui de son père qu'il ne connaissait pas encore ». Il faut dire que la situation familiale était complexe, puisque la mère était décédée en cours d'instance, et que l'enfant avait été recueilli par sa tante maternelle.

Dans l'hypothèse où la reconnaissance mensongère tombe, la situation est inconfortable pour l'enfant puisqu'en général il se retrouve dépourvu de filiation paternelle, et sans aucun moyen d'exiger que sa mère révèle l'identité de son père génétique⁶⁵⁶. Il est alors confronté à une rupture des liens qu'il avait pu construire avec cette personne qu'il considérait comme son père, et n'est pas en mesure d'en reconstruire d'autres avec son « véritable » père⁶⁵⁷. Il perd également un débiteur d'aliment, ce qui, lorsque sa mère n'a que de faibles revenus n'est pas non plus dans son intérêt. Enfin, son espérance successorale disparaît, à moins qu'il ne soit adopté une fois devenu majeur ; ce qui est rare. Il faut relever que le rôle des juges n'est pas aisé pour appliquer le droit au réel et trouver des solutions qui puissent

654. M. REBOURG, « Le changement de nom de l'enfant naturel mineur à la suite de l'annulation d'une reconnaissance mensongère », *LPA* février 1999, n° 39, p. 7.

655. Cass. civ. 1re, 17 mars 2010, pourvoi n° 08-14619, *bull.* 2010, I, n° 64 ; E. MULON, « Droit de la famille », *gaz. pal.* mai 2010, n° 141, pp. 40-41 ; P. MURAT, « La contestation de la filiation, la changement de nom et l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la CIDE », *dt. fam.* 2010, n° 6, pp. 36-38 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation janvier 2009-avril 2010 », *D.* 2010, n° 23, pp. 1442-1449 ; J. HAUSER, « Du nom, de l'intérêt supérieur -à l'éclipse- de l'enfant et de la constitutionnalité de certains textes », *RTD civ.* 2010, pp. 521-524 ; I. CORPART, « Devoir porter le nom de sa mère décédée n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant », *RJPF* 2010, n° 9, pp. 12-13 ; A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droits de l'enfant », *D.* 2010, n° 29, pp. 1904-1912.

656. Bien qu'il soit impossible de savoir quel est le lien entre les actions en contestations et les actions en recherche puisque les statistiques n'en donnent pas le détail, il convient toutefois de souligner qu'en 2010 sur 5074 actions relatives à la filiation introduites en première instance, 1211 étaient des actions en recherche de paternité. (B. CAMUS, O. TIMBART, T. FERRÉ, D. BAUX, M. GUILLOT-TOUDERT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2011-2012*, La Documentation française, Paris, 2012, p. 49) En 2009, sur 4791 actions relatives à la filiation introduites en première instance, 1294 étaient des actions en recherche de paternité. (B. CAMUS, O. TIMBART, D. BAUX, A. JACGERT, D. TOUSSAINT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2009-2010*, La Documentation française, Paris, 2010, p. 49) En 2008, sur 4982 actions relatives à la filiation introduites en première instance, 1073 étaient des actions en recherche de paternité. (A. MARAIS, O. TIMBART, A. JACGERT, D. TOUSSAINT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2008*, La Documentation française, Paris, 2009, p. 49).

657. F. RAINER, « Observations comparatives sur la contestation de paternité », *RIDC* 2005, p. 85.

servir au mieux l'intérêt concret de l'enfant. Par exemple, dans une affaire soumise à la Cour de cassation le 25 février 2009, il était question d'un enfant qui avait été reconnu par le compagnon de sa mère quelques années après sa naissance⁶⁵⁸. Au moment où ils rompent leur relation, l'enfant a quatorze ans, et la mère décide d'agir en contestation de paternité puisque la reconnaissance de l'enfant était une reconnaissance de complaisance. Les juges annulent la reconnaissance.

Au delà d'un lien de filiation qui n'a rien de concret pour lui, l'enfant est de fait privé d'un lien affectif et moral avec une personne à laquelle il était manifestement attaché. Mineur, il ne pouvait pas agir sans la représentation de sa mère, seule titulaire de l'exercice de l'autorité parentale, mais qui était manifestement en conflit d'intérêt avec lui. Devait-on en conclure que l'enfant n'a aucun moyen de s'opposer à la toute puissance de sa mère ? Malgré la désignation d'un administrateur *ad hoc*, il aurait été difficile d'empêcher la destruction par les juges du lien de filiation mensonger. En effet, dans la mesure où les actions relatives à la filiation sont indisponibles, il était impossible de renoncer à cette action engagée par la mère au nom de l'enfant. Même entendu dans la procédure, l'enfant ne pouvait donc pas s'opposer à l'exercice de son droit de contester par la mère.

Astucieusement l'ancien père, devenu tiers, agit sur le fondement de l'article 373-3 afin d'obtenir que l'enfant conserve sa résidence habituelle à son domicile⁶⁵⁹ ; c'est-à-dire rétablir l'effectivité du lien que la mère avait rompu en agissant à la place de l'enfant au titre de l'exercice de l'autorité parentale⁶⁶⁰. La Cour de cassation rappelle alors que si il est tout à fait possible, en dehors des cas de décès ou de retrait de l'exercice de l'autorité parentale, de

658. Cass. civ. 1er, 25 février 2009, n° 07-14849, *bull.* 2009, I, n° 38 ; A. GOUTTENOIRE, « Chronique de droit de la famille : la lien parent-enfant », *lexbase hebdo* 2009, n° 340 ; E. POULIQUEN, « Précisions sur les cas où un enfant peut être confié à un tiers », *RLDC* 2009, n° 59, pp. 49-50 ; J. HAUSER, « Des tiers : légiférer encore ou faire confiance à la jurisprudence ? », *RTD civ.* 2009, pp. 309-312 ; F. EUDIER, « Organisation des relations et fixation de la résidence : la Cour de cassation précise le statut des tiers à l'égard de l'enfant », *RJPF* 2009, n° 5, pp. 21-23 ; L. GAREIL-SUTTER, « La fixation de la résidence de l'enfant chez un tiers par le juge aux affaires familiales », *dt. fam.* mai 2009, comm. 58, pp. 31-33 ; M. BRUSORIO-AILLAUD, « Résidence de l'enfant : le juge aux affaires familiales peut la confier à un tiers mais ne peut pas être saisi par un tiers », *JCP* 2009, II, 10076, n° 19, pp. 23-24 ; P. SERVANT, « La résidence habituelle de l'enfant : l'intérêt de l'enfant, le juge et le tiers », *D.* 2009, n° 24, pp. 1665-1668 ; J. MASSIP, « La fixation par le juge de la résidence de l'enfant chez une personne autre que ses père et mère », *LPA* août 2009, n° 164, pp. 11-14.

659. Article 373-3 du Code civil : « *La séparation des parents ne fait pas obstacle à la dévolution prévue à l'article 373-1, lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de l'exercice de certains des attributs de cette autorité par l'effet du jugement prononcé contre lui. Le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté. Il est saisi et statue conformément aux articles 373-2-8 et 373-2-11* ».

660. A. GOUTTENOIRE, « Chronique de droit de la famille : le lien parent-enfant », *lexbase hebdo* 2009, n° 340.

confier la résidence habituelle de l'enfant à un tiers, « seuls les parents et le ministère public, lui même éventuellement saisi par un tiers, peuvent saisir le juge aux affaires familiales à l'effet de voir confier un enfant à un tiers ». La solution est assez logique, dans la mesure où « l'article 373-3 du Code civil renvoie aux articles 372-2-8 et 372-2-11 qui visent justement la possibilité pour les tiers de demander au ministère public de saisir le juge aux affaires familiale »⁶⁶¹. Cette décision montre à quel point il est compliqué de déterminer les droits qu'il convient de donner aux uns et aux autres autour de la personne de l'enfant⁶⁶². L'enfant qui ne peut pas faire valoir sa volonté est lié par les actions réalisées en son nom par ses représentants légaux. Les tiers, qui pourraient intervenir dans son intérêt doivent passer par le filtre du ministère public⁶⁶³.

Le tiers a donc la possibilité de faire valoir un droit de l'enfant à la place de l'enfant et dans l'intérêt de l'enfant. Il reste que la multiplication de ces droits affectifs « sur » l'enfant, au nom de l'intérêt de l'enfant ne règlent en rien le « risque » patrimonial lié à son éducation⁶⁶⁴. En effet, s'il est socialement acceptable de faire prévaloir des solutions dans lesquelles l'amour triomphe toujours à la fin, il est peut-être juridiquement inquiétant de voir se multiplier des liens « en dehors » du droit qui n'ouvriront pour l'enfant aucune créance liée, par exemple, au financement de ses études. Certes l'enfant mineur a besoin d'affection, mais en devenant majeur cette affection doit être plus concrète et matérielle : payer des études, aider l'installation professionnelle, encourager le premier achat immobilier... Ces liens de l'enfance, que rien n'oblige à maintenir ensuite, font naître des espoirs qui ne pourront pas toujours ouvrir droit à créance alimentaire, à succession, ou à solidarité familiale⁶⁶⁵. Quelle sera la répercussion sociale de ces déceptions ? La question de la protection patrimoniale des enfants en dehors du droit de la filiation pourrait bien revenir sur la scène juridique ; surtout à

661. A. GOUTTENOIRE-CORNUT, P. MURAT, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *dt. fam.* janvier 2003, n° 1 p. 5.

662. M. BRUSORIO-AILLAUD, « Résidence de l'enfant : le juge aux affaires familiales peut la confier à un tiers mais ne peut pas être saisi par un tiers », *JCP* 2009, II, 10076.

663. A. GOUTTENOIRE, « Chronique de droit de la famille : le lien parent-enfant », *lexbase hebdo* 2009, n° 340.

664. Case of *Schneider v/ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07, § 90-105 ; J. HAUSER, « La Cour EDH invente les paternités probables pour décider d'un droit de visite », *RTD civ.* 2012, p. 108 ; C. SIFFREIN-BLANC, « Droit de visite du père biologique présumé : recherche circonstanciée de l'intérêt de l'enfant », *AJ fam.* 2011, p. 496 ; M. BRUGGEMAN, « Père légal *versus* père biologique : la portée variable du droit au respect de la vie familiale », *dt. fam.* 2011, n° 2, alerte 7 ; F. BOULANGER, « Droit de visite et intérêt de l'enfant », *D.* 2011, p. 2908 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droit de la famille », *JCP* 2012, n° 1, pp. 49-55 ; F. SUDRE, « Droit de la convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, n° 4, pp. 163-169 ; F. EUDIER, « Un droit de visite peut être accordé au père biologique présumé », *RJFP* 2012, n° 2, pp. 23-24 ; J.-M. LARRALDE, « Intérêt de l'enfant et droit de visite du père biologique présumé », *EDFP* octobre 2011, n° 9, p. 2.

665. J. HAUSER, « Des tiers : légiférer encore ou faire confiance à la jurisprudence ? », *RTD civ.* 2009, p. 309.

une époque où la fiscalité des libéralités entre étrangers est plus que jamais perçue comme confiscatoire⁶⁶⁶.

Dans d'autres cas, heureusement plus rares, la vie de l'enfant peut s'avérer complètement bousculée lorsque la stratégie parentale est mise en échec par les juges⁶⁶⁷. C'est ainsi que dans une affaire jugée par la Cour de cassation le 16 juin 2011, un homme de 84 ans et une femme de 28 ans avaient reconnu conjointement en janvier 1995 une enfant née en Algérie quelques jours plus tôt⁶⁶⁸. En 2004, alors qu'une enquête pour abus de faiblesse à l'égard du père était dirigée contre la mère prétendue à l'initiative de l'unique héritier de ce vieux monsieur⁶⁶⁹, il apparaît que : ni l'un ni l'autre ne sont génétiquement les parents de l'enfant. La mère prétendue essaye de faire valoir la possession d'état pour couvrir le mensonge de cette double reconnaissance frauduleuse, mais la Cour de cassation considère qu'elle est équivoque et qu'elle a été entachée par la violence. Elle approuve la cour d'appel qui a « *souverainement estimé qu'il n'était pas conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant Sabrina de se voir maintenue dans un lien de filiation mensonger* »⁶⁷⁰.

L'appréciation objective et concrète de l'intérêt de l'enfant était particulièrement délicate ici. En effet, comme dans les décisions relatives aux conventions de femme porteuse, la requérante tentait de faire valoir le fait accompli comme une forme de prescription extinctive de son méfait, en mettant en avant l'amour et l'affection qu'elle portait à l'enfant⁶⁷¹. Mais en présence d'un autre enfant, décédé et représenté par son héritier dont la filiation était certaine et reconnue par la loi, la question qui était posée aux juges était peut être plus banale

⁶⁶⁶. A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, p. 257.

⁶⁶⁷. Cass. civ. 1re, 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-68399, *bull.* 2010, I, n° 236 ; Cass. civ. 1re, 25 février 2009, pourvoi n° 08-11033, *bull.* 2009, I, n° 41 ; Cass. civ. 1re, 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-10034, *bull.* 2009, I, n° 17 ; Cass. civ. 1re, 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-20279, *bull.* 2008, I, n° 198 ; Cass. civ. 1re, 10 octobre 2006, pourvoi n° 06-15265, *bull.* 2006, I, n° 432, p. 369.

⁶⁶⁸. Cass. civ. 1er, 16 juin 2011, pourvoi n° 08-21864, inédit ; J. HAUSER, « Détournement de reconnaissance et action du parquet », *RTD civ.* 2011, pp. 525-526 ; E. PIERROUX, « Famille biologique, famille logique ? », *gaz. pal.* 2011, n° 215, pp. 7-10.

⁶⁶⁹. « *Attendu, d'après le pourvoi, que la reconnaissance d'un enfant naturel est présumée l'expression de la vérité et ne peut tomber que devant la preuve que les relations sexuelles n'ont pas pu exister entre la mère et l'auteur de la reconnaissance pendant la période de la conception ; [...] Attendu que l'arrêt déclare qu'il résulte des circonstances de la cause, notamment des incidents qui se sont déroulés au cours de la procédure qui a abouti à l'interdiction de Songy, que la reconnaissance faite par ce vieillard de 83 ans, n'a été ni spontanée, ni libre, ni sincère ; qu'elle lui a été suggérée, contrairement à la réalité, par son entourage, qui a abusé de son influence sur son esprit affaibli ; qu'en décidant, dans ces circonstances de fait, souverainement appréciées, que la reconnaissance était mensongère, et en la déclarant nulle, l'arrêt attaqué a fait l'exacte application...* » : Cass. req., 8 mars 1927, affaire *Demoiselle Pourrieux c./ consorts Songy*, *D. H.* 1927, p. 205.

⁶⁷⁰. Cass. civ. 1er, 16 juin 2011, pourvoi n° 08-21864, inédit.

⁶⁷¹. J. HAUSER, « Détournement de reconnaissance et action du parquet », *RTD civ.* 2011, pp. 525-526.

que l'on pouvait le croire⁶⁷². Il s'agissait classiquement de décider : soit de protéger l'intérêt de l'enfant reconnu par la loi, soit de privilégier l'intérêt de cet enfant « illégal » en lui donnant une part de succession⁶⁷³; une discussion qui n'est pas sans rappeler celle relative aux enfants légitimes et aux enfants naturels dans laquelle la Cour de cassation faisait déjà référence à l'intérêt de l'enfant pour se prononcer en fait lorsque le droit montrait ses limites⁶⁷⁴.

Le débat s'est déplacé⁶⁷⁵. Mais la question demeure, au regard de l'article 310 du Code civil qui dispose que « *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux* » : de quels droits disposent les enfants dont la filiation n'est pas reconnue par la loi⁶⁷⁶?

En décidant qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant de bénéficier d'une filiation qui n'était pas conforme à l'exactitude génétique, la Cour de cassation prive la jeune fille de famille et privilégie l'intérêt du premier enfant de cet homme, représenté par son unique héritier. La doctrine avait pourtant vu un espoir pour l'enfant dans une décision progressiste du tribunal de grande instance de Lyon de juillet 2007. En effet, les juges lyonnais avaient refusé de remettre en cause la filiation d'un enfant qui avait manifestement été instrumentalisé par ceux qui se prétendaient ses parents, au motif qu'il n'était pas dans son intérêt de procéder à une expertise génétique pour déterminer si son père prétendu était son « véritable » père⁶⁷⁷. Ici, la Cour de cassation privilégie la solution inverse, en affirmant qu'il était contraire à l'intérêt de l'enfant d'être maintenu dans une filiation qui n'était pas la sienne.

672. J. HAUSER, « Détournement de reconnaissance et action du parquet », *RTD civ.* 2011, pp. 525-526.

673. E. PIERROUX, « Famille biologique, famille logique ? », *gaz. pal.* 2011, n° 215, pp. 7-10.

674. « *Mais attendu que la mineur Hérouval ayant, dès l'époque de sa conception, laquelle, par le rapprochement des dates susindiquées, doit, dans l'intérêt de l'enfant, être réputée antérieure à l'accident, vocation à la rente attribuée aux enfants légitimes* » Cass. 8 mars 1939, affaire *Veuve Hérouval c./ C. Charles et Cie d'assurances La Flandre* ; L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, note sous Cass. 8 mars 1939, *D.* 1941, II, p. 37.

675. « On s'est aperçu, après un siècle, que notre loi positive, en organisant la puissance paternelle et la tutelle, n'avait rien créé qui pût s'adapter exactement aux besoins et aux caractères particuliers de la catégorie toujours croissante des enfants nés hors mariage. Et comme pour suppléer à cette lacune, la jurisprudence n'a peut être pas déployé au même degré qu'en d'autres matières, son esprit d'initiative et de décision habituel » : A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, p. 257.

676. B. WEISS-GOUT, « Trois décisions, une même déception », *gaz. pal.* mai 2011, n° 146, p. 7.

677. « *Attendu que Marc F... est aujourd'hui âgé de plus de 15 ans, qu'il a fait valoir son point de vue par l'intermédiaire d'un conseil ; qu'il souhaite continuer de vivre avec Jean-Michel F... et son épouse, sans qu'aucun changement ne soit apporté à sa situation ; [...] que le tribunal est convaincu que Marc F... est parfaitement au fait de la situation et que de surcroît, si tel est son souhait, il pourra, sa majorité relativement proche atteinte, agir comme il l'entendra ; que les conséquences psychologiques qu'entraîneraient de manière certaine sur Marc F... une mesure d'expertise constituent un motif légitime pour ne pas l'ordonner, en vertu des intérêts supérieurs de l'enfant, lesquels priment la démonstration ou non, d'une vérité biologique* » : A. GOUTTENOIRE, « Touche pas à ma filiation! », *D.* 2007, p. 3052.

L'un ou l'autre point de vue se défendent dans la mesure où la fraude, manifestement organisée par la femme qui se prétend la mère de la jeune fille avait pour but de prélever une part de la succession. L'unique héritier n'avait pas à supporter les conséquences des manœuvres de cette femme.

Pourtant, l'effectivité du lien qui unissait la jeune fille à cet homme et la durée de ce lien pourraient peut-être conduire la Cour européenne des droits de l'Homme à donner une solution contraire si elle était saisie⁶⁷⁸. En effet, dans une hypothèse certes un peu différente, elle avait fait primer la filiation adoptive vécue par l'enfant mineur sur la filiation biologique paternelle ou maternelle, estimant notamment : qu'il serait contraire à l'intérêt de l'enfant de rompre les liens qu'il avait commencé à nouer avec ses parents de substitution⁶⁷⁹. Il lui faudrait toutefois admettre dans ce cas de privilégier l'intérêt d'un enfant sur l'intérêt d'un autre, ce qui n'est pas certain au regard du contexte particulier de fraude qui entoure cette filiation. L'argumentation peine à convaincre dans la mesure où il s'agit d'un trafic d'enfant. La Cour européenne des droits de l'Homme pourrait-elle protéger ces pratiques au nom de l'intérêt de l'enfant⁶⁸⁰? Cette décision montre la difficulté dans laquelle se trouvent les juges, qui doivent se prononcer non plus au regard d'un texte de loi prévisible et identique pour tous, mais sur le fondement de l'intérêt de l'enfant, nécessairement subordonné à une appréciation subjective et personnelle de chaque juridiction, dans un contexte de déni généralisé de la réalité de cette forme moderne de trafic d'êtres humains, justifiée dans l'opinion publique par un sentimentalisme de mauvais aloi.

111. Responsabilité pénale des parents. La question de la mise en œuvre de la responsabilité pénale de celui qui procède à une reconnaissance mensongère se pose depuis

⁶⁷⁸. E. PIERROUX, « Famille biologique, famille logique ? », *gaz. pal.* 2011, n° 215, pp. 7-10.

⁶⁷⁹. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; F. SUDRE, *Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *JCP* juillet 2008, I, n° 167, pp. 25-30 ; M.-C. LE BOURSICOT, « Accouchement sous le secret : cette fois, la CEDH valide le dispositif du côté de la mère », *RLDC* 2008, pp. 39-40 ; Th. GARÉ, « La CEDH conforte la validité du système français d'accouchement sous X », *RJPF* 2008, pp. 23-24 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Les désillusions strasbourgeoises de l'accouchée sous X repentante », *RTD civ.* 2008, pp. 252-255 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme : satisfecit provisoire au droit français », *RTD civ.* 2008, pp. 285-286 ; A. GOUTTENOIRE, « Le consentement de la femme qui accouche sous X doit être libre et éclairé », *lexbase hebdo* 2008, n° 297 ; Cl. NEIRINCK, « Retour sur un accouchement sous X validé par la CEDH », *RDSS* 2008, pp. 353-359 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Accouchement sous X : la CEDH valide le délai de deux mois à l'issue duquel la restitution de l'enfant est possible », *RLDC* 2008, pp. 43-44 ; A. TON NU LAN, « Abandon d'un enfant sans filiation établie : le consentement à la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance n'est toujours pas requis », *RJPF* 2004.

⁶⁸⁰. *Case of Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; *Case of Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, n° 35, pp. 1531-1537.

le début de l'élaboration de l'état civil⁶⁸¹. Ainsi, déjà en 1808, pour des faits obscurs qui peuvent laisser penser à une forme de procréation et gestation pour autrui, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait confirmé la condamnation de Jean Franck qui avait substitué à son nom celui de son frère dans l'acte de naissance de son fils « *attendu qu'il y avait deux faux dans l'acte de naissance, et que particulièrement celui consistant dans la substitution du prénom, portait avec lui de la méchanceté, et paraissait se distinguer par le dessein de nuire à autrui, puisque Franck introduisait par ce moyen un étranger dans la famille de son frère* »⁶⁸². Cependant, elle ne se pose que rarement ; la question étant le plus souvent traitée uniquement dans son aspect civil sans doute pour des raisons de prescription de l'action pénale au moment de la découverte des faits⁶⁸³.

D'ailleurs, la Cour de cassation avait finalement estimé dans un arrêt de 1988 que la reconnaissance mensongère d'un enfant naturel dans un acte de l'état civil, dès lors que seule la véracité de la paternité affirmée dans l'acte incriminé est en cause, ne constitue pas en soi un faux punissable : cette reconnaissance pouvant toujours être contestée en vertu de l'article 339 du Code civil par toutes les personnes qui y ont intérêt et par son auteur lui-même⁶⁸⁴. Les précautions avec lesquelles cet arrêt étudie l'infraction de faux en écriture, pour finalement en rejeter l'application, montre la prudence avec laquelle les juges traitent les dossiers relatifs aux reconnaissances mensongères, alors que l'intention frauduleuse était

681. Ph. MELIN, « Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile », *gaz. pal.* avril 2002, n° 110, p. 2.

682. « *Considérant que J. Franck est prévenu d'avoir, dans l'acte de naissance d'un enfant dont il s'est déclaré le père, pris le nom de Jacques, et non celui de Jean, qui était son véritable prénom ; que le prénom de Jacques appartient au frère dudit Jean Franck ; que ledit J. Franck est prévenu d'avoir déclaré le prénom de son frère dans cet acte de naissance qui a été dressé par le maire, et qui a été signé par ledit Franck ; d'après cette déclaration, considérant que ledit Franck est prévenu, en outre d'avoir faussement déclaré que Gertrude Pisters était son épouse légitime, tandis qu'elle n'était que sa concubine ; Considérant que, quoique sous le rapport de cette dernière prévention, on ne doit reconnaître qu'une fausse déclaration qui ne constitue qu'un mensonge et non le crime de faux, il n'en est pas de même de la première qui constitue un véritable crime de faux* » : Cass. crim., 5 février 1808, affaire *M. le Pr. G. de la Roër c./ C. Franck*, S. 1809, p. 88.

683. « *Les actes de l'état civil sont certainement des actes publics et authentiques ; et il n'y a pas à distinguer entre l'acte lui-même consigné sur les registres et les expéditions qui en sont officiellement délivrées. L'altération de la vérité dans des registres et papiers domestiques constitue un faux punissable, toutes les fois que ces registres ou papiers sont de nature à fournir devant la justice, non pas une preuve légale, mais simplement un indice ou une présomption. Un extrait des registres de baptême a bien ce caractère, alors surtout qu'il a été produit pour corroborer les fausses énonciations d'un acte de l'état civil relatives à la date de la naissance de la personne qu'il concerne. C'est la première fois que la chambre criminelle paraît avoir eu à se prononcer sur les conséquences pénales des altérations commises dans ces actes* » : Cass. crim 18 avril 1907, *D.* 1909, V, p. 34 ; « *Constitue un faux en écriture publique et authentique, le fait de reconnaître devant l'officier de l'état civil, sous un faux nom, un enfant naturel et de signer de ce faux nom cette reconnaissance. Le préjudice auquel peut donner lieu le crime de faux dans un acte public et authentique résulte nécessairement d'une falsification de cette nature à raison de l'atteinte portée à l'ordre social* » : Cass. crim. 23 juin 1928, *bull. crim.* 1928, n° 191.

684. Cass. crim, 8 mars 1988, pourvoi n° 87-92108, *bull. crim.* 1988, n° 117, p. 296 ; W. JEANDIDIER, note sous cass. crim. 8 mars 1988, affaire *L... R... et autres*, *JCP* 1989, II, 21162 ; E.-S. DE LA MARINIERRE, note sous cass. crim. 8 mars 1988, affaire *L... R... et autres*, *D.* 1989, p. 528.

manifeste dans cette hypothèse puisque l'enfant avait été reconnu par un tiers insolvable pour exonérer le père génétique de ses obligations matérielles. En effet, dans la mesure où le faux est constitué dès lors que le document est rédigé, le fait pour l'auteur de pouvoir revenir sur la reconnaissance n'aurait pas dû permettre de l'exonérer de sa responsabilité pénale, et cela d'autant plus qu'il avait été payé par le véritable père pour se soustraire à ses obligations familiales⁶⁸⁵. Mais comme l'avançait la doctrine à l'époque, « la réclusion criminelle de dix à vingt ans serait ici une peine bien lourde. Et faute de pouvoir avoir recours à une qualification correctionnelle en matière de faux, la Cour de cassation indique une éventuelle piste, celle de l'escroquerie »⁶⁸⁶.

Il est socialement admis en France que l'on puisse, dans une certaine mesure, disposer de l'état des enfants⁶⁸⁷. Plus largement en Europe, il semble qu'une certaine pudeur pénale permette de faire cohabiter une filiation officielle et une filiation supposée sans qu'il apparaisse nécessaire de trancher⁶⁸⁸. Peut-être cette relative clémence est-elle destinée à ne pas décourager les vocations romantiques, qui au fond servent bien souvent l'intérêt patrimonial de l'enfant en lui offrant un second débiteur d'aliments lorsque l'on est sans nouvelle du premier⁶⁸⁹. Toutefois, l'émergence combinée de nouveaux modes de procréation, et de la prise en compte du nouveau droit de l'enfant de connaître ses origines pourrait bien, dans l'avenir, modifier ce régime de responsabilité.

685. E.-S. DE LA MARINIERRE, note sous cass. crim. 8 mars 1988, affaire *L... R... et autres*, D. 1989, p. 530.

686. Mais d'ajouter « cette démarche ne saurait à notre sens entraîner l'adhésion. Une telle mansuétude -si relative soit-elle – peut être perçue comme un encouragement et contribuer à l'essor des reconnaissances mensongères. Cela est grave si l'on sait que ces reconnaissances sont une des nombreuses expressions de la sordidité humaine. Les auteurs de ce genre de fraudes cherchent généralement à s'assurer des avantages résultant des droits réciproques attribués par la loi aux rapports de filiation naturelle, ou encore peuvent être animés par la vengeance, par un projet de chantage ou, comme en l'espèce, le désir, moyennant finance, de faire obstacle à l'établissement de la vérité » : W. JEANDIDIER, note sous cass. crim. 8 mars 1988, affaire *L... R... et autres*, JCP 1989, II, 21162.

687. J. RUBELLIN-DEVICHI, « L'adoption et les nouveaux détournements d'institution : adoption ou reconnaissance mensongère de l'enfant par le nouveau conjoint de la mère », *RTD civ.* 1990, p. 253.

688. *Case of Gorgulu v./ Germany*, 26 mai 2004, application n° 74969/01 ; *Case of Rozanski v./ Poland*, 18 août 2006, application n° 55339/00 ; *Affaire Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; *Case of Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07 ; *Case of Schneider v./ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07 ; *Affaire A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10 ; *Case of Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; *Case of Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09.

689. « *La situation de Virginie X... se révèle très dépendante de ses choix de vie personnelle ainsi que le souligne la décision entreprise, sans toutefois que ce seul constat puisse s'assimiler à une motivation. Elle a ainsi accepté que sa petite fille porte un nom qui n'est pas le sien depuis l'âge de deux années et son attention doit être attirée sur les conséquences dommageables pour une enfant de neuf ans connue sous ce patronyme dans son quotidien scolaire et amical d'avoir à en changer en ce qu'elle portera du fait de l'annulation de la reconnaissance de Philippe Y... le nom de X... Elle est en conséquence condamnée in solidum avec l'auteur de la reconnaissance, qui ne pouvait ignorer le caractère mensonger à payer à la présidente des mineurs prise en sa qualité d'administrateur ad hoc de Gabrielle, la somme de 1500 euro* » : cour d'appel de Lyon, 19 décembre 2011, affaire *X... c./ Y...*, RG : 09/07978.

En effet, jusqu'à présent il s'agissait de reconnaissances de complaisance pour des enfants qui n'avaient pas été pris en charge par leur véritable père. L'atteinte à l'ordre public et la souffrance de l'enfant étaient évalués au moment de la rupture du couple parental. Qu'advient-il en jurisprudence, lorsque la rupture ne sera plus celle des parents entre eux, mais celle de l'enfant avec ces parents, qui fera valoir : qu'il souffre d'avoir découvert qu'il avait été conçu par convention de femme porteuse à l'étranger ; qu'il est issu d'une adoption douteuse ; ou d'une insémination au profit d'une femme seule ? Pourra-t-il demander réparation à l'État pour ne pas avoir sanctionné ceux qui l'ont soustrait à son pays d'origine ? Pourra-t-il demander réparation à l'État pour le dommage qu'il estimera avoir subi du fait d'avoir découvert qu'ils n'étaient pas « ses » parents et que rien n'a été fait pour les décourager de mal agir, pour le maintenir dans son pays ou dans sa famille d'origine ? L'article 371 du Code civil aura-t-il encore un sens pour ces « familles » étudiées sous l'angle des nouveaux droits de l'Homme⁶⁹⁰?

112. Responsabilité civile des parents. En matière civile, les choses sont différentes. Les sanctions sont fréquentes⁶⁹¹. Chaque année, les nombreuses ruptures de couple entraînent avec elles le repentir et incitent les bienfaiteurs d'hier à compter⁶⁹². Mais comme le rappelle systématiquement la Cour de cassation, reprendre aujourd'hui ce qui avait été donné hier, c'est voler ! La Haute juridiction se livre en principe à une appréciation *in concreto* de la situation en prenant en compte deux aspects de la filiation de l'enfant : le droit au nom et le droit à l'immutabilité de l'état⁶⁹³. Selon elle, le titre sciemment mensonger donne à l'enfant un statut précaire, qui par sa fragilité intrinsèque cause un préjudice à l'enfant lorsqu'il est rompu⁶⁹⁴. Le plus souvent, si elle considère que l'enfant ne doit pas être maintenu dans un état

⁶⁹⁰. H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP* 2013, n° 23, pp. 1123-1133.

⁶⁹¹. « *La reconnaissance souscrite le 13 janvier 2003 par M. Ludovic Y... à l'égard de l'enfant Alison ayant été annulée sur la base du rapport d'expertise déposé le 16 mai 2009 établissant que M. Y... ne peut pas être le père de l'enfant, et la filiation de l'enfant n'étant établie qu'à l'égard de la mère, Lucie X..., c'est à bon droit que l'ensemble des parties sollicite que l'enfant porte désormais le nom de sa mère X... Par infirmation du premier jugement il convient donc de décider qu'Alison portera désormais le nom patronymique de X... et d'en ordonner mention sur l'action de naissance sus-visé. [...] C'est au détriment de l'intérêt supérieur d'Alison que M. Y... et Mme Y..., durant de nombreuses années, ont de concert alimenté un mensonge qui a permis la création de liens juridiques, que l'un et l'autre n'ont pas souhaité ensuite assumer. La manifestation de la vérité biologique, si elle est un élément important pour l'enfant, laisse cependant un vide à la place de la filiation paternelle. En conséquence madame la Présidente de la Commission des mineurs est bien fondée à solliciter les condamnations de Ludovic Y... et Lucie X... à lui verser, en réparation du préjudice subi par Alison, à titre de dommages et intérêt, un euro symbolique chacun » : cour d'appel de Lyon, 19 décembre 2011, affaire X... c./ Y..., RG : 10/04065.*

⁶⁹². D. HUET-WEILLER, note sous cour d'appel de Toulouse, 21 septembre 1987, affaire B... c./ Dame F..., *D.* 1988, P. 184.

⁶⁹³. R. SAVATIER, « Les légitimations de complaisance », *D.* 1949, chr., p. 9.

⁶⁹⁴. « *Est légalement justifiée la décision qui fait droit à une demande en réparation du préjudice subi par un enfant du fait de l'annulation de la reconnaissance de paternité et de sa légitimation consécutive, dès lors qu'il a*

qui n'est pas le sien⁶⁹⁵, elle condamne également l'auteur de la reconnaissance mensongère à le dédommager du préjudice qu'il a subi, afin de compenser la perte de ce débiteur d'aliments.

Ainsi par exemple, la Cour de cassation avait approuvé une cour d'appel qui trouvait dans l'action en annulation par un homme d'une reconnaissance et d'une légitimation mensongère, une faute génératrice d'un préjudice dont il devait réparation à l'enfant : « *cette faute ayant en effet pour conséquence de compromettre la stabilité de l'état civil de l'enfant, en lui faisant perdre sa qualité d'enfant légitime et son nom patronymique* »⁶⁹⁶. Cependant, la condamnation n'est pas systématique, en particulier lorsque l'homme avait des raisons légitimes de croire qu'il était le père de l'enfant. Par exemple, dans une décision de 1998, la Cour de cassation donnait raison à la cour d'appel d'avoir « *exactement décidé que M. Alain Y... n'étant pas à l'origine de l'instance, sur le mérite de laquelle il avait déclaré s'en rapporter à la justice, il ne pouvait lui être fait grief d'avoir failli à l'engagement qu'il avait pris de subvenir, comme un père, aux besoins de Johanna* »⁶⁹⁷.

La Cour de cassation a hésité sur la qualification à donner à la reconnaissance mensongère, admettant dans un premier temps l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice subi par l'enfant du fait de l'annulation de la reconnaissance mensongère⁶⁹⁸. De manière peut être plus audacieuse, elle a aussi parfois retenu que la reconnaissance

été observé que celui qui a reconnu l'enfant, l'a fait en altérant sciemment la vérité et que cet enfant a été pourvu pendant près de douze ans d'un état et d'un nom qui ne lui appartenaient pas et dont il a été privé à la suite de l'annulation de la légitimation. En effet, en faisant une fausse déclaration de reconnaissance de l'enfant dont l'effet restait suspendu à celui d'une action en contestation, qu'il était au pouvoir du déclarant d'introduire, comme il s'y est résolu par la suite, celui-ci a commis une faute et cette faute a eu pour résultat de compromettre la stabilité de l'état civil de cet enfant, sur laquelle ce dernier pouvait légitimement compter, lui causant un préjudice certain dont il lui est dû réparation » : Cass. civ. 2em, 2 décembre 1960, affaire Caraty ; J. SAVATIER, note sous arrêt, JCP 1960, II, 11689.

695. « *Doit être annulée, comme faisant état d'une filiation biologiquement inexacte, la reconnaissance d'un enfant naturel faite antérieurement à la naissance d'un enfant qui s'est révélé métissé, alors que la mère et le père prétendu ne présentent aucun caractère négroïde. Cette annulation entraînant nécessairement celle de la légitimation subséquente, qui n'est intervenue que comme conséquence du mariage et ne constitue nullement une réitération de la reconnaissance antérieure. L'auteur de la reconnaissance ne doit pas être condamné à des dommages et intérêts dès lors que la reconnaissance souscrite était une reconnaissance prénatale et que le demandeur affirme avoir ignoré à ce moment que l'enfant n'était pas issu de ses œuvres, la mère ne rapportant pas la preuve, qui lui incombe, d'un comportement fautif du père prétendu lors de sa déclaration de reconnaissance » : Tribunal de grande instance de la Seine, 14 décembre 1964, affaire X... c./ Dame Y..., épouse X... ; A. ROUAST, note sous arrêt, D. 1965, p. 507.*

696. Cass. civ. 1re, 4 mars 1981, pourvoi n° 80-10328, *bull.* 1981, I, n° 81.

697. Cass. civ. 1re, 16 juin 1998, pourvoi n° 96-16277, *bull.* 1998, I, n° 215, p. 149 ; M. REBOURG, « Le changement de nom de l'enfant naturel mineur à la suite de l'annulation d'une reconnaissance mensongère », *LPA* février 1999, n° 39, p. 7 ; J. MASSIP, « Conséquences de l'annulation d'une reconnaissance de paternité notamment quant au nom de l'enfant », *defrénois* mars 1999, n° 5, p. 305 ; J. MASSIP, note sous arrêt, D. 1999, n° 24, pp. 360-361 ; F. GRANET, note sous arrêt, D. 1998, p. 355.

698. Ph. MELIN, « Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile », *gaz. pal.* avril 2002, n° 110, p. 2.

mensongère constituerait une forme d'obligation morale de se comporter comme le père de l'enfant, sans qu'il ne soit possible ensuite de revenir sur cet engagement⁶⁹⁹. Enfin, à partir de la découverte de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, c'est sur ce modèle de la responsabilité civile de l'auteur d'une reconnaissance mensongère que l'on a construit un nouveau droit de la filiation.

B – La reconnaissance de procréation artificielle, une filiation obligatoire

113. Droits de l'enfant. Lorsqu'il s'agit de traiter des atteintes aux droits de l'enfant, il faut mettre en balance le droit d'un tiers avec le droit de l'enfant pour déterminer : s'il existe une atteinte ; si elle était légitime dans une société démocratique ; et si cette atteinte était ou non proportionnée au but poursuivi. La génération des êtres humains par des méthodes scientifiques invite à une approche inédite des atteintes qui peuvent être portées aux droits de l'enfant puisqu'il s'agit d'une atteinte qui a lieu, par hypothèse, avant l'acquisition de la personnalité juridique⁷⁰⁰. De plus, il ne s'agit pas de retirer quelque chose à l'enfant ; au contraire il s'agit de le procréer, donc de lui donner la vie⁷⁰¹. Dès lors, l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles qui dispose que « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* » trouve à s'appliquer. L'enfant ne peut pas invoquer sa naissance comme source de préjudice, y compris s'il a été procréé de manière illicite ! Pourtant, dans la mesure où ces pratiques tendent à diminuer la part de hasard à l'origine de l'identité génétique de l'enfant, il faudrait s'interroger sur leur conformité avec l'article 16-4 du Code civil qui dispose que « *Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite* »⁷⁰². L'enfant qui a le droit de connaître ses origines ne pourrait-il pas un jour invoquer les souffrances liées à la connaissance de son histoire personnelle pour démontrer un préjudice, non pas du fait de sa naissance, mais du fait de l'absence de hasard à l'origine de sa procréation⁷⁰³?

114. Reconnaissance obligatoire. Comme pour la reconnaissance de

⁶⁹⁹. Cass. civ. 1er, 10 juillet 1990, pourvoi n° 88-15105, *bull.* 1990, I, n° 196, p. 139.

⁷⁰⁰. Voir *supra* n° 25.

⁷⁰¹. N. HAOULIA, « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *LPA* octobre 2013, n° 204, p. 7-14.

⁷⁰². Affaire *S. H. et autres c./ Autriche*, 3 novembre 2011, requête n° 57813/00 ; Affaire *Costa et Pavan c./ Italie*, 28 août 2012, requête n° 54270/10.

⁷⁰³. N. CASSAVETES, *Ma vie pour la tienne (My sister's keeper)*, d'après le roman de Jodi Picoult *Ma vie pour la tienne*, C. DIAZ, J. PATRIC, A. BRESLIN, États Unis, juin 2009, drame, 109 min.

complaisance, la reconnaissance réalisée à la suite d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur a pour conséquence d'établir un lien de filiation dont il est certain qu'il est génétiquement inexact⁷⁰⁴. Jusqu'à la loi de 1994 relative à la procréation médicalement assistée, les tribunaux y voyaient une reconnaissance mensongère qu'il était possible de rompre à tout moment pour le compagnon de la femme. La doctrine considérait d'ailleurs qu'il n'était pas utile de maintenir de force un lien de filiation qui ne pouvait pas s'épanouir, sous réserve de dédommager la mère et l'enfant de la rupture de ce lien⁷⁰⁵.

Désormais, elle est prévue par la loi⁷⁰⁶. Il faut en effet déduire des énonciations de l'article 311-20 que, sauf à démontrer que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée, celui qui a consenti à la procréation médicalement assistée se trouve dans l'obligation de reconnaître l'enfant qu'il a appelé à la vie sous peine « *d'engager sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant* ». Dans la mesure où il découle notamment des articles 323 et 458 du Code civil que la reconnaissance est un acte indisponible, discrétionnaire et personnel, insusceptible de représentation, il ne devrait pas être possible de s'engager par avance à y procéder⁷⁰⁷. La reconnaissance faite à la suite d'une procréation médicalement assistée est pourtant obligatoire⁷⁰⁸, ce qui lui fait perdre ses caractères de discrétion et d'indisponibilité pour entrer dans le champ contractuel⁷⁰⁹. Le législateur n'est toutefois pas allé jusqu'à permettre la représentation en cas de décès ou d'impossibilité factuelle de procéder à la reconnaissance : la mère, au nom de l'enfant, doit intervenir pour faire déclarer judiciairement la paternité conformément aux articles 328 et suivants du Code civil.

115. Validité du consentement. Il reste que même dans ce cas, l'établissement de la filiation paternelle est fondé sur la seule volonté du père d'être associé à sa compagne pour une procréation médicalement assistée. Les vices du consentement qui ont perdu de leur intérêt depuis que la Cour de cassation a affirmé que l'expertise génétique était de droit en matière de contentieux relatif à la filiation peuvent être utilement invoqués⁷¹⁰; ne

⁷⁰⁴. D. HUET-WEILLER, note sous cour d'appel de Toulouse, 21 septembre 1987, affaire *B... c./ Dame F...*, D. 1988, P. 184.

⁷⁰⁵. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Procréations assistées et filiation », *RTD civ.* 1987, p. 726.

⁷⁰⁶. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les procréations assistées : état des questions », *RTD civ.* 1987, p. 457.

⁷⁰⁷. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1051, p. 423.

⁷⁰⁸. B. CADORÉ, « L'éthique interrogée par le droit à propos des greffes de filiation », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, p.3.

⁷⁰⁹. J. HAUSER, « L'enfant », *gaz. pal.* 2013, n° 89, p. 27.

⁷¹⁰. Voir *supra* n° 98.

pourrait-on pas plaider par exemple la tromperie, la violence ou la contrainte morale pour annuler l'engagement de reconnaître l'enfant⁷¹¹ ? Afin de diminuer cet inconvénient, la procréation médicalement assistée, qui est un processus de long terme, implique un consentement continu que l'on peut révoquer à tout instant⁷¹². L'exigence de la permanence du consentement est absolue, et cela d'autant plus qu'il dépend en grande partie de la capacité d'acceptation de la situation d'infertilité dans laquelle il se trouve⁷¹³. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de l'affirmer dans une décision récente : l'un ou l'autre membre du couple peut à tout moment retirer son consentement, y compris lorsque cette décision unilatérale aurait pour conséquence la perte des seuls embryons porteurs du patrimoine génétique de l'autre membre du couple⁷¹⁴.

116. Nouvelle forme de filiation. Un être humain est créé par la société à la demande d'un couple et leur est affilié sans contrepartie. Le mécanisme était inédit parce qu'il n'implique plus de contact corporel entre un homme et une femme pour procréer l'enfant⁷¹⁵. Ni la technique de la reconnaissance dont la crédibilité est fondée sur l'apparence de la relation charnelle, ni celui de l'adoption fondé sur l'intérêt de l'enfant de bénéficier d'une famille de substitution en cas d'abandon n'étaient adaptées pour établir le lien entre les parents et l'enfant⁷¹⁶. De plus, l'intervention d'un tiers donneur dans le processus de procréation invitait à repenser la conception même de la notion de « vérité » dans la filiation. Il fallait innover. Mais le législateur s'est contenté d'utiliser la reconnaissance pour établir la filiation paternelle en cas de procréation médicalement assistée. Or, tout particulièrement lorsqu'elle implique l'intervention d'un tiers donneur, la reconnaissance n'est pas adaptée. Certes, il s'agissait de ménager la dignité des parents infertiles en les autorisant, par une reconnaissance -mensongère-, à faire valoir leur volonté d'être père. Sans doute y avait-il aussi un déni de reconnaître l'existence d'une convention portant sur la procréation d'un être humain⁷¹⁷. Mais il

711. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 748, p. 508.

712. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1042, p. 419.

713. G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 183.

714. Affaire *Evans c./ Royaume-Uni*, 10 avril 2007, requête n° 6339/05, § 80 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Droit d'être mère versus droit de ne pas être père », *RLDC* 2007 ; P. HILT, « Si avoir un enfant n'est pas un droit, la décision de devenir parent, elle, mérite néanmoins du respect », *revue d'actualité juridique, l'Europe des libertés*, n° 25, pp. 2-8 ; H. MILLER, « Médecine », *gaz. pal.* 2006, n° 243, p. 37 ; F. BELLIVIER, Ch. NOIVILLE, « Les juges de Strasbourg et l'assistance médicale à la procréation : le contrat contre les droits de l'Homme ? », *revue des contrats* octobre 2007, n° 4, p. 1321 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La triste fin des embryons *in vitro* du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits du Mâle », *RTD civ.* 2007, p. 295 ; J. HAUSER, « L'embryon et le couple séparé : la notion de vie privée comprend le droit de devenir ou de ne pas devenir parent », *RTD civ.* 2007, p. 545.

715. G. RAYMOND, « La procréation artificielle et le droit français », *JCP* 1983, I, n° 3114.

716. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 916, p. 665.

717. « On peut toutefois se demander si le respect de la personne humaine n'est pas, à ce point, poussé trop loin. En effet, dès lors que le sang humain peut être cédé, il n'y a pas de raison qu'il ne puisse être vendu. Il n'y a

semble que dans certains cas, ce mensonge n'est pas toujours assez solide pour générer dans toutes les familles le sentiment d'appropriation générationnel nécessaire à l'épanouissement du lien de filiation⁷¹⁸.

La loi de 1972 qui a introduit la notion d'exactitude génétique dans le droit de la filiation a en parti occulté la vraie nature de la reconnaissance en mettant au grand jour l'existence, désormais vérifiable, de filiations mensongères⁷¹⁹. Contrairement à ce que l'on peut parfois avancer, la reconnaissance n'a pas de valeur juridique en ce qu'elle retranscrit une vérité, que par hypothèse on ne connaît pas. Elle n'a pas vocation à être une certitude. En principe indémontrable, la reconnaissance énonce une vérité indéfinie, que l'écoulement du temps, par le jeu de la possession d'état, empêche parfois de vérifier. Elle trouve sa force dans la crédibilité de la parole de celui qui reconnaît⁷²⁰. Plus encore, la reconnaissance de paternité trouve exactement sa source dans la confiance inspirée par la parole de la femme avec laquelle l'homme a eu un rapport sexuel, qu'il relaye ensuite comme étant la vérité en procédant « officiellement » à la reconnaissance de l'enfant⁷²¹. La reconnaissance relèverait du même mécanisme que la Révélation, source dogmatique de droit, fondée sur le témoignage, dont l'autorité et la force émanent de la foi qu'il inspire aux Hommes⁷²².

rien de dégradant, pour la personne, à ce qu'on évalue en argent, par exemple, le préjudice qu'elle subit du fait de la perte d'un membre, cela se fait chaque jour et nul ne s'en est jamais indigné. M. le doyen Rodière estime que le législateur a employé des vocables mondains et des euphémismes pour ne pas parler de vente de sang » : A. DECOQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, thèse, n° 177, p. 119.

718. « Inversement, il a été beaucoup question, ces dernières années, de l'insémination artificielle, laquelle a dépassé le stade des expériences. Le législateur français n'a pas pris position sur cette question, c'est dire qu'il n'interdit pas mais n'encourage pas non plus l'utilisation de cette technique. Réalisée avec la semence d'un donneur, la fécondation artificielle présente l'inconvénient de comporter nécessairement l'intervention d'un étalon qui fait commerce de son corps et que le besoin ou l'amour du gain pousse à jouer le rôle de père inconnu. Pratiquée sur une femme mariée, avec le consentement du mari, elle comporte néanmoins des inconvénients d'ordre psychologique, le mari souffrant de sa mauvaise conscience sexuelle » : R. NERSON, « L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil », *RTD civ.* 1970, p. 678.

719. G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD civ.* 2005, p. 33.

720. J.-P. LABORDE, « La reconnaissance », *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, p. 421.

721. Il est courant que les discussions à propos d'un enfant portent sur des ressemblances supposées avec « ses » ascendants. A travers cet usage populaire, il y a inconsciemment la mise à l'épreuve de la parole de celui qui a reconnu ou de celle qui prétend que l'enfant est « le sien ». Voir par exemple à propos d'un échange d'enfant à la maternité : O. MILLOT, « Sophie et Manon Serrano. En dépit du bon sang », *Libération* 14 avril 2013, http://www.liberation.fr/societe/2013/04/14/sophie-et-manon-serrano-en-depit-du-bon-sang_896090.

722. « Cela dit, les préceptes issus de la révélation se reconnaissent aussi, en parfait harmonie avec la notion même de prescription religieuse, à leur caractère rigoureusement indémontrable : critère matériel si l'on veut. Le dogme, par définition, ne se discute pas et ne donne même pas lieu à justification. Comme dit à un tout autre propos l'héroïne de Beaumarchais, prouver que j'ai raison, serait accorder que je puis avoir tort. Dans un système de droit révélé, le juriste se doit de prendre les prescriptions des textes sacrés comme une donnée de base irréfutable, au lieu d'expliquer banalement le droit positif par des arguments qui se veulent rationnels » : Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, p. 12.

La principale question est peut être celle de savoir qui sont les parents d'un enfant⁷²³? D'une certaine manière, la reconnaissance n'est qu'un point de vue exprimé sur la vérité de la filiation. Une notion sur laquelle il ne pourrait jamais exister de certitude⁷²⁴. Subjective par essence, la vérité de la reconnaissance n'est donc pas liée à la notion scientifique de certitude, mais à la notion de loyauté : la reconnaissance est un acte de foi, l'acte de celui qui a cru, et qui est cru sur parole⁷²⁵. Elle implique une confiance réciproque entre celui qui l'énonce et celui qui la reçoit ; une confiance initiée par l'acte charnel à l'origine de la procréation⁷²⁶. La reconnaissance ne serait jamais un acte de volonté pure, puisque nul ne peut décider de ce à quoi il croit. La reconnaissance faite de bonne foi, relèverait d'une autre dimension, plus personnelle et mystique, plus complexe aussi⁷²⁷. D'ailleurs, même pour celui qui « voudrait » une filiation, la démonstration objective et scientifique de la certitude biologique détruit la parole retranscrite par la reconnaissance lorsqu'elle est contraire ; elle la submerge lorsqu'elle la confirme. L'acte de volonté pure ne peut pas y survivre⁷²⁸. Dans les deux cas, ce n'est plus la parole du déclarant qui établit la/sa vérité, mais l'existence d'un élément considéré socialement comme objectif et incontestable, et pour cela nécessairement extérieur au déclarant : une certitude⁷²⁹. La connaissance de ce fait n'est pas destiné à susciter

723. Pour trancher certains conflits relatifs à la filiation de l'enfant, la Cour européenne des droits de l'Homme n'hésite pas à se fonder sur les intentions qui étaient véhiculées au moment des débats des requérants. Ainsi, dans des circonstances factuelles proches (relation de plusieurs mois avec la mère de l'enfant), elle a pu soit admettre que le père avait un droit plus ou moins étendu à entretenir un lien avec l'enfant, soit au contraire estimé que la « relation purement sexuelle » qu'ils avaient entretenue ne justifiait pas qu'il garde un contact avec l'enfant : Affaire *Keegan c./ Irlande*, 26 mai 1994, requête n° 16969/90, § 45 ; Affaire *Soderback c./ Suède*, 28 octobre 1998, requête n° 113/1997/897/1109, § 32-33 ; Affaire *Lebbink c./ Pays-Bas*, 1er juin 2004, requête n° 45582/99 ; Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07 ; Case of *Schneider v./ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07 ; Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09, § 59.

724. P. AMSELEK, « La question de la vérité aujourd'hui : bref essai de mise en perspective », *RRJ* 2008, p. 632.

725. « La paternité du mari, on le sait bien, ne repose pas seulement, dans notre loi, sur une probabilité physique, mais d'abord sur un acte volontaire de confiance » : R. SAVATIER, « Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie », *D.* 1948, chr. IX, p. 36.

726. Pour aller dans le même sens que les observations de la Cour européenne des droits de l'Homme, certains hommes évoquent la trahison, lorsqu'une femme utilise leurs rapports « purement sexuels » dans un but procréatif. C'est donc qu'il existe dans l'inconscient collectif une confiance nécessaire qui sous-tend les rapprochements physiques lorsqu'ils sont dirigés vers la procréation : M. PLARD, *Paternités imposées, un sujet tabou*, LLL, Mayenne, 2013, 202 p..

727. « Il y a dans toute paternité, même biologiquement démontrée, une part de fiction fondamentale indépendante de la question des possibilités de preuve. En étant provocateur et excessif on pourrait dire pour frapper que toute paternité est au moins partiellement fictive, ce qui change, c'est la source de cette fiction. La fiction légale, l'ordre public, moralement fondée a été changée contre une fiction sociologique qui n'est pas plus scientifique que la première » : J. HAUSER, « La distinction de l'homme et de la femme : approche pluridisciplinaire. La paternité est-elle biologique ou sociologique ? », *RRJ* 2004, p. 2066.

728. Voir *supra* n° 108.

729. Par exemple, la reconnaissance de maternité qui est en pratique soumise à la présentation d'un certificat d'accouchement n'est pas tout à fait une reconnaissance. Puisque l'on exige la présentation de ce document, c'est que la femme n'est pas crue sur parole. Cependant, la présentation du document, n'est encore qu'une preuve indirecte de la maternité, qui renvoie à la loyauté dans les modalités de sa délivrance. La femme n'a pas les moyens matériels de vérifier que l'enfant est bien le sien : O. MILLOT, « Sophie et Manon Serrano. En dépit du bon sang », *Libération* 14 avril 2013, <http://www.liberation.fr/societe/2013/04/14/sophie-et-manon-serrano-en>

des vocations parentales, mais simplement permet à la société de trancher des conflits. La certitude n'existerait qu'en cas de défaillance. La reconnaissance n'est donc pas un mode d'établissement de la filiation adapté à la procréation médicalement assistée parce qu'elle revient à retranscrire une certitude contre-nature de non parenté, pour établir la filiation.

Certes, le législateur a pensé à rendre cette parole crédible pour les tiers en ménageant le secret de l'acte initiant la procréation de l'enfant. Mais en revanche, il n'avait pas le pouvoir de rendre cette parole crédible pour le déclarant lui-même ou sa compagne. Ils savent que leurs relations sexuelles sont stériles et qu'elles ne sont pas à l'origine de cette filiation. La filiation, qui est donc vraie au sens juridique du terme, devient mensongère dans leur esprit parce que la norme sociale à laquelle ils se réfèrent est celle de l'exactitude génétique⁷³⁰. Cette distorsion *in radice* empêche probablement un certain nombre de pères de se projeter complètement dans la filiation de l'enfant qu'ils ont pourtant consenti à appeler à la vie. La question, déjà ancienne, de savoir « quelles filiations est-il possible de reconnaître ? » prend désormais une tournure négative⁷³¹. Il y aurait des filiations qui ne peuvent jamais relever de la reconnaissance, du fait de la nature spécifique de l'acte de reconnaissance qui est certes un acte de volonté, mais qui est initié non par la connaissance objective de « la » vérité, mais par la foi, subjective, dans « une » vérité. Le lien de filiation ne serait donc pas réversible. Il aurait besoin pour s'épanouir d'être une vérité de la famille retranscrite par la société, et non pas une vérité sociale, que la famille serait obligée de retranscrire⁷³².

Comme en matière de reconnaissance mensongère, l'existence d'un contentieux visant à rompre le lien de filiation paternel, laisse croire que la reconnaissance n'est pas adaptée à l'établissement de la filiation par procréation médicalement assistée avec tiers donneur. Or il ne faut pas perdre de vue que, pour préserver l'intérêt de l'enfant, et finalement

depit-du-bon-sang_896090.

730. « Le danger n'est pas tant dans la recherche de la vérité que dans la création de besoins nouveaux issus de la science » : G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 60.

731. « Les autres types de reconnaissance reposent au contraire sur la libre appréciation et, dans ce cas, la question est comme toujours celle du degré de cette liberté. Peut-on tout reconnaître ? Peut-on ne pas reconnaître l'évidence ? Quelle que soit l'indéniable valeur d'une reconnaissance libre et réfléchie, force est de constater que tout ne lui est pas ouvert et que le droit fixe toujours, à toute initiative humaine, les limites de l'ordre public. Ainsi, longtemps fut-il exclu de reconnaître une paternité ou une maternité adultérine et il l'est encore de faire apparaître une filiation incestueuse » : J.-P. LABORDE, « La reconnaissance », *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, p. 428.

732. La question de l'abandon d'enfant, ou des paternités « imposées » dans le cadre des filiations génétiquement exactes montre bien cette difficulté d'appropriation générationnelle de l'enfant lorsque la société impose aux individus un lien qu'ils n'estiment pas « légitime ». Pour l'enfant, les conséquences peuvent être par exemple la maltraitance, ou le non paiement des pensions alimentaires.

celui de tous les justiciables, la loi doit être pensée pour ne pas devoir être utilisée⁷³³. Évidente, elle s'impose à tous à la condition d'être pensée pour tous ; ce n'est qu'à cette condition que le non-droit peut laisser s'épanouir la « paix des familles », cette sphère paisible au sein de laquelle le droit devient inutile.

Ici au contraire, la loi a été conçue pour éviter ou régler les conflits de filiation, et non pour créer la filiation. Il faut regretter que cette loi ait été pensée pour les juristes et non pour ces nouvelles familles qui sont maintenues dans la certitude d'une déviance secrète dont elles ne parviennent pas toutes à surmonter la charge. Il fallait trouver le moyen de susciter la filiation au delà du lien juridique, parce que si le droit a le pouvoir de retranscrire, dans son langage, des sentiments d'appropriation réciproque, il n'a en revanche pas le pouvoir inverse de contraindre à éprouver ces mêmes sentiments. L'émergence sociale de nouveaux couples ostensiblement stériles et le désir d'enfant qu'ils revendiquent va impliquer de retranscrire juridiquement un « droit à... » l'enfant, déjà largement admis dans les faits⁷³⁴. Il est urgent de repenser la constitution du lien de filiation hors relation charnelle pour garantir à l'enfant la contrepartie d'un droit à de vrais parents, c'est-à-dire des représentants légaux à l'aise, socialement acceptés et valorisés dans le lien qu'ils ont souhaité construire avec lui.

117. Femme porteuse. Lorsque l'enfant est procréé à partir des gamètes de son père, la reconnaissance peut sembler plus adaptée, puisqu'elle retranscrit une parole crédible tant pour les tiers que pour le père lui-même : l'absence de relation sexuelle à l'origine de la procréation est compensée par la certitude génétique d'être le parent. Pour autant, ce mode d'établissement de la filiation pose tout de même des difficultés lorsque la femme voudrait suivre la même voie⁷³⁵. L'homme et la femme ne sont pas sur un pied d'égalité, puisque la reconnaissance de l'enfant par la femme n'est possible qu'à la condition d'avoir accouché de l'enfant⁷³⁶. Ce n'est donc pas sa parole qui est crue, mais le fait matériel de l'accouchement ; un document délivré par les tiers. La femme n'aurait-elle pas de parole

733. « La réflexion maximisante est que le non-droit n'est pas simplement le non-contentieux. Il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que presque toutes les relations juridiques se nouent, se déroulent et se dénouent à l'amiable, dans un minimum de sociabilité. C'est pourquoi la sociologie juridique pose quasi en axiome que le contentieux, cette pathologie, est infiniment plus petit que le droit. Mais l'hypothèse du non-droit ne se réduit pas à n'être qu'un non-contentieux : elle a un sens beaucoup plus grave : c'est que l'homme pourrait bien n'avoir pas même besoin du droit » : J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, p. 26.

734. F. MONÉGER, « L'adoption simple de trois enfants par la partenaire « pacsée » de leur mère », *RDSS* 2002, p. 121 ; P. MURAT, « Adoption simple par le membre d'un PACS des enfants de l'autre partenaire », *dt. Fam.* décembre 2001, n° 116, p. 18.

735. G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 312.

736. Voir *supra* n° 89.

crédible pour affirmer qu'un enfant est le sien au sens génétique du terme ?

L'homme peut reconnaître un enfant en l'absence de rapport sexuel avec une femme, mais en revanche, la femme ne peut pas reconnaître l'enfant dont elle n'a pas accouché. L'obligation du père de reconnaître un enfant qui n'est pas génétiquement le sien interroge le juriste sur la disponibilité de cette action : pourquoi refuse-t-on à la mère génétique de l'enfant de le reconnaître lorsqu'il a été porté par une autre femme, alors qu'un homme, qui n'est pas le père génétique de l'enfant, est obligé légalement de le faire, sans même l'exigence d'une reconnaissance sociale de son lien juridique de couple avec la femme qui a accouché⁷³⁷? L'argument en apparence absolu de la prohibition de disposer de l'état de l'enfant à naître n'est-il pas entamé⁷³⁸ ?

118. Acte de reconnaissance constitutif de filiation. A une époque où les deux parents sont mis sur un pied d'égalité face aux devoirs qu'ils ont à l'égard de l'enfant, à l'heure de l'homoparentalité, il est piquant de noter que l'homme a la possibilité de disposer de l'état de l'enfant, alors que la femme ne le peut pas. La femme n'ayant pas porté l'enfant, n'aurait pas l'apparence d'une mère, alors que l'homme qui ne doit pas même produire un certificat de concubinage de deux ans pourrait avoir l'apparence d'un père ? En effet, le législateur n'exige pas qu'il existe une apparence de vie de couple entre les demandeurs d'une procréation médicalement assistée, puisque l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique n'impose plus aux concubins la preuve d'une communauté de vie de deux ans⁷³⁹, ce qui,

⁷³⁷. La procréation médicalement assistée est désormais ouverte aux couples de concubins sans qu'ils aient l'obligation de justifier de la stabilité de leur concubinage par l'ancien délai de deux ans.

⁷³⁸. P. KAYSER, « Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle », *D.* 1987, chr. XXXV, p. 196.

⁷³⁹. Article L. 2141-2 du Code de la santé publique : « *L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des 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, ainsi 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* ». Il faut noter les diverses modifications du texte, et notamment la relégation de la nécessité pathologique dans une phrase qui sera probablement supprimée lors d'une prochaine modification de la loi : « *L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle 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. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des 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, ainsi que la révélation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation* ».

paradoxalement, laisse entrouverte la porte aux conventions de femme porteuse pourtant proscrites énergiquement par le législateur français⁷⁴⁰.

Lorsque l'on se place du point de vue de l'enfant la situation se fait encore plus complexe : la filiation doit être établie au titre de la reconnaissance seulement si elle est conforme à l'exactitude génétique, mais elle doit aussi obligatoirement être établie si elle n'y est pas conforme en cas de procréation médicalement assistée⁷⁴¹. Dans le même temps, la reconnaissance maternelle ne pourra être faite que sur la foi de l'accouchement de la femme quand bien même elle ne serait pas génétiquement exacte, alors que si elle est conforme à l'exactitude génétique mais que la femme ne peut pas prouver son accouchement la reconnaissance est prohibée⁷⁴². En l'absence de tout lien génétique entre le père et l'enfant, la reconnaissance de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée n'est rien d'autre qu'un acte de volonté qui permet de créer artificiellement un lien de filiation. L'article 311-20 du Code civil crée donc une catégorie hybride de reconnaissance : la reconnaissance masculine constitutive de droit⁷⁴³. Cette incohérence de la législation française pourrait bien connaître le même sort que celle de la législation italienne qui avait été critiquée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour son incohérence⁷⁴⁴.

119. Fragilité de la reconnaissance constitutive de droit. Si la reconnaissance faite à la suite d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur est constitutive du lien de filiation paternel, son caractère hybride la prive de la stabilité de la filiation génétique ou de celle de la filiation adoptive⁷⁴⁵. En effet, alors que l'adoption est réputée irrévocable, la reconnaissance pour être inattaquable doit être génétiquement exacte. Toutefois ici, par hypothèse elle ne l'est pas. Conscient de cette fragilité intrinsèque, le

740. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1040, p. 419.

741. D. HUET-WEILLER, note sous arrêt cour d'appel de Toulouse, 21 septembre 1987, affaire *B... c./ Dame F...*, D. 1988, P. 184.

742. Il faudra suivre d'ailleurs à ce sujet les éventuels rebondissements de l'affaire Oger, qui concernait le recueil par les grands-parents d'un enfant issu d'un accouchement anonyme et secret : l'enfant, en l'absence de filiation maternelle, pourra-t-il faire établir le lien de filiation avec sa mère génétique qui est présumée ne jamais avoir accouché ?

743. « La reconnaissance n'est pas en effet un contrat : elle ne crée point de rapport de paternité et de filiation : elle ne fait que les déclarer ». Tribunal Avignon, 23 juin 1897, *Pandectes françaises*, n° 148, p. 723.

744. Affaire *Costa et Pavan c./ Italie*, 28 août 2012, requête n° 54270/10 ; E. PUTMAN, « Droit au diagnostic pré-implantatoire pour le respect de la vie familiale », *RJPF* 2012, n° 9, p. 29 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Le droit des parents de procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs », *RTD civ.* 2012, pp. 697-700 ; C. PICHERAL, « Les prudentes avancées de la Cour EDH en matière d'accès au diagnostic préimplantatoire », *JCP* 2012, n° 43, pp. 1946-1949 ; C. BÉDOS, « L'interdiction du diagnostic préimplantatoire sur la sellette européenne », *RDSS* 2013, pp. 67-72 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2013, n° 3, pp. 92-98.

745. N. COUDOING, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, thèse, p. 289.

législateur a cherché à prémunir l'enfant d'une action en contestation de sa filiation : l'article 311-20 du Code civil dispose que « *le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation* ». Ce dispositif est d'ailleurs renforcé par l'article 311-19 qui empêche l'établissement de tout lien de filiation entre l'enfant et le donneur qui, lui, est le père génétique.

Or si le législateur a prévu une protection de l'enfant en droit, il n'a pas prévu de protection de l'enfant en fait ; contrairement à l'adoption qui est issue d'une décision juridictionnelle publique⁷⁴⁶, la reconnaissance consécutive à une assistance médicale à la procréation ne fait l'objet d'aucune forme de publicité. L'article 311-20 du Code civil dispose même que le consentement doit être recueilli « *dans des conditions garantissant le secret* ». Ni l'enfant, ni les tiers, indépendants ou non, ne sont en mesure ou en droit de connaître les circonstances de la conception de l'enfant⁷⁴⁷. L'action en contestation de la filiation ne sera écartée par le juge, que si l'une des parties relève l'existence d'une procréation médicalement assistée. Il est inexplicable du point de vue de l'enfant que le juge ne soit pas mis en situation de pouvoir connaître et relever d'office la nullité de l'action ; dans toute action relative à la contestation de la filiation, la procédure devrait imposer de délivrer, par exemple, un certificat de non-procréation médicalement assistée pour que la filiation de l'enfant puisse être protégée par le juge en cas de connivence des « parents » de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée pour faire tomber la filiation⁷⁴⁸.

120. L'impossible prise en compte de la cause de la reconnaissance.

L'une des questions qui a été posée par la doctrine, en présence de certaines filiations qualifiées de détournement, est celle de savoir quelle est la place de la cause dans l'établissement de la filiation⁷⁴⁹. En d'autres termes, l'article 336 du Code civil a-t-il vocation à s'appliquer aux cas de filiation paternelle, en principe fondée exclusivement sur un lien génétique qui est ou qui n'est pas⁷⁵⁰. Au vingt-et-unième siècle, la *copula carnalis* est-elle toujours nécessaire pour établir la filiation alors que la plupart des enfants naissent hors

⁷⁴⁶. Article 1177 du Code de procédure civile : « *L'instance obéit aux règles de la procédure en matière contentieuse. L'affaire est instruite et débattue en chambre du conseil, après avis du ministère public. Le jugement est prononcé en audience publique* ».

⁷⁴⁷. Voir *infra* n° 295.

⁷⁴⁸. Cass. civ. 1re, 14 juin 2000, pourvoi n° 98-16122, inédit ; Cass. civ. 1re, 5 février 2002, pourvoi n° 98-22824, inédit.

⁷⁴⁹. P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 409.

⁷⁵⁰. Article 336 du Code civil : « *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* ».

mariage ?

Associée à l'accouchement anonyme et secret, la reconnaissance d'un enfant peut être utilisée dans le cadre d'une convention de femme porteuse avec ou sans recours à la procréation médicalement assistée⁷⁵¹. La législation en matière de prohibition de ce type de convention montre particulièrement ses limites lorsque l'enfant et le père ont entre eux un lien génétique⁷⁵². En effet, le droit de la filiation est fait pour que la reconnaissance d'un enfant corroborée par la certitude génétique rende la filiation paternelle de l'enfant incontestable⁷⁵³, y compris par le ministère public⁷⁵⁴. Contrairement à l'adoption dont la cause peut être déclarée contraire à l'ordre public lorsque l'enfant a été conçu dans le but d'être abandonné, la cause de la reconnaissance est objective⁷⁵⁵. Aucune appréciation d'ordre moral ou juridique, fondée sur les motivations de la reconnaissance, ne doit pouvoir en principe intervenir pour s'y opposer dès lors qu'elle est conforme à l'exactitude génétique⁷⁵⁶. Et encore plus lorsqu'il n'existe aucune preuve d'une intervention médicale dans le processus de procréation⁷⁵⁷! Comment démontrer l'existence d'une intervention médicale si au contraire le couple s'est arrangé pour qu'il existe des preuves d'une relation -adultère- entre le père génétique et la femme dite porteuse⁷⁵⁸? Il faut le rappeler : au terme de l'article 311-20, le consentement à l'opération

751. F. GRANET, « Filiation naturelle », note sous cour d'appel de Riom, affaire *association Enfance et familles d'adoption c./ X... et autre*, 16 décembre 1997, *D.* 1999, p. 198.

752. Cass.civ. 1re, 16 février 1999, pourvois n° 96-21223 et n° 97-12781, *bull.* 1999, I, n° 53, p. 35 ; « L'examen comparé des sangs pour prévenir la fraude à l'adoption », *JCP N.* 1999, n° 16, p. 682 ; J. VASSAUX, « Le juge qui suspecte une convention de mère porteuse a le pouvoir d'ordonner un examen des sangs pour prévenir la fraude à l'adoption », *RJPF* 1999 ; J. MASSIP, « Recours à un examen sanguin pour prouver une fraude en matière d'adoption », *D.* 1999, p. 692 ; J. HAUSER, « Le réveil du ministère public », *RTD civ.* 1999, p. 372.

753. N. COUDOING, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, thèse, p. 42.

754. J. VASSAUX, « Le juge qui suspecte une convention de mère porteuse a le pouvoir d'ordonner un examen des sangs pour prévenir la fraude à l'adoption », *RJPF* 1999.

755. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le recours à une mère porteuse et l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint », *RTD civ.* 1990, p. 254.

756. Pour exemple d'un cas marginal où la reconnaissance -tardive- de l'enfant était motivée par l'intérêt exclusif du père : « *Il apparaît des pièces produites aux débats que Mme Audrey X..., majeure incapable sous protection de sa mère, souffre d'un handicap mental important (retard intellectuel) qui la place, selon les pièces médicales produites aux débats, dans une situation d'extrême vulnérabilité et l'expose à toutes sortes d'abus et de manipulations ; que M. Brice Y..., en situation irrégulière sur le territoire français, l'a approchée alors qu'elle vivait seule en appartement, s'est fait héberger et entretenir par elle, a tenté, dans un premier temps, de l'épouser à l'insu de ses parents, puis a eu Dimitri avec elle en 2003, qu'il a reconnu en 2006 ; que, se maintenant depuis lors sur le territoire français en dépit des mesures d'éloignement prises à son encontre, il est dépourvu de titre de séjour régulier et utilise de façon opportuniste ses diverses paternités d'enfants nés de mères françaises pour se soustraire à une mesure de reconduite au Congo dont il est originaire ; qu'au vu de ces circonstances, il serait contraire à l'intérêt de l'enfant de conférer au père une autorité parentale conjointe, qui placerait la mère et sa tutrice, grand-mère de l'enfant, dans une situation complexe et concrètement ingérable en raison des intérêts divergents des deux parents...* » : Cour d'appel de Rouen, chambre de la famille, 7 avril 2011, affaire *Audrey X... c./ Brice Y...*, RG : 10/02343.

757. J. RUBELLIN-DEVICHI, « La gestation pour le compte d'autrui », *D.* 1985, p. 147.

758. Cour d'appel de Bordeaux, 23 novembre 1988, « *Enfant naturel : conditions d'exercice et de transfert de l'autorité parentale* », *D.* 1990, p. 281 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le recours à une mère porteuse et

médicale est donné secrètement, par exemple devant un notaire. Comment le retrouver sans la coopération du couple ?

Et quand bien même cette preuve serait-elle rapportée, l'évolution des mœurs ne permet plus de sanctionner l'existence d'un projet parental adultère, y compris en cas de recours à la procréation médicalement assistée. Au même titre que tous les enfants, l'enfant issu de cette union a le droit à l'établissement de sa filiation paternelle⁷⁵⁹. Plus encore, s'il a été conçu par procréation médicalement assistée, la reconnaissance paternelle est légalement obligatoire ! La seule intention du couple, même frauduleuse au sens des articles 16-7 ou 336 du Code civil, constitue pour le droit un taillis qui devrait rester impénétrable. Pas plus que dans leur chambre au moment suprême, le juge n'a le pouvoir de pénétrer l'esprit des justiciables pour déterminer si la reconnaissance est mue par des intentions contraires à l'ordre public, dès lors qu'elle est génétiquement exacte⁷⁶⁰.

Pourtant, il se trouve des situations dans lesquelles la jurisprudence interprète l'existence ou non d'une relation sexuelle à l'origine de la procréation de l'enfant, pour déterminer si la reconnaissance de l'enfant par son père est possible ou non⁷⁶¹. Ainsi par exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme a-t-elle pu estimer que le caractère purement sexuel d'une relation extra-conjugale privait le père génétique de la possibilité de contester la présomption de paternité du mari et d'établir sa filiation avec l'enfant⁷⁶². En droit français, également, la Cour de cassation semble s'autoriser un contrôle de la cause de la reconnaissance d'un enfant, ce qui apparaît pourtant contraire à cette institution. Ainsi, dans

l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint », *RTD civ.* 1990, p. 254 ; J. HAUSER, « L'autorité parentale sur un enfant naturel et les circonstances de sa conception et de sa naissance », *D.* 1990, p. 281.

759. J. HAUSER, « L'autorité parentale sur un enfant naturel et les circonstances de sa conception et de sa naissance », *D.* 1990, p. 281.

760. Voir par exemple à propos de la recevabilité de l'action du ministère public lorsqu'il n'existe aucun indice permettant de mettre en cause la vraisemblance de la reconnaissance (avant l'existence des tests génétiques) : J. PENNEAU, note sous tribunal de grande instance de Marseille, 27 janvier 1982, affaire *Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Marseille c./ F. et autres* ; *JCP* 1983, II, n° 20028.

761. « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu que les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. Bouvet et Mme Kharat, ce dont il résultait que les actes de naissance des enfants ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » : Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30138.

762. « *Turning to the instant case, the Court observes that the relationship between Ms P. and the applicant had ended approximately one year before the child R. was conceived. According to the applicant's own submissions, the ensuing relations between himself and Ms P. were of a purely sexual nature. There is no indication that the applicant and Ms P., who cohabited at the time with Mr M., envisaged founding family together. There are no signs of any commitment of the applicant towards the child before it was born. Under these circumstances, the Court is not convinced that the applicant's decision to demand a paternity test and to bring an action aimed at establishing his paternity were sufficient to bring the relationship between himself and R. within the scope family life* » : Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09, § 59.

son arrêt du 13 septembre 2013, elle a rappelé que l'article 336 du Code civil qui dispose que « *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* » autorise le ministère public à agir en contestation de toute forme de filiation qui serait contraire à l'ordre public français⁷⁶³. De ce fait, la Cour de cassation sanctionne ici une procréation sans rapport sexuel entre le père et la mère de l'enfant, en l'absence de pathologie médicale avérée. Il faut tout de même souligner que dans cet exemple, il ne s'agissait pas d'une reconnaissance d'enfant. Il était demandé en France, la retranscription d'un acte de naissance fait en Inde, et dans lequel apparaissait de manière non équivoque le recours à une convention de femme porteuse. Il était évident que le ministère public chercherait à intervenir puisque la fraude apparaissait de manière incontestable. Il reste que cette argumentation ne tiendra sans doute pas longtemps devant la Cour européenne des droits de l'Homme⁷⁶⁴, qui pour sa part donne la primauté aux situations de fait, en se fondant sur l'intérêt concret de l'enfant et son droit à mener une vie familiale « normale »⁷⁶⁵.

Il semble extrêmement hasardeux de chercher à contester par ce biais les conventions de femme porteuse puisque la plupart d'entre elles sont faites de manière clandestine, et invisible pour le ministère public. De même que le droit pénal s'intéresse au tourisme sexuel, ne faudrait-il pas, si l'on estime que l'ordre public français est aussi précieux, envisager dans ce cas des sanctions comparables, destinées à réprimer cette nouvelle forme de

763. « *Mais attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de la transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes utilisées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'un tel processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. Foulon et Mme Shirodkar, en a déduit à bon droit que l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités indiennes ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français ; Qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant [...] ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne sauraient être utilement invoqués [et sur le second moyen] Attendu que l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du Code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même Code ; qu'ayant caractérisé la fraude à la loi commise par M. Foulon, la cour d'appel a exactement déduit que la reconnaissance paternelle devait être annulée » : Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18315 ; A. MIRCKOVIC, « Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger », *JCP* 2013, n° 39, pp. 1731-1734 ; I. GALLEMEISTER, « Gestation pour autrui : transcription à l'état civil et conséquences sur la filiation », *D.* 2013, n° 32, p. 2170 ; V. LEGRAND, « Reconnaissance d'une convention de gestation pour le compte d'autrui réalisée à l'étranger : la Cour de cassation durcit le ton », *LPA* octobre 2013, n° 196, pp. 7-14 ; I. CORPART, « Refus ferme et définitif de la Cour de cassation de transcrire des actes de naissance d'enfants nés de mères porteuses à l'étranger », *RJPF* 2013, n° 10, p. 20 ; A. GOUTTENOIRE, « La fraude plus forte que l'intérêt supérieur de l'enfant ! », *lexbase hebdo* 2013, n° 542.*

764. Voir *infra* n° 180.

765. Voir *infra* n° 221.

traite des êtres humains⁷⁶⁶? On le sait, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant s'opposera à toute forme de sanction à l'égard des « parents » de commande. Pourquoi dans ce cas ne pas établir des règles juridiques claires et prévoir ce dispositif en France, suivant un protocole conforme au droit du travail, au droit fiscal et familial ? De plus, tenir compte de la cause pour contester l'établissement d'une filiation paternelle génétiquement exacte ouvrirait probablement la voie à des recours nouveaux dans des domaines parallèles lorsque, par exemple, une femme abuserait de la crédulité d'un homme pour obtenir un enfant à son insu et chercherait ensuite à lui en imposer la paternité.

121. Évolution du droit de la famille. La mutation actuelle du droit de la famille qui ouvre le mariage aux personnes de même sexe va nécessairement voir se multiplier le recours à de telles conventions encouragées par la généralisation de l'adoption par toutes les formes de couple⁷⁶⁷. L'ordre public destiné à prohiber les conventions de femme porteuse, n'est plus qu'une relique que par manque de courage politique, le législateur n'a pas osé mettre au musée. Pourtant, il a déjà largement ouvert la voie aux conventions de femme porteuse discrètes en maintenant le principe de l'accouchement anonyme et secret et en supprimant, pour accéder à la procréation médicalement assistée, la condition de deux ans de vie commune pour les couples de concubins⁷⁶⁸. Il suffit donc de présenter la femme porteuse comme une concubine pour obtenir l'accès à la procréation médicalement assistée, y compris lorsque l'un ou les deux concubins présumés sont déjà mariés ! La loi donne même au père l'obligation de reconnaître l'enfant : ce qui est le but de l'opération. Plus classiquement, certains se contentent de procéder de manière artisanale à une insémination mécanique, parfaitement invérifiable ensuite.

122. La disparition du rôle de la femme dans la filiation paternelle hors mariage. La fraude du requérant porterait sur le fait de procréer sans avoir de rapport sexuel avec une femme, en l'absence de toute pathologie reproductive⁷⁶⁹. Or c'est justement cet obstacle moral qu'a voulu supprimer le législateur en faisant évoluer la société vers une acceptation du mariage et de l'adoption pour les couples de personnes de même sexe : donc

⁷⁶⁶. J.-J. LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *LPA* mars 2001, n° 62, p. 24.

⁷⁶⁷. Cour d'appel de Rennes, 10 janvier 2012, affaire *Didier X... et autres c./ ministère public*, RG : 11/01846 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, n° 22, pp. 1432-1439.

⁷⁶⁸. L'article L. 2141-2 du Code de la santé publique a été modifié par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 et se lit : « *L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination* ».

⁷⁶⁹. Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18315.

ostensiblement stériles. Le législateur qui a donné l'illusion aux couples de même sexe qu'ils seraient désormais des couples socialement normaux va devoir faire évoluer la norme sociale afin de créer un nouveau système de filiation qui ne sera plus fondé sur la complémentarité sexuelle ou son apparence, mais sur le « droit à... » l'enfant des couples puisque par hypothèse ces couples ne peuvent pas avoir l'apparence de la fécondité. Dans la mesure où il est évident que ces nouveaux couples mariés et ostensiblement stériles vont chercher à utiliser les dispositifs que la loi leur a donnés pour adopter les enfants naturels de leurs conjoints, il faut se demander si le ministère public s'opposera systématiquement à ces processus de convention de femme porteuse. En effet, que ce soit la femme lesbienne qui adopte l'enfant naturel de sa compagne ou le partenaire homosexuel, dans les deux cas, il s'agira bien d'un dispositif plus ou moins avoué de femme porteuse. Faut-il en déduire que l'accès des personnes de même sexe au droit à l'enfant était contraire à l'ordre public français ? Ce serait vider la loi de son sens. Quoiqu'il en soit, il reste à savoir quelle contrepartie juridique sera donnée à l'enfant pour compenser cette forme brutale d'appropriation⁷⁷⁰.

Finalement, le dernier obstacle pour obtenir une vraie évolution du droit est sans doute moins celui de la réification de l'enfant⁷⁷¹, dont l'intégration dans le commerce juridique à titre gratuit ou à titre onéreux semble acquise⁷⁷², que la question de l'acceptation du dernier stade de la décorrélation entre la sexualité et la procréation qui aboutit déjà à créer, de fait, le droit pour l'homme d'obtenir de la société un enfant sans avoir de rapports charnel et matériel avec une femme⁷⁷³. Du côté de l'enfant, l'émergence du droit de connaître ses origines a parachevé textuellement la scission entre l'acte sexuel à l'origine de sa procréation, et l'établissement de sa filiation⁷⁷⁴. En lui donnant deux actions distinctes pour déterminer ses

⁷⁷⁰. « Il ne faut pas perdre de vue que la procréation artificielle doit aboutir à la naissance d'un enfant. Comme l'adoption, elle ne peut être utilisée pour la seule satisfaction personnelle des parents. Il convient donc d'opérer un choix parmi les bénéficiaires de cette technique comme c'est le cas pour les familles adoptives » : G. RAYMOND, « La procréation artificielle et le droit français », *JCP* 1983, I, n° 3114.

⁷⁷¹. Par exemple, une société prise au hasard parmi d'autres sur internet présente de nombreux services. Le processus est de 15 à 18 mois « selon les caractéristiques demandées pour la mère porteuse par les futurs parents ». Il est précisé que : « Les mères porteuses sont âgées de 20 à 35 ans, doivent avoir un enfant et elles viennent de régions écologiquement propres ». « Le taux de réussite moyen est de 34% de sorte qu'il faudra un à trois tentatives pour obtenir une grossesse ». « La proportion de naissances gémellaires est de 42% mais elle peut se réduire en implantant un seul embryon ». Il est possible de choisir le sexe de l'enfant. Il est possible de demander un test génétique pour s'assurer que l'enfant est bien le sien. Il est également possible d'obtenir un enfant caucasien, mais c'est plus cher et plus long. <http://www.subrogalia.com> consulté en août 2013.

⁷⁷². Les opposants à la gestation pour autrui mettent systématiquement en avant l'exploitation de la femme par l'Homme, postulant par leur silence qu'il n'est pas inconcevable de payer pour obtenir un enfant. L'acte supposé d'amour idéalisé qui consiste à recueillir cet enfant fait disparaître l'acte de disposition. Contrairement à la femme qui serait exploitée, l'enfant qui gagnerait la vie dans la transaction, ne subirait aucun préjudice.

⁷⁷³. A. GOUTTENOIRE, « L'actualité juridique et judiciaire de la famille en 2011 », *gaz. pal.* mars 2012, n° 84, p. 29.

⁷⁷⁴. Voir par exemple sur le concept de relation « purement sexuelle » pour justifier la préférence pour la filiation en mariage : « *Turning to the instant case, the Court observes that the relationship between Ms P. and*

liens génétiques ou ses liens juridiques avec ceux qu'il pourra dans tous les cas nommer « ses parents », le législateur a indirectement ouvert la porte à une nouvelle conception de la famille, une famille qui ne serait plus commandée par la nature ou par son imitation, mais dirigée par la volonté individuelle et commandée par l'affection que l'on se porte⁷⁷⁵. L'étude de la jurisprudence montre une quête militante d'appropriation individuelle de l'enfant qui épouse les formes les plus variées : les requérants veulent une famille plastique qui se modèle, se consomme et se recycle au gré des envies⁷⁷⁶. Ils revendiquent « leur » famille comme les y invitent les communicants qui multiplient, dans la mythologie contemporaine publicitaire, les pronoms possessifs pour désigner des choses en principe communes ou collectives et par définition insusceptibles d'appropriation⁷⁷⁷.

Dans le langage courant, le recours au pronom indéfini « un » permet de retranscrire la part de hasard qui a uni le parent et l'enfant : « avoir un enfant », « adopter un enfant ». En matière d'adoption, ce hasard est matérialisé dans le Code civil par l'indétermination : « un enfant »⁷⁷⁸, ou « l'enfant ». En matière de procréation charnelle, ce sont au contraire des pronoms possessifs qui sont utilisés : « leur père et mère »⁷⁷⁹, y compris en cas d'inceste, lorsque le double lien de filiation sera prohibé en droit⁷⁸⁰. De même pour la possession d'état qui retranscrit très directement à la fois le hasard et le possessif qui permettent de créer l'appropriation générationnelle : « une personne et la famille à laquelle

the applicant had ended approximately one year before the child R. was conceived. According to the applicant's own submissions, the ensuing relations between himself and Ms P. were of a purely sexual nature. There is no indication that the applicant and Ms P., who cohabited at the time with Mr M., envisaged founding family together. There are no signs of any commitment of the applicant towards the child before it was born. Under these circumstances, the Court is not convinced that the applicant's decision to demand a paternity test and to bring an action aimed at establishing his paternity were sufficient to bring the relationship between himself and R. within the scope family life » : Case of Ahrens v./ Germany, 22 mars 2012, application n° 45071/09, § 59.

775. G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 355.

776. J.-J. LEMOULAND, P. MURAT, « Les détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille. Aspects de droit civil extrapatrimonial », *RJPF* 2011.

777. On pourra prendre pour exemple parmi les produits de grande consommation la campagne de publicité lancée par Coca-Cola, qui réalise des bouteilles individualisées avec « ton » prénom... Un même prénom est pourtant porté par de très nombreuses personnes, de même que les bouteilles qui sont diffusées à une échelle internationale sont des objets fongibles et non pas des pièces uniques : <http://www.leparisien.fr/insolite/des-bouteilles-de-coca-a-votre-nom-06-05-2013-2783231.php>, consulté en juin 2013. On pourra prendre également comme exemple la marque IBA pour « I love Mon Bassin d'Arcachon : « *parce que notre Bassin d'Arcachon est un lieu unique auquel nous sommes tous si attachés et qu'il est grand temps de le revendiquer J'aime mon Bassin d'Arcachon* ». Marque d'appropriation d'un bien collectif, par définition insusceptible d'appropriation. <http://www.iloveba.fr>, consulté en août 2013. Ne faut-il pas s'inquiéter des conséquences de ces dérives en apparence insignifiantes lorsqu'elles sont prises isolément ?

778. Par exemple, l'article 348 du Code civil qui dispose que « *Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption* ».

779. Par exemple, l'article 310 du Code civil dispose que « *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère* ».

780. L'article 310-2 du Code civil dispose que « *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* ».

elle est dite appartenir »⁷⁸¹. En revanche, en matière de procréation médicalement assistée, le droit civil ne fait un lien qu'entre l'enfant et la procréation, pas avec ceux qui doivent devenir ses parents. Par exemple, l'article 311-19 dispose que « *En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* ». De même, l'article 311-20 qui est pourtant relatif à l'établissement du lien de filiation fait référence à « *l'enfant qui n'est pas issu de la procréation* », ou à « *l'enfant qui en est issu* ». Même dans le langage utilisé, le fait de l'acte sexuel, bien qu'il ne soit pas mentionné a une importance, puisque son absence dans la procréation induit un changement de terminologie pour désigner l'enfant⁷⁸².

Divisible hors mariage, dépossédée de la nécessité charnelle, cette nouvelle famille est fondée sur une reconnaissance qui ne tient plus compte de la complémentarité parentale homme/femme. Ce n'est plus une famille liée par la parole et la loyauté, mais une famille objective : assemblée par des certitudes scientifiques et des obligations civiles, une famille qui est devenue réversible aussi au grès de l'humeur. Désormais, la femme ne joue plus qu'un rôle secondaire et passif dans l'établissement du lien de filiation paternel. Le lien entre le père et l'enfant ne découle pas de l'acte sexuel qui aurait uni le père à la femme qui a accouché ; dépend-t-il encore de leur loyauté réciproque ? Le lien entre le père et l'enfant se revendique plutôt comme un lien génétique, indépendant et abstrait. La société exige l'égalité : de même que la femme se passe de l'homme pour avoir des enfants, l'homme n'aurait plus besoin d'une mère pour avoir des enfants ; simplement d'une femme⁷⁸³. Exprimée sous cette forme, l'idée choque⁷⁸⁴. C'est que les militantes homosexuelles d'hier sont en train de

781. L'article 311-1 du Code civil dispose que « *La possession d'état s'établit par 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* ».

782. « Ces pratiques se situent dans un espace culturel où l'enfant est perçu comme une chose qui se fabrique. On parle aujourd'hui de faire un enfant, alors qu'autrefois on recevait l'enfant de son partenaire dans une alliance de mariage » : G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 100.

783. P. MURAT, « le va et vient de l'autorité parentale dans le couple homosexuel », *dt. fam.* 2005, n° 1, pp. 21-23 ; P. MURAT, « Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation », *dt. fam.* avril 2004, pp. 19-21 ; P. MURAT, « Le partage de l'autorité parentale après séparation du couple de même sexe », *dt. fam.* avril 2008, comm. 58, pp. 20-21 ; J. HAUSER, « Partage d'autorité parentale et couple homosexuel : un service minimum des relations familiales ? », *RTD civ.* 2010, pp. 547-548 ; J. HAUSER, « La transmissibilité de l'enfant par endossement adoptif ? », *RTD civ.* 2011, pp. 338-340 ; H. GRATADOUR, « Du sort de la délégation-partage de l'autorité parentale après la rupture du couple homosexuel », *RLDC* 2011, n° 88, pp. 39-42 ; A. GOUTTENOIRE, « Délégation-partage de l'autorité parentale : la résistance basque », *lexbase hebdo* 2011, n° 464 ; F. EUDIER, « Nouvelles décisions de juges du fond prononçant la délégation partage de l'exercice de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel », *RJPF* 2012, p. 32 ; J. HAUSER, « La guerre des super-juges n'aura pas lieu : adoption, autorité parentale conjointe et couple homosexuel », *RTD civ.* 2012, pp. 306-307 ; F. EURIER, « Où la délégation partage de l'exercice de l'autorité parentale est prononcée à la suite de la séparation de deux concubines homosexuelles », *RJPF* 2012, n° 5, pp. 24-25.

784. Affaire *Gas et Dubois c./ France*, 15 mars 2012, requête n° 25951/07 ; Affaire *X et autres c./ Autriche*, 19 février 2013, requête n° 19010/07.

découvrir la vanité d'une lutte contre les discriminations et pour l'égalité ; une médaille à deux faces qui ignorent la complémentarité puisqu'elles se tournent le dos et ne peuvent pas regarder « ensemble dans la même direction » pour construire la famille⁷⁸⁵. La vie familiale, plus complexe à faire prospérer que la vie privée parce qu'elle implique le respect de l'intérêt de l'enfant, n'était peut être pas uniquement une affaire d'amour, de sexe et d'argent. Au delà du « droit à... » l'enfant, ne resterait-il pas à découvrir un droit de l'enfant à des parents en particulier ⁷⁸⁶?

123. Un lien de filiation paternelle autonome. Puisqu'il ne dépend pas des rapports charnels entre l'homme et la femme, le lien de filiation paternelle dépend de l'effectivité du droit de l'enfant de connaître ses origines et inversement du droit de l'enfant d'être connu de son père. Le droit de l'enfant de connaître ses origines, et sa filiation son donc étroitement imbriqués. Bien que ce droit ne produise des effets juridiques pour l'enfant qu'à la condition qu'il y ait une reconnaissance ou une recherche de paternité et qu'il soit né vivant et viable, la potentialité du lien, elle, existe dès le moment de la conception, quel qu'en ait été le vecteur ou l'intention puisque le lien est génétique⁷⁸⁷. D'ailleurs bien que les mobiles qui ont conduit à l'existence de ce lien génétique ne soient à aucun moment visés par le Code civil, le malaise exprimé par le ministère public et les juges lors de certaines décisions montre qu'il existe dans les mentalités la nécessité d'une continuité entre la procréation de l'enfant et l'établissement de sa filiation⁷⁸⁸. Pourtant, le lien de filiation paternel hors mariage constitue

785. « Le juge aux affaires familiales estime qu'eu égard à l'absence de vie commune entre les parents, à l'intention du père de ne pas participer aux décisions relatives aux enfants et au projet parental envisagé par la mère des enfants et sa compagne, il est de l'intérêt de l'enfant de confier l'exercice unilatéral de l'autorité parentale à leur mère » : F. EUDIER, « Où un juge aux affaires familiales de Metz autorise une délégation partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel », *RJPF* 2011, n° 5, p. 24.

786. « Toutefois, l'évolution des mœurs et de la société, autour des grands principes de liberté et d'égalité, a entraîné un bouleversement au sein du droit de la famille, marqué par de nouvelles revendications touchant directement ou indirectement la solidité des principes directeurs. Or il semble que rompre avec les éléments fondateurs de la filiation revient à nier la symbolique institutionnelle immuable de la parenté et à casser les montages anthropologiques, exposant le système de parenté au danger de l'indifférenciation. Dès lors, il importe de préserver les schémas traditionnels du système de parenté, les structures généalogiques fondées sur la bilinéarité et la différenciation des sexes, en refusant la consécration de l'inceste, de la pluriparenté et de l'homoparenté. Mais, tout en préservant ce qui doit demeurer inaliénable et indisponible, le système de parenté doit s'efforcer de laisser la place à de nouvelles conceptions. Dès lors, afin de répondre aux nouvelles configurations familiales, c'est la notion de parentalité et le recours à l'adoption simple que le droit doit trouver des ouvertures, et non en forçant le concept même de parenté » : C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français, étude critique*, thèse, n° 694, p. 553.

787. L'article 311-20 du Code civil dispose en ce sens que le consentement à la procréation médicalement assistée peut être retiré à tout moment, ce qui implique *a contrario* que lorsqu'il est maintenu jusqu'à la naissance de l'enfant, la filiation était établie au jour de la décision retranscrite par le juge ou le notaire, et non pas au moment de la naissance comme par le passé.

788. Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18315 ; A. MIRCKOVIC, « Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger », *JCP* 2013, n° 39, pp. 1731-1734 ; I. GALLEMEISTER, « Gestation pour autrui : transcription à l'état civil et conséquences sur la filiation », *D.* 2013, n° 32, p. 2170 ; V. LEGRAND, « Reconnaissance d'une convention de gestation pour le compte d'autrui réalisée

un lien autonome et abstrait ; seul compte le lien génétique que l'enfant aurait le « droit de connaître dans la mesure du possible », et parfois de transformer en lien juridique lorsque la loi l'autorise⁷⁸⁹.

Le droit de connaître ses origines ne peut pas rester « stérile » très longtemps puisqu'il constitue un maillon essentiel de la filiation paternelle de l'enfant. Le lien de filiation paternelle étant devenu autonome, il doit s'exprimer à travers l'effectivité du droit de l'enfant de connaître ses origines. La notion de « mesure du possible » devrait faire reculer les hypothèses de secret opposé par la mère, et il est probable que l'enfant puisse un jour exiger de sa mère qu'elle lui communique le nom de son père génétique pour qu'il puisse établir avec lui son lien de filiation lorsqu'il est privé de filiation paternelle. Et à son tour, ce droit de regard sur ses origines ouvre de nouvelles perspectives pour l'enfant : pourra-t-il faire admettre la prise en compte d'un lien de causalité entre une souffrance morale et les conditions d'établissement de sa filiation consécutive aux circonstances de sa procréation ?

124. Intérêt de l'enfant. Quoiqu'il en soit, poussée dans ses retranchements, la jurisprudence est parfois tentée de prendre en compte les mobiles qui ont conduit à la procréation de l'enfant en se fondant sur l'idée qu'elle se fait de l'intérêt plus ou moins concret de l'enfant, ce qui est un non-sens dans un système juridique où le lien de filiation est abstrait. Certains arrêts récents et les commentaires qu'ils suscitent, montrent l'ambiguïté de la position de la doctrine et de la jurisprudence qui voudraient à la fois soutenir l'accès des homosexuels au mariage et à la filiation, mais leur refuser le droit de faire retranscrire un lien de filiation lorsque leur enfant -au sens génétique- a été procréé sans rapport sexuel. Les conséquences de ces hésitations sont directement ou indirectement supportées par l'enfant qui reste, dans ce cas, privé de filiation⁷⁹⁰.

Ainsi par exemple, dans sa décision du 4 mai 2011, le Conseil d'État devait se prononcer sur la délivrance de documents de voyage à des jumelles nées en Inde d'une

à l'étranger : la Cour de cassation durcit le ton », *LPA* octobre 2013, n° 196, pp. 7-14 ; I. CORPART, « Refus ferme et définitif de la Cour de cassation de transcrire des actes de naissance d'enfants nés de mères porteuses à l'étranger », *RJPF* 2013, n° 10, p. 20 ; A. GOUTTENOIRE, « La fraude plus forte que l'intérêt supérieur de l'enfant ! », *lexbase hebdo* 2013, n° 542.

789. G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 101.

790. Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30138 ; Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18315.

convention de femme porteuse⁷⁹¹. Certes cette décision n'avait pas vocation à trancher l'affaire au fond, mais les précautions du Conseil d'État étaient palpables lorsqu'il rappelait justement : « *Considérant qu'il n'appartient qu'au tribunal de grande instance de Nantes de se prononcer sur le bien-fondé du refus opposé par le procureur de la République à la transcription des actes de naissance des jumelles sur les registres de l'État civil français* »⁷⁹². Expliquant qu'il devait trancher au cas par cas, il affirmait qu'il n'était pas systématiquement dans l'intérêt de l'enfant de suivre son père en France⁷⁹³. Pourtant, il ressortait incontestablement des pièces du dossier que cet homme était bien le père génétique des enfants ; comment apprécier de manière satisfaisante l'intérêt de l'enfant ? D'ailleurs, à l'inverse, le 8 juillet 2011, le Conseil d'État a retenu dans une situation pourtant analogue, que les « incertitudes quant à l'identité et la volonté exactes de la mère des enfants en cause » imposait de procéder à des « vérifications plus poussées » avant de faire droit à la demande de « laissez-passer »⁷⁹⁴. Il s'agissait de s'assurer du réel consentement de la mère de l'enfant à son départ pour la France.

Pour sa part, la cour d'appel de Rennes le 21 février 2012 devait trancher au fond une affaire identique. Est-il possible de retranscrire en France l'acte de naissance d'un enfant procréé sans relation sexuelle entre un homme homosexuel et une femme indienne⁷⁹⁵ ?

791. Conseil d'État, 4 mai 2011, n° 348778. J. GALLOIS, « Non transcription de l'état civil d'enfants nés d'une convention de mère porteuse : des conséquences atténuées par le Conseil d'État », *RLDC* 2011, n° 83, pp. 46-47 ; A. GOUTTENOIRE, « L'intérêt supérieur de l'enfant né d'une convention de mère porteuse : le pragmatisme du Conseil d'État », *lexbase hebdo* 2011, n° 444 ; A. GOUTTENOIRE, « Enfant conçu dans le cadre d'une convention de mère porteuse : l'intérêt supérieur de l'enfant suffisant devant le Conseil d'État », *EDFP* 2011, n° 7, p. 3 ; Cl. NEIRINCK, « L'autre versant de la gestation pour autrui : la paternité du commanditaire », *dt. fam.* 2011, comm. 99.

792. A. GOUTTENOIRE, « L'intérêt supérieur de l'enfant né d'une convention de mère porteuse : le pragmatisme du Conseil d'État », *lexbase hebdo* 2011, n° 444.

793. I. CORPART, « Quand le Conseil d'État indique les conditions dans lesquelles des documents de voyage peuvent être obtenus pour des enfants issus de la gestation pour autrui », *RJPF* 2011, n° 11, p. 26-28.

794. Conseil d'État, 8 juillet 2011, n° 350486 ; I. CORPART, « Quand le Conseil d'État indique les conditions dans lesquelles des documents de voyage peuvent être obtenus pour des enfants issus de la gestation pour autrui », *RJPF* 2011, n° 11, p. 26-28 ; O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.* 2012, p. 390 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation, avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, p. 1432 ; R. GRAND, « Gestation pour autrui et appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant », *AJDA* 2011, p. 1406 ; F. MILOUDI, « La gestation pour autrui : un refus circonstancié ? », *AJ fam.* 2011, p. 499.

795. Cour d'appel de Rennes, 21 février 2012, RG : 11/02758 ; A. MIRCKOVIC, « Gestatrice indienne : transcription sur les registres d'état civil », *D.* 2012, p. 878 ; J. HAUSER, « Maternités pour autrui : un enfant à façon ou l'heure de vérité ? », *RTD civ.* 2012, p. 304 ; I. CORPART, « Transcription d'un acte d'état civil dressé à l'occasion d'une gestation pour autrui : avancée ou incongruité ? », *RJPF* 2012, pp. 10-18 ; A. GOUTTENOIRE, « Mère porteuse : la tolérance à l'égard des pères célibataires », *lexbase hebdo* 2012, n° 477 ; A. MARAIS, « Validation de la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une mère porteuse », *JCP* 2012, n° 13, p. 593 ; E. POULIQUEN, « Gestation pour autrui : une cour d'appel sème le trouble », *RLDC* 2012, n° 92, pp. 38-39 ; H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE, « Droit international privé, février 2011-janvier 2012 », *D.* 2012, n° 19, pp. 1228-1240 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, n° 22, pp. 1432-1439 ; Ch. BYK, « Bioéthique », *JCP* 2012, n° 25, pp. 1233-1239 ; J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D.* 2012, n° 10, pp. 663-675.

Dès lors que l'enfant était génétiquement lié à l'homme qui demandait la retranscription en France de l'acte de naissance, il était impossible de ne pas accéder à sa demande sans risquer une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme. C'est pourtant l'option que la Cour de cassation a privilégiée en estimant que « *L'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du Code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même Code ; qu'ayant caractérisé la fraude à la loi commise par M. Foulon, la cour d'appel en a exactement déduit que la reconnaissance paternelle devait être annulée ; qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne sauraient utilement être invoqués* »⁷⁹⁶. Il est peu probable que cette solution puisse primer longtemps puisqu'elle va nécessairement aboutir au traitement discriminatoire de situations identiques. De plus, dans ce cas précis, en Inde l'enfant ne bénéficie d'aucune attache affective ou juridique du fait du recours à une convention de femme porteuse et seul son père génétique a vocation à le prendre en charge. L'enfant au cœur de cette nouvelle forme de spéculation est bien démuné, protégé par des principes de façade que personne ne cherche à défendre⁷⁹⁷. Les mutations successives du droit, en apparence les plus justes, ont eu raison de la cohérence globale d'un système qui doit aujourd'hui être repensé pour garantir une prise en compte complète des droits de l'enfant.

125. Conclusion de la section. Socialement, la naissance de l'enfant matérialisait l'union charnelle de deux personnes que leur mariage laissait supposer⁷⁹⁸. La généralisation du concubinage à la fin du vingtième siècle avait pu faire penser qu'il était superflu de matérialiser socialement le lien charnel entre les parents de l'enfant pour établir la filiation, puisqu'il suffisait de « vouloir » un enfant et de s'en remettre à l'exactitude génétique

⁷⁹⁶. Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18315 ; A. MIRCKOVIC, « Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger », *JCP* 2013, n° 39, pp. 1731-1734 ; I. GALLEMEISTER, « Gestation pour autrui : transcription à l'état civil et conséquences sur la filiation », *D.* 2013, n° 32, p. 2170 ; V. LEGRAND, « Reconnaissance d'une convention de gestation pour le compte d'autrui réalisée à l'étranger : la Cour de cassation durcit le ton », *LPA* octobre 2013, n° 196, pp. 7-14 ; I. CORPART, « Refus ferme et définitif de la Cour de cassation de transcrire des actes de naissance d'enfants nés de mères porteuses à l'étranger », *RJPF* 2013, n° 10, p. 20 ; A. GOUTTENOIRE, « La fraude plus forte que l'intérêt supérieur de l'enfant ! », *lexbase hebdo* 2013, n° 542.

⁷⁹⁷. A. GOUTTENOIRE, « L'actualité juridique et judiciaire de la famille en 2011 », *gaz. pal.* mars 2012, n° 84, p. 29.

⁷⁹⁸. En témoigne la formule répandue dans le bois de la princesse : « ils se marièrent et eurent beaucoup d'enfant ».

pour trancher, en cas de conflit⁷⁹⁹. Une déconstruction du lien de filiation s'est alors opérée, encouragée à la fois par un certain rejet des rapports sexuels entre homme et femme comme vecteur unique de la génération familiale, et par les nouvelles possibilités offertes par la médecine⁸⁰⁰. La procréation médicalement assistée pouvait sembler identique à la filiation charnelle, puisqu'il suffit de « vouloir » l'enfant. De plus, dans un cas comme dans l'autre les « tiers » n'assistent pas à la procréation de l'enfant et c'est bien la loi qui détermine l'identité des parents. C'est pourquoi le législateur avait pensé qu'il serait suffisant d'écarter le spectre du donneur pour garantir au père de l'enfant que son lien de filiation ne serait jamais contesté.

Mais c'était postuler que la filiation est un lien qui peut se créer par un acte de volonté. Et à cet égard, le législateur a laissé aux parents la faculté de renoncer à tout moment à leur « projet ». Cependant, certains travaux laissent penser que les pères ne parviennent pas tous à s'approprier cet enfant qu'ils ont pourtant désiré avec force. C'est que le lien de filiation vient retranscrire de manière juridique un lien plus complexe à susciter que l'on aurait pu le croire il y a trente ans. Que ce soit dans le cas de la filiation charnelle, ou dans le cas de l'adoption, le lien de filiation trouve sa source dans une forme de hasard qui a uni tel parent à tel enfant. Au contraire, lorsqu'il y a procréation médicalement assistée, l'union des gamètes ne relève plus du hasard. L'enfant est conçu à la suite d'une demande parentale, par une série de gestes médicaux ritualisés dans un protocole spécifique, réalisé au nom de la société, au profit du couple. Conceptuellement, le rapport entre l'enfant et son parent ne peut pas être le même parce que le hasard a été remplacé par la volonté et l'acte charnel remplacé par le don de la société.

De plus, contrairement à la filiation charnelle ou à l'adoption, la procréation médicalement assistée implique l'intervention de médecins, et par hypothèse, ici, d'un tiers donneur. Il n'y a pas de rapport sexuel. L'homme déjà fragilisé par son incapacité naturelle à procréer, peut ressentir sa place comme accessoire dans le processus de procréation, et n'avoir

799. La revendication des personnes de même sexe de pouvoir se marier remet en question la préférence pour le concubinage. Alors que le droit de la famille a tenté de faire disparaître toutes les références à l'acte sexuel dans le mariage, y compris au moment du divorce, l'ouverture du mariage aux personnes homosexuelles fait revenir dans la sphère publique la question de la sexualité que l'on avait cherché par tous les moyens de faire disparaître. Faut-il y voir un réflexe réactionnaire destiné à asseoir socialement une situation ayant vocation à constituer une famille ? C'est que désormais la sexualité ne traduit plus l'expression de la fécondité, mais l'expression de l'engagement réciproque. « On s'aime ». Faut-il y voir la recherche d'une nouvelle forme de loyauté, non plus tournée vers la continence sexuelle mais vers un engagement réciproque de construire une relation durable qui pourrait être le socle nouveau du droit de la famille ?

800. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Où l'homosexualité de l'épouse et l'impuissance du mari ne sont pas exclusives d'une intention matrimoniale », *dt. fam.* mai 2007, comm. 101.

à l'égard de l'enfant qu'un sentiment de responsabilité, et non pas un sentiment de parenté. Ce rôle relativement passif doit être mis en parallèle avec le rôle, également passif, de la femme qui doit subir diverses interventions médicales décrites comme relativement pénibles. De ce fait, l'homme et la femme en couple ne ressentent pas un égal « mérite » dans ce type de procréation qui peut générer des tensions au sein du couple. Cela explique aussi peut-être pourquoi, en cas de séparation, certains pères ont cherché le moyen de rompre le lien de filiation qui les unissait à cet enfant.

A l'inverse, lorsque le père de l'enfant a recours aux services d'une femme porteuse pour obtenir un enfant sans relation sexuelle avec une femme, la loi et la jurisprudence s'opposent à ce que la filiation paternelle de l'enfant, pourtant génétiquement exacte, soit retranscrite en droit français. L'enfant se retrouve alors dans la situation paradoxale inverse d'être élevé par un homme qui se ressent et se comporte comme son père, mais ne peut pas obtenir les conséquences juridiques de cette filiation génétique.

Section 2 – La volonté parentale de reconnaître l'enfant empêchée

En proclamant verbalement l'égalité de l'enfant naturel et de 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 connaître⁸⁰¹.

126. Évolution familiale. La décorrélation entre la sexualité, le mariage et la filiation a abouti à ce que de nombreux enfants naissent aujourd'hui en dehors du mariage et soient parfois pris en charge uniquement par un seul de leurs deux parents⁸⁰². Plus individualiste que par le passé, notre société ne ressent pas la nécessité d'offrir à l'enfant la protection d'un couple⁸⁰³. La filiation hors mariage est banalisée au point de se fondre avec la norme⁸⁰⁴. Les femmes qui éprouvent un besoin de maternité n'hésitent pas à imposer aux hommes une naissance sans se préoccuper des conséquences psycho-affectives pour l'enfant⁸⁰⁵. L'inverse est sans doute moins vrai parce qu'il faudrait alors admettre socialement qu'une femme-mère puisse se désintéresser d'un enfant et laisser un homme l'élever... Une inégalité sociale qui trouve sa source insurmontable dans l'inégalité physiologique qui veut que ce soit les femmes qui accouchent et non pas les hommes ; qui veut qu'un homme ne puisse pas décider de faire un enfant tout seul⁸⁰⁶. En termes juridiques il faut comprendre : prohibition des conventions de femme porteuse⁸⁰⁷. La femme qui laisserait partir un homme avec « son » enfant serait immédiatement affublée de ce qualificatif⁸⁰⁸!

801. R. SAVATIER, « Projet de loi sur la filiation », *JCP* 1971, I, 2400.

802. Il convient toutefois de préciser que depuis la loi de 2005 qui supprime la différence entre les enfants naturels et les enfants légitimes, cette information n'est plus collectée par l'Institut national de la statistique et de l'analyse économique. Leur proportion ne peut donc pas être connue avec précision. www.insee.fr.

803. Voir la BD collection 12bis rachida au nom des pères.

804. R. SAVATIER, « Le projet de loi sur la filiation, mystique ou réalisme ? Filiation naturelle et filiation légitime », *JCP* 1971, I, 2400.

805. M. PLARD, *Paternités imposées, un sujet tabou*, LLL, Mayenne, 2013, 202 p..

806. Cour d'appel de Nîmes, 21 mars 2007, affaire *Jean-François T... c./ Carole G...*, RG : 05/03638 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « La conception d'un enfant décidée par la mère seule peut constituer une faute cause de divorce », *dt. fam.* octobre 2007., n° 189, p. 20 ; J. VASSAUX, « Le devoir de loyauté prévaut sur le devoir de procréation », *JCP* 2007, II, 10149, n° 37, pp. 27-29 ; M. LAMOUREUX, « Divorce pour faute », *D.* 2007, n° 36, pp. 2587-2589.

807. Cl. NEIRINCK, « L'autre versant de la gestation pour autrui : la paternité du commanditaire », *dt. fam.* 2011, n° 6, comm. 99.

808. Il faut se souvenir avec quelles difficultés le principe de la coparentalité fut admis, alors que « outre le traumatisme éprouvé par les mineurs, il fallait tenir compte à la fois du mécontentement croissant des pères d'enfants naturels estimant trop strictes les conditions d'exercice en commun de l'autorité selon la loi de 1993 et des pères divorcés, qualifiés trop souvent de pères de week-end » : F. BOULANGER, « Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.* 2002, p. 1571.

Ce phénomène de « l'enfant toute seule » a peut être été banalisé par l'acceptation sociale d'une forme de revanche que les femmes « mériteraient » de prendre⁸⁰⁹, et aussi par la politique de l'État français qui a, de manière indirecte⁸¹⁰, opéré et encouragé une redéfinition de la famille à travers les critères d'allocation des aides sociales aux parents isolés⁸¹¹. Toutefois, il semble que dans les faits les femmes soient souvent moins isolées qu'elles ne le déclarent aux services sociaux⁸¹². Union de fait, le concubinage est difficilement saisissable par le droit, et toujours pensé à partir de la mère⁸¹³. Certains militants de la cause homosexuelle et écologiste élèvent d'ailleurs la voix pour critiquer cette politique qui n'est plus pensée en terme d'objectif de fécondité pour la société, mais en temps que droit créance individuel⁸¹⁴. Il serait, selon eux, irresponsable de continuer à encourager la procréation d'enfants occidentaux extrêmement polluants, alors que le monde moderne espère justement pour sa survie la valorisation des couples stériles, ou peu féconds⁸¹⁵.

Régulièrement revient alors dans le débat politique la question de la redéfinition des allocations familiales⁸¹⁶, mais les choses ne peuvent plus changer parce que ces aides sont devenues des droits créance⁸¹⁷. Système complexe qui ne pense la société qu'en terme de dette et de créance, la naissance de l'enfant entraîne une dette de l'État à l'égard de l'enfant, destinée à émanciper sa mère de son père⁸¹⁸. Du point de vue des aides sociales, les parents de l'enfant ne seraient pas des êtres complémentaires, mais des concurrents. Attachés à leur mère par un acte de naissance fondé sur l'évidence de l'accouchement, les enfants ne connaissent parfois que des pères de fait avec lesquels les liens peuvent être de nature

809. J. HAUSER, « Les géniteurs anonymes : des donneurs de gamètes et des parturientes inconnues », *RTD civ.* 2012, p. 520.

810. Y. DE CURRAIZE, H. PÉRIVIER, « L'allocation de parent isolé a-t-elle favorisé l'inactivité des femmes ? », *Economie et statistique* 2009, n° 429-430, p. 159, http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/ES429G%20.pdf, consulté en juin 2013.

811. J. HAUSER, « Contestation de reconnaissance : père hésitant et mère volage », *RTD civ.* 1995, p. 872.

812. R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, Seuil, Saint-Amand-Montrond, 2003, p. 415.

813. A.-M. LEROYER, « Congé de paternité et d'accueil de l'enfant », *RTD civ.* 2013, p. 185.

814. G. ANDRIEU, « Pour Yves Cochet, le péril vert, c'est les bébés ! », *Marianne*, 8 avril 2009, www.marianne2.fr

815. P. ARIÈS, *Pour sauver la Terre : L'espèce humaine doit-elle disparaître ? De l'humanisme à l'humanicide : les délires terroristes des néo-malthusiens*, L'Harmattan, questions contemporaines, Paris, 2002, p. 16.

816. V. AVENA-ROBARDET, « Projet de loi de finance pour 2014, bonnes et mauvaises nouvelles », *AJ fam.* 2013, p. 530.

817. V. AVENA-ROBARDET, « Au tour des allocs », *AJ fam.* 2013, p. 199.

818. Ce mécanisme qui n'exige jamais de contrepartie est en train de montrer ses limites ; il n'est pas possible de redistribuer plus que ce que l'on a collecté. C'est bien tout le système de l'État de droit qu'il faudra repenser si l'on veut être en mesure de rendre pérennes les avancées sociales qui sont le fondement de nos sociétés occidentales modernes. Voir par exemple : A. RAND, *La grève, (Atlas Shrugged)*, traduit de l'anglais par S. BASTIDE-FOLTZ, Les belles lettres, Fondation Andrew Lessman, Paris, 2011.

extrêmement variée⁸¹⁹ : ce qui explique l'engouement actuel pour la détermination juridique de liens que certains qualifient de vie familiale ébauchée, qui seraient plus fondés sur la réalité affective que sur la certitude génétique⁸²⁰. Or le lien de filiation ne peut pas se contenter de fait ou de volonté ; il doit être stable et certain parce qu'au delà de sa composante extrapatrimoniale que beaucoup sont prêts à partager, il présente un caractère patrimonial d'obligations parfois réciproques que l'enfant devrait toujours pouvoir imposer au nom de son intérêt, ici nécessairement supérieur.

De telles situations peuvent prospérer parce qu'au delà des hypothèses marginales qui voient, au même titre que l'accouchement anonyme et secret, le père refuser d'assumer sa paternité, la femme n'a aucune obligation de mentionner le nom du père de l'enfant dans l'acte de naissance de ce dernier : conflit d'intérêt qui peut entraîner par la suite des conflits de filiation⁸²¹. Par ailleurs, quand bien même le nom du père serait mentionné dans l'acte de naissance de l'enfant, il n'existe aucune obligation légale pour l'officier de l'état civil de contacter le père pour lui signifier la naissance de l'enfant. Finalement, les pères, accusés si souvent de fuir leur paternité, n'ont aucun moyen légal d'en être informé⁸²². Or en l'absence d'information il est impossible de pouvoir reconnaître l'enfant ***L'information du père dans l'intérêt de l'enfant (Paragraphe I)***. Initialement, cette disposition se justifiait pleinement par le souci de préserver les enfants nés au sein d'un couple marié, en évitant qu'un adultère ou un inceste puisse être mis en pleine lumière. Mais la mutation des mentalités associée au recul du mariage ne le justifie plus. Le respect des droits de l'enfant invite même à exiger, au contraire, une nouvelle forme d'automaticité afin de garantir ***L'identification de l'enfant dans son intérêt (paragraphe II)***.

819. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions critiques d'une juriste sur la parentalité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 41.

820. J. HAUSER, « La Cour EDH invente les paternités probables pour décider d'un droit de visite », *RTD civ.* 2012, p. 108.

821. F. RAINER, « Observations comparatives sur la contestation de paternité », *RIDC* 2005, p. 85.

822. J. HAUSER, « De la responsabilité résultant d'un établissement tardif de la paternité », *RTD civ.* 2006, p. 295.

Paragraphe I – L'information du père dans l'intérêt de l'enfant

127. Rétenion d'information. « Il est assez banal de remarquer qu'il n'y a de père identifiable... qu'au travers de la mère »⁸²³. Bien que la doctrine en parle peu, l'une des limites évidente à l'établissement de la reconnaissance de l'enfant par le père est son défaut d'information par la mère de l'enfant⁸²⁴. Par cette rétenion d'information, elle prive de manière discrétionnaire l'enfant d'une chance de bénéficier d'un double lien de filiation conforme à l'exactitude génétique⁸²⁵. Le droit français ne donne aucune obligation à la mère ou à l'officier de l'état civil d'informer le père de la naissance de l'enfant⁸²⁶. Pourtant, lorsque l'un des parents est déjà identifié, la mère par hypothèse, en cas de reconnaissance de l'enfant par le père, l'article 57-1 du Code civil dispose que « *Lorsque l'officier de l'état civil du lieu de naissance d'un enfant porte mention de la reconnaissance dudit enfant en marge de l'acte de naissance de celui-ci, il en avise l'autre parent par lettre recommandée avec demande d'avis de réception* »⁸²⁷. Il y a ici une forme de différence de traitement qui, si elle se justifie par le fait que le parent soit identifié lorsqu'il existe déjà un lien de filiation, n'est pas pour autant conforme à l'intérêt de l'enfant qui devrait, comme le rappelle le Comité international des droits de l'enfant, pouvoir connaître l'identité de ses parents génétiques le plus souvent possible⁸²⁸. Tout est fait pour que le père soit évincé s'il ne convient pas à la mère⁸²⁹, sans que l'intérêt de l'enfant ne soit pris en compte⁸³⁰. Or cette éviction empêche l'enfant de bénéficier d'un second regard sur la manière dont est exercée l'autorité parentale⁸³¹.

823. J. HAUSER, « Le droit de la paternité », *Communio*, novembre-décembre 20098, n° XXXIV, 6, p. 41.

824. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes*, n° 487, p. 1046.

825. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 735, p. 496.

826. Cass. civ. 1re, 17 février 1982, pourvoi n° 81-10298, *bull.* 1981, I, n° 78.

827. P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *Droit civil, tome I, introduction au droit*, n° 352, p. 211.

828. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 233, p. 116.

829. « *Par requête du 2 février 2012, Mme Y... Claire et Mme Sophie X... ont saisi le juge aux affaires familiales de St Nazaire d'une demande de délégation partage de l'autorité parentale sur l'enfant Fanette X..., née le 27 octobre 2011 ; elles exposaient être pacées le 28 mai 2008 et précisaient que Mme X... avait donné naissance à une fille Fanette, le 27 octobre 2011 ; elles ajoutaient que l'enfant n'avait pas de filiation paternelle et souhaitaient permettre à Mme Claire Y... de participer légalement à la vie de la mineure dans les gestes les plus simples de la vie quotidienne* » : cour d'appel de Rennes, 24 mai 2013, affaire *Fanette X...*, RG : 13/00036E.

830. « L'ordonnance livre, en outre, une vision matriarcale de la famille. La tendance est connue depuis longtemps et régulièrement dénoncée : 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 » : A.-M. LEROYER, « Filiation. Ordonnance n° 2005-759, du 4 juillet 2005 », *RTD civ.* 2005, p. 841.

831. « Qu'un parent exerce ou non l'autorité parentale, il a, en vertu de l'article 373-2-1 le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de son enfant. Ce même article rappelle que le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Ces attributs de l'autorité parentale permettent à chaque parent de vérifier que l'autre assure correctement sa mission de protection. Dans le cas contraire, l'autorité parentale offre au parent qui estime que la protection de son enfant est mal assurée par l'autre divers fondements juridiques pour réagir et remplir par là même son propre rôle de protection » : L.

La prise en compte de l'intérêt de l'enfant se justifierait d'autant plus que les droits conférés au titre de l'exercice de l'autorité parentale au seul parent identifié juridiquement sont particulièrement larges en matière de consentement à l'adoption par exemple⁸³². En effet, alors que l'article 348 du Code civil dispose que « *lorsque la filiation est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption* », l'article 348-1 du Code civil dispose pour sa part que « *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* ». La mère peut donc décider seule de cacher au père de l'enfant son existence, et le placer en vue de son adoption plénière, ce qui le prive, une fois adopté, de toute chance de pouvoir être élevé par son père d'origine, puisque l'adoption plénière est irrévocable⁸³³. Elle peut aussi décider seule de le faire adopter par son nouveau conjoint. Cette hypothèse est loin d'être un cas d'école⁸³⁴: l'ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe a même encouragé la généralisation de tels montages, en donnant à ces couples le droit d'adopter l'enfant qui vivait, de fait, avec eux sans autre parent génétique connu⁸³⁵. Lorsqu'il est mineur de quinze ans et qu'il est adopté sous la forme plénière, l'enfant n'est-il pas la victime sans parole et sans défense d'un conflit d'intérêt qui l'empêchera d'agir en recherche de filiation une fois devenu majeur⁸³⁶ ?

128. Liberté de la reconnaissance de l'enfant. La reconnaissance de l'enfant est un acte personnel et individuel, qui n'est pas susceptible de représentation. C'est-à-dire que personne ne peut agir à la place du père pour procéder en son nom à la

GAREIL-SUTTER, « L'autorité parentale reste-t-elle un outil pertinent de la protection de l'enfant ? », *LPA* mars 2012, n° 50, p. 43.

832. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 467, p. 259.

833. Cass. civ. 1re, 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-12623 ; J. HAUSER, « Partage d'autorité parentale et couple homosexuel : un service minimum des relations familiales ? », *RTD civ.* 2010, pp. 547-548 ; A. GOUTTENOIRE, « Le rattachement d'un enfant à la compagne de sa mère : la Cour de cassation inverse la tendance », *lexbase hebdo* 2010 n° 404 ; G. PITTI, « Les dissonances juridiques sur l'homoparentalité », *gaz. pal.* 2010, n°244, pp. 16-19 ; Th. GARÉ, « L'homoparentalité dans tous ses états », *RJPF* 2010, n° 10, pp. 23-25 ; A. GOUTTENOIRE, « coup d'arrêt à la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale », *JCP* 2010, n° 41, pp. 1880-1882 ; J. MASSIP, « Autorité parentale », *degrénois* 2010, n° 18, pp. 2028-2031 ; F. EUDIER, « Deux décisions précisent le régime juridique de la délégation partage de l'exercice de l'autorité parentale », *RJPF* 2010, n° 11, pp. 23-25 ; Cl. NEIRINCK, « Homoparentalité et ordre public », *RDSS* 2010, n° 6, pp. 1128-1133 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Mars 2010-avril 2010 », *D.* 2011, n° 23, pp. 1585-1591.

834. « Un couple de lesbiennes obligé de reconnaître les droits du père de son enfant », www.leparisien.fr/nantes-44000/un-couple-de-lesbiennes-oblige-de-reconnaitre-les-droits-du-pere-de-son-enfant-31-07-2013-3020943.php.

835. A. BATTEUR, « Le statut de l'enfant des homosexuel(le)s : hors l'intervention du Parlement, point de changements possibles », *LPA* décembre 2010, n° 239, p. 6.

836. F. EUDIER, « Où un juge aux affaires familiales de Metz autorise une délégation partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel », *RJPF* 2011, n° 5, p. 24.

reconnaissance de l'enfant⁸³⁷. Puisque personne ne peut reconnaître l'enfant à la place du père, il serait cohérent qu'à l'inverse, personne ne puisse s'opposer à ce que le père de l'enfant le reconnaisse lorsqu'il le souhaite⁸³⁸. La Cour européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs estimé qu'il n'était pas possible de donner à la mère le droit de s'opposer à la reconnaissance de l'enfant par son père biologique⁸³⁹. C'est aussi la position du droit français qui ne soumet pas à l'autorisation de la mère de l'enfant sa reconnaissance par son père⁸⁴⁰. Cependant, un obstacle de fait demeure : il est impossible pour le père de reconnaître l'enfant s'il n'est pas informé de sa naissance⁸⁴¹. Ici, l'enfant est privé d'un lien de filiation non pas parce que son père ne souhaite pas le reconnaître, mais parce que la mère n'a pas porté à la connaissance du père l'existence de l'enfant, ce qui est désormais encouragé par le droit social qui invite le compagnon de la mère, en dehors de tout lien de filiation, à prendre un congé lorsqu'elle accouche⁸⁴² ! Il peut alors arriver que le père de l'enfant apprenne trop tard sa naissance pour remettre en cause une filiation mensongère, et ne soit plus en mesure de faire établir son véritable lien de filiation lorsque les délais pour agir sont écoulés⁸⁴³.

129. Conflit négatif. Conséquence inévitable de la généralisation des couples éphémères⁸⁴⁴, le cas n'est certainement pas inédit en fait⁸⁴⁵, mais il l'est bien plus en jurisprudence dans la mesure où par hypothèse il s'agit d'un conflit négatif⁸⁴⁶. Le père, ne sachant pas qu'il est le père, n'agit pas devant les tribunaux. Bien souvent, la situation est sans conséquence directe pour l'enfant, puisqu'il bénéficie déjà d'un lien de filiation paternel

837. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1191, p. 474.

838. Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 248 p. 142.

839. J. FLAUSS-DIEM, « Vie familiale et paternité hors mariage : quelques pistes européennes », *RLDC* 2006, n° 33, pp. 33-38.

840. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Doit civil, La famille*, n° 498, p. 447.

841. J. HAUSER, « Les géniteurs anonymes : des donneurs de gamètes et des parturientes inconnues », *RTD civ.* 2012, p. 520.

842. A.-M. LEROYER, « Congé de paternité et d'accueil de l'enfant », *RTD civ.* 2013, p. 185.

843. Affaire *Rasmussen c./ Danemark*, 28 novembre 1984, requête n° 8777/79 ; case of *Backlund v./ Finland*, 6 juillet 2010, application n° 36498/05 ; case of *Grönmark v./ Finland*, 12 juillet 2011, application n° 17038/04 ; H. CARVALLO, « Filiation », in E. MULON, J. CASEY (dir.) « droit de la famille », *gaz. pal.* 2010, n° 315, p. 25 ; F. VASSEUR-LAMBRY, « L'affiliation de l'enfant : le pragmatisme du juge des droits fondamentaux », *LPA* mai 2011, n° 106, p. 7.

844. Voir *infra* n° 143.

845. « Pour isoler ce qui, dans cette direction, est proprement du non-droit, nous avancerions un critère double : il faut cumulativement que le droit ait renoncé à saisir les faits considérés, et que sa renonciation ait un caractère de généralité » : J. CARBONNIER, *Flexible droit*, p. 35.

846. « Le changement de nature du couple se manifeste également par ce qu'on pourrait appeler un bouleversement des temporalités familiales. Celles-ci étaient faites de temps long, de la permanence seulement perturbée par la mort. Elles peuvent être maintenant celles du temps court et d'une succession de séquences comportant des modes différents d'organisation de l'univers privé des individus. La possibilité de rupture est contenue dans le projet de constitution du couple » : J. COMMAILLE, « Une sociologie politique du droit de la famille des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, droit comparé des personnes et de la famille*, p. 87.

consacré par la présomption de paternité ou par une reconnaissance mensongère⁸⁴⁷. Lorsqu'il existe, le conflit n'est alors pas tranché sur le fondement du droit du père à l'information, mais sur le fondement de sa capacité à contester une filiation déjà établie. Or pourtant, la question devrait bien se poser du point de vue de son droit à l'information⁸⁴⁸. Les parents biologiques de l'enfant ne sont pas, de fait, placés sur un pied d'égalité suivant qu'il s'agit du père ou de la mère⁸⁴⁹. Le législateur devrait peut-être chercher le moyen de rétablir une forme d'égalité de traitement. Car enfin, si le père de l'enfant ne peut pas reconnaître son enfant, c'est bien au final l'enfant qui ne pourra pas bénéficier, dans la mesure du possible, de son droit d'être élevé par ses deux parents et de connaître son « véritable » père⁸⁵⁰.

130. Droit européen des droits de l'Homme. Du point de vue de la Cour européenne des droits de l'Homme, il n'est pas certain que cette lacune du droit français soit conforme à la Convention⁸⁵¹. En effet, comme elle a pu le rappeler à plusieurs reprises, les procédures ayant trait à la paternité de l'enfant doivent être examinées sous l'angle de l'article 8⁸⁵². Par ailleurs, la Haute juridiction considère que dans la mesure où l'article 8 protège à la fois le droit à la vie familiale et le droit à la vie privée⁸⁵³, il est indifférent que le lien entre l'enfant et son père prétendu soit effectif⁸⁵⁴: le respect du droit à la vie privée et familiale implique que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain⁸⁵⁵, et le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leur incidence sur la formation de la

847. « *The Court notes that such a declaration was an ordinary and easily accessible instrument for creating family ties between the applicant and D. It further observes that the possibility of effectively making such declaration was dependent on the mother's consent. It has not been argued or shown that D.'s mother had manifested her lack of consent for his recognition of paternity until they separated in april 1994. However, the Court notes that if the mother had not given such consent throughout his time, it would be impossible for the applicant to challenge her lack of consent in any proceedings* » : Case of *Rozanski v./ Poland*, 18 août 2006, application n° 55339/00, § 79 ; J. FLAUSS-DIEM, « Vie familiale et paternité hors mariage : quelques pistes européennes », *RLDC* 2006, n° 33, pp. 33-38.

848. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04.

849. J. HAUSER, « De la responsabilité résultant d'un établissement tardif de la paternité », *RTD civ.* 2006, p. 295.

850. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 248 p. 142.

851. Case of *Rozanski v./ Poland*, 18 août 2006, application n° 55339/00 ; J. FLAUSS-DIEM, « Vie familiale et paternité hors mariage : quelques pistes européennes », *RLDC* 2006, n° 33, pp. 33-38.

852. Case of *Mikulic v./ Croatia*, 7 février 2002, application n° 53176/99 ; A. GOUTTENOIRE, « La bioéthique redessine les contours de la famille », *dt. fam.* septembre 2004, alerte 34 ; J. HAUSER, « Le droit à accéder aux moyens de preuve biologique », *RTD civ.* 2002, p. 795-796 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Action en recherche de paternité naturelle, test ADN et droit au respect de la vie privée », *RTD civ.* 2002, p. 866-867.

853. A. GOUTTENOIRE, « Le droit au respect de la vie privée et familiale », *in* (dir.) F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, n° 49, p. 519.

854. Affaire *Kroon et autres c./ Pays-Bas*, 27 octobre 1994, requête n° 18535/91 ; E. DECAUX, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDI* 1995, pp. 783-784 ; P. GEORGES, « L'action en contestation de paternité au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD H.* 1996, pp. 183-203.

855. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, n° 233, p. 491.

personnalité⁸⁵⁶. De plus, comme le relève la Cour européenne des droits de l'Homme, l'État n'a pas qu'une obligation négative de non-ingérence, il a aussi l'obligation positive de faire respecter le droit à la vie privée et familiale de chacun, et doit même limiter l'ingérence des uns dans la vie privée et familiale des autres⁸⁵⁷. Et plus particulièrement lorsque l'état revendiqué est conforme à la certitude génétique⁸⁵⁸.

A l'occasion d'une affaire récente, la Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi réaffirmé son attachement à voir l'intérêt de l'enfant protégé par l'État lorsque les représentants légaux de l'enfant ne sont pas en mesure de le faire eux-mêmes⁸⁵⁹. En effet, le manque de diligence de la mère du requérant avait permis au père de se soustraire à des tests de paternité sans que les juridictions n'en tirent de conséquences quant à la filiation de l'enfant. Pour la Cour, l'intérêt de l'enfant doit être au cœur de toutes les procédures le concernant, y compris celles relatives à la filiation⁸⁶⁰: « pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. A la lumière de ce qui précède, la Cour estime que les juridictions nationales n'ont pas respecté un juste équilibre entre le droit du requérant mineur de voir ses intérêts protégés dans la procédure afin de dissiper son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas participer à la procédure, ni de subir des tests de paternité »⁸⁶¹.

Sans qu'il soit nécessaire de rechercher si les juridictions auraient dû tirer des conséquences du refus de se soumettre au test de paternité, c'est bien sur l'absence de prise en compte de l'intérêt de l'enfant par les juridictions internes que la Cour européenne des droits de l'Homme a fondé sa décision⁸⁶². La mère, qui dans cette affaire n'avait probablement pas la capacité suffisante pour défendre correctement l'enfant, pourrait être assimilée à la mère qui

856. Affaire *Gaskin c./ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, requête n° 10454/83 ; D. YERNAULT, « Libertés classiques et droits dérivés : le cas de l'accès aux documents administratifs », *RTD H.* 1996, n° 26, pp. 205-227 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 (à la mémoire de Brigitte Trillat) *dt. fam.* 2002, n° 5, pp. 7-16.

857. Affaire *Mizzi c./ Malte*, 12 janvier 2006, requête n° 26111/02.

858. Affaire *Paulik c./ Slovaquie*, 10 octobre 2006, requête n° 10699/05. ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les empreintes génétiques devant la Cour européenne des droits de l'Homme : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *RLDC* 2007, n° 38, pp. 41-46.

859. Affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10 ; E. POULIQUEN, « Établissement de la filiation et CEDH : des liens étroits », *RLDC* 2012, n° 92, p. 39 ; E. VIGANOTTI, « Action en recherche de paternité et droits de l'Homme », *AJ fam.* 2012, p. 228 ; A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* mars 2013, n° 3, pp. 10-15.

860. E. VIGANOTTI, « Action en recherche de paternité et droits de l'Homme », *AJ fam.* 2012, p. 228.

861. Affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10, § 64.

862. A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* mars 2013, n° 3, pp. 10-15.

pour des raisons personnelles est opposée à l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant. Dans les deux cas, le représentant légal de la personne mineure n'est pas en mesure de défendre les intérêts de l'enfant. C'est précisément cette hypothèse qui, selon la Haute juridiction, oblige l'État à prendre des dispositions concrètes pour protéger les intérêts de l'enfant. Or l'État français ne le fait pas, puisqu'il ne donne pas à l'enfant le droit d'être identifié de manière systématique par son père, en le protégeant d'un éventuel conflit d'intérêt avec sa représentante légale. Cette situation est d'autant plus problématique que la Cour européenne des droits de l'Homme semble faire évoluer sa jurisprudence vers une protection subjective des liens de fait qui peuvent se nouer entre l'enfant et un père de substitution⁸⁶³. L'enfant n'aurait alors pas le droit à des parents en particulier, quand bien même il en aurait été privé pour des raisons douteuses⁸⁶⁴.

131. Conseil constitutionnel. Ce raisonnement du point de vue du droit européen des droits de l'Homme peut apparaître d'autant plus pertinent, que dans une décision récente relative au placement de l'enfant en vue de son adoption, le Conseil constitutionnel a adopté une argumentation compatible. En effet, dans sa décision du 12 juillet 2012⁸⁶⁵, il était demandé au Conseil constitutionnel si le délai de trente jours prévu par l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles courait également contre les personnes auxquelles il n'avait pas été signifié⁸⁶⁶. La question était délicate, parce que les termes de l'article L. 224-8 ont été pensés à l'origine pour que les « alliés » de l'enfant se fassent connaître, et non pas le contraire⁸⁶⁷. En effet, avant la décentralisation, l'immatriculation de l'enfant en qualité de

863. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07 ; Case of *Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09.

864. Cette position de la Cour européenne des droits de l'Homme semble destinée à valider par le fait accompli les procédés de marchandisation de l'enfant, qui consistent soit à acheter des enfants « à adopter », soit à faire procréer à l'étranger un enfant en fraude à la loi française par exemple.

865. Conseil constitutionnel, *Affaire Annie M.*, décision n° 2012-268 QPC, 27 juillet 2012 ; Cass. civ. 1re, 6 juin 2012, pourvoi n° 11-27071 ; F. EUDIER, « Recours à l'encontre de l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État : inconstitutionnalité de l'article L. 224-8 alinéa 1er du Code de l'action sociale et des familles », *AJ fam.* 2012, p. 454 ; J. HAUSER, « Délai de contestation de l'admission en qualité de pupille de l'État », *RTD civ.* 2012, p. 523 ; A. BATTEUR, « Le recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État devra être effectif », *EDFP* septembre 2012, n° 137, p. 2 ; A. NIEMIEC-GOMBERT, « L'inconstitutionnalité de l'absence de publicité des arrêtés d'admission d'enfants en qualité de pupille de l'État », *LPA* octobre 2012, n° 211, p. 6 ; J.-F. DE MONGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ fam.* 2012, p. 578 ; G. C.-R., « Inconstitutionnalité de l'admission en qualité de pupille de l'État », *RLDC* 2012.

866. « *L'admission en qualité de pupille de l'État peut faire l'objet d'un recours, formé dans le délai de trente jours suivant la date de l'arrêté du président du conseil général devant le tribunal de grande instance, par les parents, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'un retrait total de l'autorité parentale par les alliés de l'enfant ou toute personne justifiant d'un lien avec lui, notamment pour avoir assuré sa garde, de droit ou de fait, et qui demandent à en assumer la charge* ».

867. L'article L 224-4 du Code de l'action sociale et des familles dispose que : « *Sont admis en qualité de pupille de l'État ; les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue, qui ont été recueillis par le*

pupille de l'État relevait de la compétence du préfet. Une fois que l'arrêté préfectoral était publié, la seule manière de le contester était le recours en excès de pouvoir devant le juge administratif⁸⁶⁸. Cette action était exceptionnelle parce que la plupart du temps l'enfant avait été recueilli par ceux qui se prétendaient ses alliés⁸⁶⁹. Ils n'avaient donc aucune difficulté ni à se faire connaître, ni à faire admettre leur lien avec l'enfant, qui était effectif. Surtout : la relative discrétion de l'acte permettait d'éviter les tentatives de « captation d'enfant ». Entre temps la généralisation des naissances hors mariage et le manque d'enfants adoptables ont encouragé l'information tardive des membres de la famille de l'enfant sur son existence, amenant parfois de grandes déceptions en cas d'abandon non concerté de l'enfant par la mère génétique⁸⁷⁰.

Avec la loi du 5 juillet 1996⁸⁷¹, le terme immatriculation est remplacé par celui d'admission, jugé moins péjoratif, et la disposition est placée à l'article 61 du Code de la famille et de l'aide sociale, avant d'être finalement classée à l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et de la famille par la loi de 2002⁸⁷². La compétence du tribunal de grande

service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux ans ; les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont été expressément remis au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de leur admission comme pupilles de l'État par les personnes qui ont qualité pour consentir à leur adoption, depuis plus de deux mois ; 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'État et dont l'autre parent n'a pas fait connaître au service, pendant ce délai, son intention d'en assumer la charge ; avant l'expiration de ce délai de six mois, le service s'emploie à connaître les intentions de l'autre parent ; les enfants orphelins de père et de mère pour lesquels la tutelle n'est pas organisée selon le chapitre II du titre X du livre Ier du Code civil et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois... ».

868. A. NIEMIEC-GOMBERT, « L'inconstitutionnalité de l'absence de publicité des arrêtés d'admission d'enfants en qualité de pupille de l'État », *LPA* octobre 2012, n° 211, p. 6.

869. M.-Ch. LE BOURSIOT, « Le placement en vue de l'adoption fait échec aux reconnaissances intervenues postérieurement », *RJPF* 2009.

870. A. TON NU LAN, « Le délai de recours contre l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État », *RJPF* 2004.

871. Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, *JORF* 6 juillet 1996, n° 156, p. 10208 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Présentation de la loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption », *JCP N.* 1996, pp. 1135-1137 ; S. DION-LOYE, « Premières observations sur le nouveau droit de l'adoption (loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption) », *LPA* août 1996, n° 97, pp. 5-15 ; F. BOULANGER, « Le bilan mitigé d'une réforme : la loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 modificatrice du droit de l'adoption », *D.* 1996, n° 36, pp. 307-313 ; I. CORPART, « La réforme du 5 juillet 1996 relative à l'adoption : refonte d'ensemble ou retouche », *LPA* novembre 1996, n° 142, pp. 5-10 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Permanence et modernité de l'adoption d'après la loi du 5 juillet 1996 », *JCP* 1996, n° 48, pp. 449-456 ; F. MONÉGER, « Regard critique sur la réforme de l'adoption », *RDSS* 1997, n° 1, pp. 1-24 ; J. MASSIP, « Les nouvelles règles de l'adoption », *defrénois* 1997, n° 4, pp. 193-216 ; J. MASSIP, « Les nouvelles règles de l'adoption (loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 relatives à l'adoption) », *LPA* mars 1997, n° 32, pp. 4-13 ; F. PROAL, « La loi du 5 juillet 1996 relative à l'adoption : un exemple d'adaptation et de pragmatisme de l'action législative », *RRJ* 1997, n° 2, pp. 651-669 ; É. MALLET, « Le nouveau droit à l'adoption issu de la loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 (aperçu et formule) », *JCP N.* 1997, n° 17, pp. 608-610 ; Cl. NEIRINCK, « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP* 1997, n° 49, pp. 501-506.

872. Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *JORF* 3 janvier 2002, p. 124 ; M. LÉVY, « La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement et/ou continuité », *RDSS* 2002, n° 3, pp. 423-464 ; M. TOURDIAS, « La juridiction sanitaire et sociale après la loi du 2 janvier 2002 », *AJDA* 2002, n° 10, pp. 748-750.

instance a rendu cette action plus proche des actions relatives à la filiation de l'enfant. L'émergence de la prise en compte systématique du droit à un recours effectif devant les tribunaux civils autorise désormais à s'interroger sur la conformité de cette disposition avec la Constitution⁸⁷³.

C'est probablement pourquoi le Conseil constitutionnel a entendu l'argumentation fondée sur le droit à un recours effectif et a décidé que : « *si le législateur a pu choisir de donner qualité pour agir à des personnes dont la liste n'est pas limitativement établie et qui ne sauraient, par conséquent, recevoir toutes individuellement la notification de l'arrêté en cause, il ne pouvait, sans priver de garanties légales le droit d'exercer un recours juridictionnel effectif, s'abstenir de définir les cas et conditions dans lesquels celles des personnes qui présentent un lien plus étroit avec l'enfant sont effectivement mises à même d'exercer ce recours* ». Dans cette affaire, il s'agissait d'une requérante qui était probablement la grand-mère de l'enfant. Il est donc possible de conclure que le raisonnement du Conseil constitutionnel s'applique *a fortiori* aux hypothèses dans lesquelles ce serait le père génétique de l'enfant qui estimerait qu'il n'a pas obtenu l'information.

Cette décision du Conseil constitutionnel qui doit prendre effet au 1er janvier 2014 semblait inciter le législateur à repenser de manière globale la prise en compte du droit de l'enfant à bénéficier d'un double lien de filiation. Cela d'autant plus, que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui s'impose au juge et au législateur français, considère que le lien biologique entre un parent et son enfant est un lien qui doit primer et être préservé en priorité, sous peine de devoir céder ensuite face au lien de fait constitué entre un tiers et l'enfant. Le père et l'enfant subiraient alors un préjudice lié à l'impossibilité de faire établir une filiation qui a été occultée au profit d'un tiers. Une carence légale a rendu impossible la défense du lien au sens du droit à un tribunal proclamé par l'article 6 de la Convention⁸⁷⁴.

132. Évolution législative. Le législateur a modifié l'article L. 224-8 du

⁸⁷³. J.-F. DE MONGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ fam.* 2012, p. 578.

⁸⁷⁴. Article 6 : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations à caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».

Code de l'action sociale et des familles⁸⁷⁵. Comme il était possible de s'y attendre, la voie choisie n'a pas été celle de la simplicité. Par une rédaction relativement complexe si l'on considère le public auquel est censé s'adresser ce texte, le nouvel article dispose notamment que : « *L'arrêté mentionné au I est notifié aux personnes mentionnées au 1° du II, ainsi qu'à celles mentionnées aux 2° et 4° du même II qui, avant la date de cet arrêté, ont manifesté un intérêt pour l'enfant auprès du service de l'aide sociale à l'enfance. Cette notification, qui est faite par tout moyen permettant d'établir une date certaine de réception, mentionne les voies et délais de recours ainsi que la juridiction compétente. Elle précise que l'action n'est recevable que si le requérant demande à assumer la charge de l'enfant* ». En d'autres termes, le texte a été pensé pour exclure précisément les personnes mentionnées au 3° du II de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, à savoir : « *Le père de naissance ou les membres de la famille de la mère ou du père de naissance, lorsque l'enfant a été admis en application du 1° de l'article L. 224-4* »⁸⁷⁶. Une distinction est donc opérée entre « *les membres de la famille de l'enfant* » et « *le père de naissance ou les membres de la famille de la mère ou du père de naissance* ». Distinction d'autant plus subtile que les personnes qui ont assuré la garde de droit ou de fait de l'enfant peuvent se voir notifier l'arrêté. Faudra-t-il que le père vole l'enfant à la maternité pour caractériser une garde de fait ? La formule, quoi qu'un peu brutale n'est pas sans intérêt si l'on considère la manière dont les proches sont accueillis dans les maternités lorsqu'une femme demande à accoucher de manière anonyme et secrète⁸⁷⁷. Il faut surtout regretter que le texte n'ait pas prévu qu'en cas de contestation, les juges ne

875. Loi n° 2013-673 du 26 juillet 2013 : « I - *L'enfant est admis en qualité de pupille de l'État par arrêté du président du conseil général pris soit après la date d'expiration des délais prévus aux 1° à 4° de l'article L. 224-4 en cas d'admission en application de ces mêmes 1° à 4°, soit une fois le jugement passé en force de chose jugée lorsque l'enfant est admis dans les conditions prévues aux 5° ou 6° du même article.*

II – *L'arrêté mentionné au I peut être contesté par : 1° les parents de l'enfant, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'un retrait total de l'autorité parentale ; 2° les membres de la famille de l'enfant ; 3° le père de naissance ou les membres de la famille de la mère ou du père de naissance lorsque l'enfant a été admis en application du 1° de l'article L. 224-4 ; 4° toute personne ayant assuré la garde de droit ou de fait de l'enfant. L'action n'est recevable que si le requérant demande à assumer la charge de l'enfant.*

III – *L'arrêté mentionné au I est notifié aux personnes mentionnées au 1° du II, ainsi qu'à celles mentionnées aux 2° et 4° du même II qui, avant la date de cet arrêté, ont manifesté un intérêt pour l'enfant auprès du service de l'aide sociale à l'enfance. Cette notification, qui est faite par tout moyen permettant d'établir une date certaine de réception, mentionne les voies et délais de recours ainsi que la juridiction compétente. Elle précise que l'action n'est recevable que si le requérant demande à assumer la charge de l'enfant.*

IV – *Le recours contre l'arrêté mentionné au I est formé, à peine de forclusion, devant le tribunal de grande instance dans un délai de trente jours à compter de la date de la réception de sa notification.*

V – *S'il juge la demande conforme à l'intérêt de l'enfant, le tribunal prononce l'annulation de l'arrêté mentionné au I et confie l'enfant au demandeur, à charge, le cas échéant, pour ce dernier de requérir l'organisation de la tutelle, ou lui délègue les droits de l'autorité parentale (sic). Dans le cas où il rejette le recours, le tribunal peut autoriser le demandeur dans l'intérêt de l'enfant, à exercer un droit de visite dans les conditions qu'il détermine ».*

876. Article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles « *Sont admis en qualité de pupille de l'État : 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* ».

877. Voir *infra* n° 143.

puissent prononcer l'adoption plénière de l'enfant qu'à titre exceptionnel⁸⁷⁸. Au titre de son droit de connaître ses origines, l'enfant pourra être amené à connaître les circonstances qui ont abouti à son adoption plénière et à l'impossibilité pour lui d'établir sa filiation génétique. Ne risque-t-il pas de souffrir de cette situation ? N'y a-t-il pas un risque qu'il rejette la filiation que l'on aura voulu lui imposer⁸⁷⁹?

133. Droit de l'enfant. Paradoxalement, l'enfant serait mieux protégé lorsqu'il a été abandonné, puisqu'il peut obtenir la communication des informations détenues par l'État concernant ses origines et son identité génétique. En revanche, lorsqu'il est pris en charge par sa mère, l'enfant ne peut pas exiger d'elle la communication de l'identité de son père génétique potentiel, pas plus qu'elle n'a l'obligation de faire connaître sa naissance à cet homme pour qu'il puisse, dans l'intérêt de l'enfant, établir son lien de filiation⁸⁸⁰. Ici encore le droit de la filiation devra évoluer pour mieux prendre en compte l'évolution d'une société dont les hommes revendiquent, au même titre que les femmes, le droit d'établir un lien de filiation avec « leur » enfant⁸⁸¹. Il ne faut pas oublier que la loi de 2002 qui a consacré la coparentalité, a donné aussi le droit pour l'enfant à ce que les décisions le concernant soient prises de manière collégiale et non pas par un seul de ses parents comme par le passé⁸⁸². Or pour que la coparentalité soit effective, il faut que l'enfant ait deux représentants légaux.

De plus, la consécration de l'homoparentalité risque d'ouvrir un contentieux nouveau dans lequel le père génétique de l'enfant pourra se trouver en concurrence avec la compagne lesbienne de la mère⁸⁸³. Comment la Cour européenne des droits de l'Homme trancherait-elle un litige relatif à la contestation de la filiation d'un enfant adopté très jeune par la compagne lesbienne de sa mère sans que le père biologique ait été informé à temps de la naissance de l'enfant pour faire établir sa paternité⁸⁸⁴? Pourra-t-on soutenir qu'une telle

878. D. BOURGAULT COUDEVYLLE, « L'enfant né sous X », *LPA* août 2013, n° 165, p. 9.

879. P. MURAT, « La tierce opposition par l'adopté », *dt. fam.* février 2005, comm. 28.

880. J. HAUSER, « Les géniteurs anonymes : des donneurs de gamètes et des parturientes inconnues », *RTD civ.* 2012, p. 520.

881. J. HAUSER, « Le droit de la paternité », *Communio*, novembre-décembre 2009, n° XXXIV, 6, p. 40.

882. L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, thèse, 2004.

883. A.-M. LEROYER, « Congé de paternité et d'accueil de l'enfant », *RTD civ.* 2013, p. 185.

884. Voir par exemple sur la prise en compte du fait accompli par la Cour européenne des droits de l'Homme: Affaire *W. c./ Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, requête n° 9749/82 ; Affaire *Keegan c./ Irlande*, 26 mai 1994, requête n° 16969/90 ; Affaire *Söderbäck c./ Suède*, 28 octobre 1998, requête n° 113/1997/897/1109 ; Affaire *Lebbink c./ Pays-Bas*, 1er juin 2004, requête n° 45582/99 ; Affaire *Wagner et J. M. W. L. c./ Luxembourg*, 28 juin 2007, requête n° 76240/01 ; Affaire *Moretti et Benedetti c./ Italie*, 27 avril 2010, requête n° 16318/07 ; Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07 ; Case of *Schneider v./ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07 ; Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09 ; Case of *Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; Affaire *X et autres c./ Autriche*, 19 février 2013, requête

adoption ait été faite dans l'intérêt de l'enfant⁸⁸⁵? N'y aura-t-il pas un risque de voir naître un contentieux lorsque le père ou l'enfant aura été privé de son lien de filiation paternel⁸⁸⁶? Les droits de l'enfant seront-ils respectés si l'on utilise désormais comme fondement du lien de filiation la seule volonté⁸⁸⁷? Ne devra-t-on pas alors admettre que l'enfant a le droit de donner son avis dans cette décision⁸⁸⁸?

n° 19010/07.

885. J. RUBELLIN-DEVICHI, « L'adoption et les nouveaux détournements d'institution : adoption ou reconnaissance mensongère de l'enfant par le nouveau conjoint de la mère », *RTD civ.* 1990, p. 253.

886. Ph. MELIN, « Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile », *gaz. pal.* avril 2002, n° 110, p. 2.

887. A. BATTEUR, « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA* juin 2007, n° 122, p. 6.

888. J. PEYRÉ (dir.), *Les demandes d'accès aux origines personnelles émanant de personnes mineures : l'âge de discernement*, Groupe de travail CNAOP, mars 2010, p. 14. www.cnaop.gouv.fr, consulté en janvier 2012.

Paragraphe II – L'identification de l'enfant dans son intérêt

134. Enfant identifiable. Un autre obstacle factuel à la reconnaissance de l'enfant par son père se trouve être la capacité de ce dernier à l'identifier⁸⁸⁹. De prime abord, la question de l'identification d'un enfant peut sembler saugrenue dans un État où les enfants sont tous enregistrés gratuitement dès leur naissance auprès des services de l'état civil⁸⁹⁰. Mais pour qu'un enfant soit identifiable, il faut qu'il soit né d'une mère connue⁸⁹¹. Le législateur, qui a donné à la femme la possibilité de demander l'anonymat et le secret de son accouchement, lui a par la même occasion donné le pouvoir exorbitant de rompre tout lien entre l'enfant et ses origines⁸⁹². Sans l'accouchement, il est impossible de le situer dans l'espace et dans le temps et donc il est impossible de le reconnaître aux sens propre et juridique du terme⁸⁹³.

Certes, l'anonymat semble répondre à un besoin de souplesse que l'on peut difficilement discuter en pratique⁸⁹⁴. Ainsi, en Allemagne où la femme qui accouche a l'obligation théorique de révéler l'identité du père de l'enfant, l'officier de l'état civil ne vérifie les informations qui lui sont communiquées que lorsqu'elles n'apparaissent pas plausibles⁸⁹⁵. Il faut ajouter qu'en parallèle de cette obligation stricte, la pratique a développé les « boîtes-à-bébé », qui aboutissent aux mêmes conséquences de fait pour l'enfant que l'accouchement anonyme et secret⁸⁹⁶. Or, si dans certains cas cette rupture discrétionnaire peut s'avérer utile pour donner à l'enfant un nouveau départ au sein d'une famille de substitution⁸⁹⁷, dans d'autres cas, l'enfant peut être privé d'un lien de filiation paternel qui ne demandait pourtant qu'à exister⁸⁹⁸. C'est que le lien entre l'enfant et sa mère est un lien plus complexe qu'un simple lien de filiation, et la divisibilité de l'établissement du lien de filiation hors mariage pose des difficultés nouvelles que l'effectivité des droits de l'enfant impose de

889. H. DESBOIS, « Légitimation adoptive : conditions relatives à l'enfant », *RTD civ.* 1960, p. 640.

890. G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, thèse, n° 162, p. 242.

891. S. AUBIN, « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA* mars 2003, n° 57, p. 3.

892. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 234, p. 116.

893. J. HAUSER, « Accouchement anonyme : la liberté ne résume pas toute la filiation », *RTD civ.* 2006, p. 292.

894. Le Comité international des droits de l'enfant a d'ailleurs assoupli sa position concernant l'abandon anonyme et secret des enfants. Voir *infra* n° 241.

895. CRC/C/83/Add. 7, 24 juillet 2003, § 350, p. 74. (Allemagne).

896. A la différence près, que le secret est ici irréversible. Il semble que l'Allemagne soit en train d'abandonner ce dispositif condamné par le Comité international des droits de l'enfant, au profit d'un accouchement anonyme durant 16 ans.

897. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Abandon, consentement à l'adoption et droit de rétractation », *RTD civ.* 1990, p. 257.

898. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1118, p. 442.

prendre en compte.

135. Droit de l'enfant à « sa » filiation. Le droit de la famille devrait être repensé de manière globale pour tenir compte de l'évolution de la société, et sécuriser les nouveaux liens de fait qui se créent entre les individus⁸⁹⁹. Sans doute n'avait-t-on pas imaginé que la multiplication des libertés individuelles, et donc la réversibilité des droits qu'elles confèrent, conduirait inévitablement à plus de précarité pour les tiers, entièrement soumis à l'exercice unilatéral de ces libertés. Héritier de cette législation de l'intérêt individuel, l'accouchement anonyme, dont l'opportunité de principe n'est plus discutée, est présenté comme un obstacle au droit de l'enfant de connaître ses origines⁹⁰⁰.

Or, il constitue en réalité principalement un obstacle à l'établissement de la filiation de l'enfant à qui l'on donne *in fine* le droit minimal de connaître, dans la mesure du possible, son origine maternelle⁹⁰¹. Les discussions s'orientent alors sur la manière dont il faudrait concevoir l'articulation entre une filiation adoptive assumée, et la place d'une mère génétique inconnue⁹⁰². Pourtant, ce débat ne présente que partiellement le vrai problème⁹⁰³ : l'accouchement anonyme et secret met en concurrence faussée le père génétique de l'enfant avec les associations de parents adoptifs⁹⁰⁴ et les parents de substitution qui revendiquent l'enfant dans le cadre de l'adoption plénière⁹⁰⁵. Tout est fait pour que cet homme ne bénéficie ni de l'information de la grossesse de la femme⁹⁰⁶, ni du droit de s'opposer au placement de l'enfant en vue de son adoption comme ce serait le cas pour un abandon⁹⁰⁷. L'arrêt *Kearns c./ France* est topique de cet état d'esprit⁹⁰⁸. Le père génétique de l'enfant est exclu de fait des

⁸⁹⁹. V. AVENA-ROBARDET, « Égalité parentale », *AJ fam.* 2013, p. 147.

⁹⁰⁰. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droits de la mère et droits de l'enfant : Réflexions sur les formes de l'abandon », *RTD civ.* 1991, p. 695.

⁹⁰¹. M.-C. LE BOURSICOT, « Accouchement sous le secret : cette fois, la CEDH valide le dispositif du côté de la mère », *RLDC* 2008, pp. 39-40.

⁹⁰². J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 489, p. 1052.

⁹⁰³. S. AUBIN, « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA* mars 2003, n° 57, p. 3.

⁹⁰⁴. F. GRANET, « Filiation naturelle », note sous cour d'appel de Riom, 16 décembre 1997, affaire *association Enfance et familles d'adoption c./ X... et autre* ; *D.* 1999, p. 198.

⁹⁰⁵. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Doit civil, La famille*, n° 626, p. 568.

⁹⁰⁶. E. POISSON-DROCOURT, « Accouchement sous X... : conflit entre père par le sang et adoptants potentiels », *D.* 2003, n° 43, pp. 2910-2913.

⁹⁰⁷. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1124, p. 445.

⁹⁰⁸. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; F. SUDRE, Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, *JCP* juillet 2008, I, n° 167, pp. 25-30 ; M.-C. LE BOURSICOT, « Accouchement sous le secret : cette fois, la CEDH valide le dispositif du côté de la mère », *RLDC* 2008, pp. 39-40 ; Th. GARÉ, « La CEDH conforte la validité du système français d'accouchement sous X », *RJPF* 2008, pp. 23-24 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Les désillusions strasbourgeoises de l'accouchée sous X repentante », *RTD civ.* 2008, pp. 252-255 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme : satisfecit provisoire au droit français », *RTD civ.* 2008, pp. 285-286 ; A. GOUTTENOIRE, « Le consentement de la femme qui accouche sous X doit être

débats puisque, une fois adopté, au nom de l'intérêt de l'enfant à la stabilité de ses liens affectifs, il est jugé que la filiation adoptive doit primer sur la filiation génétique : sorte de possession d'état rapide qui rendrait inefficace l'action du père génétique⁹⁰⁹. Mais il ne peut pas s'agir d'une possession d'état au sens français du terme, dans la mesure où elle n'est pas constituée de manière paisible⁹¹⁰.

L'affaire étonne parce qu'elle n'a pas été examinée au regard des droits du père qui avait le statut de tiers intervenant ; elle a été étudiée exclusivement à travers l'indépendance et la qualité du consentement de la mère⁹¹¹. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'Homme a déjà affirmé à plusieurs reprises l'obligation positive des États de réunir le plus tôt possible les parents naturels et leurs enfants chaque fois qu'ils en ont la possibilité⁹¹² : «*The Court recalls in this respect that the possibilities of reunification will be progressively diminished and eventually destroyed if the biological father and the child are not allowed to meet each other at all, or only so rarely that no natural bonding between them is likely to occur*»⁹¹³. Elle préconise cette réunification précoce afin que l'enfant ne soit pas amené à nouer des liens avec d'autres personnes que « ses parents », qu'il serait préjudiciable de rompre ensuite⁹¹⁴ ; ce que fait au contraire l'accouchement anonyme et secret⁹¹⁵. Par souci de cohérence avec sa jurisprudence précédente, qui insistait sur la prééminence du lien génétique même en l'absence d'effectivité, la Cour européenne des droits de l'Homme n'aurait pas dû exclure des débats le père de l'enfant⁹¹⁶. Et cela d'autant plus que dans cette affaire, le père de

libre et éclairé », *lexbase hebdo* 2008, n° 297 ; Cl. NEIRINCK, « Retour sur un accouchement sous X validé par la CEDH », *RDSS* 2008, pp. 353-359 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Accouchement sous X : la CEDH valide le délai de deux mois à l'issue duquel la restitution de l'enfant est possible », *RLDC* 2008, pp. 43-44 ; A. TON NU LAN, « Abandon d'un enfant sans filiation établie : le consentement à la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance n'est toujours pas requis », *RJPF* 2004.

909. « Accouchement sous X : la restitution provisoire de l'enfant à son père n'est pas opportune quand la reconnaissance est postérieure au placement », *RJPF* 2004.

910. Voir *infra* n° 222.

911. « La Cour observe que l'on se trouve, dans ce type d'affaire, en présence d'intérêts difficilement conciliables, ceux de la mère biologique, ceux de l'enfant et ceux de la famille d'adoption » : Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04, § 79.

912. *Case of Gorgulu v./ Germany*, 26 mai 2004, application n° 74969/01, § 46 ; P. MURAT, « Accouchement anonyme : quand les délais conduisent les pères à ne pouvoir exercer leurs droits », *dt.fam.* 2004, n° 4, pp. 11-16.

913. Selon la Cour, lorsque les occasions pour un père biologique de rencontrer son enfant sont réduites, voire même empêchées, il ne leur est laissée aucune chance de pouvoir construire entre eux les liens naturels qui seraient souhaitables.

914. Voir en ce sens : *Case of Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07 ; *Case of Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; *Case of Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09.

915. Affaire *Keegan c./ Irlande*, 26 mai 1994, requête n° 16969/90, § 55 ; O. BACHELET, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDI* 2007, pp. 720-722 ; P. TAVERNIER, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDI* 1995, pp. 763-765.

916. Affaire *Gaskin c./ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, requête n° 10454/83 ; Affaire *Kroon et autres c./ Pays-Bas*, 27 octobre 1994, requête n° 18535/91 ; *Case of Mikulic v./ Croatia*, 7 février 2002, application n° 53176/99 ; Affaire *Mizzi c./ Malte*, 12 janvier 2006, requête n° 26111/02 ; *Case of Rozanski v./ Pologne*, 18

l'enfant avait obtenu un jugement du tribunal de Dublin qui lui reconnaissait la qualité de père naturel⁹¹⁷. Dès lors que la réalité génétique de sa paternité n'était pas contestée et qu'il manifestait la volonté de prendre en charge l'enfant, il peut sembler étonnant que la Cour européenne des droits de l'Homme ait fait prévaloir la filiation adoptive de l'enfant en se fondant uniquement sur le caractère suffisant des informations délivrées à la requérante⁹¹⁸, alors que la véritable question était celle de l'absence d'information du père génétique de l'enfant qui se plaignait d'être mis devant le fait accompli⁹¹⁹. Peut être cet arrêt restera-t-il un arrêt isolé puisque, en sens inverse, dans une affaire dont les faits étaient relativement proches, la Haute juridiction a reconnu en 2011 l'importance pour un père probable d'entretenir une relation avec son enfant et d'obtenir régulièrement des informations sur lui⁹²⁰.

136. La place du père de l'enfant en droit français. Quand bien même il aurait procédé à une reconnaissance prénatale de l'enfant, le père est traité comme un tiers⁹²¹. L'accouchement anonyme et secret ne concernerait que la mère et l'enfant⁹²². Pourtant le père génétique de l'enfant, *a fortiori* lorsqu'il a procédé à une reconnaissance prénatale, n'est pas un tiers comme les autres⁹²³. En effet, il tire du lien génétique qui le relie à l'enfant une qualité intrinsèque de père, retranscriptible en droit, que l'exercice de la liberté de la mère ne devrait pas pouvoir lui ôter puisque la filiation hors mariage est divisible. De plus, dans la mesure où l'article 323 du Code civil rend les actions relatives à la filiation indisponibles, l'accouchement

août 2006, application n° 55339/00 ; Affaire *Paulik c./ Slovaquie*, 10 octobre 2006, requête n° 10699/05.

917. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 198 p. 110.

918. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Doit civil, La famille*, n° 628, p. 569.

919. « *Entre-temps, M. Byrski, père naturel de l'enfant avait saisi le tribunal familial de Dublin en vue de voir reconnaître ses droits sur l'enfant. Par des décisions des 19 juillet, 14 et 28 août 2002, le tribunal interdit la poursuite de la procédure d'adoption en France, ordonna que le nom et la photo de l'enfant soient transmis à M. Byrski et ordonna la transmission de ses décisions au conseil général du département du Nord et aux services sociaux français. Les 25 et 26 juillet 2002, la requérante se présenta auprès de la maternité de l'hôpital, puis des services sociaux français en demandant la restitution de l'enfant. Selon une note rédigée par les services sociaux, sa demande était motivée, d'une part, par le fait que le père biologique avait entre temps appris la naissance de l'enfant et avait engagé une action en Irlande, et d'autre part, par le fait qu'elle avait réussi à convaincre son mari de reconnaître l'enfant* ». Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04, § 17-18.

920. Case of *Schneider v/ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07, § 90-105 ; J. HAUSER, « La Cour EDH invente les paternités probables pour décider d'un droit de visite », *RTD civ.* 2012, p. 108 ; C. SIFFREIN-BLANC, « Droit de visite du père biologique présumé : recherche circonstanciée de l'intérêt de l'enfant », *AJ fam.* 2011, p. 496 ; M. BRUGGEMAN, « Père légal versus père biologique : la portée variable du droit au respect de la vie familiale », *dt. fam.* 2011, n° 2, alerte 7 ; F. BOULANGER, « Droit de visite et intérêt de l'enfant », *D.* 2011, p. 2908 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droit de la famille », *JCP* 2012, n° 1, pp. 49-55 ; F. SUDRE, « Droit de la convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, n° 4, pp. 163-169 ; F. EUDIER, « Un droit de visite peut être accordé au père biologique présumé », *RJFP* 2012, n° 2, pp. 23-24 ; J.-M. LARRALDE, « Intérêt de l'enfant et droit de visite du père biologique présumé », *EDFP* octobre 2011, n° 9, p. 2.

921. S. AUBIN, « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA* mars 2003, n° 57, p. 3.

922. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 154 p. 91.

923. F. MONÉGER, « Pauvres pères », in *Drôle(s) de droit(s), Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandari*, p. 417.

anonyme et secret ne devrait pas obliger le père à renoncer, ou plus exactement l'empêcher d'établir, un lien de filiation avec « son » enfant⁹²⁴.

137. Inefficacité de la reconnaissance prénatale. Pourtant, à l'occasion d'un arrêt du 16 décembre 1997, la cour d'appel de Riom avait considéré que la reconnaissance prénatale réalisée devant notaire n'était pas suffisante pour établir la filiation paternelle d'un enfant qui, par hypothèse, n'a jamais pu naître d'une femme qui n'a jamais accouché⁹²⁵. Tout au plus, les juges reconnaissaient-ils le droit pour le père de faire valoir sa paternité dans le délai précédent le placement de l'enfant en vue de son adoption⁹²⁶. La doctrine a beaucoup critiqué cette décision qui était contraire à l'évolution du droit européen des droits de l'Homme sur ce type de question⁹²⁷. En faisant un amalgame entre la volonté de la mère de garder l'anonymat et de préserver le secret de son accouchement et les conséquences sur la filiation paternelle de l'enfant la décision venait indirectement remettre en cause le principe de la divisibilité de la filiation hors mariage, puisque la solution aboutissait, de fait, à priver l'enfant de filiation paternelle au seul motif que sa mère génétique n'avait pas voulu assumer sa maternité⁹²⁸. Cette affaire s'est finalement soldée en 2003 par une adoption simple de l'enfant, qui a le mérite de retranscrire la réalité de la filiation de l'enfant, à la fois réclamé par son père génétique, et ses parents adoptifs⁹²⁹.

138. Affaire Fesch. A peu près à la même époque, l'affaire Fesch a marqué les esprits au regard des circonstances singulières du décès du père génétique de l'enfant⁹³⁰. Ce

⁹²⁴. J. HAUSER, « L'identification de l'enfant aux mains de la mère : une expropriation d'enfant d'utilité privée », *RTD civ.* 2003, p. 489.

⁹²⁵. J. HAUSER, « La mort civile de l'enfant », *RTD civ.* 1998, p. 891.

⁹²⁶. D. BOURGAULT-COUDEVYILLE, « Filiation », note sous cour d'appel de Riom, 16 décembre 1997, affaire *association Enfance et familles d'adoption c./ X... et autre* ; *D.* 1998, p. 301.

⁹²⁷. Cour d'appel de Riom, affaire *association Enfance et familles d'adoption c./ X... et autre*, 16 décembre 1997 ; D. BOURGAULT-COUDEVYILLE, « Filiation », note sous cour d'appel de Riom, affaire *association Enfance et familles d'adoption c./ X... et autre*, 16 décembre 1997, *D.* 1998, p. 301 ; F. GRANET, « Filiation naturelle », note sous cour d'appel de Riom, affaire *association Enfance et familles d'adoption c./ X... et autre*, 16 décembre 1997, *D.* 1999, p. 198 ; Th. GARÉ, « Une reconnaissance prénatale est sans effet en cas d'accouchement sous X », *JCP* 1998, II, n° 10147, p. 1589 ; J. HAUSER, « La mort civile de l'enfant », *RTD civ.* 1998, p. 891 ; P. MURAT, « De l'impuissance des pères devant l'accouchement anonyme », *dt. fam.* novembre 1998, comm. 150, p. 14 ; M-Ch. LE BOURSICOT, « Accouchement sous X : l'épilogue de de l'affaire de Riom », *RJPF* 2004.

⁹²⁸. Th. GARÉ, « Une reconnaissance prénatale est sans effet en cas d'accouchement sous X », *JCP* 1998, II, n° 10147, p. 1589.

⁹²⁹. M-Ch. LE BOURSICOT, « Accouchement sous X : l'épilogue de l'affaire de Riom », *RJPF* 2004.

⁹³⁰. Cass. civ. 1re, 25 octobre 2005, pourvoi n° 03-19274, inédit ; Ch. DESNOYER, « Constatation judiciaire de la possession d'état d'enfant naturel », *D.* 2004, p. 463 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Constatation judiciaire de la possession d'état d'enfant naturel », *D.* 2003, p. 2119 ; F. BICHERON, « Pas de recours à l'expertise biologique pour prouver la possession d'état », *AJ fam.* 2003, p. 230 ; J. HAUSER, « Possession d'état et filiation naturelle : preuve et droit transitoire », *RTD civ.* 2003, p. 487 ; J. HAUSER, « La possession d'état

dernier avait dû faire valoir sa possession d'état d'enfant naturel pour obtenir l'établissement du lien de filiation qui existait entre son père et lui alors que sa mère génétique avait demandé à accoucher de manière secrète et anonyme et que l'action en recherche de paternité naturelle était prescrite depuis longtemps⁹³¹. Au regard du temps écoulé dans cette affaire, il est possible d'hésiter sur la question de savoir si l'action de l'enfant était motivée par la volonté d'établir une filiation ou par la volonté de connaître ses origines : mais ce qui est certain, c'est que les sommes en jeu n'étaient pas anodines⁹³².

Alors que le père de l'enfant avait été condamné à mort, sa mère avait demandé à accoucher secrètement. Il fut exécuté trois ans après la naissance. Durant cette période où il était emprisonné, il n'avait jamais pu reconnaître l'enfant. Cependant, dans plusieurs écrits, il avait manifesté sans ambiguïté sa volonté de retrouver son fils et de le traiter comme tel, ou de le reconnaître si cela était possible. Les services administratifs connaissaient cette histoire singulière, et en avait gardé une trace dans le dossier de l'enfant. Fort de ces informations, l'enfant du condamné à mort tentait de faire valoir sa possession d'état d'enfant naturel pour obtenir la reconnaissance de son lien de filiation. Le tribunal de grande instance de Créteil avait accueilli avec bienveillance ses arguments le 21 février 2001. La fille légitime du défunt voyant intervenir ce nouveau venu au partage de la succession avait alors interjeté appel de cette décision estimant qu'il y avait eu dénaturation de la notion de possession d'état⁹³³.

Or, comme le dispose l'article 311-1 du Code civil, la possession d'état suppose une réunion suffisante de faits⁹³⁴. La détermination de cette suffisance relève donc de l'appréciation souveraine des juges du fond⁹³⁵. C'est ainsi que la cour d'appel de Paris dans sa décision du 4 avril 2003 a décidé, au contraire des premiers juges, que la réunion des faits n'était pas suffisante pour caractériser la possession d'état, parce que les écrits ne manifesteraient qu'une volonté unique, et non pas continue dans le temps⁹³⁶. La décision était critiquable au regard du temps très court durant lequel le père avait survécu à la naissance de

factotum du droit de la filiation », *RTD civ.* 2002, p. 495 ; F. GRANET, « Né de père inconnu... », *D.* 2002, p. 1710 ; P. MURAT, « Le condamné à mort et la possession d'état : suite », *dt. fam.* décembre 2003, comm. 141, p. 19 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2006, p. 1142 ; P. MURAT, « La possession d'état au secours du fils du condamné à mort », *dt. fam.* septembre 2002, pp. 21-23.

931. F. BICHERON, « Pas de recours à l'expertise biologique pour prouver la possession d'état », *AJ fam.* 2003, p. 230.

932. J. HAUSER, « La possession d'état *factotum* du droit de la filiation », *RTD civ.* 2002, p. 495.

933. F. GRANET-LAMBRECHTS, « Constatation judiciaire de la possession d'état d'enfant naturel », *D.* 2003, p. 2119.

934. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 496, p. 259.

935. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 256 p. 145.

936. J. HAUSER, « Possession d'état et filiation naturelle : preuve et droit transitoire », *RTD civ.* 2003, p. 487.

son fils, mais révélait bien le fait qu'il était difficile de faire prévaloir de manière convaincante l'une ou l'autre des solutions quarante ans plus tard. Il s'agissait de confronter l'intérêt de deux enfants, sans qu'il soit possible de rendre l'une ou l'autre solution prévisible⁹³⁷.

La Cour de cassation réforme l'arrêt de la cour d'appel, en estimant « *qu'en considérant isolément chacun de ces faits, sans rechercher si, précisément et compte tenu qu'un temps très bref s'était écoulé entre la naissance de l'enfant, alors que Jacques Y... était déjà emprisonné, et l'exécution de celui-ci, ces écrits, confortés par l'ensemble des faits invoqués par M. Gérard X..., ne constituaient pas une réunion suffisante de faits établissant sa possession d'état, la cour d'appel n'a pas donnée de base légale à sa décision* ».

139. L'impossible prise en compte de l'intérêt de l'enfant en matière de filiation. Comparé à la reconnaissance prénatale de l'affaire de Riom, le faisceau d'indices fourni au soutien de la prétention était relativement mince. Pourtant, la Cour de cassation a privilégié une appréciation de l'espèce *in concreto* comme elle l'aurait fait avec l'intérêt de l'enfant⁹³⁸. Mais : admettre la possession d'état, c'était faire revivre une action en recherche de filiation qui était prescrite depuis longtemps. La Cour de cassation bouscule de cette manière la stabilité, pourtant nécessaire, d'un droit de la filiation qui apparaît de ce fait de moins en moins prévisible et précaire⁹³⁹. Comme on l'a vu dans l'arrêt *Kearns c./ France*, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant abouti à traiter le père génétique de l'enfant comme un tiers, alors qu'il manifestait pourtant la volonté d'élever « son » enfant. Demain, alors qu'un bel héritage se profilera, ne déterminera t-on pas que ce même enfant doit pouvoir établir une filiation avec cet homme parce qu'il est de son intérêt de recueillir une part de la somme⁹⁴⁰?

⁹³⁷. Voir *supra* n° 65.

⁹³⁸. Ch. DESNOYER, « Constatation judiciaire de la possession d'état d'enfant naturel », *D.* 2004, p. 463.

⁹³⁹. Cass. civ. 1re, 14 février 2006, pourvoi n° 05-13006, *bull.* 2006, n° 73, p. 72 ; J. HAUSER, « L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance : pourquoi viens-tu si tard ou Brive contre Dauphine, 1 à 0 », *RTD civ.* 2006, pp. 294-295 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « La simple désignation de la mère dans l'acte de naissance vaut établissement de la filiation », *RLDC* 2006, n° 26, p. 40 ; G. KLESSER, « La consécration par anticipation de l'établissement automatique de la filiation maternelle », *D.* 2006, n° 15, pp. 1029-1032 ; J. MASSIP, « Brive-la-Gaillarde approuvée par Paris : l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant naturel établissait sa filiation maternelle dès avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *gaz. pal.* 2006, n° 202, pp. 19-20 ; M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « La Cour de cassation enfin favorable à l'établissement automatique du lien naturel de filiation maternelle par acte de naissance », *RLDC* 2006, n° 29, pp. 41-44.

⁹⁴⁰. Cass. civ. 1re, 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-18398, *bull.* 2009, I, n° 197 ; Th. GARÉ, « L'intérêt financier fondant une demande d'annulation de reconnaissance peut constituer un motif légitime de ne pas ordonner l'expertise biologique », *RJPF* 2010 ; J. HAUSER, « Expertise biologique : motifs de ne pas y procéder, de l'inefficacité prétendue à la demande abusive et indélicate », *RTD civ.* 2009, pp. 711-713 ; A. GOUTTENOIRE, « Expertise génétique : un motif légitime de plus pour refuser », *lexbase hebdo* 2009, n° 369 ; P. MURAT, « Le caractère déstabilisateur de la contestation de filiation et le but strictement financier de celle-ci peuvent participer du motif légitime de ne pas ordonner une expertise biologique », *dt. fam.* novembre 2009,

Annulera-t-on tardivement des reconnaissances mensongères pour permettre à l'enfant d'échapper, dans son intérêt, à l'obligation de solidarité familiale de prise en charge de ses parents en fin de vie ? Il n'est pas certain que ce manque de prévisibilité de la règle de droit soit conforme au droit européen lui-même.

140. Évolution juridique. Dans ce contexte, le législateur s'est aperçu qu'il fallait combler ces lacunes et favoriser l'action du père qui souhaite retrouver l'enfant⁹⁴¹. C'est pourquoi il lui a donné, en 2002, quelques moyens de rechercher l'enfant lorsque la mère, par son anonymat, faisait obstacle à ses démarches en vue d'établir, entre l'enfant et lui, un lien de filiation⁹⁴². Ainsi l'article 62-1 du Code civil issu de l'article 14 de la loi du 22 janvier 2002⁹⁴³ dispose 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* ». Cependant, en l'absence d'identité de la mère, le procureur ne dispose que de moyens limités pour procéder à la recherche de l'enfant, et il peut arriver, en fonction de la précision des informations recueillies par le père, que les recherches prennent plus de deux mois lorsque par exemple la mère se rend dans la maternité d'un autre département pour accoucher. Il aurait été préférable de créer un véritable droit de l'enfant d'être connu par son père, par exemple en le rendant identifiable grâce à un numéro d'anonymat national et à la centralisation informatique des données.

141. Affaire Benjamin. Sans surprise, malgré l'adoption de ce nouveau texte, la législation française a montré de nouveau ses limites concrètes à l'occasion de l'affaire Benjamin, dans laquelle le père d'un enfant avait demandé le soutien du parquet pour tenter de retrouver son fils, parce qu'il ne savait pas dans quel hôpital la mère avait choisi d'accoucher de manière anonyme et secrète⁹⁴⁴. Dans un premier temps, le tribunal de grande

p. 61 ; M. BRUSORIO-AILLAUD, « Expertise génétique : exemple de motif légitime de ne pas y procéder », *JCP* 2009, n° 50, pp. 10-12.

⁹⁴¹. Cl. NEIRINCK, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP* 1996, I, n° 3922, p. 149.

⁹⁴². F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation, panorama 2004 », *D.* 2005, p. 1748.

⁹⁴³. Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, *JORF* 23 janvier 2002, p. 1519 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Consécration du droit à la connaissance de ses origines », *RJPF* 2002, n° 3, pp. 6-8 ; Cl. NEIRINCK, « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RDSS* 2002, n° 2, pp. 189-205 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 (à la mémoire de Brigitte Trillat), *dt. fam.* mai 2002, n° 5, pp. 7-16 ; S. AUBIN, « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA* mars 2003, n° 57, p. 3 ; B. MALLET-BRICOUT, « Réforme de l'accouchement sous X : quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP* 2002, I, 119, p. 487.

⁹⁴⁴. Cass. civ. 1er, 7 avril 2006, pourvoi n° 05-11285, *bull.* 2006, I, n° 195, p. 171 ; P. REMY-CORLAY,

instance de Nancy s'est opposé à l'adoption et a restitué l'enfant à son père. Mais la décision est réformée par la cour d'appel de Nancy qui estime par une vision indivisible de la filiation hors mariage, que dans la mesure où l'enfant n'a pas de filiation maternelle, il est impossible de l'identifier et donc impossible d'établir sa filiation paternelle. Saisie de l'affaire, la Cour de cassation affirme au contraire que dans la mesure où l'enfant a été identifié avant d'avoir été placé en vue de son adoption, sa filiation paternelle avait été automatiquement et rétroactivement établie, et de ce fait, le conseil de famille des Pupilles de l'État ne pouvait pas valablement consentir à son adoption⁹⁴⁵.

D'un point de vue juridique, la reconnaissance d'un enfant prend effet au jour de sa naissance⁹⁴⁶. Dans la mesure où la mère génétique de l'enfant avait demandé à accoucher de manière anonyme et secrète, au titre de l'article 348-1 du Code civil seul le père pouvait consentir à l'adoption de l'enfant puisque, techniquement, seule la filiation paternelle était

« Convention de New York », *RTD civ.* 2006, pp. 273-275 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme : la liberté ne résume pas toute la filiation », *RTD civ.* 2006, pp. 292-293 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Accouchement sous X, reconnaissance paternelle prénatale et adoption : l'impossible conciliation », *RLDC* 2006, n° 27, pp. 45-46 ; Cl. NEIRINCK, note sous arrêt, *RDSS* 2006, pp. 575-578 ; B. MALLET-BRICOUT, « Droits du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position », *D.* 2006, n° 18, p. 1177 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « La volonté de symétrie entre filiation paternelle et maternelle remet-elle en cause la filiation par adoption ? », *RLDC* 2006, n° 28, pp. 35-38 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Filiation paternelle et adoption : quelle est la portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2006 ? », *RJPF* 2006, n° 6, pp. 23-25 ; P. MURAT, « Affaire Benjamin : une cassation méritée mais bien confuse », *dt. fam.* 2006, n° 6, pp. 24-25 ; J. REVEL, « Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père », *D.* 2006, n° 25, pp. 1707-1710 ; J. MASSIP, « Les droits du père en cas d'accouchement anonyme de la mère », *LPA* juillet 2006, n° 140, pp. 17-21 ; E. POISSON-DROCOURT, « Valeur de la reconnaissance d'un enfant né sous X par son père », *D.* 2006, n° 33, pp. 2293-2296.

Cour d'appel Nancy, 23 février 2004 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « 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 », *RJPF* 2004, n° 4, pp. 21-23 ; P. MURAT, « Accouchement anonyme : quand les délais conduisent les pères à ne pouvoir exercer leurs droits », *dt. fam.* avril 2004, n° 4, pp. 11-16 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme et paternité (suite) », *RTD civ.* 2004, p. 275 ; M. GARNIER, « Irrecevabilité de la demande de restitution au père naturel et adoption plénière d'un enfant né sous X », *JCP* 2004, n° 20, pp. 897-900 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2004, n° 20, pp. 1419-1424 ; E. POISSON-DROCOURT, « Accouchement sous X : reconnaissance prénatale par le père et adoption », *D.* 2004, n° 31, pp. 2249-2252.

Tribunal de grande instance de Nancy, 16 mai 2003 ; J. HAUSER, « l'identification de l'enfant aux mains de la mère : une expropriation d'enfant d'utilité privée », *RTD civ.* 2003, pp. 488-491 ; P. MURAT, « Imbroglia autour d'un accouchement anonyme : le père par le sang obtient la restitution de l'enfant placé en vue de son adoption », *dt. fam.* 2003, n° 7, pp. 27-31 ; Th. GARÉ, « L'accouchement sous X n'efface pas les droits du père par le sang », *RJPF* 2003, n° 11, pp. 20-21 ; E. POISSON-DROCOURT, « Accouchement sous X... : conflit entre père par le sang et adoptants potentiels », *D.* 2003, n° 43, pp. 2910-2913 ; Cl. BERNARD-XEMARD, « L'enfant, sa famille d'accueil et son père biologique », *LPA* mars 2004, n° 45, pp. 5-13 ; J. MASSIP, « Restitution d'un enfant né sous X à son père naturel », *JCP* 2004, n° 11, pp. 455-458.

945. « *Qu'en statuant ainsi, alors 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'État 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* » : Cass. civ. 1er, 7 avril 2006, pourvoi n° 05-11285, *bull.* 2006, I, n° 195, p. 171.

946. A. ROUAST, « Légitimation adoptive », note sous Cass. civ. 1er 6 juillet 1960, *époux Genilloud c./ Novack et dame Le Floch*, *JCP* 1960, II, 11815.

établie. Sans ambiguïté, l'enfant ne pouvait pas être adopté sans qu'il donne son consentement⁹⁴⁷. Encore une fois, la question qui se posait n'était pas tant juridique que factuelle⁹⁴⁸. En l'absence de la création d'un « fichier secret des anonymes » qui permettrait de retrouver, le cas échéant, les enfants réclamés par leur père, l'action en deux mois du ministère public est pratiquement vouée à l'échec pour des raisons techniques évidentes⁹⁴⁹.

A défaut de notification au père du placement de l'enfant en vue de son adoption, l'écoulement du temps crée le fait accompli qui rendra, au nom de l'intérêt de l'enfant, sa filiation paternelle inefficace. Le même intérêt de l'enfant à la stabilité qui lui ouvrait la possession d'état d'enfant naturel en l'absence de tout contact avec son père dans l'affaire Fesch, est venue donner au placement de l'enfant en vue de son adoption un caractère irréversible pour le père⁹⁵⁰. C'est au final la décision d'une femme qui n'est pas la mère de l'enfant au sens juridique du terme qui prévaut sur la décision du père juridique de l'enfant. Quel est, dans ce cas, l'opportunité de maintenir l'article 348-1 du Code civil ?

142. Droit de l'enfant de connaître son père. La Cour de cassation vise expressément l'atteinte au droit de l'enfant de connaître son père⁹⁵¹. Elle reconnaît donc dans sa décision l'existence de ce droit de l'enfant. On aurait alors pu en déduire une forme de priorité de la filiation qui découle de l'exercice de ce droit de l'enfant sur l'adoption. Or la Cour de cassation qui affirmait que l'enfant avait le droit de connaître son père, n'affirmait pas pour autant qu'il avait le droit d'être élevé par ce dernier⁹⁵². En ce sens, elle n'a donc pas admis le droit de l'enfant d'avoir un parent en particulier : cette décision a abouti à une adoption simple devant la cour de renvoi. D'une certaine manière, elle est venue s'inscrire exactement dans l'évolution actuelle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui consacre de manière inconditionnelle le droit de l'enfant de connaître ses parents, sans pour

947. J. HAUSER, « l'identification de l'enfant aux mains de la mère : une expropriation d'enfant d'utilité privée », *RTD civ.* 2003, pp. 488-491.

948. H. DESBOIS, « Légitimation adoptive : conditions relatives à l'enfant », *RTD civ.* 1960, p. 639.

949. J. MASSIP, « Les droits du père en cas d'accouchement anonyme de la mère », *degrénois* 2006, n° 38423, p. 1130.

950. A. TON NU LAN, « Le délai de recours contre l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État », *RJPF* 2004.

951. « Vu l'article 7-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant [...] Qu'en statuant ainsi, alors 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, la cour d'appel qui a méconnu le droit de l'enfant de connaître son père déclaré, a violé les textes susvisés » : Cass. civ. 1er, 7 avril 2006, pourvoi n° 05-11285, *bull.* 2006, I, n° 195, p. 171.

952. J. REVEL, « Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père », *D.* 2006, p. 1707.

autant lui donner le droit d'être élevé par eux⁹⁵³.

Il reste que cette affaire pose la question de la viabilité d'un système qui ne devrait pas mettre en concurrence le père de l'enfant avec les parents adoptifs⁹⁵⁴. C'est d'ailleurs le sens de la décision du Conseil constitutionnel qui a affirmé qu'il n'était pas possible de donner un droit à une personne sans lui donner les moyens de l'exercer⁹⁵⁵. L'enfant a subi dans l'affaire Benjamin une manipulation évidente de la part des services de l'État, puisque comme la Cour de cassation le souligne, le conseil de famille des pupilles de l'État était informé de l'existence de la reconnaissance prénatale. Ils ont donc agi de manière incompréhensible dans l'intérêt exclusif des adoptants, caractérisant ainsi un dysfonctionnement de l'institution. A lire les témoignages qui commencent à se multiplier sur internet, ce cas est peut être loin d'être exceptionnel⁹⁵⁶. Il suffit de constater la désinformation

953. Case of *Gorgulu v./ Germany*, 26 mai 2004, application n° 74969/01 ; Case of *Rozanski v./ Poland*, 18 août 2006, application n° 55339/00 ; Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07 ; Case of *Schneider v./ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07 ; Affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10 ; Case of *Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09.

954. Témoignage d'un père : « *J'ai la connaissance de l'état de grossesse de B. seulement la veille de l'accouchement. Elle est disparue depuis deux jours pour ses proches. Pendant ces huit ou neuf mois de grossesse, se soulève en moi une grande inquiétude quant à son attitude, et à son état de santé. B. me rassure toujours en m'expliquant qu'elle a une maladie utérine et qu'elle se fait suivre régulièrement. Elle refuse toujours que je l'accompagne à ses rendez-vous médicaux. Je la crois, je l'aime, j'ai toute confiance en elle. Je la retrouve le 23 août 2006 au matin, à la clinique du Tertre Rouge, suite à un coup de téléphone de sa mère. Sur place, Émilie Château, psychologue et correspondante de la famille adoptive française, me prend en charge, ne m'autorise pas à entrer dans la chambre de B. Elle me donne immédiatement rendez-vous dans la salle d'allaitement, pour me signifier d'abord que mon amie est enceinte, que je ne suis pas le père, car selon ses dires, elle a été victime d'un viol collectif. Elle décide d'accoucher sous le secret. Elle a déjà décidé seul de ne pas garder l'enfant. [...] La vérité m'est révélée 13 mois plus tard par un juge d'instruction. Ma fille est alors âgée de 17 mois. Je la reconnais immédiatement à la mairie du Mans. L'œuvre privée m'assigne en justice pour faire échec à ma reconnaissance de paternité. Ma reconnaissance fait obstacle à une adoption plénière qui n'est alors absolument pas nécessaire. Je souhaite être dans la vie de ma fille* » : <http://www.j-charnole.fr/>, consulté en juin 2013.

955. Conseil constitutionnel, Affaire *Annie M.*, décision n° 2012-268 QPC, 27 juillet 2012, www.legifrance.gouv.fr ; Cass. civ. 1re, 6 juin 2012, pourvoi n° 11-27071.

956. Pour un exemple de discussion « **Laurarose** : Bonjour à tous, je suis née sous X mais dans un document retrouvé je vois la mention pas de secret, en faisant des recherches sur internet, je me suis rendu compte que une femme qui abandonne sous X son enfant donne le secret pour préserver son anonymat. Est ce que cela signifie que ma mère biologique m'a reconnue ? Si oui cela veut donc dire que je ne suis pas née sous X ? Alors comment se fait-il que l'administration m'ait fabriqué un dossier de née sous X si ce n'est pas le cas ? [...] **Falshahaha** : Bonjour Laurarose, j'ai aussi une annotation pas de secret sur un compte rendu dass : conseil de famille examen de la situation d'un pupille... etc c'est effectivement perturbant. Lors des premières communications des pièces de mon dossier cette annotation était barrée. Puis un jour j'ai pu vérifier que ce n'était pas barré sur l'original. Pour moi cela ne remet pas en cause la volonté de ma mère mais surtout cela démontre le grand n'importe quoi... [...] **Laurarose** : Si vous aussi vous avez la mention pas de secret, je vous conseille d'écrire à l'hôpital où vous êtes nées, car il est probable que vous soyez dans le même cas que moi, c'est à dire face à une fraude et fausse déclaration de naissance sous X, dont je suis apparemment victime au vue des données que je possède, car un document certifiant que je suis bien née à l'hôpital de la Pitié sous ce X à Paris et j'ai un courrier de la cada me disant je cite : aucun accouchement sous X n'a eu lieu au sein de l'hôpital le 29 mars 1975. Ce qui signifie qu'il y a eu falsification de document de naissance, ce qui est très grave » : <http://lesxencolere.forumactif.com/t32-naissance-sous-x-et-la-mention-pas-de-secret>, consulté en juin 2013.

très importante véhiculée par certains services de l'État à l'égard des pères pour se convaincre de l'ampleur du problème⁹⁵⁷. La France ne risque-t-elle pas une condamnation pour ces manipulations douteuses de l'état des personnes ⁹⁵⁸?

143. Affaire Charnolé. L'étude d'un dernier cas témoigne de l'importance de la loyauté dans l'exercice du droit d'accoucher de manière anonyme et secrète pour que l'enfant ait toute les chances de bénéficier de son lien de filiation paternel. Dans cette affaire, il s'agissait pour le père de revendiquer la filiation de son enfant, après que la mère lui ait certifié qu'elle avait été victime d'un viol collectif et qu'il n'était pas le père⁹⁵⁹. Dans un

957. Question : « *Bonjour, je souhaiterais connaître quelles sont les démarches à suivre pour un père qui décide de reconnaître son enfant et d'en avoir la garde lorsque la mère décide d'accoucher sous X et dans le secret ne tenant pas ainsi le père informé ni du lieu ni du jour de l'accouchement [...]* » **Réponse du Conseil départemental de l'Accès au droit du Var :** « *La possibilité pour une femme d'accoucher sous X est expressément prévue par les dispositions de l'article 326 du Code civil [...] Au regard de la législation comme de la jurisprudence, l'accouchement sous X constitue, en principe, un obstacle rédhibitoire à la faculté habituellement accordée au père biologique de reconnaître l'enfant, et de se voir attribuer tous les droits attachés à l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi il a été jugé que la reconnaissance prénatale par un homme d'un enfant né ultérieurement d'un accouchement sous X est sans effet direct puisqu'elle concerne l'enfant d'une femme qui, selon la loi, n'a jamais accouché [...] L'unique solution en l'occurrence, si vous avez des raisons sérieuses de redouter que l'accouchement se déroule dans des conditions dangereuses pour la santé de l'enfant et celle de sa mère enceinte de lui serait sans doute d'alerter les forces de police du risque de quasi enlèvement voire de mauvais traitement susceptibles d'être infligés à celle-ci par son propre père » : <http://www.cdad-var.justice.fr/forum/fiche/id/369> consulté en juin 2013.*

958. « *Les services d'aide sociale, particulièrement ceux qui relèvent des conseils généraux comme l'assistance maternelle ou l'assistance éducative à l'enfance, sont confrontés à des demandes qui posent de délicates questions de protection de la vie privée. La prudence des services est plus souvent à l'origine des saisines dans ce domaine que la rétention délibérée d'information comme le soupçonnent souvent les demandeurs » : J.-P. LECLERC, Rapport d'activité, Commission d'accès aux documents administratifs, 2010, p. 63. « Les dossiers médicaux anciens étaient conservés par les établissements de santé 30 ans après la sortie de l'établissement ou la dernière consultation. Depuis le 5 janvier 2007 le délai d'archivage a été ramené à 20 ans. Le directeur de l'établissement doit veiller à ce que toutes dispositions soient prises pour assurer la garde et la confidentialité des informations conservées. A l'issue de ce délai, le dossier médical peut être détruit [...] Aucun entretien en face à face ne vient accueillir la démarche du demandeur voire la subordonner à une condition de bonne appréciation des enjeux de la démarche. Le demandeur ne dispose que d'une boîte vocale pour y laisser un message. Cette accueil semble dissuasif puisqu'un relevé sur cinq jours ouvrables indique que trente messages ont été déposés dont vingt sept vides [...] Les expériences d'agression téléphonique de personnes en souffrance et ne comprenant pas toujours la lenteur de la procédure et ses obstacles ainsi que la charge psychologique importante d'un accueil téléphonique justifient aux yeux du personnel cette organisation et ces protections contre le contact direct initial [...] Les maternités ont un rôle essentiel dans l'accueil des femmes qui souhaitent conserver le secret de leur identité. Selon les éléments recueillis par la mission, celles-ci ont souvent tardé à déclarer leur grossesse [...] Lorsqu'une femme, lors de son accouchement, demande la préservation du secret de son admission et de son identité, l'établissement de santé doit, sous la responsabilité du directeur, contacter le correspondant du CNAOP qui viendra l'informer des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance de connaître ses origines. Les organismes d'adoption qui recueillent des enfants nés sous le secret, rencontrés par la mission, déplorent, à cet égard, d'être associés de manière variable au moment de l'accouchement par les correspondants du CNAOP. Il arrive que les maternités se substituent aux correspondants départementaux pour le recueil de la déclaration de la mère de naissance lorsque l'accouchement a lieu en soirée ou le week-end ou lorsque le séjour de la mère est trop court pour attendre l'arrivée du correspondant » : J. VOISIN et Ph. GEORGES, Audit du fonctionnement du conseil national d'accès aux origines personnelles, inspection générale des affaires sociales, rapport n° RM2011-062P, juillet 2011, § 108-139.*

959. Cour d'appel de Paris, 25 février 2010, affaire *Charnolé et Nojac c./ Chalon et association famille adoptive française*, RG : 09/02447 ; cour d'appel d'Orléans, chambre de la famille, 11 mai 2010, affaire *Charnolé et aures c./ Péot et autres*, RG : 09/01827 ; Cass. civ. 1re, 1er juin 2011, pourvoi n° Y 10-20554 ; A.

premier temps, le père n'avait donc pas procédé à la reconnaissance de l'enfant, respectant la situation de détresse que prétendait vivre son ex-compagne. Dans la précipitation de confier l'enfant à l'association famille adoptive française, la jeune femme n'avait d'ailleurs pas non plus établi de lien de filiation avec l'enfant, sans pour autant demander le secret de son accouchement, ce qui pose la question de savoir dans quelle mesure elle pouvait valablement consentir à son adoption.

Ce n'est qu'après que l'enquête ait montré que les allégations de la mère étaient mensongères et que le test génétique prouvait sa paternité, que le père avait entrepris des démarches pour reconnaître l'enfant. Il intervenait cependant trop tard. Plusieurs mois s'étaient écoulés et l'enfant avait déjà été placé en vue de son adoption⁹⁶⁰. Même s'il existait peu de doute sur l'issue de cette action tardive, la motivation de la cour d'appel d'Orléans interpelle : *« attendu que monsieur Julien Charnolé présentait mademoiselle Bérengère Nojac comme sa petite amie dans un courrier du 16 janvier 2008 adressé à l'association ; que dans leurs écritures, les appelants reprennent le qualificatif d'amie et ne font pas état d'une situation de concubinage des parents biologiques ni avant l'accouchement ni durant la présente instance ; que les seuls liens biologiques existant entre eux et l'enfant au moment de son placement en*

GOUTTENOIRE, « Le droit de l'enfant d'être adopté sans attendre », *lexbase hebdo* 2011, n° 446 ; J. HAUSER, « le droit à adopter : la vérité biologique au prix de la course », *RTD civ.* 2011, pp. 527-529 ; M-Ch. LE BOURSICOT, « Le père génétique ne peut pas s'opposer à l'adoption plénière de l'enfant confié par sa mère de naissance à un OAA et régulièrement placé en vue de son adoption », *RJPF* 2011, n° 9, pp. 34-37 ; E. POULIQUEN, « L'intérêt supérieur de l'enfant prime sur celui de sa famille biologique », *RLDC* 2011, n° 85, pp. 48-49 ; E. CADOU, « L'enfant de filiation inconnue peut-il être confié à un organisme autorisé pour l'adoption ? », *D.* 2011, n° 30, pp. 2093-2098.

960. « Considérant que la régularité du placement de l'enfant doit s'apprécier au regard de l'article 351 alinéa 2 du Code civil qui fait courir un délai de deux mois à compter du recueil de l'enfant ; que mademoiselle N... qui a, cinq jours après la naissance, remis l'enfant à l'association « la famille adoptive française », sans avoir voulu le voir, a été informée de son droit de le reprendre sans aucune formalité pendant un délai de deux mois ; que son consentement a été libre et éclairé et qu'elle s'est abstenue de le reprendre ; que Julien CHARNOLE a eu connaissance de la naissance de Jeanne puisque, présent la veille avec ses parents, il s'est rendu avec sa mère à l'hôpital après l'accouchement et qu'à supposer qu'il ait été alors en situation de détresse psychologique, il n'était pas isolé puisqu'il était entouré de ses parents qui pouvaient lui prodiguer leurs conseils et l'aider à réfléchir ; qu'ayant vécu et entretenu avec mademoiselle N... des relations intimes durant la période légale de conception de l'enfant, Julien CHARNOLE qui a acquiescé à la demande de prélèvement ADN le 18 décembre 2006 dans le cadre de l'information pénale, pouvait, certes sans certitude, supposer être le géniteur de l'enfant et, malgré ses chances statistiques de paternité, il s'est abstenu de reconnaître l'enfant, n'a pas sollicité du juge civil une mesure d'expertise biologique, ne s'est pas préoccupé des résultats des tests génétiques, et s'est borné à en attendre les résultats dont il a été avisé le 16 janvier 2008 et n'a pas réclaté à l'association la famille adoptive française d'information sur Jeanne avant le 16 janvier 2008 [...] il est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de le priver, passé un délai suffisant pour que les parents de naissance puissent manifester leur intérêt et éventuellement souscrire une reconnaissance, d'un environnement familial stable que peut lui conférer le placement en vue de l'adoption dans l'attente d'une hypothétique reconnaissance, intervenue en l'occurrence dix sept mois après la naissance sans manifestation antérieure d'intérêt ; qu'il convient de confirmer le jugement qui a déclaré nulles les reconnaissances faites par N... et Julien CHARNOLE ». cour d'appel de Paris, 25 février 2010, affaire Charnolé et Nojac c./ Chalon et association famille adoptive française, RG : 09/02447.

vue de l'adoption ne leur permettent pas de revendiquer une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le père n'ayant jamais vu l'enfant [...] Que les reconnaissances effectuées par le père et la mère de l'enfant dont l'annulation a été prononcée par un arrêt, certes non définitif n'ont pas créé en fait une telle vie familiale et l'intérêt actuel de Jeanne est de maintenir la stabilité de son milieu familial chez les époux Péot, enseignants auprès de jeunes enfants ou d'adolescents et donc au fait des problèmes éducatifs »⁹⁶¹.

La cour d'appel montre clairement sa préférence pour le couple d'adoptant mariés et mieux intégré socialement que pour un couple qui, bien que génétiquement parents de l'enfant, ne sont « même pas » des concubins⁹⁶². Serait-il de l'intérêt de l'enfant de vivre en priorité auprès de parents mariés plutôt qu'auprès de ses propres parents⁹⁶³? C'est peut être pousser loin l'appréciation de l'intérêt de l'enfant. L'argumentation laisse perplexe, mais n'est pas pour autant isolée⁹⁶⁴. Il suffit de reprendre les affirmations de la cour d'appel d'Angers dans l'affaire Oger pour se convaincre des divergences entre les juridictions pour apprécier l'intérêt de l'enfant : « *il est encore indiscutable qu'ils sont en souffrance, mais tel est également le cas du couple d'adoptants, dont la plupart sont en mal d'enfant et ignorent tout de la fonction parentale, contrairement aux appelants* »⁹⁶⁵. Les décisions sont donc très imprévisibles et peu harmonisées : tel juge retient que l'intérêt de l'enfant est de vivre auprès de ses grand-parents biologiques dans un contexte familial de rejet, lorsque tel autre juge refuse l'adoption simple dans un contexte familial de revendication de l'enfant⁹⁶⁶. Les juges donnent l'impression de choisir systématiquement la solution la plus opposée à la volonté des parents génétiques de l'enfant.

961. Cour d'appel d'Orléans, 11 mai 2010, affaire *Charrolé et autres c./ Péot et autres*, RG : 09/01827.

962. J. HAUSER, « le droit à adopter : la vérité biologique au prix de la course », *RTD civ.* 2011, pp. 527-529.

963. E. POULIQUEN, « L'intérêt supérieur de l'enfant prime sur celui de sa famille biologique », *RLDC* 2011, n° 85, pp. 48-49.

964. Voir par exemple sur le concept de relation « purement sexuelle » pour justifier la préférence pour la filiation en mariage : « *Turning to the instant case, the Court observes that the relationship between Ms P. and the applicant had ended approximately one year before the child R. was conceived. According to the applicant's own submissions, the ensuing relations between himself and Ms P. were of a purely sexual nature. There is no indication that the applicant and Ms P., who cohabited at the time with Mr M., envisaged founding family together. There are no signs of any commitment of the applicant towards the child before it was born. Under these circumstances, the Court is not convinced that the applicant's decision to demand a paternity test and to bring an action aimed at establishing his paternity were sufficient to bring the relationship between himself and R. within the scope family life* » : Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09, § 59.

965. Cour d'appel d'Angers, 26 janvier 2011, affaire *époux Oger c./ Président du conseil général de Maine et Loire et autres*, RG : 10/01339.

966. « *Je souhaite être dans la vie de ma fille* » : www.j-charnole.fr, consulté en juin 2013.

Certes ici le père était intervenu tardivement dans la procédure, mais tout avait été mis en œuvre pour qu'il ne puisse pas détenir d'information loyale sur sa paternité ou sur ses droits de père potentiel⁹⁶⁷. Le requérant soulevait d'ailleurs qu'il existait un conflit d'intérêts manifeste entre : la psychologue rémunérée par l'association famille adoptive française et lui, qui l'avait pris en charge pour lui déconseiller de voir l'enfant à la maternité⁹⁶⁸. La question était bien celle de savoir dans quelle mesure il était possible de procéder au placement d'un enfant en vue de son adoption sans le signifier aux personnes les plus proches de lui : à commencer par son père génétique alors qu'une expertise génétique était en cours. N'y avait-il pas ici de quoi qualifier l'irrégularité de la procédure, comme l'avait fait la cour d'appel d'Angers qui soulignait l'action du conseil général à l'encontre des époux Oger ?

A l'inverse de l'affaire Oger, dans laquelle les grands-parents de l'enfant ont obtenu sa garde contre l'avis des parents génétiques, la cour d'appel de Paris a refusé l'adoption simple de l'enfant au profit d'une adoption plénière qui coupe définitivement l'enfant de sa famille d'origine⁹⁶⁹. Pourtant, comme dans l'affaire Charnolé, les époux Oger s'étaient vu refuser l'accès à l'enfant et la cour d'appel d'Angers avait au contraire déduit que l'absence de contact avec l'enfant était dû aux manœuvres des services concernés. Si l'adoption était probablement la bonne solution au regard du contexte familial d'origine de cet enfant et respectait les préconisations récentes de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'acharnement à procéder à une adoption plénière est en revanche peu compréhensible dans la mesure où les parents et grands-parents manifestaient le souhait de garder un contact avec l'enfant quelques heures par mois⁹⁷⁰. Il n'est, de ce point de vue, pas certain que les juges aient ménagé un juste équilibre, au regard des éléments qui leur étaient soumis, entre le but poursuivi de maintenir l'enfant dans un milieu familial stable, et son droit de connaître sa famille d'origine : « *la famille adoptive française ne pouvait attendre une hypothétique reconnaissance de l'enfant ; qu'elle devait au contraire, dans l'intérêt supérieur de ce dernier, lui procurer un milieu familial stable* »⁹⁷¹. Au final, c'est bien l'enfant qui risque de souffrir de cette décision, et peut être de ne jamais complètement s'approprier cette famille de substitution lorsqu'il exercera son droit de connaître ses origines et qu'il découvrira cette

967. A. GOUTTENOIRE, « Le droit de l'enfant d'être adopté sans attendre », *lexbase hebdo* 2011, n° 446.

968. www.j-charnole.fr, consulté en juin 2013.

969. E. POULIQUEN, « L'intérêt supérieur de l'enfant prime sur celui de sa famille biologique », *RLDC* 2011, n° 85, pp. 48-49.

970. M-Ch. LE BOURSICOT, « Le père génétique ne peut pas s'opposer à l'adoption plénière de l'enfant confié par sa mère de naissance à un OAA et régulièrement placé en vue de son adoption », *RJPF* 2011, n° 9, pp. 34-37.

971. Cour d'appel d'Orléans, 11 mai 2010, affaire *Charnolé et aures c./ Péot et autres*, RG : 09/01827.

décision.

144. Évolution législative. La nouvelle rédaction de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles ne changera probablement pas grand chose à la situation actuelle⁹⁷². En effet, au lieu de prévoir un véritable droit d'information du père de l'enfant et l'impossibilité de procéder à une adoption plénière en cas de contestation de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État, le texte opère une distinction subtile entre « *les membres de la famille de l'enfant* » et « *le père de naissance ou les membres de la famille de la mère ou du père de naissance* ». Ces derniers ne pourront se voir notifier l'arrêté de placement, selon le texte, qu'à la condition qu'ils aient assuré la garde de l'enfant de droit ou de fait. Étant donné l'encadrement très particulier dont la mère est l'objet au moment de l'accouchement anonyme et secret, il est donc très peu probable que cette nouvelle rédaction soit satisfaisante. Est-il possible de se prévaloir du statut de « *père de naissance* » lorsque l'on est absent au moment de la naissance ?

Le dernier alinéa présente toutefois un nouveau droit, dont, pour le moment, il est difficile de mesurer la portée : l'autorisation, en cas de rejet du recours, d'exercer un droit de visite. Pourquoi, dans ce cas, ne pas avoir prévu directement l'impossibilité de procéder à une adoption plénière ; ce qui aurait mécaniquement permis à la famille biologique de l'enfant de solliciter, le cas échéant, ce droit de visite auprès du juge ? Ce droit de visite apparaît au final comme une sorte de lien de filiation au rabais, qui ne présentera pour l'enfant aucun intérêt concret, notamment en matière patrimoniale⁹⁷³.

145. Conclusion de la section. L'intention du législateur n'était pas démesurée lorsqu'en octroyant à la mère la liberté de n'en faire l'enfant de personne, il lui donnait aussi la chance d'être un enfant sans histoire. Cependant, il est aujourd'hui devenu impossible d'ignorer la souffrance exprimée par ces enfants. Puisque le père peut bénéficier du concours de la force publique pour retrouver « son » enfant, c'est que la mère ne pourrait pas se prévaloir, à l'égard du père, d'un droit au secret pour faire obstacle à ses démarches. Cette certitude juridique trouve sa limite dans l'absence d'obligation de révéler, au moment de la

⁹⁷². Loi n° 2013-673 du 26 juillet 2013 relative à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État, *JORF* 27 juillet 2013, n° 0173, p. 12556 ; A. GOUTTENOIRE, « Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État : le législateur satisfait aux exigences du Conseil constitutionnel », *lexbase hebdo* 2013, n° 539.

⁹⁷³. J. HAUSER, « La Cour EDH invente les paternités « probables » pour décider d'un droit de visite », *RTD civ.* 2012, p. 108.

naissance de l'enfant, l'identité du père⁹⁷⁴. Il faudrait alors imaginer que le législateur donne l'obligation à la femme qui demande l'anonymat et le secret de son accouchement de révéler l'identité supposée du père de l'enfant. Simple à promulguer dans la loi, l'obligation de révéler l'identité du père peut trouver de nombreux obstacles factuels, notamment lorsque la mère ne connaît que partiellement cette identité. De plus, la vérification de cette identité semble complexe à mettre en œuvre, et c'est sans doute pourquoi le législateur français n'a jamais donné à la mère de l'enfant l'obligation de mentionner le nom du père dans l'acte de naissance. Au final, la création d'une obligation d'information du père en cas d'accouchement anonyme et secret donnerait paradoxalement plus de droit à l'enfant que lorsque sa mère accouche sous son propre nom, puisqu'elle n'a pas, en droit français, l'obligation de révéler l'identité du père. C'est donc l'ensemble d'un système qu'il faut revoir.

974. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Doit civil, La famille*, n° 628, p. 569.

Conclusion du chapitre

146. Modification du rapport social à la filiation. Alors que le mariage comme modèle exclusif de la conjugalité a laissé sa place à des formes d'unions moins solennelles, une modification du rapport des individus au lien de filiation s'est opérée. En effet, en dehors du mariage, le lien de filiation est divisible : laissant la liberté à la mère et au père d'établir séparément la filiation de l'enfant. Dans le même temps, la découverte du génome et sa relative accessibilité sont venues supporter un mouvement individualiste qui visait non plus à penser le lien de filiation entre un couple parental et un enfant, mais entre l'enfant et chacun de « ses » parents. En effet, la possibilité de savoir a progressivement fait disparaître l'obligation de croire, qui prévalait par le passé. L'homme n'a pas hésité à contester sa reconnaissance lorsqu'il doutait de la loyauté de sa femme. De son côté la femme n'a pas cherché à le bercer d'illusion sur sa paternité. Responsabilité collective ? Aujourd'hui la parole de celui qui reconnaît n'est plus fondée sur la solidité du couple parental ; elle est crédible parce qu'il est possible de vérifier à tout moment l'exactitude génétique de la filiation.

Initié de longue date par de petits changements : la loi donnant l'autorisation aux personnes célibataires d'adopter un enfant ; la loi autorisant la procréation médicalement assistée avec tiers donneur ; la loi ouvrant l'adoption aux couples de personnes de même sexe, la conception de la filiation a changé de nature. La nouvelle norme sociale a été voulue ainsi : l'hypothèse de la relation sexuelle n'a plus de sens pour déterminer la crédibilité d'une filiation. Répercussion inévitable sur la reconnaissance : la reconnaissance pensée comme une liberté parentale devrait toujours être possible en tant qu'expression de liberté individuelle, dès lors qu'il existe un lien génétique exact entre le « parent » et l'enfant. Il se pourrait qu'il y ait de ce côté une nouvelle quête d'égalité entre l'homme et la femme, les uns revendiquant de pouvoir reconnaître « leur » enfant, même en l'absence de référence sociale à l'acte sexuel à travers les « symptômes officiels » de la gestation. Faut-il y voir la quête d'une forme de « droit à... » l'enfant ? Ce débat présente-t-il un intérêt pour l'enfant⁹⁷⁵ ? Il est difficile de le savoir.

975. Y. MOIX, *Naissance*, Grasset 2013, p. 484.

Chapitre II – L'adoption de l'enfant

La naissance ne saurait être biologique : on choisit toujours ses parents. Naître, c'est semer ses géniteurs. Non pas tuer le père, mais tuer en nous le fils. Laisser son sang derrière, s'affranchir de ses gènes. Chercher, trouver d'autres parents : spirituels. Ce qui compte, ce n'est pas la mise au monde, mais la mise en monde. Naître biologiquement, c'est à la portée du premier chiot venu, des grenouilles, des mulots, des huîtres. Naître spirituellement, naître à soi-même, se déspermatozoïder, c'est à la portée de ceux-là seuls qui préfèrent les orphelins aux fils de famille, les adoptés aux programmés, les fuyeurs aux successeurs, les déviances aux descendance. Toute naissance est devant soi. C'est la mort qui est derrière. Les parents nous ont donné la vie? A nous de la leur reprendre. Le plus tôt possible⁹⁷⁶.

147. Histoire. D'une manière générale, l'adoption est un acte de volonté des parents destiné à leur donner des héritiers⁹⁷⁷. Que ce soit dans la Bible, en Égypte ou en Grèce, son usage est attesté depuis des temps immémoriaux⁹⁷⁸. Il faut dire que parallèlement, l'abandon d'enfant était très répandu dans l'antiquité⁹⁷⁹. Exposé à qui voulait le recueillir, l'enfant était utilisé ensuite comme esclave⁹⁸⁰. Pour les romains qui ne connaissaient juridiquement que la parenté agnatique⁹⁸¹, l'adoption permettait à l'homme « sans postérité légitime de s'en ménager une factice »⁹⁸². L'adoption était utilisée pour des motifs religieux, afin de perpétuer les attentions portées à l'âme des morts, à travers les *sacra privata perpetua manento* de la *domus*⁹⁸³. Elle l'était aussi pour des motifs politiques⁹⁸⁴, afin de sceller des alliances entre familles ou de trouver un héritier pour le trône⁹⁸⁵.

⁹⁷⁶. Y. MOIX, *Naissance*, Grasset 2013, p. 499.

⁹⁷⁷. Ph. BONFILS, A. GOUTTENNOIRE, *Droit des mineurs*, n° 317 p. 175.

⁹⁷⁸. P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français, accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*, Paris, 1966, n° 481, p. 524.

⁹⁷⁹. « L'adoption découle vraisemblablement de l'interprétation d'un passage de la loi des XII tables relatif aux abus dans les ventes d'enfants, et selon laquelle le fils de famille qui avait été vendu trois fois par son *paterfamilias* était définitivement libéré de la puissance paternelle. Dans l'adoption, le père recourait fictivement à cette technique et procédait en présence de témoins à trois aliénations successives ; l'acquéreur affranchissait l'enfant à la suite des deux premières. Après la troisième, le père adoptif revendiquait l'enfant en justice, et l'acquéreur n'opposait aucune résistance » : H. FULCHIRON, P. MURAT, « Splendeurs et misères de l'adoption. Abandon et adoption », *Autrement* 1988, n° 96, p. 94.

⁹⁸⁰. J. CHARPENTIER, *Le droit de l'enfance abandonnée, son évolution sous l'influence de la psychologie (1552-1791)*, p. 14.

⁹⁸¹. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 7, p. 12.

⁹⁸². P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 185.

⁹⁸³. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, n° 177, p. 244.

⁹⁸⁴. R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, n° 197, p. 263.

⁹⁸⁵. « L'adoption servit aussi très tôt à des fins politiques : elle permit à des plébéiens d'acquérir l'illustre qualité de patriciens, mais aussi à des patriciens de devenir plébéiens pour briguer la charge prestigieuse de tribun de la plèbe. Dans la période de confusion qui marque les dernières années de la République, les adoptions de ce genre, relativement rares jusqu'alors, se multiplièrent, et l'on pourrait citer parmi d'autres celle du plus connu des meurtriers de César, Brutus, issu d'une famille renommée mais plébéienne, adopté par des

Sans pour autant disparaître complètement⁹⁸⁶, l'adoption est peu utilisée par l'ancien droit français⁹⁸⁷. A l'époque franque, Marculf rapporte que, par exemple : « un vieillard malade et sans enfant, demande à l'adopté de le nourrir, de le vêtir et de veiller à ses affaires, et lui confère toute sa succession »⁹⁸⁸. Au quatorzième siècle Boutillier évoque lui aussi l'existence de l'adoption. Il semble cependant qu'elle ne génère aucun droit de succession au profit de l'adopté⁹⁸⁹. Il faut dire que les familles sont nombreuses et, la plupart du temps, les enfants abandonnés, lorsqu'il n'existait pas « d'hôpital des enfants trouvés », étaient recueillis et laissés à la charge du Seigneur Haut justicier⁹⁹⁰. Successivement, des législations ont essayé de sévir contre la pratique de l'abandon qui coûtait cher aux notables locaux, sans parvenir à atteindre cet objectif⁹⁹¹. Les instituts de secours ont renoncé à entreprendre des démarches coûteuses de recherche des véritables parents de l'enfant. Elles aboutissaient dans le meilleur des cas à retrouver des personnes insolvables⁹⁹².

Il fallait en appeler à la solidarité collective et au devoir chevaleresque des plus puissants pour prendre en charge les frais de nourrice des jeunes enfants. L'une des premières

patriciens » : H. FULCHIRON, P. MURAT, « Splendeurs et misères de l'adoption. Abandon et adoption », *Autrement* 1988, n° 96, p. 92.

986. « Jeanne Ire, reine de Naples, adopta, en 1380, Louis d'Anjou (de treize ans seulement plus jeune qu'elle). Les droits conférés par Jeanne Ire à Louis d'Anjou sont le fondement des prétentions qu'éleva plus tard Charles VIII sur le royaume de Naples. L'adoption et le traité de 1380 ont donc pour corollaire l'expédition de 1493 » : P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français, accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*, n° 487, p. 530.

987. « L'adoption n'a pas brusquement disparu au Moyen Age, notamment dans les pays traditionnellement romanisés. Déjà définie par l'*Epitome Gai* comme une représentation de la nature afin que celui qui ne pourrait procréer puisse avoir un fils, elle est par cette vision, reprise dans les formules de l'époque franque, réduite à un rôle secondaire. Le poids renforcé, sous l'influence du christianisme, de la procréation en légitime mariage, la légitimation, le rôle joué par l'institution du parrainage à la fois politiquement et affectivement, le système successoral des pays de coutume, la part réservée au lignage, le système féodal enfin ne pouvaient que jouer contre l'institution » : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Paris, 1996, n° 215, p. 286.

988. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *histoire du droit civil*, n° 133, p. 155.

989. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *op.cit.*, n° 133, p. 155.

990. G. du ROUSSEAU DE LA COMBE, *Recueil de jurisprudence*, « enfant », p. 142.

991. « L'exposition de part se commet, quand après l'enfantement les père & mère exposent ou font exposer leurs enfans pour se délivrer de la honte que leur pourroit causer l'enfant, ou pour ne le pouvoir nourrir, attendu leur pauvreté. L'exposition de part peut tomber dans le cas de l'Edit de 1556. Autrefois l'on sévissoit contre ceux qui exposoient des enfans ; mais aujourd'hui pour éviter de plus grands maux, la Justice ferme les yeux sur ce délit. A Paris, la première personne avertit un Commissaire, on lui porte l'enfant, il en dresse son procès verbal, & le fait transporter aux Enfants trouvés. A présent même il n'est pas besoin de procès verbal, on reçoit l'enfant aux Enfants trouvés sans aucune information juridique. Ailleurs, les Hauts-Justiciers sont tenus de se charger des enfans exposés & qui ne sont réclamés de personne, les faire nourrir & élever en la crainte de Dieu, Religion Catholique, Apostolique & Romaine, suivant l'Arrêt du règlement du 30 juin 1664, rapporté au Journal des Audiences » : G. DU ROUSSEAU DE LA COMBE, *Traité des matières criminelles*, p. 15.

992. « Mais si dans la suite les enfans viennent à être reconnus, & leur père & mère découverts, ils sont condamnés à restituer les nourritures, alimens & entretiens à ceux qui les ont fournis, suivant la Loi *cod. de infantib. exposit. même par corps*, étant une dette qui procède du délit [...] A Paris, l'usage en ce cas est de condamner à payer une somme pour la couche des enfans trouvés ». G. DU ROUSSEAU DE LA COMBE, *Traité des matières criminelles*, p. 15.

décisions relative à l'abandon d'enfant qui nous soit parvenue émanait du parlement de Paris. Elle concernait un litige entre le chapitre de Notre Dame qui recueillait les enfants trouvés, et les seigneurs Hauts-justiciers qui ne s'acquittaient pas des redevances dont ils avaient la charge pour nourrir et entretenir les enfants trouvés⁹⁹³. Il fut décidé que chaque fois qu'il n'y avait pas d'hôpital des enfants trouvés pour en assumer la charge matérielle, il revenait au seigneur haut justicier de les recueillir⁹⁹⁴. Les enfants abandonnés se trouvaient alors à la charge du seigneur Haut-justicier, et devaient être nourris et élevés dans la crainte de Dieu, suivant les préceptes de la religion catholique apostolique et romaine⁹⁹⁵. Toutefois, tant que la gestion des enfants abandonnés n'a pas été centralisée, il n'était pas rare que des mercenaires soient payés par les représentants locaux des débiteurs de secours pour déplacer les enfants vers les régions voisines, afin de ne pas avoir à supporter les frais de leur éducation. Le recueil d'un enfant était considérée plus comme une charge que comme une chance à cette époque tant qu'il n'était pas capable de travailler pour apporter un gain à celui qui l'avait recueilli⁹⁹⁶.

L'émergence de la pensée de Malthus irrigue la fin du dix-huitième siècle⁹⁹⁷. La natalité devrait être contrôlée pour éviter les famines et mieux maîtriser les ressources produites⁹⁹⁸. Alors que jusqu'à présent elle donnait une valeur négative à l'enfant, la société commence à lui donner une valeur positive parce qu'il a vocation à devenir plus rare⁹⁹⁹. Le secours des enfants pauvres se présente comme une préoccupation croissante : les enfants sont conçus désormais comme un bien commun et public et non plus comme un bien familial et privé. Du fait de ce sentiment collectif d'appartenance, la société se découvre un droit de regard sur leur répartition et leur éducation. Lors de la Révolution française, Cambacérès voit dans l'adoption le moyen de diviser les grandes fortunes par un partage égal des successions entre tous les enfants du pays¹⁰⁰⁰. En ce sens, un projet ambitieux est proposé en 1793 visant à assurer l'adoption de tous les enfants pauvres¹⁰⁰¹.

993. J. CHARPENTIER, *Le droit de l'enfance abandonnée, son évolution sous l'influence de la psychologie (1552-1791)*, p. 9.

994. G. DU ROUSSEAU DE LA COMBE, « Enfant », *Recueil de jurisprudence*, p. 142 et p. 167.

995. G. DU ROUSSEAU DE LA COMBE, « exposé », *Recueil de jurisprudence*, p. 167.

996. V. ZELIZER, « Repenser le marché, la construction sociale du marché aux bébés aux États Unis, 1870-1930 », in *actes de la recherche en sciences sociales*, 1992, vol. 94, pp. 3-26.

997. A. DROUARD, « Aux origines de l'eugénisme en France : le néo-malthusianisme (1896-1914) », *Population* 1992, n° 2, pp. 435-459.

998. P. ARIÈS, *Pour sauver la Terre : L'espèce humaine doit-elle disparaître ? De l'humanisme à l'humanicide : les délires terroristes des néo-malthusiens*, L'Harmattan, questions contemporaines, Paris, 2002.

999. Ph. ARIÈS, *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, p. 31.

1000. M. GARAUD, *La Révolution française et la famille*, p. 93.

1001. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *histoire du droit civil*, n° 140, p. 161.

Trop dangereux pour l'équilibre social et la puissance des grandes fortunes¹⁰⁰², ce projet est abandonné¹⁰⁰³. L'adoption n'est admise dans le Code civil que de manière restrictive. Il faut souligner que son corollaire, l'abandon de l'enfant, était socialement mal perçu à cette époque¹⁰⁰⁴. En effet, lorsqu'il était abandonné trop jeune, le risque pour l'enfant était grand de mourir dans des conditions sordides¹⁰⁰⁵. Le Code pénal de 1810 reprend les dispositions de l'Édit de 1556 : « *Ceux qui auront exposé et délaissé en un lieu solitaire un enfant au dessous de l'âge de sept ans accomplis, ceux qui auront donné l'ordre de l'exposer ainsi, si cet ordre a été exécuté seront pour ce seul fait condamnés à une amende de 16 à 200 francs* ». L'âge est limité à sept ans parce que l'on considère qu'à partir de sept ans « l'influence de l'exposition est moins funeste », et elle ne compromet plus l'état civil de l'enfant qui est en mesure de donner des informations sur l'identité de ses parents et la sienne¹⁰⁰⁶. Toutefois, les dispositions de l'époque, peu favorables à l'établissement d'un lien de filiation hors mariage, associées aux largesses de la filiation légitime, rendaient ces situations plutôt rares.

La répression de l'infraction d'exposition d'enfant a prospéré jusqu'à aujourd'hui, puisque le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger est sanctionné par l'article 223-3 du Code pénal. La peine peut être aggravée, si l'abandon a entraîné des mutilations ou une infirmité de l'enfant¹⁰⁰⁷. Afin de décourager les parents d'en arriver à de telles extrémités, le législateur donne aux parents plusieurs moyens de ne pas établir de manière automatique de lien de filiation entre l'enfant et eux. Il fallait donc organiser un point de rencontre entre les enfants abandonnés et les parents souhaitant adopter : l'adoption « devait être la consolation des mariages stériles et une vaste carrière de secours pour les enfants pauvres »¹⁰⁰⁸.

Cependant, jusqu'à la fin de la première guerre mondiale elle est peu utilisée. La pauvreté est grande et la natalité reste forte malgré l'imprégnation insidieuse de la politique

1002. H. FULCHIRON, P. MURAT, « Splendeurs et misères de l'adoption. Abandon et adoption », *Autrement* 1988, n° 96, p. 95.

1003. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 8, p. 13.

1004. R. FREMONT, « Abandon d'enfant », *Pandectes françaises*, n° 1, p. 25.

1005. A. CARPENTIER, G. FRÈREJOUAN DU SAINT, « Abandon d'enfant », in ED. FUZIER-HERMAN, n° 36, p. 30.

1006. R. FREMONT, « Abandon d'enfant », in M. RIVIERE (dir.), *Pandectes françaises*, n° 5, p. 25.

1007. A. GOUTTENOIRE, « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Répertoire pénal Dalloz*, 2002, n° 19, p. 4.

1008. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *histoire du droit civil*, n° 140, p. 161.

par les thèse malthusiennes¹⁰⁰⁹. A cause de la guerre, il y a désormais plus d'enfants abandonnés que de parents adoptifs¹⁰¹⁰. Le Code de la famille de 1939, en créant la légitimation adoptive pour les mineurs de cinq ans nés de parents inconnus ou recueillis par l'Assistance publique, donne une nouvelle impulsion à l'adoption¹⁰¹¹. Lorsqu'après la seconde guerre mondiale l'urgence de la situation des enfants sans famille, du fait notamment des déportations massives, apparaît aux yeux du monde encore terrorisé par la survenance de ce qui ne devait plus jamais être, et que de leur côté des familles ont perdu leurs enfants à la guerre, le mécanisme de l'adoption se présente comme le meilleur moyen d'organiser l'avenir du pays¹⁰¹². Elle est remplacée en 1966 par l'adoption plénière, et perfectionnée en 1976¹⁰¹³.

148. L'adoption et la permanence des réformes. L'adoption a beaucoup évolué depuis son introduction dans le Code civil en 1804¹⁰¹⁴. Cependant, malgré d'incessantes modifications des moyens qu'elle offre aux adoptants, elle trouve toujours la même cause : se créer des héritiers. Ce qui a changé en revanche, c'est la place de l'enfant au sein de l'adoption¹⁰¹⁵. Variant annuellement au dix-neuvième siècle entre 50 et 300 par an, elle était peu utilisée, jusqu'à ce que « *la guerre mondiale* » génère tant d'orphelins qu'il faille l'ouvrir

1009. « Sans doute peut-on augmenter le rapport d'un sol jusqu'à une limite déterminée. Mais jusqu'à une limite déterminée seulement, et pas indéfiniment. Pendant un certain temps, on pourra donc sans danger de famine compenser l'accroissement de population du peuple allemand par l'accroissement du rapport de notre sol. Il faut tenir compte cependant du fait que les besoins croissent en général plus vite que le nombre des habitants. Les besoins des Hommes en nourriture et vêtements augmentent d'année en année, et ne sauraient déjà plus être comparés à ceux de nos devanciers d'il y a quelque cent ans. Il est donc fou de penser que chaque augmentation de la production autorise l'hypothèse d'un accroissement de la population [...] Malgré tout le travail possible, on ne pourra plus, à un moment donné, lui faire produire davantage, et ce sera alors, tôt ou tard, l'aboutissement fatal. La famine apparaîtra d'abord de temps en temps, après les mauvaises récoltes. Avec une population en voie d'accroissement elle sera de plus en plus fréquente [...] il faudra alors que la nature intervienne et fasse son choix de ceux qui seront élus pour vivre ; ou bien l'Homme s'aidera lui-même, limitant artificiellement sa reproduction » : A. HITLER, *Mon combat, (Mein kampf)*, traduit de l'allemand par J. GOUDEFROY-DEMOMBYNBES, A. CALMETTES, nouvelles éditions latines, Paris, 1934, p. 136.

1010. V. ZELIZER, « Repenser le marché, la construction sociale du marché aux bébés aux États Unis, 1870-1930 », in *actes de la recherche en sciences sociales*, 1992, vol. 94, pp. 3-26.

1011. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 9, p. 14.

1012. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *histoire du droit civil*, n° 133, p. 155.

1013. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes*, n° 512, p. 1108.

1014. Article 343 : « *L'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, âgées de plus de cinquante ans, qui n'auront, à l'époque de l'adoption, ni enfants, ni descendants légitimes, et qui auront au moins quinze ans de plus que les individus qu'elles se proposent d'adopter* ».

Article 344 : « *Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes, si ce n'est par deux époux* ».

Article 345 : « *La faculté d'adopter ne pourra être exercée qu'envers l'individu à qui l'on aura, dans sa minorité, et pendant six ans au moins, fourni les secours et donné des soins non interrompus, ou envers celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots* ».

Article 346 : « *L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté. Si l'adopté, ayant encore ses père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère, ou par le survivant ; et s'il est majeur de vingt cinq ans, de requérir leur conseil* ».

1015. I. BERRO-LEFÈVRE, « Adoption et filiation. Droit à l'enfant, droits de l'enfant ? », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, p. 25.

aux personnes mineures¹⁰¹⁶. La nouvelle loi du 19 juin 1923 rencontre un certain succès, puisqu'en 1924, 1675 enfants sont adoptés, et en 1925, 1361¹⁰¹⁷. Désormais, l'adoption des personnes mineures est admise¹⁰¹⁸. Leur nombre fut augmenté considérablement encore, lorsque le décret-loi du 29 juillet 1939, puis la loi du 8 août 1941 en assouplissent l'accès et les effets¹⁰¹⁹. Toutefois, malgré les conséquences dramatiques de la seconde guerre mondiale, la pénurie est vite atteinte¹⁰²⁰! La consécration du droit à la contraception et à l'avortement sont autant de facteurs qui vont à leur échelle agir aussi indirectement sur la raréfaction des enfants adoptables. A la manière des lois de finances systématiquement mensongères, les législations sur l'adoption se succèdent dans la promesse perpétuelle d'atteindre l'objectif fuyant de compenser le déficit toujours plus grand d'enfants adoptables¹⁰²¹.

Loi n° 49-572 du 23 avril 1949, loi n° 57-254 du 17 avril 1957, ordonnance n° 58-306 du 23 décembre 1958, loi n° 60-1370 du 21 décembre 1960, loi n° 63-215 du 1er mars 1963, loi n° 66-500 du 11 juillet 1966, loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976, loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, loi n° 96-604 du 5 juillet 1996, circulaire du 16 février 1999, loi n° 2001-111 du 6 février 2001, loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002, lois n° 2002-304 et n° 2002-305 du 4 mars 2002, loi n° 2003-516 du 18 juin 2003, ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010, loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 : l'adoption est retouchée en moyenne tous les trois ans et demi depuis 1949, sans pour autant réussir à atteindre l'objectif de trouver de nouveaux enfants adoptables¹⁰²². Dans ce mouvement perpétuel, il n'a pas toujours facile de donner une place à l'enfant. En effet, bien

1016. « Le besoin se fit sentir, pour les orphelins de la guerre, de trouver un protecteur et un foyer ; pour les parents dont les fils étaient morts pour la France, de reporter leur affection sur d'autres enfants ; c'est pour donner satisfaction à ce double courant affectif que le législateur de 1923, [...] les conditions de l'adoption sont depuis cette époque, singulièrement moins rigoureuses qu'elles ne l'étaient dans le système du Code civil et c'est pourquoi le législateur de 1923 a pu supprimer l'adoption dite rémunératoire, qui, intervenant à la suite d'un sauvetage de l'adoptant par l'adopté, bénéficiait de certaines facilités et exemptions qui sont devenues désormais, ou à peu près, le droit commun » : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 1298, p. 647.

1017. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 1298, p. 647.

1018. J. HAUSER, « Adoption ou procréation médicalement assistée : les termes de l'alternative », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, 1997, p. 14.

1019. R. SAVATIER, « Une institution en euphorie : l'adoption devant le Parlement français », *D.* 1950, chr., p. 117.

1020. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 914, p. 662.

1021. « Force est de constater qu'à l'heure actuelle l'adoption est arrivée à un tel point d'organisation et de complexité, avec autour d'elle tout un corps soudé de spécialistes, de fonctionnaires, d'associations, et tant de convictions, d'intérêts, de textes, que tout retour en arrière vers plus de simplicité lui est comme physiquement interdit. Les mêmes causes lui interdiraient-elles la fuite en avant, en direction de solutions de l'ultralibéralisme, l'adoption ouverte à l'anglo-saxonne, de gré à gré entre l'offre et la demande d'enfants ? » : J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes*, n° 517, p. 1128.

1022. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Premiers regards sur le rapport Colombani », *JCP* 2008, act. 261.

que l'adoption soit une liberté parentale, *l'adoption est un droit de l'enfant* (Section 1) abandonné par sa famille d'origine, dont la mise en œuvre ne doit jamais perdre de vue *les droits de l'enfant dans l'adoption* (Section 2).

Section 1 – L'adoption : un droit de l'enfant

149. Droit de l'enfant de bénéficier d'une protection de remplacement.

Lorsqu'il vient au monde, le petit d'homme est incapable de se protéger. L'enfant a besoin de bénéficier d'une protection de remplacement dans deux cas : soit parce que ses parents ne se sont pas faits connaître ; soit parce qu'ils ont renoncé à assumer leur fonction de protection à l'égard de l'enfant¹⁰²³. En tant que *droit de l'enfant privé de sa famille (Paragraphe I)*, l'adoption ne doit être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant. Cela implique que l'enfant soit effectivement sans famille pour être déclaré adoptable. Si, lorsqu'elle est envisagée sur un territoire donné, la question de l'adoptabilité ne pose que des difficultés marginales, en revanche, envisagée au plan international, elle pose la question de la compatibilité des systèmes juridiques entre eux. Elle peut en effet aboutir à déclarer adoptables des enfants qui ne le sont pas forcément au sens de leur culture autochtone. Dès lors il faut se demander si les parents ont, ou non, la possibilité de consentir à une adoption qui est contraire à l'ordre public de leur pays. Finalement, bien que l'adoption soit *Un droit conditionné par le consentement de ses parents (Paragraphe II)* il faut étudier les circonstances de ce consentement, pour savoir s'il est conforme à l'intérêt de l'enfant.

1023. Article 348-3 du Code civil : « *Le consentement à l'adoption est donné devant un notaire français [...] il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis. Le consentement à l'adoption peut être rétracté pendant deux mois. La rétractation doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à la personne ou au service qui a reçu le consentement à l'adoption. La remise de l'enfant à ses parents sur demande même verbale vaut également preuve de la rétractation. Si à l'expiration du délai de deux mois, le consentement n'a pas été rétracté, les parents peuvent encore demander la restitution de l'enfant à la condition que celui-ci n'ait pas été placé en vie de l'adoption... ».*

Paragraphe I – Un droit pour l'enfant privé de sa famille

150. Abandon. Le Comité international des droits de l'enfant s'inquiète de ce que les abandons anonymes d'enfant soient justifiés par des raisons extérieures à la volonté des parents d'origine. C'est pourquoi, il invite les États parties à tout mettre en œuvre pour éviter que ces abandons ne soient motivés par une grossesse indésirée, le handicap de l'enfant, ou une trop grande pauvreté¹⁰²⁴. Il souligne que souvent les familles en grande détresse sociale ne reçoivent pas une assistance appropriée pour les aider à assumer leurs responsabilités parentales et que de ce fait les enfants sont abandonnés dans des conditions qui ne leur permettent pas, « le moment venu », de retrouver leurs parents¹⁰²⁵.

En particulier, l'automatisme de l'établissement du lien de filiation maternel peut poser des difficultés pour la mère lorsqu'elle n'est pas majeure. Le Comité international des droits de l'enfant insiste sur la nécessité de protéger les adolescentes contre les risques liés à une maternité précoce en mettant en place des cours d'éducation sexuelle¹⁰²⁶. Trop souvent l'avortement est utilisé par les jeunes filles comme un moyen de contraception, ce qui peut mettre leur vie en danger¹⁰²⁷. C'est pourquoi, le Comité demande aux États parties de faire en

1024. CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 30. (Autriche); CRC/C/GRC/CO/2-3, § 41. (Grèce); CRC/C/ITA./CO/3-4, 31 octobre 2011, § 43-c. (Italie); CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 50. (République Tchèque); CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 44. (Ukraine); CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 25. (Tunisie); CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 45. (France); CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 34. (Géorgie); CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 60. (Russie); CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 26. (Géorgie); CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003, § 37-b. (Maroc); CRC/C/15/Add. 199, 18 mars 2003, § 32. (Roumanie); CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 28-b. (Italie); CRC/C/15/Add. 191, 9 octobre 2002, § 48-b. (Ukraine); CRC/C/15/Add. 180, 13 juin 2002, § 35. (Biélorussie); CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 35. (Lésoto); CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 25. (Afrique du Sud).

1025. CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 53. (Canada); CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 30. (Autriche).

1026. CRC/C/GRC/CO/2-3, 13 août 2012, § 57. (Grèce); CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, § 54. (Turquie); CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 57. (Ukraine); CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 60. (Biélorussie); CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 46. (Suède); CRC/C/15/Add. 185, 13 juin 2002, § 39-b. (Espagne); CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 39-a. (Portugal); CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 45. (Lesotho); CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999, § 48. (Russie).

1027. CRC/C/GRC/CO/2-3, 13 août 2012, § 57. (Grèce); CRC/C/ISL/CO/3-4, 23 janvier 2012, § 42. (Islande); CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 57. (Ukraine); CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 60. (Biélorussie); CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 49. (Danemark); CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 46. (Suède); CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 48. (Géorgie); CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 44. (Lettonie); CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 50. (Lituanie); CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 55. (Russie); CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 44. (France); CRC/C/15/Add. 206, 2 juillet 2003, § 48. (Zambie); CRC/C/15/Add. 201, 18 mars 2003, § 50. (République Tchèque); CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 42-b. (Italie); CRC/C/15/Add. 188, 9 octobre 2002, § 43. (Royaume-Uni); CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 53. (Turquie); CRC/C/15/Add. 146, 21 février 2001, § 39. (Lituanie); CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 45. (Lesotho); CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 31. (Afrique du Sud); CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999, § 48. (Russie); CRC/C/15/Add. 87, 24 juin 1998, § 21. (Hongrie); CRC/C/15/Add. 81, 21 octobre 1997,

sorte que la contraception puisse être accessible financièrement à toutes les adolescentes¹⁰²⁸, et qu'elle puisse être délivrée en dehors du consentement de leur parents pour éviter les réticences sociales, culturelles ou traditionnelles¹⁰²⁹. Conscients de ce problème, certains États au sein desquels l'établissement de la filiation maternelle est automatique au moment de la naissance, ont mis en place des systèmes d'abandon anonyme des enfants, que ce soit sous la forme de l'accouchement anonyme comme en France ou au Luxembourg¹⁰³⁰, ou de « boîtes-à-bébé » comme en Allemagne, aux Pays-Bas, en Suisse, en Hongrie ou en Belgique¹⁰³¹.

Le Comité international des droits de l'enfant considère que les abandons anonymes d'enfant sont contraires à la Convention internationale des droits de l'enfant. Une évolution de sa position à ce sujet reste toutefois à noter. En effet, jusqu'en 2012, il affirmait que : « *Le Comité recommande instamment à l'État partie de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour mettre un terme au programme des boîtes à bébé dans les plus brefs délais et de renforcer et promouvoir sans tarder des programmes de substitution, en tenant pleinement compte de son devoir de se conformer strictement à toutes les dispositions de la Convention. Il l'engage en outre à redoubler d'efforts pour traiter les causes profondes de l'abandon de nourrisson, notamment en assurant des services de planification familiale, ainsi que des services de conseil et d'aide sociale adaptés en cas de grossesse non désirée, et en prenant des mesures pour prévenir les grossesses à risque* »¹⁰³².

Or cette position très ferme a été nettement infléchie à la fin de l'année 2012 puisque désormais : « *Le Comité recommande instamment à l'État partie de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour mettre fin à la pratique des abandons anonymes et de renforcer et promouvoir dans les meilleurs délais des programmes de remplacement, prévoyant notamment la possibilité de naissances anonymes à l'hôpital en tant que mesure de dernier ressort pour éviter l'abandon et/ou la mort de l'enfant, et d'établir un dossier confidentiel sur les parents auquel l'enfant pourra avoir accès plus tard, en tenant compte de*

§ 21. (République Tchèque) ; CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 15. (Royaume-Uni).

1028. CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 58-a. (République Tchèque) ; CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 43. (Hongrie) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 55. (Russie) ; CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 15. (Royaume-Uni).

1029. CRC/C/GRC/CO/2-3, 13 août 2012, § 57. (Grèce) ; CRC/C/ISL/CO/3-4, 23 janvier 2012, § 42. (Islande) ; CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 48. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 31. (Afrique du Sud).

1030. CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 44. (Ukraine) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 43. (France) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 28-b. (Italie).

1031. CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 29. (Autriche) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 49. (République Tchèque).

1032. CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 50. (République Tchèque).

son devoir de respecter pleinement toutes les dispositions de la Convention »¹⁰³³. Elle vient s'inscrire dans le cadre plus général des dernières décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme qui offrent une certaine protection aux familles constituées de fait face aux revendications de la famille génétique de l'enfant¹⁰³⁴.

Par le passé, le Comité international des droits de l'enfant condamnait de manière catégorique toutes les formes d'abandon anonyme de l'enfant¹⁰³⁵. Il semble avoir pris en compte les raisons matérielles et personnelles qui poussent certains parents à ne pas souhaiter qu'un lien de filiation soit établi entre eux et l'enfant. Il n'avait d'ailleurs émis aucune remarque à propos des « *boîtes-à-bébé* » allemandes dans ses observations finales de 2004 laissant penser qu'il y aurait peut être une évolution de son point de vue¹⁰³⁶. Dès lors, sous réserve de la collecte des données personnelles relatives aux parents génétiques de l'enfant, le dispositif permettant d'abandonner un enfant sans établir avec lui de lien de filiation serait considéré par le Comité international des droits de l'enfant conforme à la Convention internationale des droits de l'enfant. En revanche, la pratique qui consisterait à ne pas conserver le nom des parents de l'enfant ne serait pas conforme à la Convention internationale des droits de l'enfant puisque, par hypothèse, aucune information sur les parents d'origine de l'enfant n'est collectée.

151. Protection de remplacement. Lorsqu'il est nécessaire de donner à l'enfant une protection de remplacement, le Comité international des droits de l'enfant demande aux États parties d'éviter le plus possible le placement des enfants dans des institutions¹⁰³⁷. Il constate que les enfants placés en institutions sont trop nombreux¹⁰³⁸. Ils

1033. CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 30. (Autriche).

1034. Case of *Gorgulu v./ Germany*, 26 mai 2004, application n° 74969/01 ; Case of *Rozanski v./ Poland*, 18 août 2006, application n° 55339/00 ; Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07 ; Case of *Schneider v./ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07 ; Affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10 ; Case of *Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09.

1035. A propos de la France, il affirmait que : « *Le Comité prend note des informations fournies par l'État partie sur les mesures qu'il a adoptées, en particulier sur l'ordonnance n° 2005-759 portant réforme de la filiation et sur le rôle nouveau joué par le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, en vue de faciliter l'accès de l'enfant à ses origines. Néanmoins, le Comité reste également préoccupé par les délais d'attente pour le traitement des nouvelles requêtes. Le Comité reste également préoccupé par le fait que la mère, si elle le souhaite, peut dissimuler son identité et s'opposer au droit de l'enfant de connaître ses origines, ce qui prive l'enfant d'une partie de ses droits* ». CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 43. (France).

1036. CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004. (Allemagne).

1037. CRC/C/15/Add. 7, 7 février 1994, § 8. (Biélorussie) ; CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999, § 38. (Fédération de Russie).

1038. CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 37. (Lesotho).

font souvent l'objet de brimades, subissent des châtements corporels et, d'une manière générale, font l'objet de mauvais traitements¹⁰³⁹. Il n'est pas rare qu'une fois placés, il soit difficile pour eux de maintenir un lien avec leur famille génétique, notamment parce qu'il arrive que les contacts téléphoniques avec leurs parents soient conditionnés à leur comportement¹⁰⁴⁰. Dans d'autres cas, le placement en institution est mal surveillé et sert de support à des trafics d'enfants¹⁰⁴¹. Il est donc impératif pour les États de mettre en place des mécanismes de surveillance et de suivi des enfants placés pour veiller à ce qu'ils ne soient pas recueillis pour des raisons exclusivement financières¹⁰⁴² et que leurs droits soient pleinement respectés¹⁰⁴³. Afin qu'elles soient objectives et fiables, ces mesures de surveillance doivent être effectuées de manière régulière par des organismes indépendants¹⁰⁴⁴.

Par ailleurs les enfants doivent être correctement orientés lors de leur arrivée et placés en institution en fonction de leurs besoins, après une appréciation concrète de leur intérêt par du personnel compétent¹⁰⁴⁵. Trop souvent, les enfants délinquants ou clandestins sont mélangés avec les enfants pauvres ou handicapés qui ont perdu le contact avec leur famille d'origine¹⁰⁴⁶. Le Comité international des droits de l'enfant constate que les enfants handicapés¹⁰⁴⁷ ou appartenant à des minorités ethniques sont, plus que les autres, l'objet de placements en institution alors qu'ils pourraient être adoptés parce qu'ils n'ont plus de famille¹⁰⁴⁸. Toujours dans la perspective d'améliorer l'accueil des enfants, il encourage les États parties à mieux former leur personnel, à mettre en place des guides de bonnes

1039. CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999, § 36. (Fédération de Russie) ; CRC/C/15/Add. 37, 20 juin 1995, § 14. (Canada) ; CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 28. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 41. (Algérie).

1040. CRC/C/15/Add.52, 13 février 1996, § 16. (Croatie) ; CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 37. (Lesotho) ; CRC/C/15/Add. 201, 18 mars 2003, § 44. (République Tchèque).

1041. CRC/C/15/Add. 42, 27 novembre 1995, § 27. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 37. (Lesotho).

1042. CRC/C/15/Add.52, 13 février 1996, § 16. (Croatie).

1043. CRC/C/15/Add. 42, 27 novembre 1995, § 27. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 92, 24 juin 1998, § 14. (Luxembourg) ; CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999, § 36. (Fédération de Russie).

1044. CRC/C/15/Add. 92, 24 juin 1998, § 14. (Luxembourg) ; CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999, § 39. (Fédération de Russie) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 45. (Fédération de Russie) ; CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 44. (Royaume-Uni).

1045. CRC/C/15/Add. 38, 20 juin 1995, § 10. (Belgique) ; CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010, § 41. (Espagne) ; CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 55. (Canada).

1046. CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 37. (Lesotho) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 33. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 201, 18 mars 2003, § 44. (République Tchèque).

1047. CRC/C/15/Add. 4, 18 février 1993, § 6. (fédération de Russie) ; CRC/C/15/Add. 81, 21 octobre 1997, § 37. (République Tchèque).

1048. CRC/C/15/Add. 38, 20 juin 1995, § 10. (Belgique) ; CRC/C/DN4/CO/3, 23 novembre 2005, § 33. (Danemark) ; CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 34. (Hongrie) ; CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 46. (Royaume-Uni) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 45. (République Tchèque).

pratiques¹⁰⁴⁹ et à plus consulter les enfants sur leurs souhaits¹⁰⁵⁰. Chaque fois que cela est possible, il demande à ce que soient envisagées des alternatives au placement de l'enfant en institution : des services d'orientation et de conseil, des programmes de placement et d'éducation en famille d'accueil ou des programmes de formation professionnelle¹⁰⁵¹.

Le Comité déplore que trop souvent les enfants soient inscrits sur des listes d'attente pour bénéficier d'une protection de remplacement¹⁰⁵². Les places disponibles doivent donc être suffisantes pour satisfaire les besoins de protection des enfants, notamment en augmentant le nombre de places en famille d'accueil¹⁰⁵³. Et justement, à partir des années 2000, le Comité devient de plus en plus exigeant quant aux conditions d'accueil des enfants¹⁰⁵⁴. Il insiste désormais sur la nécessité de les rendre agréable à vivre¹⁰⁵⁵. Il demande aussi à ce que les États engagent des moyens plus conséquents que par le passé pour aider les familles et prévenir les placements d'enfants¹⁰⁵⁶. Des pays tels que la Norvège, qui, à notre connaissance, n'avaient jamais fait l'objet de recommandations particulières sur ces thèmes, se voient montrer du doigt pour des pratiques de placement libre et informel des enfants¹⁰⁵⁷.

152. Défaillance parentale. L'article 20 de la Convention internationale des

1049. CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 5. (Royaume-Uni) ; CRC/C/15/Add. 92, 24 juin 1998, § 14. (Luxembourg) ; CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 25. (Afrique du Sud).

1050. CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 33. (Portugal) ; CRC/C/15/Add. 170, 2 avril 2002, § 38. (Grèce) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 61. (France).

1051. CRC/C/15/Add. 42, 27 novembre 1995, § 27. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999, § 37. (Fédération de Russie) ; CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 34. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 192, 31 octobre 2002, § 29. (Moldavie) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 34-c. (Italie).

1052. CRC/C/15/Add. 114, 26 octobre 1999, § 16. (Pays-Bas) ; CRC/C/BEL/CO3-4, 18 juin 2010, § 52. (Belgique).

1053. CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 25. (Afrique du Sud) ; CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 44. (Royaume-Uni).

1054. CRC/C/15/Add. 188, 9 octobre 2002, § 39. (Royaume-Uni) ; CRC/C/15/Add. 192, 31 octobre 2002, § 29. (Moldavie) ; CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 32. (Géorgie) ; CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 32. (Lettonie) ; CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 34. (Géorgie) ; CRC/C/MDA/CO3, 20 février 2009, § 44. (Moldavie) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 38. (Italie).

1055. CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 34. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 43. (Turquie) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 33. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 199, 18 mars 2003, § 38. (Roumanie) ; CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010, § 41. (Espagne) ; CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, § 46. (Turquie).

1056. CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 34. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 132, 16 octobre 2000, § 34. (Finlande) ; CRC/C/15/Add. 146, 21 février 2001, § 33. (Lituanie) ; CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 43. (Turquie) ; CRC/C/15/Add. 170, 2 avril 2002, § 54. (Grèce) ; CRC/C/15/Add. 180, 13 juin 2002, § 37. (Biélorussie) ; CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 32. (Estonie) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 39. (Croatie) ; CRC/C/15/Add. 263, 21 septembre 2005, § 25. (Norvège) ; CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 34. (Géorgie) ; CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 44. (Royaume-Uni) ; CRC/C/NOR/CO/4, 3 mars 2010, § 34. (Norvège) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 46. (Ukraine) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 33. (Finlande) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 45. (République Tchèque) ; CRC/C/GRC/2-3, 13 août 2012, § 42. (Grèce) ; CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 55. (Canada).

1057. CRC/C/15/Add. 126, 28 juin 2000, § 34. (Norvège) ; CRC/C/15/Add. 263, 21 septembre 2005, § 23. (Norvège).

droits de l'enfant prévoit trois hypothèses dans lesquelles l'enfant doit bénéficier d'une protection de remplacement¹⁰⁵⁸. Il s'agit : soit d'une abstention parentale temporaire ou définitive ; soit d'une action parentale contraire aux droits de l'enfant. Dans les deux premières situations, le placement de l'enfant est la conséquence de son abandon de fait, alors que dans la dernière situation, il peut être la conséquence d'une décision juridictionnelle, par exemple destinée à protéger l'enfant de ses parents. Or, spécialement dans ce cas, le Comité international des droits de l'enfant insiste sur la nécessité de n'envisager une telle mesure qu'en dernier ressort. Dans tous les cas, le Comité international des droits de l'enfant estime qu'il est primordial de maintenir, dans la mesure du possible, un lien entre l'enfant et ses parents¹⁰⁵⁹. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme est conforme à cette vision, puisqu'elle a validé une adoption norvégienne au terme de laquelle la mère de l'enfant avait été privée de l'exercice de l'autorité parentale, en estimant notamment qu'en maintenant un contact entre l'enfant et sa mère, les autorités avaient ménagé un juste équilibre entre l'intérêt de l'enfant d'être adopté et son droit d'entretenir des relations personnelles avec ses parents¹⁰⁶⁰.

153. Formes de la protection de remplacement. Si le Comité international des droits de l'enfant s'est dit alarmé par l'augmentation du placement des enfants tout au long de la décennie 2000-2010¹⁰⁶¹, il a également salué les efforts qui ont été faits dans le même

1058. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 312 p. 172.

1059. « Le Comité s'alarme de la forte proportion d'enfants et notamment de nouveau-nés abandonnés et de l'absence d'une stratégie globale pour aider les familles vulnérables. Cette situation peut donner lieu à des adoptions internationales illégales ou à d'autres formes de traite et de vente d'enfants. Dans ce contexte, le Comité s'inquiète aussi de l'absence de toute loi interdisant la vente et la traite des enfants et du fait que le droit de l'enfant à la préservation de son identité n'est pas garanti par la loi » : CRC/C/15/Add. 42, 27 novembre 1995, § 11. (Ukraine).

1060. « In the Court's view, the fact that the level of contact after the Supreme Court judgment corresponded to that which had existed before, clearly confirms the correctness of the national assessment as to A's foster parent's openness to continued contact. This is not undermined by the applicant's various submissions to the effect that the contact arrangements proposed did not always meet her expectations and demands. Against this background, it appears that the disputed measures did not in fact prevent the applicant from continuing to have a personal relationship with A and did not result in «cutting him off from his roots» with respect to contact with his biological mother. In the Court's view, the relevant national authorities could reasonably consider that the applicant's interest in maintaining a legal right of contact was outweighed by the interest in authorising adoption » : case of *Aune vs./ Norway*, 28 octobre 2010, application n° 52502/07, § 77.

1061. CRC/C/15/Add. 126, 28 juin 2000, § 34. (Norvège) ; CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 43. (Turquie) ; CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 33. (Portugal) ; CRC/C/15/Add. 180, 13 juin 2002, § 37. (Biélorussie) ; CRC/C/15/Add. 191, 9 octobre 2002, § 39. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 192, 31 octobre 2002, § 29. (Moldavie) ; CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 32. (Estonie) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 33. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 201, 18 mars 2003, § 44. (République Tchèque) ; CRC/C/15/Add. 248, 30 mars 2005, § 29. (Suède) ; CRC/C/15/Add. 263, 21 septembre 2005, § 23. (Norvège) ; CRC/C/15/Add. 272, 20 octobre 2005, § 28. (Finlande) ; CRC/C/DN4/CO/3, 23 novembre 2005, § 33. (Danemark) ; CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 32. (Hongrie) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 39. (Lituanie) ; CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 32. (Lettonie) ; CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 34. (Géorgie) ; CRC/C/MDA/CO/3, 20 février 2009, § 44. (Moldavie) ; CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 34. (Suède) ; CRC/C/NOR/CO/4, 3 mars 2010, § 34. (Norvège) ; CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 45. (Tunisie) ; CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 43.

temps pour placer les enfants en famille d'accueil plutôt que dans des institutions¹⁰⁶². Lorsque le recueil de l'enfant prend un caractère plus définitif, il peut, au sens de l'article 20 de la Convention internationale des droits de l'enfant, soit prendre la forme d'une adoption, soit prendre la forme d'une kafala. Ces deux dispositifs sont envisagés à égalité, sans hiérarchie, par la Convention internationale des droits de l'enfant, ce qui pose parfois des difficultés lorsque des enfants sont recueillis dans un pays qui n'a pas le même système juridique¹⁰⁶³. Bien qu'il ne soit sans doute pas possible de considérer que l'enfant dispose à proprement parler du droit d'obtenir une famille de substitution, il apparaît que cela constitue au moins un objectif pour les États parties que le Comité international des droits de l'enfant les encourage à atteindre par tous les moyens¹⁰⁶⁴.

154. Meilleurs délais. Le Comité international des droits de l'enfant souligne l'importance de la continuité dans la prise en charge de l'enfant en cas de défaillance parentale. Ainsi, quelle que soit la forme de l'abandon de l'enfant, il est préférable de mettre en œuvre une mesure adaptée à chaque enfant, dans les meilleurs délais. En ce sens, l'article L. 225-1 du Code de l'action sociale et des familles dispose que : « *Les enfants admis en qualité de pupilles de l'État [...] doivent faire l'objet d'un projet d'adoption dans les meilleurs délais. Lorsque le tuteur considère que l'adoption n'est pas adaptée à la situation de l'enfant, il doit indiquer ses motifs au conseil de famille. Le conseil de famille, sur le rapport du service de l'aide sociale à l'enfance, s'assure de la validité de ces motifs qui doit être confirmée à l'occasion de l'examen annuel de la situation de l'enfant* ». L'abandon d'un enfant constitue donc une anomalie qui doit être prise en charge par la collectivité en fonction des besoins de l'enfant¹⁰⁶⁵. Ainsi, il est préférable de ne pas laisser l'enfant trop longtemps dans l'incertitude d'une adoption ou d'un retour au sein de sa famille d'origine.

Toute la difficulté est alors de parvenir à trouver un équilibre raisonnable entre

(Danemark) ; CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 45. (Biélorussie) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 46. (Ukraine) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 33. (Finlande) ; CRC/C/GRC/2-3, 13 août 2012, § 42. (Grèce) ; CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 40. (Autriche) ; CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 55. (Canada).

1062. CRC/C/15/Add. 180, 13 juin 2002, § 37. (Biélorussie) ; CRC/C/15/Add. 199, 18 mars 2003, § 38. (Roumanie) ; CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 32. (Hongrie) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 42. (Lituanie) ; CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 32. (Lettonie) ; CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 45. (Tunisie) ; CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010, § 41. (Espagne) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 46. (Ukraine) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 33. (Finlande) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 45. (République Tchèque) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 38. (Italie) ; CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, § 46. (Turquie).

1063. Voir *infra* n° 176.

1064. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 314 p. 174.

1065. *Ibidem*.

le délai durant lequel les parents de l'enfant peuvent demander sa restitution, et le délai au delà duquel il doit bénéficier d'une adoption. Au terme de l'article 348-3 du Code civil, les parents de l'enfant bénéficient en France d'un délai de deux mois pour demander la restitution de l'enfant¹⁰⁶⁶. Ce délai a souvent été remis en cause pour contester les adoptions subséquentes, sans pour autant être désavoué.

Par exemple, dans l'affaire *Kearns c./ France*, la Cour européenne des droits de l'Homme avait estimé que le délai de réflexion de deux mois donné à la mère de l'enfant pour revenir sur sa décision d'accoucher de manière anonyme et secrète poursuivait un juste équilibre entre des intérêts difficilement conciliables : l'intérêt de la mère biologique, l'intérêt de l'enfant, l'intérêt de la famille d'adoption, et l'intérêt général¹⁰⁶⁷. De même en droit interne, dans l'affaire *Charnolé*, la Cour de cassation a estimé qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant d'attendre une « hypothétique » reconnaissance par ses parents qui s'étaient montrés pour le moins hésitants¹⁰⁶⁸.

1066. Article 348-3 du Code civil : « *Le consentement à l'adoption est donné devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis. Le consentement à l'adoption peut être rétracté pendant deux mois. La rétractation doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à la personne ou au service qui a reçu le consentement à l'adoption. La remise de l'enfant à ses parents sur demande même verbale vaut également preuve de la rétractation. Si à l'expiration du délai de deux mois, le consentement n'a pas été rétracté, les parents peuvent encore demander la restitution de l'enfant à condition que celui-ci n'ait pas été placé en vue de l'adoption. Si la personne qui l'a recueilli refuse de le rendre, les parents peuvent saisir le tribunal qui apprécie, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, s'il y a lieu d'en ordonner la restitution. La restitution rend caduc le consentement à l'adoption* ».

1067. « *La Cour estime pertinents à cet égard les arguments avancés par le Gouvernement, résultant des travaux menés par les professionnels de l'enfance, qui ont souligné que l'intérêt de l'enfant était de bénéficier le plus rapidement possible de relations affectives stables dans sa nouvelle famille. Elle observe d'ailleurs que le tribunal de grande instance a retenu que la sérénité et la sécurité psychologique comme juridique de l'enfant devaient être recherchée, fût-ce dans la brièveté des délais de recours que les intéressés peuvent exercer* » : Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04, § 80 ; F. SUDRE, *Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *JCP* juillet 2008, I, n° 167, pp. 25-30 ; M.-C. LE BOURSICOT, « *Accouchement sous le secret : cette fois, la CEDH valide le dispositif du côté de la mère* », *RLDC* 2008, pp. 39-40 ; Th. GARÉ, « *La CEDH conforte la validité du système français d'accouchement sous X* », *RJPF* 2008, pp. 23-24 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « *Les désillusions strasbourgeoises de l'accouchée sous X repentante* », *RTD civ.* 2008, pp. 252-255 ; J. HAUSER, « *Accouchement anonyme : satisfecit provisoire au droit français* », *RTD civ.* 2008, pp. 285-286 ; A. GOUTTENOIRE, « *Le consentement de la femme qui accouche sous X doit être libre et éclairé* », *lexbase hebdo* 2008, n° 297 ; Cl. NEIRINCK, « *Retour sur un accouchement sous X validé par la CEDH* », *RDSS* 2008, pp. 353-359 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « *Accouchement sous X : la CEDH valide le délai de deux mois à l'issue duquel la restitution de l'enfant est possible* », *RLDC* 2008, pp. 43-44 ; A. TON NU LAN, « *Abandon d'un enfant sans filiation établie : le consentement à la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance n'est toujours pas requis* », *RJPF* 2004.

1068. « *Mais attendu que c'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel a estimé, sans méconnaître l'article 7§1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, que, passé un délai suffisant pour que les parents de naissance puissent manifester leur intérêt et souscrire une reconnaissance, il était contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de le priver de l'environnement familial stable que peut lui conférer le placement en vue d'adoption dans l'attente d'une hypothétique reconnaissance, intervenue 17 mois après la naissance sans manifestation antérieure d'intérêt ; que le moyen n'est pas fondé* » : Cass. civ. 1re, 1er juin 2011, pourvoi n° 10-20554, *bull.* 2010, I, n° 104 et pourvoi n° 10-19028, *bull.* 2011, I, n° 105 ; A. GOOUTTENOIRE, « *Le droit de l'enfant d'être adopté sans attendre* », *lexbase hebdo* 2011, n° 446 ;

Paragraphe II – Un droit conditionné par le consentement de ses parents

155. Intégrité du consentement. La question du consentement est complexe à s'en tenir au droit français. Elle devient épineuse dès que l'on envisage l'articulation du droit international avec le droit français¹⁰⁶⁹. Jusqu'où est-il possible de consentir ? Afin que le consentement à l'adoption n'aboutisse pas à des pratiques inacceptables au sens de l'intérêt de l'enfant tel qu'il est révélé par le Comité international des droits de l'enfant, il apparaît nécessaire de procéder à un contrôle très stricte des circonstances dans lesquelles le consentement à l'adoption est donné par les parents d'origine de l'enfant *Le nécessaire contrôle du consentement parentale* (A). Cependant, même dans l'hypothèse où des irrégularités sont constatées, la sanction se heurte à une nouvelle forme de prescription, fondée sur l'intérêt de l'enfant à avoir des relations stables avec les adultes qui assument sa protection. Associé aux évolutions législatives régulières destinées à faire reculer la préhension par le droit des montages contraires à l'ordre public, cela aboutit à *L'impossible contrôle du consentement à une convention de femme porteuse* (B).

J. HAUSER, « Le droit à adopter : la vérité biologique au prix de la course (suite) », *RTD civ.* 2011, pp. 527-529 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Le père génétique ne peut pas s'opposer à l'adoption plénière de l'enfant confié par sa mère de naissance à un OAA et régulièrement placé en vue de son adoption », *RJPF* 2011, n° 9, pp. 34-37 ; E. POULIQUEN, « L'intérêt supérieur de l'enfant prime sur celui de sa famille biologique », *RLDC* 2011, n° 85, pp. 48-49 ; Cl. NEIRINCK, « Adoptabilité et statut d'un enfant sans filiation confié à un Organisme Autorisé pour l'Adoption (OAA) », *dt. fam.* septembre 2011, pp. 24-28 ; E. CADOU, « L'enfant de filiation inconnue peut-il être confié à un organisme autorisé pour l'adoption ? », *D.* 2011, n° 30, pp. 2093-2098.

1069. N. HAOULIA, « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *LPA* octobre 2013, n° 204, p. 7-14.

A – Le nécessaire contrôle du consentement parental

156. Consentement à l'adoption. Le Code civil prévoit que dans l'hypothèse où l'enfant est adopté, alors qu'il existe préalablement une autre filiation, les parents de l'enfant doivent consentir à son adoption¹⁰⁷⁰. Il s'agit d'une mesure particulièrement grave puisque l'article 359 du Code civil dispose que « *L'adoption est irrévocable* ». Le consentement parental doit donc être donné en connaissance de cause, conformément à l'article 21 de la Convention internationale des droits de l'enfant¹⁰⁷¹. L'article 348-3 du Code civil encadre le consentement à l'adoption. Il dispose que « *Le consentement à l'adoption est donné devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis* ». Spécifiquement lorsque le consentement est recueilli par un service de l'aide sociale à l'enfance, l'article R. 225-25 du Code de l'action sociale et des familles prévoit un certain nombre d'éléments qui doivent être impérativement portés à la connaissance des parents de l'enfant¹⁰⁷². Il convient également de s'assurer que les parents ont bien compris qu'ils bénéficient d'un délais de deux mois pour révoquer leur consentement à l'adoption¹⁰⁷³.

1070. Article 348 du Code civil : « *Lorsque la filiation est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption. Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, s'il a perdu ses droits d'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit* ».

Article 348-1 du Code civil : « *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* ».

Article 348-2 du Code civil : « *Lorsque les père et mère de l'enfant sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou s'ils ont perdu leurs droits d'autorité parentale, le consentement est donné par le conseil de famille, après avis de la personne qui en fait prend soin de l'enfant. Il en est de même lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie* ».

1071. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 325 p. 182.

1072. Article R. 225-25 du Code de l'action sociale et des familles : « *Lors du recueil d'un enfant sur le territoire de la République française, l'organisme autorisé pour l'adoption établit un document attestant que les père et mère de naissance, ou la personne qui lui remet l'enfant si sa filiation est inconnue, ont été informés : 1) Des mesures instituées, notamment par l'État, les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale pour aider les parents à élever eux-mêmes leurs enfants ; 2) Des délais et conditions suivant lesquels l'enfant pourra être repris par ses père et mère, et notamment de leur droit de le reprendre sans aucune formalité pendant un délai de deux mois ; 3) Des conséquences du recueil et du placement en vue d'adoption de l'enfant, au regard notamment de l'article 352 du Code civil ; 4) De la possibilité de laisser à l'occasion de l'établissement du document rédigé lors du recueil par l'organisme, tous renseignements concernant les origines de l'enfant ainsi que les raisons et les circonstances de ce recueil, et des modalités selon lesquelles ces renseignements sont recueillis. Dans l'hypothèse où la femme a demandé lors de son accouchement la préservation du secret de son admission et de son identité, ces renseignements sont recueillis par le correspondant du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles dans le département où l'enfant est recueilli ; la femme est également informée de la possibilité qu'elle a de déclarer son identité à tout moment ainsi que de lever le secret de celle-ci. A sa demande, le recueil d'information peut se faire en présence de la personne de l'organisme autorisé qui l'accompagne. L'organisme donne aux parents ou à la personne qui lui remet l'enfant une copie du document établi conformément au premier alinéa* ».

1073. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04.

157. Portée du consentement. Par principe, les parents de l'enfant consentent à ce que son adoption soit faite par des personnes déterminées¹⁰⁷⁴. Toutefois, à titre d'exception, l'article 348-5 du Code civil prévoit que pour les enfants de moins de deux ans, l'enfant est systématiquement confié à un organisme autorisé pour l'adoption, avant d'être placé chez ses futurs parents. Dans ce cas, les parents ne savent pas à qui leur enfant sera confié¹⁰⁷⁵. Bien que cette règle puisse être parfois mal vécue par les parents au moment de l'abandon de l'enfant, elle a vocation à préserver l'enfant des éventuels trafics dont il pourrait faire l'objet¹⁰⁷⁶. L'objectif est de confier à un tiers indépendant le rôle de procéder à la sélection des familles d'accueil pour s'assurer qu'il n'existe pas de transaction inacceptable entre les parents de l'enfant et les adoptants¹⁰⁷⁷. En ce sens, l'article 35 de la Convention internationale des droits de l'enfant stipule que : « *Les États parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit* »¹⁰⁷⁸. Pour sa part, l'article 36 ajoute que « *Les États parties protègent l'enfant*

1074. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 326 p. 183.

1075. Article 348-5 du Code civil : « *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 à l'adoption* ».

1076. « *L'absence d'enregistrement des naissances en temps voulu pouvant avoir des conséquences négatives sur la pleine jouissance par l'enfant des libertés et droits fondamentaux, le Comité est préoccupé, eu égard à l'article 7 de la Convention, par le fait que de très nombreuses naissances ne sont pas enregistrées [...] eu égard aux articles 21 et 25 de la Convention, le Comité est préoccupé par l'absence de législation uniforme sur l'adoption en Inde et de mesures effectives pour assurer le suivi du placement sur le territoire de l'État partie et à l'étranger* » : CRC/C/15/Add. 115, 23 février 2000, § 36. (Inde) ; « *La Cour suprême de l'Inde, tout en reconnaissant que l'adoption internationale est parfois nécessaire pour les enfants qui, faute de cela, languiraient dans des établissements, a, dans l'arrêt historique qu'elle a rendu dans l'affaire Laxmikant Pandey c./ Union indienne, prescrit que, pour chaque orphelin, il faut de préférence trouver un foyer sur le territoire de l'Inde. Un enfant ne peut donner la pleine mesure de ses capacités que si une famille s'occupe de lui et, dans toute la mesure possible, cette famille doit résider dans le pays de naissance de l'enfant. A cette fin, des organismes bénévoles de coordination ont été mis sur pied pour promouvoir l'adoption nationale. Ils tiennent une liste des parents indiens éventuels et rapprochent ces parents et les enfants disponibles dans différentes agences de l'adoption. Les agences de l'adoption et les organismes de bénévoles de coordination répondent à toute demande de renseignements concernant les modalités de l'adoption* » : CRC/C/93/Add. 5, 16 juillet 2003, § 392. (Inde) ; « *Le Comité se félicite de la ratification récente de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et de l'accent mis sur l'adoption nationale, mais réitère sa préoccupation quant à l'absence de législation et de procédures uniformes en matière d'adoption dans l'État partie et de mesures effectives pour assurer le respect des droits des enfants concernés et le suivi des adoptions sur le territoire de l'État partie comme à l'étranger. Le Comité s'inquiète en outre de l'absence d'enregistrement et de suivi des adoptions réalisées par des organismes non accrédités* » CRC/C/15/Add. 228, 26 février 2004, § 48. (Inde).

1077. « *Le Comité est préoccupé par le fait qu'il n'existe pas de système efficace pour la sélection des familles d'accueil et des parents adoptifs, notamment des normes nationales et des dispositifs rigoureux qui viseraient à empêcher la vente et le trafic d'enfants, à examiner, surveiller et suivre le placement d'enfants et à recueillir des statistiques sur la protection de remplacement et l'adoption, y compris l'adoption internationale* » : CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 36. (Estonie) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 66. (Lituanie) ; CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 46. (Tunisie) ; CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010, § 45. (Espagne).

1078. « *Compte tenu de l'article 35 et d'autres dispositions pertinentes de la Convention, le Comité recommande à l'État partie de prendre des mesures efficaces pour renforcer l'application des lois et d'intensifier les efforts pour sensibiliser davantage les communautés au problème de la vente, du trafic et de l'enlèvement*

contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être »¹⁰⁷⁹.

L'enfant est soumis à la même procédure que s'il était pupille de l'État¹⁰⁸⁰. Le consentement à l'adoption est donné par le conseil de famille des pupilles de l'État¹⁰⁸¹. La Cour de cassation ne s'est prononcée que très rarement sur l'application de cette disposition. Il faut dire que les termes de l'article 348-5 du Code civil ne présentent aucune ambiguïté¹⁰⁸². De plus, les cas avérés de trafic d'enfant sont plutôt rares en France¹⁰⁸³. La sanction est alors

d'enfants. Le Comité recommande en outre à l'État partie de s'efforcer de conclure des accords bilatéraux avec les États voisins pour prévenir la vente, la traite et l'enlèvement d'enfants et faciliter la protection des enfants concernés et leur permettre de retourner sains et saufs dans leur famille » : CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 40. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 66. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 201, 18 mars 2003, § 61. (République Tchèque) ; CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 64. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 54. (France) ; CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 52. (Autriche) ; CRC/C/15/Add. 263, 21 septembre 2005, § 47. (Norvège) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 79. (Algérie) ; CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 73. (Royaume-Uni) ; CRC/C/MDA/CO/3, 20 février 2009, § 69. (Moldavie) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 92. (France) ; CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 66. (Suède) ; CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 62. (Tunisie) ; CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 80. (Belgique) ; CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 60. (Danemark) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 78. (Ukraine) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 58. (Finlande) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 73. (Italie) ; CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, § 702. (Turquie) ; CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 60. (Autriche) ; CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 49. (Canada).

1079. « *Le Comité s'inquiète de la pratique de l'adoption internationale directe et de l'augmentation inquiétante du nombre des adoptions de nouveau-nés par des ressortissants étrangers. Enfin, il se déclare préoccupé par la complexité de la législation sur l'adoption* » : CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 38. (Géorgie) ; **voir aussi** : « *Le Comité recommande à l'État partie d'envisager de réexaminer sa législation et sa pratique en ce qui concerne la possibilité de faire adopter un enfant avant sa naissance* » : CRC/C/15/Add. 87, 24 juin 1998, § 33. (Hongrie) ; « *Dans l'adoption plénière, il n'existe aucun contact personnel entre le parent et l'adoptant. Le parent n'est pas informé de l'adoption et ne peut contester la décision auprès d'aucune instance administrative ou judiciaire. Un enfant peut faire l'objet d'une adoption plénière si le parent naturel a consenti à l'adoption de l'enfant par une personne inconnue de lui, si le tribunal le déchoit de ses droits parentaux ou si l'organe de tutelle décide irrévocablement qu'un enfant élevé en institution ou par une famille nourricière peut être adopté. La déclaration de consentement à faire adopter un enfant (qui peut avoir lieu avant la naissance de l'enfant) peut être révoquée jusqu'à ce que l'enfant ait deux mois. Les citoyens étrangers n'ont droit qu'à l'adoption plénière [...] L'objet de l'adoption est de garantir non pas exclusivement l'éducation et la protection requises de l'enfant, mais que l'adoptant, du fait des relations nouées entre parents et enfants, reçoive aide et soins pendant sa vieillesse* » : CRC/C/70/Add. 25, 4 mai 2005, § 294. (Hongrie) ; « *Le Comité recommande à l'État partie de doter l'autorité centrale de réglementation de ressources financières et humaines suffisantes pour lui permettre de s'acquitter de son mandat. Il demande qu'une attention particulière soit accordée au droit de tous les enfants de connaître leurs origines. Il demande instamment à l'État partie de recenser les enfants susceptibles de bénéficier d'une adoption et de mettre en route la procédure d'adoption, en tenant compte de l'origine culturelle de ces enfants, conformément à l'article 20 de la Convention* » : CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 35. (Hongrie).

1080. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 320, p. 154.

1081. Article 349 du Code civil : « *Pour les pupilles de l'État dont les parents n'ont pas consenti à l'adoption, le consentement est donné par le conseil de famille de ces pupilles* ».

1082. P. RAYNAUD, note sous Cass. civ. 1re, 5 juillet 1973, affaire *époux Rochat c./ Grande*, pourvoi n° 71-13971, *bull.* 1971, I, n° 235, p. 108, *D.* 1974, p. 290.

1083. Voir par exemple les recommandations du Comité international des droits de l'enfant : « *Le Comité craint que la législation et la pratique concernant l'adoption nationale en Polynésie française ne soit pas en pleine conformité avec les dispositions de la Convention* » : CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 34. (France) ; « *En 2004, le Comité s'était notamment inquiété des pratiques concernant l'adoption en Polynésie française. Celle-ci reste encore fortement marquée par la procédure du don d'enfants, par laquelle les futurs adoptants disposent d'une délégation d'autorité parentale pour une durée de deux ans avant que ne puisse être prononcé un jugement d'adoption. Un décret relatif aux pupilles de l'État et aux conseils de famille dans les territoires d'outre-mer, notamment en Polynésie française doit toutefois être élaboré à compter du second semestre 2007* ».

158. Adoption internationale. En revanche, dans le cadre de l'adoption internationale, il n'est pas rare que le pays d'origine de l'enfant n'ait pas cette exigence¹⁰⁸⁵. Le consentement des parents de l'enfant à l'adoption n'est parfois pas recueilli¹⁰⁸⁶. Et lorsqu'il l'a été, il ne l'est pas toujours dans des conditions satisfaisantes¹⁰⁸⁷. En effet, chaque État dispose d'un socle de valeurs qui lui sont propres et qui ne sont pas toujours compatibles avec celles

afin de faciliter la mise en œuvre du dispositif métropolitain d'adoption dans ces territoires » : CRC/C/FRA/4, 10 septembre 2008, § 338. (France) ; « Le Comité est préoccupé par le fait qu'en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie, l'adoption nationale des enfants de moins de 2 ans ne fasse pas l'objet d'une autorisation des autorités compétentes » : CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 63. (France) ; **voir également** à ce sujet : cour d'appel de Nîmes, 19 décembre 2006, affaire *époux R. Guendon c./ C. Guendon*, RG : 06/00888 ; M. LAMOUREUX, « Tierce-opposition contre un jugement prononçant l'adoption plénière d'un enfant polynésien », *LPA* décembre 2007, n° 243, pp. 11-21.

1084. « Mais attendu que la juridiction du second degré a constaté qu'à la date du 14 juin 1968, époque à laquelle l'enfant n'avait pas encore atteint l'âge de deux ans, celle-ci n'était plus confiée, même temporairement, au service de l'aide sociale à l'enfance ; qu'elle en a justement déduit que le consentement donné par G... à l'adoption de sa fille Z... n'était pas valable » : Cass. civ. 1re, 5 juillet 1973, affaire *époux Rochat c./ Grande*, pourvoi n° 71-13971, *bull.* 1971, I, n° 235, p. 108.

1085. Par exemple : pourcentage d'adoptions colombiennes en France d'après les statistiques du ministère des affaires étrangères : en 2009 7,98%, en 2010 10,5%, en 2011 14,33%, en 2012, 10,13%. **Situation juridique de la Colombie** : « Conformément aux dispositions du décret n°2737/89 portant Code du mineur, l'ICBF veille à ce que la procédure administrative de protection soit mise en marche selon les modalités prévues afin de définir la situation juridique des enfants susceptibles d'être adoptés en les déclarant en situation d'abandon. On donne généralement aux enfants, en fonction de leur âge, une préparation générale pour faciliter leur intégration à leur nouveau milieu familial et éviter ainsi des échecs douloureux tant pour l'enfant que pour la famille d'adoption. Avant de lancer la procédure judiciaire, la Division des adoptions de l'ICBF veille à ce que la famille adoptante présente tous les documents demandés dans les articles 105 et 106 du Code du mineur, afin de pouvoir faire les formalités auprès du juge des affaires familiales du lieu de résidence de l'enfant ou de l'organisme qui en a la charge. Après l'adoption et conformément aux dispositions de l'alinéa a) de l'article 106 du Code du mineur, l'ICBF, par l'intermédiaire de l'organisme d'adoption habilité dans chaque pays à procéder aux adoptions internationales, suit pendant quelque temps l'enfant dans sa nouvelle famille » : CRC/C/70/Add. 5, 5 janvier 2000, § 164. (Colombie) ; « Le Comité demeure préoccupé par les graves lacunes dans la législation de l'État partie relative à l'adoption et par le fait que les procédures d'adoption ne sont généralement pas respectées et feraient l'objet de décisions arbitraires. Il trouve en outre inquiétante la pratique de l'adoption informelle qui est illégale. Il est également préoccupé par l'insuffisance des moyens consacrés au suivi des cas d'adoption internationale » : CRC/C/15/Add. 137, 16 octobre 2000, § 43. (Colombie) ; « En ce qui concerne le programme d'adoption, l'ICBF est la principale autorité et l'interlocuteur officiel en matière d'adoption à l'échelle internationale. Il coordonne les procédures d'adoption nationales et internationales, accrédite les institutions internationales qui peuvent contacter la Colombie pour accélérer les procédures, autorise et supervise le fonctionnement des œuvres d'adoption et des organismes privés qui leur fournissent un appui [...] La Colombie est le quatrième pays au monde où l'adoption est le plus élevé. Les principaux pays d'origine des familles d'adoption sont les États-Unis et la France » : CRC/C/129/Add. 6, 24 août 2005, § 173 ; « Le Comité note avec préoccupation que le nombre d'adoptions internationales est élevé et que la moitié d'entre elles seulement sont gérées par l'Institut colombien de protection de la famille. Il relève avec une inquiétude toute particulière que les foyers d'adoption privés constituent une pratique accentuant le risque de faire de l'adoption une activité lucrative et contraire à l'article 21 de la Convention » : CRC/C/COL/CO/3, 8 juin 2006, § 53.

1086. Pour un exemple dans lequel ni le consentement du père, ni le consentement de la mère, ni le consentement de l'enfant n'avaient été recueillis dans le cadre d'une adoption plénière : cour d'appel de Nancy, 17 mai 2004, affaire *Lubov Toril c./ Gilbert Toril*, RG : 03/01053 ; M. GARNIER, « Recevabilité de la tierce opposition formée par l'adopté contre le jugement prononçant son adoption plénière », *JCP* 2005, n° 1, pp. 33-35 ; P. MURAT, « La tierce opposition par l'adopté », *dt. fam.* février 2005, comm. 28.

1087. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 121, p. 98.

des autres États¹⁰⁸⁸. Dans ce cas, l'enfant peut être adopté directement, sans passer par l'intermédiaire d'un organisme agréé¹⁰⁸⁹. Or, dans un monde ouvert¹⁰⁹⁰, concurrentiel¹⁰⁹¹, il est impératif d'éviter que la compétition entre les systèmes juridiques n'aboutisse à faire primer le droit du moins disant¹⁰⁹². C'est pourquoi, le Comité international des droits de l'enfant insiste régulièrement sur la nécessité, pour les pays les plus protecteurs, de veiller à ce que leurs ressortissants ne profitent pas indûment des systèmes juridiques étrangers¹⁰⁹³. Il invite ces États à signer des conventions bilatérales destinées à éviter que les pays d'origine des enfants qui n'ont pas ratifié la Convention de La Haye du 29 mai 1993¹⁰⁹⁴ ne soient tentés de remettre leurs enfants dans des conditions inacceptables¹⁰⁹⁵.

1088. L. D'AVOUT, « La parenté homosexuelle à travers l'adoption : réflexions d'actualité », *D.* 2012, p. 1973.

1089. « *Le Comité note que la majorité des adoptions internationales sont réalisées avec des pays d'origine qui n'ont pas ratifié la Convention de La Haye de 1993 et s'inquiète du pourcentage élevé d'adoptions internationales qui ne sont pas réalisées par l'intermédiaire des organismes accrédités mais par l'entremise de particuliers* » : CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 33. (France) ; « *Conformément à ses engagements internationaux, la France a prévu un encadrement strict de l'activité d'intermédiaire pour l'adoption d'enfants de moins de quinze ans. La loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines personnelles a mis fin à la possibilité pour une personne physique de servir d'intermédiaire pour l'adoption. Tout organisme souhaitant intervenir en matière d'adoption internationale doit au préalable avoir obtenu une autorisation d'exercer cette activité auprès du président du conseil générale du département dans lequel elle envisage de placer les mineurs concernés, ainsi qu'une habilitation délivrée par le ministre des Affaires étrangères et européennes après avis de l'autorité centrale pour l'adoption internationale. Ils ont pour mission d'accompagner les adoptants tout au long de la procédure d'adoption et après l'arrivée de l'enfant. A ce titre, ces organismes doivent obligatoirement former les personnes intervenant dans l'accompagnement des familles. La réforme de l'adoption internationale de 2005 a entendu renforcer encore l'encadrement des mécanismes de l'adoption internationale et des intermédiaires susceptibles d'intervenir dans les procédures en créant l'agence française de l'adoption* » : CRC/C/FRA/4, 10 septembre 2008, § 96. (France) ; « *Le Comité prend note de la réforme législative dans le domaine de l'adoption, ainsi que de la création, le 30 janvier 2009, du Comité interministériel pour l'adoption. Toutefois, il constate une nouvelle fois avec préoccupation que la majorité (les deux tiers) des adoptions internationales concernent des enfants venant de pays qui n'ont pas ratifié la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et qu'un pourcentage élevé des adoptions internationales se font à titre individuel et non par l'intermédiaire d'organismes agréés. Le Comité note également que les adoptions internationales sont facilitées par les ambassades et les consulats, y compris par des bénévoles qui travaillent avec eux, ce qui pourrait nuire au travail des organismes accrédités* » : CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 63. (France).

1090. *Affaire Negreptis-giannis c./Grèce*, 3 mai 2011, requête n° 56759/08 ; A. GOUTTENOIRE, « La Cour européenne des droits de l'Homme, le moine et l'enfant », *lexbase hebdo* 2011, n° 439 ; P. KINSCH, « La non conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RCDIP* 2011, pp. 817-823.

1091. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit*, *Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 22.

1092. A. GOUTTENOIRE, « Adopter ou être adopté n'est pas un droit fondamental... », *lexbase hebdo* 2010, n° 425.

1093. F. EUDIER, « Adoption », *Répertoire Dalloz droit civil*, 2013, n° 27.

1094. Afrique du Sud (décembre 2003) ; Allemagne (mars 2002) ; Autriche (septembre 1999) ; Biélorussie (novembre 2003) ; Belgique (septembre 2005) ; Canada (avril 1997) ; Danemark (novembre 1997) ; Espagne (novembre 1995) ; Estonie (juin 2002) ; Finlande (juillet 1997) ; France (octobre 1998) ; Géorgie (août 1999) ; Grèce (janvier 2010) ; Hongrie (août 2005) ; Inde (octobre 2003) ; Islande (mai 2000) ; Italie (mai 2000) ; Lettonie (décembre 2002) ; Lesotho (décembre 2012) ; Lituanie (août 1998) ; Luxembourg (novembre 2002) ; Moldavie (août 1998) ; Monaco (octobre 1999) ; Norvège (janvier 1998) ; Pays-Bas (octobre 1998) ; Portugal (juillet 2004) ; République Tchèque (juin 2000) ; Roumanie (mai 1995) ; Royaume-Uni (juin 2003) ; Suède (septembre 1997) ; Suisse (janvier 2003) ; Turquie (septembre 2004).

1095. Voir *infra* n° 173.

En particulier, l'article 4 de la Convention de La Haye précise que les adoptions ne peuvent avoir lieu que si l'enfant a été déclaré adoptable par son pays d'origine, si son pays d'origine a en premier lieu envisagé pour l'enfant une adoption nationale. En outre, la Convention met à la charge de l'État d'origine l'obligation de s'assurer « *que les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption ont été entourées des conseils nécessaires et dûment informées sur les conséquences de leur consentement, en particulier sur le maintien ou la rupture, en raison d'une adoption, des liens de droit entre l'enfant et sa famille d'origine* ». Dans l'hypothèse où l'enfant bénéficie de liens avérés avec sa famille d'origine, il est alors impératif que celle-ci ait donné son consentement dans les formes légales requises, et que ce consentement soit donné ou constaté par écrit.

Par ailleurs la Convention insiste sur le fait que le consentement ne doit pas être obtenu en échange d'une contrepartie. Enfin, dans le but d'éviter les conventions de femme porteuse, il est primordial que le consentement à l'adoption soit donné par la mère de l'enfant après la naissance de l'enfant. Afin de faire en sorte que ces préconisations soient respectées au mieux, le Comité international des droits de l'enfant entretient un dialogue régulier avec les États les plus exportateurs d'enfant afin d'obtenir des avancées. La Colombie est, par exemple, l'un des pays du monde qui pratique le plus l'adoption internationale. Or cette situation n'est pas toujours bien encadrée d'un point de vue juridique, et le Comité international des droits de l'enfant y a parfois constaté l'existence de trafics d'enfants¹⁰⁹⁶.

La Convention de La Haye exige aussi que chaque État contractant désigne une autorité centrale chargée, au terme de l'article 6, de vérifier que les conditions prévues par la Convention aient bien été respectées au cours de l'adoption. Toutes les autorités centrales doivent coopérer entre elles afin de garantir une meilleure protection des enfants adoptés¹⁰⁹⁷. L'article 14 oblige les personnes résidant habituellement dans un État contractant « *qui désirent adopter un enfant dont la résidence habituelle est située dans un autre État contractant [à] s'adresser à l'Autorité centrale de l'État de leur résidence habituelle* ». Par ailleurs, l'article 17 insiste sur le fait que toute décision de confier un enfant à des futurs parents adoptifs doit être prise dans l'État d'origine à condition que l'Autorité centrale ait approuvé la décision¹⁰⁹⁸.

1096. Voir *infra* n° 161.

1097. Article 8 de la Convention de La Haye : « *Les autorités centrales prennent, soit directement, soit avec le concours d'autorités publiques, toutes mesures appropriées pour prévenir les gains matériels indus à l'occasion d'une adoption et empêcher toute pratique contraire aux objectifs de la Convention* ».

1098. Article 17 de la Convention : « *Toute décision de confier un enfant à des futurs parents adoptifs ne peut*

Le juge français a donc pour rôle de s'assurer que les deux parents d'origine de l'enfant aient bien consenti à l'adoption¹⁰⁹⁹, et qu'ils l'aient fait en parfaite connaissance de cause¹¹⁰⁰. En ce sens, la Cour de cassation a donné raison à la cour d'appel qui avait refusé la retranscription d'une adoption en estimant qu' « *il ressortait de la chronologie des faits qu'un arrangement contractuel entre les époux X... et Mme Y... avait manifestement précédé la naissance de l'enfant et avait conduit au consentement à l'adoption dès le lendemain de la naissance, que le caractère précipité de la procédure et notamment du consentement donné par la mère, était incompatible avec l'exigence d'un consentement libre et éclairé, que les conséquences de tous les actes réalisés en l'espace d'une heure et demie, n'avaient pu être évaluées par la mère qui n'avait, au moment de la signature de ces actes, pas pu faire l'expérience de la séparation [...] que le consentement à l'adoption donné par Mme Y... ne revêtait pas le caractère du consentement libre et éclairé...* »¹¹⁰¹.

D'une manière générale, le juge doit vérifier que les parents aient compris le caractère irrévocable de l'adoption plénière¹¹⁰². En effet, certains pays tels qu'Haïti ne connaissent pas le mécanisme de l'adoption plénière. Dès lors, suivant les pays d'origine des enfants, toutes les précautions juridiques doivent être prises pour garantir l'authenticité et la qualité du consentement des parents¹¹⁰³. En premier lieu, le juge français doit s'assurer de la

être prise dans l'État d'origine que : a) si l'Autorité centrale s'est assurée de l'accord des futurs parents adoptifs ; b) si l'Autorité centrale de l'État d'accueil a approuvé cette décision, lorsque la loi de cet État ou l'Autorité centrale de l'État d'origine le requiert ; c) si les Autorités centrales de deux États ont accepté que la procédure en vue de l'adoption se poursuive ; d) s'il a été constaté conformément à l'article 5 que les futurs parents adoptifs sont qualifiés et aptes à adopter et que l'enfant est ou sera autorisé à entrer et à séjourner de façon permanente dans l'État d'accueil ».

Article 19 de la Convention : « *Le déplacement de l'enfant vers l'État d'accueil ne peut avoir lieu que si les conditions de l'article 17 ont été remplies. Les Autorités centrales des deux États veillent à ce que ce déplacement s'effectue en toute sécurité, dans des conditions appropriées et, si possible, en compagnie des parents adoptifs ou des futurs parents adoptifs. Si ce déplacement n'a pas lieu, les rapports visés aux articles 15 et 16 sont renvoyés aux autorités expéditrice ».*

1099. Voir par exemple : *Affaire W. c./ Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, requête n° 9749/82 ; *Affaire Söderbäck c./ Suède*, 28 octobre 1998, requête n° 113/1997/897/1109 ; *Affaire Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; *case of X. v./ Croatie*, 17 juillet 2008, application n° 11223/04 ; *Affaire Clemeno et autres c./ Italie*, 21 octobre 2008, requête n° 19537/03 ; *Affaire Todorova c./ Italie*, 13 janvier 2009, requête n° 33932/06 ; *Case of M. D. and others v./ Malta*, 17 juillet 2012, application n° 64791/10.

1100. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 129, p. 103.

1101. Cass. civ. 1re, 9 mars 2011, pourvoi n° 09-72371, inédit ; A. GOUTTENOIRE, « Recherche bébé à vendre », *lexbase hebdo* 2011, n° 434 ; J. HAUSER, « La transmissibilité de l'enfant par endossement adoptif ? », *RTD civ.* 2011, pp. 338-440 ; Cl. NEIRINCK, « L'accord passé avant la naissance entre les futurs adoptants et la mère invalide le consentement à l'adoption », *dt. fam.* mai 2011, pp. 37-38 ; Th. GARÉ, « Le jugement étranger d'adoption d'un enfant issu d'une gestation pour autrui ne peut être transcrit à l'état civil », *RJPF* 2011, n° 6, p. 30.

1102. P. MURAT, « Le consentement à l'adoption des parents biologiques : une question épineuse dans le cas de l'adoption internationale », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 26.

1103. « *Mais attendu que les actes établis par une autorité étrangère et destinés à être produits devant les*

régularité du jugement sur lequel il va fonder sa décision¹¹⁰⁴. En l'absence de cet élément formel, il peut exister un doute sur l'intégrité des documents qui lui sont soumis¹¹⁰⁵, notamment lorsqu'il ressort des pièces du dossier des informations contradictoires¹¹⁰⁶ : par exemple, la cour d'appel de Rouen a retenu l'incohérence d'un dossier d'adoption pour refuser de transformer une adoption simple en adoption plénière¹¹⁰⁷.

En second lieu, une fois la certitude de l'authenticité des documents acquise, le juge vérifie le contenu du consentement pour décider s'il doit prononcer une adoption simple ou une adoption plénière. Ainsi par exemple, la cour d'appel de Metz a demandé un certificat justifiant du décès de la mère de l'enfant, et « *un acte notarié prenant acte du consentement du père de l'enfant à l'adoption plénière de ce que le père de l'enfant est complètement informé de ce que par l'effet de l'adoption le lien de filiation biologique sera complètement rompu et qu'il se créera un lien de filiation adoptive irrévocable* »¹¹⁰⁸. Suivant cette même logique, la cour d'appel de Paris a pour sa part rejeté la demande d'adoption plénière d'un enfant haïtien en estimant qu'il ne disposait d'aucun élément de nature à confirmer le consentement de la mère de l'enfant à une adoption plénière au sens du droit français¹¹⁰⁹.

juridictions françaises doivent au préalable, selon la coutume internationale et sauf Convention internationale contraire, être légalisés pour y produire effet ; que la cour d'appel, s'agissant d'un acte public soumis à légalisation a, à bon droit, en l'absence de Convention internationale contraire, rejetée la requête en adoption plénière » : Cass. civ. 1re, 28 novembre 2012, pourvoi n° 11-28645, *bull.* 2012, I, n° 244 ; Cass. civ. 1re, 28 novembre 2012, pourvoi n° 12-30090, *bull.* 2012, I, n° 245 ; Cass. civ. 1re, 23 mai 2012, pourvoi n° 11-17716, *bull.* 2012, I, n° 114 ; F. JAULT-SESEKE, « Droit international privé février 2012-février 2013 », *D.* 2013, n° 22, pp. 1503-1514 ; E. POULIQUEN, « Des difficultés liées à l'adoption internationale », *RLDC* 2012, n° 95, pp. 45-46 ; C. BRIÈRE, « Le refus de conversion de l'adoption simple prononcé en Haïti en adoption plénière », *D.* 2012, n° 26, pp. 1723-1727 ; S. ALMA-DELETTRE, « La conversion de l'adoption simple étrangère : pas si simple ! », *dt. fam.* mars 2013, pp. 16-19.

1104. Cour d'appel de Paris, 24 février 2011, affaire *M. c./ ministère public*, RG : 10/20547.

1105. « *En l'espèce, non seulement cette légalisation n'existe pas, ôtant toute force probante à l'acte en question, mais encore ce consentement contient intrinsèquement une cause de doute. En effet, il a été recueilli dans un pays où tel effacement des mentions d'état civil n'est pas légal si bien que les parents biologiques et le notaire vivent dans un environnement judiciaire contraire à leurs écritures. La nécessité de la vérification s'impose davantage que dans un système judiciaire accoutumé à pareille notion. Par ailleurs, ce consentement contredit le précédent, du 12 avril 2009, effectué en justice et limité à l'adoption simple* » : cour d'appel de Bordeaux, 25 octobre 2011, affaire *P. et G. c./ ministère public*, RG : 11/01758.

1106. Cour d'appel de Caen, 12 janvier 2012, affaire *Béatrice J. c./ ministère public*, RG : 11/01988.

1107. « *Attendu que si la décision du tribunal civil de Port-au-Prince est signée par le juge et le greffier, il ne comporte pas de légalisation par les autorités haïtiennes habilitées, étant observé que celles-ci sont opposées à cette légalisation dès lors que les consentements à adoption plénière sont contraires à la loi haïtienne qui ne connaît que l'adoption simple ; [...] Que la formalité de légalisation des actes de l'état civil établie par une autorité étrangère et destinée à être produite en France demeure, selon la coutume internationale et sauf convention contraire obligatoire* » : cour d'appel de Rouen, 23 mai 2013, affaire *époux V. c./ ministère public*, RG : 12/00204.

1108. Cour d'appel de Metz, 19 février 2013, affaire *De L., W. c./ ministère public*, RG : 11/03977. **voir dans le même sens** : « *La République d'Haïti ne connaît qu'une seule sorte d'adoption, soit l'adoption simple. Cependant, le contenu même du consentement doit être apprécié indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'enfant à adopter, et uniquement au regard de la volonté expresse ou présumée des personnes qui y ont consenti* » : cour d'appel de Douai, 4 juillet 2013, affaire *époux D. c./ ministère public*, RG : 13/01584.

1109. « *Considérant que le 10 octobre 2008, Mme Rosalène L., mère biologique de l'enfant Layenson L., né le*

159. Refus abusif. Comme l'autorise l'article 21 de la Convention internationale des droits de l'enfant, en cas de nécessité, l'article 348-6 du Code civil dispose que : « *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* »¹¹¹⁰. De plus, l'article 350 du Code civil dispose qu'un enfant peut être déclaré abandonné par une décision de justice, lorsque ses deux parents se sont manifestement désintéressés de lui pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon¹¹¹¹. La conséquence de cette procédure est de déchoir les parents démeritant de l'exercice de l'autorité parentale¹¹¹². Au delà de la question, très délicate¹¹¹³, de la détermination des critères du désintéret¹¹¹⁴, c'est bien la place de ce dispositif, au sein de l'adoption plénière qui pose problème¹¹¹⁵.

En effet, selon le Comité international des droits de l'enfant, il devrait toujours être privilégié une solution de protection de remplacement pour l'enfant qui ne le prive pas des liens avec sa famille d'origine lorsque les parents n'ont pas consenti à l'adoption de l'enfant¹¹¹⁶. La France a d'ailleurs été montrée du doigt pour avoir envisagé de généraliser des dispositifs de cette nature¹¹¹⁷. De manière plus technique, il faudrait en conclure que le consentement à

4 novembre 2007 de père inconnu, a confié son fils à un foyer de Pétion-Ville ; que par procès verbal dressé devant le juge de paix de La Croix-des-Missions le 3 décembre 2008, elle a donné son consentement à l'adoption de l'enfant par les époux S., adoption prononcée par jugement rendu le 4 juin 2009 par le doyen du tribunal de première instance de La Croix-des-Bouquets ; considérant que cette adoption prononcée avant l'entrée en vigueur à Haïti de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993, ne relève pas du mécanisme de reconnaissance de plein droit prévu par le traité » : cour d'appel de Paris, 5 mars 2013, affaire époux S. c./ ministère public, RG : 12/12163.

1110. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 327 p. 183.

1111. « *Attendu que pour faire droit à cette requête, la cour d'appel énonce que la mère a manifesté un désintéret important depuis plusieurs années et que le père a signé, le 4 avril 1997, une lettre de consentement à l'adoption, conscient de ne pas pouvoir assumer son rôle de père ; attendu cependant, qu'une déclaration judiciaire d'abandon exige que l'enfant ait été délaissé par ses deux parents ; que les énonciations relatives au père ne suffisent pas à caractériser son désintéret manifeste, de sorte que la cour d'appel a violé le texte* » : Cass. civ. 1re, 6 mai 2003, pourvoi n° 01-10849, inédit ; J. MASSIP, « Une action en déclaration est-elle recevable lorsque les parents ont consenti à l'adoption ? », *LPA* février 2004, n° 29, pp. 12-13.

1112. L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, thèse, n° 623 p. 380.

1113. « La procédure de déclaration d'abandon qui permet de rendre l'enfant adoptable provoque très souvent un sursaut de volonté de la part des parents qui se sont désintéressés de l'enfant » : C. SIFFREIN-BLANC, « Vers un aménagement de la procédure d'abandon de l'article 350 du Code civil », *LPA*, 22 octobre 2010, n° 211, p. 8.

1114. A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, *Droit des mineurs*, n° 327, p. 184.

1115. « *Lorsque cette identité est fautive, non seulement on ne peut pas retrouver la mère, mais l'enfant, dont la filiation est ainsi établie ne peut pas être admis en qualité de pupille de l'État, ni placé en vue de son adoption passé le délai de rétractation de la mère* » : Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, *rapport d'activité 2007-2008*, Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, p. 23.

1116. CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 65. (France).

1117. « *Mme Ortiz relève que 80% des adoptions sont internationales et que, parmi celles-ci, 60% sont conclues avec des pays qui ne sont pas parties à la Convention de La Haye. Elle note avec préoccupation que, contrairement aux recommandations du Comité, nombre d'adoptions sont des adoptions directes, ce qui ne*

l'adoption de l'enfant ne dépend pas, selon le Comité international des droits de l'enfant, d'un droit qui découle de l'exercice de l'autorité parentale, finalisé par l'intérêt de l'enfant, mais constitue un droit propre des parents qu'ils peuvent exercer de manière discrétionnaire et dont ils ne peuvent être déchés¹¹¹⁸. D'ailleurs en ce sens, la Cour de cassation a déjà affirmé qu'il n'était pas possible de fonder la décision de déclaration judiciaire d'abandon sur le seul intérêt de l'enfant¹¹¹⁹. En d'autres termes, si la décision n'a pas pour finalité l'intérêt de l'enfant, c'est parce qu'elle constitue un droit discrétionnaire des parents dont ils ne peuvent être privés que si leur comportement met en danger la personne de l'enfant.

160. Droit européen des droits de l'Homme. La Cour européenne des droits de l'Homme semble partager ce point de vue. En effet, si elle admet qu'il peut exister des circonstances dans lesquelles l'enfant doit être éloigné de sa famille en dehors de toute autorisation des représentants légaux du mineur, en revanche, elle estime que le retrait

garantit pas un contrôle suffisant et, partant, le respect des droits de l'enfant. Elle souhaiterait à cet égard un complément d'information sur les nombreuses adoptions conclues avec le Viet Nam, ces dernières années, alors que les procédures ne permettaient pas de protéger suffisamment les droits de l'enfant. En outre, elle demande des précisions sur le rôle des volontaires qui, dans les ambassades de France à l'étranger, sont chargées des questions d'adoption. Il serait également utile de savoir si des études sont menées pour comprendre la forte demande en matière d'adoption et s'il est prévu de prendre des mesures pour répondre à cette demande sans recourir à l'adoption internationale mais en privilégiant l'adoption nationale » : CRC/ SR. 1402, 22 juin 2009, § 9-10. (France) ; « Mme Morano indique que le projet de réforme de l'adoption s'inscrit dans un plan global et vise notamment à offrir une meilleure visibilité sur le nombre d'agrément valables en France chaque année. Les agréments sont valables cinq ans et la réforme prévoit que les familles candidates à l'adoption devront confirmer chaque année leur volonté d'adopter, faute de quoi l'agrément deviendra caduc. En vue d'améliorer les dispositifs de l'adoption et d'organiser l'adoption internationale, le Président de la République a décidé de mettre en place un Comité interministériel pour l'adoption piloté par le Ministère de la famille. Les dispositifs de l'Agence française de l'adoption seront perfectionnés et l'Agence pourra bientôt traiter les procédures d'adoption dans les pays qui n'ont pas signé la Convention de La Haye [...] Les autorités françaises comptent par ailleurs développer les adoptions nationales, notamment en favorisant l'adoption d'enfants qui font l'objet d'un placement judiciaire (actuellement au nombre de 23 000) dont certains n'ont qu'un lien très ténu avec leur famille. Ces enfants passent en moyenne six ans de leur vie dans des familles d'accueil successives. Selon les statistiques, 42% des personnes qui sont sans domicile fixe sont passées par les services de la protection de l'enfance. Il est primordial qu'un enfant puisse bénéficier d'une structure familiale stable pour se construire. Il est prévu à ces fins de modifier l'article 350 du Code civil pour que le parquet puisse se saisir de la situation de ces enfants » : CRC/ SR. 1402, 22 juin 2009, § 44-45. (France) ; « M. Zermatten souhaite appeler l'attention de la délégation sur le fait que les enfants qui font l'objet d'un placement judiciaire, et dont l'État partie souhaite rendre l'adoption possible, ont de parents et que tout enfant doit bénéficier du droit de ne pas être séparé de ses parents et du droit d'entretenir des relations durables avec ses deux parents, même si ces relations ne sont pas extrêmement étroites » : CRC/ SR. 1402, 22 juin 2009, § 47. (France).

1118. Voir *infra* n° 278.

1119. « Mais attendu que, dès lors que le désintérêt manifeste des parents, dont la constatation est exigée par l'article 350 du Code civil n'est pas établi, l'intérêt de l'enfant ne constitue pas une condition suffisante permettant de déclarer judiciairement l'abandon ; et attendu que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt relève d'abord qu'il est établi que pendant la période d'un an ayant précédé le dépôt de la requête en déclaration d'abandon, Mme X... a, malgré des difficultés importantes, rendu visite à son fils huit fois, entre le 15 novembre 1988 et le 24 janvier 1989 ; qu'il relève ensuite qu'avant comme après ces visites, la mère a toujours pris soin de se renseigner sur l'état de l'enfant et de téléphoner à l'institution hébergeant celui-ci pour expliquer les raisons empêchant de se déplacer ; que de ces constatations et appréciations des faits, la cour d'appel a pu déduire que Mme X... avait entretenu avec son enfant les relations nécessaires au maintien de liens affectifs » : Cass. civ. 1er, 16 juillet 1992, pourvoi n° 91-12871, *bull.* 1992, I, n° 230, p. 152.

définitif de sa famille par une procédure d'adoption à laquelle les parents n'ont pas consenti, rompant de droit toute forme de lien familial, ne peut se justifier que par des circonstances très exceptionnelles¹¹²⁰. Par exemple, elle a eu l'occasion de rappeler dans l'affaire *Todorova c./ Italie* que l'existence d'une vie familiale peut être caractérisée, même en l'absence de liens *de facto*, lorsque les parents et l'enfant ont été placés en situation d'impossibilité de se rencontrer.

L'État a l'obligation positive d'adapter à la situation concrète dans laquelle se trouvent la mère et l'enfant, les mesures qu'il met en œuvre pour protéger l'enfant, Ici, la Cour relève que : « *La requérante exprimait le souhait que les enfants fussent placés provisoirement dans un centre d'accueil ou auprès d'une famille à condition qu'elle puisse les voir, et ce jusqu'au moment où elle prendrait une décision dans le délai prévu par la loi* »¹¹²¹. L'Italie est alors condamnée parce que « *dans les litiges de cette nature, aux conséquences d'une extrême importance parce qu'ils touchent au lien familial, l'État avait l'obligation positive de s'assurer que le consentement donné par la requérante à l'abandon de ses enfants avait été éclairé et entouré de garanties adéquates* »¹¹²². La réalité du consentement, et donc l'accès au tribunal au sens du droit européen des droits de l'Homme, est un élément primordial dans les décisions relatives au retrait de l'enfant à ses parents. C'est d'ailleurs ce qui avait conduit la Cour européenne des droits de l'Homme à condamner Malte en juillet 2012. La Cour avait en effet estimé que le caractère automatique de la mesure de séparation entre

1120. « *En l'espèce, il ressort du dossier que le tribunal pour enfants et les services sociaux ne mirent en place aucun programme de rapprochement entre Y et sa famille naturelle, bien que la mère n'eût jamais fait l'objet d'aucune procédure pénale. De plus, les raisons principales qui justifèrent la décision de déclarer Y adoptable furent le soutien de la première au deuxième requérant, ainsi que son incapacité de comprendre les besoins les plus profonds de Y. Or quant au premier motif, la Cour observe que lorsque le tribunal pour enfants de Milan a décidé de déclarer Y adoptable, le procès pénal à l'encontre du père était encore pendant. Ce dernier a finalement été acquitté. Quant au second motif, il ne semble pas suffisant pour justifier une rupture totale des relations mère-enfant et la déclaration d'adoptabilité de Y. La Cour souligne qu'à partir du moment de sa prise en charge, Y n'a jamais pu rencontrer aucun membre de sa famille naturelle, ni son frère, ni son père même après son acquittement en 2001. La rupture de tout lien avec sa famille naturelle a été totale et définitive. Les autorités nationales n'ont nullement essayé de prendre des mesures aptes à maintenir les relations de Y, âgée de sept ans au moment de la prise en charge, avec sa famille, sa mère et son frère notamment, ou à aider la famille naturelle à surmonter les éventuelles difficultés dans ses relations avec Y et à reconstituer la famille* » : *Affaire Clemeno et autres c./ Italie*, 21 octobre 2008, requête n° 19537/03, § 61 ; **Voir dans le même sens** : « *The foregoing reveals, in the opinion of the Court, an insufficient involvement of the applicant in the decision-making process. The decision of 2 september 2003, freeing the applicant's daughter for adoption, was crucial for the future of the applicant's relationship with her daughter. It was thus clearly a decision in which the applicant should have been closely involved if she was to be afforded the requisite consideration of her views and protection of her interests* » : *case of X. v./ Croatia*, 17 juillet 2008, application n° 11223/04, § 54.

1121. *Affaire Todorova c./ Italie*, 13 janvier 2009, requête n° 33932/06 § 73 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Janvier 2009-avril 2010 », *D.* 2010, pan. 23, pp. 1442-1449 ; F. CHÉNEDÉ, « Accouchement anonyme : condamnation de l'Italie en raison de la brièveté du délai permettant à la mère de revenir sur sa décision », *AJ fam.* février 2009, jur. p. 82.

1122. *Affaire Todorova c./ Italie*, 13 janvier 2009, requête n° 33932/06 § 82.

l'enfant et ses parents avait empêché le tribunal d'adapter sa décision à la situation concrète des requérants¹¹²³.

En pratique¹¹²⁴, il est évident que les cas sont bien plus complexes à appréhender¹¹²⁵. Cependant, à la lecture de la jurisprudence, il ne devrait jamais être possible de qualifier le refus d'abandonner l'enfant « d'abusif ». Le refus devrait plutôt être analysé comme la volonté de maintenir un lien avec l'enfant, si ténu ou imparfait soit-il. Il est regrettable que le législateur n'ait pas cherché à encourager les magistrats à privilégier, dans cette hypothèse, l'adoption simple plus en accord avec les aspirations de notre temps ; plus en rapport aussi avec l'histoire de l'enfant dont les parents ne se sont jamais résolus à l'abandonner, sans pour autant trouver le courage de l'élever¹¹²⁶. Toutefois, il n'est pas

1123. « *In the Court's view, the automatic application of the measure as well as the lack of access to a court challenge the deprivation of parental rights at a future date, fail to strike a fair balance between the interests of the children, those of the first applicant and those of society at large. It follows that the measure at issue, in so far as it was automatically applied, perpetual and not subject to any periodic revision or at least to subsequent assessments following a request in that regard, was not necessary in a democratic society for the aforesaid aim* » : case of *M. D. and others v./ Malta*, 17 juillet 2012, application n° 64791/10, § 79 ; F. EUDIER, « Déchéance automatique des droits parentaux et droits fondamentaux », *RJPF* 2012, n° 9, p. 52.

1124. Pour un exemple de décision de cour d'appel : « *Attendu pour la circonstance, ainsi que l'ont rappelé les premiers juges, qu'après que son fils Heddy a été confié en urgence aux services de l'Aide sociale à l'enfance par le procureur de la République, puis placé le 29 janvier 2008 dans une famille d'accueil par le juge des enfants, Mme N., à laquelle ce magistrat avait accordé des droits de visite sur son fils, a exercé ces droits de façon aléatoire, puis s'est manifestement désintéressée de son fils depuis le 25 juillet 2008 ; attendu que les premiers juges ont encore relevé que Mme N., malgré les multiples propositions du juge des enfants et les tentatives du service de l'Aide sociale à l'enfance pour l'aider à maintenir un lien avec son fils, s'est révélée fuyante et peu fiable dans ses propositions de trouver un logement stable et n'a effectué elle-même aucune démarche pour récupérer Heddy ; [...] attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, tout d'abord, que Mme N., en raison également de choix de vie personnels qui l'ont éloignée de son fils, a manifesté un désintérêt volontaire durable à l'égard de celui-ci, en ne cherchant pas concrètement à maintenir des liens avec lui, sans établir qu'elle n'en avait ni la possibilité ni les moyens, ensuite qu'Heddy, ainsi que chacun en convient, a trouvé au sein de sa famille d'accueil un environnement sécurisant qui le rassure et l'équilibre ; qu'étant par ailleurs observé que la déclaration judiciaire d'abandon d'un enfant n'est pas en soi, contraire à l'intérêt de celui-ci, il apparaît ainsi qu'il est de l'intérêt d'Heddy de pouvoir rester auprès de sa famille d'accueil, à laquelle il est attaché, et qui a exprimé le souhait de l'adopter* » : cour d'appel de Dijon, 13 mai 2011, affaire *Faiza N. c./ Président du conseil général de la Côte d'or*, RG : 10/02091.

1125. « *Attendu que c'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel, qui a relevé que, si Mme X... a, pendant la période de référence, été hospitalisée à plusieurs reprises, celle-ci a bénéficié de nombreux congés d'essai au cours desquels elle n'a fait aucune tentative pour établir des relations avec Gabrielle, soit par demande de visite, soit par appel téléphonique, soit par envoi de courriers ou colis et qu'il n'est pas démontré que ses troubles psychologiques l'empêchaient de chercher à établir avec sa fille des liens affectifs et aient été de nature à troubler son jugement et sa volonté dans ses décisions concernant le sort de Gabrielle, a estimé que Mme X... ne rapportait pas la preuve d'une grande détresse, décidé de déclarer abandonnée l'enfant* » : Cass. civ 1er 23 juin 2010, pourvoi n° 09-15129, *bull.* 2010, I, n° 143 ; E. POULIQUEN, « Abandon d'enfant : une appréciation souveraine des juges du fond », *RLDC* 2010, n° 74, p. 48 ; C. SIFFREIN-BLANC, « Vers un aménagement de la procédure d'abandon de l'article 350 du Code civil », *LPA* octobre 2010, n° 211, pp. 8-12 ; Th. GARÉ, « Déclaration judiciaire d'abandon : la grande détresse des parents est appréciée souverainement par les juges du fond », *RJPF* 2010, n° 12, pp. 26-27.

1126. « *A l'instar de la Commission, la Cour estime qu'en cas de conflit, au sujet des intérêts d'un mineur, entre le parent biologique et la personne investie par les autorités de la tutelle des enfants, il y a un risque que certains intérêts du mineur ne soient jamais portés à l'attention de la Cour et que le mineur soit privé d'une protection effective des droits qu'il tient de la Convention. Par conséquent, comme l'a observé la Commission, même si la mère a été privée de l'autorité parentale, d'ailleurs l'un des faits générateurs du conflit qu'elle porte*

impossible que l'adoption plénière soit assouplie, au moins par prétérition, à travers l'exercice du droit de l'enfant de connaître ses origines, et le droit de visite qu'il autorise pour la famille d'origine de l'enfant¹¹²⁷.

B – L'impossible contrôle du consentement parental à une convention de femme porteuse

161. Adoption et convention de femme porteuse. Conscients que l'adoption internationale ne satisfaisait ni les attentes du Comité international des droits de l'enfant, ni pleinement les attentes des couples adoptants, certains pays ont développé des prestations de service discutables dont il n'est jamais ouvertement question du point de vue de l'intérêt de l'enfant¹¹²⁸. Pourtant, La conformité de certains montages internationaux avec la Convention internationale des droits de l'enfant devra un jour ou l'autre être étudiée, en l'absence de définition claire du trafic international d'enfant¹¹²⁹. En effet, l'article 35 de la

devant la Cour, sa qualité de mère biologique suffit pour lui donner le pouvoir d'ester devant la Cour également au nom de ses enfants afin de protéger leurs propres intérêts » : *Affaire Scozzari et Giunta c./ Italie*, 13 juillet 2000, requêtes n° 39221/98 et n° 41963/98, § 138 ; J.P. MARGUÉNAUD, « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ.* 2001, pp. 439-453.

1127. Voir par exemple : *case of Aune v./ Norway*, 28 octobre 2010, application n° 52502/07. Voir aussi : *case of Schneider v./ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07.

1128. « *L'absence d'enregistrement des naissances en temps voulu pouvant avoir des conséquences négatives sur la pleine jouissance par l'enfant des libertés et droits fondamentaux, le Comité est préoccupé, eu égard à l'article 7 de la Convention, par le fait que de très nombreuses naissances ne sont pas enregistrées [...] eu égard aux articles 21 et 25 de la Convention, le Comité est préoccupé par l'absence de législation uniforme sur l'adoption en Inde et de mesures effectives pour assurer le suivi du placement sur le territoire de l'État partie et à l'étranger* » : CRC/C/15/Add. 115, 23 février 2000, § 36. (Inde) ; « *La Cour suprême de l'Inde, tout en reconnaissant que l'adoption internationale est parfois nécessaire pour les enfants qui, faute de cela, languiraient dans des établissements, a, dans l'arrêt historique qu'elle a rendu dans l'affaire Laxmikant Pandey c./ Union indienne, prescrit que, pour chaque orphelin, il faut de préférence trouver un foyer sur le territoire de l'Inde. Un enfant ne peut donner la pleine mesure de ses capacités que si une famille s'occupe de lui et, dans toute la mesure possible, cette famille doit résider dans le pays de naissance de l'enfant. A cette fin, des organismes bénévoles de coordination ont été mis sur pied pour promouvoir l'adoption nationale. Ils tiennent une liste des parents indiens éventuels et rapprochent ces parents et les enfants disponibles dans différentes agences de l'adoption. Les agences de l'adoption et les organismes de bénévoles de coordination répondent à toute demande de renseignements concernant les modalités de l'adoption* » : CRC/C/93/Add. 5, 16 juillet 2003, § 392. (Inde) ; « *Le Comité se félicite de la ratification récente de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et de l'accent mis sur l'adoption nationale, mais réitère sa préoccupation quant à l'absence de législation et de procédures uniformes en matière d'adoption dans l'État partie et de mesures effectives pour assurer le respect des droits des enfants concernés et le suivi des adoptions sur le territoire de l'État partie comme à l'étranger. Le Comité s'inquiète en outre de l'absence d'enregistrement et de suivi des adoptions réalisées par des organismes non accrédités* » CRC/C/15/Add. 228, 26 février 2004, § 48. (Inde).

1129. « *En Inde, une immense clinique est en train de sortir de terre à Anand, dans la province du Gurajat, sous l'impulsion de Nayna Patel, une femme médecin, spécialiste de la fécondation *in vitro*, formée à Singapour, en Angleterre et en Corée du Sud. L'établissement abritera des centaines de mères porteuses qui aideront des couples occidentaux infertiles à concevoir un enfant* » : <http://www.sudouest.fr/2013/10/05/une-usine-a-bebes-va-voir-le-jour-en-inde-1190389-4803.php>, consulté en octobre 2013.

Convention internationale des droits de l'enfant stipule que : « *Les États parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit* ». Pour sa part, l'article 36 vient préciser que « *Les États parties protègent l'enfant contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être* »¹¹³⁰.

Bien qu'il soit difficile de trouver une qualification pénale satisfaisante pour sanctionner certains agissements manifestement contraire à la dignité humaine¹¹³¹, il est

1130. « *M. Kotrane dit que, même si le rapport de l'État partie fait état de ses résultats dans la lutte contre différentes formes de traite, il est essentiel que la Colombie érige en infraction spécifique la vente d'enfants. De même, les informations fournies au sujet de l'adoption sont intéressantes, mais M. Kotrane demande si, conformément au Protocole facultatif, un intermédiaire qui a arrangé une adoption est passible de poursuites dans la mesure où un tel acte est constitutif du délit de vente d'enfants. [...] Mme Ortiz demande si le public sait dans quelles circonstances il y a vente d'enfant, comment gérer la menace de telles pratiques et ce qu'il peut faire quand il a connaissance d'un cas d'adoption, d'un cas de vente d'organes ou d'autres formes d'exploitation [...] Il est préoccupant que seule la moitié des adoptions internationales réalisées en Colombie passe par l'autorité centrale du pays quand on sait qu'il existe des centres d'adoption. Il y a certainement un risque qu'une influence indue soit exercée sur les femmes concernées pour qu'elles abandonnent leur enfant. Mme Ortiz demande s'il y a des allégations selon lesquelles des enfants seraient vendus dans de telles conditions. Elle souhaite savoir comment le gouvernement, compte tenu de la prolifération d'institutions, parvient à vérifier si les procédures sont correctement visées [...] (Pour la Colombie Mme Forero répond) La vente d'enfants n'a pas été criminalisée, mais elle est très rarement pratiquée. L'adoption illicite est un crime. Pour prévenir les adoptions nationales et internationales illicites ainsi que la vente d'enfants, le gouvernement a pris des mesures pour faciliter la procédure d'adoption et veiller à ce qu'elle se déroule dans la transparence. En Colombie, l'adoption est gratuite et le gouvernement a proposé que tous les acteurs du système d'adoption national publient les coûts afférents sur leur sites Web, de sorte que les familles puissent disposer de toutes les informations nécessaires. Environ 75% des adoptions sont traitées par l'Institut colombien de protection de la famille et ne passent pas par des casas de adopcion. Cependant, dans les cas faisant intervenir des casas de adopcion un spécialiste de la protection de la famille appartenant à l'Institut est toujours présent au comité des adoptions. La nouvelle sous-direction nationale pour les adoptions contrôle la procédure d'adoption en participant à l'activité de certains comités des adoptions, en s'invitant inopinément dans d'autres débats et en effectuant des visites-surprises dans les casas de adopcion. Tous les organismes traitant de l'adoption internationale doivent être agréés et enregistrés au Ministère de la justice et à l'Institut. 58% des adoptions sont réalisées sur le territoire colombien. Les 42% restants sont des adoptions internationales. Les autorités nationales participent actuellement à une équipe internationale chargée de rédiger des directives sur les meilleures pratiques en matière d'adoption internationale pour accompagner la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale » : CRC/C/SR. 1530, 27 octobre 2010, § 30 et suiv. (Colombie).*

1131. Article 225-4-1 du Code pénal : « *La traite des êtres humains est le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit. La traite des êtres humains est punie de sept ans de prison et de 150 000 euro d'amende* ». (porté à 10 ans de prison et 1 500 000 euro d'amende si l'infraction est commise sur un mineur).

Article 227-12 du Code pénal : « *Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euro d'amende. Le fait dans un but lucratif de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euro d'amende. Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter une elle cet enfant en vue de le remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double* ».

Article 227-13 du Code pénal : « *La substitution volontaire ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état*

surprenant que le ministère public, qui s'oppose régulièrement à la retranscription de certaines filiations douteuses en droit français, ne se fonde jamais sur ces articles, pour engager des poursuites, spécialement lorsqu'il y a lieu de soupçonner un vice de consentement des parents d'origine de l'enfant¹¹³².

162. Contenu de la notion de « trafic d'enfant ». Le Comité international des droits de l'enfant a fait évoluer sa vision des articles 34, 35 et 36 de la Convention. Dans un premier temps, il était évident qu'il voyait uniquement dans la prohibition de la traite des enfants¹¹³³, le prolongement de l'article 34 destiné à protéger les enfants contre l'exploitation sexuelle et les violences à caractère sexuel¹¹³⁴. Cependant, une prise de conscience concrète se traduit en 2000 par des remarques précises sur les « *vente, traite et enlèvement d'enfants* »¹¹³⁵.

civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euro d'amende ».

Article 227-29 du Code pénal : « *L es personnes physiques coupes des infractions prévues au présent chapitre encourent également les peines complémentaires suivantes : 1° L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités définies à l'article 131-26 ; 4° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, de quitter le territoire de la République ; 5° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ; 6° L'interdiction, soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact avec des mineurs ».*

1132. CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 63. (France) ; CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 47. (Biélorussie) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 48. (Ukraine) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 41. (Italie).

1133. « *Le Comité s'alarme de la forte proportion d'enfants et notamment de nouveau-nés abandonnés et de l'absence d'une stratégie globale pour aider les familles vulnérables. Cette situation peut donner lieu à des adoptions internationales illégales ou à d'autres formes de traite et de vente d'enfants. Dans ce contexte, le Comité s'inquiète aussi de l'absence de toute loi interdisant la vente et la traite des enfants et du fait que le droit de l'enfant à la préservation de son identité n'est pas garanti par la loi* » : CRC/C/15/Add. 42, 27 novembre 1995, § 11. (Ukraine).

1134. « *Le Comité est préoccupé par l'insuffisance des mesures prises, notamment au plan juridique, pour s'attaquer au problème de la maltraitance des enfants, et en particulier des sévices sexuels au sein de la famille, de la vente et du trafic d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants. Le Comité s'inquiète également du fait que, comme le laisse entendre le rapport du Rapporteur spécial chargé d'étudier la question de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants, l'État partie pourrait bien être un pays de transit pour le trafic d'enfants* » : CRC/C/15/Add. 81, 21 octobre 1997, § 22. (République Tchèque).

1135. « *Compte tenu de l'article 35 et d'autres dispositions pertinentes de la Convention, le Comité recommande à l'État partie de prendre des mesures efficaces pour renforcer l'application des lois et d'intensifier les efforts pour sensibiliser davantage les communautés au problème de la vente, du trafic et de l'enlèvement d'enfants. Le Comité recommande en outre à l'État partie de s'efforcer de conclure des accords bilatéraux avec les États voisins pour prévenir la vente, la traite et l'enlèvement d'enfants et faciliter la protection des enfants concernés et leur permettre de retourner sains et saufs dans leur famille* » : CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 40. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 66. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 201, 18 mars 2003, § 61. (République Tchèque) ; CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 64. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 54. (France) ; CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 52. (Autriche) ; CRC/C/15/Add. 263, 21 septembre 2005, § 47. (Norvège) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 79. (Algérie) ; CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 73. (Royaume-Uni) ; CRC/C/MDA/CO/3, 20 février 2009, § 69. (Moldavie) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 92. (France) ; CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 66. (Suède) ; CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 62. (Tunisie) ; CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 80. (Belgique) ; CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 60. (Danemark) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 78. (Ukraine) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 58. (Finlande) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 73. (Italie) ; CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, § 702. (Turquie) ; CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 60. (Autriche) ; CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 49. (Canada).

Toutefois la question de la vente et de la traite d'enfant demeure rarement évoquée, ou de façon secondaire, au titre de la ratification des protocoles facultatifs¹¹³⁶. C'est en 2003 pour la première fois, à notre connaissance, qu'est évoquée, au titre des « *Protection de remplacement et adoption* », la question de la vente et du trafic d'enfant¹¹³⁷. A partir de la fin de l'année 2005, en utilisant des termes plus généraux, le Comité semble faire émerger de manière parallèle, une seconde lecture, plus large, de la traite et du trafic d'enfant. Ils ne seraient plus lié exclusivement à la question de leur exploitation sexuelle¹¹³⁸. Dès lors, il est possible de se demander s'il ne faut pas y voir la possibilité d'étendre cette qualification aux hypothèses de convention de femme porteuse et d'adoption internationale suspectes, ce qui donnerait une

1136. CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 55. (Géorgie); CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 63. (Lesotho); CRC/C/15/Add. 142, 21 février 2001, § 53. (Lettonie); CRC/C/15/Add. 146, 21 février 2001, § 58. (Lituanie); CRC/C/15/Add. 158, 9 juillet 2001, § 54. (Monaco); CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 58. (Turquie); CRC/C/15/Add. 151, 10 juillet 2001, § 46. (Danemark); CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 56. (Portugal); CRC/C/15/Add. 170, 2 avril 2002, § 82. (Grèce); CRC/C/15/Add. 178, 13 juin 2002, § 33. (Belgique); CRC/C/15/Add. 180, 13 juin 2002, § 8. (Biélorussie); CRC/C/15/Add. 182, 13 juin 2002, § 61. (Suisse); CRC/C/15/Add. 188, 9 octobre 2002, § 63. (Royaume-Uni); CRC/C/15/add. 191, 9 octobre 2002, § 76. (Ukraine); CRC/C/15/Add. 192, 31 octobre 2002, § 53. (Moldavie); CRC/C/15/Add. 203, 31 janvier 2003, § 3. (Islande); CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 54. (Estonie); CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 3. (Italie); CRC/C/15/Add. 199, 18 mars 2003, § 3. (Roumanie); CRC/C/15/Add. 206, 2 juillet 2003, § 76. (Zambie); CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003, § 3. (Maroc); CRC/C/15/Add. 215, 27 octobre 2003, § 60. (Canada); CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 72. (Géorgie); CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 62. (Allemagne); CRC/C/15/Add. 228, 26 février 2004, § 82. (Inde); CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 3. (France); CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 4. (Croatie); CRC/C/15/Add. 248, § 47. (Suède); CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 3. (Autriche); CRC/C/15/Add. 250, 31 mars 2005, § 52. (Luxembourg); CRC/C/15/Add. 263, 21 septembre 2005, § 3. (Norvège); CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 85. (Algérie); CRC/C/15/Add. 272, 20 octobre 2005, § 58. (Finlande); CRC/C/DNK/CO/3, 23 novembre 2005, § 5. (Danemark); CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 87. (Fédération de Russie); CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 64. (Hongrie); CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 5. (Lituanie); CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 3. (Lettonie); CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 4. (Géorgie); CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 5. (Royaume-Uni); CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 6. (Suède); CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 5. (Belgique); CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010, § 4. (Espagne); CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 69. (Danemark); CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 5. (Biélorussie); CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 6. (Ukraine); CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 65. (Finlande); CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 71. (République Tchèque); CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 6. (Italie); CRC/C/GRC/CO/2-3, 13 août 2012, § 3. (Grèce).

1137. « *Le Comité est préoccupé par le fait qu'il n'existe pas de système efficace pour la sélection des familles d'accueil et des parents adoptifs, notamment des normes nationales et des dispositifs rigoureux qui viseraient à empêcher la vente et le trafic d'enfants, à examiner, surveiller et suivre le placement d'enfants et à recueillir des statistiques sur la protection de remplacement et l'adoption, y compris l'adoption internationale* » : CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 36. (Estonie); CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 66. (Lituanie); CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 46. (Tunisie); CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010, § 45. (Espagne).

1138. « *Tout en se félicitant de la récente introduction dans le Code pénal de dispositions interdisant la traite des êtres humains, le Comité s'inquiète de l'insuffisance des mesures prises pour appliquer effectivement ces dispositions. Il se dit également préoccupé par le fait que les mesures de protection concernant les victimes de la traite des êtres humains ne sont pas pleinement mises en place et que les actes signalés de complicité entre des trafiquants et des agents publics ne font pas l'objet d'enquêtes approfondies et de sanctions [...]* Le Comité note que l'État partie a signé le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, mais qu'il ne l'a pas encore ratifié » : CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 80. (Fédération de Russie); CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 69. (Géorgie); CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 75. (Royaume-Uni); CRC/C/NOR/CO/4, 3 mars 2010, § 53. (Norvège); CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 63. (Tunisie); CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 80. (Ukraine); CRC/C/ISL/CO/3-4, 23 janvier 2012, § 54. (Islande); CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 81. (Canada).

sanction plus concrète aux grands principes juridiques invoqués par la Cour de cassation pour refuser la retranscription des actes de naissance des enfants obtenus de cette manière¹¹³⁹.

163. Droit français. L'adoption a été à de nombreuses reprises utilisée pour établir la filiation, maternelle le plus souvent, à l'issue d'une convention de femme porteuse¹¹⁴⁰. Il est difficile d'estimer en France le nombre de ces conventions à la fois, du fait de leur clandestinité nécessaire et surtout de l'impossibilité d'en donner une définition satisfaisante¹¹⁴¹. Cependant, le contentieux qui a alimenté régulièrement la jurisprudence depuis quelques années peut laisser penser qu'il s'agit d'une pratique courante. Or, lorsque la Cour de cassation identifiait l'existence d'une telle convention, elle refusait de prononcer l'adoption, en faisant valoir qu'elle constituait la phase ultime d'un processus global, contraire à l'ordre public¹¹⁴². La question se pose alors : comment identifier ce processus¹¹⁴³? Avec la nouvelle loi relative à l'adoption de l'enfant par les couples de même sexe, comment, à l'avenir, pourra-t-on objectivement faire la différence entre une adoption « normale » par le

1139. « *Le Comité s'inquiète de la pratique de l'adoption internationale directe et de l'augmentation inquiétante du nombre des adoptions de nouveau-nés par des ressortissants étrangers. Enfin, il se déclare préoccupé par la complexité de la législation sur l'adoption* » : CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 38. (Géorgie) ; **voir aussi** : « *Le Comité recommande à l'État partie d'envisager de réexaminer sa législation et sa pratique en ce qui concerne la possibilité de faire adopter un enfant avant sa naissance* » : CRC/C/15/Add. 87, 24 juin 1998, § 33. (Hongrie) ; « *Dans l'adoption plénière, il n'existe aucun contact personnel entre le parent et l'adoptant. Le parent n'est pas informé de l'adoption et ne peut contester la décision auprès d'aucune instance administrative ou judiciaire. Un enfant peut faire l'objet d'une adoption plénière si le parent naturel a consenti à l'adoption de l'enfant par une personne inconnue de lui, si le tribunal le déchoit de ses droits parentaux ou si l'organe de tutelle décide irrévocablement qu'un enfant élevé en institution ou par une famille nourricière peut être adopté. La déclaration de consentement à faire adopter un enfant (qui peut avoir lieu avant la naissance de l'enfant) peut être révoquée jusqu'à ce que l'enfant ait deux mois. Les citoyens étrangers n'ont droit qu'à l'adoption plénière [...] L'objet de l'adoption est de garantir non pas exclusivement l'éducation et la protection requises de l'enfant, mais que l'adoptant, du fait des relations nouées entre parents et enfants, reçoive aide et soins pendant sa vieillesse* » : CRC/C/70/Add. 25, 4 mai 2005, § 294. (Hongrie) ; « *Le Comité recommande à l'État partie de doter l'autorité centrale de réglementation de ressources financières et humaines suffisantes pour lui permettre de s'acquitter de son mandat. Il demande qu'une attention particulière soit accordée au droit de tous les enfants de connaître leurs origines. Il demande instamment à l'État partie de recenser les enfants susceptibles de bénéficier d'une adoption et de mettre en route la procédure d'adoption, en tenant compte de l'origine culturelle de ces enfants, conformément à l'article 20 de la Convention* » : CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 35. (Hongrie).

1140. F. EUDIER, « Adoption », *Répertoire Dalloz*, 2013, n° 240.

1141. Pour un exemple dans lequel il est difficile de donner une définition : Cass. civ. 1re, 9 mars 2011, pourvoi n° 09-72371, inédit ; A. GOUTTENOIRE, « Recherche bébé à vendre », *lexbase hebdo* 2011, n° 434 ; J. HAUSER, « La transmissibilité de l'enfant par endossement adoptif ? », *RTD civ.* 2011, pp. 338-440 ; Cl. NEIRINCK, « L'accord passé avant la naissance entre les futurs adoptants et la mère invalide le consentement à l'adoption », *dt. fam.* mai 2011, pp. 37-38 ; Th. GARÉ, « Le jugement étranger d'adoption d'un enfant issu d'une gestation pour autrui ne peut être transcrit à l'état civil », *RJPF* 2011, n° 6, p. 30.

1142. « *Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption* » : Cass. plen. 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20105, *bull.* 1991, A.P., n° 4, p. 5.

1143. J.-J. LEMOULAND, P. MURAT, « Les détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille. Aspects de droit civil extrapatrimonial », *RJPF* 2011.

conjoint et une adoption « détournée » par une convention de femme porteuse¹¹⁴⁴? Faut-il s'intéresser aux causes de la procréation¹¹⁴⁵?

164. Identifier une convention de femme porteuse. L'interrogation n'est pas anodine. En effet, il n'existe aucune définition légale de l'adoption¹¹⁴⁶. Comment dans ce cas la Cour de cassation peut-elle parvenir à la conclusion qu'il y a détournement d'institution¹¹⁴⁷? Comment peut-elle déterminer si une femme a accouché de manière anonyme et secrète parce qu'elle n'assumait pas sa relation avec un homme, ou parce qu'elle avait été payée pour le faire? Peut-on se fonder sur l'orientation sexuelle affichée de l'adoptant sans risquer d'entrer dans des considérations douteuses¹¹⁴⁸? Cela reviendrait à priver la loi de mai 2013 de son effectivité, puisqu'elle a été pensée pour produire ces effets. Faudrait-il alors établir une distinction fondée sur le sexe de l'adoptant et privilégier les couples de femmes qui seraient présumés de bonne foi, parce que les femmes sont toujours abandonnées par l'homme, lorsque l'homme qui aurait été abandonné avec son enfant ne pourrait pas le faire adopter par son conjoint¹¹⁴⁹?

165. Position de la Cour de cassation. Au terme de l'article 353 du Code civil, « *L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant* ». Il faudrait déjà se demander si « les conditions de la loi » doivent être entendues de manière restrictives : à savoir, les conditions de l'adoption proprement dite, ou si il faut également ajouter l'ordre public en général. La Cour de cassation a fait son choix¹¹⁵⁰. Elle englobe l'ordre public parmi les conditions de l'adoption, et notamment l'article 16-7 du Code civil¹¹⁵¹. N'est-ce pas une

1144. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 347, p. 165.

1145. « La finalité procréative du mariage doit être repensée à une époque où les époux estiment que la survenance de l'enfant est une simple faculté laissée à leur libre vouloir. La contraception, qui permet l'accomplissement de l'acte conjugal en supprimant la faculté générative de l'acte de façon délibérée, est présentée comme une libération des couples et surtout de la femme. Elle pourrait être en réalité un manquement à l'amour conjugal, de même que l'avortement, outre le fait qu'il est à titre principal une atteinte à la vie de l'enfant conçu » : M. DOUCHY-OUUDOT, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 85.

1146. E. DE MONREDON, « L'adoption aujourd'hui », *JCP* 1992, I, 3607.

1147. N. CORDIER-DUMONNET, *Le détournement d'institution*, thèse, n° 55, p. 61.

1148. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Où l'homosexualité de l'épouse et l'impuissance du mari ne sont pas exclusives d'une intention matrimoniale », *dt. fam.* mai 2007, comm. 101.

1149. Sur ce cliché social, voir par exemple : M. PLARD, *Paternités imposées, un sujet tabou*, LLL, Mayenne, 2013.

1150. A. GOUTTENOIRE, « Convention des gestation pour autrui à l'étranger : l'intérêt de l'enfant sacrifié sur l'autel de l'ordre public », *lexbase hebdo* 2011, n° 436.

1151. Article 16-7 du Code civil : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le

166. Convention de La Haye. Étudiée en matière internationale, toute la difficulté de la retranscription de ces adoptions en droit français relève de l'interprétation que l'on fait des dispositions de la Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption internationale. L'article 4 précise que le consentement à l'adoption doit être donné après la naissance et ne doit pas être conditionné à l'obtention d'une contrepartie. Mais d'un autre côté, l'article 24 de la même Convention stipule que « *La reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un État contractant que si l'adoption est manifestement contraire à l'ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant* ». L'ordre public doit être apprécié à la lumière de l'intérêt de l'enfant.

La tâche n'est pas évidente, puisque si l'on s'en tient à la lecture des observations finales du Comité international des droits de l'enfant, toute forme de trafic d'enfant est contraire à son intérêt, son abandon avant sa naissance moyennant une contrepartie est aussi contraire à son intérêt, et il est contraire à son intérêt d'être élevé en dehors de son cercle ethnique d'origine. A l'inverse, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, spécifiquement en matière de droit au respect de la vie familiale, l'écoulement du temps peut avoir des conséquences irréversibles, qui l'amènent à privilégier le maintien en l'état de situations de fait accompli lorsqu'il n'est pas possible de trouver de compromis acceptable¹¹⁵³. Ces deux visions sont donc incompatibles et obligent les juges à faire un choix.

167. Perception de la convention de femme porteuse par le droit

compte d'autrui est nulle ».

1152. « Il n'est pas exclu, que la Cour européenne puisse se prononcer également sur cette question, puisqu'elle a désormais intégré la notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans son raisonnement fondé sur l'article 8 de la Convention européenne. Il est même fortement probable qu'elle conjugue cette notion avec le droit au respect de la vie familiale pour imposer la reconnaissance dans son pays de résidence de la filiation de l'enfant légalement établie à l'étranger. Il faut donc espérer que les arrêts du 6 avril ne constituent pas le dernier acte de ce qui, au regard de l'intérêt de l'enfant, constitue sans nul doute une tragédie... » : A. GOUTTENOIRE, « Convention des gestation pour autrui à l'étranger : l'intérêt de l'enfant sacrifié sur l'autel de l'ordre public », *lexbase hebdo* 2011, n° 436.

1153. Voir par exemple : Affaire *W. c./ Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, requête n° 9749/82 ; Affaire *Keegan c./ Irlande*, 26 mai 1994, requête n° 16969/90 ; Affaire *Söderbäck c./ Suède*, 28 octobre 1998, requête n° 113/1997/897/1109 ; Affaire *Lebbink c./ Pays-Bas*, 1er juin 2004, requête n° 45582/99 ; Affaire *Wagner et J. M. W. L. c./ Luxembourg*, 28 juin 2007, requête n° 76240/01 ; Affaire *Moretti et Benedetti c./ Italie*, 27 avril 2010, requête n° 16318/07 ; Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07 ; Case of *Schneider v./ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07 ; Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09 ; Case of *Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; Affaire *X et autres c./ Autriche*, 19 février 2013, requête n° 19010/07.

français. De deux choses l'une. Soit l'acte de naissance est muet, soit il fait directement référence à l'existence d'une convention de femme porteuse, parce que l'enfant a été conçu à l'étranger.

Dans le premier cas, il revient, en principe, au ministère public de démontrer l'existence d'une convention de femme porteuse. Or seule la définition de l'article 16-7 du Code civil fait référence à la convention par laquelle une femme accepte d'assumer la grossesse de l'enfant dont la filiation sera établie à l'égard d'une autre personne¹¹⁵⁴. Il n'existe par exemple aucun texte destiné à établir des présomptions qui seraient destinées à inverser la charge de la preuve. Dès lors, comment prouver l'existence de cette convention occulte en l'absence de preuve directe ?

D'ailleurs, la loi de mai 2013 ouvrant l'adoption aux couples de personnes de même sexe a fait tomber cet obstacle puisque l'esprit de la loi n'est pas de considérer comme suspectes les adoptions de l'enfant du conjoint¹¹⁵⁵. La loi nouvelle a été pensée pour permettre aux familles constituées *de facto* de pouvoir se marier et faire adopter par leur conjoint l'enfant qui partage leur vie¹¹⁵⁶. Il n'y a donc plus de raison de suspecter l'existence une convention de femme porteuse lorsqu'un enfant est abandonné à la naissance par sa mère, au profit de son seul père génétique, de même qu'il n'y a pas non plus de raison de penser qu'il y a eu usage indu de la procréation médicalement assistée lorsque l'enfant n'a pas de filiation paternelle. Comment le ministère public pourrait-il démontrer l'existence d'une telle convention contraire à l'ordre public ?

Dans le second cas en revanche, l'interprétation par les juges de l'ordre public à la lumière de l'intérêt de l'enfant est décisive. Sans doute en prévision du changement de la législation relative à l'adoption, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence sur les

1154. J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, p. 446.

1155. « Ce qui conduit les juges, dans de telles circonstances, à refuser l'adoption, c'est l'idée que se trouvent consacrés des abus, des détournements de l'institution de l'adoption. De telles adoptions sont contraires au but poursuivi par le législateur, qui est de donner une famille à un enfant qui n'en a pas. Or on admettra, de ce point de vue, que l'adoption d'un enfant issu d'une convention de mère porteuse consacre un détournement de l'institution de l'adoption au moins égal aux précédents (le but n'étant plus de donner une famille à un enfant qui n'en a pas, mais avant tout de donner un enfant à des parents qui n'en ont pas) » : V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La nullité d'une convention de mère porteuse n'interdit pas de prononcer l'adoption plénière de l'enfant », *D.* 1991, p. 380.

1156. A. GOUTTENOIRE, « La loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : enfin ! », *lexbase hebdo* 2013, n° 528.

conventions de femme porteuse conclues à l'étranger. Rappelons que de jurisprudence constante, la Cour de cassation affirmait pour refuser la retranscription des conventions de femmes porteuses valablement conclues à l'étranger, qu'« *en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil ; que ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français* »¹¹⁵⁷.

Toutefois, en 2012 elle décide désormais : « *Qu'en statuant ainsi alors que,*

1157. Cass. civ. 1re, 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-03927, *bull.* 2003, I, n° 252, p. 201 ; J. HAUSER, « Détournement d'adoption? (suite) » *RTD civ.* 2001, p. 347 ; F. GRANET, « Convention de mère porteuse et filiation », *D.* 2002, jur., p. 2902 ; P. MURAT, « Mère porteuse : la Cour de cassation de nouveau appelée à se prononcer », *dt. fam.* février 2004, com. 17, p. 21 ; E. POISSON-DROCOURT, « Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption », *D.* 2004, jur., p. 1998.

Cass. civ. 1re, 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20468, *bull.* 2008, I, n° 289 ; M. BRANDAC, G. DELAISI DE PARSEVAL, V. DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui », *D.* 2008, chr., p. 434 ; H. GAUMONT-PRAT, « La révision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation : la maternité pour autrui », *RLDC* 2008 ; G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, note sous arrêt, *gaz. pal.* 29 janvier 2008, p. 20 ; L. BRUNET, « Un arrêt en trompe l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », *D.* 2009, p. 340 ; J. HAUSER, « Maternité pour autrui et état civil : la réponse attendra », *RTD civ.* 2009, p. 106 ; D. SARCELET, « La gestation pour autrui à nouveau devant la Cour de cassation », *D.* 2009, p. 332 ; F. CHÉNEDÉ, « Recevabilité de l'action du ministère public en nullité de la transcription des actes d'état civil », *AJ fam* 2009, p. 89 ; A. SÉRIAUX, « Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », *D.* 2009, p. 1665 ; V. AVENA-ROBARDET, « Pas de régularisation pour le recours aux mères porteuses ! », *AJ fam.* 2009, p. 3.

Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17130. ; Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66486 ; Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19053 ; A. MIRKOVIC, « Gestatrice indienne : transcription sur les registres d'état civil », *D.* 2012, n° 14, p. 878-878 ; E. POULIQUEN, « Gestation pour autrui : une cour d'appel sème le trouble », *RLDC* 2012, n° 92, pp.38-39 ; A. MARAIS, « Validation de la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une mère porteuse », *JCP* 2012, n° 13, pp. 593-593 ; A. GOUTTENOIRE, « Mère porteuse : la tolérance à l'égard des pères célibataires », *lexbase hebdo* mars 2012, n° 477 ; D. BERTHIAU, L. BRUNET, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.* 2011, n° 22, pp. 1522-1529 ; A. MIRKOVIC, « La filiation d'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger ne peut être reconnue en droit français » *RLDC* 2011, n° 83, pp. 39-44 ; J. GALLOIS, « Non transcription de l'état civil d'enfants nés d'une convention de mère porteuse : des conséquences atténuées par le Conseil d'État », *RLDC* 2011, n° 83, pp. 46-47 ; B. WEISS-GOUT, « Trois décisions, une même déception », *gaz. pal.* 2011, n° 145-146, pp. 7-10 ; M. DOMINGO, « Filiation par mère porteuse : entre l'ordre public international et le droit à une vie de famille », *gaz. pal.* 2011, n° 131-132, pp. 13-22 ; J. GALLOIS, « État civil d'enfants nés d'une convention de mère porteuse : la Cour de cassation n'a pas su faire preuve d'audace », *RLDC* 2011, n° 82, pp. 45-46 ; A. MIRKOVIC, « Le désir d'enfant contrarié par la stérilité féminine : la procréation pour autrui en question », *RLDC* 2010, n° 76, pp. 72-75 ; D. MENNESSON, « Retour d'expérience du père d'un enfant né d'une convention de mère porteuse », *RLDC* 2010, n° 76, pp. 85-88 ; A. GOUTTENOIRE, « Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *LPA* octobre 2010, n° 200, pp. 24-27 ; M. FARGE, « Les jumelles Mennesson issues d'une gestation pour autrui : quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une situation boiteuse inadmissible », *dt. fam.* 2010, n° 9, pp. 23-28 ; G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « Gestation pour autrui à l'étranger : annulation de la transcription des actes de naissance constatant une filiation cependant reconnue », *D.* 2010, n° 26, pp. 1683-1687 ; A. MIRKOVIC, « Mère porteuse : maternité indéterminée », *dt.fam.* 2009, n° 6, pp. 12-14 ; P. MURAT, « Gestation pour autrui : les palinodies de la cour d'appel de Paris », *dt.fam.* 2009, n° 6, pp. 27-29 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Qui est la mère ? », *dt. fam.* 2008, n° 9, pp. 1-2.

selon ses propres constatations, cette adoption avait pour effet de rompre les liens de filiation antérieure de l'enfant de sorte que la transcription de la décision étrangère sur les registres de l'état civil français emporterait inscription de l'enfant comme étant né de deux parents de même sexe, la cour d'appel a violé les textes »¹¹⁵⁸. Certes, il ne s'agit pas d'un revirement de jurisprudence, visant par exemple à écarter l'ordre public au profit d'une prise en compte concrète de l'intérêt de l'enfant. Cependant, les motifs ont changé. Il ne s'agit plus de se référer à un processus contraire à l'ordre public, mais à un obstacle technique : il est impossible de faire figurer un double lien de filiation maternel dans l'acte de naissance de l'enfant. Or la loi nouvelle a créé une filiation adoptive asexuée qui lève cet obstacle. Il est dès lors probable qu'à l'avenir, la Cour de cassation admette de retranscrire ce type d'acte de naissance.

168. Obligation de cohérence. Comment dans ce cas distinguer la situation des couples homosexuels et des couples hétérosexuels¹¹⁵⁹, alors que l'article 6-1 du Code civil dispose que tous les couples sont égaux quelle que soit leur orientation sexuelle¹¹⁶⁰? Bien qu'il soit difficile de prévoir les effets de la nouvelle loi, il est toutefois possible d'avancer que l'obligation de cohérence imposée par la Cour européenne des droits de l'Homme aura nécessairement des répercussions sur sa mise en œuvre¹¹⁶¹. Ainsi, dans l'affaire *Gas et dubois c./ France*, la juridiction strasbourgeoise avait, à titre subsidiaire, admis que l'ordre public français, qui encadrait l'adoption simple dans cette hypothèse, répondait à une logique globale qu'il ne lui appartenait pas de discuter¹¹⁶². Elle avait alors estimé qu'il n'était pas de son ressort

1158. Cass. civ. 1re, 7 juin 2012, pourvoi n° 11-30261, *bull.* 2012, I, n° 125 ; « *Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher, ainsi qu'il lui incombait, si la transcription du jugement sur les registres de l'état civil français n'aurait pas pour effet d'inscrire cet enfant comme étant né de deux parents du même sexe, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » : Cass. civ. 1re, 7 juin 2012, pourvoi n° 11-30262, *bull.* 2012, I, n° 126 ; A. DEVERS, « Contrariété à l'ordre public de la décision étrangère d'adoption par un couple de personnes de même sexe », *JCP* 2012, n° 25, p. 1204 ; I. GALLMEISTER, « Adoption par un couple homosexuel : refus d'exequatur », *D.* 2012, n° 24, p. 1546 ; J. HAUSER, « L'exequatur des décisions d'adoption prononcées à l'étranger dans le cadre d'un couple homosexuel (suite) », *RTD civ.* 2012, pp. 522-523 ; J.-D. AZINCOURT, « Quel état civil en France pour l'enfant adopté à l'étranger par un couple homosexuel ? », *JCP N.* 2012, n° 35, pp. 49-51 ; E. POULIQUEN, « Pas d'exequatur pour des décisions prononçant l'adoption d'un enfant par un couple de même sexe », *RLDC* 2012, n° 96, p. 43 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « L'adoption, le mariage et l'altérité sexuelle : du droit international privé au droit interne (à propos des arrêts de la Cour de cassation du 7 juin 2012) », *D.* 2012, n° 30, pp. 1992-1996.

1159. C. PÉRÈS, « L'article 6-1 du Code civil : heurts et malheurs du titre préliminaire », *D.* 2013, n° 20, pp. 1370-1373.

1160. Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), *BOMJ* 31 mai 2013, n° 2013-05, p. 10.

1161. En particulier, il conviendra de suivre les développements de l'affaire *Mennesson et autres c./ France*, introduite 6 octobre 2011 devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Requête n° 65192/11.

1162. « *Enfin, à titre subsidiaire, la Cour relève qu'elle a déjà reconnu que la logique de la conception de l'adoption litigieuse, qui entraîne la rupture du lien de filiation antérieur entre la personne adoptée et son parent naturel est valable pour les personnes mineures. Elle estime que, compte tenu du fondement et de l'objet de l'article 365 du Code civil, qui régit la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale dans l'adoption simple, l'on ne saurait, en se fondant sur la remise en cause de l'application de cette seule disposition, légitimer la mise*

de se substituer au législateur français, pour accorder un droit qui ne faisait pas l'objet d'un large consensus au sein des États partie à la convention¹¹⁶³.

A l'inverse, dans une décision récente, elle a au contraire condamné l'Autriche pour les incohérences de son système juridique de l'adoption simple qui était autorisée pour les couples hétérosexuels et non pas pour les couples homosexuels¹¹⁶⁴. Elle avait aussi développé un raisonnement similaire dans l'affaire *E. B. c./ France*, puisqu'elle avait notamment relevé l'incohérence de la législation française qui ouvrait l'adoption aux personnes célibataires, et dans le même temps reprochait à ces personnes l'absence de référent de l'autre sexe¹¹⁶⁵. Il a été jugé dans le même sens, à l'occasion de l'affaire *Emonet et autres c./ Suisse*, la Cour après avoir rappelé que « là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille »¹¹⁶⁶, a

en place d'un double lien de filiation : Affaire *Gas et Dubois c./ France*, requête n° 25951/07, 15 mars 2012, § 72 ; A. GOUTTENOIRE, « Adoption de l'enfant de la concubine homosexuelle : la déception strasbourgeoise », *lexbase hebdo* 2012, n° 479 ; M.-Ch. MEYZEAUD-GARAUD, « Refus de l'adoption simple de l'enfant par la partenaire de même sexe : la CEDH ne condamne pas la France », *RJPF* 2012, n° 4, pp. 19-20 ; J.-P. MARGUÉNAUD, P. REMY-CORLAY, « Le refoulement de l'adoption de l'enfant du partenaire d'un couple homosexuel », *RTD civ.* 2012, pp. 275-279 ; J. HAUSER, « La guerre des super-juges n'aura pas lieu : adoption, autorité parentale conjointe et couple homosexuel », *RTD civ.* 2012, pp. 306-307 ; A. GOUTTENOIRE, F. SUDRE, « La conventionnalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », *JCP* 2012, n° 19, pp. 961-964 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Interdiction des discriminations », *AJDA* 2012, n° 31, pp. 1729-1733 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Homoparentalité : la décision appartient plus que jamais au législateur français », *RLDC* 2012, n° 97, pp. 39-42 ; Cl. NEIRINCK, « Le refus de l'adoption simple au sein d'un couple de partenaires de même sexe ne contrevient pas à la Convention européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* mai 2012, n° 5, pp. 27-29 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « La CEDH face au refus de l'adoption simple de l'enfant du concubin homosexuel et au tourisme procréatif », *D.* 2012, n° 19, pp. 1241-1245.

1163. I. BERRO-LEFÈVRE, « Adoption et filiation. Droit à l'enfant, droits de l'enfant ? », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, p. 28.

1164. affaire *X et autres c./ Autriche*, 19 février 2013, requête n° 19010/07, § 145 ; Ch. BYK, « Discrimination et adoption « coparentale » par des personnes de même sexe », *JCP* 2013, p. 427 ; I. GALLMEISTER, « Adoption par les couples homosexuels (Autriche) : exclusion discriminatoire », *D.* 2013, p. 502 ; H. SURREL, « Exclusion des couples homosexuels de l'adoption coparentale : un arrêt peu convaincant », *JCP* 2013, p. 552 ; J. HAUSER, « L'accès à l'adoption et la définition du couple : condition et cohérence », *RTD civ.* 2013, p. 363.

1165. Affaire *E. B. c./ France*, 22 janvier 2008, requête n° 43546/02, § 87 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Adoption par une homosexuelle : le refus de l'agrément fondé sur l'orientation sexuelle jugé discriminatoire », *RLDC* 2008, n° 46, pp. 42-43 ; S. VALORY, « Adoption : l'homosexualité du requérant ne peut fonder le refus de délivrer l'agrément », *RJPF* 2008, n° 2, pp. 22-23 ; A. GOUTTENOIRE, « Adoption par une personne célibataire homosexuelle : la sévérité de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'égard de la France », *lexbase hebdo* 2008, n° 291 ; Cl. NEIRINCK, « Refus d'agréer un homosexuel aux fins d'adoption », *RDSS* 2008, n° 2, pp. 380-384 ; J.-P. MARGUÉNAUD, P. REMY-CORLAY « Volte-face européenne sur le droit du célibataire homosexuel de pouvoir adopter », *RTD civ.* 2008, pp. 249-252 ; J. HAUSER, « L'adoption et les couples homosexuels : revirement et confirmation », *RTD civ.* 2008, pp. 287-289 ; A. GOUTTENOIRE, F. SUDRE, « La France est condamnée pour discrimination fondée sur l'homosexualité de la requérante », *JCP* 2008, jur. II, 10071 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « L'homosexualité d'un candidat à l'adoption n'est pas un motif légitime de refus de l'agrément », *RLDC* 2008, n° 49, pp. 41-46 ; P. HENNION-JACQUET, « Homosexualité et agrément à l'adoption », *D.* 2008, n° 29, pp. 2038-2042.

1166. Affaire *Emonet et autres c./ Suisse*, 13 décembre 2007, requête n° 39051/03, § 64 ; J.-P. MARGUÉNAUD, P. REMY-CORLAY « L'adoption de l'enfant de la concubine », *RTD civ.* 2008, pp. 255-257 ; J. HAUSER, « Le droit à l'enfant, un droit de la personnalité ? », *RTD civ.* 2008, pp. 272-273.

condamné l'État au motif que « *Le respect de la vie familiale des requérants aurait exigé la prise en compte des réalités, tant biologiques que sociales, pour éviter une application mécanique et aveugle des dispositions de la loi à cette situation très particulière, pour laquelle elles n'étaient manifestement pas prévues. L'absence de cette prise en compte a heurté de front les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne* »¹¹⁶⁷.

Pour autant, comme l'a indiqué dans un arrêt récent la Cour de cassation, l'interprétation de l'intérêt de l'enfant n'est ni évidente, ni prévisible¹¹⁶⁸. De ce fait, la jurisprudence à venir de la Cour européenne des droits de l'Homme conserve tout son suspens, puisqu'il ne faut pas oublier qu'à l'inverse, l'arrêt *Harroudj c./ France* dans une situation tout à fait comparable à l'affaire *Mennesson*, a salué le fonctionnement du système français, qui ménageait un juste équilibre entre la nécessité de protéger l'ordre public, et l'intérêt concret de l'enfant, qui peut être adopté au bout de quelques années par le biais de l'adoption simple¹¹⁶⁹.

169. Conclusion de la section. L'adoption constitue un droit pour l'enfant privé de famille en ce sens que la société ne peut pas admettre qu'un enfant, privé de la protection de « ses » parents, ne puisse pas obtenir une protection de remplacement. En revanche, au titre de la marge d'appréciation des États en la matière, il revient à chaque autorité, sur son territoire, de déterminer quelle est la forme de protection de remplacement la plus adaptée à la situation concrète de l'enfant. A l'heure actuelle, bien qu'en la matière la prise en compte de l'intérêt de l'enfant soit un principe matriciel, le droit français ne tient pas vraiment compte des circonstances qui ont conduit l'enfant à se trouver en situation d'être

1167. Affaire *Emonet et autres c./ Suisse*, 13 décembre 2007, requête n° 39051/03, § 86.

1168. « *La quatrième question qui concerne la compatibilité de la règle de l'article 370-3 du Code civil avec l'article 3-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis* » : Cass. avis, 17 décembre 2012, pourvoi n° 12-00013, bull. 2012, avis de la Cour de cassation, n° 10.

1169. « *La Cour rappelle aussi que la Convention et ses protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui. Cela n'exclut toutefois pas que les États parties à la Convention puissent néanmoins se trouver, dans certaines circonstances, dans l'obligation positive de permettre la formation et le développement de liens familiaux [...] L'État défendeur appliquant les conventions internationales régissant la matière, a institué une articulation flexible entre le droit de l'État d'origine de l'enfant et le droit national. La Cour relève à ce titre que le statut prohibitif de l'adoption résulte de la règle de conflit de lois de l'article 370-3 du Code civil mais que le droit français ouvre des voies d'assouplissement de cette interdiction à la mesure des signes objectifs d'intégration de l'enfant dans la société française [...] La Cour estime qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'État défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante* » : Affaire *Harroudj c./ France*, 4 octobre 2012, requête n° 43631/09 ; G. GONZALEZ, « Éloge de la kafala au nom du pluralisme culturel », *JCP* 2012, n° 43, p. 1945 ; Th. GARÉ, « Refus d'adoption plénière d'une enfant recueillie en kafala et droit au respect de la vie familiale », *RJPF* 2012, n° 11, pp. 34-35 ; P. HAMMJE, « L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux », *D.* 202, n° 43, pp. 2947-2951 ; J. HAUSER, « Adoption, kafala et sort des enfants », *RTD civ.* 2013, pp. 105-106.

adopté. En particulier, lorsque l'enfant bénéficie d'un lien de filiation, et donc que ses parents consentent à son adoption, il n'existe aucun texte destiné à orienter le choix des magistrats de manière préférentielle vers l'adoption simple. De plus, la nécessité avec laquelle, au nom de l'intérêt de l'enfant, le droit semble évoluer vers une acceptation hypocrite des conventions de femme porteuse faites à l'étranger, remet plus que jamais en question les principes de la Convention internationale des droits de l'enfant et de la Convention de La Haye relatifs à l'intégrité du consentement parental à l'adoption et ses motivations¹¹⁷⁰. Pourquoi dans ce cas ne pas autoriser une bonne foi pour toutes ces conventions sur le territoire français, et faire cesser cette hypocrisie qui aboutit à un néocolonialisme de déni ? Pourquoi ne pas donner aux enfants, aux femmes porteuses et aux parents un cadre légal conforme au droit civil, pénal, fiscal, sanitaire et social français ?

1170. N. HAOULIA, « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *LPA* octobre 2013, n° 204, p. 7-14.

Section 2 – Les droits de l'enfant dans l'adoption

170. L'enfant coupé de ses racines. S'il fallait résumer l'ensemble des droits de l'enfant qui s'expriment dans le cadre de l'adoption, il faudrait sans doute les réunir tous sous le droit de l'enfant de connaître ses origines. En effet, l'adoption, conséquence de la liberté parentale négative de devenir parent, consiste à remettre en cause le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux. C'est pourquoi, lorsque cette liberté est exercée, le Comité international des droits de l'enfant insiste sur l'importance de faire en sorte qu'il existe, le plus souvent possible une continuité dans la vie de l'enfant avec ses racines traditionnelles, culturelles, linguistiques et sociales.

La difficulté devient pratiquement insurmontable lorsqu'il s'agit d'envisager l'adoption internationale, puisque par hypothèse, il s'agit de retirer un enfant de son milieu d'origine, souvent modeste, pour l'introduire dans une famille occidentale dont la vie est la plupart du temps très différente. Afin de répondre le mieux possible aux attentes que l'enfant pourrait exprimer à l'égard de la communauté internationale qui admet ce type d'adoption, l'article 30 de la Convention de La Haye prévoit que : « *Les autorités compétentes d'un État contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille. Elles assurent l'accès de l'enfant ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés dans la mesure permise par la loi de leur État* ».

171. Comité international des droits de l'enfant. D'une manière générale, il demande aux États que l'adoption soit réglementée¹¹⁷¹. Les adoptions internationales doivent faire l'objet d'un suivi très attentif afin d'éviter toutes les formes d'irrégularités¹¹⁷², et

1171. CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 26. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003, § 38. (Maroc) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 43. (Fédération de Russie) ; CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 23. (Géorgie) ; CRC/C/MDA/CO3, 20 février 2009, § 46. (Moldavie) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 65. (France) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 47. (République Tchèque) ; CRC/C/GRC/2-3, 13 août 2012, § 45. (Grèce) ; CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 57. (Canada).

1172. Par exemple : « *Lorsqu'une adoption a été organisée par des moyens inadmissibles, la pratique suivie jusqu'à présent une fois que l'enfant a été placé sous la garde des futurs parents adoptifs a consisté à accepter officiellement l'adoption sans tenir compte des circonstances qui l'ont entourée. Les futurs parents adoptifs qui ont eu recours à des moyens inadmissibles pour adopter un enfant pouvaient ainsi réaliser leur but, et même obtenir une sanction légale par le biais de l'acceptation officielle de l'adoption. Pour rendre l'adoption plus*

notamment la vente et la traite des enfants¹¹⁷³. Dès lors, il est impératif que les enfants soient parfaitement enregistrés à leur naissance¹¹⁷⁴. L'adoption internationale doit faire l'objet d'une décision juridictionnelle systématique dont l'un des objectifs est de s'assurer de la réalité du consentement parental, et qu'ils aient bien compris que par exemple leur enfant pourra être adopté par un couple homosexuel et qu'ils perdront toute forme de lien juridique avec lui¹¹⁷⁵. Le Comité se dit particulièrement inquiet de la multiplication des intermédiaires privés et non accrédités qui mettent en relation les parents abandonnant et adoptant dans des conditions douteuses¹¹⁷⁶.

D'autre part, il est impératif que le mécanisme de l'adoption respecte le droit de l'enfant de connaître ses origines¹¹⁷⁷. Les familles d'accueil doivent être sélectionnées en fonction de critères rigoureux¹¹⁷⁸. Pour autant, cette réglementation ne doit pas être trop restrictive afin que les enfants ne soient pas placés en priorité en institution¹¹⁷⁹. Paradoxalement, il souligne qu'il n'est pas normal que certains mineurs, à l'intérieur d'États fortement importateurs d'enfants, mettent longtemps à être adoptés à cause de leur handicap, de la taille de leur fratrie, ou de leur origine ethnique¹¹⁸⁰. De plus, il considère que l'adoption

difficile en pareilles situations, la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 1741 du Code civil fédéral dispose désormais ce qui suit : « Quiconque participe à des arrangements illégaux ou contraires à l'éthique, ou transfère un enfant à des fins d'adoption ou emploie et rémunère un tiers à cette fin ne peut adopter l'enfant que lorsque cela est indispensable eu égard aux intérêts supérieurs de celui-ci ». Le législateur allemand s'est efforcé de rédiger une disposition soigneusement équilibrée de nature à jouer un rôle général de prévention pour combattre les pratiques inadmissibles tout en tenant dûment compte du bien-être de l'enfant intéressé, lequel peut déjà avoir noué des relations d'enfant-parents avec ses futurs parents adoptifs » : CRC/C/83/Add. 7, 24 juillet 2003, § 476. (Allemagne).

1173. CRC/C/15/Add. 42, 27 novembre 1995, § 11. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999, § 39. (Fédération de Russie) ; CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 38. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 36. (Estonie) ; CRC/C/15/Add. 206, 2 juillet 2003, § 42. (Zambie) ; CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003, § 38. (Maroc) ; CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 38. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 36. (Allemagne) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 43. (Fédération de Russie) ; CRC/C/MDA/CO3, 20 février 2009, § 46. (Moldavie) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 41. (Italie) ; CRC/C/GRC/2-3, 13 août 2012, § 45. (Grèce).

1174. Voir *supra* n° 24.

1175. CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 63. (France) ; CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 47. (Biélorussie) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 48. (Ukraine) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 41. (Italie).

1176. CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 33. (France) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 45. (Algérie) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 63. (France) ; CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010, § 44. (Espagne) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 48. (Ukraine) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 41. (Italie) ; CRC/C/GRC/2-3, 13 août 2012, § 45. (Grèce).

1177. CRC/C/15/Add. 20, 25 avril 1994, § 14. (France) ; CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 38. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 182, 13 juin 2002, § 36. (Suisse) ; CRC/C/15/Add. 188, 9 octobre 2002, § 31. (Royaume-Uni) ; CRC/C/15/Add. 191, 9 octobre 2002, § 49. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 215, 27 octobre 2003, § 30. (Canada) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 43. (Fédération de Russie) ; CRC/C/BEL/CO3-4, 18 juin 2010, § 52. (Belgique) ; CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 57. (Canada).

1178. CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 36. (Estonie) ; CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 38. (Géorgie).

1179. CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 43. (Turquie).

1180. CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 46. (Royaume-Uni).

internationale d'un enfant avant sa naissance ou d'un nouveau né est inquiétante¹¹⁸¹.

Il invite par ailleurs les États dont les standards juridiques sont relativement protecteurs des enfants à signer des conventions bilatérales destinées à éviter que les pays d'origine des enfants qui n'ont pas ratifié la Convention de La Haye du 29 mai 1993 ne soient tentés de remettre leurs enfants dans des conditions inacceptables¹¹⁸².

La question de la prise en compte des droits de l'enfant au moment de son adoption est donc complexe et invite à envisager d'abord *La détermination de l'intérêt de l'enfant (Paragraphe I)*, ensuite *Le droit de l'enfant de connaître ses origines (Paragraphe II)* et enfin *Le droit de participer à la procédure d'adoption (Paragraphe III)*.

1181. CRC/C/15/Add. 87, 24 juin 1998, § 33. (Hongrie) ; CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 38. (Géorgie).

1182. Afrique du Sud (décembre 2003) ; Allemagne (mars 2002) ; Autriche (septembre 1999) ; Biélorussie (novembre 2003) ; Belgique (septembre 2005) ; Canada (avril 1997) ; Danemark (novembre 1997) ; Espagne (novembre 1995) ; Estonie (juin 2002) ; Finlande (juillet 1997) ; France (octobre 1998) ; Géorgie (août 1999) ; Grèce (janvier 2010) ; Hongrie (août 2005) ; Inde (octobre 2003) ; Islande (mai 2000) ; Italie (mai 2000) ; Lettonie (décembre 2002) ; Lesotho (décembre 2012) ; Lituanie (août 1998) ; Luxembourg (novembre 2002) ; Moldavie (août 1998) ; Monaco (octobre 1999) ; Norvège (janvier 1998) ; Pays-Bas (octobre 1998) ; Portugal (juillet 2004) ; République Tchèque (juin 2000) ; Roumanie (mai 1995) ; Royaume-Uni (juin 2003) ; Suède (septembre 1997) ; Suisse (janvier 2003) ; Turquie (septembre 2004).

Paragraphe I – La détermination de l'intérêt de l'enfant

172. Justification de l'adoption. L'article 21 de la Convention internationale des droits de l'enfant prévoit que l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale en matière d'adoption d'enfant. Plus spécifiquement, la Convention de La Haye du 29 mai 1993 relative à la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, stipule dans son article premier que : « *La présente Convention a pour objet d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international* ». Or, il est particulièrement difficile de déterminer l'intérêt d'un enfant, spécialement en matière d'adoption internationale¹¹⁸³. En effet, il s'agit alors de porter un jugement de valeur sur la vie d'un enfant, pour en conclure que sa vie sera meilleure dans un autre endroit ; qui peut dire s'il est préférable d'être enfant berger dans les montagnes de l'Atlas ou enfant roi dans une famille recomposée dans la banlieue d'une métropole occidentale ?

Ce sont plusieurs visions de l'intérêt de l'enfant qui s'affrontent et peut être faudrait-il privilégier des solutions à l'issue non définitive, destinées à faciliter le retour de l'enfant s'il le souhaite, dans son pays d'origine. De ce point de vue, l'adoption simple apparaît dans bien des cas comme une piste peut être trop peu explorée par le législateur ***Les formes préférables de l'adoption (A)***. Dans le même ordre d'idée, la question du recueil légal d'un enfant étranger n'est pas sans poser quelques difficultés dans la mesure où souvent le dispositif est pensé à partir d'un système juridique aux valeurs traditionnelles incompatibles avec les valeurs véhiculées par la Convention internationale des droits de l'enfant. Sur quel intérêt de l'enfant faut-il se fonder pour la retranscrire en droit français ? ***Le recueil légal d'un enfant étranger (B)***.

¹¹⁸³. Y. LEGUY, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, thèse, p. 30.

A – Les formes préférables de l'adoption

173. Priorité nationale. Après avoir constaté l'augmentation jusque dans les années 2000 de l'adoption internationale¹¹⁸⁴, le Comité international des droits de l'enfant déplore désormais que ces adoptions constituent la majorité des solutions de protection de remplacement proposées aux enfants dans certains pays du monde¹¹⁸⁵. Le Comité est réticent aux adoptions internationales, parce qu'il estime qu'il est contraire à l'intérêt de l'enfant d'être élevé en dehors de son pays d'origine¹¹⁸⁶. En ce sens, il rappelle régulièrement que l'article 20 de la Convention internationale des droits de l'enfant, impose aux États, pour déterminer l'intérêt de l'enfant de tenir dûment compte de la continuité nécessaire de l'éducation de l'enfant, de son origine ethnique, religieuse, culturelle ou linguistique. C'est pourquoi il est recommandé de privilégier, le plus souvent possible, des mécanismes alternatifs à l'adoption, par exemple en « parrainant » des enfants sur leur territoire national par l'intermédiaire d'associations spécialisées¹¹⁸⁷.

En effet, bien souvent, l'enfant privé de ses parents génétiques n'est pas pour autant livré à lui-même parce qu'il est recueilli par des membres plus ou moins éloignés de sa famille d'origine. Il est donc juridiquement adoptable, sans pour autant être socialement et affectivement abandonné. C'est pourquoi, lorsqu'il est adopté et amené en occident, il est parfois traumatisé. Il a perdu définitivement tous ces liens avec sa famille et sa culture d'origine ce qui n'est pas souhaitable pour lui¹¹⁸⁸. De plus, le Comité international des droits de l'enfant rappelle régulièrement que l'adoption internationale est contraire à l'intérêt de l'enfant parce qu'elle est fondée sur l'injustice d'une différence de fortune entre les parents adoptifs issus de pays développés et les enfants issus de familles très pauvres, dans des pays en

1184. CRC/C/15/Add. 7, 7 février 1994, § 8. (Biélorussie).

1185. CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 39. (Lésotho) ; CRC/C/15/Add. 146, 21 février 2001, § 33. (Lituanie) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 33. (France) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 43. (Fédération de Russie) ; CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 34. (Lettonie) ; CRC/C/BEL/CO3-4, 18 juin 2010, § 50. (Belgique) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 63. (France).

1186. CRC/C/15/Add. 7, 7 février 1994, § 8 ; (Biélorussie).CRC/C/15/Add. 16, 7 février 1994, § 18. (Roumanie) ; CRC/C/15/Add. 28, 24 octobre 1994, § 20. (Espagne) ; CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 39. (Lésotho) ; CRC/C/15/Add. 199, 18 mars 2003, § 41. (Roumanie) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 48. (Ukraine).

1187. Par exemple, l'association TARAMANA met en relation les enfants défavorisés du bidon-ville de Boeng Salang, avec des français qui souhaitent, moyennant quelques euro par mois, soutenir leur éducation et leur insertion professionnelle. Parrains et filleuls sont invités à se rencontrer sur place régulièrement et entretiennent chaque mois des contacts réguliers. www.taramana.org.

1188. CRC/C/VAT/2, 22 octobre 2012, § 71. (Vatican).

développement¹¹⁸⁹. Ces disparités matérielles conduisent parfois à des transactions financières douteuses et inacceptables, destinées à motiver l'abandon de l'enfant¹¹⁹⁰. Le Comité international des droits de l'enfant incite les États parties à être particulièrement vigilants en ce qui concerne les trafics et la vente d'enfants¹¹⁹¹.

Dans un premier temps, après sa création, le Comité international des droits de l'enfant a surtout insisté sur la nécessité pour tous les États de ratifier la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière internationale¹¹⁹². Mais à partir des années 2000, le Comité a incité les États importateurs d'enfants à ne privilégier que les adoptions en provenance de pays ayant ratifié cette convention et, à défaut, il les a incités à convenir de conventions bilatérales reprenant les principaux éléments de la Convention de La Haye de 1993¹¹⁹³. Le Comité s'est également attaché à exiger que tous les États, qu'ils soient importateurs ou exportateurs d'enfants, mettent en place un suivi effectif des adoptions internationales afin d'être certain que les enfants adoptés ne soient pas maltraités¹¹⁹⁴. Depuis les années 2000, le Comité international des droits de l'enfant insiste plus particulièrement sur l'importance d'encadrer et de surveiller les

1189. CRC/C/15/Add. 42, 27 novembre 1995, § 11. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 142, 21 février 2001, § 33. (Lettonie) ; CRC/C/15/Add. 206, 2 juillet 2003, § 42. (Zambie).

1190. CRC/C/15/Add. 92, 24 juin 1998, § 15. (Luxembourg).

1191. CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 81. (Canada) ; CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 80. (Autriche) ; CRC/C/ISL/CO/3-4, 23 janvier 2012, § 54. (Islande) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 80. (Ukraine) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 92. (France) ; CRC/C/BEL/CO3-4, 18 juin 2010, § 80. (Belgique) ; CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 63. (Tunisie) ; CRC/C/NOR/CO/4, 3 mars 2010, § 54. (Norvège) ; CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 75. (Royaume-Uni) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 66. (Lituanie) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 80. (Fédération de Russie).

1192. CRC/C/15/Add. 16, 7 février 1994, § 18. (Roumanie) ; CRC/C/15/Add. 28, 24 octobre 1994, § 20. (Espagne) ; CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 5. (Royaume-Uni) ; CRC/C/15/Add. 33, 15 février 1995, § 27. (Danemark) ; CRC/C/15/Add. 43, 27 novembre 1995, § 8. (Allemagne) ; CRC/C/15/Add. 41, 27 novembre 1995, § 3. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 45, 27 novembre 1995, § 7. (Portugal) ; CRC/C/15/Add. 53, 13 février 1996, § 6. (Finlande) ; CRC/C/15/Add. 81, 21 octobre 1997, § 36. (République Tchèque) ; CRC/C/15/Add. 87, 24 juin 1998, § 33. (Hongrie) ; CRC/C/15/Add. 114, 26 octobre 1999, § 15. (Pays-Bas) ; CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 26. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 39. (Lésotho) ; CRC/C/15/Add. 182, 13 juin 2002, § 36. (Suisse) ; CRC/C/15/Add. 191, 9 octobre 2002, § 49. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 36. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 38. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 36. (Allemagne) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 47. (Croatie) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 43. (Fédération de Russie) ; CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 34. (Hongrie) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 48. (Ukraine).

1193. CRC/C/15/Add. 114, 26 octobre 1999, § 15. (Pays-Bas) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 36. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003, § 38. (Maroc) ; CRC/C/15/Add. 215, 27 octobre 2003, § 30. (Canada) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 33. (France) ; CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010, § 44. (Espagne) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 63. (France) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 41. (Italie) ; CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 42. (Autriche).

1194. CRC/C/15/Add. 33, 15 février 1995, § 27. (Danemark) ; CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999, § 39. (Fédération de Russie) ; CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 26. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 39. (Lésotho) ; CRC/C/15/Add. 182, 13 juin 2002, § 36. (Suisse) ; CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 36. (Estonie) ; CRC/C/15/Add. 199, 18 mars 2003, § 41. (Roumanie) ; CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003, § 38. (Maroc) ; CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 38. (Géorgie) ; CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010, § 44. (Espagne).

adoptions internationales qui sont l'objet de dérives anarchiques¹¹⁹⁵. Il n'est pas rare que les procédures soient complexes et entretiennent de ce fait des espaces juridiques de non-droit pour les enfants¹¹⁹⁶. Il demande à tous les États de veiller particulièrement à ce que les enfants déplacés vers l'occident aient fait l'objet d'une déclaration d'adoptabilité conforme à la Convention internationale des droits de l'enfant et à la Convention de La Haye de 1993.

174. Adoptabilité en France. La caractéristique principale de l'adoption est en principe de ne pouvoir être prononcée que si elle est dans l'intérêt de l'enfant¹¹⁹⁷. L'enfant n'est donc adoptable que s'il en va de son intérêt. Cependant, les dérives de l'adoption internationale dénoncées par le Comité internationale des droits de l'enfant¹¹⁹⁸, ou bien encore certaines dispositions légales, telles que par exemple l'article L. 2141-10 du Code de la santé publique qui présente l'adoption comme une alternative à l'échec de la procréation médicalement assistée¹¹⁹⁹, peuvent parfois laisser penser le contraire¹²⁰⁰. Sans tomber dans des généralisations simplistes, il est toujours possible de regretter qu'il n'existe pas d'article de portée générale, en exergue des dispositions relatives à l'adoption, destiné à faire de l'intérêt de l'enfant le principe directeur de cette institution¹²⁰¹. Même la très puissante autorité parentale qui est réputée « appartenir » aux père et mère de l'enfant a depuis longtemps

1195. CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 38. (Géorgie) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 48. (Ukraine) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 41. (Italie) ; CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 42. (Autriche).

1196. CRC/C/15/Add. 142, 21 février 2001, § 33. (Lettonie).

1197. Article 353 du Code civil : « *L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant* ».

1198. F.-R. ZACOT, « Quelle place pour l'enfant ? Les leçons de l'affaire de l'Arche de Zoé », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 43.

1199. Article L. 2141-10 du Code de la santé publique : « *La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du Code de la famille et de l'aide sociale. Ils doivent notamment, vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption* ».

1200. « Ce lien de plus en plus courant entre l'adoption et la procréation médicalement assistée a pour conséquence, d'une part, la recherche par les candidats d'un enfant jeune et sans filiation, à même de devenir leur enfant, et d'autre part, de faire porter leur choix pour la forme plénière de l'adoption. Un grand nombre de couple adoptants sortent d'un parcours de procréations assistées. Il existe également des couples qui entament les deux procédures à la fois. L'adoption devient ainsi une réponse à l'impossible procréation. Elle apparaît sinon comme la suite logique, du moins comme l'ultime réponse à la stérilité après l'échec d'une solution purement médicale. La technique juridique, après les techniques scientifiques, serait mise au seul service du désir d'enfant » : C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 15, p. 20.

1201. Ainsi par exemple, ne faut-il pas regretter que l'innovant article 6-1 du Code civil ait oublié l'enfant dans sa rédaction ? : « *Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe* ».

concéder officiellement qu'elle trouvait sa finalité dans l'intérêt de l'enfant¹²⁰².

Les conditions d'adoptabilité sont les mêmes qu'il s'agisse de l'adoption plénière ou de l'adoption simple. La seule différence réside dans le fait que l'adoption plénière est réservée aux mineurs de quinze ans¹²⁰³. L'article 347 du Code civil dispose que : « *Peuvent être adoptés : 1° Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ; 2° Les pupilles de l'État ; 3° Les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues par l'article 350* »¹²⁰⁴. Pour sa part, l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles donne une liste des enfants qui peuvent être admis comme pupille de l'État¹²⁰⁵. Il faut compter parmi eux notamment les enfants dont la filiation est inconnue ou qui n'ont pas de filiation¹²⁰⁶.

175. Forme de l'adoption. Ces dispositions ne contiennent aucune indication donnée par le législateur, indiquant la forme « préférable » d'adoption en fonction des circonstances qui ont conduit à déclarer son adoptabilité¹²⁰⁷. Ainsi par exemple, lorsqu'au terme de l'article 351 du Code civil, les parents demandent la restitution de l'enfant, mais qu'ils ne l'obtiennent pas, le Code civil ne prévoit pas qu'il soit dans l'intérêt de l'enfant d'envisager en premier lieu une adoption simple. Or, il ne serait peut être pas incohérent de préférer systématiquement l'adoption simple lorsque la famille d'origine de l'enfant se

1202. Article 371-1 du Code civil : « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant...* ».

1203. Article 345-1 du Code civil : « *L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise : 1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ; 1° bis lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ; 2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ; 3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant* ».

1204. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, introduction*, n° 2078, p. 873.

1205. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 322, p. 177.

1206. Article L. 224-4 : « *Sont admis en qualité de pupille de l'État : 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 ; 2° Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de leur admission comme pupille de l'État par les personnes qui ont qualité pour consentir à leur adoption, 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 pupille de l'État et dont l'autre parent n'a pas fait connaître au service, pendant ce délai, son intention d'en assumer la charge ; avant l'expiration de ce délai de six mois, le service s'emploie à connaître les intentions de l'autre parent ; 4° Les enfants orphelins de père et de mère pour lesquels la tutelle n'est pas organisée selon le chapitre II du titre X du livre Ier du Code civil et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois ; 5° Les enfants dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale en vertu de articles 378 et 378-1 du Code civil et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application de l'article 380 du Code civil ; 6° Les enfant recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application de l'article 350 du Code civil* ».

1207. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 104, p. 86.

manifeste d'une manière ou d'une autre au cours du processus d'adoption¹²⁰⁸. Le fait qu'elle ait démerité dans son rôle auprès de l'enfant ne saurait justifier la rupture du lien avec l'enfant. N'y a-t-il pas de paradoxe à affirmer que tels parents ne sont plus à même d'assurer la protection de l'enfant, mais qu'ils sont aptes à choisir entre adoption simple et adoption plénière¹²⁰⁹?

La même remarque est valable lorsque l'on applique l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et de la famille qui prévoit l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État après un accouchement anonyme et secret. Lorsqu'un recours est exercé par l'un des membres de la famille d'origine contre l'arrêté, l'article L. 224-8 dispose que « *Dans le cas où il rejette le recours, le tribunal peut autoriser le demandeur, dans l'intérêt de l'enfant, à exercer un droit de visite dans les conditions qu'il détermine* ». Le texte aurait pu prévoir l'obligation de recourir à une adoption simple, du fait de cette manifestation d'intérêt¹²¹⁰. Les observations finales du Comité international des droits de l'enfant invitent à conclure en ce sens. Or créer ce droit de visite, constitue bien un aveu du législateur que l'adoption plénière n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, puisqu'elle le coupe définitivement d'une famille qui souhaitait, malgré ses imperfections, continuer à garder un lien avec lui¹²¹¹.

Finalement, il ne faudrait retenir l'adoption plénière que dans les hypothèses où il ne fait aucun doute que les parents ont consenti à l'adoption de l'enfant, en parfaite connaissance de cause et sans volonté de retour en arrière¹²¹². Certes, une telle proposition revient à faire le choix d'une diminution des adoptions plénières. Mais ce mode d'adoption n'est plus conforme aux attentes de notre société moderne et, sans doute au même titre que le reste du droit de la filiation, est-il nécessaire de le faire évoluer à la lumière de la prise en compte effective des droits de l'enfant. D'ailleurs, les changements de mentalité à venir seront très intéressants à suivre.

1208. Article 348-6 du Code civil : « *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. Il en est de même en cas de refus de consentement du conseil de famille* ».

Article 350 du Code civil : « *Sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant, les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien des liens affectifs* ».

1209. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 218, p. 157.

1210. Cass. civ. 1re, 7 avril 2006, pourvoi n° 05-11285, *bull.* 2006, I, n° 195, p. 171.

1211. J. MASSIP, « ... et l'adoption simple de ce dernier », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 20.

1212. F. EUDIER, « Adoption », *Répertoire Dalloz*, 2013, n° 102.

Derrière l'émergence, ponctuelle, de ces droits de visite octroyés aux uns ou aux autres, se dessine la revendication d'un lien avec l'enfant qui ne peut pas être seulement analysé du point de vue du droit au respect de la vie privé tel que l'a consacré la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, mu par un sentiment d'appropriation générationnel, il est incontestable qu'il y a derrière cette revendication la volonté de se joindre activement à la protection et à l'éducation de l'enfant : d'intervenir et de participer à sa vie familiale. A la fois à côté et au dessus du lien de filiation génétique ou du lien de filiation volontaire, émerge l'idée d'un lien polygonéique¹²¹³, fondé sur l'intérêt porté à l'enfant et l'affection réciproque qui a pu naître du temps passé avec lui.

B – Le recueil légal d'un enfant étranger

176. Kafala. Comme le précise l'article 20 de la Convention internationale des droits de l'enfant, la protection de remplacement proposée à l'enfant n'est pas obligée de prendre exclusivement la forme d'une adoption¹²¹⁴. Dans les pays de droit islamique, elle peut aussi prendre la forme d'une kafala¹²¹⁵. La kafala est l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant au même titre que le ferait un père ou une mère pour ses enfants¹²¹⁶. La kafala est conclue devant un juge ou devant un notaire et concerne les enfants musulmans¹²¹⁷. A tout moment, la famille d'origine de l'enfant peut demander à ce qu'il soit réintégré¹²¹⁸. L'enfant recueilli bénéficie des mêmes avantages sociaux, prestations familiales et scolaires qu'un enfant légitime.

1213. Du grec : Πολύς (pl. Πολλοί) : nombreux, plusieurs. Et : Υοοείς, έον : parents.

1214. Pour l'Algérie, les enfants recueillis à l'étranger sous la forme de kafala régulièrement déclarées étaient 137 en 2008, 126 et 2009 et 176 en 2010 : CRC/C/DZA/Q/3-/Add. 1, 19 avril 2012, § 114. (Algérie).

1215. M. BOULENOUAR AZZEMOU, « Recueil légal (kafala) et droit (s) positif (s) », *dt. fam.* janvier 2009, pp. 17-21.

1216. « La kafala ou recueil légal est prévu par la loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant Code de la famille qui dispose en son article 115 que le recueil légal est l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur au même titre que le ferait un père pour son fils. La kafala est établie par acte légal. L'enfant recueilli peut être de filiation connue ou inconnue. Il doit garder sa filiation d'origine s'il est de parents inconnus. Dans le cas contraire, il lui est fait application de l'article 64 du Code civil. L'attributaire du droit de recueil légal peut léguer ou faire don dans la limite du tiers de ses biens en faveur de l'enfant recueilli » : CRC/C/93/Add. 7, 3 mars 2005, § 214. (Algérie).

1217. « Mme Heddad (pour l'Algérie) dit que dans le cadre de la kafala tout musulman peut, après enquête sociale effectuée par les consulats, recueillir un enfant musulman, y compris à l'étranger. L'adoption n'existe pas dans la législation algérienne. La kafala concerne en général des enfants abandonnés, qui peuvent être recueillis par des étrangers ou par des Algériens vivant à l'étranger » : CRC/C/SR. 1057, 3 mars 2005, § 73. (Algérie).

1218. « Si le père et la mère ou l'un d'eux demandent la réintégration sous leur tutelle de l'enfant recueilli, il appartient à celui-ci, s'il est en âge de discernement, d'opter pour le retour ou non chez ses parents. Il ne peut être remis que sur autorisation du juge, compte tenu de l'intérêt de l'enfant recueilli si celui-ci n'est pas en âge de discernement » : CRC/C/93/Add. 7, 3 mars 2005, § 215. (Algérie).

En revanche, en cas de décès du kafil, ses héritiers doivent accepter de poursuivre l'œuvre du défunt, et le makfoul ne peut recueillir qu'au maximum le tiers des biens de son kafil¹²¹⁹. Le Comité international des droits de l'enfant s'est inquiété de la précarité de la situation de l'enfant recueilli¹²²⁰, en particulier en cas de décès ou de divorce de sa famille d'accueil, puisque la kafala est souvent le moyen de recueillir ses propres enfants lorsqu'ils sont nés hors mariage¹²²¹. Dans ce cas, le risque est de placer, de droit, l'enfant dans une situation d'infériorité par rapport à ses frères et sœurs qui auraient le statut d'enfants légitimes¹²²². Deux conceptions de l'égalité s'affrontent ici : une conception commutative face à une conception distributive¹²²³. Toutefois les mentalités évoluent vers un recul de la conception traditionnelle de la justice distributive. La législation relative à la kafala progresse vers une prise en compte de l'intérêt de l'enfant plus conforme aux standards de la Convention internationale des droits de l'enfant. Ainsi par exemple l'enfant a-t-il le droit de porter le nom de celui qui l'a recueilli, ce qui est inédit dans les pays de droit musulman¹²²⁴.

1219. « L'article 125 de la loi n° 84-11 dispose que l'action en abandon du recueil légal doit être introduite devant la juridiction qui l'a attribuée, après notification au ministère public. En cas de décès, le droit de recueil l'égal est transmis aux héritiers s'ils s'engagent à l'assurer. Au cas contraire, le juge attribue la garde de l'enfant à l'institution compétente en matière d'assistance » : CRC/C/93/Add. 7, 3 mars 2005, § 216. (Algérie).

1220. « M. Kotrane constate avec satisfaction que, dans le régime de la kafala tel qu'il est pratiqué en Algérie, le kafil peut donner son nom au makfoul, ce qui est un cas unique, qui prouve que l'on peut trouver de interprétations théologiques pour donner une meilleure protection à l'enfant. Cela étant, la kafala reste un contrat, qui est lié à la personne du kafil. A la mort de celui-ci, l'enfant perd le droit d'être accueilli dans la famille de substitution et doit s'adresser au juge pour être placé dans une autre famille, à moins que les héritiers ne l'acceptent à leur tour. M. Kotrane demande s'il y a en Algérie un débat sur les moyens de garantir une situation stable à l'enfant placé en kafala. [...] Mme Benmansour (Algérie) explique qu'en cas d'abandon d'un enfant recueilli dans le cadre de la kafala, une action en abandon est introduite devant la juridiction qui a autorisé la kafala, sous la direction du ministère public. En cas de décès du kafil, l'enfant est confié à ses héritiers, à condition qu'ils s'engagent à en assumer la charge. Dans le cas contraire, le juge attribue la garde de l'enfant à l'institution compétente ou à ses parents biologiques, après consultation de l'intéressé si celui-ci est en âge de discernement. Enfin l'enfant peut être confié à une famille d'accueil, qui reçoit une rétribution à titre de dédommagement pour assurer son entretien. Cette solution de placement est souvent privilégiée par le juge, qui y voit un moyen adéquat de procurer un environnement familial de substitution à l'enfant » : CRC/C/SR. 1715, 18 juin 2012, §4 et 52. (Algérie).

1221. « Le président Doek demande si un enfant né hors mariage qui a été abandonné par sa mère peut être recueilli sous le régime de la kafala par des membres de sa famille, si la recherche en paternité est encouragée ou si le fait d'identifier le père est un tabou dans la société algérienne [...] Mme Heddad explique (pour l'Algérie), que l'enfant recueilli est considéré comme un enfant légitime et [...] qu'il n'existe aucune discrimination. [...] Traditionnellement c'est la mère qui a la garde de l'enfant recueilli. La nouvelle disposition applique le système de l'héritage, mais l'épouse hérite de son mari, et dans les us et coutumes algériens, c'est toujours la femme qui a la garde de l'enfant. En cas de divorce, le système de la garde est appliqué, c'est-à-dire que la garde est d'abord dévolue à la mère, après au père, après à la grand-mère maternelle, puis à la grand-mère paternelle » Si à l'issue d'un divorce par exemple, il n'y a personne qui veut garder l'enfant, il y a révocation du recueil légal et l'enfant revient en institution : CRC/C/SR. 1057, 20 septembre 2005, § 30 et suiv.. (Algérie).

1222. « The Committee notes with concern that : a) An internal circular of the Ministry of Interior reportedly requests the civil registration officials not to register the child in kafala (makfoul) on the family record book ; b) In case of divorce, the child in kafala automatically stays with Kafil and has no right to live with his mother ; c) When the legal guardian (Kafil) dies, the Makfoul is considered as part of the heritage, and therefore, the legal heirs can decide whether or not to keep him in the family, a situation which places them at risk of being reinstitutionalized ; The Committee expresses concern at reported cases of illegal adoption and illegal placement in Kafala of children born out of wedlock » : CRC/C/DAZ/CO/3-4, 18 juillet 2012, § 52-53. (Algérie).

1223. Voir *infra* n° 267.

1224. « L'enfant peut être doté du nom patronymique de cette famille si elle en exprime la demande, et ce,

177. Convention de La Haye. Alors qu'il existait un risque réel de voir s'installer une concurrence malsaine entre des systèmes juridiques aux valeurs parfois incompatibles, le Comité international des droits de l'enfant a fait pression sur les pays les plus protecteurs pour qu'ils veillent à ce que leurs ressortissants ne profitent pas d'une forme de tourisme qui remettrait en question l'intérêt de l'enfant¹²²⁵. En particulier, lorsque les justiciables de certains États tels que la France entretiennent des relations privilégiées avec des ressortissants d'États tels que l'Algérie qui n'ont pas ratifié la Convention de La Haye, le Comité les a encouragés à signer des conventions bilatérales destinées à régler le sort des enfants qui pourraient être déplacés d'un pays à l'autre¹²²⁶.

dans le cadre du dispositif légal de la kafala et des dispositions du décret exécutif n° 92-24 du 13 janvier 1992 complétant le décret n° 71-51 du 3 juin 1971, relatif au changement de nom qui prévoit dans son article 1er que la demande de changement de nom peut également être faite au nom et au bénéfice d'un enfant mineur né de père inconnu, par la personne l'ayant recueilli légalement dans le cadre de la kafala, en vue de faire concorder le nom patronymique de l'enfant recueilli avec celui de son tuteur. Cette solution découle de la fatwa d'éminents savants de la chari'a qui considèrent que l'attribution du nom patronymique du kafil à l'enfant makfoul est un meilleur garant de l'insertion familiale et sociale de ce dernier, parce qu'elle lui assure la stabilité et l'équilibre psychoaffectif, tout en l'informant de ce qui est interdit par la chari'a, à savoir l'attribution de la filiation et non la concordance du patronyme. A ce jour, l'Algérie est ainsi le seul pays musulman qui autorise la concordance du nom du makfoul avec celle de son kafil, alors que cette procédure demeure totalement prohibée dans tout le reste des pays musulmans » : CRC/C/DZA/Q/3-/Add. 1, 19 avril 2012, § 36 et suiv. (Algérie).

1225. J.-J. LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *LPA* mars 2001, n° 62, p. 24.

1226. « Au sujet de l'accroissement du nombre d'enfants abandonnés, Mme Djidel dit que toutes les demandes ne peuvent être satisfaites, mais que si un tel accroissement des abandons se confirmait, le système de la kafala institué en 1992 pourrait contribuer à y remédier » : CRC/C/SR. 389, 18 juin 1997, § 8. (Algérie) ; « Lorsqu'une adoption a été organisée par des moyens inadmissibles, la pratique suivie jusqu'à présent une fois que l'enfant a été placé sous la garde des futurs parents adoptifs a consisté à accepter officiellement l'adoption sans tenir compte des circonstances qui l'ont entourée. Les futurs parents adoptifs qui ont eu recours à des moyens inadmissibles pour adopter un enfant pouvaient ainsi réaliser leur but, et même obtenir une sanction légale par le biais de l'acceptation officielle de l'adoption. Pour rendre l'adoption plus difficile en pareilles situations, la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 1741 du Code civil fédéral dispose désormais ce qui suit : « Quiconque participe à des arrangements illégaux ou contraires à l'éthique, ou transfère un enfant à des fins d'adoption ou emploi et rémunère un tiers à cette fin ne peut adopter l'enfant que lorsque cela est indispensable eu égard aux intérêts supérieurs de celui-ci ». Le législateur allemand s'est efforcé de rédiger une disposition soigneusement équilibrée de nature à jouer un rôle général de prévention pour combattre les pratiques inadmissibles tout en tenant dûment compte du bien-être de l'enfant intéressé, lequel peut déjà avoir noué des relations d'enfants-parents avec ses futurs parents adoptifs » : CRC/C/83/Add. 7, 24 juillet 2003, § 476. (Allemagne) ; « Le droit interne français vient d'être très récemment modifié avec la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale. [...] Il régleme les conflits de loi en matière d'adoption internationale et détermine les effets en France, des jugements d'adoption prononcés à l'étranger. Sur le premier point, il est ainsi prévu que la loi applicable aux conditions de l'adoption est la loi de l'adoptant. [...] Enfin, quelle que soit la loi applicable, le consentement du représentant légal de l'enfant doit répondre à certaines conditions, reprises de la Convention de La Haye de 1993 : il doit être libre, sans contrepartie, postérieur à la naissance de l'enfant, et éclairé quant aux conséquences de l'adoption. Sur le second point, il est prévu que l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets d'une adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant et, à défaut, ceux d'une adoption simple. Par ailleurs, une adoption simple prononcée à l'étranger peut être convertie en adoption plénière lorsque le consentement requis pour cette dernière a été donné expressément et en connaissance de cause. [...] Cette année écoulée a permis de mettre en évidence les divergences d'interprétation entre les pays membres sur certains points particuliers de la Convention de La Haye de 1993, dont certaines relatives à la conception même de l'adoption internationale. Tirant toutes les conséquences de la rupture définitive du lien biologique attachée à l'adoption plénière, l'article 100-4 du Code de la famille et de l'aide sociale subordonne le suivi postadoption à l'accord préalable des parents. Or de nombreux pays d'origine exigent qu'il soit systématiquement procédé au suivi postadoption de l'enfant et entendent avoir des garanties en ce sens. Ces États se fondent sur les articles 9 et 22 de la Convention de La Haye de 1993 qui recommandent aux différents pays signataires de promouvoir

A notre connaissance, aucune convention de cette nature n'a été conclue entre la France et l'Algérie¹²²⁷. Toutefois, après avoir ratifié la Convention de La Haye¹²²⁸, la France a voté l'article 370-3 du Code civil de portée générale¹²²⁹. Il est destiné à respecter l'appréciation de l'intérêt de l'enfant qui est faite par le pays d'origine de l'enfant. En effet, conformément à l'article 4-a de la Convention de La Haye de 1993, l'adoption d'un enfant ne peut être prononcée que si les autorités compétentes de l'État d'origine de l'enfant ont établi qu'il était adoptable. Or, par hypothèse, lorsque l'État d'origine de l'enfant ne reconnaît pas l'adoption, il est impossible que les autorités puissent déclarer l'enfant adoptable, puisque l'adoption est présumée contraire à l'intérêt de l'enfant. Dès lors, même avec le consentement des parents, l'adoption d'un enfant qui est contraire à l'ordre public du pays dans lequel est prononcé le recueil, ne peut pas être valable¹²³⁰.

Malgré ces dispositions, certaines juridictions du fond ont tenté de retranscrire des kafala sous la forme d'adoptions simples en France¹²³¹. Pour le faire, la cour d'appel de

dans leurs États le développement de services de conseils pour l'adoption et le suivi de l'adoption » : CRC/C/65/Add. 26, 9 octobre 2003, § 237 et suiv.. (France) ; « *Le Président Doek souhaite savoir pourquoi l'envoi d'enfants algériens dans des familles algériennes vivant à l'étranger a de plus en plus de succès, s'il existe des règles régissant cette forme de kafala et si la kafala à l'étranger se fait en général chez des parents. Des précisions sur l'adoption des enfants algériens à l'étranger seraient également souhaitables ; Mme Heddad répond que dans le cadre de la kafala, tout musulman peut, après enquête effectuée par les consulats, recueillir un enfant musulman, y compris à l'étranger. L'adoption n'existe pas dans la législation algérienne. La kafala concerne en général des enfants abandonnés, qui peuvent être recueillis par des étrangers ou par des Algériens vivant à l'étranger* » : CRC/C/SR. 1057, 3 mars 2005, § 72. (Algérie) ; « *Le Comité recommande à l'État partie de fournir des renseignements détaillés sur le développement de la kafala à l'étranger et de veiller à ce qu'il ne soit recouru à cette pratique que dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le plein respect de ses droits* » : CRC/C/15/Add. 269, 15 octobre 2005, § 47. (Algérie) ; « *The Committee urges the State party to amend its legislation regulating the kafala system in order to bring it into full compliance with the Convention and in particular to repeal the Ministerial Circular preventing the Makfoul from being registered in the family record book. The state party should ensure that children in kafala have the possibility to stay with their mother in case of divorce. The Committee further urges the State Party to take all necessary measures to prevent and punish cases of illegal adoption and placement in kafala of children born out of wedlock* » : CRC/C/DZA/CO/3-4, 18 juillet 2012, § 54. (Algérie).

1227. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 328, p. 185.

1228. Loi n° 98-147 du 9 mars 1998, autorisant l'approbation de la convention sur la protection des enfants et la coopération internationale en matière d'adoption internationale, *JORF* 10 mars 1998, n° 58, p. 3611.

1229. Loi n° 2001-111 du 6 février 2001, relative à l'adoption internationale, *JORF* 8 février 2001, n° 33, p. 2136 ; S. GRATALOUP, « Actualité du droit international, du droit européen et des droits de l'Homme », *dt. fam.* avril 2004, pp. 19-20 ; F. MONÉGER, « Une nouvelle loi en matière d'adoption internationale, loi numéro 2001-111 du 6 février 2001 », *RDSS* 2001, pp. 382-386 ; P. LAGARDE, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale. Une opportune clarification », *RCDIP* 2001, pp. 275-300 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droit de la famille : la réception des conventions internationales par les juges français en droit de la famille », *JCP* 2001, I, 122 ; F. MONÉGER, « L'adoption internationale après la loi du 6 février 2001 », *dt. fam.* juillet 2001, pp. 4-9 ; I. BARRIÈRE-BROUSSE, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *RRJ* 2001, pp. 1299-1312 ; B. BOURDELOIS, « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil (Loi n° 2001-111 du 6 février 2001) », *gaz. pal.* 2001, n° 346, pp. 3-12.

1230. « *Il se déduit de cette attestation le consentement des représentants successifs de l'enfant pour le recueil de celui-ci par les demandeurs, avec tous les effets attachés en droit algérien à l'institution de la kafala, effets qui recouvrent ceux attachés en France à l'adoption simple* » : Cour d'appel de Toulouse, 15 février 2005, affaire *époux Assanelli c./ ministère public*, RG : 04/04615.

1231. D'autres ont appliqué la loi sans résistance : cour d'appel d'Aix en Provence, 13 septembre 2005, affaire

Reims, par exemple, s'est fondée sur une comparaison des effets de la kafala au Maroc, avec ceux de l'adoption simple en France, estimant que « *L'adoption simple confère à l'adoptant les droits et obligations de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant, sans porter atteinte à ses origines et sans instaurer un lien fictif de filiation* »¹²³². De même, la cour d'appel de Toulouse avait estimé qu'« *il y a lieu de constater que la loi algérienne qui ne connaît pas ou prohibe l'adoption plénière, connaît et prévoit, sous le nom de kafala ou recueil légal, une institution aux effets similaires que celle de l'adoption simple* »¹²³³. Dans l'intérêt de la loi, la Cour de cassation avait cassé ces décisions, estimant que « *La loi marocaine interdit l'adoption, que la kafala n'est pas une adoption et que, par ailleurs, le mineur n'était pas né et ne résidait pas habituellement en France* »¹²³⁴. Elle a par la suite confirmé cette position à plusieurs reprises¹²³⁵. Pour sa part, conformément à la Convention de La Haye de 1993 et à la Convention internationale des droits de l'enfant, le Conseil d'État estime qu'il est impératif d'étudier au cas par cas les situations qui lui sont soumises, pour déterminer notamment l'intérêt de l'enfant d'être adopté en fonction de la situation de ses parents d'origine¹²³⁶.

époux BE c./ ministère public, RG : 05/01510 ; A. GABRIEL, « Application par le juge français des conditions légales de l'adoption internationale », *JCP* 2006, II, 10042.

1232. Cour d'appel de Reims, 2 décembre 2004, affaire *Bauer c./ ministère public*, RG : 04/01178.

1233. Cour d'appel de Toulouse, 15 février 2005, affaire *époux Assanelli c./ ministère public*, RG : 04/04615.

1234. Cass. civ. 1re, 10 octobre 2006, pourvoi n° 06-15264, *bull.* 2006, I, n° 431, p. 368 ; Cass. civ. 1re, 10 octobre 2006, pourvoi n° 06-15265, *bull.* 2006, I, n° 432, p. 369 ; J.-J ANSAULT, « Adoption internationale : la difficile appréhension de la kafala par le droit français », *RLDC* 2006, n° 33, pp. 44-45 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Adoption et kafala : quelle place faire à la loi personnelle de l'enfant étranger ? », *RJPF* 2007, pp. 22-24 ; M. FARGE, « Pas de passerelle entre la kafala et l'adoption », *JCP* 2007, II, 10072 ; D. THÉVENET-MONTFROND, « La kafala et le respect de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *RLDC* 2007, n° 40, pp. 37-42.

1235. « *Mais attendu qu'après avoir relevé que la règle de conflit de l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil renvoyant à la loi personnelle de l'adopté, était la traduction, en droit interne, des règles édictées par la Convention de La Haye du 29 mai 1993 relative à la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale qui dispose, notamment dans son article 4a), que l'adoption ne peut être prononcée que si l'enfant est adoptable, c'est sans méconnaître son intérêt primordial, ni établir de différence de traitement au regard de sa vie familiale, ni compromettre son intégration dans une famille, que l'arrêt, constatant que l'article 46 du Code de la famille algérien interdit l'adoption, tandis que l'article 116 de ce même Code définit la kafala comme l'engagement bénévole de prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection de l'enfant comme le ferait un père pour son fils, a rejeté la requête en adoption, dès lors que la kafala expressément reconnue par l'article 20 alinéa 3 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droit de l'enfant préserve son intérêt supérieur* » : Cass. civ. 1er, 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-10439, *bull.* 2010, I, n° 265 ; Cass. civ. 1er, 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-68399, *bull.* 2010, I, n° 236 ; Cass. civ. 1re, 25 février 2009, pourvoi n° 08-11033, *bull.* 2009, I, n° 41 ; Cass. civ. 1re, 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-10034, *bull.* 2009, I, n° 17 ; Cass. civ. 1re, 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-20279, *bull.* 2009, I, n° 198 ; Cass. civ. 1re, 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-20279, *bull.* 2008, I, n° 198.

1236. « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que si les requérants justifient de conditions d'accueil et de ressources suffisantes, le jeune D... f... vit au Maroc où il réside depuis qu'il est né en 1989, avec ses parents et sa sœur cadette ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que ses parents, dont l'un est salarié et l'autre, fonctionnaire, soient dans l'incapacité de subvenir à ses besoins ou à son éducation ; qu'il n'est pas allégué que le jeune D... se trouverait dans une situation psychologique, familiale et matérielle de nature à justifier qu'il soit retiré à ses parents ; qu'ainsi, en estimant que l'intérêt supérieur de l'enfant était de demeurer au Maroc compte tenu de la présence dans ce pays de plusieurs membres de sa famille, dont ses parents, et de l'absence de circonstances graves et avérées justifiant la séparation de l'enfant de son environnement familial, social et culturel, la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France n'a pas entaché sa décision d'une erreur d'appréciation* » : Conseil d'État, 22 février 2013, n° 330211.

178. Blocage. Ces décisions ne sont pas satisfaisantes pour certains auteurs parce qu'elles aboutissent à une situation de blocage, qui privent des enfants vivant effectivement en France des droits auxquels ils devraient en principe pouvoir légitimement prétendre. Notamment, ils rencontrent des difficultés pour bénéficier de certaines aides sociales¹²³⁷. Or ces aides sociales sont en principe destinées à donner à l'enfant des garanties financières pour le protéger contre la pauvreté¹²³⁸. De ce fait, et spécialement lorsque les enfants sont handicapés, ou ont des besoins spéciaux, les familles sont obligées de se lancer dans des procédures complexes dont l'issue n'est jamais certaine¹²³⁹.

179. Obstacle. Toute la complexité du sujet est de déterminer quelle est la position acceptable sur ce thème. Les situations en cause sont des cas particuliers qu'il est impossible de traiter de manière idéologique. L'Allemagne avait très bien résumé la difficulté à laquelle sont confrontés les pays occidentaux qui ne connaissent pas la kafala : peut-on s'abstenir absolument de tenir compte des circonstances dans lesquelles les enfants ont été recueillis alors que les parents ne pouvaient pas ignorer les risques juridiques auxquels ils s'exposaient ? Et d'un autre côté le critère de l'intérêt de l'enfant ne commande-t-il pas de revoir entièrement les législations sur l'adoption ? A partir de quand l'interprétation extensive de l'intérêt de l'enfant devient-elle contraire à l'intérêt de l'enfant ?

Dans ce contexte, l'Allemagne a modifié l'article 1741 de son Code civil

1237. « Mais attendu qu'après avoir rappelé exactement que le droit aux prestations familiale prévues par les articles L. 531-1 et L. 531-3 du Code de la sécurité sociale est subordonnée à l'adoption d'un enfant ou à son accueil en vue de l'adoption, l'arrêt retient que ces dispositions ne sont pas applicables en l'espèce, dès lors que l'acte de kafala, qui ne constitue qu'un acte de délégation d'autorité parentale, n'a pas eu pour effet de permettre l'adoption de l'enfant par M. X... ni de le confier à celui-ci en vue de son adoption, de sorte que ce dernier ne peut prétendre au bénéfice de l'allocation de base » : Cass. civ. 2eme, 29 novembre 2012, pourvoi n° 11-27195, inédit.

1238. « Qu'en statuant ainsi, alors que l'enfant n'avait été ni adoptée par l'intéressé, ni confié à celui-ci en vue de son adoption, de sorte que les conditions de versement de l'allocation de base de la prestation d'accueil du jeune enfant pendant une durée de trois ans à compter de son arrivée au foyer n'étaient pas réunies » : Cass. civ. 2em, 11 juin 2009, pourvoi n° 08-15571, bull. 2009, II, n° 158.

1239. « Mais attendu que l'arrêt relève qu'il n'est pas contesté que M. X... pourvoit entièrement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant Mohamed Y... placé sous sa dépendance et son autorité sans pouvoir prétendre obtenir une véritable compensation du fait de la carence de la famille de l'enfant, que l'enfant présente un très lourd handicap moteur et que l'existence de liens affectifs constamment entretenus entre M. X... et les membres de la famille de l'enfant ainsi que le dévouement manifesté depuis plusieurs années par M. X... à l'égard de Mohamed Y... lourdement handicapé permettent de dire que cet enfant n'a pas été recueilli dans le seul but de le faire bénéficier de soins médicaux sur le territoire français ; que de ces constatations et énonciations relevant de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments soumis à son examen, dont il résultait que M. X... avait la charge effective et permanente de l'enfant Mohamed Y..., la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer une recherche que ses constatations rendaient inutile, a pu déduire que l'enfant Mohamed Y... avait la qualité d'enfant recueilli au sens de l'article L. 313-3 du Code de la sécurité sociale » : Cass. civ. 2eme, 10 novembre 2011, pourvoi n° 10-19278, bull. 2011, II, n° 207.

fédéral qui dispose désormais que « *Quiconque participe à des arrangements illégaux ou contraires à l'éthique, ou transfère un enfant à des fins d'adoption ou emploi et rémunère un tiers à cette fin ne peut adopter l'enfant que lorsque cela est indispensable eu égard aux intérêts supérieurs de celui-ci* ». La solution revient, en se fondant sur l'intérêt de l'enfant, à écarter les dispositions légales, et admettre des pratiques pourtant qualifiées d'« *inadmissibles* »¹²⁴⁰. Mais comment faire autrement ?

Pour sa part, la Belgique a opté pour une législation similaire, tout en ménageant très largement le respect de la Convention de La Haye qu'elle venait de faire entrer en vigueur dans son système juridique¹²⁴¹. L'article 365-1 du Code civil issu de la loi L. 2003-04-24/32 dispose que : « *Les décisions judiciaires et les actes publics établissant une adoption dans un État étranger sont reconnus en Belgique si : 1) l'adoption a été établie par l'autorité que le droit de cet État tient pour compétente, dans les formes et selon la procédure prévues dans cet État ; 2) la décision établissant l'adoption peut être considérée comme passée en force de chose jugée dans cet État ; 3) Les articles 361-1 à 361-4 ont été respectés lorsque l'enfant a été, est ou doit être déplacé de son État d'origine vers la Belgique après son adoption dans cet État par une personne ou des personnes qui résidaient habituellement en Belgique au moment de celle-ci* »¹²⁴². L'article 365-2 précise toutefois que « *La reconnaissance est toutefois refusée si les adoptants ont sciemment commis une fraude dans la procédure ou si l'adoption a été établie dans un but de fraude à la loi. Il ne peut être dérogé à cette règle que si des motifs liés au respect des droits de l'enfant, dûment établis, le commandent* »¹²⁴³. De plus, l'article 361-5 du Code civil issu de la loi L. 2005-12-06/30 du 6

1240. « *Le législateur allemand s'est efforcé de rédiger une disposition soigneusement équilibrée de nature à jouer un rôle général de prévention pour combattre les pratiques inadmissibles tout en tenant dûment compte du bien-être de l'enfant intéressé, lequel peut déjà avoir noué des relations d'enfants-parents avec ses futurs parents adoptifs* » : CRC/C/83/Add. 7, 24 juillet 2003, § 476. (Allemagne).

1241. « *En 2004, une nouvelle loi fédérale réformant l'adoption a été approuvée. La loi du 24 juin 2004 portant assentiment à la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale est entrée en vigueur le 1er septembre 2005. La ratification de cette Convention s'imposait pour garantir que les adoptions internationales aient bien lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux. La Belgique a dès lors instauré une nouvelle procédure d'adoption internationale, tant pour les adoptions dites conventionnelles que pour celles appelées non-conventionnelles. Le droit interne a subi plusieurs modifications* » : CRC/C/BEL/3-4, 4 décembre 2009, § 374. (Belgique).

1242. « *Concernant l'adoption établie à l'étranger, elle ne sera pas reconnue en Belgique si elle blesse l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits fondamentaux qui lui sont reconnus en vertu du droit international. La reconnaissance sera également refusée dans le cas où les adoptants ont commis une fraude dans la procédure ou si l'adoption a été établie dans un but de fraude à la loi, à moins que certains motifs liés au respect des droits de l'enfant ne le justifient malgré tout* » : CRC/C/BEL/3-4, 4 décembre 2009, § 206. (Belgique).

1243. « *Le 12 décembre 2005, un accord de coopération a été signé par les gouvernements. Cet accord prévoit l'instauration d'une Commission de concertation et de suivi en matière d'adoption. Cette instance est une sorte de plate-forme de concertation réunissant toutes les autorités impliquées dans le processus de l'adoption, qui a pour mission de favoriser la mise en œuvre de la réforme, d'assurer l'échange d'informations, de*

décembre 2005, est venu adjoindre un certain nombre de conditions administratives pour obtenir l'adoption en Belgique, lorsque le pays d'origine de l'enfant ne connaît pas cette institution¹²⁴⁴.

De son côté l'Algérie n'est pas restée inactive, puisque l'article 13 ter du Code civil algérien, issu de la loi n° 05-10 du 20 juin 2005, dispose que « *La validité du recueil légal est soumise simultanément à la loi nationale du titulaire du droit de recueil et à celle de l'enfant recueilli au moment de son établissement. Les effets du recueil légal sont soumis à la loi nationale du titulaire du droit de recueil. L'adoption est soumise aux mêmes dispositions* ». En l'occurrence, l'article 370-3 du Code civil français est pleinement applicable à la situation.

180. Solution en France. Bien que l'adoption ne soit pas immédiatement possible en cas de kafala, puisque la loi nationale de l'enfant la prohibe, l'article 21-12 du Code civil dispose que l'enfant qui a, depuis au moins cinq années, été recueilli et élevé en France, peut demander la nationalité française¹²⁴⁵. Il reste que, comme l'a remarqué la

documentations et de statistiques uniformisées ainsi que de coordonner les missions de différentes autorités centrales en matière de coopération internationale. La Commission se réunit deux fois par an » : CRC/C/BEL/3-4, 4 décembre 2009, § 373. (Belgique).

1244. Article 361-5 du Code civil belge : « *Par dérogation aux articles 361-3 et 361-4, dans le cas où le droit applicable dans l'État d'origine de l'enfant ne connaît ni l'adoption, ni le placement en vue d'adoption, le déplacement de l'enfant vers la Belgique en vue d'adoption ne peut avoir lieu et l'adoption ne peut être prononcée que si les conditions suivantes sont remplies : 1) L'autorité centrale communautaire compétente a reçu de l'autorité compétente de l'État d'origine de l'enfant un rapport contenant des renseignements sur l'identité de l'enfant, son évolution personnelle, sa situation familiale, son passé médical, et celui de sa famille, son milieu social et les conceptions philosophiques de ce milieu, ainsi que sur ses besoins particuliers ; 2) l'autorité centrale communautaire compétente a reçu du ou des adoptants les documents suivants : a) une copie certifiée conforme de l'acte de naissance de l'enfant ; b) une copie certifiée conforme de l'acte de consentement de l'enfant âgé de douze ans au moins à son déplacement vers l'étranger et certifiant que celui-ci a été donné librement, dans les formes légales requises, qu'il n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'il n'a pas été retiré ; c) soit une copie certifiée conforme de l'acte de décès des parents, soit une copie certifiée conforme de la décision d'abandon de l'enfant et une preuve de la mise sous tutelle de l'autorité publique ; d) une copie certifiée conforme de la décision de l'autorité compétente de l'État d'origine établissant une forme de tutelle sur l'enfant dans le chef du ou des adoptants, ainsi qu'une traduction certifiée par un traducteur juré de cette décision ; e) une copie certifiée conforme de la décision de l'autorité compétente de l'État d'origine autorisant le déplacement de l'enfant vers l'étranger, pour s'y établir de façon permanente, ainsi qu'une traduction certifiée par un traducteur juré de cette décision ; f) une preuve que la loi autorise ou autorisera l'enfant à entrer et à séjourner de façon permanente en Belgique ; g) une preuve de la nationalité de l'enfant et de sa résidence habituelle ; 3) L'autorité centrale communautaire compétente a été mise en possession du jugement sur l'aptitude du ou des adoptants et du rapport du ministère public, conformément à l'article 1231-33 du Code judiciaire ; 4) l'autorité centrale communautaire compétente et l'autorité compétente de l'État d'origine de l'enfant ont approuvé par écrit la décision de confier celui-ci à l'adoption ou aux adoptants* ».

1245. « *Mais attendu qu'après avoir justement retenu que si la notion de recueil n'implique pas que l'enfant ait rompu tous liens avec sa famille d'origine, il faut, pour bénéficier des dispositions de l'ancien article 21-12 du Code civil que l'enfant soit effectivement recueilli et élevé en France, ce qui ne suffisait pas à établir à lui seul l'acte de kafala et qu'il ne s'agisse pas d'un recueil épisodique, avec résidence alternativement en France et dans le pays d'origine, la cour d'appel a constaté qu'il résultait des pièces produites que M. X... avait été inscrit dans un collège en France, de la classe de 6e à la classe de 3e depuis l'année scolaire 1998-1999 jusqu'à l'année scolaire 2003-2004, mais qu'il n'avait pas été présent régulièrement dans cet établissement, étant très souvent*

Belgique lorsqu'elle a modifié sa législation sur l'adoption internationale, il n'est pas possible de transformer une kafala en adoption sans avoir la certitude que les parents de l'enfant ont donné leur consentement dans les conditions requises à la fois par la loi nationale du pays de recueil et par la Convention de La Haye de 1993¹²⁴⁶. Cela implique par exemple au sens du Comité international des droits de l'enfant que les parents soient dans l'impossibilité matérielle ou physique d'élever l'enfant ou que l'enfant soit complètement abandonné ; ce qui n'est pas toujours le cas. Il reste qu'en tout état de cause, cette condition tombe lorsque l'enfant est devenu majeur, puisqu'alors il lui revient de consentir à sa propre adoption.

La position intermédiaire de la France à ce sujet est vivement critiquée par la doctrine¹²⁴⁷. Elle a pourtant été approuvée par la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, à l'occasion de l'affaire *Harroudj c./ France*, elle a estimé que « *le statut prohibitif de l'adoption résulte de la règle de conflit de lois de l'article 370-3 du Code civil mais que le droit français ouvre des voies d'assouplissement de cette interdiction à la mesure des signes objectifs d'intégration de l'enfant la société française* ». Elle a d'autre part considéré que le délais de cinq ans à partir duquel l'enfant pouvait bénéficier d'une adoption était un délai « *réduit* », ce qui l'a conduit à décider que « *qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'État défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante* »¹²⁴⁸. Toutefois, comme le souligne la doctrine, ce qui est en cause, ce ne sont pas les années que vivra l'enfant après avoir pu, enfin, être adopté, mais les cinq années d'incertitudes, qui elles ne sont pas réduites, durant lesquelles il doit attendre que son « *intégration* » juridique ait lieu.

absent des semaines entières, parfois consécutivement, que le certificat médical du 23 mai 2004, faisant état de problème de santé en 2002-2003, ne suffisait pas à justifier l'importance de ces absences ; qu'elle a encore relevé que M. X... reconnaissait qu'il repartait régulièrement en Algérie chez ses parents pour les vacances, sans toutefois justifier par la production de son passeport ou de titres de transport, les dates effectives de ses séjours à l'étranger, qu'il ne produisait aucune attestation émanant de tiers l'ayant côtoyé en France, tendant à corroborer qu'il était effectivement recueilli et élevé par sa tante en France lors de l'établissement de sa déclaration de nationalité et que ses séjours en Algérie n'étaient que ponctuels et limités à des séjours de vacances ; qu'elle a pu déduire de cet ensemble de circonstances souverainement appréciées que M. X... ne rapportait pas la preuve qu'il remplissait les conditions pour souscrire une déclaration de nationalité au titre de l'article 21-12 du Code civil » : Cass. civ. 1re, 14 avril 2010, pourvoi n° 08-21312, bull. 2010, I, n° 95.

1246. Voir *supra* n° 156.

1247. A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, *Droit des mineurs*, n° 328, p. 185.

1248. Affaire *Harroudj c./ France*, 4 octobre 2012, requête n° 43631/09, § 51 ; G. GONZALEZ, « Éloge de la kafala au nom du pluralisme culturel », *JCP* 2012, n° 43, p. 1945 ; Th. GARÉ, « Refus d'adoption plénière d'une enfant recueillie en kafala et droit au respect de la vie familiale », *RJPF* 2012, n° 11, pp. 34-35 ; P. HAMMJE, « L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux », *D.* 202, n° 43, pp. 2947-2951 ; J. HAUSER, « Adoption, kafala et sort des enfants », *RTD civ.* 2013, pp. 105-106.

Paragraphe II – Le droit de l'enfant de connaître ses origines

181. Origines de l'enfant. Depuis quelques années, émerge dans la société le « besoin de savoir », matérialisé à travers une demande de transparence et de traçabilité permanente dans tous les domaines de la vie quotidienne. Il était inévitable que la filiation, qui est sans doute l'une des institutions qui a connu le plus de secrets au cours de son existence, soit touchée, elle aussi, par ce phénomène¹²⁴⁹. En particulier, l'incompatibilité de l'adoption plénière avec le droit de l'enfant de connaître ses origines est de ce fait montrée du doigt. En effet, l'article 356 du Code civil dispose que : « *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* ». L'article 354 du Code civil ajoute même qu'une fois l'adoption prononcée, un nouvel acte de naissance est rédigé « *qui ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant* ». L'adoption plénière de l'enfant rompt presque tous les liens qu'il pouvait avoir avec sa famille d'origine¹²⁵⁰.

Cette rupture était possible, parce que dans l'idée du législateur, l'adoption plénière avait vocation à se substituer à la filiation naturelle de l'enfant¹²⁵¹. Il faut replacer cette perspective dans le contexte de la loi de 1966, qui voyait apparaître les premières revendications de « maîtrise » absolue de la fécondité¹²⁵². Dans le même temps, par exemple, l'article 23 du Pacte de New York du 16 décembre 1966 proclamait que « *La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État* ». Les couples stériles pouvaient se sentir marginalisés, et l'adoption puis la procréation médicalement assistée, à conditions qu'elles soient discrètes, leur permettaient de se soustraire

1249. P. MURAT, « L'effectivité du droit de l'enfant de connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 17.

1250. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 163 p. 95.

1251. « Les populations d'Orient avaient recours à des contrats privés d'adoption : sous Justinien, qui s'inspira des pratiques orientales, l'adoption consista en une simple déclaration faite par le chef de famille devant le magistrat, en présence de l'adoptant et de l'adopté qui pouvait refuser. Ainsi l'adoption relevait pour la première fois d'un jugement. Si un *pater familias* voulait donner en adoption son petit fils, le consentement du père était devenu nécessaire. L'adoption se dédoublait et l'on vit apparaître ce qui allait être dans notre droit l'adoption simple et l'adoption plénière : *l'adoptio minus plena*, applicable lorsque l'enfant était confié à une personne autre qu'un ascendant, maintenait l'adopté dans sa famille d'origine, mais lui permettait d'hériter de l'adoptant. *L'adoptio plena* par un ascendant qui n'avait pas l'adopté sous sa puissance doublait du lien adoptif le lien affectif présumé, et conservait donc sans danger pour l'adopté les effets radicaux de l'institution classique » : H. FULCHIRON, P. MURAT, « Splendeurs et misères de l'adoption. Abandon et adoption », *Autrement* 1988, n° 96, p. 94.

1252. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1405, p. 550.

au regard social porté sur eux¹²⁵³. L'adoption a donc été pensée pour permettre aux nouveaux parents de l'enfant d'être perçus par les tiers comme ses « vrais » parents¹²⁵⁴. Il s'agissait aussi, sans doute dans une moindre mesure, de ne pas faire porter à l'enfant le poids du souvenir de l'abandon qui avait précédé cette adoption. Dès lors, afin de maintenir ce handicap social dans la sphère privée, le législateur entretenait une forme de secret plus ou moins opposable à l'enfant et aux tiers à propos de ses origines. La lecture du nouvel acte de naissance ne devait pas renseigner les tiers sur l'origine adoptive de cette filiation¹²⁵⁵.

Cependant, la rupture des liens de l'enfant avec sa famille d'origine n'a jamais été tout à fait complète. Tout d'abord, le jugement d'adoption ne produit pas d'effet rétroactif, ce qui implique donc la référence, au moins par prétérition, à une autre filiation de l'enfant, antérieure¹²⁵⁶. Ensuite, l'article 356 du Code civil précise que malgré l'adoption plénière, le mariage reste prohibé en ligne directe avec tous les ascendants et descendants et alliés de l'enfant, avec ses frères et sœurs et avec ses oncle, tante, neveu ou nièce. Enfin, la rupture n'est pas complète non plus en cas d'adoption de l'enfant par le conjoint, puisque l'article 356 du Code civil dispose que : « *l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille* ». Cette disposition était notamment fondée sur la très ancienne jurisprudence de la Cour de cassation qui a déterminé qu'il était dans l'intérêt de l'enfant d'entretenir des relations avec ses grands-parents¹²⁵⁷. L'idée de continuité

1253. « En 1998, 6310 demandes d'adoption simple, 4394 d'adoption plénière. L'institution est bloquée dans son développement par le déséquilibre entre l'offre et la demande d'enfants adoptables. Ce déséquilibre a conduit à l'importation d'enfants de pays pauvres. L'Amérique latine, Brésil en tête, en Europe la Roumanie avaient beaucoup exporté : des réactions défensives s'étaient parfois manifestées dans ces pays. Un champ différent mériterait d'être exploré, qui relèverait de la sociologie politique, voire cosmopolitique. Le désir d'enfant est de toutes les époques, mais l'émergence d'une législation est plus que la somme de désirs individuels. Le mystère, c'est cette vague législative qui, entre les deux guerres mondiales, déjà et plus violemment encore après la seconde, a déferlé sur de sociétés où l'adoption des mineurs avait été jusque-là soit ignorée, soit somnolente. Une corrélation initiale avec les grandes tueries est vraisemblable ; et si l'euphorie de l'institution a persisté alors que la paix est revenue dans les pays riches, c'est que les pays pauvres n'ont pas cessé d'engendrer des guerres et des orphelins. Plus généralement, cependant, sans non plus négliger la force des intérêts, moraux ou matériels, qui sont désormais impliqués dans l'institution, on peut penser qu'aujourd'hui le ressort le plus efficace du phénomène devrait être cherché dans une pression nataliste exercée par la société sur les ménages sans enfant, labellisés comme stériles, infertiles, pression diffuse, aiguës par des symboles, arrivée par les médias » : J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 517, p. 1128.

1254. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, introduction, biens, personne, famille*, n° 2138, p. 889.

1255. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 342, p. 162.

1256. J. VIDAL, « Un droit à la connaissance de ses origines », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, p. 736.

1257. Cour impériale de Paris, 21 avril 1853, *affaire L... c./ S...*, S. 1853, 2, n° 297 ; Cass. civ. 8 juillet 1857, *affaire, Jaumes c./ Jac du Puget*, D. 1857, I, p. 273, S. 1857, 1, n° 721 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 2009, pourvoi n° 08-11035, *bull.* 2009, I, n° 2, A. GOUTTENOIRE, « Du droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses grands-parents... invoqué par les grands-parents ! », *lexbase hebdo* 2009, n° 337 ; P. MURAT, « L'octroi de relations personnelles entre l'enfant et ses grands-parents en cas de conflit familial aigu », *dt. fam.* avril 2004, comm. 41, pp. 38-39 ; Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 2010, pourvoi n° 09-65838, inédit, A. GOUTTENOIRE, « Autorité parentale : panorama de la dernière jurisprudence (avril-mai 2010) », *lexbase hebdo* 2010, n° 398 ; J. HAUSER, « Refus du droit de visite des grands-parents : du motif grave de refus à l'intérêt supérieur de l'enfant », *RTD civ.*

est encore plus marquée avec l'adoption simple, qui, pour sa part, dans une philosophie très différente, est au contraire construite sur la permanence de la filiation antérieure de l'enfant, puisque l'article 364 du Code civil dispose que : « *L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits notamment ses droits héréditaires* ».

182. Autonomie de la filiation naturelle et de la filiation adoptive. Il convient de souligner le caractère récent et peut être trompeur de l'assimilation de la filiation adoptive avec la filiation naturelle. Si Napoléon avait évoqué l'image d'une adoption singeant la filiation naturelle, il ne s'agissait pas pour autant de l'assimiler à cette filiation¹²⁵⁸: imiter n'est pas contrefaire¹²⁵⁹. D'ailleurs, jusqu'à la loi de 1966 qui a créé l'adoption plénière, l'adoption ne rompait pas les liens que l'enfant pouvait avoir avec sa famille d'origine¹²⁶⁰. Contrairement à ce que l'on a pu croire parfois, l'adoption, n'a donc jamais été fondée sur l'apparence de fécondité des parents adoptifs de l'enfant, ni même sur la possibilité qu'ils soient confondus avec ses « vrais » parents¹²⁶¹. Initialement même, l'adoption n'était possible qu'à la condition de ne justement avoir aucun héritier et que l'enfant soit majeur¹²⁶². A l'inverse, en présence d'héritiers, lorsqu'une confusion était possible sur la nature des liens, une autre institution spécifique était utilisée : l'affiliation¹²⁶³. D'autre part, dès la création de l'adoption plénière en 1966, elle fut ouverte aux personnes célibataires, ce qui, de fait, la déconnectait de toute apparence de fécondité. Enfin, la généralisation de l'adoption internationale a introduit entre les enfants et leurs parents adoptifs des différences ethniques

2010, p. 548.

1258. H. FULCHIRON, P. MURAT, « Splendeurs et misères de l'adoption. Abandon et adoption », *Autrement* 1988, n° 96, p. 97.

1259. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption », *D.* 1991, p. 209.

1260. « A sa naissance, le 16 octobre 1954, un enfant déclaré né de père et de mère inconnus, fait l'objet d'un jugement de légitimation adoptive le 4 octobre 1955, au profit des époux Novack. Cependant, le père naturel de l'enfant, sans nouvelle de sa concubine, a, le 21 octobre 1954, fait une reconnaissance de l'enfant dont sa concubine était enceinte et, en même temps, demandé au Parquet de rechercher l'enfant. Trois ans plus tard, le père naturel s'étant réconcilié et marié avec la mère naturelle de l'enfant manifesta son désir, quand l'enquête eut permis de savoir ce qu'était devenu l'enfant, de le reprendre afin qu'il soit légitimé. Un long conflit et une longue suite de procès commencèrent entre les deux familles, celle des parents adoptifs se dissociant à l'occasion d'un divorce. Le 11 juin 1966, la Cour de cassation rejeta définitivement le pourvoi des parents naturels » : C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 337, p. 233.

1261. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse datc. Grenoble, 2003, n° 1, p. 7.

1262. J. HAUSER, « Adoption ou procréation médicalement assistée : les termes de l'alternative », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, 1997, p. 14.

1263. « L'affiliation est une institution très voisine de l'adoption, et qui parfois en prend le nom : mais elle est inspirée par un tout autre sentiment que celui où naît l'adoption. L'affiliation, en effet, suppose que l'affiliant a déjà des enfants naturels, tandis que l'adoption, considérée dans ses origines, suppose que l'adoptant n'a pas d'enfants naturels » : P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français, accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*, n° 489, p. 533.

qu'il est souvent impossible d'ignorer¹²⁶⁴.

Suivant le fil de l'histoire¹²⁶⁵, la nouvelle loi relative à l'ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe n'a fait que parachever la décorrélation qui existait déjà entre la crédibilité naturelle de la filiation adoptive de l'enfant et sa filiation juridique¹²⁶⁶. Désormais, malgré la persistance de l'article 352¹²⁶⁷ elle ne fait plus illusion¹²⁶⁸. Et pourquoi devrait-il en être autrement¹²⁶⁹? Malgré quelques efforts législatifs, il est incontestable qu'elle conserve toujours une certaine autonomie par rapport à la filiation naturelle à tel point que l'on martèle régulièrement qu'elles sont équivalentes. Ainsi, l'article 6-1 du Code civil est-il venu préciser que : « *Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droit et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent Code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe* »¹²⁷⁰. Or le titre VII du Code civil concerne justement la filiation naturelle de l'enfant. De même, l'article 358 du Code civil précise : « *L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes*

1264. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La loi doit-elle être bonne pour tous ? », *dt. fam.* janvier 2013, repère 1.

1265. J. ELLUL, « Il faut suivre le cours de l'histoire », in *Exégèse des nouveaux lieux communs*, p. 32.

1266. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* 2013, n° 0114, p. 8253 ; Cl. NEIRINCK, « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 9-12 ; A. BATTEUR, « A propos du projet de mariage pour tous : le maintien dans le Code civil du double sens du mot parent est un impératif juridique ! », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 12-15 ; A. MIRKOVIC, « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 18-21 ; A. MIRKOVIC, « La situation juridique des enfants élevés par des personnes de même sexe », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 22-23 ; J. HAUSER, « Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par préterition et procrastination », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 24-27 ; S. PARICARD, « Mariage homosexuel et filiation. Quelques mots de droit comparé », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 2-31 ; H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous en droit international privé : le législateur français à la peine », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 31-36 ; A. GOUTTENOIRE, « La loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : enfin ! », *lexbase hebdo* 2013, n° 528 ; I. CORPART, « Le mariage pour tous et ses incidences sur le nom », *RJPF* 2013, n° 6, pp. 17-18 ; E. POULIQUEN, « Loi dite Mariage pour tous : les articles du Code civil modifiés », *RLDC* 2013, n° 105, pp. 43-48 ; H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP* 2013, n° 23, pp. 1123-1133 ; C. PÉRÈS, « L'article 6-1 du Code civil : heurts et malheurs du titre préliminaire », *D.* 2013, n° 20, pp. 1370-1373 ; J. HAUSER, « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets) », *JCP N.* 2013, pp. 31-42 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Nouveaux mariés de même sexe : l'adoption de l'enfant du conjoint plus aisée que l'adoption conjointe », *RJPF* 2013, n° 7, pp. 31-35 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Le rayonnement de l'alliance après la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *LPA* juillet 2013, n° 133, pp. 59-68 ; A.-M. LEROYER, « La loi numéro 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.* 2013, n° 25, pp. 1697-1705 ; M. GRIMALDI, « Brèves réflexions sur la loi instituant un mariage pour tous », *defrénois* 2013, pp. 719-722 ; J. COMBRET, « Couples entre personnes de même sexe : se marier ou ne pas se marier ? Regards d'un praticien », *defrénois* 2013, pp. 723-730 ; G. CHAMPENOIS, « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 », *defrénois* 2013, pp. 731-736.

1267. Article 352 du Code civil : « *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* ».

1268. H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP* 2013, n° 23, pp. 1123-1133.

1269. « Exalter la filiation adoptive, c'est une manière d'ébranler la famille bourgeoise dans un de ses fondements, de ruiner la justification qu'elle donne de ses privilèges de naissance par l'hérédité biologique » : J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 518, p. 1130.

1270. C. PÉRÈS, « L'article 6-1 du Code civil : heurts et malheurs du titre préliminaire », *D.* 2013, n° 20, pp. 1370-1373.

droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre ». L'institution n'est pas assimilable à la filiation naturelle. Dans un cas l'enfant vit avec sa famille d'origine, dans l'autre pas¹²⁷¹. Pourquoi refuser de l'assumer ? De ce point de vue, il faut souligner que l'adoption simple est l'objet de réticences qu'elle ne mérite pas, et qui tiennent probablement à l'opposition terminologique simple/plénière¹²⁷².

183. Transparence de l'adoption. Bien qu'elle ait vocation à produire les mêmes effets que la filiation naturelle au titre de l'égalité de tous devant la loi, encouragée par l'émergence de plus en plus concrète du droit de l'enfant de connaître ses origines¹²⁷³, une évolution sémantique de fond s'est opérée entre la filiation naturelle de l'enfant et sa filiation adoptive¹²⁷⁴. Par exemple l'article 348 du Code civil dispose que « *lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption* » alors que l'article 6-1 du Code civil vise les « *parents* » de l'enfant. De même en ce qui concerne le nom de l'enfant, toute référence sexuée a disparu concernant la filiation adoptive¹²⁷⁵. D'une manière générale, l'article 13 de loi du 17 mai 2013 ouvrant l'adoption aux couples de personnes de même sexe est venu consacrer la distinction entre la filiation naturelle et sexuée de l'enfant à l'égard de ses « *père et mère* », et la filiation adoptive et asexuée de l'enfant à l'égard de ses « *parents* »¹²⁷⁶. L'adoption assume enfin sa singularité !

1271. « Une adoption admise pour elle même révélerait simplement la responsabilité d'adultes l'égard d'enfants dont ils ne sont pas les auteurs mais auxquels la société confie une fonction identique à celle que la loi fonde sur la foi du critère biologique. En fin de compte, sur les causalités fondant la filiation, on constate la combinaison de deux mouvements difficilement conciliables. D'une part du fait de l'introduction de la procréation assistée avec tiers donneur en droit de la filiation, de nécessairement subsidiaire jadis, l'engagement peut aujourd'hui jouer un rôle causal premier et il s'en trouve donc d'autant renforcé : des filiations par la parole, fondée sur la promesse, peuvent être originelles. D'autre part, le mythe de l'engendrement qui innerve notre droit de la filiation se trouve de plus en plus largement en porte-à-faux par rapport aux pratiques qui se construisent dans le respect et l'acceptation des singularités de l'histoire personnelle : la force du récit fictif qui sous-tendait le droit s'en trouve affaiblie. Ce qui paraît en cause n'est pas le décalage entre la fiction et la réalité, mais que la narration dont la fiction juridique est porteuse contrarie aujourd'hui d'autres valeurs jugées supérieures, comme le respect des histoires personnelles » : P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 415.

1272. « D'autres termes qualifiants et non hiérarchisants peuvent en effet être proposés. L'adoption simple est une adoption de complément ; l'adoption plénière est une adoption de remplacement. Les termes choisis devraient permettre de qualifier les adoptions, sans jugement de valeur. La réflexion a souvent été axée sur le mot simple. Il a été proposé, sans succès, de remplacer l'adoption simple par les appellations d'adoption d'alliance jointe ou relative, ou par adoption additive [...] Une recherche portant sur les deux adoptions serait plus pertinente. Une nouvelle opposition pourrait ainsi se dégager : adoption *additive* / adoption *substitutive* » : C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 435, p. 306.

1273. P. MURAT, « L'effectivité du droit de l'enfant de connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 17.

1274. A. BATTEUR, « A propos du projet de mariage pour tous : le maintien dans le Code civil du double sens du mot parent est un impératif juridique », *dt. fam.* janvier 2013, dossier n° 3.

1275. H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP* 2013, n° 23, pp. 1123-1133.

1276. Cl. NEIRINCK, « La construction d'une filiation homosexuelle au Québec : vers la dessexualisation de l'état civil », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit*, *Revue problèmes*

Cette nouveauté n'est pas anodine, puisque désormais l'acte de naissance de l'enfant, sur lequel est mentionné le nom de ses parents, peut faire apparaître le nom de deux hommes ou celui de deux femmes comme « parents » de l'enfant¹²⁷⁷. Pourquoi dans ce cas le voile opaque de l'adoption plénière qui, de ce fait, n'a plus aucune utilité, devrait-il toujours compliquer l'exercice du droit de l'enfant de connaître ses origines¹²⁷⁸? L'article 352 qui empêche l'enfant de rechercher sa filiation naturelle, à côté de sa filiation adoptive¹²⁷⁹, aura sans doute du mal à trouver dans le futur une justification au regard du droit de l'enfant de connaître ses origines¹²⁸⁰. Et cela d'autant plus que la tendance actuelle est plutôt à la reconnaissance d'un lien de filiation polygonéique, visant à dépasser l'idée que l'enfant a seulement un père et une mère. D'ailleurs d'autres législations ont déjà consacré l'exercice de l'autorité parentale à trois sur le même enfant¹²⁸¹; ce que l'article 371-1 du Code civil n'empêche pas dans sa nouvelle rédaction qui ne limite pas l'autorité parentale à deux personnes¹²⁸². Mais sans aller jusque là, il n'est pas impossible que la seule transparence de l'adoption simple à l'égard de l'enfant, officielle, puisse être suffisante pour lui faciliter la construction symbolique de sa personnalité¹²⁸³.

politiques et sociales, juin 2009, n° 961, p. 36.

1277. A. MIRKOVIC, « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *dt. fam.* janvier 2013, dossier n° 5.

1278. « Il n'en reste pas moins évident que la loi du 17 mai 2013 emporte un changement notable de perception de l'adoption : désormais, l'adoption ne doit plus singer la nature, puisqu'elle est le seul moyen d'établir à l'égard d'un enfant deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles. C'est en cela que la loi nouvelle traduit un choix de société avec lequel on peut ne pas être d'accord, mais qui n'est contraire à aucun droit ni aucune liberté fondamentale » : A. GOUTTENOIRE, « La loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : enfin ! », *lexbase hebdo* 2013, n° 528

1279. « Les différentes hypothèses visées par l'article 345-1 du Code civil se traduisent par l'appropriation de l'enfant par le parent, conjoint de l'adoptant. Celui-ci peut, en effet, décider seul et sans contrôle du changement de filiation de l'enfant, afin de lui donner le statut d'enfant du nouveau couple. Il semble que l'autre parent ne soit qu'un fantôme qu'il vaut mieux essayer d'oublier, dan de faciliter l'intégration de l'enfant à un foyer bi-parental. Il en est ainsi lorsque le parent fantôme : n'a pas de paternité ou de maternité établie, a été l'objet du retrait de l'autorité parentale, est mort hélas ! Dès lors, l'adoption plénière apparaît curieusement comme un moyen de contestation de la filiation du parent défunt et devient un instrument de subrogation parentale dans les mains du parent survivant » : C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 159, p. 121.

1280. Par exemple : lire à la lumière des conditions de notre temps l'affaire *Jäggi c./Suisse*, 13 juillet 2006, requête n° 58757/00.

1281. Récemment, à deux reprises, cette situation a été admise en jurisprudence au Brésil par exemple : Tribunal de Justiça de São Paulo. APELAÇÃO CIVEL. Processo n° 0006422-26.2011.8.26.0286 (14 août 2012) ; Comarca de Cascavel – Paraná – Processo n° 0038958-54.2012.8.16.0021 (20 février 2013).

1282. Article 371-1 du Code civil : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents 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 respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ».

1283. « Si le juriste n'est pas toujours bien armé pour débattre en profondeur de ces questions éminemment complexes, au moins doit-il prendre conscience de l'importance de ce que cache la filiation et dont le droit est implicitement porteur au travers de son pouvoir de nommer » : P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 420.

Paragraphe III – Le droit de participer à la procédure d'adoption

184. La disparition de la parole de l'enfant dans l'adoption. Les réformes qui se sont succédées ont nécessairement transformé de nombreux aspects de l'adoption¹²⁸⁴. Pourtant, son esprit d'origine a perduré : retranscrire en droit la volonté réciproque de transmettre une fortune et un nom pour l'adoptant et d'en assumer dignement la charge pour l'adopté¹²⁸⁵. En effet, si le legs autorise la transmission *mortis causa* d'un patrimoine matériel, si l'enseignement permet de faire prospérer, au delà de la mort, un patrimoine intellectuel, seule l'adoption, à défaut de filiation, est capable d'assurer à l'Homme, par l'appropriation générationnelle qu'elle suscite, sa quête d'immortalité sociale à travers la perpétuation de son nom¹²⁸⁶. Afin de s'adapter à notre temps, les moyens d'y parvenir ont changé¹²⁸⁷.

Par le passé, il s'agissait, un peu comme avec la possession d'état, de faire entériner, en droit, un rapport affectif et social préexistant dans le cadre consensuel d'un échange de volonté¹²⁸⁸. Aujourd'hui encore, cette façon d'adopter perdure de manière principale à travers la discrète adoption simple¹²⁸⁹. Toutefois, à partir du milieu du vingtième siècle, pour satisfaire un besoin différent d'enfant, l'adoption plénière est venue proposer le

1284. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, introduction, biens, personne, famille*, n° 2050, p. 861.

1285. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 731, p. 673.

1286. « On pourrait d'abord se demander si la procréation naturelle est désormais clairement dotée d'une finalité. La question peut paraître saugrenue mais le droit de la filiation et le droit de l'enfance nous invitent à plus de circonspection : quand on fait un enfant c'est pour soi-même ou pour lui-même ? On le fait pour soi et on l'élève pour lui ? On le fait pour qu'il vous ressemble ou qu'il vous transcende ? Si l'on veut poser la question des modes de création en termes de choix, il ne serait pas sans intérêt de répondre à cette dernière question, mais y répondra-t-on jamais ? » : J. HAUSER, « Adoption ou procréation médicalement assistée : les termes de l'alternative », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, p. 14.

1287. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1404, p. 549.

1288. Article 345 : « *La faculté d'adopter ne pourra être exercée qu'envers l'individu à qui l'on aura, dans sa minorité, et pendant six ans au moins, fourni les secours et donné des soins non interrompus, ou envers celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots* ».

Article 346 : « *L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté. Si l'adopté, ayant encore ses père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère, ou par le survivant ; et s'il est majeur de vingt cinq ans, de requérir leur conseil* ».

1289. En 2010, il y a eu 6661 demandes d'adoption simple, contre 3287 demandes d'adoption plénière : B. CAMUS, O. TIMBART, T. FERRÉ, D. BAUX, M. GUILLOT-TOUDERT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2011-2012*, La Documentation française, Paris, 2012, p. 49. En 2008, il y a eu 7167 demandes d'adoption simple, contre 3203 demandes d'adoptions plénières : B. CAMUS, O. TIMBART, D. BAUX, A. JACGERT, D. TOUSSAINT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2009-2010*, La Documentation française, Paris, 2010, p. 49 ; En 2006, il y a eu 7764 demandes d'adoption simple, contre 3955 demandes d'adoption plénière : A. MARAIS, O. TIMBART, A. JACGERT, D. TOUSSAINT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2008*, La Documentation française, Paris, 2009, p. 49.

mécanisme inverse, visant à créer en droit un lien de filiation *ab initio* qu'il appartient ensuite à l'adoptant et à l'adopté de faire fructifier moralement et affectivement tout au long de leur vie¹²⁹⁰. L'adoption n'était plus consensuelle, mais imposée à l'enfant¹²⁹¹. Jalouse, elle devenait la source d'une appropriation générationnelle sans partage¹²⁹², et non plus la retranscription juridique d'un amour filial surnuméraire réciproque¹²⁹³. Pouvait-on décréter la filiation sans avoir associé l'enfant à cette décision qui le concerne¹²⁹⁴?

De ce point de vue, les rédacteurs du Code civil de 1804 étaient sans doute bien plus attachés à la liberté des Hommes que le rédacteur de la loi de 1966¹²⁹⁵. Ce caractère unilatéral, ayant vocation à exclure la personne de l'enfant, a progressivement évolué vers ce qui est désormais plutôt un « droit à... » l'enfant¹²⁹⁶. Pourquoi l'affirmer¹²⁹⁷? Parce que l'enfant est systématiquement présenté de manière passive¹²⁹⁸, comme l'objet du droit des adoptants¹²⁹⁹.

1290. Article 345 du Code civil : « *L'adoption n'est permise qu'en faveur des enfants âgés de moins de quinze ans, accueillis au foyer du ou des adoptants depuis au moins six mois. Toutefois, si l'enfant a plus de quinze ans et a été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter ou s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint cet âge, l'adoption plénière pourra être demandée, si les conditions en sont remplies, pendant la minorité de l'enfant et dans les deux ans suivant sa majorité* ».

1291. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption », *D.* 1991, p. 209.

1292. Article 352 du Code civil : « *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* ».

1293. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 16, p. 22.

1294. Article 359 du Code civil : « *L'adoption est irrévocable* ».

Article 370 du Code civil : « *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* ».

1295. « Ce que l'on ne relève pas assez, c'est que la Convention avait trop le sens de la liberté individuelle pour accepter l'adoption des mineurs, telle que nous la pratiquons maintenant : l'adoption devait être ratifiée par l'adopté, expressément ou tacitement, dans l'année de sa majorité. Le même scrupule individualiste explique que, dans le système de 1804, seuls les majeurs pussent être adoptés : la tutelle officieuse d'un mineur pouvait préparer son adoption, mais elle ne pouvait devenir adoption qu'à sa majorité et de son consentement » : J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 517, p. 1128.

1296. A. GOUTTENOIRE, « Adopter ou être adopté n'est pas un droit fondamental... », *lexbase hebdo* 2010, n° 425.

1297. N. BETTIO, « Le Droit à l'enfant nouveau droit de l'Homme ? », *revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger* octobre 2010, n° 2, p. 473.

1298. « Je suis née le 5 novembre 1964. J'ai été abandonnée à la naissance et adoptée à l'âge de 9 mois. Je devais avoir entre 4 ou 5 ans lorsque j'ai appris mon adoption de la bouche de ma mère adoptive qui m'a expliqué que je n'étais pas née de son ventre. Pour m'épargner, et me rendre cette vérité plus acceptable, elle m'a aussi dit que mes parents de naissance étaient morts, ce qui expliquait mon adoption. J'ai donc vécu avec cette idée-là jusqu'à l'âge de 17 ans » : G. SOUTY, P. DOUPONT, « Paroles d'abandonnée », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 44.

1299. « Pendant longtemps on a pensé que l'enfant ne se souvenait pas, parce qu'il était trop petit. En fait, comme l'écrit Nancy Newton Verrier, les bébés ne sont pas insensibles ; c'est nous qui le sommes. En réalité, ils ont perdu leur mère et doivent faire un deuil. Et personne ne les aide dans ce deuil pour lequel il y a au contraire déni : tout le monde dit : « l'adoption c'est beau : les enfants adoptés ont les mêmes problèmes que les autres... Comme si j'étais la seule à voir que j'étais noire, et que personne ne s'en apercevait », me disait une adolescente adoptée, originaire du Sri Lanka. En général les thérapeutes disent leurs problèmes n'ont rien à voir avec l'adoption. Et l'adoption empêche le deuil me disait la même adolescente. Et puis, depuis quelques années à peine, on est interpellé par les difficultés des adoptants et les difficultés des adoptés nés à l'étranger. Ils sont

L'action principale se déroule sans l'enfant¹³⁰⁰, trop jeune pour avoir un avis¹³⁰¹.

185. Parole de l'enfant. La consécration textuelle de l'association de l'enfant aux décisions qui le concernent est récente¹³⁰². L'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant stipule que « *Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale* »¹³⁰³. Il a été repris à l'article 4 de la Convention de La Haye de 1993 : « *Les États doivent s'assurer, eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant, que celui-ci a été entouré de conseils et dûment informé sur les conséquences de l'adoption et de son consentement à l'adoption, si celui-ci est requis ; que les souhaits et avis de l'enfant ont été pris en considération ; que le consentement de l'enfant à l'adoption, lorsqu'il est requis a été donné librement, dans les formes légales requises, et que son consentement a été donné ou constaté par écrit et que ce consentement n'a pas été obtenu moyennant payement ou contrepartie d'aucune sorte* ». Sous l'influence du Comité international des droits de l'enfant¹³⁰⁴, ce principe juridique a par la suite été retranscrit dans toutes les législations qui ne le connaissaient pas déjà et s'est progressivement étendu à l'ensemble des domaines qui touchent de près ou de loin à l'enfance¹³⁰⁵.

surreprésentés dans les services de pédopsychiatrie et chez les juges des enfants » : P. VERDIER, « Des souffrances spécifiques. Difficultés des adoptés nés à l'étranger », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 38.

1300. M. JUSTON, « La parole de l'enfant devant le juge aux affaires familiales : enfant-roi, enfant-proie », *gaz. pal.* 2013, n° 75, p. 11.

1301. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 733, p. 678.

1302. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, dact. Lyon, 1994 ; A. GOUTTENOIRE, « Mineurs », *répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2010, n° 5, p. 4.

1303. A. GOUTTENOIRE, C. GRIS, B. MAUMONT, M. MARTINEZ, P. MURAT, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *dt. fam.* novembre 2009 n° 25, p. 18.

1304. M. JUSTON, « La parole de l'enfant devant le juge aux affaires familiales : enfant-roi, enfant-proie », *gaz. pal.* 2013, n° 75, p. 11.

1305. Voir par exemple pour l'état initial de la prise en compte de la parole de l'enfant : CRC/C/3/Add. 15, 4 juin 1993, § 182. (France) ; CRC/C/11/Add. 5, 16 septembre 1994, § 20. (Allemagne) ; CRC/C/11/Add. 1, 28 mars 1994, § 128. (Royaume-Uni) ; CRC/C/11/Add. 14, 26 juin 1997, § 77. (Autriche) ; CRC/C/11/Add. 4, 6 septembre 1994 ; CRC/C/11/Add. 3, 29 juillet 1994, § 76. (Canada) ; CRC/C/8/Add. 8, 12 octobre 1993, § 59. (Danemark) ; CRC/C/8/Add. 6, 26 octobre 1993, § 106. (Espagne) ; CRC/C/8/Add. 22, 31 janvier 1995, § 158. (Finlande) ; CRC/C/8/Add. 34, 24 septembre 1996, § 31. (Hongrie) ; CRC/C/11/Add. 6, 15 mars 1995, § 116. (Islande) ; CRC/C/8/Add. 18, 20 février 1995, § 76. (Italie) ; CRC/C/41/Add. 2, 11 avril 1997, § 119. (Luxembourg) ; CRC/C/8/Add. 7, 12 octobre 1993, § 114. (Norvège) ; CRC/C/51/Add. 1, 24 juillet 1997, § 54. (Pays-Bas) ; CRC/C/3/Add. 30, 16 septembre 1994, § 38. (Portugal) ; CRC/C/3/Add. 1, 23 septembre 1992, § 54. (Suède) ; CRC/C/78/Add. 3, 19 octobre 2001, § 102. (Suisse).

186. Comité international des droits de l'enfant. Selon le Comité international des droits de l'enfant, le principe du droit de l'enfant d'être entendu est l'un des trois « *principes généraux* » consacrés par la Convention, que sont : le droit à la non-discrimination, l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit d'être entendu. La mise en pratique du droit de l'enfant d'exprimer son opinion est primordiale, parce qu'elle a, selon lui, vocation à faire de l'enfant le sujet de ses propres droits¹³⁰⁶. Dans un premier temps, le Comité s'est contenté de vérifier dans quelle mesure le droit de l'enfant d'être entendu était retranscrit dans les législations nationales¹³⁰⁷. Pour les États qui ne l'avaient pas encore reconnu, il les a incités à en faire une priorité¹³⁰⁸. Cependant il ne se contente pas d'une retranscription approximative¹³⁰⁹. Les États parties doivent reprendre les principes de la Convention comme il le faut¹³¹⁰, en examinant tous les moyens d'encourager l'expression de l'opinion des enfants et de faire en sorte que leur avis soit dûment pris en considération dans toutes les décisions qui concernent leur vie quotidienne¹³¹¹. En particulier, la prise en compte de la parole de l'enfant doit s'adresser aux catégories d'enfants vulnérables telles que les filles, les enfants issus de minorités, les enfants handicapés, les enfants se trouvant en établissement pénitentiaire ou autrement privés de leur liberté, les enfants maltraités au sein de leur famille, les enfants victime de l'exploitation sexuelle, ou encore les enfants vivant ou travaillant dans la rue¹³¹².

1306. CRC/C/15/Add.76, 18 juin 1997, § 16. (Algérie); CRC/C/15/Add.201, 18 mars 2003, § 36. (République Tchèque); CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 34. (République Tchèque); CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, § 35. (Turquie).

1307. CRC/C/15/Add. 20, 25 avril 1994, § 7. (France); CRC/C/15/Add. 41, 7 novembre 1995, § 15. (Italie); CRC/C/15/Add. 228, 26 février 2004, § 36. (Inde).

1308. CRC/C/15/Add. 16, 7 février 1994, § 14. (Roumanie); CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 27. (Royaume Uni); CRC/C/15/Add. 33, 15 février 1995, § 24. (Danemark); CRC/C/15/Add. 81, 21 octobre 1997, § 13. (République Tchèque); CRC/C/15/A dd. 87, 24 juin 1998, § 10. (Hongrie); CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 24. (Géorgie).

1309. CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 14. (Royaume Uni); CRC/C/15/Add. 42, 27 novembre 1995, § 7. (Ukraine); CRC/C/15/Add. 60, 30 octobre 1996, § 11. (Maroc); CRC/C/15/A dd. 87, 24 juin 1998, § 30. (Hongrie); CRC/C/15/Add. 158, 9 juillet 2001, § 22. (Monaco); CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 25. (Italie).

1310. CRC/C/15/Add. 37, 20 juin 1995, § 13. (Canada); CRC/C/15/A dd. 87, 24 juin 1998, § 13. (Hongrie); CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 29. (Croatie); CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 34. (République Tchèque).

1311. CRC/C/15/Add. 20, 25 avril 1994, § 7. (France); CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 27. (Royaume Uni); CRC/C/15/Add. 37, 20 juin 1995, § 23. (Canada); CRC/C/15/Add. 42, 27 novembre 1995, § 23. (Ukraine); CRC/C/15/Add. 53, 13 février 1996, § 13. (Finlande); CRC/C/15/Add. 76, 18 juin 1997, § 16. (Algérie); CRC/C/15/Add. 76, 18 juin 1997, § 33. (Algérie); CRC/C/15/Add. 81, 21 octobre 1997, § 30. (République Tchèque); CRC/C/15/Add. 151, 10 juillet 2001, § 31. (Danemark); CRC/C/15/Add. 188, 9 octobre 2002, § 30. (Royaume-Uni); CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 26. (Estonie); CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 25. (Géorgie); CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 28. (Allemagne); CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 29. (Croatie); CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 30. (Fédération de Russie); CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 33. (Royaume-Uni); CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 34. (République Tchèque).

1312. CRC/C/15/Add. 81, 21 octobre 1997, § 13. (République Tchèque); CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 28. (Lesotho); CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 23. (Portugal); CRC/C/15/Add. 182, 13 juin 2002, § 27. (Suisse); CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 29. (Allemagne); CRC/C/15/Add. 228, 26 février 2004, § 36. (Inde); CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 30. (Croatie); CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 31. (Fédération de Russie); CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 32. (Royaume-Uni);

187. Diffusion. Dans chaque nouvelle mesure législative ou tout nouveau programme politique édicté concernant les enfants, le principe du droit de l'enfant d'être entendu doit dûment être pris en considération par les États parties¹³¹³. Le Comité international des droits de l'enfant insiste sur le fait que cette parole doit être aussi bien entendue dans l'administration, devant la justice, au sein de la communauté locale ou à l'école¹³¹⁴. Mais il va plus loin, mettant en avant la nécessité de prémunir l'enfant contre les pratiques et attitudes traditionnelles au sein de certaines familles qui ne respectent pas sa parole¹³¹⁵. Lorsque le dispositif légal existe déjà, le Comité demande aux États parties d'étudier le moyen de faciliter la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent¹³¹⁶. Pour se faire, il encourage l'État partie à lancer des campagnes publicitaires destinées à sensibiliser tous les publics amenés à côtoyer les enfants¹³¹⁷. En particulier, ce principe doit être connu aussi bien au sein des

CRC/C/MDA/CO/3, 20 février 2009, § 32. (Moldavie) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 29. (Finlande) ; CRC/C/ISL/CO/3-4, 23 janvier 2012, § 28. (Islande) ; CRC/C/GRC/CO/2-3, 13 août 2012, § 30. (Grèce).

1313. CRC/C/15/Add. 87, 24 juin 1998, § 30. (Hongrie) ; CRC/C/15/Add. 92, 24 juin 1998, § 28. (Luxembourg) ; CRC/C/15/Add. 142, 21 février 2001, § 21. (Lettonie) ; CRC/C/15/Add. 146, 21 février 2001, § 19. (Lituanie) ; CRC/C/15/Add. 151, 10 juillet 2001, § 31. (Danemark) ; CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 23. (Portugal) ; CRC/C/15/Add. 178, 13 juin 2002, § 21. (Belgique) ; CRC/C/15/Add. 182, 13 juin 2002, § 26. (Suisse) ; CRC/C/15/Add. 188, 9 octobre 2002, § 30. (Royaume-Uni) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2005, § 26. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 199, 18 mars 2003, § 30. (Roumanie) ; CRC/C/15/Add. 201, 18 mars 2003, § 35. (République Tchèque) ; CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 28. (Allemagne) ; CRC/C/15/Add. 228, 26 février 2004, § 36. (Inde) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 21. (France) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 30. (Croatie) ; CRC/C/15/Add. 248, 30 mars 2005, § 23. (Suède) ; CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 26. (Autriche) ; CRC/C/15/Add. 250, 31 mars 2005, § 27. (Luxembourg) ; CRC/C/DNK/CO/3, 23 novembre 2005, § 27. (Danemark) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 30. (Fédération de Russie) ; CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 25. (Lettonie) ; CRC/C/MDA/CO/3, 20 février 2009, § 32. (Moldavie) ; CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 30. (Suède) ; CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 33. (Tunisie) ; CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 32. (Biélorussie) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 36. (République Tchèque).

1314. CRC/C/15/Add. 20, 25 avril 1994, § 7. (France) ; CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 14. (Royaume Uni) ; CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 27. (Royaume Uni) ; CRC/C/15/Add. 33, 15 février 1995, § 24. (Danemark) ; CRC/C/15/Add. 37, 20 juin 1995, § 13. (Canada) ; CRC/C/15/Add. 76, 18 juin 1997, § 33. (Algérie) ; CRC/C/15/Add. 122, 2 février 2000, § 19. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 115, 23 février 2000, § 34. (Inde) ; CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 28. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 27. (Lesotho) ; CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 33. (Turquie) ; CRC/C/15/Add. 272, 20 octobre 2005, § 23. (Finlande) ; CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, § 34. (Turquie).

1315. CRC/C/15/Add. 122, 2 février 2000, § 19. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 28. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 27. (Lesotho) ; CRC/C/15/Add. 191, 9 octobre 2002, § 33. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 199, 18 mars 2003, § 30. (Roumanie) ; CRC/C/15/Add. 206, 2 juillet 2003, § 26. (Zambie) ; CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003, § 30. (Maroc) ; CRC/C/15/Add. 228, 26 février 2004, § 36. (Inde) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 33. (Algérie) ; CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, § 34. (Turquie).

1316. CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 27. (Royaume Uni) ; CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 25. (Hongrie).

1317. CRC/C/15/Add. 76, 18 juin 1997, § 33. (Algérie) ; CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 29. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 126, 28 juin 2000, § 25. (Norvège) ; CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 28. (Lesotho) ; CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 34. (Turquie) ; CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 23. (Portugal) ; CRC/C/15/Add. 180, 13 juin 2002, § 32. (Biélorussie) ; CRC/C/15/Add. 182, 13 juin 2002, § 27. (Suisse) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 26. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 25. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 29. (Allemagne) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 22. (France) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 30. (Croatie) ; CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 26. (Autriche) ; CRC/C/15/Add. 250, 31 mars 2005, § 27. (Luxembourg) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 34. (Algérie) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 31. (Fédération de Russie) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 32. (Lituanie) ; CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 25. (Lettonie) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009,

communautés que dans les provinces les plus reculées des États parties¹³¹⁸. Ces dispositifs publicitaires doivent également être utilisés pour diffuser auprès des enfants la connaissance de leurs droits afin que leurs représentants légaux ne puissent pas les priver de l'exercice de ce droit¹³¹⁹. Il peut être utile de concevoir un guide des bonnes pratiques, pour identifier les freins et les leviers déterminants dans l'exercice de ce droit de l'enfant¹³²⁰. Le Comité insiste par ailleurs sur la nécessité de mettre en place des formations adaptées pour les personnels et les parents en contact avec les enfants, pour qu'ils soient à même de recueillir les opinions de l'enfant¹³²¹.

188. Discernement. Selon l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant, le droit de l'enfant d'être entendu ne doit être conditionné qu'à la détermination de son discernement¹³²². Il n'en donne aucune définition. Cependant, il est primordial que cette condition soit respectée, en particulier, en ne fixant pas de seuil d'âge¹³²³. En revanche, lorsque l'enfant est très jeune, il est impératif qu'il puisse être auditionné de manière spécifique, notamment dans des conditions satisfaisantes de confidentialité¹³²⁴.

§ 40. (France) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 36. (République Tchèque) ; CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, § 35. (Turquie).

1318. CRC/C/15/Add. 122, 2 février 2000, § 19. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 199, 18 mars 2003, § 30. (Roumanie) ; CRC/C/15/Add. 206, 2 juillet 2003, § 27. (Zambie) ; CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003, § 31-c. (Maroc) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 34. (Algérie) ; CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 29. (Suède) ; CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 33. (Tunisie).

1319. CRC/C/15/Add. 178, 13 juin 2002, § 21. (Belgique) ; CRC/C/15/Add. 191, 9 octobre 2002, § 34. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 203, 31 janvier 2003, § 26. (Islande) ; CRC/C/15/Add. 228, 26 février 2004, § 37. (Inde) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 22. (France) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 30. (Croatie) ; CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 26. (Autriche) ; CRC/C/15/Add. 250, 31 mars 2005, § 27. (Luxembourg) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 34. (Algérie) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 31. (Fédération de Russie) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 32. (Lituanie) ; CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 25. (Lettonie) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 40. (France).

1320. CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 37. (Canada).

1321. CRC/C/15/Add. 115, 23 février 2000, § 35. (Inde) ; CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 34. (Turquie) ; CRC/C/15/Add. 182, 13 juin 2002, § 27. (Suisse) ; CRC/C/15/Add. 191, 9 octobre 2002, § 34. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 203, 31 janvier 2003, § 27. (Islande) ; CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 27. (Estonie) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 26. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 29. (Allemagne) ; CRC/C/15/Add. 228, 26 février 2004, § 37. (Inde) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 22. (France) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 30. (Croatie) ; CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 26. (Autriche) ; CRC/C/15/Add. 250, 31 mars 2005, § 27. (Luxembourg) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 34. (Algérie) ; CRC/C/DNK/CO/3, 23 novembre 2005, § 28. (Danemark) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 31. (Fédération de Russie) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 32. (Lituanie) ; CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 25. (Lettonie) ; CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 30. (Suède) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 40. (France) ; CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 37. (Danemark) ; CRC/C/GRC/CO/2-3, 13 août 2012, § 30. (Grèce).

1322. CRC/C/15/Add. 206, 2 juillet 2003, § 27. (Zambie) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 39. (France) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 29. (Finlande).

1323. CRC/C/15/Add. 132, 16 octobre 2000, § 29. (Finlande) ; CRC/C/15/Add. 158, 9 juillet 2001, § 22. (Monaco) ; CRC/C/15/Add. 151, 10 juillet 2001, § 30. (Danemark) ; CRC/C/15/Add. 272, 20 octobre 2005, § 22. (Finlande) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 32. (Lituanie) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 29. (Finlande).

1324. CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 29. (Finlande).

L'appréciation du discernement de l'enfant doit être laissée entre les mains des juges afin de donner le plus d'occasions possibles aux enfants d'être entendus¹³²⁵. De plus, l'appréciation du discernement doit se faire au cas par cas, et le législateur ne peut pas conditionner l'audition de l'enfant à la fois à un âge limite et à son discernement¹³²⁶. Enfin, il n'est pas acceptable que l'appréciation du discernement de l'enfant puisse aboutir à des pratiques arbitraires de la part des juges¹³²⁷.

189. Évolution. A partir des années 2000, le Comité international des droits de l'enfant devient plus précis dans ses exigences¹³²⁸. Il affirme par exemple que l'enfant doit être entendu systématiquement dans le contexte des procédures de garde à la suite de la séparation des parents, ou dans les décisions de placement en institution publique ou d'adoption¹³²⁹. Cela implique que l'exercice du droit ne soit pas conditionné à la demande par l'enfant d'être entendu¹³³⁰. L'audition doit être automatique. Il recommande en ce sens l'adoption d'une loi de portée générale ayant vocation à rendre ce droit applicable par principe dans tous les domaines qui concernent l'enfant¹³³¹.

190. L'enfant écouté. Bien qu'il n'ait pas la qualité de partie¹³³², lors de la procédure d'adoption, la personne mineure peut demander à être écoutée au terme de l'article 388-1 du Code civil qui dispose que : « *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, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait*

1325. CRC/C/15/Add. 158, 9 juillet 2001, § 23. (Monaco) ; CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 23. (Portugal) ; CRC/C/15/Add. 191, 9 octobre 2002, § 33. (Ukraine) ; CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 35. (Belgique) ; CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 31. (Biélorussie).

1326. CRC/C/15/Add. 76, 18 juin 1997, § 16. (Algérie) ; CRC/C/15/Add. 272, 20 octobre 2005, § 22. (Finlande) ; CRC/C/NOR/CO/4, 3 mars 2010, § 24. (Norvège).

1327. CRC/C/15/Add. 180, 13 juin 2002, 31. (Biélorussie).

1328. CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 24. (Lettonie) ; CRC/C/NOR/CO/4, 3 mars 2010, § 24. (Norvège).

1329. CRC/C/15/Add. 170, 2 avril 2002, § 38. (Grèce) ; CRC/C/15/Add. 188, 9 octobre 2002, § 29. (Royaume-Uni) ; CRC/C/15/Add. 191, 9 octobre 2002, § 33. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 25. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 29. (Allemagne) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 22. (France) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 30. (Fédération de Russie) ; CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 24. (Hongrie) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 32. (Lituanie) ; CRC/C/MDA/CO/3, 20 février 2009, § 31. (Moldavie) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 39. (France) ; CRC/C/NOR/CO/4, 3 mars 2010, § 25. (Norvège) ; CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 35. (Belgique) ; CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 36. (Danemark) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 29. (Finlande) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 36. (République Tchèque) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 26. (Italie).

1330. CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 21. (France) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 39. (France).

1331. CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 27. (Italie) ; CRC/C/ISL/CO/3-4, 23 janvier 2012, § 29. (Islande) ; CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 28. (Autriche) ; CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 37. (Canada).

1332. A. GOUTTENOIRE, « Mineurs », *répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2010, n° 2, p. 3.

la demande »¹³³³. Recueillir l'avis du mineur n'est donc pas obligatoire¹³³⁴. Toutefois, le juge est tenu de vérifier que le mineur a bien été informé de son droit. Il a également l'obligation d'entendre le mineur lorsque par l'intermédiaire de son avocat (le plus souvent)¹³³⁵, il en fait la demande¹³³⁶.

191. Avis consultatif. Quoi qu'il en soit, l'avis exprimé dans le cadre de l'adoption par l'enfant ne lie pas le juge lorsqu'il est mineur de treize ans. Cependant, il est impossible de considérer que l'audition du mineur ne soit que de pure forme¹³³⁷. En effet, en fonction de son discernement, la personne mineure peut exprimer un avis qu'il sera impossible d'ignorer. Comme le souligne la Cour européenne des droits de l'Homme¹³³⁸, « la nature plus

1333. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 347 p. 197.

1334. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 241, p. 172.

1335. Article 338-2 du Code de procédure civile : « La demande d'audition est présentée sans forme au juge par le mineur lui-même ou par les parties. Elle peut l'être en tout état de la procédure et même pour la première fois en cause d'appel ».

Article 338-4 du Code de procédure civile : « Lorsque la demande est formée par le mineur, le refus d'audition ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas. Lorsque la demande est formée par les parties, l'audition peut également être refusée si le juge ne l'estime pas nécessaire à la solution du litige ou si elle lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant mineur. Le mineur est les parties sont avisés du refus par tout moyen. Dans tous les cas, les motifs du refus sont mentionnés dans la décision au fond ».

Article 338-5 du Code de procédure civile : « La décision statuant sur la demande d'audition formée par le mineur n'est susceptible d'aucun recours ».

Article 338-6 du Code de procédure civile : « Le greffe ou, le cas échéant, la personne désignée par le juge pour entendre le mineur adresse à celui-ci, par lettre simple, une convocation en vue de son audition. La convocation l'informe de son droit à être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix ».

Article 338-7 du Code de procédure civile : « Si le mineur demande à être entendu avec un avocat et s'il ne choisit pas lui-même celui-ci, le juge requiert par tout moyen, la désignation d'un avocat par le bâtonnier ».

1336. « Attendu que l'enfant Mélissa X..., née le 21 avril 1992, a, par deux lettres transmises à la cour d'appel, l'une avant l'ordonnance de clôture, l'autre en cours de délibéré, demandé à être entendue dans la procédure de divorce de ses parents ; que la cour d'appel a statué sans entendre l'enfant et sans se prononcer sur sa demande d'audition ; en quoi la cour d'appel a violé le texte susvisé » : Cass. civ. 1re, 15 avril 2010, pourvoi n° 09-14939, inédit ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Où l'enfant demande à être entendu dans le divorce de ses parents et où sa demande n'est pas entendue », *dt. fam.* 2010, n° 6, p. 33 ; A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droits de l'enfant », *D.* 2010, n° 29, pp. 1904-1912.

1337. « Il est vrai que le consentement des mineures à l'adoption n'a pas été recueilli par les juridictions qui ont accueilli la demande d'adoption des requérants. La Cour relève toutefois qu'il ne s'agissait pas d'une omission. Âgées de 9 ans et demi à la date à laquelle les juridictions nationales se sont prononcées sur la demande d'adoption des requérants, elles n'avaient pas atteint l'âge à partir duquel leur consentement à l'adoption aurait dû être recueilli pour la validité de l'adoption, que la législation nationale a fixé à 10 ans. Or un tel seuil n'apparaît pas déraisonnable, les conventions internationales en la matière laissant aux autorités un pouvoir d'appréciation » : Affaire *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c./ Roumanie*, 22 juin 2004, requêtes n° 78028/01 et n° 78030/01, § 145 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Un arrêt de la CEDH illustre la difficulté d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'adoption internationale », *RJPF* 2004, n° 11, pp. 21-22 ; J.-F. RENUCCI, I. BERRO-LEFÈVRE, « Adoptions internationales et respect des droits de l'Homme : les ambiguïtés de l'arrêt Pini et Bertani contre Roumanie », *D.* 2004, n° 42, pp. 3026-3028 ; A. GOUTTENOIRE, P. SALVAGE-GEREST, « Droit au respect de la vie familiale et adoption internationale, une première déconcertante : l'arrêt de la CEDH du 22 juin 2004 », *dt. fam.* décembre 2004, n° 12, pp. 21-25 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation : panorama 2004 », *D.* 2005, n° 26, pp. 1748-1754.

1338. I. BERRO-LEFÈVRE, « Adoption et filiation. Droit à l'enfant, droits de l'enfant ? », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, p. 27.

faible de l'intérêt des requérants, reconnus comme parents adoptifs d'enfants âgées de presque 10 ans en l'absence de tout lien concret préexistant, ne saurait justifier le fait d'imposer aux autorités roumaines une obligation absolue d'assurer le départ des mineures pour l'Italie, contre leur gré et en ignorant les procédures judiciaires pendantes visant à remettre en cause la légalité et le bien-fondé des décisions initiales d'adoption. L'intérêt des enfants imposait, en effet, de tenir compte de leurs opinions dès lors qu'elles ont atteint la maturité nécessaire pour s'exprimer sur ce point »¹³³⁹.

Dès lors que la personne mineure s'oppose de manière consciente à l'adoption¹³⁴⁰, il est hors de question de présumer qu'elle puisse s'intégrer harmonieusement dans la famille adoptive qui la revendique¹³⁴¹. Plus encore, il est même surprenant dans cette affaire, que la Cour européenne des droits de l'Homme ait retenu l'existence d'une vie familiale dans la mesure où il n'y avait aucune réciprocité des liens affectifs¹³⁴². Le malaise était palpable dans cette décision.

Contrairement à son habitude, elle n'a pas directement fait référence à l'existence d'une vie familiale, se contentant de la sous-entendre : *« A la lumière de ce qui précède, la Cour considère qu'une telle relation, née d'une adoption légale et non fictive, pourrait être regardée comme suffisante pour mériter le respect que peut vouloir l'article 8 de la Convention, lequel trouve, dès lors, à s'appliquer »¹³⁴³*. En d'autres termes, la Cour

1339. Affaire *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c./ Roumanie*, 22 juin 2004, requêtes n° 78028/01 et n° 78030/01, § 164.

1340. C. SELLENET, « L'acharnement adoptif face au refus de l'enfant », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 13.

1341. A. GOUTTENOIRE, « Mineurs », *répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2010, n° 104, p. 16.

1342. J.-F. RENUCCI, I. BERRO-LEFÈVRE, « Adoptions internationales et respect des droits de l'Homme : les ambiguïtés de l'arrêt Pini et Bertani contre Roumanie », *D.* 2004, n° 42, pp. 3026-3028.

1343. « Je reconnais volontiers que la manière dont les procédures d'adoption se sont déroulées pour les requérants a dû être dure à supporter. Mais le fait que la procédure à l'égard des requérants n'était pas correcte ne peut à mon avis être décisif pour répondre à la question de savoir s'il existait une vie familiale entre eux et les enfants. N'est pas davantage suffisant selon moi, pour admettre l'existence d'une vie familiale, le fait que les requérants se sont toujours considérés comme les parents des mineures et se sont toujours comportés de la sorte à leur égard par la seule voie qui leur était ouverte, à savoir en leur faisant parvenir des lettres écrites en roumain. En effet, cela signifierait que, dans ce contexte, la position d'enfants âgés de presque dix ans reste complètement hors de considération. [...] La position très délicate dans laquelle ces enfants se trouvent nécessite certainement une protection spéciale. Dans la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, cette protection est accordée notamment par l'obligation faite aux États d'examiner dûment les possibilités de placement de l'enfant dans son État d'origine et de s'assurer, eu égard à l'âge et la maturité de l'enfant, que celui-ci est entouré de conseils et dûment informé sur les conséquences de l'adoption, et que les souhaits et avis de l'enfant ont été pris en considération. Il me semble que cette affaire fait naître un doute sérieux quant au respect de ces conditions » : Opinion dissidente de Mme la juge Thomassen, à laquelle se rallie M. le juge Jungwiert, affaire *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c./ Roumanie*, 22 juin 2004, requêtes n° 78028/01 et n° 78030/01.

européenne des droits de l'Homme encourage les juges internes à privilégier une appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant, sans pour autant se prononcer sur la nature de la protection due au titre de l'article 8¹³⁴⁴. Il faudrait sans doute envisager plus souvent l'adoption simple, qui par sa transparence et sa réversibilité offrirait certainement le moyen d'apaiser les craintes du mineur. Il conviendrait aussi peut être de s'interroger sur l'importance de garantir à l'enfant, dans le cadre de l'adoption en général, le droit d'être concrètement consulté au regard des conséquences particulièrement importantes sur sa vie future qu'elle engendre¹³⁴⁵. Comme le propose la doctrine, la présence systématique d'un administrateur *ad hoc* serait sans doute le moyen de remettre l'enfant au cœur de cette décision qui le concerne incontestablement¹³⁴⁶.

192. L'enfant entendu. Le principe du consentement de l'enfant à son adoption est ancien, mais l'abaissement à l'âge de treize ans date de la loi du 22 décembre 1976¹³⁴⁷. Il a par la suite été harmonisé entre l'adoption simple et l'adoption plénière par la loi du 8 janvier 1993¹³⁴⁸. Dès lors, contrairement au cas développé dans l'arrêt *Pini et Bertani et autres c./ Italie*, ce n'est plus l'intérêt de l'enfant qui commande que son avis soit pris en considération, mais un droit propre qui lui a été donné par le législateur¹³⁴⁹. Il serait fondé sur une présomption de discernement des mineurs de cet âge, et la nécessité de consentir aux actes qui sont strictement personnels et qui, par nature, ne peuvent donner lieu à assistance ou représentation¹³⁵⁰. En effet, le Code civil prévoit qu'il doit être systématiquement consulté et lui donne le droit de s'opposer à son adoption¹³⁵¹. Il s'agit véritablement d'un droit de l'enfant mineur, dans la mesure où, spécifiquement dans le cadre de l'adoption plénière, elle n'est possible que jusqu'à l'âge de quinze ans¹³⁵². Relevons que l'étude menée par l'Institut des mineurs a conclu que les enfants mineurs étaient principalement entendu entre 10 et 18 ans, et que sur un total de 125 auditions, 41,60% concernaient des personnes âgées de 13 à 15 ans, ce

1344. A. GOUTTENOIRE, « Convention de gestion pour autrui à l'étranger : l'intérêt de l'enfant sacrifié sur l'autel de l'ordre public », *lexbase hebdo* 2011, n° 436.

1345. I. BERRO-LEFÈVRE, « Adoption et filiation. Droit à l'enfant, droits de l'enfant ? », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, p. 32.

1346. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 347 p. 198.

1347. Loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976 modifiant certaines dispositions concernant l'adoption (simplification), *JORF* 23 décembre 1976, p. 7364.

1348. Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF* 9 janvier 1993, n° 7, p. 495.

1349. F. EUDIER, « Adoption », *Répertoire Dalloz*, 2013, n° 262.

1350. A. GOUTTENOIRE, « Mineurs », *répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2010, n° 138, p. 21.

1351. Article 345 du Code civil (pour l'adoption plénière) : « *S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption plénière* ».

Article 360 du Code civil (pour l'adoption simple) : « *Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, il doit consentir personnellement à l'adoption* ».

1352. C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 77, p. 64.

qui correspond très exactement à l'âge retenu par le législateur¹³⁵³.

193. Consentement formel. L'enfant doit répondre de manière solennelle à la question de savoir s'il souhaite être adopté¹³⁵⁴. Au terme de l'article 348-3 du Code civil, le consentement à l'adoption est donné soit devant un notaire, soit devant un agent diplomatique ou consulaire, soit aux services de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant leur a été remis¹³⁵⁵. Spécifiquement lorsque son consentement a été recueilli par un notaire, il fait l'objet d'un acte authentique comportant le nom, la date de naissance, le domicile et la résidence du mineur. A travers ces formalités, ce n'est pas seulement l'avis du mineur qui est recherché, mais bien son consentement, c'est-à-dire l'acceptation de la décision d'un tiers, qui entraîne des conséquences juridiques particulières pour lui¹³⁵⁶.

194. Consentement éclairé. L'article 21 de la Convention internationale des droits de l'enfant prévoit que le consentement de l'enfant à son adoption doit être donné en connaissance de cause, après s'être entouré des avis nécessaires¹³⁵⁷. Cela impliquerait qu'il puisse, le cas échéant, dénoncer son consentement sur le fondement de l'article 1109 du Code civil¹³⁵⁸. La question du bon et du mauvais dol pourrait-elle revenir sur le devant de la scène ? Selon la doctrine, la question ne pourrait pas se poser en ces termes parce que la nature juridictionnelle de la décision, et non pas consensuelle, implique une présomption irréfragable de validité du consentement¹³⁵⁹. L'office du juge, parce qu'il est garant des libertés individuelles, consiste à avoir pris lui-même les renseignements nécessaires et à s'assurer que le mineur en ait eu connaissance. Une fois éclairé correctement sur les conséquences de son adoption, l'enfant peut se servir de son droit pour, le cas échéant, faire évoluer la décision vers le choix d'une adoption simple ou d'une adoption plénière, en fonction de ce qui lui convient le mieux par exemple¹³⁶⁰.

195. Consentement obligatoire. Tout comme en matière de consultation de

1353. G. BARBIER, « La pratique bordelaise de l'audition de l'enfant », *AJ fam.* 2012, pp. 498-501.

1354. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 329, p. 157.

1355. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, introduction, biens, personne, famille*, n° 2076, p. 872.

1356. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 342 p. 193.

1357. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *op.cit.*, n° 345 p. 196.

1358. Article 1109 du Code civil : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par le dol ».

1359. A. GOUTTENOIRE, « Mineurs », *répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2010, n° 142, p. 21.

1360. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 13, p. 18.

l'enfant, l'obtention du consentement de l'enfant est une étape impérative de la procédure d'adoption. Ainsi a-t-il été jugé que la décision qui prononçait l'adoption plénière d'un enfant de plus de treize ans, sans avoir recueilli son consentement était nulle¹³⁶¹. Comme le soulignait la doctrine, il est surprenant qu'un tel oubli ait pu avoir lieu en première instance, puisque le juge intervient précisément pour garantir le respect des droits et libertés de tous les intervenants¹³⁶². De ce point de vue, la désignation systématique d'un administrateur *ad hoc* dans le cadre des procédures d'adoption pourrait constituer une garantie de meilleure prise en compte de la volonté de l'enfant dans le cadre de la procédure d'adoption¹³⁶³.

196. Consentement impossible. Il peut arriver que la personne mineure ne soit pas en mesure de donner son consentement à cause de son état de santé. Dans ce cas, la mesure destinée à « libérer » les mineurs de l'autorité qui s'affirme sur leur personne se retourne contre le mineur privé de discernement alors que dans une telle situation, au regard des besoins particuliers de l'enfant, l'adoption est parfaitement indiquée pour satisfaire ses intérêts. Le cas n'est pas d'école, puisque la Cour de cassation a dû se prononcer sur des faits similaires qui concernaient un enfant autiste majeur. Comme en dispose l'article 360 du Code civil, l'adoption n'était possible qu'à la condition d'avoir obtenu le consentement personnel de l'enfant qui était impossible du fait de son trouble mental. Afin de contourner cet inconvénient, son représentant légal avait demandé la désignation d'un administrateur *ad hoc* afin que celui-ci puisse consentir à sa place à l'adoption¹³⁶⁴. Or, comme le souligne la Cour de cassation, le rôle de l'administrateur n'est pas de se substituer à la volonté de la personne qu'il représente¹³⁶⁵. Cependant, si du point de vue du droit cette situation relève d'une application

1361. « Attendu que l'article 345 du Code civil prévoit que si l'enfant a plus de treize ans, il doit consentir personnellement à son adoption plénière ; attendu qu'il n'est pas soutenu que Lubov aurait été consultée pour l'adoption plénière française, encore moins qu'elle y aurait expressément consenti » : cour d'appel de Nancy, 17 mai 2004, affaire *Lubov Toril c./ Gilbert Toril*, RG : 03/01053 ; M. GARNIER, « Recevabilité de la tierce opposition formée par l'adopté contre le jugement prononçant son adoption plénière », *JCP* 2005, n° 1, pp. 33-35 ; P. MURAT, « La tierce opposition par l'adopté », *dt. fam.* février 2005, comm. 28.

1362. P. MURAT, « La tierce opposition par l'adopté », *dt. fam.* février 2005, comm. 28.

1363. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 342 p. 194.

1364. Voir *infra* n° 275.

1365. « Mais attendu que le consentement d'un majeur protégé à sa propre adoption qui est un acte strictement personnel ne peut être donné en son lieu et place par son tuteur ; que le juge des tutelles, sur avis du médecin traitant, peut autoriser le majeur protégé, seul ou avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu, à consentir à sa propre adoption ; qu'ayant relevé que le psychiatre, commis en qualité d'expert par le juge des tutelles, a constaté, dans son certificat médical du 18 octobre 2004, qu'Amandine n'était pas en mesure d'organiser un raisonnement, un jugement ou d'exprimer une volonté élaborée et qu'elle ne pouvait consentir à l'adoption projetée, le tribunal de grande instance en a déduit à bon droit que la maladie dont elle souffrait ne permettait pas l'application des dispositions de l'article 501 du Code civil » : Cass. civ. 1er, 8 octobre 2008, pourvoi n° 07-16094, *bull.* 2008, I, n° 223 ; J. HAUSER, « Les actes strictement personnels : anticipation sur la loi du 5 mars 2007 (applicable au 1er janvier 2009), le consentement du majeur à sa propre adoption », *RTD civ.* 2008, pp. 655-656 ; A. GOUTTENOIRE, « Le majeur sous tutelle interdit d'adoption lorsqu'il n'est pas apte à consentir », *lexbase hebdo* 2008, n° 322 ; V. ÉGÉA, « Consentement d'un majeur protégé à sa propre adoption »,

prévisible de la loi, la loi en elle-même ne peut pas satisfaire dans la mesure où elle aboutit à priver d'une protection un enfant qui en a spécialement besoin. Appliquée à des mineurs dans le besoin, cette solution pourrait avoir des conséquences désastreuses¹³⁶⁶. Or le Comité international des droits de l'enfant considère que les États parties doivent avoir porté une attention spécifique aux catégories d'enfants vulnérables, dont les enfants handicapés font bien-sûr partie.

197. Consentement rétracté. La doctrine s'est également posée la question de savoir si l'enfant avait la possibilité de rétracter son consentement : « on peut se demander si l'article 348-3 du Code civil qui affirme la nécessité de recueillir le consentement par acte authentique et établit une faculté de rétractation du consentement dans un délai de trois mois concerne aussi le consentement du mineur. Le caractère général de l'article 348-3 pourrait laisser penser qu'il concerne toute personne dont le consentement à l'adoption est exigé, le mineur, comme ses parents par le sang »¹³⁶⁷. En pratique, il n'est pas certain que le problème se pose en ces termes. La décision est prise à la fin par le juge qui vérifie notamment si l'adoption est bien prononcée dans l'intérêt de l'enfant. Dès lors, comme lorsque l'enfant est seulement écouté pour cette décision qui le concerne, il semble peu probable que le juge prononce l'adoption contre le gré de l'enfant si celui-ci a rétracté son consentement entre temps¹³⁶⁸.

198. Consentement réversible. Contrairement à l'adoption plénière, l'adoption simple est révocable. L'article 370 du Code civil dispose que « *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*

D. 2008, n° 38, pp. 2663-2664 ; V. NORGUIN, « Nature et forme du consentement du majeur protégé à sa propre adoption », D. 2008, n° 40, pp. 2832-2835 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Adoption : quand la volonté de protéger le majeur vulnérable devient contraire à ses propres intérêts », *RJPF* 2008, n° 12, pp. 14-16 ; P. MURAT, « L'inadoptabilité de l'autiste majeur inapte à consentir à son adoption », *dt. fam.* décembre 2008, pp. 29-30 ; M.-A. BOUSSARD, « Le consentement du majeur protégé à sa propre adoption », *LPA* décembre 2008, n° 247, pp. 10-13 ; J. MASSIP, « Caractère personnel du consentement à l'adoption », *defrénois* 2008, n° 21, pp. 2431-2432 ; Cl. NEIRINCK, « L'adoption de la personne handicapée mentale », *RDSS* 2009, pp. 176-184 ; Y. FAVIER, « Pas d'adoption simple pour le majeur sous tutelle inapte à consentir à sa propre adoption », *JCP* 2009, II, 10012 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation février 2008-décembre 2008 », D. 2009, n° 11, pp. 773-779.

1366. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 343 p. 194.

1367. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *op.cit.*, n° 344 p. 195.

1368. Voir *supra* n° 191.

jusqu'au degré de cousin germain inclus, peuvent également demander la révocation »¹³⁶⁹.

199. Voies de recours. Dans la mesure où la décision d'adoption est rendue en matière gracieuse, elle n'est, par hypothèse, pas notifiée à l'enfant¹³⁷⁰. De ce fait, il lui est impossible d'exercer un recours contre une adoption plénière, que l'article 359 du Code civil proclame irrévocable. La tierce opposition demeure toutefois envisageable dans les cas où il existe une erreur de procédure qui entache l'adoption de fraude¹³⁷¹. La fraude des adoptants est toujours possible à démontrer, pour justifier le vice du consentement du mineur. Ils peuvent notamment avoir exercé des pressions sur la personne mineure¹³⁷², ou avoir fait en sorte qu'il ne soit pas complètement informé des conséquences de son adoption¹³⁷³. Pour autant, l'obstacle de la preuve sera parfois difficile à surmonter, et l'on peut supposer que la présence du juge au cours de la procédure est de nature à garantir, sauf cas exceptionnel, la bonne information de la personne mineure. Cette voie reste ouverte durant trente ans¹³⁷⁴.

200. Conclusion de la section. Il n'est pas toujours aisé de garantir les droits de l'enfant dans le cadre de l'adoption, en particulier du fait de son jeune âge. La conception, maintenant ancienne, visant à présumer qu'il était préférable pour l'enfant de bénéficier d'une adoption plénière dans une famille adoptive française devient de moins en moins compatible avec la conception internationale de l'intérêt de l'enfant qui vise à préférer la continuité des liens de l'enfant avec ses origines. Il faut sans doute regretter que le jeune âge des enfants adoptés les prive la plupart du temps de la possibilité de faire valoir leur point de vue et cela d'autant plus que rien ne peut garantir à l'avance qu'un sentiment réciproque d'appropriation générationnelle pourra s'épanouir entre l'enfant et ses parents.

1369. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 357, p. 249.

1370. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 346 p. 197.

1371. Cour d'appel de Nancy, 17 mai 2004, affaire *Lubov Toril c./ Gilbert Toril*, RG : 03/01053 ; M. GARNIER, « Recevabilité de la tierce opposition formée par l'adopté contre le jugement prononçant son adoption plénière », *JCP* 2005, n° 1, pp. 33-35 ; P. MURAT, « La tierce opposition par l'adopté », *dt. fam.* février 2005, comm. 28.

1372. N. HAOULIA, « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *LPA* octobre 2013, n° 204, p. 7-14.

1373. P. MURAT, « La tierce opposition par l'adopté », *dt. fam.* février 2005, comm. 28.

1374. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 346 p. 197.

Conclusion du Chapitre

201. Attractivité de l'adoption. Étroitement liée à l'abandon d'enfant, l'adoption fait aujourd'hui l'objet d'un attrait particulièrement fort à une époque où les abandons se font rares et que la natalité est devenue faible dans beaucoup de pays développés. Ce ne sont plus les enfants qui manquent de parents, mais les parents qui manquent d'enfant. Comment appréhender ce nouveau besoin ? De nombreuses politiques ont été mises en œuvre afin que la volonté des parents de placer leurs enfants en adoption ne soit pas contrainte par des impératifs qui leur sont extérieurs. De plus, alors qu'elle concernait principalement l'enfant du conjoint, l'adoption a été ouverte aux personnes stériles, seules ou de même sexe, et a ainsi augmenté progressivement la demande, sans que pour autant la production d'enfants adoptables ait suivi ce mouvement¹³⁷⁵. Inévitablement, une forme de pénurie s'est installée sur ce marché et, comme toujours, c'est le poids de l'argent qui rééquilibre la balance, introduisant une dimension pécuniaire dans une transaction qui devrait en principe être fondée sur la générosité désintéressée.

Nos démocraties modernes ne savent pas comment réagir, partagées entre l'intuition que l'argent a corrompu le geste, et l'impossibilité concrète d'apporter une sanction proportionnée à ce fait accompli. A l'image de l'Allemagne qui l'expliquait dans son rapport devant le Comité international des droits de l'enfant : il est difficile de déterminer la marche à suivre pour sanctionner de manière acceptable dans une société démocratique, des agissements inacceptables dans cette même société démocratique lorsque la vie d'un enfant est en jeu.

Plus que la transaction de l'enfant qui a, depuis 1966, toujours été soumise à la volonté des parents, ou plus que le versement d'une somme d'argent pour décider l'abandon, ce qui rendrait certaines adoptions insupportables aux yeux de la société, serait le recul du hasard à l'origine de la rencontre entre l'enfant et ses parents adoptifs¹³⁷⁶ ; lorsque l'adoption ne se contente plus de recaser¹³⁷⁷. En effet, la manœuvre ne peut plus être discrète. L'essor du

1375. N. HAOULIA, « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *LPA* octobre 2013, n° 204, p. 7-14.

1376. J. HAUSER, « Le droit de travers », in *Drôle(s) de droit(s), Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari*, Dalloz, 2000, p. 83.

1377. G. CORNU, « Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée. Rapport de synthèse », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, 1997, p. 159.

droit de l'enfant de connaître ses origines a vocation à faire la lumière sur les pratiques parentales qui ont conduit à l'adoption¹³⁷⁸. Il n'est plus possible de cacher à l'enfant les circonstances de son adoption¹³⁷⁹. L'acte de disposition, ou la transaction financière seraient donc bien secondaires¹³⁸⁰, face au risque de voir les parents adoptifs porter atteinte à la dignité humaine en refusant d'adopter tel ou tel enfant¹³⁸¹, ou en exigeant au contraire d'obtenir celui-là¹³⁸². C'est que dans ce cas, leur volonté n'est pas seulement la cause de l'adoption¹³⁸³. Elle vient se substituer à l'aléa de la rencontre ayant conduit à l'adoption¹³⁸⁴. Ils revendiquent un enfant en particulier¹³⁸⁵, alors que l'adoption ne devrait concerner qu'un enfant indéfini¹³⁸⁶.

1378. Cass. civ. 1re, 16 février 1999, pourvois n° 96-21223 et n° 97-12781, *bull.* 1999, I, n° 53, p. 35 ; P. MURAT, « Fausse mère porteuse, adoption et pouvoir du juge », *dt. fam.* mai 1999, n° 51, p. 12 ; J. VASSAUX, « Le juge qui suspecte une convention de mère porteuse a le pouvoir d'ordonner un examen des sangs pour prévenir la fraude à l'adoption », *RJPF* 1999, n° 6, pp. 20-21.

1379. E. CADOU, « Adoption internationale : variation autour de l'exigence de légalisation du consentement des représentants légaux en vue d'une adoption plénière », *D.* 2012, n° 34, p. 2260.

1380. « Rien ne justifie que l'égalité de traitement entre les couples et parents de même sexe et de sexe différent accède, seule, aux honneurs du titre préliminaire. Outre qu'elle vient ainsi perturber la cohérence interne de cette rubrique introductive en la subjectivant, elle ne présente en vérité aucune supériorité, ni spécificité par rapport à d'autres règles, caractérisées elles aussi par la généralité de leur domaine et leur forte dimension symbolique, qui pourraient donc au moins tout autant y prétendre. On songe par exemple, à la dignité de la personne ou à l'intérêt de l'enfant » : C. PÉRÈS, « L'article 6-1 du Code civil : heurts et malheurs du titre préliminaire », *D.* 2013, n° 20, pp. 1370-1373.

1381. Voir l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui appelle de nouvelles questions : « *En l'espèce, la Cour considère que le désir des requérants de procréer un enfant qui ne soit pas atteint par la maladie générique dont ils sont pourtant porteurs sains et de recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée et au D.P.I. Relève de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de leur vie privée et familiale* » : *Affaire Costa et Pavan c./ Italie*, 28 août 2012, requête n° 54270/10, § 57 ; E. PUTMAN, « Droit au diagnostic pré-implantatoire pour le respect de la vie familiale », *RJPF* 2012, n° 9, p. 29 ; C. PICHERAL, « Les prudentes avancées de la Cour EDH en matière d'accès au diagnostic préimplantatoire », *JCP* 2012, n° 43, pp. 1946-1949 ; J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D.* 2013, n° 10, pp. 663-675 ; Ch. BYK, « Bioéthique », *JCP* 2013, n° 37, pp. 1647-1653.

1382. J. HAUSER, « Adoptions intra-familiales : opportunités », *RTD civ.* 1998, p. 359.

1383. « Actuellement, presque tout dans notre droit de la filiation, y compris pour les filiations électives, nous ramène vers la fiction de l'engendrement de l'enfant : tout se passe comme si nos institutions refusaient d'assumer ouvertement l'autonomie de filiations non fondées sur l'engendrement. En d'autres termes, une des causalités de la filiation, celle qui est tirée de l'engendrement, tend à effacer l'autre, celle qui est tirée de l'engagement [...] Mais surtout, l'engagement n'ayant plus un motif homogène, la subsidiarité des filiations volontaires a changé partiellement de sens et devient moins évidente : en cas de PMA avec tiers donneur, l'engagement est la cause de la prise en charge d'un enfant déjà né d'autrui. La subsidiarité qui, à l'origine, était un des traits des filiations volontaires s'en trouve affaiblie : l'engagement devient une source de la naissance au même titre que l'est le rapport sexuel » : P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 414.

1384. J. POUSSON-PETIT, « Les ambitions de la loi du 5 juillet 1996 : l'adoption facilitée », *in F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ (dir.), Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, 1997, p. 130.

1385. Pour l'exemple de la place du hasard dans la filiation naturelle au sein des couples féconds : « Lorsqu'il a été contracté mariage, tout refus de l'enfant ou d'un nouvel enfant n'est-il pas déjà manquement à l'amour conjugal s'il n'est pas justifié par une raison impérieuse et supérieure à la finalité du mariage ? » : M. DOUCHY-OUDOT, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 85.

1386. « La situation soumise à la Cour de cassation dans l'arrêt du 9 mars 2011 se rapproche sans aucun doute de ce que l'internationalisation du droit des personnes et de la famille peut produire de pire... Des époux de nationalité française, qui avaient obtenu en France un agrément pour adopter, ont publié dans un journal américain en janvier 2004 un annonce pour trouver « le bébé de leur rêve ». Une femme enceinte de six mois leur a fait connaître son intention de faire adopter son enfant à naître » : A. GOUTTENOIRE, « Recherche bébé

Conclusion du Titre

202. Vers l'enfant en partage ? La reconnaissance et l'adoption sont deux expressions de la liberté parentale d'établir la filiation. Alors que par le passé, l'expression de cette liberté était la condition pour l'enfant de bénéficier d'une famille, elle est devenue, à cause de la rareté des enfants, la condition de la parenté du point de vue des adultes. Une retranscription de l'acte de naissance de l'enfant plus conforme à son histoire personnelle, permettrait sans doute, du point de vue des droits de l'enfant, de donner une place plus juste et mieux partagée à tous ceux qui revendiquent sur lui un lien de parenté. D'ailleurs, le glissement terminologique poursuivi par la loi de mai 2013 est intéressant à souligner, puisqu'il a vocation à remplacer les père et mère de l'enfant, qui par hypothèse ne pouvaient être que deux, par « des parents » dont le nombre n'est plus limité au sens de l'article 371-1 du Code civil. Du côté de l'enfant, le lien de filiation avec « sa » famille ne se pense plus en terme exclusivement génétique ou volontaire à l'égard d'un père et d'une mère, mais est en train de devenir un lien de filiation polygonéique à l'égard de « ses » parents¹³⁸⁷, résultat de l'expression de la liberté conjugquée de celui qui a souhaité le reconnaître, ou l'adopter et de ceux qui jouent effectivement un rôle matériel et moral, dans sa protection et son éducation au quotidien. A l'avenir, l'exercice de l'autorité parentale pourrait se révéler pluriel. Cette diversité donnera-t-elle à l'enfant une meilleure garantie de la prise en compte objective de son intérêt alimentaire et successoral ?

à vendre », *lexbase hebdo* 2011, n° 434.

1387. Du grec : Πολύς (pl. Πολλοί) : nombreux, plusieurs. Et : Υουείς, έων : parents.

Conclusion de la Partie

203. Dignité de l'enfant. Le lien de filiation doit-il être celui que l'on nous impose ? Celui que la société impose à l'enfant ou celui que les parents imposent à l'enfant ? Doit-il être plutôt celui que la société impose aux parents ? Alors que les liens que l'enfant noue avec les adultes sont pluriels, la revendication d'exclusivisme du rattachement familial de l'enfant semble aujourd'hui véhiculer une conception déshumanisée du lien de filiation qui serait contraire à la dignité de la personne de l'enfant¹³⁸⁸. Par le passé le législateur cherchait tous les moyens d'obliger les parents de l'enfant à se faire connaître pour que l'enfant bénéficie, dans son intérêt, de deux débiteurs d'aliments. Désormais l'expression de la liberté parentale d'établir un lien de filiation avec l'enfant est presque devenue suspecte au fur et à mesure que les enfants sont devenus plus rares. Le législateur doit arbitrer l'opportunité de demandes visant parfois à exclure « d'autres parents » potentiels de l'enfant et d'autres fois à établir un lien de filiation contraire à l'ordre public. Qu'il s'agisse d'avoir recours à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aux filiations mensongères ou à l'adoption plénière de jeunes enfants, la menace de la découverte d'un « droit à... » l'enfant habite les observateurs qui doivent déterminer qui sont les parents de l'enfant¹³⁸⁹.

En effet, quelle que soit la filiation initialement donnée à l'enfant, il est devenu banal pour lui de bénéficier d'un soutien matériel ou moral qui va souvent au delà d'un simple lien relevant de la vie privée au sens de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'exclusion, parfois brutale, de la vie de l'enfant de l'un de ces intervenants, au seul motif qu'il n'entretient plus de relation avec l'un de ses parents, ou que le lien de filiation qu'il revendiquait était inexact, pourrait s'avérer contraire au droit de l'enfant à la stabilité de ses relations familiales indépendamment des choix de vie de ses parents¹³⁹⁰. D'ailleurs, l'article

1388. « Du point de vue théorique, rien ne paraît s'opposer à une telle évolution. La dignité se présente comme le rempart légitime contre l'oppression de la personne par son prochain, tandis que les droits de l'Homme *stricto sensu* ne sont, dans une conception classique, opposables qu'à l'État. En outre, le discours juridique de la dignité perpétue un mode déontologique familial au juriste. *Dignitas est servanda* : les mots changent mais le discours demeure. Techniquement, le recentrage du discours autour du mode obligatoire présente enfin l'avantage d'éviter l'embarrassant débat sur la validité de la renonciation à certains droits fondamentaux. Qu'importe que je veuille y renoncer, puisque l'autre a le devoir fraternel de me traiter en humain ! Qu'importe la controverse juridique et philosophique sur les limites de la liberté, puisque le respect incombe, non à celui dont la dignité est en cause, mais à l'Autre auquel la dignité s'impose » : D. GUTMANN, « Les droits de l'Homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, p. 336.

1389. N. HAOUZIA, « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *LPA* octobre 2013, n° 204, p. 7-14.

1390. J. HAUSER, « Contestation de reconnaissance : père hésitant et mère volage », *RTD civ.* 1995, p.872.

373-3 du Code civil, dispose que : « *Le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers* ». La prise en compte de la dignité de l'enfant comme condition de l'exercice de la liberté parentale d'établir la filiation avec l'enfant pourrait avoir pour contrepartie une reconnaissance plurielle du rattachement familial de l'enfant, et donc de l'exercice de l'autorité parentale. Elle nécessiterait de tenir compte d'une forme de stabilité des liens que l'enfant a pu nouer avec les personnes qui sont amenées à assumer en partie sa protection et son éducation, indépendamment des liens juridiques concrets qui ont pu être reconnus çà et là¹³⁹¹.

1391. M. BRUGGEMAN, « Père légal *versus* père biologique : la portée variable du droit au respect de la vie familiale », *dt. fam.* 2011, n° 2, alerte 7.

Partie II – Le droit de l'enfant d'établir sa filiation

204. L'enfant polysémique. Bien que cette étude soit restreinte au droit des mineurs, il ne faut pas perdre de vue que l'action de l'enfant vers sa famille va bien au delà de la base spécifique de cette étude. En effet, l'action de l'enfant vers sa famille se manifeste très souvent après le décès de celui qu'il considère comme son parent et avec qui il va chercher à faire établir un lien de filiation. Il est possible de se demander si la question de l'établissement de la filiation de l'enfant, qui a été envisagée ces dernières années surtout du point de vue de l'intérêt de l'enfant mineur, ne va pas voir se dégager, en parallèle, une autre conception de l'intérêt de l'enfant, majeur cette fois, et fondée sur la vocation successorale de l'enfant. La prise en compte de l'enfant comme concept juridique polysémique pourrait ainsi aboutir à l'émergence d'une définition polygonéique du lien de filiation, qui viserait à donner à l'enfant des parents en particulier, suivant la nature de son intérêt.

En effet, bien que pour le moment ce soit le critère de la génétique qui soit censé déterminer la filiation de l'enfant *L'action de l'enfant vers sa famille (Partie I)*, il apparaît que dans un certain nombre de cas ce critère soit écarté au profit de règles juridiques parfois peu cohérentes avec l'évolution contemporaine du droit de la famille *L'action impossible de l'enfant vers sa famille (Partie II)*. Depuis que le principe de l'intérêt de l'enfant a été admis comme ayant un caractère primordial dans les conflits relatifs à la filiation de l'enfant, il semble qu'il vienne parasiter l'ancienne conception de la filiation régie par l'ordre public, au profit d'une vision plus personnelle, et instantanée de l'intérêt de l'enfant. Or dès lors que cet intérêt est évolutif, il n'est pas impossible que le lien de filiation suive la même voie.

Titre I – L'action de l'enfant vers sa famille

205. Enjeux. Il ne faut pas s'y tromper : l'action de l'enfant mineur vers « ses » parents, est bien souvent l'action de sa mère dans le but de ne pas assumer seule les conséquences matérielles, sociales, affectives et morales de la protection et de l'éducation de l'enfant. D'ailleurs l'inconscient collectif a parfaitement pris en compte cette situation ancestrale. L'acte charnel à l'origine de la procréation de l'enfant est assimilé par certains groupes d'opinion à un acte violent qui serait accepté plus ou moins passivement par la femme¹³⁹². Pour qu'elle ne soit pas la seule à en assumer les conséquences à travers la maternité, cet acte entraînerait la contrepartie de la paternité que l'homme devrait assumer sans réserve, au titre de la réparation d'un acte auquel lui seul aurait consenti réellement¹³⁹³. Celui qui se soustrait à « sa paternité » est alors désigné comme celui qui fuit « ses responsabilités », ayant enfreint la loi non écrite d'un Code de morale sociale élémentaire¹³⁹⁴.

Pourtant, à une époque où la maîtrise de la fécondité négative est absolue pour les femmes, il n'est pas toujours certain que cette vision puisse encore prévaloir, et le regard de la société sur les choix qu'elle fait n'a pas disparu¹³⁹⁵. Un déséquilibre palpable s'est creusé entre le pouvoir des femmes de maîtriser leur fécondité tant en amont de l'acte sexuel qu'en aval, pouvant choisir entre la contraception préventive, l'avortement et l'accouchement anonyme et secret. De manière inévitable, ce pouvoir absolu de la femme sur son corps est en train de faire émerger dans l'inconscient collectif l'idée de la contrepartie d'une loyauté qu'elle devrait à tout homme avec lequel elle entreprend un commerce charnel¹³⁹⁶. L'expression de

1392. « La libération sexuelle annoncée dès mai 68 a d'abord permis aux hommes d'affirmer leurs désirs, à charge pour les femmes de les satisfaire. En effet, une femme, à plus forte raison une camarade, osant refuser l'hommage d'une telle proposition était stigmatisée par la critique suprême : t'es pas libérée, t'es coincée ou frigide. Comme si libération des femmes signifiait mise à disposition sexuelle au profit de tous les hommes de l'entourage... De grandes intellectuelles mirent en forme une opposition politique à ce machisme de gauche. C'est à des féministes des années 70 qu'on doit le début de la révolution conceptuelle si bien exprimée dans le titre donné par la sociologue Nicole-Claude Mathieu à son article : quand céder n'est pas consentir (1978) » : F. MONTREYNAUD, « La prétendue séduction à la française n'est que de la violence sexuelle », *Le monde* 24 août 2011, www.lemonde.fr, consulté en octobre 2012.

1393. M. PLARD, *Paternités imposées, un sujet tabou*, LLL, Mayenne, 2013, 202 p..

1394. La femme qui élève seule un enfant est présumée avoir été abandonnée par un homme.

1395. Y. DERAÏ, M. PAULO, B. SWYSEN, *Rachida, Aux noms des pères*, 12 bis, Proost, Belgique, 2013, 48pp..

1396. « En l'état des mœurs et des moyens de contraception existant dans la société française contemporaine, la conception d'un enfant par un couple marié doit relever d'un choix conjoint et d'un projet commun. En l'espèce, ce choix conjoint était d'autant plus nécessaire que deux enfants du couple étaient précédemment décédés quelques mois après leur naissance, que les parties en avaient été légitimement traumatisées et que

leur liberté nouvelle, implique désormais que ce soit elles qui rendent des comptes à l'homme de l'enfant qu'elle leur impose. Elles ne sont pas plus socialement libres de décider seules d'avoir un enfant, que l'homme n'est socialement libre de ne pas en vouloir¹³⁹⁷.

Pourtant, la revendication du droit à l'enfant, associé à la bonne acceptation sociale des familles monoparentales, conduit certaines femmes à exprimer leur désir d'enfant, en dehors d'une vie de couple, sans crainte du jugement de la société et sans préoccupation du rapport de l'homme à l'enfant¹³⁹⁸. Le législateur et la jurisprudence doivent ainsi se prononcer régulièrement sur des situations dans lesquelles l'enfant ne constitue plus l'aboutissement d'un projet de couple, mais est revendiqué pour le droit qu'il présente pour la femme de vivre une vie familiale « normale »¹³⁹⁹. Échapper aux responsabilités paternelles devient alors le seul

*Jean-François T... ne se sentant pas en mesure d'assumer à nouveau une telle situation, ne faisait pas de mystère de son souhait de ne plus avoir d'enfant ainsi qu'il résulte des attestations qu'il produit. La conception d'un enfant à l'insu du mari dans ces circonstances très particulières constitue de la part de l'épouse un manquement au devoir de loyauté que se doivent les époux, le mari étant de surcroît réduit au simple rôle de géniteur. Ce fait constitue une violation grave des devoirs et obligations du mariage et rend intolérable le maintien de la vie commune » : cour d'appel de Nîmes, 21 mars 2007, affaire Jean-François T... c./ Carole G..., RG 05/03638 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « La conception d'un enfant décidée par la mère seule peut constituer une faute cause de divorce », *dt. fam.* octobre 2007., n° 189, p. 20 ; J. VASSAUX, « Le devoir de loyauté prévaut sur le devoir de procréation », *JCP* 2007, II, 10149, n° 37, pp. 27-29 ; M. LAMOUREUX, « Divorce pour faute », *D.* 2007, n° 36, pp. 2587-2589.*

1397. « Mais attendu en premier lieu, que la question posée, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle, et attendu en second lieu d'abord que la question posée ne présente pas de caractère sérieux au regard du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, dès lors que la maternité hors mariage est susceptible d'être judiciairement déclarée, comme la paternité hors mariage et dans les mêmes conditions procédurales, y compris en cas d'accouchement dans le secret, lequel ne constitue plus une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité, ensuite, que ni la question elle-même, ni le mémoire qui la soutient, n'exposent en quoi le texte critiqué méconnaîtrait les principes fondés sur les dispositions de l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 » Cass civ. 1re, 28 mars 2013, pourvoi n° 13-40001, inédit.

1398. Sur les forum féminins de discussion, il apparaît clairement que les questions du respect des droits de l'enfant ou de son sort sont totalement absentes des raisonnements de ces femmes. Par exemple Itsmaxence poste le 16 juin 2009 : « Ma mère m'a eu jeune, à 21 ans, et j'ai toujours eu de très bons rapports avec elle. Je me suis toujours dit, depuis une dizaine d'années, que moi aussi, je voulais être maman avant 30 ans (reste : 4 ans). Hélas, la vie a fait que je n'ai pas trouvé le compagnon idéal pour partager mon envie ou alors que je l'ai laissé filer car pas assez forte pour me résigner à un amour platonique. Depuis quelques temps, l'idée de faire un enfant toute seule me triture... Capable ? Oui j'en suis capable mais une question m'empêche de passer à l'acte : suis-je assez forte pour accepter l'idée d'un père inconnu ? Je me respecte et je n'ai pas envie de coucher avec quelqu'un juste lors de mes périodes d'ovulation et ce je ne sais pas tous les combien puisque sans pilule mes règles sont irrégulières » : http://forums.france5.fr/lesmaternelles/Ladecision/Faireunbebetouteseule/celibataire-seule-veut-sujet_1496_1.htm, consulté en juin 2013.

1399. Voir par exemple pour illustrer cette question : L. BINEAU, « Droit et biologique à la lumière de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique », *RRJ* 2012, pp. 1155-1183 ; A. CHEYNET DE BEAUPRÉ TERRASSON DE FOUGÈRES, « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.* 2011, n° 32, pp. 2217-2224 ; V. DEPADT-SEBAG, « La procréation post mortem », *D.* 2011, n° 32, pp. 2213-2214 ; Cl. BERNARD-XEMARD, « Vers la maternité post mortem ? », *RLDC* 2010, n° 76, pp. 103-104 ; J.-M. KUNSTMANN, « Procréer après la mort : le point de vue d'un responsable du CECOS », *RLDC* 2010, n° 76, pp. 97-99 ; A. MIRKOVIC, « Le désir d'enfant contrarié par la mort masculine : la procréation post mortem en question », *RLDC* 2010, n° 76, pp. 95-97 ; M. LAMARCHE, « Un automne sous le signe d'une nouvelle loi bioéthique ? », *dt. fam.* septembre 2010, n° 10, p. 3 ; Th. GARÉ, « La procréation post mortem est interdite en droit français », *RJPF* 2010, p. 28 ; M. MATEI, « Sélection de jurisprudence relative à la médecine ;

moyen pour l'homme de ne pas supporter les conséquences financières et juridiques du choix de sa partenaire¹⁴⁰⁰. Dans d'autres cas, au contraire, l'homme revendique d'assumer cette paternité et de participer à égalité avec la femme tant à la protection qu'à l'éducation de cet enfant qui est, au sens de l'ordre public de la filiation « son » enfant¹⁴⁰¹.

206. Pouvoir parental. La question du rattachement parental de l'enfant constitue un enjeu de pouvoir à une époque où la coparentalité est le principe quelle que soit la forme du couple parental. Alors que les décisions concernant la personne de l'enfant doivent être prise en concertation, l'action en contestation de filiation est un moyen d'écartier l'autre parent, ou au contraire d'obtenir une participation matérielle dans le cadre de la protection et de l'éducation de l'enfant. Par hypothèse, l'enfant est trop jeune pour comprendre ce qui se joue autour de lui. Les droits de l'enfant se trouvent dès lors confrontés aux droits parentaux non plus en tant que principe destiné à limiter l'exercice de leur liberté, mais en tant qu'ils sont parfois instrumentalisés, pourtant dans le strict respect de la loi, afin d'obtenir une filiation particulière au nom de l'intérêt de l'enfant.

207. Déstabilisation de l'ordre public de la filiation. Au final, c'est tout l'ordre public de la filiation qui se trouve déstabilisé. Alors que le législateur a progressivement dégagé l'idée suivant laquelle les parents de l'enfant étaient ceux que la génétique désignait, l'émergence de plus en plus prégnante de la volonté parentale de courber ces dispositions est parvenu à modifier le rapport que l'enfant entretient avec sa propre filiation. Un modèle mixte semble se dessiner qui vise parfois à demander la retranscription du lien de filiation tel que le conçoit l'ordre public, et d'autres fois à demander la retranscription d'un lien de filiation en particulier, de sorte qu'il n'est plus possible de trouver

l'insémination post mortem ou lorsque le désir d'enfant devient un problème bioéthique », *gaz. pal.* 2010, pp. 27-29 ; J. HAUSER, « procréation post mortem : un nouveau droit à..., le droit à l'éternité ? », *RTD civ.* 2010, pp. 93-95 ; J.-R. BINET, « Pas de restitution des paillettes sur ordonnance ! », *JCP* 2009, n° 44, pp. 11-13 ; J.P. MARGUÉNAUD, « La triste fin des embryons *in vitro* du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits du Mâle », *RTD civ* 2007, pp. 295-297 ; B. MATHIEU, « Non-violation du droit à la vie de l'embryon et du droit au respect à la vie privée de la mère », *JCP* 2007, II, 10097 ; J. HAUSER, « L'embryon et le couple séparé : la notion de vie privée comprend le droit de devenir ou de ne pas devenir parent », *RTD civ.* 2007, pp. 545-547 ; J.P. MARGUÉNAUD, « Le triste sort des embryons *in vitro* du couple séparé », *RTD civ.* 2006, pp. 255-260 ; Ch. BYK, « Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique », *JCP* 2006, I, 137 ; P. MORIN, « L'interdiction opportune de l'implantation post mortem d'embryon », *deffrénois* 2004, pp. 355-363 ; Cl. NEIRINCK, « Le transfert d'embryon post mortem est impossible », *JCP N.* 1996, n° 44, pp. 1560-1562 ; D. VIGNEAU, « Le transfert post mortem d'embryons humains conçus *in vitro* », *LPA* mai 1996, n° 59, pp. 15-20.

1400. M. PLARD, *Paternités imposées, un sujet tabou*, LLL, Mayenne, 2013, 202 p..

1401. « Un couple de lesbiennes obligé de reconnaître les droits du père de son enfant », www.leparisien.fr/nantes-44000/un-couple-de-lesbiennes-oblige-de-reconnaitre-les-droits-du-pere-de-son-enfant-31-07-2013-3020943.php, consulté en août 2013.

un critère spécifique pour déterminer en général qui sont les parents de l'enfant. A travers les deux alternatives laissées à l'enfant que sont *Le rattachement juridique de l'enfant à sa famille (Chapitre I)* et *Le rattachement factuel de l'enfant à sa famille (Chapitre II)* se dégage progressivement l'idée d'une filiation de type polygonéique qui viserait à retranscrire concrètement les liens vécus au quotidien par l'enfant, et à lui donner les contreparties juridiques nécessaire au respect de ses droits fondamentaux.

Chapitre I – Le rattachement juridique de l'enfant à sa famille

208. Principe chronologique. Suivant l'article 320 du Code civil¹⁴⁰², lorsque les parents n'ont pas exercé leur liberté parentale de se faire connaître au moment de la naissance de l'enfant, et lorsque l'enfant n'a pas bénéficié d'une protection de remplacement, le législateur a établi des règles destinées à déterminer qui sont les parents de l'enfant. Les personnes sont alors désignées par des pronoms possessifs. L'article 320 du Code civil implique également, lorsque l'enfant estime sa filiation n'est pas conforme à ce qu'elle devrait être, qu'il conteste préalablement celle qui a été établie préalablement au titre de la liberté parentale, pour ensuite faire reconnaître celle qu'il revendique. Dans la mesure où ces deux actions, bien que distinctes, sont adossées au même type de preuve et qu'elles obéissent aux mêmes mécanismes de représentation de la personne mineure, nous avons concentré notre étude sur la question du rattachement familial de l'enfant. Pour autant, les réflexions qui seront présentées ici peuvent tout à fait être étendues à la question spécifique de la contestation de la filiation de l'enfant.

209. Les parents de l'enfant. Tels qu'ils sont vus par l'ordre public, les parents de l'enfant sont soit ceux que l'on voit, soit ceux que l'on devine par le recours à un test génétique. Si ces deux règles avaient l'avantage de déterminer de manière précise la parenté de l'enfant, la prise en compte de plus en plus fréquente de l'intérêt de l'enfant pour déterminer la filiation de l'enfant emporte une nouvelle définition de la filiation, qui ne vise plus à donner à l'enfant « ses » parents, mais des parents en particulier. Il s'agirait en quelque sorte du corollaire de ce que l'on appelle à l'égard des parents le « droits à... » l'enfant. C'est pourquoi, avant de présenter *L'exercice de l'action par l'enfant mineur* (Section 2), il convient d'envisager *La détermination des parents de l'enfant* (Section 1).

¹⁴⁰². Article 320 du Code civil : « *Lorsqu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait* »

Section 1 – La détermination des parents de l'enfant

210. Ordre public ou volonté. La question de la détermination des parents de l'enfant renvoi au débat relatif à la confrontation entre l'ordre public et la volonté. En effet, à la lecture des disposition relatives à la filiation se dégage l'idée qu'il existerait des parents de l'enfant : ceux qui sont désignés par le législateur par des pronoms possessifs. A s'en tenir à cette lecture, ces parents seraient ceux que le titre désigne conformément à la preuve génétique et dont le titre deviendrait inattaquable après l'écoulement d'un certain temps. Face à cette détermination un peu passive de « ses » parents, l'enfant n'hésite pas à se montrer plus actif et exige parfois d'obtenir un lien de filiation à l'égard de parents en particulier. Il s'agira alors, suivant l'opportunité du cas, de contester un titre qui lui a été imposé pour en obtenir un autre, ou de revendiquer un titre en particulier en faisant usage : soit de l'ordre public qui dispose que les parents de l'enfant sont ceux que la génétique désigne, soit de l'intérêt de l'enfant qui, interprété de manière concrète, permettrait de supplanter l'ordre public. Poussé dans ses retranchements, le droit de la filiation, initialement pensé pour donner le plus souvent possible une filiation à chaque enfant, se voit ainsi parfois détourné dans son but, non plus pour rendre à l'enfant « ses » parents, mais pour lui donner des parents en particulier. Nous verrons ainsi que tant en ce qui concerne *La filiation sociale de l'enfant (Paragraphe I)* qu'en ce qui concerne *La filiation génétique de l'enfant (Paragraphe II)*, les critères fixés par l'ordre public pour stabiliser la filiation sont remis en cause dans le but d'obtenir une filiation en particulier.

Paragraphe I – La filiation sociale de l'enfant

211. Histoire. Le rôle de la possession d'état consistait à faciliter la détermination de la filiation des enfants¹⁴⁰³. « Déjà connue en droit romain, puis affinée par les canonistes, la notion de possession d'état joua un rôle important dans l'Ancien Droit », dans la mesure où elle permettait à l'enfant de se prévaloir d'une filiation que ses parents ne lui avaient pas donné par un titre officiel¹⁴⁰⁴. La vision réaliste et primitive de la vie juridique à cette époque impliquait de considérer que seul celui qui était en mesure de se prévaloir d'un droit le possédait : la jouissance immémoriale et incontestée créait le droit¹⁴⁰⁵. Fondée sur la décrétale *Per tuas* (X, 2, 19, 10) qui retranscrivait cet état d'esprit, « la possession d'état était la preuve par excellence »¹⁴⁰⁶. Après la Révolution française, le législateur qui lui avait attribué un rôle important en matière de filiation légitime, n'avait rien évoqué à son propos en matière de filiation naturelle¹⁴⁰⁷. Dès lors, une controverse s'engagea en doctrine, Demolombe soutenant, notamment, que la possession d'état était la plus ancienne et la plus sûre des preuves de l'état des Hommes¹⁴⁰⁸. Le titre ne serait que l'ouvrage d'un instant, lorsqu'au contraire, la possession d'état garantirait l'indépendance de la volonté, la liberté et la sincérité. Pour Demolombe, rien ne justifiait que l'on fit une distinction entre filiation légitime et naturelle, et entre filiation paternelle et maternelle¹⁴⁰⁹ : « Pourquoi donc cette preuve si décisive qui [...] fait foi de la filiation légitime, qui d'après un grand nombre d'auteurs et d'arrêts fait également foi de la filiation naturelle à l'égard de la mère, perdrait-elle toute son autorité à l'égard du père ? Pourquoi lorsque le père a reconnu l'enfant comme le sien, lorsque la famille, la société l'ont aussi reconnu comme tel, pourquoi la loi toute seule ne voudrait-elle pas le reconnaître ? »¹⁴¹⁰.

Cependant, malgré les tentatives de plusieurs juridictions d'appel en faveur de la prise en compte de la possession d'état pour établir la filiation de l'enfant naturel, la Cour de

1403. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, droit des personnes et de la famille*, p. 322.

1404. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 484, p. 249.

1405. C. DEMOLOMBE, *Traité de la paternité et de la filiation*, n° 205, p. 225.

1406. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, n° 198, p. 265.

1407. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 164, p. 193.

1408. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 1235, p. 622.

1409. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1223, p. 483.

1410. C. DEMOLOMBE, *Traité de la paternité et de la filiation*, n° 480, p. 508.

cassation décide qu'elle n'a aucune valeur probatoire, quand bien même elle serait conforme à l'acte de naissance de l'enfant¹⁴¹¹. Bien que critiquée, cette solution pouvait paraître satisfaisante, car la preuve de la filiation par la possession d'état en dehors du mariage aurait ainsi abouti au paradoxe suivant lequel la filiation hors mariage serait prouvée plus facilement que la filiation légitime : « ce qui est inadmissible »¹⁴¹². La possession d'état était toutefois considérée comme un aveu de la part de la mère lorsque l'enfant avait été reconnu par son père avec mention du nom de la mère dans l'acte de naissance¹⁴¹³. Elle permettait, encore, d'établir la filiation paternelle de l'enfant lorsque le père prétendu avait participé à l'entretien de l'enfant et/ou à son éducation¹⁴¹⁴. La loi du 15 juillet 1955 annonce le retour de la possession d'état en l'admettant comme preuve de la maternité naturelle¹⁴¹⁵. Il s'agissait d'introduire un peu de souplesse dans le droit de la filiation¹⁴¹⁶. La loi du 3 janvier 1972 a étendu et généralisé l'utilisation de la possession d'état en matière de filiation naturelle¹⁴¹⁷. La loi du 25 juin 1982 l'a admis comme mode autonome d'établissement de la filiation naturelle¹⁴¹⁸. La loi du 8 janvier 1993 a encore renforcé sa fonction en prévoyant la transcription de l'acte de notoriété en marge de l'acte de naissance¹⁴¹⁹. Pour sa part, l'ordonnance du 4 juillet 2005 est venue perfectionner son usage, notamment en subordonnant son rôle probatoire à sa constatation par un acte de notoriété ou une décision judiciaire¹⁴²⁰.

212. Définition. La possession d'état consiste à donner des effets juridiques à un fait de notoriété publique¹⁴²¹. La possession d'état est la filiation que les tiers attribuent à l'enfant¹⁴²². L'article 311-1 du Code civil dispose que « *La possession d'état s'établit par une*

1411. « *Le principe qu'à défaut de titre, la possession d'état suffit pour l'établissement de la filiation légitime, ne s'applique pas en matière de filiation naturelle. Spécialement, l'enfant naturel ne peut, pour établir sa filiation maternelle, être admis à prouver par témoins la possession d'état qu'il invoque, qu'autant qu'il a déjà en sa faveur un commencement de preuve par écrit* » : Cass. civ. 17 février 1851, affaire *Boissin c./ Chirat* ; S. 1848, 2, n° 375 ; L.-M. DEVILL, note sous arrêt, S. 1851, 1, n° 161.

1412. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 1237, p. 623.

1413. « *L'acte de baptême d'un enfant naturel, signé par une mère qui depuis s'est mariée et a eu des enfants légitimes, ne peut à l'égard de ces derniers, être considérée comme un commencement de preuve par écrit, ayant une date antérieure au mariage, et autorisant en conséquence la preuve testimoniale de la filiation de l'enfant. L'enfant naturel peut-il pour établir sa filiation, opposer aux enfants légitimes sa possession d'état ?* » : Cour royale de Lyon, affaire *Despeisses c./ Blanchet*, 31 décembre 1835, S. 1836, 2, n° 194.

1414. V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, n° 342, p. 73.

1415. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 484, p. 249.

1416. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, n° 302, p. 387.

1417. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 454, p. 958.

1418. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 506, p. 453.

1419. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 255 p. 144.

1420. P. MURAT, « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », *dt. fam.* 2006, étude n° 5, pp. 17-20.

1421. J. HÉRAIL, « Acte de notoriété », *Répertoire Dalloz de droit civil* 2009, n° 3, p. 2.

1422. G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 81.

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 ». Le mécanisme de la possession d'état consiste à déduire le fait inconnu de la filiation de l'intéressé en partant d'une réunion de faits sociaux connus¹⁴²³. Elle est alors constituée de manière non cumulative par le fait d'être traité comme l'enfant, d'avoir bénéficié d'un soutien matériel et éducatif, d'être reconnu socialement comme l'enfant, que l'autorité publique reconnaisse ce statut, et/ou de porter le nom¹⁴²⁴. L'article 311-2 ajoute à cela que « *La possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque* » pour pouvoir produire pleinement ses effets. Bien que ces caractères se déduisent des faits, la jurisprudence ne tient pas compte des relations entre les parents pour déterminer son existence : l'une des caractéristiques de la possession d'état est de retranscrire une filiation divisible.

213. Constatation de possession d'état. Bien souvent, cette action est réalisée à l'initiative de l'enfant, après le décès de celui qu'il prétend être son parent¹⁴²⁵. La possession d'état est constatée dans un acte de notoriété¹⁴²⁶. Le juge n'intervient pas pour trancher un litige relatif à la filiation de l'enfant, mais simplement pour constater ce qui est¹⁴²⁷. L'établissement de la possession d'état se fait sur la foi de la crédibilité de la parole de celui qui l'invoque¹⁴²⁸. Il doit appuyer sa démonstration sur l'apparence sociale, paisible et continue d'une filiation de titre¹⁴²⁹. Ainsi, il a pu être décidé, par exemple, que l'action en contestation de reconnaissance de paternité par le père empêchait la possession d'état d'enfant de prospérer, parce que cette action entachait d'ambiguïté et d'équivoque ladite possession d'état¹⁴³⁰. Indirectement, c'est l'écoulement du temps, et sa prise en compte par le juge, qui permettent

1423. A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, n° 865, p. 364.

1424. « *La continuité requise par le second alinéa de l'article 311-1 du Code civil doit être apprécié 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 ; il n'est pas davantage nécessaire à l'établissement de la possession d'état que soient réunis tous les éléments énumérés par l'article 311-2* » ; Cass civ. 1re, 6 mars 1996, pourvoi n° 94-14969, J. HAUSER, « Reconnaissance et contestation : contribution à la définition de la possession d'état », *RTD civ.* 1996, p. 374 ; J. MASSIP, « L'irrecevabilité de l'action en contestation de la reconnaissance quand il existe une possession d'état conforme », *D.* 1997, p. 48 ; J. MASSIP, « Filiation », *defrénois* 1996, n° 17, p. 995.

1425. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 281, p. 138.

1426. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1224, p. 484.

1427. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1065, p. 426.

1428. « La possession d'état a, notamment, la valeur d'un aveu de paternité et de maternité à l'égard des parents, puisque ce sont eux qui, par le traitement dont ils ont fait bénéficier l'enfant, ont tout particulièrement contribué à la constituer ; elle est en effet leur œuvre, non pas celle de l'enfant, c'est bien pourquoi celui-ci est autorisé à s'en prévaloir, tandis qu'à l'inverse la possession d'état d'époux ne prouve pas, en principe, le mariage, et cela parce qu'elle est l'oeuvre des prétendus conjoints à qui on ne saurait reconnaître la facilité de se constituer un titre à eux-mêmes » : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 1021, p. 504.

1429. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1079, p. 431.

1430. E. DU RUSQUEC, « Filiation légitime » note sous cour d'appel de Caen, 22 mai 2001, *gaz. pal.* janvier 2002, n° 15, p. 21.

de déduire l'existence d'une possession d'état continue et donc, efficace¹⁴³¹. La jurisprudence est ici ancienne et constante : des faits isolés ou une attention intermittente des parents ne peuvent pas constituer la possession d'état¹⁴³². L'ancien article 320 exigeait de la possession d'état qu'elle soit constante¹⁴³³, condition controversée qui fut abandonnée dans le nouvel article 311-1 au profit de continue. Il faut que l'intérêt des parents pour l'enfant soit apparu éminemment durable, et qu'il ne s'agisse pas de marques d'attentions intermittentes ou purement accidentelles¹⁴³⁴. Le nouveau terme présente l'avantage de la souplesse. Les relations entre parents et enfants ne sont pas les mêmes lorsque l'enfant est jeune ou presque adulte. Des interruptions dans l'état doivent être prises en considération qui résulte des vicissitudes de l'éducation, pension, fugue ou dispute¹⁴³⁵.

214. Rôle de la possession d'état. Une fois constatée, la possession d'état peut jouer deux rôles. Elle peut : soit sécuriser la filiation de l'enfant lorsqu'elle est conforme au titre suivant les dispositions de l'article 333 du Code civil¹⁴³⁶ ; soit permettre l'établissement autonome de la filiation comme en dispose l'article 317 du Code civil¹⁴³⁷. Bien qu'il s'agisse

1431. M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, thèse, n° 382, p. 452.

1432. « Pour que la possession d'état d'enfant légitime présente le caractère constant prescrit par les articles 320 et suivants du Code civil, il n'est pas besoin qu'elle ait été manifestée par des actes ininterrompus depuis la naissance de l'enfant jusqu'au moment où l'état est contesté. Mais il est nécessaire, pour qu'elle constitue un moyen irréfutable contre l'action en contestation d'état, qu'elle ait été durable, avérée, qu'elle ne donne lieu à aucun doute, qu'à aucun moment, elle ne soit contredite par une possession d'état contraire, et qu'elle soit certaine et conforme à l'acte de naissance » : R. DEMOGUE, note sous Paris 22 novembre 1922, affaire *Blanchet c./ Cons. Godeville*, S. 1923, 2, p. 33.

1433. Article 320 du Code civil issu de la loi du 5 janvier 1972 : « A défaut de titre, la possession de l'état d'enfant légitime suffit ».

Article 311-1 du Code civil issu de l'ordonnance du 6 juillet 2005 : « La possession d'état s'établit par 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. Les principaux de ces faits sont : 1° Que cette personne a été traité par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ; 2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ; 3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ; 4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ; 5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue ».

1434. M.-J. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, LGDJ, thèse, Paris, 1970, p. 62.

1435. G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 82.

1436. Article 333 du Code civil : « 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 ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté. Nul à l'exception du ministère public 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 ».

1437. Article 317 du Code civil : « 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 du contraire. L'acte de notoriété est établi sur la foi des déclarations d'au moins trois témoins et, si le juge l'estime nécessaire, de tout autre document produit qui atteste une réunion suffisante de faits au sens de l'article 311-1. 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 ou à compter du décès du parent prétendu, y compris lorsque celui-ci est décédé avant la déclaration de naissance. 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. Ni l'acte de notoriété, ni le refus de le délivrer ne sont sujets à recours ».

d'une « entorse » aux principes d'imprescriptibilité et de l'indisponibilité de l'état des personnes, l'existence de ces délais se justifie par la nature particulière de la possession d'état dont la validité est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁴³⁸. Ces délais sécurisent ainsi la filiation des enfants, afin qu'elle ne puisse pas être contestée durant trop longtemps ou établie tardivement au détriment de certains héritiers¹⁴³⁹. Il convient de souligner que l'article 317 du Code civil qui prévoit que « *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* », ne prévoit aucune autre mesure de publicité de cette décision, notamment à l'égard des cohéritiers potentiels qui pourraient pourtant avoir un intérêt à la contester le cas échéant. Ainsi par exemple, la cour d'appel de Fort de France a-t-elle débouté la requérante qui, pour contester la possession d'état des enfants de son compagnon décédé, tentait de démontrer qu'elle n'avait jamais eu connaissance de leur existence¹⁴⁴⁰.

215. Preuve. En tant que fait juridique, la possession d'état se prouve par tout moyen. L'article 310-3 du Code civil dispose que « *Si une action est engagée en application du chapitre III du présent titre, la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action* ». Or la possession d'état est une filiation du temps, de l'apparence et de la parole : « on le dit le fils de ». Elle laisse une certaine place à l'intervention du juge, qui peut « pondérer la puissance d'une preuve au profit d'une autre », lorsqu'il estime par exemple qu'il en va de l'intérêt de l'enfant¹⁴⁴¹. Il était donc possible de se demander si la jurisprudence initiée par l'arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2000, donnant droit à l'exactitude génétique en matière de filiation, avait vocation à s'appliquer aussi à la constatation de la possession d'état¹⁴⁴². En effet, la certitude apportée par la preuve

1438. « *Ayant relevé l'existence d'un acte de notoriété, d'attestations, de correspondances et de photographies prises à l'occasion de fêtes familiales, une cour d'appel a pu déduire de l'ensemble de ces éléments qu'elle a souverainement apprécié la réalité de la possession d'état d'enfant naturel alléguée* » : cass. civ. 1re, 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-21061 ; N. BAILLON-WIRTZ, « L'établissement posthume de la filiation par la possession d'état », *lexbase hebdo* 2007, n° 278 ; J. MASSIP, « Changement justifié par les liens existants entre un enfant naturel et son père », *degrénois* 2007, n° 22, pp. 1637-1639 ; J. MASSIP, « Changement de nom », *gaz. pal.* 2008, n° 16, pp. 23-24 ; F. CHÉNEDÉ, « Établissement contentieux de la filiation par possession d'état et changement de nom », *AJ fam.* 2007, p. 485.

1439. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1075, p. 429.

1440. « *En l'espèce, les intimés justifient leur possession d'état d'enfants naturels de M. Denis A... par les actes de notoriété des 4 octobre 2002 et 30 juin 2003. En application des dispositions légales de l'article 317 du Code civil, il appartient donc à l'appelante de prouver l'inexactitude desdits actes. Or, les pièces qu'elle produit échouent à démontrer que les intimés ne pourraient prétendre à une possession d'état d'enfant naturel telle qu'énoncée dans les textes légaux sus rappelés, voire ne seraient pas les enfants de son défunt compagnon. En effet, les attestations dont elle se prévaut et aux termes desquels leurs différents rédacteurs mentionnent qu'ils ne connaissaient pas d'enfant à M. A... sont insuffisantes à contredire la possession d'état dont les actes de notoriété font foi* » : cour d'appel de Fort-de-France, 25 mai 2012, affaire *Casimir Henriette Y... c./ Éric Justin X...*, RG : 11/00320.

1441. M. BODIN, *Le notions relatives en droit civil*, thèse, n° 72, p. 102.

1442. Cass. civ. 1re, 28 mars 2000, pourvoi n° 98-12806, *bull.* 2000, I, n° 103, p. 69 ; J. HAUSER, « La Cour

génétique est contraire à l'esprit de la possession d'état qui est fondée sur la croyance sociale de la réalité du lien de filiation¹⁴⁴³. Admettre la preuve génétique revenait pratiquement à remettre en cause la notion même de possession d'état¹⁴⁴⁴. Sans l'intervention du juge pour apprécier au cas par cas les preuves qui la constituent, il n'existait plus de différence entre l'action en constatation de possession d'état et l'action en recherche de filiation¹⁴⁴⁵.

En l'absence de règle claire en la matière, une discussion s'est alors engagée. Certaines cours d'appel avaient décidé que la preuve génétique était recevable, cherchant peut être à suivre le sens de la jurisprudence nouvelle de la Cour de cassation. Ainsi par exemple, la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion estime dans son arrêt du 19 août 2008, alors qu'il n'existait selon l'arrêt aucun élément tangible susceptible d'établir la possession d'état, que le refus de se soumettre à un test génétique « *doit s'analyser comme la volonté de préférer voir déclarer une filiation sur un raisonnement juridique que sur une certitude scientifique, résultat lui permettant sur le plan familial d'entretenir un doute et de sauvegarder certaines apparences* »¹⁴⁴⁶. Il faut reconnaître que la jurisprudence de la Cour de cassation n'était pas facile à suivre.

Ainsi, elle décidait en mai 2008 dans une affaire de contestation de paternité que les éléments constitutifs d'une possession d'état, pourtant efficace en l'espèce, ne constituaient pas un motif légitime de ne pas recourir à une expertise génétique¹⁴⁴⁷, semblant

de cassation reconnaît un droit à l'expertise biologique en matière de filiation mais lui assigne des limites », *RJPF* 2000, n° 5, pp. 23-25 ; N. NEVEJANS-BATAILLE, « L'expertise biologique obligatoire en droit de la filiation », *LPA* septembre 2000, n° 177, pp. 8-14 ; M. MIGNOT, « L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation », *RRJ* 2003, pp. 667-700.

1443. A. GOUTTENOIRE, « L'expertise génétique exclue en matière de possession d'état », *lexbase hebdo* 2011, n° 448.

1444. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, droit des personnes et de la famille*, p. 334.

1445. M. BODIN, *Le notions relatives en droit civil*, thèse, n° 173, p. 271.

1446. Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, 19 août 2008, RG : 05/01590.

1447. « *Attendu que pour débouter ce dernier de sa demande et refuser d'ordonner une expertise génétique, l'arrêt attaqué énonce d'une part, que c'est par une juste appréciation des éléments de la cause que les premiers juges ont écartés les témoignages produits par M. Z... au soutien de sa thèse sur l'existence de relations stables et suivies entre lui-même et la mère de l'enfant pendant la période de conception alors que les éléments acquis aux débats accréditent la vraisemblance d'une paternité de M. Y... au travers de présomptions et indices retenus par le jugement attaqué (correspondances échangées entre M. Y... et la mère de l'enfant, attestations concernant les relations entre M. Y... et Mme X... pendant la période légale de conception, actes de M. Y... se comportant comme le père...), d'autre part, que même s'il a pu être induit en erreur par la versatilité de sa compagne sur sa paternité réelle, M. Z... ne saurait valablement invoquer une possession d'état à son profit alors que celle-ci était justement établie au profit de M. Y... en raison des décisions de justice rendues par le juge aux affaires familiales lui accordant un droit de visite en 1998 puis fixant la résidence de l'enfant au domicile de ce dernier en sa qualité de père en 2001, et enfin, que dès lors que les présomptions et indices relevés étaient suffisants en eux-mêmes pour établir la paternité de M. Y..., il existait un motif légitime de ne pas satisfaire à la demande d'expertise biologique réclamée par M. Z... » : Cass. civ. 1re, 28 mai 2008, pourvoi n° 07-15037, bull 2008, I,*

prendre l'exacte contre-pied de ce qu'elle avait affirmé en avril 2007, reconnaissant à la possession d'état le motif légitime qui permettait d'écarter une action en contestation de paternité¹⁴⁴⁸. Cette décision intervenait elle-même après celle du 6 décembre 2005, dans laquelle la Cour de cassation avait déclaré que l'expertise génétique n'était pas de droit en matière de constatation de possession d'état dont la preuve s'établit pas tous moyens¹⁴⁴⁹. Au-delà d'un critère précis, il semblait bien que l'interprétation de la possession d'état relevait le plus souvent d'une appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant qui ne disait pas son nom : dans tel cas appelant plutôt un test génétique, l'excluant dans tel autre¹⁴⁵⁰.

Enfin, dans un arrêt rendu le 16 juin 2011, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, en posant de manière claire

n° 157 ; Th GARÉ, « Filiation : la possession d'état ne constitue pas un motif légitime de refuser une expertise », *RJPF* 2008, n° 9, p. 25 ; J. MASSIP, « Possession d'état et expertise biologique », *degré* 2008, n° 21, pp. 2425-2429 ; A. GOUTTENOIRE, « Expertise génétique : le rappel (à l'ordre) de la Cour de cassation », *Lexbase hebdo* 2008, n° 307 ; Y. FAVIER, « Refus d'expertise en cas de conflit de filiation : ni des présomptions ni la possession d'état ne constituent des motifs légitimes », *JCP* 2008, actualité 409, n° 24, p. 12 ; P. MURAT, « Refus d'expertise biologique et existence d'une possession d'état : petite mise au point de la Cour de cassation », *dt. fam.* juillet 2008, comm. 100, n° 7, pp. 29-30 ; J. HAUSER, « Le feuillet des motifs légitimes permettant d'exclure le droit à... et le zèle de la Cour de cassation pour appliquer rétroactivement l'article 16-11 nouveau du Code civil », *RTD civ.* 2008, pp. 464-466 ; J. RUBELLIN-DEVICHI et alii, « Droit de la famille », *JCP* 2009, I, 102, pp. 26-32 ; M. DOUCHY-OUODOT, « contentieux familial novembre 2007-octobre 2008 », *D.* 2009, pp. 53-58 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation, février 2008-décembre 2008 », *D.* 2009, n° 11, pp. 773-779 ; S. TRAVADE-LAUNOY, « Filiation », *gaz. pal.* 2008, n° 327, p. 29.

1448. « Mais attendu qu'après avoir relevé, d'abord la volonté affirmée et continue de Franck Y..., qui de son vivant n'a exercé aucune action en contestation de reconnaissance, d'assumer sa paternité et d'élever Julien comme son fils, puis son attachement profond pour l'enfant dont il a donné le prénom à une nouvelle SCI, la dénommant « SCI Julien », la cour d'appel, constatant que la preuve de la conservation d'un échantillon de sang permettant un examen comparé n'était pas rapportée et que l'administrateur ad hoc de l'enfant s'opposait à une exhumation du corps, a, sans inverser la charge de la preuve, caractérisé l'existence d'un motif légitime rendant impossible l'expertise biologique » : Cass. civ. 1re, 25 avril 2007, pourvoi n° 06-13872, *bull.* 2007, I, n° 163 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Contestation de filiation par un grand-père : les juges veillent à la motivation », *RLDC* 2007, n° 39, pp. 41-42 ; I. CORPART, « Où le droit à l'expertise biologique n'empêche pas le rejet d'une action en contestation de reconnaissance intentée par un grand-père », *RJPF* 2007, n° 7, pp. 25-27 ; P. MURAT, « La contestation de la filiation par le grand-père et l'expertise *post mortem*, ou l'expertise biologique est de droit en matière de filiation... mais pas tant que cela », *dt. fam.* septembre 2009, n° 9, pp. 24-29 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence générale », *degré* 2007, n° 22, pp. 1640-1644.

1449. « Mais attendu qu'en matière de constatation de possession d'état, la preuve s'établit par tous moyens, de sorte que l'expertise biologique n'est pas de droit ; Attendu qu'ayant souverainement relevé d'abord qu'aucune relation de nature affective, éducative ou matérielle n'avait existé entre Ernest X... et Émile Y..., puis retenu que malgré l'acte de notoriété produit par Ernest X..., les autres témoignages, et notamment ceux versés par Jean-Pierre Y..., compte tenu de leur caractère aléatoire et contesté et en l'absence de tout autre fait venant les corroborer, ne permettaient pas d'établir qu'Ernest X... justifiait à l'égard d'Émile Y... d'une possession d'état d'enfant naturel, la cour d'appel a pu décider qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner une expertise sanguine » : Cass. civ. 1re, 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-15588, *bull.* 2005, I, n° 476, p. 400 ; J. HAUSER, « Expertise biologique : suit des motifs légitimes, possession d'état et preuve non apportées des relations pendant la conception, action à fins de subsides », *RTD civ.* 2006, pp. 98-99 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Expertise biologique : quelle motivation pour un refus légitime ? », *RLDC* 2006, n° 24, pp. 40-41 ; P. MURAT, « Dans l'action en constatation de possession d'état, l'expertise biologique n'est pas de droit », *dt. fam.* février 2006, comm. pp. 18-20 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2006, n° 17, pp. 1139-1148 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence civile générale », *degré* 2006, n° 12, pp. 161-162.

1450. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, droit des personnes et de la famille*, p. 338.

qu'en « *matière de constatation de possession d'état, il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique* »¹⁴⁵¹. Cette décision de la Cour de cassation apporte des précisions utiles, en faisant de la constatation de la possession d'état une action relative à la filiation « pas comme les autres »¹⁴⁵². De plus, la possession d'état est une action qui, au terme de l'article 330 du Code civil, est ouverte à toute personne y ayant intérêt. De ce fait, il est nécessaire d'en organiser les moyens de preuve pour éviter des intrusions parasites qui pourraient s'avérer néfastes pour l'enfant. Il en va de même en ce qui concerne les délais pour agir : ils courent à partir du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, et non pas dix ans après la majorité de l'enfant comme en matière de recherche de filiation. Le risque était de voir se généraliser l'action en constatation de possession d'état pour contourner les délais requis en matière d'action en recherche de filiation, comme dans l'arrêt de la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion.

216. Présomption simple. La nature de la possession d'état est d'être une présomption simple. C'est pour cette raison, que la preuve génétique ne devrait pas être recevable pour la déterminer, puisque par hypothèse, le lien génétique entre l'enfant et son parent ne peut pas être connu des tiers, contrairement aux éléments de notoriété que constate la possession d'état. Au terme de l'article 317 du Code civil, « *L'acte de notoriété est établi sur la foi des déclarations d'au moins trois témoins, et si le juge l'estime nécessaire, de tout autre document produit qui atteste une réunion suffisante de faits* ». La possession d'état est donc seulement efficace jusqu'à preuve du contraire : le test génétique est cette preuve contraire. Mais l'administration de cette preuve, dans l'intérêt de l'enfant, est encadrée par un

1451. « *Attendu que Mme X...., née le 16 juin 1972, a été reconnue par sa mère et, le 30 novembre 1983, par M. Y... ; que par jugement du 25 mars 1991, le tribunal de grande instance de Saint-Denis a annulé cette dernière reconnaissance ; que Mme X... a fait assigner Z..., par acte du 25 juin 2004, en constatation de possession d'état d'enfant naturel ; que le tribunal de grande instance de Saint-Pierre de la Réunion l'a déboutée de sa demande [...] Vu les articles 311-1, 311-, 334-8 du Code civil dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 ; attendu qu'en matière de constatation de possession d'état, il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique ; Attendu qu'après avoir estimé que les éléments invoqués par Mme X... ne suffisaient pas à caractériser la possession d'état dont elle se prévalait, la cour d'appel a ordonné une expertise biologique ; en quoi elle a violé par fausse application les textes susvisés* » : Cass. civ. 1re, 16 juin 2011, pourvoi n° 08-20475, *bull.* 2011, I, n° 116 ; J. HAUSER, « On ne peut combiner les modes d'établissement de la filiation », *RTD civ.* 2001, pp. 524-525 ; A. GOUTTENOIRE, « L'expertise génétique exclue en matière de possession d'état », *lexbase hebdo* 2011, n° 448 ; E. POULIQUEN, « La possession d'état d'enfant n'induit pas la preuve biologique de la filiation », *RLDC* 2011, n° 85, pp. 47-48 ; Th. GARÉ, « Pas d'expertise biologique en matière de constatation de possession d'état », *RJPF* 2011, n° 10, p. 29 ; J. MASSIP, « Expertise biologique et possession d'état », *gaz. pal.* 2011, n° 320, pp. 13-14 ; N. COUDOING, « Le rejet du tout biologique en matière de filiation », *defrénois* 2012, n° 3, pp. 139-145 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial janvier 2011-décembre 2011 », *D.* 2012, n° 16, pp. 1033-1039 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, n° 22, pp. 1432-1439 ; Ch. BYK, « Bioéthique », *JCP* 2012, n° 25, pp. 1233-1239.

1452. A. GOUTTENOIRE, « L'expertise génétique exclue en matière de possession d'état », *lexbase hebdo* 2011, n° 448.

délai très strict. L'article 335 du Code civil dispose que « *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* ».

217. L'appréciation de la possession d'état par les juges. De même que pour l'intérêt de l'enfant, l'appréciation de la possession d'état ouvre la porte à une certaine souplesse de la part de la jurisprudence qui voit parfois de manière extensive la possibilité d'établir un lien de filiation. La possession d'état est traditionnellement appréciée par les juges autour de trois éléments : *nomen, tractatus, fama*. En réalité, ces éléments ne sont que des pistes d'étude pour le juge qui n'ont « rien de nécessaire ni de fatidique »¹⁴⁵³, parce que la possession d'état est bien plus vaste¹⁴⁵⁴.

218. Nomen. Le nom porté par l'enfant qui avait une certaine prépondérance dans l'appréciation de la possession d'état a perdu de son intérêt¹⁴⁵⁵. En effet, dans la mesure où il est devenu courant que les enfants ne portent pas le même nom que leur père, le nom de l'enfant utilisé à titre d'usage n'a plus autant d'importance¹⁴⁵⁶. Par ailleurs, il peut arriver que le nom ait été attribué frauduleusement à l'enfant¹⁴⁵⁷. Il reste que le nom du parent prétendu, porté à titre d'usage, constitue toujours un élément de choix pour l'appréciation de la possession d'état par les juges¹⁴⁵⁸. A l'inverse, il n'est pas rare non plus, que l'enfant ne porte pas le nom de celui de ses parents avec lequel il ne vit pas¹⁴⁵⁹. Dans ce cas, la différence de nom n'empêche pas la possession d'état de se constituer à l'égard d'un tiers : le nom porté par l'enfant est seulement la conséquence de sa filiation et non pas son origine¹⁴⁶⁰.

1453. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 889, p. 443.

1454. M. RÈMOND-GOUILLOUD, « La possession d'état d'enfant (à propos de la loi du 3 janvier 1972) », *RTD civ.* 1975, p. 459.

1455. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 209, p. 104.

1456. R. LE GUIDEDEC, G. CHABOT, « Filiation (Modes extrajudiciaires d'établissement), *Répertoire Dalloz de droit civil* 2009, n° 145, p. 24.

1457. « *Considérant que les premiers juges ont, au vu des articles 322 et 334-9 du Code civil, dit avec exactitude que Mmes France et Marie G... n'ont pas joui d'une possession d'état d'enfant de Pierre G... conforme à leur titre de naissance, la possession d'état constituée essentiellement du port du patronyme G... étant incomplète et entachée d'équivoque dès lors que Pierre G... se savait probablement stérile, comme mention en est faite dans le rapport du Docteur K... établi le 23 juin 1983, que France et Marie G... avaient été informées par leur mère de sa non-paternité dès 1977 alors qu'elles étaient âgées de 8 et 9 ans, que des liens forts se sont créés dès 1975 avec François Y... instituant une possession d'état concurrente lorsque leur mère a divorcé d'avec Pierre G...* » : cour d'appel de Paris, 10 avril 2008, affaire *Brigitte X... et autres c./ Marie Geneviève Suzanne G... et autres*, RG : 06/17420.

1458. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 258, p. 146.

1459. G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 81.

1460. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille*, n° 493, p. 256.

219. Fama. La perception sociale du lien entre l'enfant et son parent prétendu peut être appréhendée de diverses manières¹⁴⁶¹. Cette renommée est variable et s'apprécie en fonction de chaque situation particulière suivant : la famille, le milieu social ou les habitudes de chacun¹⁴⁶². Afin d'apporter cette preuve, il peut être produit toutes sortes d'éléments de fait ou de droit tels que des documents de l'administration laissant penser que l'enfant était réputé être le fils de cette personne¹⁴⁶³. Dans ce cas, une inscription à l'école, ou une demande auprès des services fiscaux sont suffisantes¹⁴⁶⁴. Ainsi, pour la cour d'appel de Pau, le fait que le supérieur hiérarchique du père prétendu présente l'enfant comme sa fille dans le cadre du travail, par exemple en l'amenant comme les autres enfants à l'arbre de Noël de l'entreprise, constituait un élément crédible de la possession d'état¹⁴⁶⁵.

220. Tractatus. Le fait pour l'enfant de bénéficier du même traitement qu'un enfant légal est un indice qui permet de constituer le cas échéant la possession d'état¹⁴⁶⁶. Pour certains auteurs, la possession d'état s'articule autour d'un élément matériel et d'un élément intentionnel¹⁴⁶⁷. Dans la mesure où il s'agit d'un fait juridique, cette preuve est apportée par tout moyen¹⁴⁶⁸. Or, à une époque où le nom et la réputation ont perdu beaucoup de leur valeur sociale, l'écoulement du temps peut être pris en compte au titre de la filiation vécue par l'enfant pour caractériser l'existence d'une possession d'état¹⁴⁶⁹. Il est ainsi possible de déduire de la persistance du comportement entre le parent et l'enfant une certaine volonté de se comporter comme tel¹⁴⁷⁰.

1461. « La réputation peut se manifester dans plusieurs cercles : c'est le fait de passer pour le fils de X ou de Y, non seulement aux yeux de la société en général, mais aux yeux plus jaloux de la communauté familiale, aux yeux plus soupçonneux de la bureaucratie » : J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 454, p. 958.

1462. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 495, p. 258.

1463. R. LE GUIDEDEC, G. CHABOT, « Filiation (Modes extrajudiciaires d'établissement), *Répertoire Dalloz de droit civil* 2009, n° 144, p. 24.

1464. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 258 p. 146.

1465. Cour d'appel de Pau, 8 juillet 2008, affaire *Dominique Gaston X... c ;/ Prisca Audrey Saada Z...*, RG : 06/03662.

1466. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 207, p. 104.

1467. R. LE GUIDEDEC, G. CHABOT, « Filiation (Modes extrajudiciaires d'établissement), *Répertoire Dalloz de droit civil* 2009, n° 143, p. 24.

1468. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 499, p. 1080.

1469. « Reste le *tractatus*, cet élément interne sur lequel on table aujourd'hui le plus, cette vérité vécue seule finalement digne d'être crue. Et pourtant là encore, on se prend à douter lorsque l'on s'aperçoit que les qualités requises, elles aussi, ont changé en même temps que les rôles que la possession d'état est appelée à jouer. Même lorsqu'il s'agit de prouver la filiation, et a fortiori de la démanteler, les commentateurs s'accordent à dire que la continuité de la possession d'état n'implique plus qu'elle soit originelle, ni qu'elle soit ininterrompue. Il suffira qu'elle ait eu une certaine durée, parfois très courte, une certaine densité, parfois bien légère, une certaine permanence, parfois à éclipses, dont l'existence ou l'absence est laissée à l'appréciation des juges » : M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, droit des personnes et de la famille*, p. 336.

1470. J. HAUSER, « Le temps en droit de la filiation », in *Lebendiges Familienrecht : Festschrift für Rainer*

Cependant, l'évolution récente des mœurs est venue modifier la perception du rôle de la possession d'état. Ainsi, l'écoulement du temps qui était considéré par la mère comme un obstacle à la possibilité de se séparer complètement de celui qui avait procédé à une reconnaissance de complaisance de ses enfants, est-il devenu le moyen pour l'enfant de revendiquer la pérennité de ce lien¹⁴⁷¹. Le Code civil prévoit seulement que la possession d'état soit continue¹⁴⁷². Ainsi, des visites, des lettres peuvent traduire un *tractatus* valable¹⁴⁷³. Au fur et à mesure que l'enfant grandit, il est exigé par la jurisprudence que le *tractatus* devienne réciproque¹⁴⁷⁴. En ce sens, la cour d'appel de Pau relevait dans le comportement d'un père que « *durant toute l'enfance de Prisca, [...] il l'a emmenée dans sa famille, que Prisca aimait beaucoup son grand-père et ce dernier le lui rendait bien ainsi qu'un de ses oncles* »¹⁴⁷⁵. Avant la naissance de l'enfant en revanche, ce n'est que le comportement du parent prétendu qui est étudié¹⁴⁷⁶. A l'inverse, après le décès du parent supposé, c'est le comportement de l'enfant qui peut justifier cette qualification. Ainsi, le fait d'adopter un comportement de deuil peut caractériser une possession d'état.

221. Droit européen des droits de l'Homme. La Cour européenne des droits de l'Homme tient compte, elle aussi, du rôle du temps et de l'apparence pour qualifier certains liens de « *vie familiale de facto* »¹⁴⁷⁷. Elle a recours à des indices très variés pour caractériser l'existence de cette notion. Elle peut par exemple se fonder sur les relations de ceux qui se prétendent les parents de l'enfant. C'est ainsi que dans l'affaire *Keegan c./ Irlande*, elle avait précisé que les relations familiales ne découlaient pas exclusivement du mariage et

FRANCK *zum* 70. Geburtstag am 14 juli 2008, p. 215.

1471. Cass. civ. 1er, 25 février 2009, n° 07-14849, *bull.* 2009, I, n° 38 ; A. GOUTTENOIRE, « Chronique de droit de la famille : la lien parent-enfant », *lexbase hebdo* 2009, n° 340 ; E. POULIQUEN, « Précisions sur les cas où un enfant peut être confié à un tiers », *RLDC* 2009, n° 59, pp. 49-50 ; J. HAUSER, « Des tiers : légiférer encore ou faire confiance à la jurisprudence ? », *RTD civ.* 2009, pp. 309-312 ; F. EUDIER, « Organisation des relations et fixation de la résidence : la Cour de cassation précise le statut des tiers à l'égard de l'enfant », *RJPF* 2009, n° 5, pp. 21-23 ; L. GAREIL-SUTTER, « La fixation de la résidence de l'enfant chez un tiers par le juge aux affaires familiales », *dt. fam.* mai 2009, comm. 58, pp. 31-33 ; M. BRUSORIO-AILLAUD, « Résidence de l'enfant : le juge aux affaires familiales peut la confier à un tiers mais ne peut pas être saisi par un tiers », *JCP* 2009, II, 10076, n° 19, pp. 23-24 ; P. SERVANT, « La résidence habituelle de l'enfant : l'intérêt de l'enfant, le juge et le tiers », *D.* 2009, n° 24, pp. 1665-1668 ; J. MASSIP, « La fixation par le juge de la résidence de l'enfant chez une personne autre que ses père et mère », *LPA* août 2009, n° 164, pp. 11-14.

1472. J. HAUSER, « La distinction de l'homme et de la femme : approche pluridisciplinaire. La paternité est —elle biologique ou sociologique ? », *RRJ* 2004, p. 20.

1473. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 454, p. 958.

1474. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 494, p. 257.

1475. Cour d'appel de Pau, 8 juillet 2008, affaire *Dominique Gaston X... c./ Prisca Audrey Saada Z...*, RG : 06/03662.

1476. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 207, p. 104.

1477. A. GOUTTENOIRE, « La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *informations sociales*, mai 2008, n° 149, p. 43.

que la relation de concubinage dans laquelle naissait un enfant pouvait constituer une vie familiale, quand bien même la relation aurait pris fin rapidement¹⁴⁷⁸. La Cour a même été plus loin en déduisant l'existence d'une vie familiale, pour un couple transsexuel, de l'apparence « naturelle » du couple qui revendiquait cette protection¹⁴⁷⁹. Dans l'arrêt *Lebbink c./ Pays-Bas*, elle évoque également le caractère « authentique » de la relation qui a conduit à la naissance de l'enfant pour justifier l'existence d'une vie familiale¹⁴⁸⁰.

La Cour déduit aussi la vie familiale de l'intensité des relations qui peuvent exister entre le parent prétendu et l'enfant¹⁴⁸¹. Ainsi, le fait de vivre en permanence avec les enfants dont il revendique la paternité constitue bien une vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁴⁸². En revanche, dans l'affaire *Soderback c./*

1478. « En l'espèce, la relation entre M. Keegan et la mère de l'enfant dura deux ans, dont un pendant lequel ils cohabitèrent. En outre, la conception de leur enfant résultait d'une décision délibérée et ils avaient aussi projeté de se marier. A l'époque, leur relation se plaçait donc sous le sceau de la vie familiale au sens de l'article 8. Le fait qu'elle se brisa par la suite ne modifie pas davantage cette conclusion qu'elle ne le ferait pour un couple légalement marié et dans une situation comparable. A partir de la naissance de l'enfant, il y a eu en conséquence entre elle et le requérant un lien constitutif d'une vie familiale » : Affaire *Keegan c./ Irlande*, 26 mai 1994, requête n° 16969/90, § 45.

1479. « Le concept de vie familiale visé par l'article 8 ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage mais peut englober d'autres relations de facto. Pour déterminer si une relation s'analyse en une vie familiale, il peut se révéler utile de tenir compte d'un certain nombre d'éléments, comme le fait de savoir si les membres du couple vivent ensemble et depuis combien de temps, et s'ils ont eu des enfants ensemble, de manière naturelle ou autre, preuve de leur engagement l'un envers l'autre » : Affaire *X., Y. et Z. c./ Royaume-Uni*, 22 avril 1997, requête n° 21830/93, § 36.

1480. « A. est né d'une relation authentique, qui dura environ trois ans, entre le requérant et Mme B., et que jusqu'à l'abolition de la subrogée tutelle à une époque où A. était âgée d'environ sept mois, le requérant était le subrogé tuteur de sa fille. La Cour observe que la relation entre le requérant et Mme B. prit fin en août 1996, alors qu'A. était âgée d'environ seize mois. La Cour note de surcroît que si le requérant n'a jamais cohabité avec Mme B. et A., il était présent lors de la naissance de cette dernière, qu'à compter de cette naissance, et jusqu'en août 1996, époque de sa rupture avec la mère d'A., il rendit visite à Mme B. et à A. à des intervalles réguliers quoique non précisés, qu'il lui est arrivé quelquefois de changer A. et l'une ou l'autre fois de la garder en l'absence de sa mère, et qu'à plusieurs reprises il s'entretint avec Mme B. au sujet des problèmes d'audition d'A » : Affaire *Lebbink c./ Pays-Bas*, 1er juin 2004, requête n° 45582/99 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Simple parenté biologique et vie familiale », *RTD civ.* 2005, pp. 339-341.

1481. « La Cour note que dans le cas d'espèce les requérants ont accueilli A., âgée d'un mois, dans leur famille. Pendant dix-neuf mois, les requérants ont vécu avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie. La Cour constate également que, pendant ce temps, A. a vécu avec une sœur et un frère, ce dernier adopté auparavant par la première requérante. Elle constate, en outre, que les expertises conduites sur la famille montrent que la mineure y était bien insérée et qu'elle était profondément attachée aux requérants et aux enfants de ces derniers » : Affaire *Moretti et Benedetti c./ Italie*, 27 avril 2010, requête n° 16318/07, § 49 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2010, n° 35, pp. 1587-1593.

1482. « La Cour a pu constater que le requérant et les trois enfants dont il revendique la paternité biologique ont formé une famille monoparentale de facto et que l'existence de celle-ci n'a été menacée à aucun moment ni par les autorités, ni par la mère ou le père présumé des enfants. La Cour a également pris en compte la marge d'appréciation confiée à l'État dans la réglementation des relations de filiation et a constaté qu'il n'y avait pas un consensus à l'échelle européenne sur le point de savoir si la législation interne devait permettre au père biologique de contester la présomption de paternité du mari. Dans le cas d'espèce, même si le requérant ne peut pas tenter une action en contestation de la filiation paternelle des trois enfants, la Cour constate que le droit interne ne le privait pas de toute possibilité d'établir un lien de paternité vis-à-vis de ceux-ci ou de pallier les inconvénients d'ordre pratique engendrés par l'absence d'un tel lien. Étant donné qu'il n'a pas démontré s'être prévalu de ces possibilités, la Cour ne saurait tenir les autorités de l'État pour responsables de la passivité du requérant » : Affaire *Chavdarov c./ Bulgarie*, 21 décembre 2010, requête n° 3465/03, § 56.

Suède, la juridiction strasbourgeoise n'a pas retenu l'existence d'une vie familiale, estimant que le requérant n'avait pas mis tout en œuvre pour entretenir des liens avec l'enfant, malgré ses problèmes personnels¹⁴⁸³. Au contraire, dans l'affaire *Gorgulu c./ Allemagne*, la Cour a estimé que si le requérant n'avait pas pu entretenir de liens étroits avec l'enfant dont il revendiquait la paternité, cette absence de lien ne relevait pas de son fait, et ses démarches répétées démontraient en elle-même l'existence d'une vie familiale potentielle protégeable¹⁴⁸⁴. Elle se fonde, dans d'autres cas, sur des éléments de détail. Ainsi, dans l'arrêt *Lebbink c./ Pays-Bas*, elle a déduit des attentions ponctuelles du père à l'égard de sa fille l'existence d'une vie familiale. De même, dans l'affaire *Pini et autres c./ Roumanie*, la Cour retient les courriers répétés envoyés aux enfants pour la caractériser¹⁴⁸⁵.

Cependant, depuis quelques années, la Cour européenne des droits de l'Homme semble devenir plus exigeante que par le passé pour apprécier l'existence d'une vie familiale. Ainsi, dans l'affaire *Kearns c./ France* la Haute juridiction n'a pas tenu compte des liens que le père avait entretenus avec la mère avant son départ pour la France, ni de ses démarches juridiques dans le but de retrouver l'enfant et qui auraient pourtant pu constituer une vie familiale *de facto* au sens exprimé dans l'affaire *Gorgulu c./ Allemagne*¹⁴⁸⁶. Cette évolution

1483. « La Cour fait en outre observer qu'au cours de la période considérée, les contacts entre le requérant et l'enfant furent peu fréquents et limités ; lorsque l'adoption fut autorisée, père et fille ne s'étaient pas vus depuis un assez long moment. Certes, cette situation était dans une certaine mesure due au fait que la mère de l'enfant s'opposait à ces rencontres, d'une part et aux problèmes personnels du requérant, d'autre part. Cependant, s'il apparaît que ces problèmes se trouvèrent résolus fin 1984, le requérant attendit juin 1987, alors que l'enfant avait quatre ans et neuf mois, pour demander aux services sociaux de l'aider à obtenir un droit de visite. De plus, l'enfant vivait avec sa mère depuis sa naissance, et avec son père adoptif depuis l'âge de huit mois. Ce dernier avait participé à l'éducation de M., qui le considérait comme son père. Ainsi, lorsque le tribunal de district autorisa l'adoption en décembre 1989, il existait des liens familiaux *de facto* entre le père adoptif et la mère depuis cinq ans et demi, jusqu'à leur mariage en janvier 1989, et entre lui et M. depuis six ans et demi. L'adoption consolida et officialisa ces liens. Pour prendre sa décision le tribunal de district avait pris en compte non seulement l'enquête menée par le conseil social, mais aussi les témoignages en audience du requérant et du père adoptif, de sorte qu'il était mieux placé que les juges européens pour établir un juste équilibre entre les intérêts contradictoires en présence » : Affaire *Söderbäck c./ Suède*, 28 octobre 1998, requête n° 113/1997/897/1109, § 32-33.

1484. « The Court notes that the parties agreed that the decision refusing the applicant custody of an access to his child amounted to an interference with his right to respect for his family life, as guaranteed by Article 8 §1 » : Case of *Gorgulu v./ Germany*, 26 mai 2004, application n° 74969/01, § 35.

1485. « Enfin, la Cour note que, si une vie familiale ne se trouve pas encore pleinement établie, en l'espèce, vu l'absence de cohabitation ou de liens *de facto* suffisamment étroits entre les requérants et leurs filles adoptives respectives avant ou après les décisions d'adoption, ce fait ne saurait être imputable aux requérants, qui, en choisissant les mineures sur la base d'une simple photo, sans qu'il y ait de véritables contacts avec elles qui les auraient préparées à l'adoption, n'ont fait que suivre la procédure qu'avait mise en place l'État défendeur en la matière. De surcroît, il ressort des éléments du dossier que les requérants se sont toujours considérés comme les parents des mineures et se sont toujours comportés de la sorte à leur égard par la seule voie qui leur était ouverte, à savoir en leur faisant parvenir des lettres, écrites en roumain » : Affaire *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c./ Roumanie*, 22 juin 2004, requêtes n° 78028/01 et 78030/01, § 147.

1486. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; F. SUDRE, Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, *JCP* juillet 2008, I, n° 167, pp. 25-30 ; M.-C. LE BOURSICOT, « Accouchement sous le secret : cette fois, la CEDH valide le dispositif du côté de la mère », *RLDC* 2008,

vers une appréciation plus stricte de la vie familiale semble se confirmer, puisque dans l'arrêt *Anayo c./ Allemagne*, la Cour a estimé que la liaison de deux ans avec la mère, l'action en justice qu'il avait exercé rapidement, l'intérêt qu'il avait manifesté pour ses enfants, ainsi que son désir d'avoir des contacts avec eux n'étaient pas suffisant au sens de l'article 8¹⁴⁸⁷. Il faut noter la même interprétation dans l'affaire *Kautzor c./ Allemagne* où le requérant était marié avec la mère de l'enfant au moment de la naissance de celui-ci et qui, malgré ses démarches juridiques, n'a pas pu obtenir l'établissement du lien de filiation. La Cour, en insistant sur l'absence de relation entre le requérant et l'enfant, estime qu'il n'y a pas lieu de qualifier le lien de « vie familiale »¹⁴⁸⁸. Enfin, dans l'affaire *Ahrens c./ Allemagne*, le requérant avait introduit une action en contestation de la filiation à l'égard d'une autre personne, presque immédiatement après la naissance de l'enfant, et il était admis qu'il avait entretenu des relations intimes avec la mère. Là encore, la Cour européenne des droits de l'Homme estime que dans la mesure où les parents génétiques n'avaient jamais cohabité à l'époque probable de conception de l'enfant et n'avaient jamais évoqué le projet de fonder une famille, leurs relations étaient exclusivement sexuelles et, de ce fait, ne relevaient pas du droit à la vie familiale entre le requérant et l'enfant¹⁴⁸⁹.

pp. 39-40 ; Th. GARÉ, « La CEDH conforte la validité du système français d'accouchement sous X », *RJPF* 2008, pp. 23-24 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Les désillusions strasbourgeoises de l'accouchée sous X repentante », *RTD civ.* 2008, pp. 252-255 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme : satisfecit provisoire au droit français », *RTD civ.* 2008, pp. 285-286 ; A. GOUTTENOIRE, « Le consentement de la femme qui accouche sous X doit être libre et éclairé », *lexbase hebdo* 2008, n° 297 ; Cl. NEIRINCK, « Retour sur un accouchement sous X validé par la CEDH », *RDSS* 2008, pp. 353-359 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Accouchement sous X : la CEDH valide le délai de deux mois à l'issue duquel la restitution de l'enfant est possible », *RLDC* 2008, pp. 43-44 ; A. TON NU LAN, « Abandon d'un enfant sans filiation établie : le consentement à la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance n'est toujours pas requis », *RJPF* 2004.

1487. « *Moreover, the Court has considered that intended family life may, exceptionally, fall within the ambit of Article 8, notably in cases in which the fact that family life has not yet fully been established was not attributable to the applicant. In particular, where the circumstances warrant it, family life must extend to the potential relationship which may develop between a child born out of wedlock and the natural father. Relevant factors which may determine the real existence in practice of close personal ties in these cases include the nature of the relationship between the natural parents and a demonstrable interest in and commitment by the father to the child both before and after the birth* » : case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07, § 57.

1488. « *Turning to the circumstances of the instant case, the Court observes that it is contested and has not been established in the proceedings before the domestic courts whether the applicant is in fact M.'s biological father. Even though the child's mother, he had never seen the child and there has never been a close personal relationship between him and the child which could amount to established family life. The Court considers that the instant case primarily evolves around the question whether the applicant has a right to have his alleged paternity certified and legally established. The Court has found on numerous occasions that proceedings concerning the establishment of or challenge against paternity concerned that man's private life under Article 8, which encompasses important aspects of one's personal identity. The Court does not discern any reason to hold otherwise as an interference with his right to respect for his private life* » : case of *Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09, § 62-63.

1489. « *Turning to the instant case, the Court observes that the relationship between Ms P. and the applicant had ended approximately one year before the child R. was conceived. According to the applicant's own submissions, the ensuing relations between himself and Ms P. were of a purely sexual nature. There is no indication that the applicant and Ms P., who cohabited at the time with Mr M., envisaged founding family together. There are no signs of any commitment of the applicant towards the child before it was born. Under these circumstances, the Court is not convinced that the applicant's decision to demand a paternity test and to*

222. Comparaison avec la possession d'état. La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle régulièrement l'importance de protéger les liens qui peuvent exister entre les parents et leurs enfants afin qu'il ne s'en crée pas d'autres de manière irréversible avec des tiers sur le fondement du fait accompli¹⁴⁹⁰. Ainsi déjà dans l'affaire *W. c./ Royaume-Uni*, avait-elle estimé que : « *le placement de l'enfant à l'assistance publique ne met pas fin aux relations familiales naturelles* » qui peuvent exister entre le parent et l'enfant et, qu'à ce titre, il est impératif de les protéger¹⁴⁹¹. Chaque fois qu'elle décelait les caractéristiques de l'effectivité, elle protégeait le lien génétique de filiation comme dans l'affaire *Keegan c./ Irlande* par exemple où elle avait considéré que l'effectivité du lien familial ne devait pas disparaître du fait de la rupture du couple parental. Elle s'était alors fondée sur l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant pour rappeler que : « *pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale même lorsque la relation entre les parents s'est rompue* »¹⁴⁹². De plus, dans cette décision, elle avait attiré l'attention des commentateurs sur le fait qu'un enfant placé dans une famille de remplacement risquait de créer avec cette dernière des liens qu'il serait préjudiciable pour lui de rompre ensuite¹⁴⁹³. De cette manière, elle décrivait l'existence, en droit européen des droits de l'Homme, d'un mécanisme tout à fait comparable à celui de la possession d'état de l'article 333 du Code civil qui prescrit les actions relatives à la filiation de l'enfant par cinq ans d'une effectivité conforme au titre¹⁴⁹⁴. Toutefois, contrairement au droit civil français qui pose des

bring an action aimed at establishing his paternity were sufficient to bring the relationship between himself and R. within the scope family life » : Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09, § 59.

1490. « *L'adéquation d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre. En effet, les procédures relatives à l'attribution de l'autorité parentale, y compris l'exécution de la décision rendue à leur issue, exigent un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irréversibles pour les relations entre les enfants et celui des parents qui ne vit pas avec eux* » : Affaire *Ignaccolo-senide c./ Roumanie*, 25 janvier 2000, requête n° 31679/96, § 102 ; S. GRATALOU, « L'interprétation de la Convention EDH à la lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international d'enfant », *dt. fam.* janvier 2002, pp. 11-14.

1491. « *A l'opposé du Gouvernement, la Cour estime qu'elle peut aussi avoir égard, sur le terrain de l'article 8, à la durée du processus décisionnel de l'autorité locale ainsi que de toute procédure judiciaire connexe. Comme le relève la Commission, un retard dans la procédure risque toujours en pareil cas de trancher le litige par un fait accompli avant même que le tribunal ait entendu la cause. Or un respect effectif de la vie familiale commande que les relations futures entre parent et enfant se règlent sur la base de l'ensemble des éléments pertinents, et non par le simple écoulement du temps* » : Affaire *W. c./ Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, requête n° 9749/82, § 65.

1492. Affaire *Keegan c./ Irlande*, 26 mai 1994, requête n° 16969/90, § 50.

1493. Affaire *Keegan c./ Irlande*, 26 mai 1994, requête n° 16969/90, § 55.

1494. « *Dès lors, l'absence d'une quelconque manifestation de la part de l'enfant démontrant son souhait de voir vérifier sa paternité combinée avec le laps de temps pendant lequel elle a bénéficié de son état civil de manière stable et avec les conséquences patrimoniales que l'acceptation d'une action en désaveu peut entraîner, joue en l'espèce en faveur de l'intérêt de la fille putative du requérant, consistant à ne pas être privée d'une paternité biologique distincte de la filiation* » : Affaire *Iyilik c./ Turquie*, 6 décembre 2011, requête n° 2899/05, § 29-35 ; G. GONZALEZ, « Désaveu de paternité et absence de consentement aux tests génétiques », *JCP* 2011, n° 51, p. 2526 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, chr. pp. 163-169 ; G. GONZALEZ, A. GOUTTENOIRE, « Preuve de non-paternité et refus de l'enfant », *JCP* 2012, n° 10, pp. 498-501 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Avril 2011-février 2012 », *D.* 2012,

conditions claires et prévisibles d'action et de contestation, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a jamais énoncé de telles règles, si bien qu'il est parfois difficile de prévoir à l'avance qui du lien génétique ou du titre, l'effectivité de la vie familiale *de facto* va protéger.

Ainsi, dans l'affaire *Soderback c./ Suède*, la Cour a estimé que les contacts que le père génétique de l'enfant avait tenté d'entretenir avec lui étaient trop espacés, alors que dans le même temps « *l'enfant vivait avec sa mère depuis sa naissance et avec son père adoptif depuis l'âge de huit mois. Ce dernier avait participé à l'éducation de M., qui le considérait comme son père. Ainsi, lorsque le tribunal de district autorisa l'adoption en décembre 1989, il existait des liens familiaux de facto entre le père adoptif et la mère depuis cinq ans et demi, jusqu'à leur mariage en janvier 1989, et entre lui et M. depuis six ans et demi. L'adoption consolida et officialisa ces liens* »¹⁴⁹⁵. La Cour européenne des droits de l'Homme justifie ici l'éviction du père de la vie de sa fille, par la constitution d'une vie familiale *de facto* avec son nouveau compagnon, retranscrite par le mariage avec sa mère et son adoption subséquente.

Contrairement au droit français qui tient compte du caractère paisible de la constitution de la possession d'état, la Cour européenne des droits de l'Homme n'en tient pas compte puisqu'elle admet que : « *les contacts entre le requérant et l'enfant furent peu fréquents et limités ; lorsque l'adoption fut autorisée, père et fille ne s'étaient pas vus depuis un assez long moment. Certes, cette situation était dans une certaine mesure due au fait que la mère de l'enfant s'opposait à ces rencontres* ». La constitution du droit qui rend irréversible la filiation adoptive peut donc se faire dans le cadre d'un rapport de concurrence entre le père génétique et le père sociologique de l'enfant, sans caractériser une atteinte à la Convention européenne des droits de l'Homme dès lors que le lien est suffisamment effectif au sens de la Cour¹⁴⁹⁶.

Pour autant, la seule effectivité ne semblait pas permettre la consécration d'un

n° 22, pp. 1432-1439.

1495. « *La Cour fait en outre observer qu'au cours de la période considérée, les contacts entre le requérant et l'enfant furent peu fréquents et limités ; lorsque l'adoption fut autorisée, père et fille ne s'étaient pas vus depuis un assez long moment. Certes, cette situation était dans une certaine mesure due au fait que la mère de l'enfant s'opposait à ces rencontres, d'une part et aux problèmes personnels du requérant, d'autre part. Cependant, s'il apparaît que ces problèmes se trouvèrent résolus fin 1984, le requérant attendit juin 1987, alors que l'enfant avait quatre ans et neuf mois, pour demander aux services sociaux de l'aider à obtenir un droit de visite* » : Affaire *Söderbäck c./ Suède*, 28 octobre 1998, requête n° 113/1997/897/1109, § 32-33.

1496. J. HAUSER, « Le droit à adopter : la vérité biologique au prix de la course », *RTD civ.* 2011, p. 527.

droit à faire établir un lien de filiation, en l'absence d'un titre juridique ou d'un lien génétique entre le parent et l'enfant. Ainsi, dans l'affaire *X., Y. et Z. c./ Royaume-Uni*, la Cour avait-elle estimé que le lien de fait constitué entre un enfant et un tiers transsexuel n'ouvrait pas de droit particulier à sa retranscription juridique au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dès lors qu'il n'était ni en possession d'un titre, ni le père génétique de l'enfant¹⁴⁹⁷. Dans le même sens, dans son arrêt *Gas et Dubois c./ France*, elle avait refusé, malgré l'existence de liens de nature à caractériser une vie familiale *de facto* au sens de l'article 8¹⁴⁹⁸, de condamner la France qui ne permettait pas l'adoption conjointe d'un enfant par un couple homosexuel. Il faut donc que le parent de substitution obtienne, d'une manière ou d'une autre, un titre, pour qu'ensuite sa relation avec l'enfant devienne protégeable. Cependant, cet état de la jurisprudence revient à soumettre de manière discutable la filiation paternelle de l'enfant à la seule vertu de la mère¹⁴⁹⁹ ; et cela d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'Homme privilégie une vision traditionnelle de la famille, fondée sur le couple parental.

Au final, il est possible de se demander si, de fait, celui dont la mère s'est séparée n'est pas présumé perdant en appliquant ce mode de pensée. La jurisprudence de la Cour revient pratiquement à inscrire le père génétique de l'enfant au même rang qu'un géniteur dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. En effet, l'argumentation retenue dans l'affaire *Soderback c./ Suède* était sensiblement la même que celle développée pour écarter les prétentions d'un donneur de sperme qui avait tenté d'entretenir des liens avec l'enfant issu du don dans l'affaire *J. R. M. c./ Pays-Bas*¹⁵⁰⁰.

1497. « En conclusion, étant donné que le transsexualisme soulève des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale, ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les États contractants, la Cour estime que l'article 8 ne saurait passer pour impliquer que l'État défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique » : Affaire *X., Y. et Z. c./ Royaume-Uni*, 22 avril 1997, requête n° 21830/93, § 52.

1498. Affaire *Gas et Dubois c./ France*, 15 mars 2012, requête n° 25951/07, § 37 ; MEYZAUD-GARAUD M.-Ch., « Refus de l'adoption simple de l'enfant par la partenaire de même sexe : la CEDH ne condamne pas la France », *RJPF* 2012, n° 4, pp. 1920 ; GOUTTENOIRE A. et SUDRE F., « La conventionnalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », *JCP* 2012, n° 19, pp. 961-964 ; GOUTTENOIRE A., « L'impossibilité pour une concubine d'adopter l'enfant de sa compagne n'est pas discriminatoire », *EDFP* 2012, n° 4, p. 7 ; CASEY J. et MIRKOVIC A., « Droit de la famille ; Nom filiation Adoption », *gaz. pal.* juin 2012, n° 175, p. 11.

1499. J. HAUSER, « Contestation de reconnaissance : père hésitant et mère volage », *RTD civ.* 1995, p. 872.

1500. « As to the applicant's argument that there is family life between him and the child as there have been regular contacts between him and the child's birth. The Commission notes that these contacts were limited in time and intensity. Furthermore the applicant has apparently not considered to make any contribution, financially or otherwise, to the child's upbringing. The Commission is of the opinion that the applicant's contacts with the child, both in itself and together with his donorship, form an insufficient basis for the conclusion that as a result thereof such close personal tie has developed between them that their relationship falls within the scope of family life as referred to in Article 8 of the Convention and, therefore, considers that the decision by the Dutch authorities on the applicant's request for access does not amount to a lack of respect for the applicant's family

Une décision est toutefois venue semer le trouble puisque dans l'arrêt *Gorgulu c./ Allemagne*, le requérant reprochait à l'État de ne pas avoir tenu compte de sa demande d'obtention de la garde et de l'exercice de l'autorité parentale sur son fils abandonné à la naissance par sa mère¹⁵⁰¹. Il n'avait pu avoir aucun contact avec l'enfant et ne vivait pas avec la mère. Une procédure d'adoption avait été mise en place, si bien que deux ans plus tard, le requérant n'avait eu aucun contact avec son fils placé dans une famille d'accueil qui souhaitait l'adopter. Au regard de la jurisprudence précédente, le plus probable était que la Cour fasse prévaloir le lien constitué *de facto* avec cette famille d'accueil, sur le lien de filiation génétique. Pourtant, la Cour admet que : si une séparation d'avec sa famille de remplacement peut être brutale pour l'enfant, il est impératif que tout soit mis en œuvre pour qu'il puisse nouer des liens avec son véritable père¹⁵⁰². Ajoutant : « *In this context, the Court also notes that effective respect for family life requires that future relations between parent and child not be determined by the mere passage of time* »¹⁵⁰³. La décision surprend au regard de la jurisprudence antérieure qui semblait faire prévaloir l'effectivité lorsque deux liens, juridique et génétique, se trouvaient en concurrence¹⁵⁰⁴.

Mais cette décision est restée isolée puisque dans l'affaire *Kearns c./ France*, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas tenu compte des liens que le père avait entretenus avec la mère avant son départ pour la France, ni de ses démarches pour retrouver l'enfant, qui auraient pourtant pu constituer une vie familiale *de facto*¹⁵⁰⁵. Elle a préféré valider

life » : Case of *J., R., M., v./ Netherlands*, 8 février 1993, application n° 16944/90.

1501. Case of *Gorgulu v./ Germany*, 26 mai 2004, application n° 74969/01 ; P. MURAT, « Accouchement anonyme : quand les délais conduisent les pères à ne pouvoir exercer leurs droits », *dt.fam.* avril 2004, n° 4, pp. 11-16.

1502. « *The Courts concedes that an instant separation from Christofer's foster family might have had negative effects on his physical and mental condition. However, bearing in mind that the applicant is Christofer's biological parent and undisputedly willing and able to care for him, the Court is not convinced that the Naumburg Court of Appeal examined all possible solutions to the problem. In particular, that court does not appear to have examined whether it would be viable to unify Christofer and the applicant under circumstances that would minimize the strain put on Christofer. Instead, the Court of Appeal apparently only focused on the imminent effects which a separation from his foster parents would have on the child, but failed to consider the long-term effects which a permanent separation from his natural father might have on Christopher. [...] The Courts recalls in this respect that the possibilities of reunification will be progressively diminished and eventually destroyed if the biological father and the child are not allowed to meet each other at all, or only so rarely that no natural bonding between them is likely to occur* » : Case of *Gorgulu v./ Germany*, 26 mai 2004, application n° 74969/01, § 46.

1503. Dans ce contexte, la Cour estime que le respect effectif de la vie familiale implique que les liens à venir entre parent et enfant ne soient pas déterminés par l'écoulement du temps.

1504. P. MURAT, « Accouchement anonyme : quand les délais conduisent les pères à ne pouvoir exercer leurs droits », *dt.fam.* avril 2004, n° 4, p. 16.

1505. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; F. SUDRE, Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, *JCP* juillet 2008, I, n° 167, pp. 25-30 ; M.-C. LE BOURSICOT, « Accouchement sous le secret : cette fois, la CEDH valide le dispositif du côté de la mère », *RLDC* 2008, pp. 39-40 ; Th. GARÉ, « La CEDH conforte la validité du système français d'accouchement sous X », *RJPF* 2008, pp. 23-24 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Les désillusions strasbourgeoises de l'accouchée sous X repentante »,

les liens affectifs constitués avec la famille de remplacement de l'enfant, sur le fondement du fait accompli du consentement de la mère à l'abandon et à l'adoption, en jugeant que le délai de réflexion de deux mois qui lui avait été laissé était un délai suffisant¹⁵⁰⁶. Le père de l'enfant qui avait pourtant obtenu une décision lui confiant la garde de son enfant en Irlande, n'a pas bénéficié de la protection de l'article 8 et s'est vu opposer cette décision unilatérale de la mère au motif que le délai écoulé ne permettait plus d'attaquer la décision de placement de l'enfant en vue de son adoption¹⁵⁰⁷. La Cour avait rappelé à cette occasion que dans l'intérêt de l'enfant, il était nécessaire de trouver un équilibre entre le délai durant lequel la mère pouvait revenir de manière unilatérale sur sa décision, et le délai au delà duquel il devenait impossible d'en demander la restitution¹⁵⁰⁸.

L'affaire *Rozanski c./ Pologne* a, de nouveau, levé un doute sur la position de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, dans cette affaire également, la mère avait procédé à des manœuvres pour soustraire l'enfant à son père, et pour reconstruire une famille avec un autre homme qui avait fini par reconnaître l'enfant¹⁵⁰⁹. Certes, ici, la Cour s'est fondée

RTD civ. 2008, pp. 252-255 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme : satisfecit provisoire au droit français », *RTD civ.* 2008, pp. 285-286 ; A. GOUTTENOIRE, « Le consentement de la femme qui accouche sous X doit être libre et éclairé », *lexbase hebdo* 2008, n° 297 ; Cl. NEIRINCK, « Retour sur un accouchement sous X validé par la CEDH », *RDSS* 2008, pp. 353-359 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Accouchement sous X : la CEDH valide le délai de deux mois à l'issue duquel la restitution de l'enfant est possible », *RLDC* 2008, pp. 43-44 ; A. TON NU LAN, « Abandon d'un enfant sans filiation établie : le consentement à la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance n'est toujours pas requis », *RJPF* 2004.

1506. « Au vu des éléments, la Cour estime que les autorités françaises ont fourni en l'espèce à la requérante une information suffisante et détaillée, en la faisant bénéficier d'une assistance linguistique non prévue par les textes et en s'assurant qu'elle soit informée aussi complètement que possible des conséquences de son choix, ainsi que des délais et modalités pour rétracter son consentement » : *Affaire Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04, § 91.

1507. « M. Byrski est le père biologique de l'enfant. Sur les faits, il précise qu'il a eu en 2001 une relation avec Mme Kearns au cours de laquelle l'enfant a été conçu et que, n'ayant plus de contacts avec elle à compter de la fin de leur relation en septembre 2001, il a accompli de nombreuses démarches auprès des autorités administratives et judiciaires irlandaises puisqu'il pensait que l'accouchement aurait lieu en Irlande. Ayant appris en juillet 2002 que Mme Kearns avait accouché en France, il a obtenu du tribunal de Dublin une décision ordonnant l'arrêt de la procédure d'adoption et le retour de l'enfant en Irlande. Dès juillet 2002, il a contacté les autorités françaises pour les informer qu'il était le père de l'enfant et qu'il voulait que la procédure d'adoption soit interrompue et que l'enfant lui soit restituée. [...] M. Byrski fait valoir que son intention a toujours été d'être un bon père pour sa fille et de s'occuper d'elle, mais que les autorités françaises se sont ingérées et l'ont empêché d'avoir une vie familiale normale avec elle » : *Affaire Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04, § 70-71.

1508. « Comme elle l'a relevé dans l'arrêt *Odièvre*, la Cour observe que l'on se trouve, dans ce type d'affaire, en présence d'intérêts difficilement conciliables, ceux de la mère biologique, ceux de l'enfant et ceux de la famille d'adoption. L'intérêt général n'est pas non plus absent. Dans la recherche de l'équilibre entre ces différents intérêts, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer. La Cour estime pertinents à cet égard les arguments avancés par le Gouvernement, résultant des travaux menés par les professionnels de l'enfance, qui ont souligné que l'intérêt de l'enfant était de bénéficier le plus rapidement possible de relations affectives stables dans sa nouvelle famille. Elle observe d'ailleurs que le tribunal de grande instance a retenu que la sérénité et la sécurité psychologique comme juridique de l'enfant devaient être recherchées, fût-ce dans la brièveté des délais de recours que les intéressés peuvent exercer » : *Affaire Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04, § 79-80.

1509. *Case of Rozanski v./ Poland*, 18 août 2006, application n° 55339/00, § 79 ; J. FLAUSS-DIEM, « Vie

sur le manque de procédure accessible au requérant pour faire établir sa paternité ; mais n'était-il pas possible d'y voir justement un point commun avec l'affaire *Kearns c./ France* dans laquelle, à l'inverse, le père avait eu accès à des procédures dont l'État français n'avait pas voulu tenir compte ?

La lisibilité de cette jurisprudence est d'autant plus délicate à déterminer qu'en 2010, la Cour européenne a eu de nouveau l'occasion de se prononcer sur une question proche dans l'affaire *Chavdarov c./ Bulgarie*. Il s'agissait d'un père, au sens génétique du terme, qui ne pouvait pas faire retranscrire en droit le lien dont il bénéficiait *de facto* à cause de la présomption de paternité du mari de la mère des enfants qu'il était impossible de contester. Ainsi, après avoir relevé que : « *la longue cohabitation des deux partenaires et la naissance de trois enfants au cours de celle-ci sont des indices suffisants pour que soit admise l'existence d'une cellule familiale de facto, au sein de laquelle le requérant a pu développer des liens d'affection avec les enfants de sa compagne* »¹⁵¹⁰, les juges strasbourgeois constatent que : « *Le Gouvernement a relevé que l'intéressé n'avait présenté aucun document attestant sa cohabitation avec les trois enfants. La Cour souligne qu'en l'absence de tout lien de filiation légalement établi entre les trois enfants et le requérant, toute démarche administrative de l'intéressé visant à établir le domicile des enfants à son adresse ou tendant à l'obtention de certificats à cet effet ne peut être qu'extrêmement difficile, voire impossible à entreprendre. Aussi elle ne saurait interpréter en défaveur du requérant l'absence de tels documents officiels* »¹⁵¹¹. Pour autant, elle refuse de protéger ce lien qui est manifestement génétique et effectif en affirmant de manière surprenante que : « *le droit interne ne privait pas le requérant de toute possibilité d'établir un lien juridique de parenté avec les trois enfants. Jusqu'à son abrogation, l'ancien Code de la famille permettait à l'intéressé de se porter candidat à l'adoption des trois mineurs et il lui est encore possible de demander l'adoption des deux plus jeunes enfants sous le régime du nouveau Code de la famille* »¹⁵¹². Il semblait pourtant que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme était bien établie sur ce point depuis l'affaire *Marckx c./ Belgique* de 1979¹⁵¹³. Même s'il est possible de considérer que

familiale et paternité hors mariage : quelques pistes européennes », *RLDC* 2006, n° 33, pp. 33-38.

1510. Affaire *Chavdarov c./ Bulgarie*, 21 décembre 2010, requête n° 3465/03, § 42 ; D. LACHAL, « Contestation de la filiation paternelle présomptive », *JDI* 2011, pp. 1345-1347.

1511. Affaire *Chavdarov c./ Bulgarie*, 21 décembre 2010, requête n° 3465/03, § 44.

1512. Affaire *Chavdarov c./ Bulgarie*, 21 décembre 2010, requête n° 3465/03, § 53.

1513. « *Cependant, la nécessité de recourir à un tel expédient dérivait d'un refus de consacrer pleinement la maternité de Paula Marckx dès la naissance. De plus, la mère célibataire se trouve en Belgique devant une alternative : si elle reconnaît son enfant, elle le lésera du même coup puisqu'elle se verra limitée dans sa capacité de lui donner ou léguer ses biens ; si elle souhaite conserver la possibilité de disposer en sa faveur comme elle l'entend, elle devra renoncer à nouer avec lui un lien familial de caractère juridique. Assurément cette possibilité, qui aujourd'hui s'offre à elle en l'absence de reconnaissance, disparaît entièrement d'après le*

l'absence de consensus entre les États sur cette question puisse laisser une certaine marge de manœuvre au législateur, il apparaît inconcevable que la seule alternative qui soit laissée au père génétique des enfants pour établir sa filiation soit l'adoption, dont la Cour reconnaît elle-même qu'elle sera complexe, coûteuse et sans garantie¹⁵¹⁴.

En 2010, avec l'arrêt *Anayo c./ Allemagne*, la jurisprudence de la Cour semble avoir évolué vers une solution intermédiaire. Dans cette affaire, la mère des enfants était mariée et avait entretenu durant quelques années une relation extraconjugale avec le requérant. Alors que leur relation avait pris fin, elle accoucha et le mari assumait la paternité légale des enfants. Le couple empêcha par tous les moyens le requérant d'avoir des contacts avec les enfants dont il était le père génétique. Sans surprise au regard de sa jurisprudence précédente, la Cour européenne des droits de l'Homme se fonde sur l'effectivité du lien entretenu par le mari avec les enfants pour justifier que son titre ne puisse pas être attaqué par le véritable père des enfants.

223. Vers l'enfant en partage ? Cette position très ferme, du point de vue du père génétique, était difficile à justifier dans la mesure où il avait été empêché par le couple d'établir sa paternité et qu'il avait de nombreuses reprises cherché à entretenir un lien avec ses enfants¹⁵¹⁵. Il pouvait donc se prévaloir d'un lien qu'elle aurait, sans hésiter par le passé, qualifié de vie familiale projetée¹⁵¹⁶. C'est pourquoi elle inaugure une solution médiane. Elle considère alors que si le titre et l'effectivité qui protègent la filiation légale des enfants s'oppose à ce que leur lien avec le requérant tombe sous la qualification de vie familiale, en

Code civil en vigueur si l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance prouvait à elle seule, comme le voudraient les requérantes, la filiation maternelle de tout enfant naturel. Néanmoins le dilemme existant pour l'heure ne cadre pas avec le respect de la vie familiale ; il contrecarre et entrave le développement normal de celle-ci. De surcroît il ressort [...] que les conséquences patrimoniales désavantageuses de la reconnaissance se heurtent en soi à l'article 14 de la Convention » : Affaire Marckx c./ Belgique, 13 juin 1979, requête n° 6833/74, § 36.

1514. « Il est vrai qu'une éventuelle procédure d'adoption aurait nécessité une série de démarches administratives et judiciaires et qu'il n'était point garanti que le requérant eût obtenu gain de cause à l'issue d'une telle démarche » : Affaire Chavdarov c./ Bulgarie, 21 décembre 2010, requête n° 3465/03, § 54.

1515. « However, the Court has found that intended family life may, exceptionally, fall within the ambit of Article 8 in cases in which the fact that family life has not been established is not attributable to the applicant. This applies, in particular, to the relationship between a child born out of wedlock and the child's biological father, who are unalterably linked by a natural bond while their actual relationship may be determined, for practical and legal reasons, by the child's mother and, if married, by her husband. In the present case, the applicant did not yet have any contact with his biological children because their mother and their legal father, who were entitled to decide on the twins' contact with other persons, refused his requests to allow contact with them. Moreover, under the provisions of German law, the applicant could neither acknowledge paternity nor contest Mr B.'s paternity so as to become the twins' legal father. Therefore, the fact that there was not yet any established family relationship between him and the children cannot be held against him » : Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07, § 60.

1516. Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07, § 58-59.

revanche, l'effectivité du lien dont il peut se prévaloir entraîne la qualification de vie privée à l'égard des enfants¹⁵¹⁷. En présence de deux liens effectifs, il serait donc possible de faire coexister un lien de filiation qui relèverait du droit au respect de la vie familiale, et un droit de visite qui, pour sa part, relèverait du droit au respect de la vie privée¹⁵¹⁸.

La Cour développe ainsi une position intermédiaire dont il faudra voir quelles seront les conséquences concrètes du point de vue des droits effectifs de l'enfant¹⁵¹⁹. Pourquoi faudrait-il préférer la personne mariée avec la mère des enfants pour établir la filiation¹⁵²⁰? Il nous semble au contraire que cette pluralité de lien n'a pas vocation à s'exprimer tantôt sur le terrain de la vie privée et tantôt sur le terrain de la vie familiale, puisqu'il s'agit toujours d'obtenir le droit de participer à la protection et à l'éducation de l'enfant. Ce type de lien est donc destiné à prospérer du point de vue de la vie familiale et consacre l'émergence de ce qu'il faudrait appeler un lien de filiation de type polygonéique¹⁵²¹, c'est-à-dire des liens multiples et pluriels à l'égard de l'enfant, dont la finalité, comme le lien de filiation traditionnel fondé sur la génétique ou la volonté, est, pour son titulaire, d'assumer une partie du rôle de protection et de transmission auprès de l'enfant. En ce sens, il convient de noter que la jurisprudence, dans des pays tels que le Brésil, a admis récemment que l'autorité parentale pouvait être exercée par trois personnes sur un même enfant¹⁵²².

Relevons d'ailleurs que cette solution n'est pas inédite en droit français. En effet, l'article 373-3 du Code civil autorise le juge français à créer un droit de visite et d'hébergement au profit d'un tiers lorsqu'il en va de l'intérêt de l'enfant¹⁵²³. De ce fait, ce tiers

1517. « *Nevertheless, the Court is not satisfied that in according protection to the existing family ties between Mr and Mrs B. and the children, the domestic court fairly balanced the competing interests involved in a protection of his interests safeguarded by Article 8 and gave sufficient reasons to justify their interference for the purposes of paragraph 2 of Article 8. It would reiterate in that connection that it is for the domestic courts, who have the benefit of direct contact with all the persons concerned, to exercise their power of appreciation in determining whether or not contacts between a biological father and his children are in the latter's best interest. In the present case, however, the Court of Appeal failed to give any consideration to the question whether, in the particular circumstances of the case, contact between the twins and the applicant would be in the children's best interest* » : Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07, § 71.

1518. Case of *Schneider v./ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07.

1519. Case of *Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09.

1520. Voir *supra* n° 141.

1521. Du grec : Πόλυς (pl. Πολλοί) : nombreux, plusieurs. Et : Υοεις, έων : parents.

1522. Tribunal de Justiça de São Paulo. APELAÇÃO CIVEL. Processo n° 0006422-26.2011.8.26.0286 (14 août 2012) ; Comarca de Cascavel – Paraná – Processo n° 0038958-54.2012.8.16.0021 (20 février 2013).

1523. Article 373-3 du Code civil : « *La séparation des parents ne fait pas obstacle à la dévolution prévue à l'article 373-1, lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de l'exercice de certains des attributs de cette autorité par l'effet du jugement prononcé contre lui. Le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté. Il est saisi et*

est investi d'une part de l'exercice de l'autorité parentale durant le séjour de l'enfant. Ainsi, dans son arrêt du 25 février 2009¹⁵²⁴, la Cour de cassation s'était fondée elle aussi sur l'effectivité du lien qui avait conduit un homme à procéder à une reconnaissance de complaisance, pour lui accorder un droit de visite et d'hébergement après que sa reconnaissance ait été contestée, dès lors qu'il agissait dans le cadre légal de la procédure¹⁵²⁵. Cependant, cette décision ne concernait pas le père génétique de l'enfant. De plus, dans une situation similaire à celle de l'affaire *Anayo c./ Allemagne*, la possession d'état protégeant la filiation légitime de l'enfant aurait été attaquée pour son caractère équivoque, puisque les tentatives répétées du père génétique pour faire établir la véritable filiation des enfants viciaient de fait la constitution paisible de la possession d'état.

Quoi qu'il en soit, il faut retenir que désormais, à défaut de constater systématiquement une filiation, la possession d'état peut également servir de socle à la constitution d'un droit intermédiaire à entretenir des relations avec l'enfant, dans l'esprit d'obtenir peut-être à terme la reconnaissance d'un lien de filiation de nature polygonéique. Il sera intéressant de suivre attentivement l'évolution de cette nouvelle forme de filiation pour savoir si l'enfant aura, en contrepartie, sur le fondement de cette possession d'état semi-filiale, la possibilité de demander, une fois devenu majeur, un soutien matériel pour entreprendre des études ou s'établir dans les affaires, aux mêmes conditions fiscales qu'un enfant légal par exemple.

statue conformément aux articles 373-2-8 et 373-2-11 ».

1524. Cass. civ. 1er, 25 février 2009, n° 07-14849, *bull.* 2009, I, n° 38 ; A. GOUTTENOIRE, « Chronique de droit de la famille : le lien parent-enfant », *lexbase hebdo* 2009, n° 340 ; E. POULIQUEN, « Précisions sur les cas où un enfant peut être confié à un tiers », *RLDC* 2009, n° 59, pp. 49-50 ; J. HAUSER, « Des tiers : légiférer encore ou faire confiance à la jurisprudence ? », *RTD civ.* 2009, pp. 309-312 ; F. EUDIER, « Organisation des relations et fixation de la résidence : la Cour de cassation précise le statut des tiers à l'égard de l'enfant », *RJPF* 2009, n° 5, pp. 21-23 ; L. GAREIL-SUTTER, « La fixation de la résidence de l'enfant chez un tiers par le juge aux affaires familiales », *dt. fam.* mai 2009, comm. 58, pp. 31-33 ; M. BRUSORIO-AILLAUD, « Résidence de l'enfant : le juge aux affaires familiales peut la confier à un tiers mais ne peut pas être saisi par un tiers », *JCP* 2009, II, 10076, n° 19, pp. 23-24 ; P. SERVANT, « La résidence habituelle de l'enfant : l'intérêt de l'enfant, le juge et le tiers », *D.* 2009, n° 24, pp. 1665-1668 ; J. MASSIP, « La fixation par le juge de la résidence de l'enfant chez une personne autre que ses père et mère », *LPA* août 2009, n° 164, pp. 11-14.

1525. Voir *supra* n° 108.

Paragraphe II – La filiation génétique de l'enfant

224. Le lien invisible. Contrairement à la filiation sociale, le lien génétique de filiation de l'enfant n'est pas nécessairement visible¹⁵²⁶. Sa révélation tient en grande partie à la volonté des principaux acteurs de cette filiation de se faire connaître. Elle tient en partie aussi à la confiance réciproque des acteurs de cette filiation, qui ne peuvent se dire les parents qu'à la condition d'avoir eu un échange loyal à ce sujet. Au moment de sa naissance, l'enfant n'est évidemment pas en mesure d'établir lui-même « sa » filiation. Pourtant, l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant lui donne le droit de connaître « ses » parents et d'être élevé par eux dans la mesure du possible. Pour que ce droit trouve une effectivité, il faut donc que les parents de l'enfant se fassent connaître en même temps qu'ils font connaître la naissance de l'enfant. Il convient alors de se demander si, au-delà de cette liberté parentale, il n'existerait pas un droit pour l'enfant de faire établir ce lien de filiation ; finalement, le droit d'avoir des parents en particulier. Alors que le législateur a créé largement un nouveau système de filiation en généralisant l'usage du vocable « parent », il convient de se poser la question de sa définition : qui sont-ils ?

La plupart du temps, ils sont entendus comme ceux qui assument la fonction naturelle de protection et de transmission à l'égard de l'enfant ; c'est-à-dire ceux que désigne un lien de filiation qu'il soit fondé sur la génétique, la volonté ou l'intérêt de l'enfant¹⁵²⁷. Mais dans ce cas, ils sont les parents seulement parce que la loi les reconnaît comme tels. Il s'agit, en quelque sorte, d'une définition passive. Cependant, il est possible de se demander s'il n'existerait pas une définition positive, à travers le sentiment d'appropriation générationnelle qui peut se manifester entre l'enfant et le parent, qui conduirait à dire « c'est le mien » et parfois à engager une action en justice pour le faire reconnaître socialement¹⁵²⁸. Alors que

1526. Les recherches anthropométriques « sont particulièrement intéressantes car elles peuvent aboutir à une preuve positive de la paternité. Cette méthode consiste dans l'analyse comparée des traits physiques de l'enfant et de ses générateurs possibles. Il s'agit de mesurer des longueurs et des angles, puis de faire le décompte des valeurs communes aux diverses personnes en cause, de procéder à un examen somatique systématique du père et de l'enfant pour découvrir des traits communs, des détails morphologiques superposables. Ce procédé connaît en Allemagne une vogue extraordinaire. Il est utilisé aussi bien dans le cadre de l'action d'état que de l'action alimentaire, aussi bien pour prouver une paternité que pour l'exclure » : M.-J. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, thèse, p. 188.

1527. L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, thèse, n° 15 p. 8.

1528. « L'état des personnes, tel que le droit l'envisage, ne se laisse jamais ramener à une réalité biologique : la biologie y est remodelée par l'Homme. Toute filiation légale contient, de la sorte, une part d'adoption. Elle est lien de sang, il est vrai, mais également habitudes, sentiments, conviction propre des intéressés. C'est donc moins le corps du plaideur que sa psychologie qui est le centre du procès » : J. CARBONNIER, note sous tribunal civil

l'ordre public semble très largement privilégier une vision génétique de la filiation, la volonté peut-elle avoir un rôle dans la détermination des parents de l'enfant, visant à donner à l'enfant non plus « ses » parents, mais des parents en particulier ?

En effet, il n'est pas rare que l'acte de naissance désigne une personne qui s'avère, après contestation, ne pas être le « parent » de l'enfant¹⁵²⁹. Dans d'autres cas au contraire, c'est une personne qui n'est pas mentionnée par l'acte de naissance qui revendique ce statut à l'égard de l'enfant. Certains auraient plusieurs parents : des parents « de naissance » et des parents « d'adoption ». En l'absence d'enregistrement de l'enfant ou de reconnaissance officielle de leur rôle, d'autres peuvent être « parents sans titre ». Et puis enfin, il y aurait ceux qui n'ont « pas de parent » ***Le droit de l'enfant à la retranscription de sa filiation génétique (A)***. La notion n'est donc pas exclusivement déterminée par le droit, puisque par hypothèse un être vivant n'est jamais constitué *ex nihilo*. La notion relèverait d'un sentiment particulier, d'un lien insaisissable, résultat du mystère d'une appropriation générationnelle réciproque, matérialisée dans la langue par l'usage de pronoms possessifs : « le mien », « le sien », « le leur ». Le rôle du droit serait-il alors seulement de retranscrire le fait accompli ? ***La liberté parentale de faire obstacle à l'action de l'enfant (B)***.

A – Le droit de l'enfant à la retranscription de sa filiation génétique

225. Filiation génétique. La question du pronom possessif est intéressante. Étudiée du point de vue de l'enfant, elle pourrait laisser penser qu'il existerait, dans l'absolu, une filiation à laquelle l'enfant aurait droit. Il faut dire que depuis l'émergence dans la sphère juridique dans les années soixante-dix de la preuve génétique, la « vraie » filiation, au sens génétique du terme, a peu à peu supplanté la filiation dite légitime, au point même de la remplacer complètement désormais. Dès lors, faut-il considérer que comme on le présumait pour son ancêtre légitime, la filiation génétique serait la seule à même de satisfaire l'intérêt de l'enfant ? Il se pourrait que ce soit un leurre, car si ***La reconnaissance de la vérité génétique en droit international (1)*** a pris une place très importante dans le droit de la filiation, au point que ***La preuve de la vérité génétique en droit français (2)*** soit désormais le critère quasi-systématique de résolution des conflits en matière de filiation, elle constitue un critère d'ordre

de Lille, 18 mars 1947, affaire *F... c. Dame F...*, D. 1947, jur., p. 510.

1529. Voir *supra* n° 108.

public qui apparaît de plus en plus concurrencé par la revendication, sur le fondement de l'intérêt de l'enfant, d'un « droit à... » des parents, en particulier.

1 – La reconnaissance de la vérité génétique en droit international

226. Convention internationale des droits de l'enfant. Le Comité international des droits de l'enfant fait souvent un lien entre les origines génétiques de l'enfant et le contenu de l'éducation qu'il doit recevoir, ce qui pourrait laisser penser que, dans l'absolu, les parents devraient être ceux que la génétique désigne¹⁵³⁰. En effet, dans la mesure où l'éducation est dispensée par les parents de l'enfant, il y aura plus de chance que cette éducation soit conforme à ce que recommande le Comité si les représentants légaux de l'enfant sont aussi ses parents génétiques. Ainsi, l'article 29 de la Convention fait référence, pour l'éducation de l'enfant, au respect « *de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne* ». L'article 30, pour sa part, introduit l'idée d'appartenance génétique à une population qui donnerait un droit pour l'enfant de bénéficier d'une éducation conforme à cette origine. Selon ce texte par exemple, les enfants d'origine autochtone ne peuvent être privés de leur droit à la langue, la culture ou la religion. La France est d'ailleurs régulièrement critiquée à ce sujet par le Comité international des droits de l'enfant qui lui reproche de faire primer l'égalité des citoyens devant la loi sur les droits des groupes minoritaires et des peuples autochtones de bénéficier de la validation de leurs connaissances culturelles¹⁵³¹. C'est bien un lien direct qui est fait entre l'origine génétique de l'enfant et les droits qu'il peut faire valoir à partir de cette origine : le lien de filiation joue alors un rôle majeur dans le respect de ce droit, ce qui laisse penser que les parents de l'enfant doivent être ceux que le lien génétique désigne.

Cependant, la Convention internationale des droits de l'enfant, lue à la lumière des observations finales du Comité international des droits de l'enfant, tout en marquant une nette préférence pour la filiation génétique, ne tranche pas véritablement la question en laissant cohabiter dans les textes à la fois des références à la filiation génétique et des références à la filiation juridique de l'enfant. Lorsqu'il est question à l'article 7 du droit de

1530. « *Préservation de l'identité. Le Comité note avec préoccupation que les enfants vulnérables, notamment les enfants autochtones et afro-canadiens qui sont fortement surreprésentés dans le système de protection de l'enfance, perdent souvent leurs liens avec leur famille, leur communauté et leur culture faute de bénéficier d'un enseignement de leur culture et de leur patrimoine* » ; CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012, § 42. (Canada).

1531. CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 101. (France).

l'enfant de connaître et d'être élevé par ses parents, que l'on peut supposer génétiques, la Convention subordonne l'effectivité de ce droit à « *la mesure du possible* ». C'est donc que la corrélation entre filiation génétique et juridique n'est pas impérative, mais seulement préférable, bien que dans les deux cas, les personnes soient « les parents » de l'enfant. L'article 20 évoque, pour sa part, les protections de remplacement pour désigner les situations dans lesquelles des parents biologiques sont remplacés par des parents volontaires. Le qualificatif « *substitution* » laisse dès lors penser que, bien que cette situation soit moins souhaitable pour l'enfant et ne doive pas constituer la norme, les parents de l'enfant peuvent aussi être des personnes sans lien génétique avec lui. La Convention laisse alors une marge d'appréciation au législateur national.

227. Pronom possessif. De manière générale, le Comité fait souvent référence à l'importance de préserver, autour de l'enfant, la cellule familiale qui est « *la sienne* ». A travers les mesures qu'il préconise, il y a l'idée d'éviter par tous les moyens que l'enfant ne « *soit séparé d'avec ses parents* » ; le Comité met en avant la nécessité que l'enfant soit pris en charge matériellement et intellectuellement par « *ses deux parents* ». Par exemple, le Comité encourage les États à solliciter une participation égale des deux parents à la protection de l'enfant¹⁵³², notamment par le versement effectif des pensions alimentaires en cas de séparation¹⁵³³. Les familles monoparentales constituent, selon le Comité international des droits de l'enfant, une catégorie particulièrement vulnérable à laquelle il faut porter beaucoup d'attentions. Le Comité déplore le trop grand nombre d'hypothèses dans lesquelles la filiation de l'enfant n'est pas établie à l'égard de « *ses deux parents* ». C'est donc que pour lui, il existe une filiation latente, fondée sur le lien génétique, et à laquelle l'enfant aurait droit dans l'absolu et non pas en particulier.

Pour maintenir l'unité familiale autour de l'enfant, le Comité international des droits de l'enfant recommande la mise en place de mesures d'information, d'enseignement et d'encadrement à l'égard des parents pour les soutenir dans leur charge afin qu'ils restent unis autour de l'enfant¹⁵³⁴. Le double objectif pour le Comité est de parvenir, d'une part à pacifier

1532. CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 43. (Algérie) ; CRC/C/15/Add. 215, 27 octobre 2003, § 43. (Canada) ; CRC/C/15/Add. 258, 9 juillet 2001, § 32. (Monaco).

1533. CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 23. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 43. (Croatie).

1534. CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 22. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 51-d. (Algérie) ; CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 20. (Royaume-Uni) ; CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 19. (Autriche) ; CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 26. (Belgique) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 20. (Croatie) ; CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010, § 20. (Espagne) ;

les relations au sein de la famille et d'éviter par ce moyen les séparations parentales et, d'autre part de parvenir à inciter les parents à abandonner les mauvais traitements qu'ils infligent parfois aux enfants afin qu'ils ne soient pas séparés contre leur grès sur décision de justice¹⁵³⁵. Le soutien de la cellule familiale passe également par des mesures d'allocation, afin que la détresse matérielle des parents de l'enfant ne les conduise pas à se séparer de lui contre leur gré¹⁵³⁶. Pour les familles plus solides et intégrées socialement, le Comité souligne la nécessité de mettre en place des systèmes de garde et de congé parental pour qu'ils ne soient pas obligés de choisir entre leur enfant ou leur emploi¹⁵³⁷.

La finalité de ces mesures est de permettre à l'enfant de grandir dans les meilleures conditions possibles au sein de ce que le Comité désigne comme « *sa famille* » ; c'est-à-dire la famille génétique de l'enfant. Il est par ailleurs intéressant de souligner qu'à notre connaissance, le Comité international des droits de l'enfant n'a pas clairement pris position sur la problématique des procréations médicalement assistées avec tiers donneur ou des conventions de femme porteuse qui pourtant brouillent significativement les cartes en la matière¹⁵³⁸ ; qui est la mère de l'enfant dans ce cas ? Comment s'articule la place du donneur

CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 20-a. (Estonie) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 21 & 32-a. (Finlande) ; CRC/C/15/Add. 170, 2 avril 2002, § 28-a. (Grèce) ; CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 18. (Hongrie) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 36. (Italie) ; CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 19-b. (Lettonie) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 53. (Lituanie) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 43. (République Tchèque).

1535. CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 27. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 50. (Algérie) ; CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 41. (Royaume-Uni) ; CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 40. (Autriche) ; CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 41. (Belgique) ; CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 39. (Biélorussie) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 49. (Croatie) ; CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 38 & 41. (Danemark) ; CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 30. (Estonie) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 35. (Finlande) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 57 & 68-b. (France) ; CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 40. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 170, 2 avril 2002, § 42 & 50. (Grèce) ; CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 36. (Hongrie) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 34. (Italie) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 37. (Lituanie) ; CRC/C/15/Add. 258, 9 juillet 2001, § 27. (Monaco) ; CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 26. (Portugal) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 39. (République Tchèque).

1536. CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 24. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 50. (Allemagne) ; CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 45-b. (Royaume-Uni) ; CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 45. (Autriche) ; CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 44. (Belgique) ; CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 42 & 63. (Biélorussie) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 40. (Croatie) ; CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010, § 39 & 52. (Espagne) ; CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 32-a. (Estonie) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 32-b. (Finlande) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 62-a & 65. (France) ; CRC/C/15/Add. 170, 2 avril 2002, § 48-a. (Grèce) ; CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 30. (Hongrie) ; CRC/C/15/Add. 258, 9 juillet 2001, § 30. (Monaco) ; CRC/C/NOR/CO/4, 3 mars 2010, § 46. (Norvège) ; CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 28. (Portugal) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 44. (République Tchèque) ; CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 34. (Suède).

1537. CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 34. (Allemagne) ; CRC/C/15/Add. 215, 27 octobre 2003, § 38. (Canada) ; CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 53. (Danemark) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 50. (Finlande) ; CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011, § 36 & 58-c. (Italie) ; CRC/C/NOR/CO/4, 3 mars 2010, § 32. (Norvège) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 43. (République Tchèque).

1538. « *Le Comité recommande à l'État partie d'envisager de réexaminer sa législation et sa pratique en ce qui concerne la possibilité de faire adopter un enfant avant sa naissance* » : CRC/C/15/Add. 87, 24 juin 1998, § 33. (Hongrie) ; « *Le Comité s'inquiète de la pratique de l'adoption internationale directe et de l'augmentation*

de gamète avec celle des « parents » ? Dans cette hypothèse, justement, il s'agit de revendiquer des parents en particulier ! Quoi qu'il en soit, il ressort de cette étude que le terme « parent » recouvre principalement une situation factuelle qui n'a pas toujours vocation à être consacrée en droit. Cependant, le Comité international des droits de l'enfant n'admet les filiations électives qu'à la condition que l'enfant puisse, « *le moment venu* » avoir accès à ses origines génétiques. La réversibilité des pronoms possessifs implique que la famille, au sens génétique du terme, appartiendrait autant à l'enfant qu'aux parents, et que de ce fait, il aurait le droit de la connaître, à défaut d'avoir pu être élevé par elle ; l'enfant aurait le droit à des parents dans l'absolu, mais pas à des parents en particulier.

228. Droit européen des droits de l'Homme. La position de la Cour européenne des droits de l'Homme est elle aussi complexe¹⁵³⁹ parce qu'elle regroupe sous le vocable « parent » plusieurs concepts¹⁵⁴⁰, suivant qu'elle raisonne du point de vue du droit au respect de la vie privée ou du droit au respect de la vie familiale¹⁵⁴¹. Pour la première fois, dans son arrêt *Marckx c./ Belgique* du 13 juin 1979, elle posait que la protection de la vie familiale implique une reconnaissance juridique des liens existants entre un enfant et ses parents, notamment « *en rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille* »¹⁵⁴². Pour justifier l'applicabilité de l'article 8 dans cette affaire, la Cour estime que « *le droit au respect de la vie familiale présuppose l'existence d'une famille* »¹⁵⁴³. En faisant explicitement référence à l'aspect « naturel » de cette famille qui pourrait préexister, elle se fondait sur le lien physiologique constitué de fait entre la mère et l'enfant, pour établir ensuite l'atteinte à l'article 8¹⁵⁴⁴. L'adjectif possessif « sa » implique l'existence d'une famille prédéterminée par la génétique à laquelle l'enfant aurait le droit d'être rattaché juridiquement : « sa » famille¹⁵⁴⁵.

inquiétante du nombre des adoptions de nouveau-nés par des ressortissants étrangers » : CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 38. (Géorgie). Aucune référence concernant l'Inde par exemple : CRC/C/15/Add. 228, 26 février 2004. (Inde) ; CRC/C/15/Add. 115, 23 février 2000. (Inde).

1539. I. BERRO-LEFÈVRE, « Adoption et filiation. Droit à l'enfant, droits de l'enfant ? », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, p. 31.

1540. « Les normes européennes relatives à la famille, qu'elles soient communautaires ou qu'elles relèvent de la sphère des droits de l'Homme, sont nombreuses et ne contiennent pour la plupart qu'une énumération des membres de la famille sans définition générale de ce qu'est une famille. Il est toutefois possible de dégager des principes communs permettant de déduire une approche européenne de la famille. Ainsi, le droit à la vie familiale possède un sens particulier en raison de son européanisation. La construction communautaire converge vers celle du Conseil de l'Europe et l'ensemble forme véritablement une œuvre créatrice » : K. GARCIA, *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, n° 198, p. 160.

1541. Voir *supra* n° 223.

1542. Affaire *Marckx c./ Belgique*, 13 juin 1979, requête n° 6833/74.

1543. Affaire *Marckx c./ Belgique*, 13 juin 1979, requête n° 6833/74, § 31.

1544. Affaire *Marckx c./ Belgique*, 13 juin 1979, requête n° 6833/74, § 37.

1545. A. GOUTTENOIRE, « Le droit au respect de la vie privée et familiale », *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, n° 49, p. 519.

L'usage des pronoms possessifs pour désigner les parents de l'enfant se traduit par le droit de l'enfant de faire établir sa filiation au moyen d'un test génétique. En ce sens, l'exactitude génétique a toujours trouvé une grande place dans ses décisions. Selon la Haute juridiction, le droit d'établir son ascendance est « *un intérêt vital protégé par la Convention* »¹⁵⁴⁶ et tous les enfants qui en font la demande doivent obtenir la reconnaissance de leur filiation¹⁵⁴⁷. Comme cela a déjà été signalé, ce droit peut toutefois faire l'objet d'un traitement différent lorsque les situations ne sont pas identiques, notamment suivant la situation matrimoniale des parents génétiques de l'enfant¹⁵⁴⁸. Bien qu'il n'y ait pas de consensus parmi les États parties sur cette question, depuis son arrêt *Jäggi c./ Suisse* du 13 juillet 2006¹⁵⁴⁹, la Cour européenne des droits de l'Homme estime qu'au regard du caractère peu intrusif du test biologique, toute personne doit avoir accès à l'expertise génétique afin de pouvoir ensuite faire établir sa filiation. Selon elle, les États ont l'obligation positive de mettre en place des mesures destinées à protéger cet intérêt vital, pour que le droit de faire établir sa filiation ne soit pas paralysé en cas de refus de la personne de se soumettre à un test biologique¹⁵⁵⁰. Dans le même sens, les investigations ne peuvent pas non plus trouver de limite dans le respect dû aux morts, surtout lorsqu'il n'existe aucune incompatibilité d'ordre religieux ou philosophique avec ce type de test¹⁵⁵¹. D'ailleurs, la question se posera peut être un jour de savoir si l'incinération du défunt n'est pas une mesure contraire à la Convention parce qu'elle fait disparaître toutes les preuves¹⁵⁵².

La France a été condamnée récemment par la Cour européenne des droits de l'Homme parce qu'elle avait « *donné plus de poids aux droits et intérêts du père présumé qu'au droit du requérant à connaître ses origines et à les voir reconnues, droit qui ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire* »¹⁵⁵³. Il s'agissait pour le requérant de savoir si

1546. Affaire *Jäggi c./ Suisse*, 13 juillet 2006, requête n° 58757/00, § 39.

1547. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, n° 234, p. 499.

1548. Affaire *Johnston et autres c./ Irlande*, 18 décembre 1986, requête n° 9697/82, § 60 ; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, note sous *Johnston et autres c./ Irlande*, *AFDI* 1987, p. 239 ; P. ROLLAND, note sous *Johnston et autres c./ Irlande*, *JDI* 1987, p. 812.

1549. Affaire *Jäggi c./ Suisse*, 13 juillet 2006, requête n° 58757/00 ; C. LE GOFFIC, « Identification génétique post mortem : pour une modification de l'article 16-11 du Code civil », *RRJ* 2010, pp. 1181-1187 ; *degrénois* 2008, pp. 573-575, obs. J. MASSIP ; D. BERTHIAU, « L'enterrement prochain de la législation française de l'expertise génétique post-mortem dans le cadre d'une action en recherche de paternité ? », *Médecine et Droit* 2007, pp. 109-114 ; *Journal du droit international* 2007, pp. 719-720, C. RENAUT ; Ch. BYK, « Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique », *JCP* 2007, pp. 21-26 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'ADN se ramasse à la pelle », *RTD civ.* 2006, p. 727-728.

1550. Affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10, § 58 ; *Case of Mikulic v./ Croatia*, 7 février 2002, application n° 53176/99, § 64.

1551. Affaire *Jäggi c./ Suisse*, 13 juillet 2006, requête n° 58757/00, § 41.

1552. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 456, p. 966.

1553. Affaire *Pascaud c./ France*, 16 juin 2011, requête n° 19535/08, § 65 ; J. HAUSER, « Le droit à

l'expertise réalisée sur une personne placée sous mesure de protection judiciaire était ou non recevable dans le cadre d'une procédure relative à l'établissement de sa filiation. Les juges français avaient alors considéré qu'eu égard à l'état de santé du père prétendu, il n'était pas possible de considérer qu'il ait pu consentir librement au prélèvement réalisé sur sa personne. Or, selon la Haute juridiction, la lettre du texte n'évoque pas tant l'indépendance du consentement, que son aspect personnel. Elle affirme alors de manière prévisible que : « *la mesure de sauvegarde de justice ne privait nullement W. A. du droit de consentir personnellement à un prélèvement ADN et cela d'autant plus qu'il avait exprimé auprès des autorités la volonté de reconnaître le requérant* »¹⁵⁵⁴. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, la solution retenue par les juges internes n'était pas acceptable parce que le requérant « *ne disposait donc plus d'aucun moyen pour établir sa paternité biologique. Le droit interne ne lui offrait pas non plus la possibilité de demander une nouvelle expertise ADN sur la dépouille du père présumé. Le défunt n'ayant pas de son vivant expressément donné son accord selon la cour d'appel, il lui aurait fallu l'accord de sa famille. Or il n'en avait aucune* »¹⁵⁵⁵. Elle conclue sa décision en rappelant qu'aucune contrainte juridique ne doit l'emporter sur la réalité biologique d'une filiation¹⁵⁵⁶.

De même, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, des considérations techniques relatives à la prise en charge d'un incapable majeur ne peuvent avoir pour conséquence d'obliger une personne à s'impliquer dans une procédure de deux ans et demi pour faire établir sa paternité¹⁵⁵⁷. Elle en conclut qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre la nécessité de protéger les personnes vulnérables et le droit de l'enfant de faire reconnaître juridiquement sa filiation¹⁵⁵⁸. D'une manière générale, la Cour rappelle régulièrement qu'il est primordial que les législations internes fassent coïncider la certitude génétique et la filiation

l'expertise biologique et la Convention européenne des droits de l'Homme : la vérité biologique à tout moment ? », *RTD civ.* 2011, pp. 526-527 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le droit français de la filiation et la Cour européenne des droits de l'Homme : chronique d'une condamnation prévisible », *RLDC* 2011, n° 86, pp. 65-69 ; Th. GARÉ, « L'impossibilité d'établir sa filiation porte atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RJPF* 2011, n° 10, pp. 27-28 ; G. VIAL, « L'expertise génétique *post mortem* à l'épreuve du droit au respect de la vie privée et familiale », *RDLF* décembre 2011, 2011-16, www.webu2.upmf-grenoble.fr/rdlf/ ; G. RAOUL-CORMEIL, « Est inconventionnelle l'impossibilité d'établir la filiation biologique », *EDFP* novembre 2011, n° 10, p. 2.

1554. Affaire *Pascaud c./ France*, 16 juin 2011, requête n° 19535/08, § 66.

1555. Affaire *Pascaud c./ France*, 16 juin 2011, requête n° 19535/08, § 67.

1556. Affaire *Pascaud c./ France*, 16 juin 2011, requête n° 19535/08, § 68.

1557. « *The Court cannot accept that this situation is in the best interests of either the applicant or the child* » : Case of *Kruskovic v./ Croatia*, 21 juin 2011, application n° 46185/08, § 41 ; J. HAUSER, « Le désordre européen du droit des majeurs protégés », *RTD civ.* 2011, pp. 745-746.

1558. A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* mars 2012, n° 6, p. 11.

A cela, elle ajoute l'obligation pour les États parties de réunir les parents « naturels » et leurs enfants chaque fois qu'ils en ont la possibilité¹⁵⁶⁰ : «*The Court recalls in this respect that the possibilities of reunification will be progressively diminished and eventually destroyed if the biological father and the child are not allowed to meet each other at all, or only so rarely that no natural bonding between them is likely to occur* »¹⁵⁶¹. Elle préconise une réunification la plus précoce possible afin que l'enfant ne soit pas amené à nouer des liens avec d'autres personnes que « ses parents », qu'il serait préjudiciable de rompre ensuite¹⁵⁶². Il ne suffirait pas de donner les moyens à l'enfant de pouvoir faire établir sa filiation, encore faudrait-il donner le plus de chance possible à ce lien de s'épanouir dès la naissance de l'enfant, pour qu'il n'ait justement pas à agir ensuite. De ce point de vue, les pronoms possessifs marquent une préférence claire pour la filiation fondée sur le lien génétique.

On peut également noter l'importance de ce lien lorsqu'il est absent¹⁵⁶³. En effet, dans l'affaire *X., Y. et Z. c./ Royaume-Uni*, la Cour avait estimé par exemple qu'il ne pesait pas sur l'État, en l'absence de consensus entre les États parties sur cette question, d'obligation positive de « reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique »¹⁵⁶⁴. Dans le même sens, elle avait rappelé ce point de vue dans son arrêt *Gas et Dubois c./ France*, en refusant, malgré l'existence de liens de nature à caractériser une vie familiale *de facto* au sens de l'article 8¹⁵⁶⁵, de condamner la France qui ne permettait

1559. Affaire *Paulik c./ Slovaquie*, 10 octobre 2006, requête n° 10699/05, § 46 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les empreintes génétiques devant la Cour européenne des droits de l'Homme : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *RLDC* 2007, n° 38, pp. 41-46.

1560. *Case of Gorgulu v./ Germany*, 26 mai 2004, application n° 74969/01, § 46 ; P. MURAT, « Accouchement anonyme : quand les délais conduisent les pères à ne pouvoir exercer leurs droits », *dt.fam.* 2004, n° 4, pp. 11-16.

1561. Selon la Cour, lorsque les occasions pour un père biologique de rencontrer son enfant sont réduites, voire même empêchées, il ne leur est laissée aucune chance de pouvoir construire entre eux les liens naturels qui seraient souhaitables.

1562. Affaire *Keegan c./ Irlande*, 26 mai 1994, requête n° 16969/90, § 55 ; O. BACHELET, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDI* 2007, pp. 720-722 ; P. TAVERNIER, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDI* 1995, pp. 763-765.

1563. I. BERRO-LEFÈVRE, « Adoption et filiation. Droit à l'enfant, droits de l'enfant ? », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, p. 31.

1564. Affaire *X, Y et Z c./ Royaume-Uni*, 22 avril 1997, requête n° 21830/93, § 52.

1565. Affaire *Gas et Dubois c./ France*, 15 mars 2012, requête n° 25951/07, § 37 ; MEYZAUD-GARAUD M.-Ch., « Refus de l'adoption simple de l'enfant par la partenaire de même sexe : la CEDH ne condamne pas la France », *RJPF* 2012, n° 4, pp. 1920 ; GOUTTENOIRE A. et SUDRE F., « La conventionnalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », *JCP* 2012, n° 19, pp. 961-964 ; GOUTTENOIRE A., « L'impossibilité pour une concubine d'adopter l'enfant de sa compagne n'est pas discriminatoire », *EDFP* 2012, n° 4, p. 7 ; CASEY J. et MIRKOVIC A., « Droit de la famille ; Nom filiation Adoption », *gaz. pal.* juin 2012, n°

pas l'adoption conjointe d'un enfant par un couple homosexuel.

A l'inverse, en l'absence d'effectivité, elle admettait qu'il devait toujours être possible de faire établir un lien de filiation dès lors que l'on était en présence d'une preuve génétique irréfutable¹⁵⁶⁶. C'est ainsi que, pour la Cour européenne des droits de l'Homme, l'exactitude génétique devait prévaloir sur les présomptions légales destinées à faciliter l'établissement de la filiation¹⁵⁶⁷. Elle s'était prononcée en ce sens, par exemple en 2006, à l'occasion de son arrêt *Rozanski c./ Pologne* estimant que l'État devait être condamné parce qu'il n'existait pas, en droit interne, de moyen pour le requérant de remettre en cause la paternité légale d'un autre homme, établie selon ses seules déclarations¹⁵⁶⁸.

229. Du droit à ses parents au droit à des parents en particulier.

Cependant, si la Cour a toujours refusé, malgré l'effectivité du lien, de reconnaître à un enfant le droit de faire établir une filiation qui n'était pas corroborée par un lien génétique de filiation, elle semble revenir quelque peu sur cette position¹⁵⁶⁹. Ainsi par exemple à l'occasion de l'affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, dans laquelle les refus successifs du père de se soumettre à des tests génétiques avait conduit les juridictions nationales à débouter définitivement l'enfant de ses demandes visant à établir sa paternité, la Cour a rappelé que : « *pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant* »¹⁵⁷⁰. De manière plus générale, la relative préférence pour le lien génétique paraît s'affaiblir dans l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, suivant que l'on se place du point de vue du droit au respect de la vie privée ou du droit au respect de la vie familiale. En effet, à travers une prise en compte dynamique de l'intérêt de l'enfant, elle dégage parfois la nécessité de préserver la stabilité des liens de fait que l'enfant a pu tisser avec des personnes en dehors de toute certitude

175, p. 11.

1566. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, n° 234, p. 498.

1567. Affaire *Kroon et autres c./ Pays-Bas*, 27 octobre 1994, requête n° 18535/91, § 40 ; E. DECAUX, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDI* 1995, pp. 783-784 ; P. GEORGES, « L'action en contestation de paternité au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD H.* 1996, pp. 183-203.

1568. *Case of Rozanski v./ Poland*, 18 août 2006, application n° 55339/00, § 79 ; J. FLAUSS-DIEM, « Vie familiale et paternité hors mariage : quelques pistes européennes », *RLDC* 2006, n° 33, pp. 33-38.

1569. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, n° 233, p. 495.

1570. Affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10, § 64 ; E. POULIQUEN, « Établissement de la filiation et CEDH : des liens étroits », *RLDC* 2012, n° 92, p. 39 ; E. VIGANOTTI, « Action en recherche de paternité et droits de l'Homme », *AJ fam.* 2012, p. 228 ; A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* mars 2013, n° 3, pp. 10-15.

génétique¹⁵⁷¹, et qui relèvent, selon elle, du droit au respect de la vie familiale au détriment d'autres liens que l'enfant aurait le droit de connaître, mais pas nécessairement le droit d'établir. Le lien génétique de filiation semble désormais relégué au statut de droit de connaître ses origines, ouvrant ainsi de nouvelles perspectives : le droit de l'enfant à des parents en particulier.

L'arrêt *Kearns c./ France* préfigurait cette démarche en privilégiant une filiation adoptive constituée sur le défaut d'information du père génétique de l'enfant¹⁵⁷². Dans l'affaire *Chavdarov c./ Bulgarie*, la Cour estime cette fois que la constitution d'une vie familiale *de facto* est suffisante pour compenser l'impossibilité du père génétique de contester la présomption de paternité du mari de la mère des enfants¹⁵⁷³. Elle accrédite ainsi l'idée suivant laquelle la notion de parenté est plurielle et n'implique pas exclusivement la parenté génétique ou juridique, mais pourrait se prospérer à partir d'une parenté supposée de fait. Il y aurait la parenté « officielle » relevant du droit à la vie familiale, et la parenté « personnelle » qui relèverait du droit au respect de la vie privée. Ce mode de raisonnement implique donc que toutes les parentés ne puissent pas être retranscrites au titre du droit au respect de la vie familiale. Ainsi, la Cour européenne admet-elle que l'absence de consensus au sein des États partie à la Convention laisse une certaine marge de manœuvre aux législateurs nationaux pour décider quels sont les modes acceptables de constitution de la parenté juridique¹⁵⁷⁴.

1571. « L'absence d'une quelconque manifestation de la part de l'enfant démontrant son souhait de voir vérifier sa paternité combinée avec le laps de temps pendant lequel elle a bénéficié de son état civil de manière stable et avec les conséquences patrimoniales que l'acceptation d'une action en désaveu peut entraîner, joue en l'espèce en faveur de l'intérêt de la fille putative du requérant, consistant à ne pas être privée d'une paternité biologique distincte de la filiation » : Affaire *Iyilik c./ Turquie*, 6 décembre 2011, requête n° 2899/05, § 29-35 ; G. GONZALEZ, « Désaveu de paternité et absence de consentement aux tests génétiques », *JCP* 2011, n° 51, p. 2526 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, chr. pp. 163-169 ; G. GONZALEZ, A. GOUTTENOIRE, « Preuve de non-paternité et refus de l'enfant », *JCP* 2012, n° 10, pp. 498-501 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, n° 22, pp. 1432-1439.

1572. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; F. SUDRE, Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, *JCP* juillet 2008, I, n° 167, pp. 25-30 ; M.-C. LE BOURSICOT, « Accouchement sous le secret : cette fois, la CEDH valide le dispositif du côté de la mère », *RLDC* 2008, pp. 39-40 ; Th. GARÉ, « La CEDH conforte la validité du système français d'accouchement sous X », *RJPF* 2008, pp. 23-24 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Les désillusions strasbourgeoises de l'accouchée sous X repentante », *RTD civ.* 2008, pp. 252-255 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme : satisfecit provisoire au droit français », *RTD civ.* 2008, pp. 285-286 ; A. GOUTTENOIRE, « Le consentement de la femme qui accouche sous X doit être libre et éclairé », *lexbase hebdo* 2008, n° 297 ; Cl. NEIRINCK, « Retour sur un accouchement sous X validé par la CEDH », *RDSS* 2008, pp. 353-359 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Accouchement sous X : la CEDH valide le délai de deux mois à l'issue duquel la restitution de l'enfant est possible », *RLDC* 2008, pp. 43-44 ; A. TON NU LAN, « Abandon d'un enfant sans filiation établie : le consentement à la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance n'est toujours pas requis », *RJPF* 2004.

1573. Affaire *Chavdarov c./ Bulgarie*, 21 décembre 2010, requête n° 3465/03, § 56 ; D. LACHAL, « Contestation de la filiation paternelle présomptive », *JDI* 2011, pp. 1345-1347.

1574. Voir par exemple : Affaire *X, Y et Z c./ Royaume-Uni*, 22 avril 1997, requête n° 21830/93 ; Affaire *Gas et Dubois c./ France*, 15 mars 2012, requête n° 25951/07.

Cette tendance à l'admission d'une coexistence de deux formes de parenté n'est pas isolée. Ainsi, le Comité international des droits de l'enfant a-t-il fait évoluer significativement sa position sur la question¹⁵⁷⁵.

Dans un premier temps, il affirmait régulièrement son hostilité à toutes les formes d'abandon anonyme des enfants, que ce soit sous la forme de l'accouchement anonyme comme en France ou au Luxembourg¹⁵⁷⁶, ou de « boîtes-à-bébé » comme en Allemagne, aux Pays-Bas, en Suisse, en Hongrie ou en Belgique¹⁵⁷⁷. Il recommandait ainsi fermement aux États partie : « *de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour mettre un terme au programme des boîtes à bébé dans les plus brefs délais et de renforcer et promouvoir sans tarder des programmes de substitution, en tenant pleinement compte de son devoir de se conformer strictement à toutes les dispositions de la Convention. Il l'engage en outre à redoubler d'efforts pour traiter les causes profondes de l'abandon de nourrisson, notamment en assurant des services de planification familiale, ainsi que des services de conseil et d'aide sociale adaptés en cas de grossesse non désirée, et en prenant des mesures pour prévenir les grossesses à risque* »¹⁵⁷⁸.

Mais à la fin de l'année 2012, il adoptait une position plus souple, fondée sur la coexistence de deux formes de parenté : « *Le Comité recommande instamment à l'État partie de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour mettre fin à la pratique des abandons anonymes et de renforcer et promouvoir dans les meilleurs délais des programmes de remplacement, prévoyant notamment la possibilité de naissances anonymes à l'hôpital en tant que mesure de dernier ressort pour éviter l'abandon et/ou la mort de l'enfant, et d'établir un dossier confidentiel sur les parents auquel l'enfant pourra avoir accès plus tard, en tenant compte de son devoir de respecter pleinement toutes les dispositions de la Convention* »¹⁵⁷⁹. Le Comité international des droits de l'enfant admet donc désormais qu'il n'est pas contraire à

1575. A propos de la France, il affirmait que : « *Le Comité prend note des informations fournies par l'État partie sur les mesures qu'il a adoptées, en particulier sur l'ordonnance n° 2005-759 portant réforme de la filiation et sur le rôle nouveau joué par le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, en vue de faciliter l'accès de l'enfant à ses origines. Néanmoins, le Comité reste également préoccupé par les délais d'attente pour le traitement des nouvelles requêtes. Le Comité reste également préoccupé par le fait que la mère, si elle le souhaite, peut dissimuler son identité et s'opposer au droit de l'enfant de connaître ses origines, ce qui prive l'enfant d'une partie de ses droits* ». CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 43. (France).

1576. CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 44. (Ukraine) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 43. (France) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 28-b. (Italie).

1577. CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 29. (Autriche) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 49. (République Tchèque).

1578. CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 50. (République Tchèque).

1579. CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 30. (Autriche).

l'intérêt de l'enfant de bénéficier de cette double forme de filiation, dès lors qu'il peut obtenir les informations relatives à cette double parenté.

230. Critique. Dans la mesure où ces concepts sont internationaux, il est difficile d'en dégager des conséquences juridiques et techniques exactes. En effet, la dualité de la parenté, bien qu'elle ne relève pas, au sens de la Cour européenne des droits de l'Homme, de la même protection produit toutefois des effets juridiques comparables. Or il ne faut pas perdre de vue que la question du rattachement familial de l'enfant tourne principalement autour de deux enjeux : du point de vue des parents, exercer l'autorité parentale pour protéger et éduquer l'enfant en fonction de leurs aspirations ; du point de vue de l'enfant, bénéficier de la transmission d'un patrimoine intellectuel et matériel pour s'établir dans la vie. Dans les affaires *Anayo c./ Allemagne* ou *Schneider c./ Allemagne*, la Cour a estimé que la relation s'inscrivant sous la qualification de droit au respect de la vie privée autorisait le père à bénéficier d'un droit de visite et d'hébergement, ainsi que d'un droit d'information à l'égard de l'enfant¹⁵⁸⁰. Ce droit est très proche des droits découlant de la titularité de l'autorité parentale en droit français¹⁵⁸¹. A l'inverse, dans l'affaire *Chavdarov c./ Bulgarie*, le père qui ne disposait d'aucun titre juridique de parenté, puisque l'action en contestation de la présomption de paternité était impossible, pouvait exercer de fait l'autorité parentale sur les enfants au titre de son droit à la vie familiale sans que la Cour européenne des droits de l'Homme n'y voit d'inconvénient.

Comment doit-on, dans ce cas, déterminer qui sont les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ? La seule volonté de se voir attribuer la responsabilité des enfants peut-elle suffire lorsque l'on connaît la précarité à laquelle la réversibilité de la volonté parentale expose les enfants ? La loi nouvelle de mai 2013, ouvrant l'adoption aux couples de personnes

1580. Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07; Case of *Schneider v./ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07, § 90-105 ; J. HAUSER, « La Cour EDH invente les paternités probables pour décider d'un droit de visite », *RTD civ.* 2012, p. 108 ; C. SIFFREIN-BLANC, « Droit de visite du père biologique présumé : recherche circonstanciée de l'intérêt de l'enfant », *AJ fam.* 2011, p. 496 ; M. BRUGGEMAN, « Père légal versus père biologique : la portée variable du droit au respect de la vie familiale », *dt. fam.* 2011, n° 2, alerte 7 ; F. BOULANGER, « Droit de visite et intérêt de l'enfant », *D.* 2011, p. 2908 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droit de la famille », *JCP* 2012, n° 1, pp. 49-55 ; F. SUDRE, « Droit de la convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, n° 4, pp. 163-169 ; F. EUDIER, « Un droit de visite peut être accordé au père biologique présumé », *RJFP* 2012, n° 2, pp. 23-24 ; J.-M. LARRALDE, « Intérêt de l'enfant et droit de visite du père biologique présumé », *EDFP* octobre 2011, n° 9, p. 2.

1581. Article 373-2-1 du Code civil : « Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents. L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves. [...] Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier ».

de même sexe a elle aussi intégré cette dualité, opposant une filiation naturelle sexuée à une filiation adoptive asexuée qui implique nécessairement l'émergence de la parenté « d'origine » de l'enfant¹⁵⁸². Quels seront les conséquences de ce changement sur l'application concrète de l'article 371-1 du Code civil qui dispose désormais que l'autorité parentale appartient aux « parents » de l'enfant ?

De plus, il n'est pas du tout certain que ce droit de l'enfant de connaître ses origines ait vocation à rester stérile. On le sait, les droits de l'enfant ne se résument pas aux relations qu'il entretient avec son entourage. Comment la Cour européenne des droits de l'Homme entend-t-elle articuler ces droits octroyés « sur » l'enfant, avec l'espérance légitime qu'ils peuvent faire naître chez l'enfant d'obtenir des biens¹⁵⁸³? En effet, si les droits « sur » l'enfant sont essentiellement matérialisés par l'exercice de l'autorité parentale et le droit de visite, les droits « de » l'enfant sont principalement tournés vers la transmission qui lui est faite d'un patrimoine intellectuel et matériel destiné à lui garantir une autonomie morale et sociale¹⁵⁸⁴.

Lorsque l'enfant se rapproche de la majorité, il manifeste souvent des besoins concrets et patrimoniaux pour s'établir socialement, ou poursuivre des études longues. Quelle sera, dans ce cas, la part contributive de chacun aux besoins de l'enfant ? Est ce que le droit de visite accordé au titre du droit au respect de la vie familiale ou de la vie privée entraîne une obligation contributive ? Quelle sera alors la qualification fiscale de cette contribution ? Est-ce que l'exercice de fait de l'autorité parentale préserve le titulaire officiel du titre de toute obligation à l'égard de l'enfant ? A l'inverse, alors que la Cour estimait que les relations des requérants relevaient du droit au respect de la vie familiale dans les affaires *X., Y., et Z. c./ Royaume-Uni* ou *Gas et Dubois c./ France* sans pour autant en tirer de conséquences du point de vue de la filiation ou de l'exercice de l'autorité parentale, est-ce que l'enfant pourrait se prévaloir de cette qualification de « vie familiale » pour obtenir un soutien matériel¹⁵⁸⁵ ?

1582. Voir *supra* n° 175.

1583. Article 1 du protocole 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.* ».

1584. Article 5 de la Convention internationale des droits de l'enfant : « *Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.* ».

1585. Affaire *X, Y et Z c./ Royaume-Uni*, 22 avril 1997, requête n° 21830/93 ; Affaire *Gas et Dubois c./ France*, 15 mars 2012, requête n° 25951/07.

Ne sommes-nous pas en train de voir se dessiner une nouvelle catégorie d'enfants, ayant eu des liens avec des « parents » suivant la qualification de vie privée ou familiale de la jurisprudence, et qui ne pourront tirer aucun bénéfice de ces titres si la jurisprudence ne leur est pas favorable au cas par cas, comme ce fut le cas par exemple pour les enfants adultérins¹⁵⁸⁶? L'enfant dont la relation aura été qualifiée de vie familiale ne pourra pas pour autant se prévaloir de ce titre pour bénéficier d'une donation entre vifs, ou d'une transmission à cause de mort aux mêmes conditions fiscales que l'enfant ayant bénéficié d'un titre juridique. C'est que, contrairement au fait unique passé dans la balance de la Cour européenne des droits de l'Homme et qui n'existe que dans un instant donné, la filiation et les liens sur lesquels elle est fondée ont vocation à inscrire l'enfant dans la perspective du temps qui passe, dans la profondeur d'une succession de faits. Où se trouve alors l'intérêt pour l'enfant d'élargir la notion de parenté au profit des adultes pour satisfaire leurs besoins instantanés de tendresses, si un système plus global n'est pas pensé aussi pour l'avantage de l'enfant ? Il est donc probable que la consécration de ces droits sur la personne de l'enfant voit l'émergence d'une conception polygonique du lien de filiation, aboutissant à un exercice multiple et pluriel de l'autorité parentale et ouvrant pour l'enfant des droits de succession eux aussi multiples et pluriels.

2 – La preuve de la vérité générique en droit français

231. Les parents de l'enfant en France. En droit français, la détermination des « parents » de l'enfant est principalement fondée sur l'exactitude génétique. La prééminence de l'exactitude génétique est marquée par le recours à des pronoms possessifs et l'usage de termes tels que « *parent* » ou « *père* » pour désigner le parent génétique de l'enfant. En ce sens, l'article 312 du Code civil déduit la filiation paternelle de la loyauté que se doivent les époux dans le cadre du mariage¹⁵⁸⁷. La filiation présumée de l'enfant est ainsi écartée chaque fois qu'il existe une raison de penser que ce devoir n'a pas été respecté, comme, par exemple, lorsqu'il y a eu séparation de corps entre les époux¹⁵⁸⁸. L'article 329 du Code civil autorise cependant à rétablir la paternité du mari s'il était bien « *le père* »¹⁵⁸⁹. Cette prise en

1586. « On ne manquera pas d'attribuer cette évolution aux tendances de l'esprit public, que des lois récentes nous montrent enclin à tempérer, en faveur des enfants nés d'un commerce adultérin, auxquels l'accès de la légitimité était autrefois rigoureusement interdit, la sévérité des règles anciennes, et ceux que ces mesures alarment comme le symptôme d'une moindre résistance aux causes de dissolution qui menacent la famille n'accueilleront pas sans réserve ce qu'ils regarderont, peut-être, comme une concession nouvelle aux entraînements de la sensibilité moderne » : G. P., note sous cass. civ., 8 janvier 1930, *D.* 1930, I, p.52.

1587. Article 312 du Code civil : « *L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ».

1588. Voir *supra* n° 73.

1589. Article 329 du Code civil : « *Lorsque la présomption de paternité a été écartée en application de*

compte de la certitude génétique dans la filiation se traduit également dans les précautions de langage prises par le législateur dans l'article 317 en matière d'acte de notoriété¹⁵⁹⁰ et l'article 330 en matière de possession d'état¹⁵⁹¹, qui font référence au « *parent prétendu* », renvoyant ainsi à une présomption réfragable de filiation. L'article 328 vise ainsi « *le parent même mineur* », qui n'est autre que le parent au sens génétique du terme¹⁵⁹². L'article 332 relatif à la contestation de paternité précise que « *le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père* ». De même, l'article 336-1 fait référence au « *père* » par opposition au « *déclarant* » devant l'officier de l'état civil¹⁵⁹³. Les formulations retenues par le législateur montrent sans ambiguïté son souci de faire coïncider le lien de filiation génétique avec le lien de filiation juridique de l'enfant.

De ce fait, l'établissement de la filiation paternelle par mention du nom du père dans l'acte de naissance ou par reconnaissance, est fondé sur une présomption de bonne foi des déclarants devant l'officier de l'état civil¹⁵⁹⁴. Cette présomption est lourde de conséquence, puisque l'article 310-3 du Code civil dispose que « *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* ». Sans doute le législateur a-t-il postulé que les déclarations faites devant un officier public méritaient une certaine confiance due à la nature juridique particulière de cet acte¹⁵⁹⁵. Il est vrai, également, que ce mode de preuve simplifie beaucoup la procédure en évitant d'apporter systématiquement la preuve biologique de ce que l'on avance. Quoi qu'il en soit, ce mécanisme introduit dans un système en apparence très rigide, fondé sur la certitude

l'article 313, chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père. L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité ».

1590. Article 317 du Code civil : « *Chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge du tribunal d'instance du lieu de naissance ou de leur domicile que lui soit délivré un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve du contraire. L'acte de notoriété est établi sur la foi des déclarations d'au moins trois témoins, et si le juge l'estime nécessaire, de tout autre document produit qui attestent une réunion suffisante de faits au sens de l'article 311-1* ».

1591. Article 330 du Code civil : « *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* ».

1592. Article 328 du Code civil : « *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 ou de paternité. Si aucun lien de filiation n'est établi ou si ce parent est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'action est intentée par le tuteur conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 408. L'action est exercée contre le parent prétendu ou ses héritiers. A défaut d'héritiers ou si ceux-ci ont renoncé à la succession, elle est dirigée contre l'État. Les héritiers renonçants sont appelés à la procédure pour y faire valoir leurs droits* ».

1593. Article 336-1 du Code civil : « *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'action 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* ».

1594. Voir *supra* n° 108.

1595. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes*, n° 454, p. 957.

génétique, une certaine souplesse qui peut autoriser des entorses à l'exactitude génétique, dès lors que, comme nous le rappelle l'article 336 du Code civil, il n'existe pas d'indices qui rendent cette filiation invraisemblable¹⁵⁹⁶.

Toutefois, la filiation ainsi établie, si elle ne bénéficie pas de la protection des articles 321¹⁵⁹⁷ ou 333¹⁵⁹⁸ du Code civil, sera examinée à la lumière d'un test biologique pour être confirmée ou écartée en cas de litige. Pour sa part, la filiation maternelle de l'enfant est fondée sur l'enthymème suivant lequel la femme qui accouche est la mère génétique de l'enfant. L'évolution contemporaine de la science invite cependant les juristes à revoir le sens de cette présomption irréfragable ; désormais, l'enfant en devenant a acquis une autonomie physiologique potentielle par rapport à la femme qui souhaite en revendiquer la maternité.

232. Droit à l'expertise biologique devant la Cour de cassation. L'action de l'enfant en vue de déterminer sa filiation n'a pas toujours été facile¹⁵⁹⁹. Les moyens dont il a pu disposer dans l'histoire pour y procéder ont évolué en fonction des droits qu'il pouvait obtenir au titre de sa filiation, et surtout, des moyens que la technique lui offrait¹⁶⁰⁰. Il convient toutefois de noter que de manière constante, y compris à partir de l'époque où l'on a découvert la méthode de l'analyse des sangs pour déterminer les filiations probables, l'action en recherche de maternité a toujours eu pour objet de démontrer qu'il était bien celui dont la femme était accouchée. Il n'en allait pas de même pour la recherche de paternité, dont la preuve posait plus de difficultés.

233. Histoire. Dans l'ancien droit français, la paternité hors mariage n'emportait pas de conséquence juridique particulière¹⁶⁰¹. C'est pourquoi la preuve de la

1596. Article 336 du Code civil : « 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 ».

1597. Article 321 : « Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent pas dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. A l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu durant sa minorité ».

1598. Article 333 : « 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 ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté. Nul, à l'exception du ministère public 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 ».

1599. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 198.

1600. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Paris, 1996, n° 170, p. 236.

1601. « Les populations de l'ancienne France semblent s'être fort bien accommodées de ce régime. Les cahiers des États généraux ne contiennent en général aucune réclamation d'augmentation des droits des enfants naturels. Les réformes que la Convention fit en faveur des bâtards ne correspondaient pas à un mouvement d'opinion

paternité était largement admise¹⁶⁰². Cependant, constatant de nombreux abus avant la Révolution, les rédacteurs du Code civil qui souhaitaient constituer des familles puissantes, décidèrent que l'État n'avait aucun intérêt à ce que la filiation naturelle soit reconnue¹⁶⁰³. C'est dans cet esprit que l'article 340 du Code civil fut rédigé : « *La recherche de paternité [naturelle] est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant* »¹⁶⁰⁴. De telles conséquences étaient évidemment très rigoureuses pour la mère et l'enfant, et cela d'autant plus que l'article 341 du Code civil disposait que « *La recherche de la maternité [naturelle] est admise* »¹⁶⁰⁵.

La loi de 1912 ouvrit les cas de recherche de paternité à cinq hypothèses limitativement énumérées, et notamment à celle d'enlèvement ou de viol qui n'avait pas été envisagée en 1804¹⁶⁰⁶! Toutefois, la jurisprudence, dans un esprit progressiste, aménagea quelques tempéraments aux rigueurs légales, notamment en autorisant la *filles-mère* à réclamer, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, des subsides à l'auteur du *dommage*¹⁶⁰⁷. D'autres fois, la jurisprudence s'est appuyée sur l'écrit du séducteur, dans lequel

publique ; elles furent décrétées par quelques idéologues au nom de la philosophie et de la sainte égalité. Par un retour fatal, ces réformes, en dépassant toute mesure, devaient nuire aux enfants naturels au lieu de leur profiter » : L. RIGAUD, *La Recherche de la Paternité naturelle, Loi du 16 novembre 1912 et jurisprudence antérieure*, n° 3, p. 10.

1602. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 159, p. 188.

1603. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 1216, p. 612.

1604. « Lorsque l'époque de l'enlèvement se rapportait à celle de la conception, le tribunal civil pouvait, sur la demande des parties intéressées, déclarer que le ravisseur était le père de l'enfant. Encore, d'après la jurisprudence, ce tempérament à la rigueur de la prohibition établie par la loi avait-il son fondement dans cette présomption que l'enlèvement de la mère impliquait de la part de l'auteur du rapt une possession exclusive de nature à ne pas pouvoir amener de doute sur sa paternité. L'enlèvement impliquait, d'après la jurisprudence, une possession plus ou moins prolongée de la femme qui donnait ici la certitude à peu près absolue que l'enfant avait été bien conçu des œuvres du ravisseur. Aussi refusait-on généralement d'étendre le bénéfice de cette exception légale au principe de l'interdiction de la recherche de paternité à la fille devenue mère à la suite d'un viol. Le viol, disait-on, n'impliquait qu'une possession momentanée et fugitive ne fournissant pas, à l'inverse de la séquestration subséquente à l'enlèvement, une base suffisante d'où l'on pût déduire avec assez de certitude que l'enfant dont la fille violée était devenue la mère se trouvait issu des œuvres même du déflorateur » : L. RIGAUD, *La Recherche de la Paternité naturelle, Loi du 16 novembre 1912 et jurisprudence antérieure*, n° 1, p. 6.

1605. A. COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, p. 257.

1606. Enlèvement ou viol durant la période probable de conception ; séduction par des manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou de fiançailles ; lettres ou écrits du père prétendu laissant supposer de manière non équivoque la paternité ; état de concubinage avec des relations stables et continues ; participation à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant comme le ferait un père.

1607. « La tendance de beaucoup de Cours et de tribunaux est d'élargir le plus possible la portée d'application de la loi du 16 novembre 1912 sur la recherche de la paternité naturelle et dans cet ordre d'idées de l'article 1382. Elle s'explique par le progrès des idées d'équité, de réparation et de justice sociale qui se traduisent chez les magistrats par le souci constant et de plus en plus affirmé de protéger les faibles et notamment la femme et l'enfant. L'influence des mœurs, de la littérature et du théâtre, les disposent à accueillir favorablement l'action de l'enfant et la demande en dommages-intérêts de la fille-mère. Personne ne saurait méconnaître la noble préoccupation qui les inspire, ni se refuser à leur rendre cet hommage qu'en s'écartant parfois du droit strict, ils

il s'engageait, par exemple, à subvenir aux besoins de la femme et de l'enfant, pour en déduire la reconnaissance d'un devoir de conscience de nature à constituer une obligation civile¹⁶⁰⁸. Cette action était cependant encadrée par des délais extrêmement brefs, montrant que les mentalités avaient encore du mal à évoluer¹⁶⁰⁹. Ils couraient contre l'enfant, quand bien même il se trouvait dans l'impossibilité d'agir, parce que l'on estimait que l'écoulement du temps n'avait aucune chance de faciliter l'administration de la preuve¹⁶¹⁰. Une controverse s'est alors engagée sur la question de savoir s'il n'était pas possible de lire dans la déchéance très courte de l'action, la volonté du législateur de faire courir une prescription dont l'écoulement aurait pu être suspendu à l'égard de l'enfant¹⁶¹¹. La question prenait toute son importance lorsque, par exemple, l'enfant était dans l'ignorance de ses origines au moment de sa naissance ; mais la jurisprudence opta pour une lecture littérale de la déchéance, moins favorable à l'enfant¹⁶¹².

font une plus saine appréciation de la réalité des choses qu'en emprisonnant leur décision dans des formules rigides » : M. GARRAUD, note sous Poitiers, 28 mars 1927, affaire *Copin c./ Dlle Thouvenin*, D. 1929, II, p. 1.

1608. « Dans l'espèce une difficulté se présentait relativement à l'acceptation de la promesse indispensable pour qu'il y ait contrat. Le demandeur en cassation soutenait, en effet, que l'enfant n'avait pu accepter, vu son âge, et qu'aucun représentant légal n'ayant accepté pour lui, il n'y avait jamais eu de convention contenant obligation civile. Mais à cette objection spécieuse, l'arrêt répond parfaitement que l'engagement n'ayant pas été rétracté au moment où le tuteur avait introduit sa demande, cette action judiciaire, contenant une acceptation nécessaire du représentant légal du mineur, était venue compléter le contrat » : note sous Cass civ. 15 janvier 1873, affaire de *S... c./ P...*, D. 1873, I, p. 180.

1609. « L'enfant court un autre danger si sa mère n'agit pas en temps utile, elle peut voir élever contre elle la déchéance de notre article : « elle devra à peine de déchéance, être intentée dans les deux années qui suivront l'accouchement ». Cette disposition de nature à faire perdre à l'enfant l'action en recherche de paternité par l'effet de la déchéance encourue par sa mère, montre la différence entre l'action en réclamation d'état, au cas de filiation légitime et au cas de recherche de paternité naturelle. Au cas de filiation légitime, l'action en réclamation d'état est imprescriptible au regard de l'enfant, tandis qu'en cas de recherche de paternité naturelle l'action est impossible après un délai très court. On admet généralement que l'action en recherche de maternité naturelle est imprescriptible, tandis que l'action en recherche de paternité sera soumise à une prescription très courte. M. Guillier a donné de cette disposition les motifs suivant : « c'est le plus sûr moyen d'empêcher le chantage que de soumettre ceux qui ont l'action à intenter à ouvrir le débat, à formuler leurs réclamations dans un délai aussi court que possible. C'est l'intérêt de l'enfant qui commande que ce soit dans les premiers jours de sa vie, alors qu'il a le plus besoin de soins et d'assistance, qu'on engage l'instance en son nom ». Nous faisons remarquer que ces mêmes arguments se rencontrent au cas de filiation légitime et de recherche de maternité : ce qui n'a pas empêché le législateur de déclarer l'action en réclamation d'état d'enfant légitime imprescriptible. Le vrai motif est une certaine répugnance à l'encontre des actions en recherche de paternité ; car comment invoquer en faveur de cette courte prescription l'intérêt du prétendu père à ne pas rester trop longtemps sous le coup de la menace de cette action, quand c'est lui le coupable et que ces courtes prescriptions paralysent un droit absolu de l'enfant : la recherche de son état » : A. VIGIÉ, « Loi modifiant l'article 340 du Code civil, reconnaissance judiciaire de la Paternité naturelle », *lois nouvelles* 1913, I, n° 55, pp. 23-24.

1610. M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, thèse, n° 13, p. 22.

1611. L. HUGUENEN, note sous Cass. civ. 7 mai 1923, affaire *Dlle F... c./ F...*, S. 1924, 1, p. 194 ; L. SARRUT, note sous Cass. civ. 7 mai 1923, affaire *Dlle F... c./ F...*, D. 1923, I, p. 57 ; Alger 29 octobre 1924, affaire *Maklouf Benhamou c./ dame Bengouzi*, D. 1925, II, p. 91.

1612. « L'article 340 du Code civil qui impartit à l'enfant un délai d'un an après sa majorité pour intenter l'action en reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle édicte une déchéance et non une prescription. Par suite, l'action intentée après l'expiration de ce délai est irrecevable, même si l'enfant n'a pas pu l'engager en temps utile en raison de l'ignorance où il était du fait donnant naissance à son droit. Spécialement, un enfant qui a introduit sa demande plusieurs années après sa majorité doit être déclaré forclos, bien qu'il n'ait appris qu'à cette date sa filiation naturelle, révélée par l'ouverture d'un testament contenant à son égard, de la part du défunt, un aveu non réciproque de paternité » : Tribunal civil de Dijon, 18 décembre 1924, affaire *Dame Gigot, épouse Piguot c./ dame Louise Gigot*, D. 1925, II, p. 91.

Pour autant, même lorsque les délais étaient respectés, l'enfant n'était pas tiré d'affaire. Il devait prouver, par tout moyen, sa filiation paternelle c'est-à-dire : par témoignage, indice ou présomption simple¹⁶¹³. Face à ces éléments, il était encore possible pour le père prétendu d'invoquer l'inconduite notoire de la mère¹⁶¹⁴, le commerce avec un tiers¹⁶¹⁵, ou encore l'impossibilité physique de procréation¹⁶¹⁶. De plus, l'enfant prenait le risque de voir son action qualifiée d'action de mauvaise foi et d'être condamné à des sanctions pénales. Autant dire que l'issue était en grande partie conditionnée par les moyens financiers dont disposait le père supposé pour se défendre, ou ses héritiers lorsqu'un enjeu successoral se profilait¹⁶¹⁷.

Avec la seconde guerre mondiale, les expérimentations biologiques réalisées, notamment par les nazis¹⁶¹⁸, ont apportées avec elle de nouvelles perspectives, en particulier dans le domaine du droit de la famille¹⁶¹⁹. Il est désormais possible d'exclure que tel homme

1613. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, 1930, n° 1228, p. 619.

1614. « Il est un seul point où le texte actuel de l'article 340 s'oppose d'une manière absolue, à l'usage de l'examen des sangs en faveur de la demanderesse. On sait qu'il paralyse la demande par une fin de non-recevoir toutes les fois que la mère, pendant la période comprise entre le 180e et le 300e jour avant la naissance, a eu commerce avec un autre individu. Or, il pourrait parfaitement venir en offrant de prouver, par une expertise des sangs, l'impossibilité, pour cet autre individu, d'être le père. Scientifiquement rien ne s'opposerait à cette proposition, qui serait susceptible, dans son domaine, de donner des résultats décisifs. Mais juridiquement elle ne saurait être admise. Car l'*exceptio plurium concubentium* est une fin de non-recevoir légale, par laquelle le législateur a voulu paralyser la demande, d'emblée et sans discussion quels que soient les arguments invoqués contre la paternité de l'autre amant » : R. SAVATIER, note sous cour d'appel de Paris, 23 janvier 1941, affaire *Demoiselle B... c./ X...*, D. 1943, jur., p. 92.

1615. « *Qu'il reste que celle-ci, à laquelle ont manqué à la fois l'autorité paternelle et la surveillance de sa mère, a conduit sa vie au gré de ses caprices, a fréquenté le monde des artistes de théâtre et couru les aventures ; qu'il n'en ressort pas moins de la correspondance et des faits de la cause, que sa liaison avec le lieutenant Léon s'est prolongée suffisamment pour que celui-ci ait pu, en connaissance de cause se considérer comme le père de l'enfant* » : R. SAVATIER, note sous cour d'appel de Bordeaux, 7 mars 1927, affaire *Demoiselle Rouyer c./ Léon*, D. 1927, II, p. 81 ; « *Le fait qu'une jeune femme a eu en public une attitude assez libre avec certains jeune gens, ne suffit pas à caractériser l'inconduite notoire, c'est-à-dire la pluralité des amants de la mère au vu et au su du public. L'examen des groupes sanguins, s'il est impropre à établir positivement la paternité, peut du moins démontrer, le cas échéant, qu'il n'existe aucun lien de filiation entre deux individus donnés* » : Paris, 9 janvier 1948, affaire *Boulangier c./ Demoiselle Pequeux*, D. 1948, jur., p. 93.

1616. M.-J. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, thèse, p. 346.

1617. « Si l'indivisibilité de l'état apparaît ainsi évidente, le problème de l'autorité des jugements déclaratifs d'état nous semble implicitement réglé. Nous en avons déjà donné la solution. Celle-ci ne consiste pas à mettre les tiers dans l'impossibilité de protester et de recourir contre un jugement qui, rendu en leur absence, lèse leurs intérêts. Ce jugement leur est sans doute opposable tant qu'ils ne l'ont pas fait tomber, mais rien ne les empêche de l'attaquer par voie de tierce opposition. En admettant la recevabilité de celle-ci, le présent arrêt de la chambre civile nous paraît consacrer une solution d'équité inévitable. Mais où nous nous séparons de sa doctrine, c'est dans la détermination des conditions d'exercice et des effets de ce recours. Nous n'admettons la tierce opposition que moyennant la mise en cause de toutes les parties entre lesquelles a été rendu le jugement d'état qu'on attaque, car il faut que l'effet de la tierce opposition se produise à l'égard de toutes » : R. SAVATIER, note sous note sous Cass. civ. 23 avril 1925, affaire *Gervais c./ Valat et autres*, D. 1925, I, p. 201 ; E. AUDINET, note sous Cass. civ. 23 avril 1925, affaire *Gervais c./ Valat et autres*, S. 1927, 1, p. 97.

1618. G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 33.

1619. « C'est une révolution plus fondamentale encore qui risque de sortir, pour le droit de la famille, de la conquête des secrets de la vie par une pléiade enivrée de chercheurs » : R. SAVATIER, « Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie », D. 1948, chr. IX, p. 33.

puisse être le père d'un enfant¹⁶²⁰. La jurisprudence bien que frileuse, a été obligée de prendre acte de ces nouvelles techniques tant en matière de recevabilité de l'action¹⁶²¹, que pour trancher l'affaire au fond¹⁶²². Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu affirmer qu'une cour d'appel ne pouvait pas rejeter une demande d'expertise sanguine au seul motif que cette preuve n'était pas encore certaine¹⁶²³, ce qui semblait porter atteinte à une jurisprudence constante, laissant entre les mains souveraines des juges du fond, l'opportunité de décider des preuves recevables¹⁶²⁴.

Désormais, il existerait des connaissances élémentaires que les juges ne pourraient plus ignorer. Comme le soulignait la doctrine, ces nouvelles techniques apportaient avec elles des espoirs nouveaux de voir les hommes contribuer, à égalité avec les femmes, à

1620. « Voici la première décision à notre connaissance, qui examine en France, la question de savoir quelle contribution peut apporter, à la preuve en justice de la paternité, l'examen du sang de l'enfant et des parents. De cette question, les auteurs de la loi du 16 novembre 1912 n'avaient pu se préoccuper en réformant l'ancien article 340 du Code civil. La science l'ignorait pour ainsi dire encore. Objet de recherches médicales postérieures, elle a mûri depuis. Et des médecins ayant l'autorité du docteur Balthazard ne craignent pas d'affirmer aujourd'hui qu'un contrôle de la paternité prétendue peut, grâce à l'application de la méthode des groupes, ou plutôt des sous-groupes sanguins, être fait avec quasi-certitude une fois sur trois » : R. SAVATIER, note sous Tribunal de la Seine, 12 novembre 1935, affaire *Demoiselle Hubert c./ Mouffek*, D. 1936, II, p. 41 ; M. GASTON LAGARDE, « Personne et droit de la famille », *RTD civ.* 1938, p. 80 ; « Si la comparaison des sangs du père prétendu et de l'enfant ne peut prouver la paternité, elle peut être susceptible, si elle est négative de fortifier la thèse du caractère équivoque de l'aveu » : cour d'appel de Rennes, 31 mai 1939, affaire *G... c./ Demoiselle B...*, D. H. 1939, p. 429 ; R. SAVATIER, note sous cour d'appel de Paris, 23 janvier 1941, affaire *Demoiselle B... c./ X...*, D. 1943, jur., p. 92 ; J. CARBONNIER, note sous tribunal civil de Lille, 18 mars 1947, affaire *F... c. Dame F...*, D. 1947, jur., p. 507 ; Cour d'appel de Paris 20 décembre 1947, affaire *B... c./ Dame B...*, D. 1948, jur., p. 80 ; Cour d'appel de Paris, 9 janvier 1948, affaire *Boulangier c./ Demoiselle Pequeux*, D. 1948, jur., p. 93.

1621. Les fins de non-recevoir « sont limitatives, un texte légal formel étant nécessaire pour paralyser *a priori* les droits du demandeur. Or l'examen des groupes sanguins ne figure pas parmi les fins de non-recevoir retenues par le texte. Le tribunal a donc eu raison d'affirmer que le défendeur à une recherche de paternité ne peut se servir de l'examen du sang des intéressés comme d'une fin de non-recevoir. On peut seulement se demander si, dans l'espèce, c'était bien comme fin de non-recevoir que le défendeur présentait sa demande d'expertise » : R. SAVATIER, note sous Tribunal de la Seine, 12 novembre 1935, affaire *Demoiselle Hubert c./ Mouffek*, D. 1936, II, p. 41.

1622. « Nous ne voyons pas ce qui, dans les textes du droit français, peut entraver la liberté du juge. Car, comme nous l'avons montré, une fois la recevabilité de l'action établie, celui-ci n'a plus d'autre règle que son intime conviction. Ce principe gouverne, en particulier, les moyens de défense que le juge pourra retenir, par exemple la ressemblance de l'enfant, la pigmentation de sa peau, le développement présenté par lui à sa naissance, l'état de santé du père, l'existence chez la mère d'une grossesse antérieure au début de ses relations avec le défendeur, ou d'un avortement postérieur à la fin des mêmes relations. Pourquoi ne pas joindre à l'énumération de ces moyens de défense, dont rien ne limite la diversité, le procédé nouveau que permet l'examen des groupes sanguins ? » : R. SAVATIER, note sous Tribunal de la Seine, 12 novembre 1935, affaire *Demoiselle Hubert c./ Mouffek*, D. 1936, II, p. 41.

1623. « En déclarant que la théorie de la preuve par la comparaison des groupes sanguins était encore discutée scientifiquement et n'avait qu'une valeur provisoire, la cour d'appel aurait donc pris position sur une question de droit ? Ce n'est pas insoutenable : il suffit d'admettre que les vérités scientifiques font partie du droit positif et ne sont point de simples faits. Si c'est ce que la section civile a voulu dire, sa décision devient tout à fait intéressante, car cette difficulté peu étudiée mettait à l'épreuve les fondements philosophiques du droit » : J. CARBONNIER, note sous Cass. civ. 25 juillet 1949, affaire *Bezombes c./ Demoiselle Teyssie*, D. 1949, p. 586.

1624. « La résiliation verbale d'un bail ne peut, pas plus que le bail lui-même, être prouvée par témoins ou par présomptions alors du moins qu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit. Il appartient aux juges du fait d'apprécier souverainement si les faits côtés en preuve sont pertinents et concluants » : Chambre des requêtes, 4 janvier 1887, affaire *Davenat c./ Godin*, D. 1887, I, p. 447.

l'entretien de leurs enfants, et il fallait les mettre à profit¹⁶²⁵. Pour autant, il y avait encore du chemin pour considérer que la preuve biologique soit de droit en matière de filiation, et la question se posait même de savoir si la preuve sanguine, qui n'avait pas été prévue par le Code civil, était recevable dans tous les cas¹⁶²⁶.

La loi du 3 janvier 1972 qui ouvrit l'action en recherche de paternité aux enfants adultérins, n'admit pas que la preuve de la paternité puisse se faire par tous moyens¹⁶²⁷. En particulier, l'enfant devait toujours, dans un premier temps, démontrer que la filiation qu'il alléguait n'était pas invraisemblable, suivant les cinq conditions qu'énonçait l'article 340 du Code civil. Il devait ensuite échapper à l'une des trois fins de non recevoir de l'article 340-1, telles que l'inconduite notoire de la mère¹⁶²⁸, l'impossibilité physique du père de procréer, ou l'examen des sangs qui pouvait exclure la paternité¹⁶²⁹. Or, comme l'avait rappelé la Cour de cassation, les juges n'avaient pas à refuser l'expertise sanguine lorsqu'elle visait à faire établir une fin de non-recevoir : elle était de droit pour le père prétendu qui souhaitait l'invoquer pour se défendre¹⁶³⁰. En revanche, lorsqu'elle visait à étayer la décision au fond, son admissibilité relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, l'enfant ne pouvait pas exiger d'obtenir une expertise sanguine pour tenter de démontrer la compatibilité des groupes sanguins¹⁶³¹. Il pouvait arriver également que dans certains cas, le juge y procède d'office¹⁶³². Mais la preuve biologique n'était ni incontournable, ni prépondérante, puisqu'au terme de l'article 311-12 du Code civil, il appartenait au juge de déterminer, par tous les moyens, la

1625. « Qu'advierait-il du Code civil si la biologie faisant un pas de plus, déterminait une méthode décelant avec certitude, la paternité d'un homme à l'égard d'un enfant ? A supposer que cette méthode n'impose pas au père prétendu un traitement incompatible avec la libre disposition qu'il doit garder de son corps, il faudrait sûrement faire état, dans nos lois, d'une telle possibilité. Avec le caractère occulte de la paternité naturelle, disparaîtrait de nos mœurs une grande cause d'iniquité. Chacun des deux parents se trouverait à égalité devant la responsabilité qu'ils ont en commun de l'enfant. Et la fuite de cette responsabilité ne serait plus possible pour l'homme » : R. SAVATIER, « Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie », *D.* 1948, chr. IX, p. 36.

1626. M.-J. GEBLER, *Le droit français de la filiation et la vérité*, thèse, p. 310.

1627. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction*, n° 492, p. 1063.

1628. « Il suffisait, que le père ait obtenu le témoignage de complaisance d'un comparse venant affirmer qu'il avait eu des relations avec la mère pendant la période de conception, pour entraîner le rejet de la demande » : G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse PUB, Bordeaux, 1991, p. 51.

1629. R. NERSON, « L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil », *RTD civ.* 1970, p. 666.

1630. « Vu l'article 340 du Code civil modifié par la loi du 15 juillet 1955 ; attendu que l'impossibilité de la paternité démontrée par l'examen comparatif des sangs constituant à l'encontre d'une action en déclaration de paternité naturelle une fin de non-recevoir légale, semblable examen ne peut être refusé par le juge quand le père prétendu le demande ; Attendu que X..., actionné par demoiselle Y... en déclaration de paternité de l'enfant par elle mis au monde, ayant régulièrement conclu à une expertise sanguine, l'arrêt attaqué a rejeté cette demande ; d'où il suit que la cour d'appel a violé le texte » : Cass. civ. 13 janvier 1959, affaire Y... c./ Dlle X... ; H. DESBOIS, « Filiation naturelle : action en recherche de paternité ; analyse des sangs », *RTD civ.* 1959, p. 303 ; G. HOLLEAUX, note sous arrêt, *D.* 1959, jur., p. 45.

1631. A. ROUAST, note sous Cass. civ. 1re, 29 juin 1965, affaire X... c./ Y..., *D.* 1966, jur., p. 20.

1632. A. ROUAST, note sous Cass. civ. 1re, 2 avril 1968, affaire *Senecat c./ Cons. Senecat*, *D.* 1968, p. 705 ; R. NERSON, « Le refus de se soumettre à un examen de sang », *RTD civ.* 1968, p. 701.

filiation de l'enfant la plus vraisemblable¹⁶³³.

Avec la suppression des fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité, la jurisprudence s'est donc naturellement orientée vers la consécration d'un droit à l'expertise génétique¹⁶³⁴. La Cour de cassation estimait que l'opportunité du recours à l'expertise génétique pouvait être laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, en fonction des éléments de preuve qui leur étaient soumis par les parties¹⁶³⁵, allant du rejet¹⁶³⁶ à l'exécution d'office¹⁶³⁷. Ainsi par exemple, dans son arrêt du 5 janvier 1999, la Cour de cassation confirme la décision d'une cour d'appel, estimant que « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que, par motifs propres et adoptés, la cour d'appel qui n'était pas tenue de s'expliquer sur la portée qu'elle accordait à chacun des éléments de preuve qui lui étaient soumis, a décidé que l'examen comparé des sangs, simple moyen de preuve au fond, n'était pas obligatoire pour le juge, les débats et les documents fournis établissant que l'auteur de la reconnaissance est bien le père de l'enfant* »¹⁶³⁸.

Pourtant, depuis les premières découvertes du début du vingtième siècle, la science avait fait des progrès, changeant de nature dans l'esprit populaire. Elle n'est plus pensée en tant que démonstration et raisonnement, mais en tant que vérité ; les hypothèses sont devenues des certitudes « jusqu'à preuve du contraire »¹⁶³⁹. Dès lors, était-il possible pour le juge de ne pas assimiler ce progrès scientifique¹⁶⁴⁰? C'est sans doute pourquoi, moins d'un

1633. « On n'ira pas jusqu'à dire que le juge dispose, en matière de filiation de pouvoirs inquisitoriaux. Il a certes un rôle important dans la recherche des preuves de la filiation et il peut, notamment, ordonner d'office une expertise sanguine mais ce n'est là que l'application du principe général qui permet au juge d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. Au cas où le droit de la filiation donnerait une place croissante, voire exclusive, à la vérité biologique, on pourrait se demander si cette faculté ne devrait pas se transformer pour le juge en obligation » : J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille*, n° 528, p. 293.

1634. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 574, p. 513.

1635. Cass. civ. 1re, 12 février 1985, pourvoi n° 83-16284, *bull.* 1985, I, n° 57, p. 56.

1636. Cass. civ. 1re, 7 juin 1995, pourvoi n° 93-14682, *bull.* 1995, I, n° 239, p. 168 ; J. MASSIP, « Le rôle des expertises biologiques dans les procès de filiation », *LPA* février 1996, n° 26, p. 21.

1637. Cass. civ. 1re, 14 février 1990, pourvoi n° 88-15809, *bull.* 1990, I, n° 46, p. 34 ; J. MASSIP, « Filiation naturelle », *defrénois* juin 1990, n° 11, p. 690.

1638. Cass. civ. 1re, 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-17216, inédit ; J. MASSIP, « Interrogation sur la jurisprudence relative aux expertises biologiques en matière de filiation' », *defrénois* septembre 1999, n° 17, p. 938 ; J.-J. ANSAULT, « L'influence de la conception française de la filiation sur le système probatoire », *RLDC* 2010.

1639. « Ces fulgurantes avancées provoquent tout à la fois des réactions d'admiration et d'enthousiasme et un sentiment de désarroi, d'inquiétude, d'égarement, voire de frayeur. Elles posent, par conséquent, la question de la réception équilibrée, raisonnée du savoir par le juge selon un mécanisme complexe d'incorporation qui conduit à deux observations contradictoires. D'un côté, le procès n'est pas un moyen de révélation de la vérité scientifique, tandis que, d'un autre côté, le droit ne peut ignorer les données acquises par la science » : G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD civ.* 2005, p. 33.

1640. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 275 p. 154.

an après cette décision, le 28 mars 2000¹⁶⁴¹, la Cour de cassation reconsidère sa position et décide que l'expertise génétique est de droit en matière de filiation, sauf motif légitime de ne pas y recourir¹⁶⁴². Fondé sur l'article 311-12 du Code civil¹⁶⁴³, l'arrêt se voulait de portée générale et autonome, destiné à permettre à tout requérant d'accéder à la certitude génétique¹⁶⁴⁴. La preuve génétique est devenue, à partir de cet arrêt, un moyen de preuve plus probant que les autres, qui doit être ordonné par le juge, chaque fois que l'une des parties en fait la demande¹⁶⁴⁵. Cette solution jurisprudentielle a été retranscrite dans le Code civil par l'ordonnance du 4 juillet 2005, modifiant l'article 310-3 qui dispose désormais que « *La filiation se prouve ou se conteste par tous moyens* »¹⁶⁴⁶. En imposant au juge une forme de contrainte dans l'appréciation des preuves qui lui sont soumises pour rendre sa décision, le système ne cherche plus désormais à protéger la « paix des familles », mais à déterminer, de manière certaine, la filiation de chaque enfant¹⁶⁴⁷.

234. Les motifs légitimes de ne pas recourir à l'expertise génétique. Dans sa décision du 28 mars 2000, la Cour de cassation soumettait son revirement de jurisprudence à une réserve : le motif légitime qu'elle devait, par la suite, préciser¹⁶⁴⁸. Comme le notait la doctrine, le motif légitime constitue une condition pour ne pas ordonner une mesure qui est en

1641. Cass. civ. 1re, 28 mars 2000, pourvoi n° 98-12806, *bull.* 2000, I, n° 103, p. 69 ; J. HAUSER, « Personnes et droit de la famille », *RTD civ.* 2000, n°2, pp. 289-314 ; J. HAUSER, « La Cour de cassation reconnaît un droit à l'expertise biologique en matière de filiation mais lui assigne des limites », *RJPF* 2000, n° 5, pp. 23-25 ; P. MURAT, « L'expertise biologique sollicitée s'impose au juge », *dt. fam.* juin 2000, n° 6, pp. 13-15 ; J. MASSIP, « Filiation : l'expertise biologique et le droit », *degrénois* 2000, n° 12, pp. 769-774 ; N. NEVEJANS, « L'expertise biologique obligatoire en droit de la filiation », *LPA* septembre 2000, n° 117, pp. 8-14 ; C. DABURON, « Le nouveau poids de l'expertise sanguine en matière de filiation », *LPA* novembre 2000, n° 236, pp. 13-17 ; M. MIGNOT, « L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation », *RRJ* 2003, pp. 667-700 ; C. JOURDAIN-FORTIER, « Les enfants de la nature au XXIème siècle : la possession d'état à l'épreuve de l'expertise biologique », *dt. fam.* juillet 2003, n° 7, pp. 17-22.

1642. B. GENINET, « l'identification entre la filiation à établir et la vérité biologique », *LPA* avril 2001, n° 72, p. 4.

1643. « *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* ».

1644. J. HAUSER, « La Cour de cassation reconnaît un droit à l'expertise biologique en matière de filiation mais lui assigne des limites », *RJPF* 2000, n° 5, pp. 23-25.

1645. N. NEVEJANS, « L'expertise biologique obligatoire en droit de la filiation », *LPA* septembre 2000, n° 117, pp. 8-14.

1646. A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, n° 258, p. 127.

1647. Le système actuel se trouve gouverné par un double objectif : « Il cherche, d'une part à éviter qu'un enfant soit privé de lien de filiation. Dans cette perspective, l'exercice des actions en établissement de la filiation a été fortement libéralisé et l'obstacle de la preuve préalable a été supprimé. D'autre part, le système probatoire tend à minimiser les conflits de filiations et les conséquences traumatisantes de ces conflits sur l'enfant. A cette fin, il maintient, voire renforce, les conditions probatoires posées à la recevabilité des actions en contestation de la filiation » : G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, thèse, n° 439, p. 579.

1648. « *Attendu que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder [...] attendu que l'arrêt attaqué a fait droit à la demande sans ordonner l'expertise sanguine sollicitée par M. X... et à laquelle Mme Y... X... déclara ne pas s'opposer ; attendu qu'en statuant ainsi, sans donner aucun motif de nature à justifier son refus d'ordonner cette expertise, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » : Cass. civ. 1re, 8 janvier 2002, pourvoi n° 99-14195, inédit.

principe obligatoire¹⁶⁴⁹. En d'autres termes, le motif légitime est un moyen de laisser encore entre les mains du juge, une petite part *d'arbitrium* dans un système probatoire largement contraint par l'exactitude de la science¹⁶⁵⁰ ; une autre façon, peut-être, de ne pas nommer la prise en compte de l'intérêt concret de l'enfant dans les décisions relatives à la filiation génétique.

Comme il était possible de s'y attendre, la Cour de cassation a du apporter des précisions pour éclairer le contour de cette notion nouvelle¹⁶⁵¹. Ainsi a-t-elle pu déterminer que l'action manifestement dilatoire constituait un motif légitime de ne pas ordonner l'expertise biologique¹⁶⁵². Elle a aussi affirmé qu'il n'était pas nécessaire de fournir des éléments préalables pour pouvoir obtenir l'accès à l'expertise génétique dans le cadre d'une action relative à la filiation¹⁶⁵³. De même selon la Haute juridiction, l'identité de patrimoine génétique entre deux frères biologique¹⁶⁵⁴, ou encore l'impossibilité matérielle d'identifier le

1649. J. HAUSER, « La Cour de cassation reconnaît un droit à l'expertise biologique en matière de filiation mais lui assigne des limites », *RJPF* 2000.

1650. G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, thèse, n° 422, p. 559.

1651. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 576, p. 515.

1652. « *C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a estimé, par une décision spécialement motivée, d'abord que les attestations produites établissaient l'existence de relations intimes entre M. Y... et la mère de Mlle X..., et ensuite que la demande d'expertise de M. Y... était manifestement dilatoire, dès lors que les motifs allégués par lui pour se soustraire à la première expertise biologique, à savoir l'octroi tardif de l'aide juridictionnelle, étaient sans incidence sur une mesure ordonnée aux frais avancés de Mlle X... de sorte que la preuve de la paternité de M. Y... était établie sans qu'il y ait lieu d'ordonner une nouvelle mesure d'expertise sanguine* » : Cass. civ. 1re, 14 juin 2005, pourvoi n° 03-19325, *bull.* 2005, I, n° 255, p. 215 ; J. MASSIP, « Filiation », *defrénois* 2005, n° 22, p. 1848 ; Th. GARÉ, « La Cour de cassation précise dans sept arrêts le régime de l'expertise biologique en droit de la filiation », *RJPF* 2005 ; S. N. « Expertise biologique : de la preuve du motif légitime du refus », *RLDC* 2005 ; P. MURAT, « Expertise biologique de droit : une rafale d'arrêts », *dt. fam.* septembre 2005, n° 9, comm. 182.

1653. Cass. civ. 1re, 12 mai 2004, pourvoi n° 02-16.849, inédit ; Cass. civ. 1re, 12 mai 2004, pourvoi n° 02-16152, inédit ; S. MIRABAIL, « Recherche de paternité naturelle. Accès direct à l'expertise biologique », *D.* 2005, pp. 1766-17568 ; Cass. civ. 1re, 14 juin 2005, pourvoi n° 04-15445, *bull.* 2005, I, n° 251, p. 213 ; P. MURAT, « Expertise biologique de droit : une rafale d'arrêts », *dt. fam.* septembre 2005, n° 9, pp. 23-25 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Expertise biologique : de la preuve du motif légitime du refus », *RLDC* 2005, n° 20, pp. 50-51 ; Th. GARÉ, « La Cour de cassation précise dans sept arrêts le régime de l'expertise biologique en droit de la filiation », *RJPF* 2005, n° 11, pp. 20-21 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence générale », *defrénois* 2005, n° 22, pp. 1848-1851 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2006, n° 17, pp. 1139-1148 ; Ch. BYK, « Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique », *JCP* 2006, I, 137, pp. 899-904.

1654. « *Attendu qu'après avoir rappelé qu'en matière d'action à fin de subsides, l'expertise biologique est de droit sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'user de la faculté que lui donne l'article 322 alinéa 1 du Code de procédure civile, a pu considérer qu'une identité paternelle de patrimoine génétique entre deux frères biologiques ne constituait pas, a priori un motif légitime de ne pas procéder à cette simple mesure d'instruction* » : Cass. civ. 1re, 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-18223, *bull.* 2009, I, n° 159. ; C. TAHRI, « L'expertise biologique en matière de subsides », *lexbase hebdo* 2009, n° 361 ; M. BURGARD, « Où l'action à fins de subsides subsiste même si l'expertise biologique est effectuée sur l'oncle de l'enfant », *LPA* septembre 2009, n° 185, pp. 6-13 ; P. MURAT, « Être le frère du mari de la mère n'est pas un motif légitime de ne pas ordonner une expertise biologique », *dt. fam.* octobre 2009, n° 10, comm. 127, pp. 24-25 ; J. HAUSER, « Expertise biologique : motifs de ne pas y procéder, de l'inefficacité prétendue à la demande abusive et indélicate », *RTD civ.* 2009, pp. 711-713 ; Th. GARÉ, « Action à fins de subsides : l'identité partielle du matériel génétique n'est pas un motif légitime de ne pas ordonner l'expertise », *RJPF* 2009, n° 11, pp. 22-23 ; J.

père probable¹⁶⁵⁵ constituent des motifs légitimes de ne pas y recourir dont la détermination relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁶⁵⁶.

Moins évidente peut-être, la question de l'écoulement du temps, finalement la possession d'état, s'est également posée¹⁶⁵⁷. Dans son arrêt du 3 novembre 2004, la Cour de cassation a donné raison aux juges du fond : « *attendu que les juges du fond ont estimé que la reconnaissance, intervenue trois mois après la naissance de l'enfant, connue des voisins du domicile du père, était confortée par la participation de Charles X... à l'entretien de l'enfant jusqu'en 1961 et que les faits invoqués par les consorts X..., non probants, ne contredisaient en rien la vraisemblance ; que la cour d'appel a ainsi caractérisé un motif légitime de ne pas procéder à une expertise biologique* »¹⁶⁵⁸. Cette précision de la Cour de cassation est d'ailleurs conforme à l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui donne également une certaine importance à l'écoulement du temps pour justifier l'absence d'atteinte au droit au respect de la vie familiale lorsqu'il n'est pas possible de procéder à un test génétique¹⁶⁵⁹. Mais ne fallait-il pas y voir une forme d'adminicule préalable¹⁶⁶⁰? La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer cet arrêt en 2006 soulignant, notamment, qu'« *avant la reconnaissance de l'enfant par M. Y..., M. X... avait parfaitement connaissance de la grossesse de sa femme et avait manifesté par tout son comportement qu'il considérait l'enfant à naître comme le sien, celui-ci étant présenté tant à la famille qu'aux tiers comme étant celui du couple X..., et qu'une possession d'état d'enfant légitime, paisible et sans ambiguïté s'était*

MASSIP, « Expertise biologique en matière de subsides », *LPA* mars 2010, n° 56, pp. 11-13.

1655. « *Qu'une expertise biologique serait vouée à l'échec en raison tant de l'absence de localisation de M. Y... 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 de M. Y...* » : Cass. civ. 1re, 14 juin 2005, pourvoi n° 03-19.582, *bull.* 2005, I, n° 250, p. 212 ; P. MURAT, « Expertise biologique de droit : une rafale d'arrêts », *dt. fam.* septembre 2005, n° 9, pp. 23-25 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Expertise biologique : de la preuve du motif légitime du refus », *RLDC* 2005, n° 20, pp. 50-51 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence générale », *defrénois* 2005, n° 22, pp. 1848-1851 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Motifs légitimes de ne pas ordonner une expertise biologique », *D.* 2006, p. 1142 ; J. HAUSER, « Le droit à l'expertise biologique : le tir groupé du 14 juin 2005 ! Fin du feuillet ? », *RTD civ.* 2005, p. 584.

1656. « *Attendu que, sous couvert de griefs non fondés de manque de base légale au regard des articles 340 du Code civil et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion devant la Cour de cassation l'appréciation souveraine des juges du fond, qui ont estimé que M. Y... ne justifiait pas d'un motif légitime de refus de procéder à l'expertise biologique de droit en matière de filiation* » : Cass. civ. 1re, 20 mars 2013, pourvoi n° 12-11799, inédit.

1657. F. GRANET-LAMBRECHTS, « Motifs légitimes de ne pas ordonner une expertise biologique », *D.* 2006, p. 1142.

1658. Cass. civ. 1re, 3 novembre 2004, pourvoi n° 02-11699, inédit ; J. HAUSER, « Expertise biologique : le feuillet des motifs légitimes », *RTD civ.* 2005, p. 376 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence civile », *defrénois* 2005, n° 5, pp. 443-446 ; J. MASSIP, « A propos des expertises génétiques en matière de filiation », *LPA* mai 2005, n° 87, pp. 19-22 ; S. N., « Vérité contre volonté : sur qui pèse la charge de l'entretien de l'enfant ? », *RJPF* 2005.

1659. Voir *supra* n° 222.

1660. Cass. civ. 1re, 12 mai 2004, pourvoi n° 02-16849, inédit ; S. N., « L'expertise biologique peut servir à démontrer la recevabilité d'une action en recherche de paternité naturelle », *RJPF* 2004.

ainsi constituée avant la reconnaissance, puis s'était poursuivie de façon continue pendant plusieurs années après la naissance de l'enfant »¹⁶⁶¹. Elle a confirmé ce point de vue en 2007, affirmant que le père qui, de son vivant, n'a exercé aucune action en contestation de reconnaissance, avait assumé sa paternité et élevé l'enfant comme son fils allant jusqu'à donner son prénom à une société civile immobilière, avait ainsi caractérisé un motif légitime de ne pas recourir à la preuve génétique¹⁶⁶². L'accès à la preuve génétique est donc bien de droit, mais à la condition d'apporter suffisamment d'éléments préalables, laissant supposer que le test puisse avoir une chance de succès.

Cependant, les décisions ne sont pas toujours très prévisibles. En effet, contrairement à la Cour européenne des droits de l'Homme qui admet des délais relativement brefs pour constituer la possession d'état, la Cour de cassation a rappelé en 2008 que lorsqu'elle n'est pas valablement constituée, l'accès à la preuve génétique reste de droit¹⁶⁶³. Dans cette affaire, le requérant invoquait notamment les relations stables qu'il entretenait avec la mère de l'enfant au moment de la période légale de conception et son comportement « de père » à l'égard de l'enfant qui l'avait conduit à obtenir un droit de visite, puis la résidence de l'enfant à son domicile. Dès lors, au regard de la jurisprudence précédente, la Cour de cassation aurait pu estimer qu'il y avait là un motif légitime de ne pas procéder à une analyse génétique. Elle décide pourtant le contraire, affirmant « *qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'état d'une contestation de reconnaissance de paternité naturelle, l'expertise biologique étant de droit, la cour d'appel* » n'a pas caractérisé l'existence d'un motif légitime.

1661. Cass. civ. 1re, 14 février 2006, pourvoi n° 03-19533, *bull.* 2006, I, n° 78, p. 75 ; J. HAUSER, « Est-on à la veille du grand-soir de la paternité en mariage ? », *RTD civ.* 2006, pp. 293-294 ; Th. GARÉ, « Le droit à l'expertise biologique semble atténué en présence d'une possession d'état », *RJPF* 2006, n° 5, pp. 22-23 ; J. MASSIP, note sous arrêt, *gaz. pal.* 2006, n° 293, pp. 21-22 ; E. BARRET, note sous arrêt, *gaz. pal.* 2007, n° 59, pp. 10-14 ; J. MASSIP, « Droit de la filiation », *degrénois* 2006, n° 17, p. 1325.

1662. Cass. civ. 1re, 25 avril 2007, pourvoi n° 06-13872, *bull.* 2007, I, n° 163 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Contestation de filiation par un grand-père : les juges veillent à la motivation », *RLDC* 2007, n° 39, pp. 41-42 ; I. CORPART, « Où le droit à l'expertise biologique n'empêche pas le rejet d'une action en contestation de reconnaissance intentée par un grand-père », *RJPF* 2007, n° 7, pp. 25-27 ; P. MURAT, « La contestation de la filiation par le grand-père et l'expertise *post mortem*, ou l'expertise biologique est de droit en matière de filiation... mais pas tant que cela », *dt. fam.* septembre 2009, n° 9, pp. 24-29 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence générale », *degrénois* 2007, n° 22, pp. 1640-1644.

1663. Cass. civ. 1re, 28 mai 2008, pourvoi n° 07-15037, *bull.* 2007, I, n° 157 ; A. GOUTTENOIRE, « Expertise génétique : le rappel (à l'ordre) de la Cour de cassation », *lexbase hebdo* 2008, n° 307 ; Y. FAVIER, « Refus d'expertise en cas de conflit de filiation : ni des présomptions ni la possession d'état ne constituent des motifs légitimes », *JCP* 2008, actualités 409, n° 24, p. 12 ; P. MURAT, « Refus d'expertise biologique et existence d'une possession d'état : petite mise au point de la Cour de cassation », *dt. fam.* juillet 2008, comm. 100, pp. 29-30 ; J. HAUSER, « Le feuilleton des motifs légitimes permettant d'exclure le droit à... et le zèle de la Cour de cassation pour appliquer rétroactivement l'article 16-11 nouveau du Code civil », *RTD civ.* 2008, pp. 464-466 ; Th. GARÉ, « Filiation : la possession d'état ne constitue pas un motif légitime de refuser une expertise », *RJPF* 2008, n° 9, p. 25.

Mais dans un arrêt rendu le 30 septembre 2009, la Haute juridiction a statué en sens exactement inverse, retenant l'existence d'un motif légitime, alors que le père de l'enfant ne s'était comporté « *comme un père* » qu'au moment de rédiger son testament. Le plus surprenant est peut-être qu'elle ne fasse pas référence à la possession d'état qui aurait rendu la filiation inattaquable, puisque la filiation n'avait pas été contestée pendant plus de 60 ans et avait été confirmée devant notaire en 2004 : elle en avait retenu l'existence dans des affaires où les éléments constitutifs étaient bien plus minces¹⁶⁶⁴ ! Quoiqu'il en soit, la Cour de cassation, pour donner raison aux juges du fond, souligne que : « *d'une part M. Jules X... n'a pas contesté sa paternité pendant plus de 60 ans et a déclaré en octobre 2004 au notaire rédacteur de la donation que Mme Marie X... était sa fille, d'autre part qu'il a reconnu avoir eu au moins une relation sexuelle avec la mère de celle-ci, la cour d'appel qui a relevé que la demande en annulation de la reconnaissance, formée en mai 2006, outre son caractère déstabilisateur sur une personne actuellement âgée de 62 ans n'était causée que par un intérêt strictement financier* »¹⁶⁶⁵.

Il n'est pas nécessaire de se perdre dans des conjectures très audacieuses pour affirmer qu'un contentieux élevé jusque devant la Cour de cassation, et parfois la Cour européenne des droits de l'Homme, est probablement un contentieux motivé par un intérêt strictement financier¹⁶⁶⁶. Pourquoi retenir l'abus de droit ? Les mobiles des contestations qui

1664. Cass. civ. 1re, 25 octobre 2005, pourvoi n° 03-19274, inédit ; Ch. DESNOYER, « Constatation judiciaire de la possession d'état d'enfant naturel », *D.* 2004, p. 463 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Constatation judiciaire de la possession d'état d'enfant naturel », *D.* 2003, p. 2119 ; F. BICHERON, « Pas de recours à l'expertise biologique pour prouver la possession d'état », *AJ fam.* 2003, p. 230 ; J. HAUSER, « Possession d'état et filiation naturelle : preuve et droit transitoire », *RTD civ.* 2003, p. 487 ; J. HAUSER, « La possession d'état *factotum* du droit de la filiation », *RTD civ.* 2002, p. 495 ; F. GRANET, « Né de père inconnu... », *D.* 2002, p. 1710 ; P. MURAT, « Le condamné à mort et la possession d'état : suite », *dt. fam.* décembre 2003, comm. 141, p. 19 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2006, p. 1142 ; P. MURAT, « La possession d'état au secours du fils du condamné à mort », *dt. fam.* septembre 2002, pp. 21-23.

1665. Cass. civ. 1re, 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-18398, *bull.* 2009, I, n° 197 ; Th. GARÉ, « L'intérêt financier fondant une demande d'annulation de reconnaissance peut constituer un motif légitime de ne pas ordonner l'expertise biologique », *RJPF* 2010 ; J. HAUSER, « Expertise biologique : motifs de ne pas y procéder, de l'inefficacité prétendue à la demande abusive et indélicate », *RTD civ.* 2009, pp. 711-713 ; A. GOUTTENOIRE, « Expertise génétique : un motif légitime de plus pour refuser », *lexbase hebdo* 2009, n° 369 ; P. MURAT, « Le caractère déstabilisateur de la contestation de filiation et le but strictement financier de celle-ci peuvent participer du motif légitime de ne pas ordonner une expertise biologique », *dt. fam.* novembre 2009, p. 61 ; M. BRUSORIO-AILLAUD, « Expertise génétique : exemple de motif légitime de ne pas y procéder », *JCP* 2009, n° 50, pp. 10-12.

1666. « *Attendu qu'ayant relevé d'une part, que Mme Z..., qui ne contestait pas avoir été régulièrement convoquée par l'expert, n'avait jamais cherché à le contacter pour faire état d'une impossibilité d'assister aux opérations d'expertise ou solliciter leur report, d'autre part, que les deux lettres recommandées adressées à M. Y... étaient revenues avec la mention « non-réclamé-retour à l'expéditeur » et que l'expert avait pris contact à trois reprises pour le prélèvement avec l'institut Pasteur à Abidjan où, selon ses dires, sa pharmacie est notoirement connue, enfin que le passeport diplomatique versé aux débats par Mme Z... ne suffisait pas à justifier qu'elle bénéficiait de l'immunité de juridiction, la cour d'appel a pu, sans violer le principe de la contradiction, en déduire que leur refus de concourir à la mesure d'expertise n'était pas justifié et, par une appréciation souveraine des éléments de preuve produits, juger que Gabriel Y... était le père de M. X... » : Cass.*

surviennent au moment de la rupture d'un couple ne sont-ils pas abusifs eux-aussi du point de vue de l'intérêt de l'enfant, et ne justifieraient-ils pas de retenir un motif légitime ? Dès lors que la possession d'état n'avait pas été retenue pour s'opposer à l'action du demi-frère, il est difficile d'admettre qu'une action, pourtant fondée en droit, soit « abusive », sauf à ce que le juge, par ce moyen, se substitue au législateur en faisant primer l'intérêt d'un enfant sur celui d'un autre, ce qui finalement n'est pas très nouveau¹⁶⁶⁷.

235. Cohérence du système. Plus que jamais, ce sont des règles précises concernant la recevabilité des preuves relatives à la filiation qui deviennent nécessaires, afin que le pouvoir souverain des juges d'apprécier les situations de fait ne devienne pas trop grand et ne précarise pas le lien de filiation au-delà de ce qui est nécessaire dans une société démocratique¹⁶⁶⁸. Le rôle de l'ordre public est, justement, de déterminer la ligne à suivre pour que les justiciables puissent connaître, à l'avance, l'issue la plus probable de la décision qui les concerne. La preuve génétique était destinée à donner à l'enfant ceux que la loi déterminait comme « ses » parents. La question des motifs légitimes de ne pas recourir à la preuve génétique est le parfait exemple de l'aléa lié à l'interprétation concrète de l'intérêt de l'enfant ; intérêt qu'il est légitime de prendre en compte, certes, mais qui n'est pas le même suivant qu'il est mineur ou majeur et qui vise non plus à donner à l'enfant « ses » parents, mais des parents en particulier. Pourquoi privilégier, par exemple, l'intérêt immédiat de l'enfant mineur en lui refusant, pour des motifs légitimes l'accès à la preuve génétique par exemple parce que sa mère était séparée de son père supposé, alors que s'il avait été majeur, il aurait probablement obtenu l'accès à cette preuve pour bénéficier du droit de succéder ?

Enfin, une question n'a-t-elle pas encore été traitée par la Cour de cassation : existe-t-il des motifs légitimes de ne pas recourir à l'expertise génétique en matière d'action en recherche de maternité¹⁶⁶⁹ ? En effet, si la preuve génétique est de droit en matière d'action relative à la filiation, il est possible de se demander si l'action de l'enfant en recherche de maternité peut être utilement soutenue par l'accès à la preuve génétique, en particulier

civ. 1re, 26 juin 2013, pourvoi n° 12-12831, inédit.

1667. G. P., note sous cass. civ. 8 janvier 1930, affaire *Epoux Degas c./ cons. Degas*, D. 1930, I, p. 51.

1668. « *La Cour rappelle, enfin, que pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant* » : Affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10, § 64 ; E. POULIQUEN, « Établissement de la filiation et CEDH : des liens étroits », *RLDC* 2012, n° 92, p. 39 ; E. VIGANOTTI, « Action en recherche de paternité et droits de l'Homme », *AJ fam.* 2012, p. 228 ; A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* mars 2013, n° 3, pp. 10-15.

1669. Voir *infra* n° 250.

lorsqu'il y a eu accouchement anonyme ou convention de femme porteuse, et que, dans les deux cas, l'enfant est dans l'impossibilité de démontrer qu'il est bien celui dont la femme a accouché, alors qu'il existe pourtant un lien génétique entre lui et sa mère prétendue¹⁶⁷⁰.

1670. Article 325 du Code civil : « A défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise. L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché ».

B – Les libertés parentales de faire obstacle à l'action de l'enfant

236. Se soustraire à l'établissement de la filiation. S'il n'est pas rare qu'au-delà de l'ordre public, qui vise à donner à l'enfant des parents par le biais d'un critère génétique exact et indiscutable, l'intérêt de l'enfant soit sollicité pour lui donner des parents en particulier, il arrive également que les parents désignés comme tels par l'ordre public cherchent à se soustraire à l'action de l'enfant en vue d'établir sa filiation. Les mobiles sont variables. La méthode, pour sa part, est connue. De ce point de vue, l'inégalité entre les hommes et les femmes est mise régulièrement en avant pour dénoncer l'accouchement anonyme et secret qui donne à la femme la possibilité de se soustraire à la filiation maternelle, lorsque la filiation paternelle serait implacable, dès lors qu'il est prouvé qu'il existe un lien génétique avec l'enfant. C'est d'ailleurs dans le souci de faire reculer cette inégalité que le législateur a supprimé en 2009 la fin de non recevoir qui interdisait l'établissement de la filiation maternelle après un accouchement anonyme et secret. D'une efficacité discutable en pratique, ce texte n'a pas empêché la présentation d'une question prioritaire de constitutionnalité visant à mettre en avant l'inégalité entre les hommes et les femmes face à l'établissement de la filiation hors mariage. Sans surprise, la Cour de cassation a refusé de transmettre cette question, estimant qu'elle était dépourvu de caractère sérieux depuis que la loi de 2009 avait mis un terme à la fin de non-recevoir de l'article 326 du Code civil¹⁶⁷¹.

Bien que l'ordre public donne à l'enfant la possibilité de rechercher « ses » parents, en l'absence de filiation établie au moment de sa naissance, les parents qui ont pu choisir de ne pas exercer leur liberté de se faire connaître peuvent encore faire obstacle à l'action de l'enfant en recherche de filiation. Pour autant faut-il y voir une liberté de ne pas

1671. « Mais attendu en premier lieu, que la question posée, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle, et attendu en second lieu d'abord que la question posée ne présente pas de caractère sérieux au regard du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, dès lors que la maternité hors mariage est susceptible d'être judiciairement déclarée, comme la paternité hors mariage et dans les mêmes conditions procédurales, y compris en cas d'accouchement dans le secret, lequel ne constitue plus une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité, ensuite, que ni la question elle-même, ni le mémoire qui la soutient, n'exposent en quoi le texte critiqué méconnaîtrait les principes fondés sur les dispositions de l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 » Cass civ. 1re, 28 mars 2013, pourvoi n° 13-40001, inédit ; J. HAUSER, « Contrôle constitutionnel : constitutionnalité de la jurisprudence et égalité apparente des sexes », *RTD civ.* 2013, pp. 361-362 ; A. GOUTTENOIRE, « L'homme qui ne voulait pas être père », *lexbase hebdo* 2013, n° 525 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Tant qu'il y aura des hommes... et des femmes, il y aura des pères et des mères », *RJPF* 2013, n° 6, pp. 25-28 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation Mars 2012-mars 2013 », *D.* 2013, n° 21, pp. 1436-1444.

devenir parent comme le faisait valoir le requérant dans sa demande de question prioritaire de constitutionnalité ? La réponse est délicate parce que les espoirs qui ont été nourris par les progrès de la médecine ont radicalement changé la vision du rattachement familial de l'enfant. De ce fait, le droit de l'enfant de faire établir sa filiation se heurte à l'émergence (réelle ou supposée?) d'une liberté de devenir parent¹⁶⁷². En effet, ils bénéficient à la fois de **La liberté de consentir au prélèvement sanguin (1)** et, spécifiquement pour les femmes, de **La liberté d'accoucher de manière anonyme et secrète (2)** ce qui à défaut de rendre l'établissement de la filiation impossible en théorie, la rend souvent délicate en pratique.

1 – La liberté de consentir au prélèvement sanguin

237. Inviolabilité du corps humain. Bien qu'en droit français l'article 10 du Code civil dispose que « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* », le recours à la preuve génétique est conditionné à l'identification¹⁶⁷³ et à l'adhésion de la personne sur laquelle a lieu le prélèvement¹⁶⁷⁴. En effet, le test doit être qualifié en droit d'atteinte à l'intégrité du corps humain¹⁶⁷⁵. Dès lors, au nom du principe d'inviolabilité du corps humain énoncé aux articles 16-10 et 16-11 du Code civil¹⁶⁷⁶,

1672. « L'auteur de la QPC prétendait, en se fondant sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, que l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'échapper à une action en recherche de paternité portait atteinte à sa liberté individuelle. Cela revenait à concevoir la paternité comme un choix et donc considérer qu'il existerait une liberté de voir établir ou non la filiation d'un enfant à son égard. Un tel raisonnement manque pour le moins de fondement. Ainsi, si le droit à la vie privée permet, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, de contester une paternité contraire à la vérité biologique, ce droit fondamental ne saurait permettre d'accepter ou non sa descendance dès lors qu'elle correspond à la réalité biologique. Non seulement l'homme concerné ne pourra pas s'opposer à l'action en recherche de paternité, mais il refuse de se soumettre à des tests ADN dans le cadre de la procédure, il risque de voir sa filiation établie d'office par le juge qui tirera ainsi les conséquences de son refus. L'existence d'un droit de l'enfant à établir sa filiation réduit à néant toute tentative de présenter la paternité comme une liberté » : A. GOUTTENoire, « L'homme qui ne voulait pas être père », *lexbase hebdo* 2013, n° 525.

1673. « *Force est de constater que si l'expertise comparative biologique, preuve déterminante en matière d'établissement de la filiation, qui aurait dû être ordonnée par le premier juge n'a pu être diligentée, l'appelante n'en porte nullement la responsabilité, Philippe Y... n'ayant pas pu être retrouvé ce qui rendait impossible le recours à la preuve scientifique. Cette situation s'est répétée dans le cadre de la procédure d'appel* » : cour d'appel de Lyon, 19 décembre 2011, affaire X... c./ Y..., RG : 09/07978.

1674. B. GENINET, « l'identification entre la filiation à établir et la vérité biologique », *LPA* avril 2001, n° 72, p. 4.

1675. « Chacun, en principe a le droit d'empêcher que des atteintes soient portées à son corps, que des investigations aient lieu sur sa personne. Pour autant, il n'est pas indispensable d'invoquer, comme le faisaient les défendeurs dans la présente espèce, un droit de propriété de l'individu sur son propre corps. On peut bien dire, par image, que l'homme est maître de son corps, mais non pas techniquement qu'il en est propriétaire. Ce que le Digeste observait déjà avec bon sens : *dominus membrorum suorum nemo videtur*. C'est que, pour le juriste, la personne humaine est indivisiblement corps et esprit, de sorte que la propriété individuelle du corps se présenterait comme un singulier rapport de droit où le sujet serait confondu avec l'objet » : J. CARBONNIER, note sous tribunal civil de Lille, 18 mars 1947, affaire F... c./ Dame F..., *D.* 1947, jur., p. 507.

1676. Article 16-10 du Code civil : « *L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature*

le juge ne peut pas avoir recours à la coercition pour forcer un prélèvement¹⁶⁷⁷ ; l'absence de consentement de la personne constitue donc un motif légitime et légal de ne pas recourir au test génétique parce que, « dans un procès civil, chacun combat pour lui même, et non pas pour l'établissement de la vérité »¹⁶⁷⁸. Il s'agit d'une solution ancienne qui a intéressé la doctrine dès la découverte de ce type de technique¹⁶⁷⁹. Déjà, le 2 avril 1968, la Cour de cassation avait pu affirmer qu'« un prélèvement sanguin nécessite une atteinte corporelle qui ne peut être pratiquée contre le gré des personnes »¹⁶⁸⁰. Par la suite, cette solution n'a pas été contestée et, par exemple, la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 24 novembre 1981, avait pu affirmer que « cette règle subit une exception lorsque la décision critiquée enfreint un principe juridique fondamental de telle sorte [...] qu'en l'espèce le principe fondamental de l'inviolabilité du corps humain s'oppose à ce que le juge civil recoure à une mesure de coercition, même d'ordre pécuniaire, afin de contraindre un individu à subir une atteinte, fut-elle légère, à son corps »¹⁶⁸¹. Ce principe s'applique également aux incapables, qu'ils soient mineurs ou majeurs. Ils doivent consentir personnellement au prélèvement.

238. Conséquence de l'exercice de cette liberté. Si le refus de

et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment ».

Article 16-11 du Code civil : « L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée [...] en matière civile [...] 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. Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort ».

1677. G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, thèse, n° 174, p. 254.

1678. « En Allemagne, une nouvelle du 27 octobre 1933 avait voulu associer les parties au service public de justice, en les soumettant au devoir de ne rien dissimuler ; elle procédait d'une conception politique très différente de la nôtre. Notre droit libéral ignore le plaideur-fonctionnaire, le plaideur soldat de la vérité, dont on concevrait, en effet, que le corps fût à la disposition de la justice. Il y a déjà bien des hésitations pour admettre qu'une partie puisse être contrainte de produire les documents qu'elle détient, et la maxime *nemo tenetur edere contra se* est enseignée au moins comme un principe : ce qui est valable pour de simples papiers ne l'est-il pas davantage pour le corps humain ? C'est du choc de deux thèses partiales, non d'une recherche objective, que notre droit, marqué du signe de la libre concurrence, attend que se dégage la vérité, vérité purement transactionnelle, d'ailleurs, et qui n'a pas l'ambition de pénétrer l'essence profonde des choses » : J. CARBONNIER, note sous tribunal civil de Lille, 18 mars 1947, affaire *F... c. Dame F...*, *D.* 1947, jur., p. 508.

1679. « La société ne peut, à son gré, disposer du corps humain. Encore moins appartient-il au droit civil de disposer d'autorité de ce corps dans un intérêt privé, comme celui qui y domine la recherche des filiations. Il est donc des traitements et des examens qu'on ne peut imposer, contre leur gré, à des hommes et à des femmes, en vue d'établir ou de contester, dans un procès civil, une filiation. Sans doute, si cet examen est inoffensif, comme un simple prélèvement de sang, le refus de le subir peut éclairer le tribunal sur l'absence de sincérité de l'auteur de ce refus ; c'est à lui d'en courir le risque. Mais l'inviolabilité de son corps doit rester la règle du droit civil » : R. SAVATIER, « Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie », *D.* 1948, chr. IX, p. 33.

1680. Cass. civ. 1re, 2 avril 1968, affaire *Senecat c./ Cons. Senecat* ; A. ROUAST, note sous arrêt, *D.* 1968, jur. p. 705 ; L. MOURGEON, « Paternité-filiation », *JCP* 1969, II, 15785.

1681. Cour d'appel de Paris, 24 novembre 1981, affaire *Bréhant c./ Dame Moleton* ; J. MASSIP, « Filiation, paternité », *D.* 1982, jur., p. 355 ; R. PERROT, « Mesure d'instruction. Refus d'une partie d'y apporter son concours : sanction et excès de pouvoir », *RTD civ.* 1982, p. 203.

consentement conduit à l'échec de la procédure d'investigation biologique, il ne suffit pas à faire obstacle à la décision des juges¹⁶⁸² qui tirent du refus de se soumettre au test les conséquences qui s'imposent¹⁶⁸³. En ce sens, l'article 198 du Code de procédure civile dispose que « *Le juge peut tirer toutes les conséquences de droit des déclarations des parties, de l'absence ou du refus de répondre de l'une d'elles et en faire état comme équivalent à un commencement de preuve par écrit* »¹⁶⁸⁴. Cette solution est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui avait, par exemple, condamné la Croatie en 2002 parce qu'elle ne tirait pas les conséquences du refus du défendeur à l'action en recherche de paternité¹⁶⁸⁵. En effet, dans cette affaire, l'enfant né hors mariage avait conjointement engagé avec sa mère une procédure destinée à faire établir sa filiation paternelle. Cependant, le père supposé s'était soustrait aux ordonnances judiciaires qui l'avaient enjoint de se livrer à un test génétique, et les juridictions internes s'étaient dites incompétentes pour trancher le litige dans la mesure où le défendeur n'avait pas voulu coopérer. La Cour européenne des droits de l'Homme a donc estimé que cette inefficacité de la justice croate constituait une atteinte à l'article 6§1 relatif au droit à un procès équitable. Elle s'est prononcée dans le même sens contre la Roumanie en 2012¹⁶⁸⁶.

En France, les juges tirent systématiquement les conséquences de tels refus et déterminent, au final, la filiation de l'enfant qui leur semble la plus probable¹⁶⁸⁷. Ainsi par

1682. G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, thèse, n° 176, p. 256.

1683. « *Attendu qu'ayant souverainement analysé la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a, par une décision motivée, prenant en compte la vie libre menée par Mme X..., estimé que le refus de M. Y... de se soumettre à l'examen comparé des sangs, conjugué aux attestations de personnes qui avaient été témoins de l'existence d'une cohabitation, même par intermittence, entre les parties durant la période de conception, devait être retenu comme démontrant sa paternité à l'égard de l'enfant* » : Cass. civ. 1re, 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-1527, inédit.

1684. J. CARBONNIER, note sous tribunal civil de Lille, 18 mars 1947, affaire *F... c. Dame F...*, D. 1947, jur., p. 508.

1685. *Case of Mikulic v./ Croatia*, 7 février 2002, application n° 53176/99 ; A. GOUTTENOIRE, « La bioéthique redessine les contours de la famille », *dt. fam.* septembre 2004, alerte 34 ; J. HAUSER, « Le droit à accéder aux moyens de preuve biologique », *RTD civ.* 2002, p. 795-796 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Action en recherche de paternité naturelle, test ADN et droit au respect de la vie privée », *RTD civ.* 2002, p. 866-867.

1686. « *La Cour observe qu'en l'espèce, les tribunaux n'ont tiré aucune conséquence du refus opposé. Toutefois, compte tenu des motifs exposés ci-dessus notamment quant aux déficiences de la procédure, la Cour n'estime pas nécessaire de rechercher davantage, en l'espèce, si l'absence en droit roumain d'une disposition régissant directement les conséquences d'un tel refus serait ou non constitutive d'une carence sur le terrain de l'article 8 comme dans l'affaire Mikulic. La Cour rappelle, enfin, que pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant* » : *Affaire A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10, § 64 ; E. POULIQUEN, « Établissement de la filiation et CEDH : des liens étroits », *RLDC* 2012, n° 92, p. 39 ; E. VIGANOTTI, « Action en recherche de paternité et droits de l'Homme », *AJ fam.* 2012, p. 228 ; A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* mars 2013, n° 3, pp. 10-15.

1687. « *Mais attendu que l'expertise biologique étant de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime pour ne pas y procéder, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'avait pas à exiger d'indices graves ou de présomptions a ordonné un examen génétique et, par une appréciation souveraine, estimé, après avoir relevé que la mère rapportait la preuve de relations amoureuses non datées et d'un engagement de M. Y... Z... à*

exemple, dans une affaire récente, un enfant avait été reconnu puis légitimé par le mariage subséquent de sa mère, en méconnaissance de la contestation d'un tiers qui prétendait être le père génétique de l'enfant¹⁶⁸⁸. Alors que les époux refusaient de soumettre l'enfant à un test biologique, la Cour de cassation confirme la décision des juges du fond, estimant que le demandeur se comportait comme le père de l'enfant et était considéré comme tel par l'entourage, et que le refus réitéré et sans motif légitime de se soumettre et de présenter l'enfant à un examen comparatif des sangs induisait un comportement suspect, de nature à laisser penser qu'ils savaient que le requérant était bien le père de l'enfant. D'une manière générale, confrontés à ce type de situation, comme en matière de possession d'état, les juges vont utiliser un faisceau d'indices pour déterminer la filiation de l'enfant¹⁶⁸⁹. Il peut s'agir de la situation matrimoniale de la mère, des comportements du défendeur, mais aussi de l'intérêt de l'enfant¹⁶⁹⁰. Il reste que parfois, la réticence du défendeur peut faire durer l'action relativement longtemps, même si au final il se trouve condamné¹⁶⁹¹.

verser à l'enfant un chèque tous les mois, que son nouveau refus de se soumettre à cette mesure d'instruction en dépit de l'avertissement qui lui a été donné sur les conséquences légales qu'une telle attitude était susceptible d'entraîner, prouvait la crainte dans laquelle il se trouvait d'un résultat positif, de sorte que sa paternité était établie » : Cass. civ. 1re, 7 juin 2006, pourvoi n° 03-16204, *bull.* 2006, I, n° 291, p. 254 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Des risques du refus de se soumettre à une expertise génétique », *RLDC* 2006, n° 30, pp. 39-40 ; P. MURAT, « L'expertise biologique de droit et le refus de s'y soumettre », *dt. fam.* octobre 2006, n° 10, pp. 23-24 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation mars 2006-mars 2007 », *D.* 2007, pp. 1460-1468.

1688. Cass. civ. 1re, 31 janvier 2006, pourvoi n° 05-12876, *bull.* 2006, I, n° 46, p. 48 ; J. HAUSER, « Est-on à la veille du grand soir de la paternité en mariage ? », *RTD civ.* 2006, pp. 293-29 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2006, n° 17, p. 1139-1148 ; J. MASSIP, « Conséquences du refus de se soumettre à une expertise biologique », *gaz. pal.* 2006, n° 202, pp. 16-17.

1689. « *Attendu qu'après avoir souverainement analysé la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a, sans méconnaître les exigences de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, estimé que la preuve de la paternité de M. Y... était établie* » : Cass. civ. 1re, 12 juin 2013, pourvoi n° 12-19569, *bull.* 2009.

1690. « *Attendu que, constatant, d'abord que Mme X... avait épousé religieusement M. Y... le 2 janvier 2002, ensuite que le couple avait résidé ensemble pendant la période légale de conception de l'enfant entre novembre 2003 et mars 2004, enfin que M. Y... était présent lors des premiers contrôles médicaux de grossesse, la cour d'appel, relevant qu'aucun motif sérieux ne légitimait le refus de M. Y... convoqué à cinq reprises par l'expert, de se soumettre à l'expertise génétique, a, se fondant sur ces éléments souverainement appréciés, estimé que ce dernier était le père de l'enfant ; qu'elle a légalement justifié sa décision* » : Cass. civ. 1re, 9 février 2011, pourvoi n° 10-14144, inédit ; Cl. NEIRINCK, « Refus de se soumettre à l'expertise biologique et changement du nom de l'enfant », *dt. fam.* avril 2011, n° 4, pp. 31-32 ; I. CORPART, « L'établissement judiciaire de la paternité peut être complété d'un changement de nom de l'enfant conformément aux intérêts en présence », *RJPF* 2011, n° 5, p. 12 ; Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, « Droit des mineurs juin 2010-juin 2011 », *D.* 2011, n° 29, pp. 1995-2004 ; A. GOUTTENORIE, « Actualité du droit extra-patrimonial de la famille », *gaz. pal.* 2012, n° 83, pp. 29-33.

1691. « *Attendu que, l'expertise biologique étant de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'avait pas à exiger d'indices graves ou de présomptions pour déclarer admissible la preuve de la paternité, a ordonné une expertise génétique et a par une appréciation souveraine et exempte de dénaturation des éléments de preuve versés par les deux parties, estimé qu'il existait des présomptions et indices graves de la paternité de M. Z... à l'égard de l'enfant Kenza et que le refus de ce dernier de se soumettre à l'expertise génétique ordonnée sans motif légitime constituait un indice supplémentaire à ceux déjà réunis au cours de la procédure faisant la preuve de sa paternité* » : Cass. civ. 1re, 6 mai 2009, pourvoi n° 08-10936, inédit ; P. MURAT, « Autorité de la chose jugée, recherche de paternité et modification des textes : ne pas confondre irrecevabilité et examen au fond », *dt. fam.* juillet 2009, comm. 88, pp. 24-25 ; Th. GARÉ, « Le refus du père de se soumettre à l'expertise génétique l'expose à verser des dommages-intérêts », *RJPF* 2009, n° 9, p. 28 ; A. BATTEUR, « Le refus du père probable de se soumettre aux

Pour autant, il peut arriver aussi, en cas de refus, que les éléments soumis par l'enfant à la cour ne soient pas suffisants. Ainsi, le 17 septembre 2003, la Cour de cassation avait estimé que dans la mesure où aucune attestation permettant d'affirmer qu'il existait entre les parents supposés de l'enfant des relations intimes au moment de la période légale de conception n'était avancée, « *le seul refus de se soumettre à une expertise sanguine n'établissait pas la nature des liens exigés par les textes pendant cette période* »¹⁶⁹². Plus récemment, en février 2011, la Cour de cassation a également retenu l'absence d'éléments suffisants pour débouter le requérant, faisant valoir que : « *d'une part la facture d'hôtel versée aux débats était antérieure de plusieurs mois à la période de conception et que les attestations produites se contentaient de rapporter les propos de Mme X..., d'autre part, que le licenciement de cette dernière intervenu à l'issue de son congé de maternité était inopérant pour démontrer l'existence de relations intimes avec M. Z...* »¹⁶⁹³. Suivant les éléments dont dispose contre lui le requérant, le défendeur peut donc favorablement opter pour une stratégie dans laquelle il refuse de se soumettre au test génétique. D'une certaine manière, même si la Cour de cassation a affirmé qu'il n'était pas nécessaire de fournir des éléments préalables pour accéder à l'action, elle ne déduit pas systématiquement du refus du défendeur sa mauvaise foi¹⁶⁹⁴.

239. Décès du défendeur. Plus délicate est la question du prélèvement génétique lorsque le défendeur est décédé¹⁶⁹⁵. La question s'est posée de savoir si le refus des héritiers du défunt de procéder à une expertise *post-mortem* était légitime, et donc pouvait constituer un motif de ne pas recourir à la preuve génétique¹⁶⁹⁶. En effet, dans ce cas, il ne s'agit plus de consentir à une atteinte portée à l'intégrité du corps humain, mais de consentir à une atteinte au respect dû aux morts. Le droit en jeu n'est pas le même ; parce qu'il concerne la dépouille d'autrui, il est donc moins puissant. Contrairement aux atteintes portées au corps humain qui sont soumises au même régime, quel que soit le moment de la vie d'une personne,

expertises biologiques et la déclaration judiciaire de paternité : la ténacité est de mise ! », *EDFP* 2009, n° 5, p. 3.

1692. Cass. civ. 1re, 17 septembre 2003, pourvoi n° 01-13856, inédit ; P. MURAT, « Le refus d'expertise biologique peut payer », *dt. fam.* janvier 2004, pp. 18-19 ; J. MASSIP, « Le caractère obligatoire de l'expertise biologique en matière de filiation et les conséquences du refus de s'y soumettre », *D.* 2004, pp. 659-661 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2004, jur. n° 20, pp. 1419-1424.

1693. Cass. civ. 1re, 23 février 2011, pourvoi n° 10-17799, inédit ; Th. GARÉ, « Retour sur les conséquences du refus de se soumettre à l'expertise génétique », *RJPF* 2011, n° 6, p. 31.

1694. Cass. civ. 1re, 12 mai 2004, pourvoi n° 02-16849, inédit ; S. N., « L'expertise biologique peut servir à démontrer la recevabilité d'une action en recherche de paternité naturelle », *RJPF* 2004.

1695. G. GONZALVEZ, « Les rôles respectifs du lien biologique et de la volonté dans l'action en recherche de paternité naturelle », *RRJ* 2001, pp. 633-648.

1696. Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8 février 1996, affaire *Jean-Marc Ravera c./ Edmond Lorenzoni et autres*, RG : 95/8145.

l'atteinte au cadavre devient de toute façon possible après l'écoulement d'un certain temps¹⁶⁹⁷. Le droit des héritiers est donc nécessairement précaire. Admettre ou refuser que l'on puisse procéder à un test génétique *post-mortem*, revenait à faire un choix entre la filiation par la possession d'état ou la filiation par l'exactitude génétique¹⁶⁹⁸. La loi du 6 août 2004 a définitivement tranché la question en modifiant la rédaction de l'article 16-11 du Code civil avec cette précision : « *Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort* »¹⁶⁹⁹. Saisi par la Cour de cassation le 6 juillet 2011, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de déclarer conforme à la Constitution cette disposition dans une décision du 30 septembre 2011¹⁷⁰⁰. Pour autant, fallait-il absolument choisir de ne pas savoir ?

Le législateur tentait ainsi de mettre fin à quelques hésitations. Par exemple, la cour d'appel de Paris avait décidé, à l'occasion d'un cas très médiatisé à l'époque, que le droit d'établir sa filiation devait primer sur le droit au respect des morts¹⁷⁰¹. Au final, le recours à la

1697. Par exemple, lorsque les droits sur la sépulture ne sont pas renouvelés, la concession est récupérée pour être attribuée à une autre famille.

1698. « *Attendu que Mme Ingrid X... a fait assigner Pierre Y... en recherche de paternité ; que ce dernier est décédé le 1er janvier 2004 ; que par ordonnance du 5 janvier 2004, le président du tribunal de grande instance, sur la demande de Mme Ingrid X... a autorisé un prélèvement ADN sur la personne de Pierre Y... ; que poursuivant son action contre ses ayants droit, Mme Ingrid X... a sollicité une expertise génétique à laquelle il a été fait droit par jugement avant dire droit du 14 février 2007 ; que saisi au fond, le tribunal de grande instance, par jugement du 13 janvier 2010, en application de l'article 16-11 du Code civil a dit nulle et de nul effet l'expertise génétique pratiquée, ordonné la destruction des prélèvements effectués sur Pierre Y..., dit l'action en recherche de paternité recevable et déclaré Pierre Y... père de Mme Ingrid X...[...] Attendu que, dès lors que l'arrêt a déclaré nulle l'expertise effectuée sur le prélèvement litigieux ordonné sa destruction, les consorts Y... sont comme le soutient le mémoire en défense, irrecevables à critiquer la disposition rejetant leur demande en nullité de celui-ci* » : Cass. civ. 1er, 28 novembre 2012, pourvoi n° 11-23170, inédit.

1699. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF* 7 août 2004, n° 182, p. 14040 ; M. BRUSORIO, « Loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique : la recherche sur l'embryon enfin autorisée », *gaz. pal.* 2004, n° 224, pp. 2-5 ; J.-C. GALLOUX, « La loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *RTD com.* 2004, pp. 708-712 ; P. ÉGÉA, « Commentaire de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *RJPF* 2004, n° 9, pp. 6-9 ; J.-R. BINET, « La loi relative à la bioéthique. Commentaire de la loi du 6 août 2004 », *dt. fam.* octobre 2004, n° 10, pp. 6-11 ; A. DORSNER-DOLIVET, « De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 », *JCP* 2004, n° 44, pp. 19-49-1955.

1700. Conseil constitutionnel, décision n° 2011-173, 30 septembre 2011 ; J. HAUSER, « Expertise génétique post-mortem : les morts sont toujours des braves types », *RTD civ.* 2011, p. 743-745 ; A. GOUTTENOIRE, « Le Conseil constitutionnel joue (encore) les Ponce Pilate à propos de expertises génétique sur une personne décédée », *lexbase hebdo* 2011, n° 459 ; E. POULIQUEN, « Expertises génétiques post mortem : un dispositif conforme à la Constitution », *RLDC* 2011, n° 87, p. 51 ; J.-D. AZINCOURT, « Quand la mort efface juridiquement les preuves, même génétiques... de l'absence de qualité d'héritier », *JCP N.* 2011, n° 45, pp. 29-32 ; Th. GARÉ, « L'interdiction de l'identification génétique post mortem n'est pas contraire à la Constitution », *RJPF* 2011, n° 12, pp. 28-29 ; E. PUTMAN, « Les restrictions à la preuve par empreintes génétiques sont conformes à la Constitution », *RJPF* 2012, n° 1, pp. 14-15 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial janvier 2011-décembre 2011 », *D.* 2012, pp. 1033-1039 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, pp. 1432-1439.

1701. Cour d'appel de Paris, 6 novembre 1997, affaire *Carole Amiel c./ Aurore Drossart*, RG : 94/27539 ; Th. GARÉ, « Filiation », *gaz. pal.* 1997, n° 346, pp. 14-17 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droit de la famille : filiation », *JCP N.* 1998, chr., n° 14, pp. 525-526 ; H. GAUMONT-PRAT, « Exhumation du père prétendu décédé aux fins de procéder à une analyse génétique de celui-ci », *D.* 1998, p. 161 ; J. HAUSER, « Action en recherche de paternité naturelle : la vérité, la paix des familles et la paix des tombeaux », *RTD civ.* 1998, p. 87 ;

preuve génétique avait déçu les espoirs de la requérante, pour qui la possession d'état aurait été plus favorable. Mais cette décision avait suscité de vives discussions en doctrine. Il fallut attendre quelques années pour que la Cour de cassation se prononce à son tour. Elle a alors considéré que les héritiers pouvaient s'opposer à un prélèvement sur le corps du défunt, relevant que rien ne permettait, en l'état des pièces qui lui étaient soumises, d'affirmer qu'il avait bien existé des relations charnelles entre la mère de l'enfant et le père présumé durant la période légale de conception, et que l'opposition du défendeur à tout prélèvement ne permettait pas de préjuger de son attitude¹⁷⁰². En se plaçant sur le terrain des motifs légitimes, la Cour de cassation ne semble pas exclure la possibilité, qu'en d'autres circonstances, il eût été possible de recourir à l'expertise génétique. De même dans une autre affaire, où cette fois le grand-père de l'enfant contestait sa filiation, la Cour de cassation a donné raison à l'enfant qui, par l'intermédiaire de son administrateur *ad hoc*, s'opposait à la réalisation d'une expertise génétique sur le corps de son père décédé¹⁷⁰³. Pourquoi dans cette affaire avoir fait prévaloir les motifs légitimes, alors qu'il était possible de faire référence à la nouvelle rédaction de l'article 16-11 du Code civil ? C'est d'ailleurs cette option que la Cour de cassation a choisi ensuite pour rendre sa décision du 2 avril 2008. Elle opère une interprétation stricte de l'article 16-11, ne laissant aucun doute sur sa frilosité à l'égard des tests génétiques *post-mortem*¹⁷⁰⁴.

P. CATALA, « La jeune fille et la mort, du droit de connaître ses origines et des moyens de l'obtenir », *dt. fam.* décembre 1997, pp. 4-7.

1702. Cass. civ. 1re, 25 octobre 2005, pourvoi n° 03-14101, *bull.* 2005, I, n° 385, p. 320 ; J. HAUSER, « Expertise biologique : suite des motifs légitimes, possession d'état et preuve non apportée des relations pendant la conception, action à fins de subsides », *RTD civ.* 2006, pp. 98-99 ; S. N., « Expertise *post mortem* : le refus des héritiers constitue un motif légitime », *RJPF* 2006.

1703. « Mais attendu qu'après avoir relevé, d'abord la volonté affirmée et continue de Franck Y..., qui de son vivant n'a exercé aucune action en contestation de reconnaissance, d'assumer sa paternité et d'élever Julien comme son fils, puis son attachement profond pour l'enfant dont il a donné le prénom à une nouvelle SCI, la dénommant « SCI Julien », la cour d'appel, constatant que la preuve de la conservation d'un échantillon de sang permettant un examen comparé n'était pas rapportée et que l'administrateur *ad hoc* de l'enfant s'opposait à une exhumation du corps, a, sans inverser la charge de la preuve, caractérisé l'existence d'un motif légitime rendant impossible l'expertise biologique » : Cass. civ. 1re, 25 avril 2007, pourvoi n° 06-13872, *bull.* 2007, I, n° 163 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Contestation de filiation par un grand-père : les juges veillent à la motivation », *RLDC* 2007, n° 39, pp. 41-42 ; I. CORPART, « Où le droit à l'expertise biologique n'empêche pas le rejet d'une action en contestation de reconnaissance intentée par un grand-père », *RJPF* 2007, n° 7, pp. 25-27 ; P. MURAT, « La contestation de la filiation par le grand-père et l'expertise *post mortem*, ou l'expertise biologique est de droit en matière de filiation... mais pas tant que cela », *dt. fam.* septembre 2009, n° 9, pp. 24-29 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence générale », *degrénois* 2007, n° 22, pp. 1640-1644.

1704. « Mais attendu que l'article 16-11 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, selon lequel sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort, est immédiatement applicable aux situations en cours, qu'ayant relevé que la preuve du consentement de Marc Y... à ce que les échantillons déposés auprès du CECOS, dans un but d'auto-conservation puissent servir à son identification par empreintes génétiques, n'était pas rapportée, et que celui-ci n'avait pas exprimé de son vivant son accord pour une expertise génétique quels qu'en soient le procédé et la forme » : Cass. civ. 1re, 2 avril 2008, pourvois n° 06-10256 et n° 07-11639 ; A. LEGOUX, note sous arrêt, *gaz. pal.* 2008, n° 100, pp. 5-7 ; A. GOUTTENOIRE, « La prohibition des expertises génétiques post-mortem est d'application immédiate en générale », *lexbase hebdo* 2008, n° 302 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Des conditions de l'identification post mortem par empreintes génétiques », *RLDC* 2008, n° 49, pp. 47-48 ; P. MURAT, « L'application dans le temps de la prohibition d'une identification par empreintes génétiques post-mortem », *dt. fam.* juin 2008, comm. 86, pp. 26-28 ; Th. GARÉ, « L'article 16-11, alinéa 2 du

Or, précisément dans cette affaire, la longue période de cohabitation entre la mère et le père présumé au moment de la période légale de conception de l'enfant aurait pu lui permettre d'adopter une solution plus souple à l'égard de l'enfant en décidant, par exemple, que la disposition n'était pas applicable du fait que le décès était survenu en 2001.

La position de la Cour européenne des droits de l'Homme sur cette question n'est pas forcément plus claire. Il faut en effet se souvenir que dans l'affaire *Jäggi c./ Suisse*, elle avait retenu que le prélèvement réalisé sur la dépouille d'un défunt était un acte intrusif minime, qui ne constituait pas une atteinte disproportionnée au regard du bénéfice que pouvait constituer l'établissement de sa filiation pour le requérant¹⁷⁰⁵. Il reste que dans cette affaire, encore une fois, les termes manquaient de précision, car si le droit en cause était bien celui d'établir la filiation, le requérant ne manifestait pas, selon la Cour, le souhait d'obtenir des droits successoraux¹⁷⁰⁶. L'action se trouve donc à mi-chemin entre une action relative à la filiation et une action relative au droit de l'enfant de connaître ses origines. Il reste donc à savoir si cette jurisprudence pourrait être étendue aux hypothèses où un droit patrimonial serait en cause. En 2009, la Cour européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs déclaré irrecevable la requête d'une personne qui souhaitait faire établir la filiation entre son père et son grand-père, tous les deux décédés¹⁷⁰⁷. Pour rejeter la demande, elle relève notamment que : « tant le père de la requérante que V.T.A. étaient décédés au moment où celle-ci introduisit sa demande. Dès lors, dans la mesure où aucun des deux intéressés n'avait fait preuve de leur vivant d'une quelconque intention d'entamer des actions, la Cour s'interroge sur leur réelle volonté d'effectuer ces démarches et tient compte des restrictions imposées par

Code civil interdisant, sauf accord exprès, les expertises génétiques post-mortem est d'application immédiate », *RJPF* 2008, n° 7, pp. 22-24 ; J. HAUSER, « Le feuillet des motifs légitimes permettant d'exclure le droit à... et le zèle de la Cour de cassation pour appliquer rétroactivement l'article 16-11 nouveau du Code civil », *RTD civ.* 2008, pp. 464-466 ; J.-R. BINET, « L'article 16-11 du Code civil relatif aux mesures d'expertise génétique post-mortem est d'application immédiate », *JCP* 2008, II, 10132 ; V. BONNET, « Expertise post-mortem : la vérité ensevelie », *D.* 2008, n° 30, pp. 2121-2124 ; J. MASSIP, « L'interdiction des expertises post-mortem », *gaz. pal.* 2008, n° 321-323, pp. 26-28 ; M. LEBEAU, « De l'application immédiate de l'article 16-11 du Code civil », *LPA* mars 2009, n° 44, pp. 5-14.

1705. « La Cour note que le Tribunal fédéral a observé que la famille du défunt n'a invoqué aucun motif d'ordre religieux ou philosophique à l'appui de son opposition à la mesure litigieuse. Cette mesure, un prélèvement d'ADN, constitue d'ailleurs une ingérence relativement peu intrusive. De surcroît, il convient de relever que c'est grâce au requérant que la concession de la tombe du défunt a été prolongée en 1997. Autrement, la paix du mort et l'intangibilité du corps du défunt auraient été atteints déjà à cette époque là. En tout état de cause, la dépouille du défunt sera exhumée à l'expiration de la concession actuelle, qui vient à échéance en 2016. Le droit de reposer en paix ne bénéficie donc que d'une protection temporaire » : Affaire *Jäggi c./ Suisse*, 13 juillet 2006, requête n° 58757/00, § 41 ; C. LE GOFFIC, « Identification génétique post mortem : pour une modification de l'article 16-11 du Code civil », *RRJ* 2010, pp. 1181-1187 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'ADN se ramasse à la pelle... », *RTD civ.* 2006, p. 727-728.

1706. Affaire *Jäggi c./ Suisse*, 13 juillet 2006, requête n° 58757/00, § 26.

1707. Affaire *Rocio Menéndez Garcia c./ Espagne*, 9 mai 2007, requête n° 21046/07 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Halte à l'exhumation aux fins d'établissement d'un lien de grand-paternité », *RTD civ.* 2009, pp. 679-681.

la loi applicable à l'espèce quant à l'introduction de l'action en contestation de la paternité par des individus autres que le propre fils ». La cour argumente sa décision en invoquant le droit des tiers à l'intégrité du corps du défunt, le droit au respect des morts, ainsi que l'intérêt public à la protection de la sécurité juridique. Cependant, l'argument le plus convainquant est sans doute celui qui tend à faire varier l'intérêt du requérant à faire établir sa filiation en fonction du degré de proximité qu'il peut revendiquer avec son aïeul. Pourquoi, alors que les intéressés n'avaient pas manifesté leur envie d'agir, faudrait-il le faire à leur place ?

2 – La liberté d'accoucher de manière anonyme et secrète

240. Histoire. L'accouchement dans l'anonymat est un droit de la femme qui a été consacré par la Révolution française, lorsqu'en 1793 la Convention décida que la Nation devrait pourvoir aux frais de gésine de la mère et à tous les besoins nécessaires à son rétablissement¹⁷⁰⁸. Cette disposition a été créée à l'origine dans le souci de préserver la santé de la mère et de l'enfant en encourageant un accouchement médicalisé¹⁷⁰⁹. Il s'agissait de sauver l'enfant en laissant la mère choisir de manière discrétionnaire si elle assumait ou non le lien de filiation découlant de la naissance de l'enfant¹⁷¹⁰. L'accouchement anonyme et secret est destiné à offrir une alternative aux femmes en cas de situation extrême lorsque l'enfant est, par exemple, issu d'un viol ou d'un inceste¹⁷¹¹. C'est que, pour notre société, dans laquelle la femme bénéficie de la maîtrise de sa fécondité, l'enfant conçu dans l'horreur ou la violence, ne devrait jamais avoir pour mère une femme qui y a été obligée par un homme¹⁷¹². Or, si nul ne remet en cause le fait qu'il soit possible pour une femme de renoncer à une filiation qui lui serait imposée, de plus en plus de voix s'élèvent pour critiquer ce qui était vu comme le seul moyen de permettre à la femme de s'émanciper de l'espèce humaine¹⁷¹³. Lorsqu'elle fait disparaître de son histoire officielle la trace de l'accouchement, elle fait dans le même temps disparaître presque toute chance pour l'enfant de pouvoir retracer sa propre histoire, parce que c'est à partir de son identité que l'enfant peut être rattaché à sa généalogie maternelle mais aussi paternelle¹⁷¹⁴.

1708. B. RENAUD, « Anonymat, un mal nécessaire », *JCP* 2000, n° 21, p. 919.

1709. C. HIGY, *Le temps en droit de la filiation*, n° 43, p. 58.

1710. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 600, p. 538.

1711. Cl. NEIRINCK, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP* 1996, 3922, p. 151.

1712. Ja. REVEL, « Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père », *D.* 2006, chr., p. 1709.

1713. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 777, p. 541.

1714. D. BOURGAULT-COUDEVYLLÉ, note sous cour d'appel de Riom, 16 décembre 1997, affaire *association Enfance et Familles d'adoption c./ X... et autres*, *D.* 1998, som., p. 302.

241. Comité international des droits de l'enfant. L'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant donne à la personne mineure le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux dans la mesure du possible. C'est pourquoi le Comité international des droits de l'enfant se montre particulièrement hostile à toutes les formes d'abandon anonyme de l'enfant¹⁷¹⁵. En laissant à la mère le choix de ne jamais établir de lien de filiation entre elle et l'enfant et surtout en lui offrant la possibilité de ne laisser aucune trace de son identité, le législateur prive l'enfant de l'effectivité de ses droits sur ses origines et son histoire personnelle¹⁷¹⁶, ce qui peut même, dans les cas les plus graves, exposer l'enfant à des trafics internationaux inavouables¹⁷¹⁷.

Le Comité international des droits de l'enfant n'est toutefois plus aussi opposé au principe de l'accouchement anonyme que par le passé, puisqu'il reconnaît aussi la situation de détresse des femmes auxquelles cette technique s'adresse¹⁷¹⁸. Alors qu'il condamnait toutes les formes d'abandon anonyme¹⁷¹⁹, il semble avoir implicitement validé le mécanisme de l'accouchement anonyme, sous réserve que l'administration conserve une trace de l'identité de la mère génétique de l'enfant, pour qu'il puisse y accéder le moment venu : « *Le Comité recommande instamment à l'État partie de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour mettre fin à la pratique des abandons anonymes et de renforcer et promouvoir dans les meilleurs délais des programmes de remplacement, prévoyant notamment la possibilité de naissances anonymes à l'hôpital en tant que mesure de dernier ressort pour éviter l'abandon et/ou la mort de l'enfant, et d'établir un dossier confidentiel sur les parents auquel l'enfant pourra avoir accès plus tard, en tenant compte de son devoir de respecter pleinement toutes les dispositions de la Convention* »¹⁷²⁰.

Au delà de ces cas qui doivent rester marginaux, le Comité souligne que l'effectivité du droit de l'enfant sur son histoire personnelle dépend de la qualité et de la

1715. Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 137, p. 81.

1716. CRC/C/15/Add. 92, 24 juin 1998, § 11. (Luxembourg).

1717. CRC/C/ROM/CO/4, 30 juin 2009, § 35. (Roumanie).

1718. Voir *supra* n° 228.

1719. A propos de la France, il affirmait que : « *Le Comité prend note des informations fournies par l'État partie sur les mesures qu'il a adoptées, en particulier sur l'ordonnance n° 2005-759 portant réforme de la filiation et sur le rôle nouveau joué par le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, en vue de faciliter l'accès de l'enfant à ses origines. Néanmoins, le Comité reste également préoccupé par les délais d'attente pour le traitement des nouvelles requêtes. Le Comité reste également préoccupé par le fait que la mère, si elle le souhaite, peut dissimuler son identité et s'opposer au droit de l'enfant de connaître ses origines, ce qui prive l'enfant d'une partie de ses droits* ». CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 43. (France).

1720. CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 30. (Autriche).

fiabilité de la collecte des données dès sa naissance¹⁷²¹. Seul un acte de l'état civil complet peut véritablement offrir à l'enfant cette garantie. En ce sens, le Comité insiste sur l'importance de simplifier le plus possible les mécanismes d'établissement de la filiation de l'enfant pour ne pas subordonner à la seule volonté des parents l'effectivité des droits de l'enfant sur sa filiation¹⁷²². Si beaucoup de pays sont critiqués par le Comité pour leur manque de diligence à l'égard des droits de l'enfant en la matière, d'autres, peut-être par manque de transparence¹⁷²³, et qui ont pourtant institutionnalisé les « boîtes-à-bébé »¹⁷²⁴, ne font curieusement pas l'objet d'observations de sa part.

242. Distinction entre accouchement anonyme et abandon de l'enfant.

Bien qu'il soit souvent écrit qu'il s'agit d'une forme d'abandon de l'enfant, l'accouchement dans l'anonymat n'est pas un abandon au sens juridique du terme¹⁷²⁵. L'abandon est un acte discrétionnaire relevant de l'exercice de l'autorité parentale qui implique l'établissement préalable d'un lien de filiation entre la mère et l'enfant, et donc la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant¹⁷²⁶. L'abandon de l'enfant est un acte juridique qui a pour conséquence la renonciation aux prérogatives de l'autorité parentale¹⁷²⁷. Cependant, il ne rompt le lien de filiation avec le parent de l'enfant que lorsque l'enfant est adopté de manière plénière¹⁷²⁸.

Pour autant et contrairement à l'accouchement anonyme et secret, bien que la transcription du jugement d'adoption tienne lieu d'acte de naissance au terme de l'article 354 du Code civil, elle ne fait pas disparaître de l'histoire officielle de l'enfant l'identité de sa mère

1721. CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 29. (Autriche).

1722. CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 27. (Italie).

1723. CRC/C/11/Add. 5, 16 septembre 1994, § 28. CRC/C/83/Add. 7, 24 juillet 2003, § 350. (Allemagne).

1724. B. BARÈGES, *Rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, 12 novembre 2010, p. 29.

1725. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille*, n° 489, p. 1052.

1726. Article 348 du Code civil : « Lorsque la filiation d'un enfant est établie l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption ».

Article 348-1 du Code civil : « Lorsque la filiation d'un enfant n'est établie qu'à l'égard de l'un de ses auteurs, celui-ci donne le consentement à l'adoption ».

Article 350 du Code civil : « L'enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon [...] Sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien des liens affectifs ».

1727. Cass. civ. 1re, 5 novembre 1996, pourvoi n° 96-11073, *bull.* 1996, I, n° 368, p. 259 ; J. MASSIP, « La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme », *degrénois* 1997, n° 11, p. 718 ; J. HAUSER, « La liberté qui opprime et la loi qui libère », *RTD civ.* 1997, p. 98 ; J. MASSIP, « La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme », *D.* 1997, p. 587 ; I. ARDEEFF, « Le droit pour une mineure d'accoucher sous X », *JCP* 1997, II, 22749.

1728. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 910, p. 659.

de naissance. En effet, l'article 1174 du Code de procédure civile précise que l'adoption est prononcée au cours d'une audience publique¹⁷²⁹, et l'officier de l'état civil conserve l'acte de naissance d'origine, ce qui implique que l'enfant pourra toujours connaître son passé¹⁷³⁰. Au contraire, l'accouchement anonyme et secret, qui est une liberté donnée aux femmes par le législateur, a pour conséquence de faire disparaître immédiatement toute trace juridique de l'accouchement de celle qui en fait la demande. Il rend, par la suite, très difficile toute investigation puisque l'enfant n'est rattaché à personne au moment de sa naissance¹⁷³¹.

243. Anonymat et secret. Deux termes, anonymat et secret, reviennent régulièrement pour désigner la pratique de l'accouchement dit « sous X ». S'ils sont souvent utilisés l'un pour l'autre, leur sens n'est pas pour autant identique. L'anonymat et le secret ont ceci de commun qu'ils constituent, en quelque sorte, « l'antimatière » de ce qui est visible¹⁷³². Mais le secret est un savoir préservé des tiers¹⁷³³, alors que l'anonymat est un masque qui préserve des tiers. Le secret est un pouvoir de rétention sur une information qui permet, le cas échéant, un partage restreint en fonction de la volonté de celui qui en est le maître¹⁷³⁴. Pour sa part, l'anonymat est une exception au principe d'identification systématique des personnes à l'occasion de l'exercice de leur vie juridique. Le secret soustrait l'existence d'un fait à la connaissance des tiers lorsque la personne est connue, alors que l'anonymat soustrait l'identité d'une personne à la connaissance des tiers lorsque le fait est connu¹⁷³⁵. L'accouchement anonyme, ou l'accouchement secret, serait constitué d'un double secret : le secret de l'acte d'accouchement, et le secret de l'identité de la femme qui accouche.

244. L'accouchement anonyme. Tel qu'il est prévu par la loi, l'accouchement est anonyme puisque l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles dispose qu'il ne doit être demandé aucune pièce d'identité à la femme qui accouche. Cette disposition est renforcée par l'article 57 du Code civil qui n'impose pas que l'on communique à l'officier de l'état civil l'identité de la mère au moment de l'établissement de

1729. Article 1174 du Code de procédure civile : « *Le jugement est prononcé en audience publique. Son dispositif précise s'il s'agit d'une adoption plénière ou d'une adoption simple et contient les mentions prescrites par l'article 1056. Il contient, en outre, lorsque l'adoption plénière est prononcée en application de l'alinéa 2 de l'article 356 du Code civil, l'indication des prénoms et du nom du conjoint à l'égard duquel subsiste la filiation d'origine de l'adopté* ».

1730. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 337, p. 160.

1731. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 624, p. 565.

1732. P. CATALA, « En guise de synthèse : le droit au secret face au droit de savoir », *dt. & pat.* 2002.

1733. C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 2, p. 2.

1734. L. LEVENEUR, « Secret, personnes et famille. Le secret des origines », *dt. & pat.* 2002.

1735. C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, n° 8, p. 7.

l'acte de naissance de l'enfant¹⁷³⁶. Le fait que l'article L. 222-6 prévoit que la mère est « invitée à laisser, si elle 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 » renforce la maîtrise de la femme sur cet anonymat, qui peut en moduler « l'épaisseur » en fonction de son souhait¹⁷³⁷. Les informations ainsi recueillies ne sont accessibles à l'enfant, selon l'article L. 147-6 du même Code, qu'avec le consentement de la mère, ou après son décès, si elle ne s'est pas opposée à ce que son identité soit communiquée. Il apparaît cependant que la femme ne dispose d'aucun moyen de préserver cet anonymat une fois qu'elle a partagé son secret.

245. L'accouchement secret. L'accouchement serait également secret, puisqu'il n'existe aucune obligation pour la mère de signaler cet événement à qui que ce soit. Ainsi, aucun mécanisme de publicité à l'égard du père, des alliés, ou de toute autre personne qui pourrait justifier d'un lien avec l'enfant, n'est prévu par la loi¹⁷³⁸. Lorsque le législateur avait imaginé, dans la loi de 1993¹⁷³⁹, ce mécanisme, il avait pleinement conscience des

1736. Article 57 du Code civil : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la 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, profession et domiciles des pères et mères et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. 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 ».

1737. Article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles : « 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 informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc 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 L. 147-6. Elle est également informée qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance. Les prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance sont mentionnés à l'extérieur de ce pli. Ces formalités sont accomplies par les personnes visées à l'article L. 223-7 avisées sous la responsabilité du directeur de l'établissement de santé. A défaut, elles sont accomplies sous la responsabilité de ce directeur... ».

1738. Toutefois, à la suite de la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, le législateur a modifié l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles pour favoriser le droit des tiers qui auraient été informés par la mère de sa décision d'accoucher de manière anonyme et secrète. Faut-il en conclure que dans ce cas l'accouchement n'est plus anonyme et secret ? D. BOURGAULT COUDEVYLLÉ, « L'enfant né sous X », *LPA* août 2013, n° 165, p. 4.

1739. Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF* n° 7 du 9 janvier 1993, p. 495 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « L'établissement judiciaire de la filiation depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *JCP* 1994, I, 21, p. 25 ; B. TRILLAT, « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », in *mélanges D. Huet-Weiller*, PUF, Strasbourg/ LGDJ, 1994, p. 513 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Aperçu rapide de la loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales », *JCP N.* 1993, n° 101-103 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Une importante réforme en droit de la famille, la loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993 », *JCP* 1993, pp. 123-128 ; Y. BENHAMOU, « Réflexion en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant », *D.* 1993, chr. XXII, pp. 103-108 ; H. FULCHIRON, « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, commentaire de la loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi Malhuret », *D.* 1993, chr. XV, p. 117 ; G. SUTTON, « La filiation au fil d'une loi en patchwork (loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993) », *D.* 1993, chr. XXXVII, pp. 163-166 ; I. CORPART-OULEURICH, « Le secret des origines », *RDSS* 1994, pp. 1-24.

conséquences pour l'effectivité des droits de l'enfant du double secret qu'il instituait¹⁷⁴⁰. Mais pour lui, il s'agissait du seul moyen pour à la fois : protéger les femmes et garantir pleinement le droit à la vie et le droit à la santé pour l'enfant après l'adoption de la loi de 1975¹⁷⁴¹ relative à l'interruption volontaire de grossesse¹⁷⁴². L'atteinte à l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant semblait, de ce point de vue, proportionnée au but légitime qu'elle poursuivait : permettre à des enfants de vivre¹⁷⁴³. C'est pourquoi, ni le père de l'enfant, ni les grands-parents, ni les « alliés » de l'enfant, que visent l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles¹⁷⁴⁴, n'ont à être informés de ce choix, ce qui rend, de fait, la démarche de la femme qui accouche, secrète. Ainsi, le père qui n'est pas informé de la grossesse, ne peut pas connaître l'existence de l'enfant et, de ce fait, ne peut pas réclamer l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et lui¹⁷⁴⁵.

246. Critique sur le secret. Pour qu'il existe, de droit, un secret dont la mère puisse se prévaloir, il faut qu'au-delà de la rétention d'information de fait permise par la loi, la femme soit en mesure d'empêcher les individus détenteurs de cette information de s'en prévaloir ou de la révéler à l'enfant. Ce qui n'est pas certain.

La loi de 1993 était fondée sur un présupposé féministe qui voulait que l'éducation des enfants soit avant toute chose une affaire de femmes¹⁷⁴⁶. La parturiente avait

1740. D. CAHEUX, intervention, 1^{re} séance du 28 avril 1992, *JOAN* 1991-1992, seconde session ordinaire, 16^{ème} séance, compte rendu intégral, p. 720.

1741. Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, *JORF* 18 janvier 1975, p. 739.

1742. G. GOUZES, intervention, 1^{re} séance du 23 décembre 1992, *JOAN* 199-1993, session extraordinaire, 16^{ème} séance, compte rendu intégral, p. 7869.

1743. P. CLÉMENT, intervention, 1^{re} séance du 28 avril 1992, *JOAN* 1991-1992, seconde session ordinaire, 16^{ème} séance, compte rendu intégral, p. 730.

1744. Article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles : « I - L'enfant admis en qualité de pupille de l'Etat par arrêté du président du conseil départemental pris soit après la date d'expiration des délais prévus aux 1° à 4° de l'article L. 224-4 en cas d'admission en application de ces mêmes 1° à 4°, soit une fois le jugement passé en force de chose jugée lorsque l'enfant est admis dans les conditions prévues aux 5° ou 6° du même article. II - L'arrêté mentionné au I peut être contesté par : 1° Les parents de l'enfant, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'un retrait total de l'autorité parentale ; 2° Les membres de la famille de l'enfant ; 3° Le père de naissance ou les membres de la famille de la mère ou du père de naissance, lorsque l'enfant a été admis en application du 1° de l'article L. 224-4 ; 4° Toute personne ayant assuré la garde de droit ou de fait de l'enfant. L'action n'est recevable que si le requérant demande à assumer la charge de l'enfant. III - L'arrêté mentionné au I est notifié aux personnes mentionnées au 1° du II, ainsi qu'à celles mentionnées aux 2° à 4° du même II qui, avant la date de cet arrêté, ont manifesté un intérêt pour l'enfant auprès du service de l'aide sociale à l'enfance. Cette notification, qui est faite par tout moyen permettant d'établir une date certaine de réception, mentionne les voies et délais de recours ainsi que la juridiction compétente. Elle précise que l'action n'est recevable que si le requérant demande à assumer la charge de l'enfant... ».

1745. Voir *infra* n° 143.

1746. Voir par exemple : « Que le principe de l'exercice maternel de l'autorité parentale apparaisse par sa généralité en décalage avec la réalité d'aujourd'hui, il n'y a pas lieu d'en douter, mais qu'il faille inverser le principe pour retenir une autorité systématiquement conjointe, je ne le crois, comme votre commission, ni

alors été pensée comme une victime de la société et des hommes, seule et en détresse. Loin de ce cliché, il est apparu que la femme partage la plupart du temps la question du secret de son accouchement avec son entourage proche et ne se décide que très rarement seule¹⁷⁴⁷. Ainsi, selon des statistiques récentes, le père de l'enfant est à la fois au courant de la décision de la femme et de la date approximative de l'accouchement dans deux cas sur trois lorsque les deux parents de naissance de l'enfant vivent ensemble, et dans un cas sur quatre lorsqu'ils ne vivent pas ensemble¹⁷⁴⁸. Dix fois sur cent le père a même accompagné la mère à la maternité lorsqu'il avait été informé¹⁷⁴⁹. Quatre femmes sur dix déclarent habiter chez leurs parents, ce qui rend la grossesse difficile à cacher, et donc la décision nécessairement impossible à prendre seule¹⁷⁵⁰. Elles ont alors trois fois sur quatre mis au courant leur famille, bien que dans douze cas sur cent le père ne soit pas informé de la grossesse de sa fille¹⁷⁵¹.

Depuis la consécration en 1993 de cette liberté, de nombreux requérants ont essayé de contester la décision de la mère en attaquant l'arrêté de placement de l'enfant en tant que pupille de l'État. Deux obstacles se dressaient devant eux. La plupart du temps, ils intervenaient trop tard, se voyant opposer l'écoulement du délai de trente jours, les privant du recours en annulation de l'arrêté¹⁷⁵². Mais lorsqu'ils intervenaient à temps, il leur était opposé l'absence de lien avec l'enfant. En effet, dans son ancienne version, l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles disposait que « *L'admission en qualité de pupille de l'État peut faire l'objet d'un recours, formé dans le délai de trente jours suivant la date de l'arrêté du président du conseil général devant le tribunal de grande instance, par les parents, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'un retrait total de l'autorité parentale par les alliés de l'enfant ou toute personne justifiant d'un lien avec lui, notamment pour avoir assuré sa garde, de droit ou de fait, et qui demandent à en assumer la charge* ». Or cet article n'était manifestement pas prévu pour leur donner une action en cas d'accouchement

nécessaire ni opportun. Nous savons que bon nombre de mères restent seules à élever leurs enfants. En choisissant une voie médiane limitant l'exercice conjoint au cas où l'enfant vit dans un foyer stable avec ses parents, ce que révéleront certains modes d'établissement de la filiation, votre commission des lois n'a eu pour seul objectif que l'intérêt de l'enfant » : M. VAUZELLE, intervention, 1^{re} séance du 28 avril 1992, JOAN 1991-1992, seconde session ordinaire, 16^{ème} séance, compte rendu intégral, p. 725.

1747. M.-C. LE BOURSICOT, « Au nom de l'intérêt de l'enfant, la cour d'appel d'Angers fait primer la volonté des grands-parents d'établir un lien avec l'enfant sur celle de la mère de renoncer à la filiation », *RJPF* 2011.

1748. C. VILLENEUVE-GOKALP, *Etude sur les mères de naissance qui demandent le secret de leur identité lors de leur accouchement*, rapport de recherche juin 2010, p. 16.

1749. *Ibidem*.

1750. C. VILLENEUVE-GOKALP, *idem*, p. 20.

1751. *Ibidem*.

1752. J. MASSIP, « Les droits de la famille biologique en cas d'accouchement anonyme », *JCP* 2010, n° 598, p. 1119.

anonyme¹⁷⁵³. En effet, en dehors des actions relatives à la filiation de l'enfant ouverte à la mère et au père prétendu de l'enfant, ou à l'enfant lui-même à l'égard de ses parents, il n'existe pour la famille génétique aucune action¹⁷⁵⁴. Du fait de l'accouchement anonyme, leur nom ne peut pas figurer dans l'acte de naissance de l'enfant.

Dans une affaire dramatique à l'occasion de laquelle la mère de l'enfant s'était suicidée juste après avoir demandé l'anonymat et le secret de son accouchement, ses parents qui n'étaient pas au courant de sa grossesse, avaient retrouvé des documents relatifs à cet accouchement et avaient tenté de démontrer le lien qui existait entre eux et l'enfant pour contester son placement¹⁷⁵⁵. Leur demande d'intervention volontaire à l'instance avait été jugée irrecevable au motif qu'il n'existait aucun lien, de fait ou de droit, entre eux et l'enfant¹⁷⁵⁶. Ici, le processus d'adoption était relativement avancé, ce qui fondait l'argument principal du rejet des prétentions des grands-parents de l'enfant¹⁷⁵⁷. En effet, selon la Cour de cassation qui semblait ouvrir une brèche, il ne s'agissait pas d'une intervention accessoire mais d'une demande propre à créer des liens avec l'enfant qui intervenait trop tard puisque l'enfant était déjà immatriculé comme pupille de l'État.

Lorsque la question s'est de nouveau posée dans une autre affaire, les grands-parents n'ont pas attendu et ont attaqué immédiatement la décision d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État. La jeune femme avait demandé le secret de son identité au moment de l'accouchement afin qu'aucun lien ne soit établi entre elle et l'enfant¹⁷⁵⁸. Il ressort

1753. F. VASSEUR-LAMBRY, « Les messages troublants du juge de la filiation : l'accouchement sous X en question », *LPA* juillet 2012, n° 137, p. 16.

1754. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 195, p. 99.

1755. Cour d'appel de Paris, 10 avril 2008, affaire *R. c./ ministère public*, RG : 07/11288 ; P. MURAT, « Les grands-parents, l'accouchement anonyme de leur fille et l'adoption de l'enfant », *dt. fam.* juillet 2008, n° 102, p. 31 ; Cass. civ. 1re, 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-20153, *bull.* 2009, I, n° 158 ; Y. FAVIER, « Les grands-parents d'un enfant né sous X n'ont ni intérêt ni qualité pour agir », *JCP* 2009, n° 31, p. 11 ; A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droits de l'enfant juin 2008-mai 2009 », *D.* 2009, n° 28, pp. 1918-1926 ; Th TAURAN, « Actualité jurisprudentielle. Enfance », *RDSS* 2009, n° 5, pp. 972-975 ; M.-C. LE BOURSICOT, « Pas de grands-parents sans parents », *RJPF* 2009, n° 9, pp. 25-27 ; E. POULIQUEN, « Enfants nés sous X : leurs grands-parents ne peuvent s'opposer à leur adoption », *RLDC* 2009, n° 64, p. 52 ; J. MASSIP, « De quelques problèmes posés par les accouchements anonymes », *gaz. pal.* 2009, n° 364-365, pp. 4-7 ; L. MONTILLET, « L'équilibre délicat entre la filiation d'origine et la filiation adoptive de l'enfant accouché sous X après la réforme du 16 janvier 2009 », *RLDC* 2010, n° 68, pp. 34-38 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial janvier 2009-décembre 2009 », *D.* 2010, n° 16, pp. 989-993 ; J. MASSIP, « Les droits de la famille biologique en cas d'accouchement anonyme », *JCP* 2010, n° 22, pp. 1119-1123 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation janvier 2009-avril 2010 », *D.* 2010, n° 23, pp. 1442-1449.

1756. J. HAUSER, « L'enfant sous X... n'a-t-il ni père, ni grands-parents : l'enfant ectoplasme d'adoption ? », *RTD civ.* 2009, p. 708.

1757. Voir *supra* n° 222.

1758. Tribunal de grande instance d'Angers, 8 octobre 2009, affaire *époux Oger c./ Président du conseil général de Maine et Loire et autres*, RG : 09/00568.

de l'arrêt qu'elle devait entretenir avec ses parents une relation suffisamment proche pour les avoir informés de sa grossesse. Désapprouvant ce choix que leur fille avait partagé avec ces derniers, ils ont décidé d'attaquer immédiatement la décision de placement de l'enfant en vue de son adoption. Contrairement aux hypothèses précédentes, par la célérité de leur réaction, les époux Oger se mettaient à l'abri de toute contestation de la recevabilité de leur requête sur le fondement du délai écoulé.

Pour autant, il n'était pas certain qu'ils puissent se prévaloir de la qualité pour agir des personnes visées à l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles¹⁷⁵⁹. En effet, bien que le secret dont bénéficie la mère au moment de son accouchement ne lie que les services de l'État, les grand-parents de l'enfant, lorsqu'ils bénéficient de cette information, n'avaient pas pour autant entre leurs mains une action qui leur permette d'agir au titre de la « parenté »¹⁷⁶⁰. Ils devaient, conformément aux dispositions de l'article L. 224-8 justifier d'un lien de droit ou de fait avec l'enfant¹⁷⁶¹. Le seul lien qui pouvait les unir à l'enfant au sens de l'article L. 224-8, était le lien génétique de fait qui ne pouvait être constaté que par une analyse biologique. C'est pourquoi ils ont demandé en référé au tribunal de grande instance d'Angers, l'autorisation de faire établir ce lien par expertise génétique. Forts de cette preuve, ils ont ensuite sollicité du tribunal afin que soit annulé l'arrêté d'admission de l'enfant en tant que pupille de l'État et que la garde de l'enfant leur soit donnée¹⁷⁶². Mais comme il fallait s'y attendre, cette preuve n'était pas recevable parce qu'elle ne pouvait être obtenue que dans le

Tribunal de grande instance d'Angers, 26 avril 2010, affaire *époux Oger c./ Président du conseil général de Maine et Loire et autres*, RG : 10/0071 ; A. GOUTTENOIRE, « Les grands-parents et l'accouchement sous X (suite) : les liens du sang ne suffisent pas », *lexbase hebdo* 2010, n° 394 ; G. THOMAS-DEBENEST, « Irrecevabilité de l'action des grand-parents maternels biologiques contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'état », *JCP* 2010, n° 22, p. 1110 ; J. HAUSER, « La mère qui accouche décide du destin familial de son enfant même si elle change d'avis », *RTD civ.* 2010, n° 3, pp. 540-542 ; P. SALVAGE-GEREST, « Contestation de l'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État », *dt. fam.* juillet 2010, com. 114, pp. 31-34 ; J. MASSIP, « Les grands-parents peuvent-ils, après un accouchement secret, former un recours contre l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État ? », *LPA* novembre 2010, n° 230, pp. 9-14 ; Cour d'appel d'Angers, 26 janvier 2011, affaire *époux Oger c./ Président du conseil général de Maine et Loire et autres*, RG :10/01339 ; A. GOUTTENOIRE, « Grands-parents envers et contre tout », *lexbase hebdo* février 2011, n° 427 ; J. GALLOIS, « L'intérêt supérieur de l'enfant prime le droit de sa mère de l'abandonner », *RLDC* 2011, n° 80, pp. 45-46 ; B. WEISS-GOUT, « Une nouvelle étape dans les problématiques engendrées par le choix de l'accouchement sous X », *gaz.pal.* mars 2011, pp. 9-13 ; J. HAUSER, « où et comment accoucher, accouchement anonyme : la fin est-elle pour demain ? », *RTD civ.* 2011, pp. 336-337 ; S. MOISDON-CHATAIGNER, « L'avenir d'un enfant né sous X est-il auprès de ses grands-parents maternels ? », *RDSS* 2011, n° 2, pp. 329-340 ; Th. GARÉ, « L'accouchement sous X et les grands-parents », *D.* 2011, n° 15, pp. 1053-1055.

1759. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 631, p. 573.

1760. P. VERDIER, « Né de grands-parents inconnus », *JDJ* juin 2010, n° 296, p. 62.

1761. D. FENOUILLET, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », *LPA* mars 2010, n° 59, p. 7.

1762. M.-Ch. MEYZEAUD-GARAUD, « L'adoption d'un enfant né sous X : quelle place pour les grands-parents ? », *RLDC* 2010.

cadre d'une action relative à la filiation. En effet, l'article 16-11 du Code civil restreint les cas dans lesquels il est possible de procéder à l'identification d'une personne par le biais de ses empreintes génétiques, notamment aux hypothèses d'action relatives à la filiation. Or seul l'enfant, au terme des articles 325 et 327 du Code civil, a la qualité pour faire établir sa filiation, et ils n'étaient pas ses représentants légaux¹⁷⁶³.

Déboutés en première instance, les époux Oger font valoir une seconde fois leurs arguments devant la cour d'appel d'Angers qui se fonde sur la marge d'appréciation laissée aux juges du fond par le texte, pour déduire de l'information que les grand-parents avaient obtenus des confidences de leur fille le lien qui les unissait à l'enfant : « En l'espèce, l'intérêt d'Hélène doit s'apprécier en considération des éléments de fait, sans pouvoir occulter la réalité biologique qui a établi que les époux Oger étaient les grands-parents de l'enfant ». La cour d'appel va préciser qu'à travers les différentes démarches qu'elle avait accompli, madame Oger avait manifesté un lien affectif avec l'enfant qui n'avait pas pu s'épanouir à cause des démarches du Conseil général¹⁷⁶⁴. La cour d'appel d'Angers utilise donc le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'Homme relatif à la vie familiale projetée pour faire prospérer leur requête¹⁷⁶⁵.

Cette décision est toutefois restée isolée puisque dans une affaire récente, jugée à partir de faits similaires, le tribunal de grande instance de Metz a décidé que « *Doit être rejetée la demande de la grand-mère biologique de l'enfant né sous X souhaitant obtenir la garde, faute pour elle de pouvoir justifier d'un lien suffisant au sens de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles* »¹⁷⁶⁶. Le tribunal a précisé à cette occasion « *que ce lien doit être distingué de la simple affection voire de l'intérêt, qui sont des sentiments et non des liens* »¹⁷⁶⁷.

247. Évolution législative. Il faut rappeler que l'article L. 224-8 de l'action sociale et des familles avait été initialement pensé de manière générale : non pas pour les hypothèses d'accouchement anonyme et secret, mais pour les situations de décès des parents

1763. J. MASSIP, « Les droits de la famille biologique en cas d'accouchement anonyme », *JCP* 2010, n° 598, p. 1122.

1764. A. GOUTTENOIRE, « Grands-parents envers et contre tout », *lexbase hebdo* février 2011, n° 427.

1765. *Ibidem*.

1766. F. VASSEUR-LAMBRY, « Les messages troublants du juge de la filiation : l'accouchement sous X en question », *LPA* juillet 2012, n° 137, p. 13.

1767. F. VASSEUR-LAMBRY, *idem*, p. 16.

ou d'abandon de l'enfant par ses parents. Dans un tel cas, il existe des tiers identifiables à qui la décision peut, le cas échéant, être signifiée puisqu'il y avait entre l'enfant et ses parents un lien de filiation¹⁷⁶⁸. Par ailleurs, ces personnes étaient obligatoirement averties de la procédure dont l'enfant est l'objet, sans qu'aucune démarche supplémentaire ne soit nécessaire puisque par hypothèse ils avaient recueilli l'enfant. Par cette publicité restreinte, le législateur entendait sans doute éviter les tentatives de captation d'enfant tout en donnant à la loi une grande souplesse pour s'adapter au cas d'espèce propre à chaque enfant¹⁷⁶⁹. L'exercice de cette liberté par la mère a justement été pensé pour que l'enfant ne soit rattachable à personne ni dans le temps, ni dans l'espace, afin que la femme puisse s'émanciper, si besoin, de la pression de son entourage¹⁷⁷⁰.

Cependant, les actions répétées à l'encontre de l'accouchement anonyme et secret posaient finalement la question de savoir si l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles était conforme à la Constitution. En effet, plusieurs critiques avaient vu le jour. D'une part, le père de l'enfant qui, en principe, aux termes de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles pouvait agir contre l'arrêté de placement de l'enfant, se trouvait totalement démuné parce qu'il n'était parfois même pas informé du lieu de naissance de l'enfant¹⁷⁷¹. D'autre part, la famille de la femme qui accouche, lorsqu'elle était informée de la décision de celle-ci, avait le plus grand mal à justifier de son lien avec l'enfant¹⁷⁷². Saisi par la

1768. A. BATTEUR, « Le recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État devra être effectif », *EDFP* septembre 2012, n° 137, p. 2.

1769. J. HAUSER, « Délai de contestation de l'admission en qualité de pupille de l'État », *RTD civ.* 2012, p. 523.

1770. *Ibidem*.

1771. Voir *supra* n° 134.

1772. « Mais attendu que l'intervention des époux X..., qui en s'opposant à l'adoption plénière et en prétendant assurer la charge de l'enfant, ou au moins, créer des liens avec lui forment des demandes propres, est une intervention principale ; qu'elle suppose la réunion d'un intérêt et d'une qualité pour agir, que l'arrêt retient, d'abord, par motifs propres et adoptés, que, pour leur conférer qualité pour agir, doivent être établis le lien de filiation qui les unit à D... X..., et celui allégué entre celle-ci et C... ; puis, que le nom de la mère ne figure pas dans l'acte de naissance de l'enfant et que celle-ci a, au contraire, souhaité que son identité ne soit pas connue, aucune reconnaissance ou possession d'état n'ayant en conséquence existé ; encore que l'action n'est pas une contestation, prescrite, de l'immatriculation de l'enfant comme pupille de l'État, le 15 février 2006, ou de son placement, le 3 mai 2006, en vue de l'adoption ; que la cour d'appel a exactement déduit de ces éléments, sans que la modification, par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, de l'article 326 du Code civil soit susceptible de modifier cette situation, qu'en l'absence de filiation établie entre leur fille et C..., les époux X..., n'avaient pas qualité pour intervenir à l'instance en adoption » : Cass. civ. 1re, 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-20153, *bull.* 2009, I, n° 158 ; A. GOUTTENNOIRE, « Pour qu'il y ait des grands-parents il faut qu'il y ait des parents », *lexbase hebdo* 2009, n° 359 ; Y. FAVIER, « Les grands-parents d'un enfant né sous X n'ont ni intérêt ni qualité pour agir », *JCP* 2009, n° 31, p. 11 ; P. MURAT, « Les grands-parents, l'accouchement anonyme de leur fille et l'adoption de l'enfant : suite », *dt. fam.* septembre 2009, comm. 108, pp. 28-30 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Pas de grands-parents sans parents », *RJPF* 2009, n° 9, pp. 25-27 ; Th. TAURAN, « Actualité jurisprudentielle. Enfance », *RDSS* 2009, pp. 972-975 ; E. POULIQUEN, « Enfants nés « sous X » : leurs grands-parents ne peuvent s'opposer à leur adoption », *RLDC* 2009, n° 64, p. 52 ; J. HAUSER, « L'enfant sous X... n'a-t-il ni père, ni grands-parents : l'enfant ectoplasme d'adoption », *RTD civ.* 2009, pp. 708-711 ; J. MASSIP, « De quelques problèmes posés par les accouchements anonymes », *gaz. pal.* 2009 n° 364, pp. 4-7 ; L. MONTILLET,

Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 224-8 contraire à la constitution dans sa décision du 15 mai 2012¹⁷⁷³.

Cependant, conscient des conséquences néfastes que pouvait avoir sa décision si elle était appliquée immédiatement, le Conseil constitutionnel en a aménagé les effets dans le temps¹⁷⁷⁴. La modification récente de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles a introduit, au terme d'une rédaction complexe, une nouvelle forme de prise en compte de l'entourage de la femme qui souhaite accoucher de manière anonyme et secrète¹⁷⁷⁵. Si désormais, il est clairement établi qu'ils ont le droit de contester l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État sans devoir justifier d'un lien avec l'enfant, ils n'ont pas

« L'équilibre délicat entre la filiation d'origine et la filiation adoptive de l'enfant accouché sous X après la réforme du 16 janvier 2009 », *RLDC* 2010, n° 68, pp. 34-38 ; J. MASSIP, « Les droits de la famille biologique en cas d'accouchement anonyme », *JCP* 2010, n° 22, pp. 1119-1123 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation janvier 2009-avril 2010 », *D.* 2010, pp. 1442-1449.

1773. Conseil constitutionnel, décision n° 2012-268 QPC, 27 juillet 2012 ; Cass. civ. 1re, 6 juin 2012, pourvoi n° 11-27071 ; F. EUDIER, « Recours à l'encontre de l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État : inconstitutionnalité de l'article L. 224-8 alinéa 1er du Code de l'action sociale et des familles », *AJ fam.* 2012, p. 454 ; J. HAUSER, « Délai de contestation de l'admission en qualité de pupille de l'État », *RTD civ.* 2012, p. 523 ; A. BATTEUR, « Le recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État devra être effectif », *EDFP* septembre 2012, n° 137, p. 2 ; J. HAUSER, « Des délais pour recourir contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État : une décision à suivre », *RTD civ.* 2012, pp. 718-719 ; Cl. NEIRINCK, « L'inconstitutionnalité du premier alinéa de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles », *dt. fam.* octobre 2012, pp. 22-24 ; A. NIEMEC-GOMBERT, « L'inconstitutionnalité de l'absence de publicité des arrêtés d'admission d'enfants en qualité de pupille de l'État », *LPA* octobre 2012, n° 211, pp. 6-12 ; G. CHAUCHAT-ROZIER, « Inconstitutionnalité de l'admission en qualité de pupille de l'État », *RLDC* 202, n° 98, pp. 39-40.

1774. « Considérant que l'abrogation immédiate des dispositions critiquées aurait pour effet de supprimer le droit de contester l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État et aurait des conséquences manifestement excessives ; qu'afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il y a lieu de reporter au 1er janvier 2014 la date de cette abrogation ; qu'elle n'est applicable qu'à la contestation des arrêtés d'admission en qualité de pupille de l'État pris après cette date ».

1775. Loi n° 2013-673 du 26 juillet 2013 : « I - L'enfant est admis en qualité de pupille de l'État par arrêté du président du conseil général pris soit après la date d'expiration des délais prévus aux 1° à 4° de l'article L. 224-4 en cas d'admission en application de ces mêmes 1° à 4°, soit une fois le jugement passé en force de chose jugée lorsque l'enfant est admis dans les conditions prévues aux 5° ou 6° du même article.

II - L'arrêté mentionné au I peut être contesté par : 1° les parents de l'enfant, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'un retrait total de l'autorité parentale ; 2° les membres de la famille de l'enfant ; 3° le père de naissance ou les membres de la famille de la mère ou du père de naissance lorsque l'enfant a été admis en application du 1° de l'article L. 224-4 ; 4° toute personne ayant assuré la garde de droit ou de fait de l'enfant. L'action n'est recevable que si le requérant demande à assumer la charge de l'enfant.

III - L'arrêté mentionné au I est notifié aux personnes mentionnées au 1° du II, ainsi qu'à celles mentionnées aux 2° et 4° du même II qui, avant la date de cet arrêté, ont manifesté un intérêt pour l'enfant auprès du service de l'aide sociale à l'enfance. Cette notification, qui est faite par tout moyen permettant d'établir une date certaine de réception, mentionne les voies et délais de recours ainsi que la juridiction compétente. Elle précise que l'action n'est recevable que si le requérant demande à assumer la charge de l'enfant.

IV - Le recours contre l'arrêté mentionné au I est formé, à peine de forclusion, devant le tribunal de grande instance dans un délai de trente jours à compter de la date de la réception de sa notification.

V - S'il juge la demande conforme à l'intérêt de l'enfant, le tribunal prononce l'annulation de l'arrêté mentionné au I et confie l'enfant au demandeur, à charge, le cas échéant, pour ce dernier de requérir l'organisation de la tutelle, ou lui délègue les droits de l'autorité parentale. Dans le cas où il rejette le recours, le tribunal peut autoriser le demandeur dans l'intérêt de l'enfant, à exercer un droit de visite dans les conditions qu'il détermine ».

pour autant le droit de se voir signifier cette décision pour qu'elle leur soit opposable. Que ce soit le père ou tout autre membre de la famille génétique, le choix de l'accouchement anonyme et secret par la mère a toujours pour conséquence de les maintenir à l'écart. Il reste que comme l'a montré une étude de l'Institut national d'études démographiques, les femmes dépendantes de leurs parents reprennent plus souvent que les autres leur enfant, ce qui pourrait se justifier par certaines pressions familiales comme les affaires récentes semblent le montrer¹⁷⁷⁶. Il n'est cependant pas certain que ce choix à l'égard de la famille élargie de l'enfant, qui ne donne aucune faveur particulière à son père, soit nécessairement le plus opportun.

248. Filiation maternelle. La demande d'anonymat ayant des conséquences graves pour la filiation de l'enfant, il est laissé à la mère biologique un délai de deux mois pour revenir sur sa décision et demander à ce que l'on établisse finalement un lien de filiation entre elle et l'enfant. Le délai de repentir de la mère doit être compris, au regard de la gravité de l'acte pour les droits de l'enfant, comme une deuxième chance pour lui de bénéficier d'un lien de filiation avec sa mère biologique. Toutefois, ce délai doit également tenir compte du droit pour l'enfant de ne pas voir son sort suspendu trop longtemps à l'incertitude discrétionnaire de l'exercice de la liberté d'un tiers. Une fois écoulé ce délai, la mère de l'enfant ne peut plus obtenir d'information le concernant¹⁷⁷⁷. L'enjeu était de trouver un équilibre entre le droit de l'enfant à « ses » parents et le droit de l'enfant à « des » parents de substitution. Or, la plupart du temps, le délai de réflexion est envisagé du point de vue des droits de la mère, du père ou des tiers de « retrouver » son enfant¹⁷⁷⁸, en oubliant que l'enfant a également le droit à un environnement stable¹⁷⁷⁹.

¹⁷⁷⁶. B. BARÈGES, *Rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, 12 novembre 2010, p. 43.

¹⁷⁷⁷. Conseil d'État, 17 octobre 2012, *affaire Bussa*, n° 348440 ; P. TIFINE, « Responsabilité pour faute présumée des départements en cas de divulgation de renseignements permettant à la mère biologique d'identifier un enfant adopté né sous X », *revue générale du droit* 2012 ; A. GOUTTENOIRE, « Panorama de droit de l'enfant (octobre-novembre 2012) » ; *lexbase hebdo* 2012, n° 507 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Droit à l'anonymat de la famille adoptive », *procédures* 2012, n° 12, pp. 26-27 ; Ch. PAILLARD, « Une nouvelle hypothèse de présomption de faute », *droit administratif* 2013, n° 1, pp. 45-46 ; M.-Ch. ROUAULT, « Quand une révélation en produit une autre », *RLCT* 2013, n° 86, pp. 21-23 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme : informer l'enfant, peut-être, mais pas trop ! », *RTD civ.* 2013, pp. 104-105 ; B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Le département présumé responsable en cas de divulgation d'informations confidentielles relatives à l'adoption d'un enfant né sous X », *JCP A.* 2013, n° 5, pp. 33-36 ; G. EVEILLARD, « Droit administratif », *JCP* 203, n° 6, pp. 272-279 ; H. RIHAL, « La violation du secret professionnel par l'aide sociale à l'enfance, un nouveau cas de présomption de faute », *AJDA* 2013, n° 6, pp. 362-363 ; E. POULIQUEN, « Interdiction de divulgation d'informations concernant un enfant adopté », *RLDC* 2013, n° 102, pp. 50-51 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial. Janvier 2012-décembre 2012 », *D.* 2013, n° 12, pp. 798-804 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Mars 2012-mars 2013 », *D.* 2013, n° 21, pp. 1436-1444.

¹⁷⁷⁸. J.P. MARGUÉNAUD, « Les désillusions strasbourgeoises de l'accouchée sous X repentante », *RTD civ.* 2008, p. 252.

¹⁷⁷⁹. C'est ce que rappellent tant la Cour de cassation que la Cour européenne des droits de l'Homme à travers

La question de la conformité du délai de deux mois aux droits de la mère et de l'enfant a été posée lorsqu'une jeune femme irlandaise est venue en France pour bénéficier de l'accouchement anonyme et secret, interdit dans son pays¹⁷⁸⁰. Plusieurs mois après son accouchement, elle tentait de revenir sur sa décision et se heurtait au refus des services sociaux qui avaient recueilli l'enfant¹⁷⁸¹. La mère génétique de l'enfant faisait valoir que la remise de l'enfant en vue de son adoption était atteinte d'un vice du consentement puisqu'elle n'aurait reçu que des informations ambiguës sur le délai pendant lequel elle pouvait reprendre son enfant. La Cour de cassation avait alors considéré qu'« *en l'absence de reconnaissance, la filiation n'était pas établie de sorte que le consentement de madame Z... n'avait pas à être constaté lors de la remise de l'enfant* »¹⁷⁸². Si le consentement de la mère n'avait pas à être constaté, c'est parce que la mère qui demande l'accouchement secret et anonyme agit au titre de l'exercice d'une liberté qui lui est propre. L'exercice d'une liberté est un choix qui est laissé à l'appréciation discrétionnaire de la personne qui en est titulaire et n'a pas à en justifier l'usage¹⁷⁸³. La remise de l'enfant n'est, de ce fait, pas un acte juridique mais un fait juridique¹⁷⁸⁴. En conséquence, la validité du consentement n'avait pas à être constaté à ce stade, et cela d'autant plus qu'assistée d'un avocat, elle était venue de son pays pour bénéficier des effets de ce dispositif¹⁷⁸⁵.

leur jurisprudence récente, qui tend à laisser systématiquement les enfants dans leur famille de substitution.

1780. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; F. SUDRE, *Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *JCP* juillet 2008, I, n° 167, pp. 25-30 ; M.-C. LE BOURSICOT, « Accouchement sous le secret : cette fois, la CEDH valide le dispositif du côté de la mère », *RLDC* 2008, pp. 39-40 ; Th. GARÉ, « La CEDH conforte la validité du système français d'accouchement sous X », *RJPF* 2008, pp. 23-24 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Les désillusions strasbourgeoises de l'accouchée sous X repentante », *RTD civ.* 2008, pp. 252-255 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme : satisfecit provisoire au droit français », *RTD civ.* 2008, pp. 285-286 ; A. GOUTTENOIRE, « Le consentement de la femme qui accouche sous X doit être libre et éclairé », *lexbase hebdo* 2008, n° 297 ; Cl. NEIRINCK, « Retour sur un accouchement sous X validé par la CEDH », *RDSS* 2008, pp. 353-359 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Accouchement sous X : la CEDH valide le délai de deux mois à l'issue duquel la restitution de l'enfant est possible », *RLDC* 2008, pp. 43-44 ; A. TON NU LAN, « Abandon d'un enfant sans filiation établie : le consentement à la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance n'est toujours pas requis », *RJPF* 2004.

1781. M. BRUGGEMAN, « L'adoption de l'enfant né sous X et le droit au respect de la vie familiale », *dt. fam.* février 2008, alertes n° 13, p. 5.

1782. Cass. civ. 1re, 6 avril 2004, pourvoi n° 03-190126, *bull.* 2004, I, n° 107, p. 87 ; P. MURAT, « Remise de l'enfant à l'ASE : pas de vice du consentement pour la femme accouchée anonymement », *dt. fam.* juillet 2004, pp. 23-25 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation : panorama 2004 », *D.* 2005, n° 26, pp. 1748-1754 ; F. BICHERON, « Accouchement sous X : irrecevabilité d'une rétractation tardive », *AJ fam.* 2004, p. 241 ; J. HAUSER, « Accouchement sous X et rétractation : de mieux en mieux... », *RTD civ.* 2004, p. 496 ; F. MONÉGER, « L'accouchement sous X d'une mère de nationalité étrangère », *RDSS* 2004, p. 691.

1783. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1121, p. 443.

1784. I. ARDEEFF, « Le droit pour une mineure d'accoucher sous X », *JCP* 1997, II, 22749.

1785. On retrouve le même type de raisonnement de la part de la cour d'appel d'Orléans dans l'affaire Charnolé : « *Qu'en tout état de cause le délai entre l'accouchement et le placement de l'enfant en vue de son adoption, bientôt quatre mois, ou celui écoulé jusqu'à l'expiration du délai de 15 jours à compter de la délibération du conseil de famille, trois mois, permettait au père, entouré de ses parents, de réfléchir et de prendre conseil* » : cour d'appel d'Orléans, chambre de la famille, 11 mai 2010, affaire *Charnolé et aures c./ Péot et autres*, RG : 09/01827.

Il convient de préciser que l'accouchement anonyme et secret est justement pensé pour être utilisé même dans les cas où le consentement ne pourrait pas être recueilli, comme ce serait par exemple le cas pour une personne mineure qui n'a pas la capacité pour consentir à des actes juridiques¹⁷⁸⁶. C'est qu'il existe bien souvent une confusion sémantique sur la question de l'abandon de l'enfant consécutif à un accouchement anonyme et secret¹⁷⁸⁷. En effet, l'abandon d'enfant en tant que tel est un acte qui relève de l'exercice de l'autorité parentale et qui implique qu'il existe un lien de filiation entre la mère et l'enfant ; ce qui n'est pas le cas en matière d'accouchement anonyme et secret. C'est pourquoi, en l'absence de lien de filiation et donc, en l'absence d'exercice de l'autorité parentale, la Cour de cassation a considéré qu'il n'y avait pas lieu de constater le consentement à l'adoption de la requérante. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme en revanche, la notion de consentement à l'acte était bien présente. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme qui a une vision autonome des concepts juridiques, privilégie le principe d'une filiation fondée sur le lien génétique abstrait et qui de ce fait, est indépendante de sa consécration en droit interne. Cependant, elle déduisait des faits que la femme qui était venue en France pour bénéficier d'un système favorable à ses besoins et qui avait pris la peine de se faire assister d'un avocat, avait nécessairement bénéficié d'un éclairage suffisant au moment de donner son consentement¹⁷⁸⁸.

Par ailleurs, comme la Cour européenne des droits de l'Homme le rappelle dans cette affaire, des travaux menés pas des professionnels de l'enfance montrent que l'enfant doit pouvoir bénéficier, le plus tôt possible, de relations affectives stables au sein d'une famille¹⁷⁸⁹. Dès lors qu'il n'existe pas entre les États membres de consensus relatif à ce type de délai, la Cour estime que « *le délai prévu par la législation française vise à atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisants entre les intérêts en cause* »¹⁷⁹⁰. Le mécanisme n'est certes pas parfait¹⁷⁹¹, mais dans la mesure où le droit français ne consacre pas de droit de l'enfant d'être

1786. Cass. civ. 1re, 5 novembre 1996, pourvoi n° 96-11073, *bull.* 1996, I, n° 368, p. 259 ; J. MASSIP, « La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme », *degrénois* 1997, n° 11, p. 718 ; J. HAUSER, « La liberté qui opprime et la loi qui libère », *RTD civ.* 1997, p. 98 ; J. MASSIP, « La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme », *D.* 1997, p. 587 ; I. ARDEEFF, « Le droit pour une mineure d'accoucher sous X », *JCP* 1997, II, 22749.

1787. Voir *supra* n° 243.

1788. Un certain nombre de témoignages laissent toutefois penser que l'information n'est pas toujours délivrée de manière loyale, en particulier lorsque les parents génétiques sont pris en charge par des associations dont le but est de faciliter les adoptions. Voir par exemple *infra* n° 143.

1789. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04, § 80.

1790. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04, § 83.

1791. J.P. MARGUÉNAUD, « Les désillusions strasbourgeoises de l'accouchée sous X repentante », *RTD civ.* 2008, p. 252.

élevé par sa mère biologique, l'accouchement anonyme ne constitue que l'une des formes que peut prendre la non retranscription du nom de la mère dans l'acte de naissance.

249. Recherche de maternité. Depuis la ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 par la loi du 16 janvier 2009, l'article 326 du Code civil a été modifié de sorte que la décision de la mère d'accoucher de manière secrète et anonyme ne constitue plus une fin de non recevoir à l'action en recherche de maternité de l'enfant¹⁷⁹². Sous réserve que l'enfant ne bénéficie pas déjà d'une filiation maternelle, par le biais de l'adoption par exemple, et que la prescription de dix ans ne soit pas écoulée¹⁷⁹³, l'enfant peut désormais agir en recherche de maternité¹⁷⁹⁴. Toutefois, l'action de l'enfant en recherche de maternité présente des caractéristiques singulières dans le cadre de l'accouchement anonyme et secret. En effet, dans la mesure où l'article 325 du Code civil dispose que « *L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché* », il faut en déduire que la démonstration de l'accouchement est impérative¹⁷⁹⁵. Mais dans ce cas, quelle preuve est-elle recevable pour démontrer l'existence d'un fait qui n'a jamais existé juridiquement ?

250. Preuve génétique. La reine des preuves est soit l'acte de naissance, soit le document délivré à la mère de l'enfant par la maternité. Cependant, par hypothèse, le recours à l'accouchement anonyme et secret fait disparaître toutes ces preuves. L'enfant ne peut donc, dans ce cas, se prévaloir que de preuves indirectes. Or l'accouchement peut-il être

1792. Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, *JORF* n° 0015 du 18 janvier 2009, p. 1062 ; A. BATTEUR, « La ratification de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 par la loi du 16 janvier 2009 », *EDFP* avril 2009, n° 1, p. 1 ; J. MASSIP, « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *LPA* juin 2009, n° 113, p. 3 ; J. MASSIP, « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *Deffrénois* 2009, n° 38913, p. 591 ; J.D. SARCELET, « Filiation et famille : une vérité qui dérange », *D.* 2009, chr., pp. 2876-2881 ; A. GOUTTENOIRE, « L'actualité du point de vue de l'enfant », *gaz. pal.* décembre 2009, pp. 340-342 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009, chr., pp. 966-971 ; G. VIAL, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », *dt. fam.* avril 2009, études 18, pp. 9-15 ; M.-C. LE BOURSICOT, « L'abrogation de la fin de non-recevoir à la recherche de maternité résultant du secret de l'accouchement », *RJPF* avril 2009, pp. 5-11 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification », *RLDC* 2009, pp. 37-41 ; Th. GARÉ, « Réforme de la filiation : à propos de la loi du 16 janvier 2009 », *JCP N.* 2009, pp. 8-10 ; Th. GARÉ, « La réforme de la filiation. A propos de la loi du 16 janvier 2009 », *JCP* 2009, actualité n° 59, pp. 7-9 ; A. GOUTTENOIRE, « La ratification de l'ordonnance relative à la filiation : une réforme de la réforme », *lexbase hebdo* 2009, n° 334.

1793. Article 321 du Code civil : « *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 été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. A l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité* ».

1794. A. GOUTTENOIRE, « La ratification de l'ordonnance relative à la filiation : une réforme de la réforme », *lexbase hebdo* 2009, n° 334.

1795. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, n° 1951, p. 828.

démontré par une preuve indirecte ? Le Code civil ne donnant aucune précision, il faut en déduire que c'est l'article 310-3 qui trouve à s'appliquer : « *Si une action est engagée en application du chapitre III du présent titre, la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action* ». Dès lors, il est possible de considérer que, comme pour toutes les actions relatives à la filiation, la preuve génétique est de droit, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y recourir. Cependant, on le sait, le législateur et la jurisprudence sont particulièrement hostiles à l'admission des conventions de femme porteuse en France, quelles que soient leur forme. Or, prouver la filiation maternelle par une preuve indirecte de l'accouchement, telle que la preuve génétique, présente le risque de couvrir certaines conventions de femme porteuse¹⁷⁹⁶. L'accouchement anonyme et secret pourrait donc constituer un motif légitime de ne pas recourir à la preuve génétique au sens de la Cour de cassation.

251. Preuve testimoniale. L'association par le législateur de l'anonymat de la femme qui accouche et du secret de l'accouchement a transféré cet acte qui, en principe, relevait de la vie familiale¹⁷⁹⁷, vers la vie privée¹⁷⁹⁸ au sens de la Cour européenne des droits de l'Homme. En exerçant cette liberté, la mère renonce à créer un lien familial entre elle et l'enfant. Ils ne sont donc unis que par un lien génétique dont la connaissance relève de l'exercice de la vie privée de l'enfant¹⁷⁹⁹. Les informations relatives à l'accouchement sont, à ce titre, protégées par l'État qui en organise l'accès par l'enfant avec le consentement de sa mère génétique. De ce fait, il est possible d'affirmer que l'enfant ne pourrait pas produire en justice le témoignage des membres de l'équipe médicale qui, par hypothèse, sont tenu au secret¹⁸⁰⁰. Reste cependant le cas des proches de la mère à qui elle a pu demander de l'aide durant sa grossesse et qui, au titre de la nouvelle rédaction de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, ont le droit d'attaquer l'arrêté de placement de l'enfant en tant que pupille de l'État s'ils souhaitent assumer la garde de l'enfant¹⁸⁰¹.

La vie privée est protégée tant par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, que par l'article 9 du Code civil¹⁸⁰². Chacun dispose alors de la maîtrise

1796. Voir *supra* n° 146.

1797. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04, § 72.

1798. Affaire *Odièvre c./ France*, 13 février 2003, requête n° 42326/98, § 28.

1799. Voir *supra*. n° 295.

1800. G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, thèse, n° 145, p. 208.

1801. *Idem*, n° 149, p. 216.

1802. C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 38, p. 30.

complète des informations identifiées comme relevant de sa vie privée. Le « maître du secret » peut ainsi décider de ne jamais révéler certaines informations, ou au contraire peut renoncer à son droit au secret, et rendre publique une information¹⁸⁰³. La maîtrise de l'information implique également la faculté de partager cette information avec des tiers qui en sont alors de simples dépositaires. La différence entre le dépositaire et le « maître du secret », qui en est « propriétaire », c'est que le dépositaire n'a pas, en dehors des cas prévus par la loi, le droit d'utiliser pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, cette information. Il doit se conformer à la volonté de celui qui en est le maître. Lorsque les tiers, qui sont en général la sœur de la mère ou sa propre mère, sont informés par la mère de l'enfant, en tant que simples dépositaires d'une information qui ne leur appartient pas, ils devraient, en principe, en respecter le contenu et le garder pour eux¹⁸⁰⁴. Pourraient-ils produire par exemple le journal intime de la mère à titre de preuve¹⁸⁰⁵?

Dans la mesure où la mère de l'enfant n'a pas l'obligation de leur délivrer cette information, et dans la mesure où les tiers ne bénéficient à proprement parler d'aucune action pour agir en justice sur le fondement de cette information, ils ne devraient pas pouvoir la divulguer à l'enfant ou à d'autres tiers sans l'autorisation de la principale intéressée. Si la loi, au-delà du respect dû à la vie privée d'autrui, ne leur interdit pas formellement de se servir de cette information, il est possible de se demander s'il leur serait possible de témoigner devant un tribunal au soutien de l'action de l'enfant en recherche de maternité. Puisque le législateur a donné à la mère la liberté de se prévaloir de ce secret à l'égard de l'enfant, n'y a-t-il pas atteinte à la vie privée de la mère d'utiliser l'information qu'elle leur avait confiée pour démontrer l'accouchement ? Certes, cette atteinte trouve sa justification et sa proportionnalité dans la nécessité de faire établir la filiation de l'enfant. Cependant, si l'on prend l'exemple des époux Oger, leur action a entravé le processus d'adoption de l'enfant et l'a ainsi privé d'une filiation adoptive, rendant, de fait, nécessaire l'action en recherche de maternité pour compenser cette absence de filiation de substitution. La situation de l'enfant leur étant directement imputable, puisqu'ils ont entravé l'exercice de la liberté de la mère, il n'est pas certain que leur témoignage soit recevable pour démontrer que l'accouchement a bien eu lieu. De plus, admettre la preuve testimoniale pour prouver l'accouchement ne présente-t-il pas le risque de couvrir des conventions de femme porteuse dans des affaires moins médiatisées et peut-être

1803. S. ABRAVANEL-JOLLY, *La protection du secret en droit des personnes*, n° 763, p. 220.

1804. A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996, p. 535.

1805. J. HAUSER, « Le feuilleton du journal intime continue », *RTD civ.* 2000, p. 812.

plus complexes¹⁸⁰⁶?

252. Preuve conservée au titre du droit de l'enfant de connaître ses origines. Il est également possible de se poser la question de savoir si, dans ce cas, l'enfant sans filiation pourrait se servir des informations laissées par sa mère au moment de l'accouchement anonyme et secret pour établir sa filiation¹⁸⁰⁷. En effet, dans la mesure où le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles encourage les femmes à laisser des informations sur les origines de l'enfant, il pourrait se trouver des cas dans lesquels l'enfant serait en mesure d'établir sa filiation à partir de ces informations. Il n'est d'ailleurs pas certain que leur destination initiale exclut cette hypothèse. Néanmoins, le risque est de voir certaines femmes se méfier des services de l'État. Afin de laisser le moins d'informations possible sur leur grossesse, elles pourraient chercher à s'isoler alors qu'elles seront en situation de détresse¹⁸⁰⁸. Il n'est pas certain que les droits de l'enfant en sortent mieux préservés.

253. Origine ou filiation. Que ce soit dans l'esprit du législateur, ou sous la plume de la jurisprudence, il existe une large confusion entre le droit de l'enfant à la filiation, et le droit de l'enfant de connaître ses origines. La distinction mériterait d'être clarifiée dans l'intérêt de l'enfant, notamment pour déterminer une foi pour toutes quelles sont les conséquences patrimoniales pour l'enfant de la multiplication de ces liens à son égard. Cette étude a montré qu'il n'existe à proprement parler aucun droit pour l'enfant à bénéficier de parents en particulier. Son seul droit doit donc trouver à s'exprimer à travers la qualité des informations qui seront documentées sur ses origines. Dès lors, il est impératif d'envisager un nouvel ordre public de la filiation qui en tienne compte. En ce sens, il faut sans doute regretter la nouvelle rédaction de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles qui, plutôt que d'encourager les femmes à laisser des informations sur les origines de l'enfant, va au contraire les convaincre qu'elles doivent s'isoler pour ne pas être retrouvées par leur famille

1806. « Attendu qu'au fond, la rectification sollicitée de l'acte de naissance de l'enfant Saber porte sur l'identité complète de la mère du mineur, la filiation maternelle du mineur ayant été établie à la faveur de l'usage d'une identité inexacte et mensongère ; que cependant aucune des pièces communiquées ne permet de vérifier que l'enfant prénommé Saber X... est bien l'enfant dont la mère prétendue, Madame Asli Y... Z... née le 6 août 1976 à Djibouti, aurait accouché le 10 mai 2002 à Ecully » : cour d'appel de Lyon, 9 janvier 2012, affaire Souber X... c./ procureur général près la cour d'appel de Lyon, RG : 10/01430.

1807. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, n° 1937, p. 823.

1808. Il semble que lorsque la femme a mis son compagnon au courant de sa décision d'accoucher de manière anonyme et secrète, il s'agisse d'une décision prise en couple ; tout au moins en concertation. En revanche, il est probable que les femmes ne trouvent pas toujours une écoute favorable lorsqu'elles partagent cette décision avec leur famille, puisque les chiffres montrent qu'elles reprennent plus souvent leur enfant que les autres femmes. Au final, cette loi ne renforce pas réellement les droits du père (par exemple en créant un fichier informatique national des naissances anonymes), et facilite l'intrusion de la famille de la femme dans cette décision souvent très lourde à prendre.

ou par l'enfant en cas d'accouchement anonyme et secret. Pourquoi le législateur n'a-t-il pas encouragé l'information du père de l'enfant ? Pourquoi n'a-t-il pas mis en place, par l'intermédiaire des services du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles un meilleur moyen de collecter les informations sur les grands-parents de l'enfant ? Il aurait peut-être été préférable d'encourager ceux qui le souhaitent à laisser des informations, auxquelles l'enfant pourrait accéder plus tard, à vingt huit ans par exemple, sans qu'il soit nécessaire pour lui d'obtenir le consentement de sa mère.

254. Conclusion de la section. Existe-t-il un véritable droit de l'enfant de faire établir sa filiation ? N'est-il pas en train de se transformer en droit de l'enfant à des parents en particulier ? Les réponses ne sont pas évidentes à donner. En effet, la maîtrise négative de la fécondité féminine a fait émerger l'hypothèse de la maîtrise positive de cette même fécondité donnant à penser qu'il existerait pour les femmes une liberté de devenir ou de ne pas devenir parent. A l'inverse, le critère de l'exactitude génétique a été substitué au flou qui entourait jadis la filiation paternelle, de sorte que désormais il est toujours possible de savoir qui est le père de l'enfant. L'homme à qui l'on reprochait hier de fuir ses responsabilités lorsqu'il n'assumait pas la parentalité que « subissait » le couple, a le sentiment d'être seul à subir une décision dont la maîtrise positive ou négative est exclusivement laissée entre les mains de la femme. Cette sensation de privation d'une liberté avait sans doute été amplifiée parce qu'il voyait souvent son rôle de géniteur peu flatteur être doublé d'un rôle de débiteur d'aliment non moins enviable lorsque la mère exerçait, en représentation de l'enfant, une action en recherche de paternité. Les rigueurs de ces excès du passé ont sans doute été en partie atténués par la consécration du principe de la coparentalité, qui lui permet, en contrepartie de cette filiation imposée, d'avoir un rôle positif, s'il le souhaite, dans la protection et l'éducation de l'enfant¹⁸⁰⁹.

Il reste que, du point de vue de l'enfant, ces changements n'ont pas été sans conséquence. En effet, la liberté manifestée par ses géniteurs autour de sa filiation a fait apparaître l'idée suivant laquelle il pouvait utiliser les actions relative à sa filiation non plus

1809. Sous réserve de l'application des dispositions de l'article 372 du Code civil : « *Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale. Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant. L'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales* ».

seulement pour bénéficier d'un lien de filiation lorsqu'il n'en avait pas, mais pour obtenir des parents en particulier. C'est ainsi que la prise en compte de l'intérêt de l'enfant est apparu comme un moyen de moduler les rigueurs de l'ordre public qui donne à l'enfant « ses » parents, la Cour de cassation se livrant à une curieuse casuistique visant parfois à admettre l'existence d'un motif légitime de nature à justifier que l'on écarte la preuve génétique, ou au contraire d'autre fois considérant que le litige doit-être tranché sur le fondement de l'exactitude génétique.

Le flou qui émerge de ces décisions est renforcé par la tendance de la Cour européenne des droits de l'Homme à préférer l'établissement de filiations fondées sur le fait accompli, et donc indirectement la volonté, sans pour autant exclure complètement la reconnaissance de filiations fondées sur le lien génétique. Les juridictions donnent l'impression d'hésiter de plus en plus à trancher entre un parent ou un autre. Une filiation à deux vitesses est en train d'apparaître, visant à reconnaître en dehors du lien juridique de filiation à proprement parler, un lien découlant d'un droit de visite et d'hébergement qui peut s'apparenter à une filiation au rabais, fondée parfois sur la présomption de l'existence d'un lien de filiation entre l'enfant et son parent, soit sur la constatation d'un lien affectif réciproque indiscutable.

Il est probable qu'à l'avenir, de la confrontation entre les droits de l'enfant et les droits parentaux autour du rattachement familial de l'enfant, naisse une nouvelle forme de filiation. En effet, puisque la notion de couple parental n'a plus aujourd'hui de sens dans la retranscription que l'enfant peut obtenir de « sa » filiation, qu'elle soit sociale ou génétique, il est cohérent de penser que la limite intellectuelle qui veut que l'enfant n'ait que « deux » parents ait elle aussi perdu son sens dans la société. Trop souvent, peut-être, les juristes pensent le lien de filiation comme distinct de l'exercice de l'autorité parentale, ou des droits de succession.

Or, cette distinction n'est que technique, et n'a aucune incidence concrète sur la manière dont les justiciables se représentent la question du rattachement familial de l'enfant et finalement leur sentiment d'identité. Lorsque le législateur donne, de manière éparse, des droits « sur » l'enfant à des tiers, lorsque la jurisprudence nationale ou internationale met en œuvre des droits de visite et d'hébergement, ce sont autant de rattachement familiaux et de

sentiments d'appropriation générationnelle que l'on fait naître entre un enfant et un adulte qu'il considère comme un parent. Pourquoi ces liens ne devraient-ils pas faire l'objet d'une retranscription durable en droit au profit de l'enfant ? Pourquoi l'enfant ne pourrait-il obtenir que la retranscription d'un lien de filiation génétique, lorsqu'un tiers s'est comporté comme son parent durant plusieurs années avant de disparaître de sa vie ? Conséquence à la fois de couples moins stables et d'une certaine rareté des enfants, une nouvelle forme de filiation est probablement en train d'émerger, fondée sur la revendication de la retranscription d'un lien de nature polygonéique entre un enfant et plusieurs « parents », comme cela existe déjà en matière successorale avec l'adoption simple.

Section 2 – L'exercice de l'action par l'enfant mineur

La vraie cause des guerres publiques et privées, ce n'est pas que les Hommes n'emploient pas les mêmes mots ; c'est qu'en prononçant les mêmes mots, ils ne pensent pas aux mêmes choses. Alain, 1906.

255. Action réservée à l'enfant. Seul l'enfant ayant acquis la personnalité juridique est en mesure d'agir¹⁸¹⁰. Au terme de l'article 318 du Code civil, l'enfant doit être né vivant et viable pour pouvoir exercer une action en recherche de filiation. De plus, l'article 320 du Code civil énonce un principe chronologique suivant lequel l'action en recherche de filiation ne peut avoir lieu que lorsque la filiation de l'enfant n'est pas déjà établie¹⁸¹¹. Ainsi, par exemple, en cas d'accouchement anonyme et secret, l'enfant ne peut agir en recherche de maternité qu'à la condition qu'il n'ait pas déjà été adopté. Enfin, certaines règles de procédure encadrent l'action de l'enfant. En ce sens, l'article 321 du Code civil dispose que « *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 été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. A l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité* ». L'enfant peut donc agir jusqu'à l'âge de vingt-huit ans, sous réserve qu'il n'ait pas déjà un lien de filiation. Enfin, en matière de possession d'état, l'article 330 du Code civil dispose que « *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* »¹⁸¹². Que ce soit l'article 325 du Code civil relatif à l'action en recherche de maternité, ou l'article 327 relatif à l'action en recherche de paternité, le Code civil dispose que l'action est réservée à l'enfant.

256. Incapacité de l'enfant. L'action peut s'avérer nécessaire lorsque l'enfant est mineur, soit pour contester une possession d'état avant qu'elle ne constitue une

1810. Case of *Josip Habulinac and Anita Filipovic v./ Croatia*, 4 juin 2013, application n° 51166/10.

1811. Voir *supra* n° 210.

1812. « *Mais attendu qu'ayant relevé que l'article 330 du Code civil dispose que 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, l'arrêt retient, à bon droit, qu'ayant été privés de possession d'état le jour du décès de leur père présumé avec lequel ils avaient continué à entretenir des relations jusqu'à ce jour, le 10 septembre 2007, les consorts X...-Y... pouvaient agir en constatation de possession d'état jusqu'en septembre 2017, de sorte qu'ayant fait délivrer leur assignation le 11 octobre 2007, leur action était recevable* » : Cass. civ. 1re, 23 novembre 2011, pourvoi n° 10-26993, inédit.

filiation indestructible¹⁸¹³, soit pour établir une filiation et obtenir, par exemple, un soutien financier. Les représentants légaux du mineur agiront alors au titre de leur pouvoir de représentation de la personne mineur¹⁸¹⁴. A cette fin, l'article 328 du Code civil dispose que « *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 ou de maternité* ». **Le principe de la représentation de l'enfant par ses parents (Paragraphe I)** Toutefois, compte tenu de la nature et de l'objet particulier de l'action en recherche de filiation, cette qualité de principe des parents pour représenter l'enfant peut être écartée dans certaines circonstances. **La représentation du mineur par un administrateur ad hoc (Paragraphe II)** En tout état de cause, une attention particulière doit être portée à la participation de l'enfant à la procédure relative à sa propre filiation. **La participation de l'enfant à la procédure de recherche de sa filiation (Paragraphe III).**

1813. Article 333 du Code civil : « *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 du décès du parent dont le lien de filiation est contesté. Nul à l'exception du ministère public 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* ».

1814. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 629, p. 345.

Paragraphe I – Le principe de la représentation de l'enfant par ses parents

257. Protection et transmission. L'exercice des droits parentaux sur la personne de l'enfant a pour finalité de le protéger et de lui transmettre un patrimoine matériel et intellectuel. Afin qu'ils puissent mener à bien ces deux missions, les parents se voient conférer des droits spécifiques qui leur permettent d'élaborer ce qu'il conviendrait d'appeler la « loi » parentale. *Les mécanismes d'élaboration de la « loi » parentale (A)* Ce pouvoir ne serait sans doute pas suffisant, à lui seul, pour favoriser entre les parents et l'enfant le sentiment d'appropriation générationnel nécessaire à l'épanouissement du lien de filiation, s'il n'était pas associé à une large marge d'appréciation arbitraire de leur part. C'est pourquoi, l'élaboration de cette « loi » parentale relève d'une source juridique particulière, qui permet aux autorités chargées de la protection et de l'éducation de l'enfant, d'individualiser comme ils le « croient » dans le meilleur intérêt de l'enfant à la fois leur manière de le protéger, et le contenu de ce qu'ils lui transmettent. A partir de ces spécificités, l'enfant, à son tour, va s'approprier l'éducation qu'il reçoit, ou au contraire la rejeter et en rechercher une autre, afin de se revendiquer : d'une civilisation ; d'une culture ; d'une religion ; d'une philosophie ; d'une nation ; d'une région ; d'une ville ; d'une école ; d'une famille... *La nature juridique de la « loi » parentale (B)*.

A – Les mécanismes d'élaboration de la « loi » parentale

258. Autorité, protection et représentation. Dans une acception classique de la théorie juridique, il faudrait faire la différence entre la capacité, qui est l'aptitude à exercer ses propres droits, et le pouvoir, qui serait l'aptitude à exercer les droits d'autrui¹⁸¹⁵. La capacité se manifeste d'une certaine manière à travers le droit qu'ont les personnes à faire valoir leur volonté sur la scène juridique. Pour celles qui ne sont pas admises dans ce cercle « théâtral », il faudrait avoir recours au mécanisme de la représentation, sorte de fiction destinée à prêter un masque à qui n'en a pas, pour rendre présent ce qui est absent au yeux de ceux qui regardent la scène¹⁸¹⁶. Ainsi, dans le cas des mineurs, ce sont ceux que le lien de

¹⁸¹⁵. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, thèse, n° 20, p. 21.

¹⁸¹⁶. Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, n° 2, p. 2.

filiation désigne qui sont naturellement admis à cette fonction¹⁸¹⁷. A défaut, le Code civil prévoit que leur soit substituée une mesure de tutelle¹⁸¹⁸.

La spécificité des droits parentaux réside dans le fait de mêler des droits propres aux parents avec des droits exercés au titre de la représentation légale de la personne mineure¹⁸¹⁹. Parmi les droits propres aux parents, il en existerait de deux sortes. Il y aurait ceux qui sont soumis à leur seule volonté personnelle et discrétionnaire, tels que, par exemple, établir la filiation de l'enfant au titre de l'acte de naissance ou de la reconnaissance, consentir à l'adoption de l'enfant¹⁸²⁰ ou choisir son nom¹⁸²¹. Ils pourraient être qualifiés de droit subjectifs ou de liberté parentale dans la mesure où ils sont reconnus aux parents dans « leur » intérêt propre¹⁸²². Et il y aurait, d'autre part, des droits, certes discrétionnaires, mais seulement dans les limites que fixe préalablement l'ordre public¹⁸²³. Des droits qu'il faudrait exercer sans fraude et sans faute, dans la perspective d'une loyauté particulière envers l'enfant : dans l'esprit d'obtenir toujours le résultat le plus profitable pour l'enfant¹⁸²⁴.

Ces droits seraient destinés à la fois à le protéger et à lui transmettre un capital intellectuel et extrapatrimonial¹⁸²⁵. Ils pourraient entrer dans la catégorie des pouvoirs parce qu'ils sont laissés aux parents au bénéfice d'un intérêt partiellement distinct du leur ; mais ils sont aussi discrétionnaires dans la mesure où il est impossible d'appliquer un raisonnement objectif et scientifique pour justifier la préférence pour telle décision ou telle autre¹⁸²⁶. Leur

1817. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 1000 p. 526.

1818. Article 390 du Code civil : « *La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale. Elle s'ouvre aussi à l'égard d'un enfant dont la filiation n'est pas légalement établie. Il n'est pas dérogé aux lois particulières qui régissent le service de l'aide sociale à l'enfance* ».

1819. M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, thèse, n° 277, p. 208.

1820. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 744, p. 684.

1821. G. RAOUL-CORMEIL, « Réflexions sur le nom de l'enfant mineur », *RRJ* 2006, p. 799.

1822. Article 373-2-1 du Code civil : « *Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier* ».

1823. Article 373-2-10 du Code civil : « *En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder* ».

1824. Article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant : « *In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration* ».

1825. Article 371-1 du Code civil : « *Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou à 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* ».

1826. Article 373-2-11 du Code civil : « *Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération : 1° la pratique que les parents avaient précédemment suivi*

exercice relève, d'une certaine manière, de la quête d'un idéal déterminé par le titulaire du droit en fonction de l'idée qu'il se fait de leur meilleur bénéficiaire pour l'enfant¹⁸²⁷, mais peut faire l'objet d'un contrôle de conformité à l'intérêt de l'enfant tel qu'il est défini socialement par l'ordre public¹⁸²⁸. Ce serait, par exemple, la détermination du prénom de l'enfant¹⁸²⁹, le droit de décider de sa résidence¹⁸³⁰ ou de ses fréquentations¹⁸³¹, de déterminer le contenu de son éducation¹⁸³², ou encore l'exercice du droit de correction¹⁸³³. Sans doute en matière de tutelle des mineurs, l'article 408 du Code civil résume-t-il bien cette prérogative par la

ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ; 2° Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 ; 3° L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ; 4° Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant ; 5° Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12 ; 6° Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre ».

1827. M. BODIN, *Les notions relatives en droit civil*, thèse, n° 25, p. 30.

1828. C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 675, p. 445.

1829. M. LAMARCHE, « Choix du prénom et intérêt de l'enfant : de l'appréciation subjective des parents à l'appréciation objective des juges », *dt. fam.* janvier 2010, alerte 1.

1830. M. BRUSORIO-AILLAUD, « Résidence de l'enfant : le juge aux affaires familiales peut la confier à un tiers mais ne peut pas être saisi par un tiers », *JCP* 2009, II, 10076.

1831. « *Attendu qu'aux termes de l'article 215 du Code civil, le choix de la résidence familiale à défaut d'accord entre les époux est choisi par le mari, que toutefois si la résidence choisie par le mari présente pour la famille des inconvénients graves la femme peut être autorisée par le tribunal à avoir une résidence distincte ; qu'en l'espèce la dame Lagache n'a jamais élevé la moindre critique quant au choix de la résidence par son mari, résidence dans laquelle elle a d'ailleurs vécu pendant plusieurs années et n'a demandé aucune autorisation pour la quitter ; qu'en admettant même comme le soutient la défenderesse et comme en a décidé le juge des tutelles qu'en cas de séparation de fait entre les époux il n'est pas compétent pour attribuer le droit de garde à l'un ou l'autre d'entre eux, il n'en résulte pas moins qu'aux termes de l'article 372-1 du Code civil, en cas de désaccord entre les parents sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, l'un ou l'autre des parents peut saisir le juge des tutelles qui statuera après avoir tenté de concilier les parties ; qu'en l'espèce le différend entre les époux concerne non le droit de garde sur l'enfant pour lequel le juge des tutelles n'est pas compétent, mais le choix de la résidence de l'enfant pour lequel il est certainement compétent aux termes de l'article 372-1 du Code civil ; que des éléments de la cause, il résulte que l'intérêt de l'enfant est certainement de résider au domicile familial régulièrement fixé par son père et où elle a toujours vécu, plutôt que dans une chambre d'hôtel avec l'amant de sa mère » : tribunal de grande instance d'Amiens, 13 janvier 1973, affaire *Lagache c./ Collet* ; L. B., note sous arrêt, *gaz. pal.* 1974, I, p. 44.*

1832. « *L'intention énergiquement exprimée par le père de famille avant sa mort de faire élever ses enfants dans une religion autre que celle dans laquelle ils sont nés, qu'il a nouvellement embrassée lui-même, doit être respectée par le tuteur et le conseil de famille, alors surtout qu'elle avait reçu un commencement d'exécution. Il en est ainsi spécialement du cas où un père de famille israélite, s'étant converti à un culte chrétien, a fait donner le baptême à ses enfants à son lit de mort après les avoir fait instruire dans la même religion, encore bien que la mère serait précédée dans le culte israélite. Les délibérations du conseil de famille qui n'ont pas reçu l'unanimité, peuvent être attaquées devant les tribunaux, même dans le cas où elles ne sont pas soumises à l'homologation et où elles ont pour objet, par exemple, de régler les intérêts moraux et religieux des mineurs » : cour d'appel de Colmar, 19 novembre 1857, affaire *Bernard Lévy c./ Hickel*, *D.* 1859, II, p. 36 ; « *Attendu que l'ensemble de cette correspondance démontre que l'intimée s'est efforcée de se rapprocher de la famille de son mari, ou au moins de maintenir, par des relations fréquentes et de bons procédés, l'affection que cette famille portait à la jeune Marthe Durand ; Attendu d'ailleurs, que ni le conseil de famille, ni le tuteur ou subrogé tuteur n'ont mis en doute la moralité de la veuve Durand-Touchet, son intelligence, son aptitude à donner à la mineure les soins et l'éducation que réclament son jeune âge et son sexe ; qu'il suit de là que, jusqu'à ce jour, la prévoyante sollicitude du père de famille pour son enfant n'a point été déçue ; que celle qu'il avait chargée de veiller sur elle, lorsqu'il ne serait plus, a répondu à sa confiance ; qu'il y a lieu de penser qu'elle ne cessera de s'en montrer digne à l'avenir, et que dans l'intérêt même de cette mineure, les dispositions testamentaires du 10 août 188 doivent être retenues et exécutées » : cour d'appel de Rouen, 4 janvier 1883, affaire *Durand et Marchand c./ veuve Durand-Touchet*, *D.* 1883, II, p. 155 ; « *Attendu que le tuteur doit, aux termes de l'article 450 du Code civil, prendre soin de la personne du mineur ; qu'il ne jouit cependant pas à ce point de vue d'un***

formule¹⁸³⁴: « *prendre soin* » de la personne du mineur¹⁸³⁵. Elle se distingue des hypothèses dans lesquelles le représentant légal agit pour le compte du mineur, dans l'exercice de droits qui, eux, sont propres au mineur.

En effet, il y aurait également, d'un autre côté, des pouvoirs de représentation confiés aux représentants légaux du mineur¹⁸³⁶ et destinés à pallier l'incapacité d'exercice dont il est frappé du fait de son jeune âge¹⁸³⁷. Il faudrait réunir sous cette appellation le pouvoir de gérer le patrimoine du mineur¹⁸³⁸ et, d'autre part, le pouvoir d'agir sur la scène juridique en représentation de la personne mineure¹⁸³⁹. Toutefois, et contrairement au mécanisme classique de la représentation qui implique que le représentant ait obtenu un mandat du représenté pour agir dans un cadre particulier, la représentation du mineur dépend d'un régime juridique plus complexe¹⁸⁴⁰.

L'exemple de l'affaire Gabrielle Russier est frappant. Christian Rossi, mineur âgé de seize ans, avait fourni des documents qui avaient permis au journaliste Michel del Castillo de publier son histoire d'amour avec son ancienne maîtresse d'école¹⁸⁴¹. Le père avait alors attaqué le journaliste pour avoir publié, sans son autorisation, l'histoire de la vie privée

*pouvoir exclusif mais est soumis au contrôle du conseil de famille qui est autorisé à lui tracer des instructions sur le mode d'éducation du mineur pourvu qu'elles soient conformes à la volonté manifestée par le dernier mourant des père et mère ; que cette règle conforme à l'esprit de la loi, au bon sens et à l'intérêt du mineur, s'applique à toute tutelle [...] Attendu que le tuteur, s'il ne s'est pas incliné devant l'avis du conseil de famille qui est conforme à l'intérêt du mineur et aux idées de ses père et mère, justifie cependant par l'offre qu'il a faite de prendre à sa charge les frais d'éducation, qu'il n'était guidé en cette circonstance que par ce qu'il a cru être l'intérêt du mineur » : tribunal civil de Lille, 10 mars 1904, affaire *Dorigny c./ Decroocq*, D. 1904, II, p. 240.*

1833. « Le Code civil a donc eu raison d'employer, pour caractériser la magistrature du père, le mot de puissance, et non pas seulement celui d'autorité. Il a montré par là qu'il s'attache aux droits du père quelque chose de primordial et d'élémentaire, pour ainsi dire, de sacré, dans la condition humaine. Un pouvoir discrétionnaire y est lié, concernant la direction à donner à l'éducation, à la religion, à la formation de l'enfant, bref à l'achèvement de l'œuvre du procréateur. Ce n'est pas là seulement une mission donnée par la société au père. C'est un droit propre, et pour employer l'expression moderne, un droit subjectif, que le père tient de la condition humaine. En le niant ou en le paralysant, la société commettrait un excès de pouvoir » : R. SAVATIER, « Le contrôle de la puissance paternelle », D. 1947, chr. VI, p. 21.

1834. « Tout cela revient à entretenir l'illusion du compassionnel, faisant comme s'il allait de soi que l'on pouvait se mettre à la place de l'autre en ressentant ce qu'il ressent » : C. COUTEL, « Pour une approche éthique du prendre soin », in *mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, p. 51.

1835. F. BETAÏLLOLE-GONTHIER, *La capacité naturelle*, thèse, n° 84, p. 91.

1836. La représentation étant considérée comme le genre d'une espèce plus vaste qu'est le pouvoir : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, thèse, n° 332, p. 222.

1837. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, n° 1060, p. 429.

1838. V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, « Administration légale et tutelle », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2013, n° 10, p. 7.

1839. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 470, p. 226.

1840. J. HAUSER, « De la nature juridique de la représentation des mineurs », *RJPF* 2001.

1841. R. LINDON, note sous cass. civ. 1re, affaire *Edition René Julliard et autres c./ époux Rossi*, 18 mai 1972, *JCP* 1972, II, n° 17209.

de son fils¹⁸⁴². Ce dernier faisait valoir qu'il avait obtenu le consentement du jeune homme. Néanmoins, la Cour de cassation caractérise l'atteinte, malgré l'existence du consentement du mineur. Cet arrêt rappelle bien que le mandat de représentation d'une personne mineure n'est pas un mandat classique, puisque le représenté ne peut pas donner d'ordre à son représentant ; c'est que son représentant légal agit sur un autre fondement qu'en matière de représentation classique, au titre d'un droit subjectif qui lui est propre¹⁸⁴³.

259. Le droit subjectif de déterminer le contenu de l'intérêt de l'enfant.

A s'en tenir aux définitions précédentes, la plupart des droits parentaux seraient des pouvoirs. Dès lors, la finalité de leur exercice, l'intérêt de l'enfant, est conditionné à la détermination du contenu de l'intérêt de l'enfant¹⁸⁴⁴. Le pouvoir de déterminer le contenu de l'intérêt de l'enfant constitue d'une certaine manière « le » pouvoir suprême dont découle l'exercice de tous les autres pouvoirs¹⁸⁴⁵.

Il est constant que toute personne bénéficiant de la capacité juridique a, par ce moyen, la possibilité de faire prévaloir sa volonté dans l'exercice de l'un de ses droits¹⁸⁴⁶. Elle pourra, dans ce cas, confier à un tiers le contenu de sa volonté pour qu'il la représente en ses

1842. « Mais attendu que la cour d'appel après avoir relevé que de nombreux articles de presse et de revues avaient déjà été publiés sur les faits relatés dans le livre de Michel del Castillo, ne s'est pas contredite et n'a pas permis l'exercice d'un droit de repentir en considérant, pour décider que cet ouvrage constituait une atteinte à la vie privée des époux Rossi et de leur fils, que son auteur avait réuni en une synthèse passionnée des renseignements épars dont le public n'avait pas eu connaissance dans son ensemble et avait considéré à l'événement une publicité et une intensité que la presse agissant en ordre dispersé et avec des interprétations diverses, n'avait pu lui donner » : Cass. civ. 1re, affaire *Edition René Julliard et autres c./ époux Rossi*, 18 mai 1972.

1843. « Le titulaire de l'autorité parentale dont est méconnue l'opposition à la publication de l'image du mineur en épreuve, du fait de l'atteinte à ses prérogatives, un préjudice personnel, certain et direct » : Cass. civ. 1re, 27 février 2007, pourvoi n° 06-14273, *bull.* 2007, I, n° 78, p. 67 ; J. HAUSER, « La finalité de l'autorité parentale », *RTD civ.* 2007, p. 327 ; P. MURAT, « Le droit à réparation des parents pour atteinte à leurs prérogatives en cas de publication d'une photographie du mineur en méconnaissance de l'opposition parentale », *dt. fam.* juin 2007, comm. 124, pp. 34-36 ; P. JOURDAIN, « L'atteinte au droit à l'image du mineur serait source de préjudice moral pour les parents », *RTD civ.* 2007, pp. 571-572.

1844. J. BONNARD, « La garde du mineur et son sentiment personnel », *RTD civ.* 1991, p. 50.

1845. « Force est donc de distinguer le véritable droit subjectif, susceptible d'être exercé directement par son titulaire, du droit subjectif « anémié » des incapables ou des personnes morales, qui ne peut s'accomplir que par l'entremise d'autrui. Quoique voisine en apparence, cette présentation se distingue de manière radicale de celle des auteurs classiques, qui ne faisaient état de la notion de maîtrise « virtuelle » que pour justifier l'identité de nature de tous les droits subjectifs, en reléguant la distinction au rang subalterne et contingent de l'exercice des droits, ce qui, en définitive, n'était qu'une façon de s'en débarrasser à bon compte. Une distinction plus nette des droits subjectifs « pléniers » et des droits subjectifs « anémiés » fait au contraire apparaître l'importance du rôle de l'agent juridique, titulaire du pouvoir, qui, dans cette seconde hypothèse, peut dès lors se voir reconnaître à la tête d'une véritable prérogative juridique. L'analyse a son importance, puisqu'elle donne à la notion d'agent juridique, une assise juridique à la discrimination des hypothèses dans lesquelles l'agent juridique est un simple représentant agissant au nom d'un véritable sujet de droit de celles dans lesquelles il ne peut se voir attribuer une telle qualité, les conditions de la personnification n'étant pas réunies » : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Thèse, Economica, Paris, 1985, n° 326, p. 217.

1846. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille*, n° 291, p. 542.

lieux et place sur la scène juridique. La personne mineure elle-même, pour l'exercice des droits subjectifs qui lui sont propres, dispose dans certains cas de la liberté de faire prévaloir sa volonté sur son intérêt, quand bien même il serait possible de déterminer, de manière abstraite, que cet intérêt est ailleurs¹⁸⁴⁷. Ainsi, le mineur est-il le seul à pouvoir reconnaître son enfant¹⁸⁴⁸. C'est donc que la technique qui consiste à faire déterminer l'intérêt de l'enfant par des tiers relève d'un pouvoir de protection qui leur est propre. De ce fait, ce pouvoir n'a vocation à s'exprimer que lorsque l'on présume que la personne « protégée » est incapable de volonté¹⁸⁴⁹.

Si l'on veut bien admettre que la société a institué le lien qui existe entre l'enfant et ceux qui occupent la fonction de représentant légal de l'enfant à travers le lien de filiation, il faut alors admettre également qu'ils exercent un pouvoir délégué par la société dans le but d'individualiser, à l'égard de chaque enfant, l'ensemble des décisions nécessaires à son émancipation finale à l'âge de dix-huit ans¹⁸⁵⁰. Or, ce pouvoir a toujours existé, de sorte que l'enfant n'a jamais été à proprement parler « propriétaire » de la détermination de son intérêt¹⁸⁵¹ mais bien destinataire de l'exercice de ce pouvoir par un tiers dans le but d'assumer et de pourvoir à ses besoins à la place de la société¹⁸⁵². Il constitue un pouvoir de contrainte sur l'enfant¹⁸⁵³. L'article 371-1 du Code civil ne dispose-t-il pas que l'autorité parentale « appartient » aux père et mère de l'enfant¹⁸⁵⁴? Seule l'étendue du caractère discrétionnaire de cette détermination aurait été modulée suivant les époques, en fonction des attentes de la société¹⁸⁵⁵. La détermination du contenu de l'intérêt de l'enfant n'est donc pas un droit de

1847. Selon le cours de liberté fondamentale du professeur B. PACTEAU, la liberté serait un pouvoir sur lequel nul pouvoir n'a de pouvoir.

1848. Article 458 du Code civil à propos de la tutelle des majeurs : « *Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant* ».

1849. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 1003 p. 527.

1850. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1630, p. 644.

1851. J. HAUSER, « La finalité de l'autorité parentale », *RTD civ.* 2007, p. 327.

1852. « Pour accéder au plan spécifique du droit subjectif et pour s'y maintenir, il faut concevoir autrement que Ihering le lien de l'intérêt qui unit la chose, objet du droit, à celui que l'on nomme, l'intéressé : sous l'angle non plus d'un lien ou d'un intérêt de jouissance, mais d'un lien ou d'un intérêt d'appartenance. Il y a droit subjectif là où il y a appartenance : l'intérêt ne devient droit que si l'on quitte le plan de la jouissance pour celui de l'appartenance. Le droit n'est pas un intérêt, même juridiquement protégé ; il est l'appartenance d'un intérêt ou, plus exactement, d'une chose qui touche le sujet et l'intéresse, non en tant qu'il jouit ou est appelé à en jouir, mais en tant que cette chose lui appartient en propre. On comprend du même coup, que le droit subjectif, ainsi défini par l'appartenance, soit sans connexion nécessaire avec la volonté ou avec une manifestation quelconque de la volonté » : J. DABIN, *Le droit subjectif*, p. 82.

1853. Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, n° 203, p. 153.

1854. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 27, p. 21.

1855. « Pères peuvent faire constituer prisonniers leurs enfants par correction, dans les prisons à eux destinées

l'enfant mais bien une prérogative parentale exercée dans les limites de ce que la loyauté et l'ordre public de chaque société tolèrent¹⁸⁵⁶.

260. Histoire. Historiquement, il est intéressant de noter que le pouvoir de déterminer l'intérêt de l'enfant a toujours suivi la même voie que celui du pouvoir de déterminer l'intérêt public. Ainsi, alors que l'époque romaine de la Royauté (750 à 509 av. J.-C.) connu essentiellement le pouvoir de fait des rois étrusques, la République (509 à 27 av. J.-C.) puis le Haut Empire (-27 à 284) vont voir apparaître une opposition entre le patriarcat et la plèbe¹⁸⁵⁷. De même que le pouvoir central est discuté par diverses forces, comme lui, l'antique famille romaine, placée sous la *patria potestas* du *pater familias*, se dégrade¹⁸⁵⁸. Les mœurs romaines s'émanent des vieux cultes religieux révélés dont la connaissance des commandements était réservée à une élite et l'adoration pourtant imposée à tous. Toute puissance despotique devient insupportable à mesure que, sous l'influence de la Révélation chrétienne, les idées de liberté individuelle devant Dieu et de dignité humaine gagnent

jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans ; mères tutrices & autres parens ne le peuvent ni le père qui a convolé en secondes noces, fans ordonnance du Lieutenant civil, qui pourra s'il le juge à propos prendre l'avis des parens plus proches tant paternels que maternels » : G. DU ROUSSEAU DE LA COMBE, « Correction », *Recueil de jurisprudence du pays de droit écrit et coutumier par ordre alphabétique*, p. 66.

Le Code civil de 1804 dispose :

Article 375 « *Le père qui aura des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant, aura les moyens de correction suivants :* »

Article 376 « *Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois ; et à cet effet, le président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation* ».

Article 377 « *Depuis l'âge de seize ans commencés, jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention de son enfant pendant six mois au plus ; il s'adressera au président dudit tribunal qui, après en avoir conféré avec le procureur impérial, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra dans le premier cas, abréger le temps de la détention requis par le père* ».

Article 378 « *Il n'y aura, dans l'un et l'autre cas, aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés. Le père sera seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les alimens convenables* ».

1856. Pour un exemple de détermination de l'intérêt de l'enfant par les parents à l'époque du Moyen Age : Établir les enfants « est un devoir fondamental des parents et bien ressenti comme tel. Nous l'avons vu se manifester à propos du mariage, mais il déborde largement ce seul aspect. L'établissement peut se faire à d'autres moments, et dans d'autres directions, mais il est un souci constant et s'accompagne en général d'une dotation que l'enfant lui-même réclame. Le départ de la maison, consenti, provoque presque toujours le démembrement du patrimoine des parents, à moins qu'il n'y ait un parrain, un membre proche de la famille, un bienfaiteur qui prenne en charge les études, la dot, l'installation... ou que les parents trop pauvres n'aient rien à donner si ce n'est leurs encouragements à celui qui veut aller tenter sa chance ailleurs. Il pourra toujours revenir, car tant qu'il n'a pas reçu sa part, il conserve le droit à sa soutenance et à sa part d'héritage. Ces libéralités émanant de proches parents ou des parrains et marraines, plus fréquentes qu'on ne le croit et qui sont acquises aux enfants, permettent aux parents non seulement de conserver le patrimoine familial, mais d'établir mieux les autres. Le but poursuivi par les parents comme le soulignent nombre d'historiens qui ont travaillé sur les actes de la pratique n'est pas une répartition strictement égalitaire mais une division aussi équitable que possible des biens en fonction des circonstances, des possibilités et d'un certain nombre d'impératifs difficilement conciliables avec cette aspiration » : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit*, n° 208, p. 279.

1857. M. BORDET, *Précis d'histoire romaine*, p. 33.

1858. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 58, p. 47.

davantage de terrain¹⁸⁵⁹ : les constitutions impériales dépouillent ainsi progressivement le *pater familias* de ses prérogatives les plus graves¹⁸⁶⁰.

L'adoucissement des mœurs entraîne la réglementation de la *patria potestas*¹⁸⁶¹. L'extension de l'Empire romain qui transforme l'économie agricole en économie commerciale ne permet plus de maintenir avec rigueur l'unité du patrimoine familial. Le *pater familias* est parfois absent longtemps et prend l'habitude de déléguer à ses fils ou à des esclaves habiles certains de ses pouvoirs de gestion patrimoniale, qu'ils exercent dans le cadre d'une représentation imparfaite¹⁸⁶². De même, les fils de famille deviennent soldats ou fonctionnaires impériaux et doivent passer des contrats au bénéfice de leur *pater familias* lorsqu'ils sont loin de leur famille¹⁸⁶³. Les moyens de communication étant rudimentaires, les indications de gestion étaient données une fois pour toute, laissant une certaine marge de manœuvre au représentant. C'est d'ailleurs sans doute la raison pour laquelle, à Rome, la représentation a toujours été imparfaite. Il était donc, de fait, obligé de définir par lui-même l'intérêt de la famille, à défaut de connaître la volonté précise du *pater familias* sur tel ou tel point de détail. Émerge, sans doute à partir de cette époque, l'habitude de donner son avis, de porter une appréciation sur l'opportunité de tel ou tel arbitrage, y compris l'arbitrage du *pater familias*.

A partir du deuxième siècle de notre ère, certaines décisions relatives à la magistrature domestique peuvent être remises en cause. En cas de mauvaise conduite du père, la mère peut se voir confier la garde des enfants¹⁸⁶⁴. Les Empereurs permettent aux magistrats judiciaires de protéger les personnes en puissance contre les abus du *pater familias*. Le mariage forcé des enfants n'est plus possible. Le consentement de l'homme et de la femme

1859. « Les Pères de l'Église ont, non seulement posé les bases universelles de la valeur de l'être humain, en complétant la pensée grecque, mais ils ont modelé, par ce biais, toute l'organisation sociale et politique du continent européen. Leur conception de l'homme est devenue la clé de voûte d'un édifice juridique, au centre duquel figure la famille. C'est ce qui autorise à dire que le message chrétien sur la personne est le *proprium* unique de la culture philosophique et juridique européenne. Le droit de Théodose et de Justinien en porte les traces. Il est institué sur une Trinité qui lui confère une base christique et humaine. Elle ne sépare pas Dieu et l'homme, le Christ de son humanité et l'homme de sa divinité. Aucune conception de la personne ne peut être plus élevée en dignité, ni plus protégée dans ses droits, ni fondamentalement plus libre. Les caractères du droit canonique, à son apogée, expliquent son exceptionnelle sphère d'autorité et qu'il nourrit rapidement les droits qu'il supplante. On peut dire que tous les pays d'Europe lui ont emprunté ses valeurs et ses techniques, pour ensuite le contrôler, puis l'exclure de nombreux domaines, mais en retenant l'essentiel de ses principes et de ses institutions » : G. GUYON, *Chrétiéité de l'Europe, fondations juridiques*, p. 244.

1860. ED. FUZIER-HERMAN, « puissance paternelle », n° 5, p. 1001.

1861. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes*, n° 321, p. 402.

1862. Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, n° 40, p. 29.

1863. R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, n° 188, p. 251.

1864. R. MONIER, *op.cit.*, n° 190, p. 252.

sont nécessaires à la conclusion de l'acte, et la loi *julia* d'Auguste donne même aux préteurs le pouvoir de contraindre le père qui refuse le mariage de sa fille. Mais l'évolution va plus loin, puisque la puissance du père, qui n'emportait aucune obligation jusqu'alors, va créer pour lui des devoirs¹⁸⁶⁵. Il doit doter sa fille, pourvoir à la nourriture de ses enfants et les entretenir : au Bas-Empire, la puissance paternelle « a définitivement perdu tout caractère de souveraineté politique », elle est étroitement réglementée et le *ius vitæ necissque* a été remplacé par une infraction dont les sanctions sont identiques à celles du parricide¹⁸⁶⁶.

261. Famille contemporaine. De même que la famille romaine de l'époque justinienne traduisait une certaine maturité sociale, la famille contemporaine est l'aboutissement d'une lente évolution de notre société initiée par la Révélation chrétienne à laquelle s'est substituée la Révélation laïque des droits de l'Homme à partir du dix-neuvième siècle. Initialement centralisée et autoritaire, la détermination de l'intérêt de l'enfant est devenue plurielle et démocratique¹⁸⁶⁷.

Pensé à l'origine à l'image du monarque de droit divin, le père devait exercer son magistère dans le but et suivant les limites que lui avait assignées Dieu¹⁸⁶⁸. Investi de cette mission divine, le père bénéficiait d'une grande marge de manœuvre pour déterminer le contenu de l'intérêt de l'enfant ; office dans lequel il devait tout de même rendre des comptes... à Dieu¹⁸⁶⁹. A la fin du dix-huitième siècle, l'égalité chrétienne des Hommes devant Dieu est

1865. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 152.

1866. R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, n° 193, p. 256.

1867. « Les philosophes et leurs héritiers de 89 avaient été secoués par une querelle, qui remontait du fond des âges, entre les droits de la famille et ceux de la cité. Les parents avaient pour eux la force des sentiments et des habitudes, des raisons pratiques également (les murs des maisons aussi!). Mais le mythe de Sparte était fascinant. Que valait-il mieux, de l'éducation domestique ou de l'éphébie collectiviste ? Certes Rousseau avait mis à la mode les précepteurs attachés à la personne. Beaucoup cependant ne recevaient son idée que comme un expédient provisoire, en attendant que les collègues ne fussent plus aux mains des Jésuites. Et une fois la Révolution accomplie, l'instruction publique fondée, toutes sortes d'inventions lycurgiennes, venues de Morelly et des Mably, allaient hanter les cerveaux législatifs » : J. CARBONNIER, « L'autorité parentale », *Essai sur les lois*, Deffrénois, Evreux, 1979, p. 68.

1868. « Le père, dépositaire de l'autorité divine, devait exercer son magistère conformément au but que lui avait assigné Dieu lui-même : élever l'enfant dans la loi chrétienne jusqu'au jour où il pourrait s'émanciper de cette tutelle protectrice et remplir à son tour cet office divin. Le parrain est d'ailleurs là dans la tradition chrétienne pour se substituer au père en cas de défaillance. L'autorité domestique apparaît finalisée. [...] Dès lors, la doctrine chrétienne implique, dans son essence même et dès l'origine, la possibilité, voire la nécessité, d'un contrôle. Elle appelle à terme l'intervention d'une tierce personne pour juge de la conformité à la loi chrétienne de la conduite paternelle » : J. FERRAND, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire... Le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle (1789-1889)*, thèse, p. 25.

1869. « Les prétentions émises par certains papes d'exercer un contrôle direct ou au moins indirect (*ratione peccati* : à raison du péché) sur les actes des différents princes souverains suscitent de vives réactions de la part de ces derniers, parfois des conflits ouverts, notamment avec l'empereur du Saint Empire. Ces prétentions conduisent partout dès la fin du XIIIe siècle, à une vigilante distinction entre spirituel et temporel quand ce n'est pas à des contestations plus radicales. En France, elles donnent naissance au gallicanisme : affirmation de

remplacée dans les esprits par une égalité laïque des Hommes devant la Loi¹⁸⁷⁰. A l'avenir, sans doute aussi parce que la société devient plus centralisée et médiatisée, les parents devront rendre des comptes à la nation qui leur confiait la tâche de prendre en charge l'enfant¹⁸⁷¹.

La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 proclame l'égalité de tous les Hommes dès leur naissance au nom des droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme. La Révolution française est l'occasion d'une véritable « diabolisation de la puissance paternelle »¹⁸⁷². Elle symbolise, par sa rudesse, au plus profond des souvenirs de certains tels que Jean Jacques Rousseau, un ordre violent et dépassé, dans lequel le petit homme n'avait qu'un rôle passif dans la construction de sa personne¹⁸⁷³. « En 1793, au moment où Cambacérès présentait à la Convention le premier projet de Code civil dont il était le rapporteur, certains députés proposèrent l'abolition complète de la *ridicule puissance maritale*, contraire à la liberté, à l'égalité, à la nature et à la Raison »¹⁸⁷⁴. Une nouvelle conception de l'intérêt de l'enfant émergeait¹⁸⁷⁵. Son intérêt n'était plus confondu avec celui de l'indépendance du roi » : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit*, n° 122, p. 167.

1870. G. GUYON, *Chrétienté de l'Europe, fondations juridiques*, Dominique Martin Morin, Bouère, 2010, p. 244.

1871. En 1897, l'affaire Grégoire soulève l'opinion publique et entraîne l'adoption d'une loi destinée à limiter l'impunité des parents démeritants. Grégoire, paresseux et alcoolique, était un mari brutal et un père indigne. Son fils Pierre mourut sous les mauvais traitements qu'il lui infligea : « Sa tête blonde faite pour la caresse des mains maternelles, le monstrueux tortionnaire l'écrasait de coups de marteau ; ses petits pieds roses, qui appelaient le baiser, on les lui brûlait au fer rouge ; son corps, ce corps si fragile et charmant de l'enfant, lardé avec la pointe d'un couteau, n'était plus qu'une plaie saignante, si lamentable d'aspect que les jurés n'ont pu regarder sans frémir les reproductions en aquarelles faites par les soins de l'instruction » : H. ROLLET, « Loi du 19 avril 1898 sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants », *lois nouvelles* 1899, p. 49.

1872. J. FERRAND, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire... Le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle (1789-1889)*, thèse, p. 20.

1873. « Pothier, étudiant la question de savoir si le juge peut dispenser le mineur du consentement de ses parents, lorsque le père et la mère n'allèguent aucune raison de leur refus ou n'en allèguent que de mauvaises, accompagne la solution négative qu'il donne pour le principe de réserves fort importantes à l'appui desquelles il cite des précédents curieux : il paraît néanmoins y avoir des cas auxquels l'avantage du mariage pour lequel le père et la mère refusent leur consentement serait si évident, et l'injustice du refus si évidente, que les juges pourraient dispenser le mineur du consentement de ses père et mère, sur un avis des parents » : L. JOSSERAND, note sous cour d'appel de Lyon, 23 janvier 1907, affaire *Demoiselle B... c./ C... père et fils*, D. 1908, II, p. 73.

1874. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *histoire du droit civil*, n° 111, p. 122.

1875. « Le père de famille ne dispose plus de tous les moyens par lesquels l'ancien droit sanctionnait son autorité. Le droit d'exhérer les enfants mariés sans le consentement des parents ou pour toute autre cause fut contesté dès le début de la Révolution, quand la liberté de tester vint en discussion, sous l'Assemblée constituante. La question était liée à la puissance paternelle. Les enfants n'auront plus, prétendaient les défenseurs de l'exhérédation, pour leurs père et mère, les égards qui leur sont dus. Les adversaires de la liberté de tester répliquaient que l'obéissance doit être spontanée et désintéressée et ne pas être inspirée par un intérêt sordide. Cependant, la constituante se sépara avant d'avoir rien décidé en matière testamentaire. Ce furent les lois successorales de la Convention qui firent disparaître l'exhérédation en privant le chef de famille du droit de disposer en faveur de ses héritiers en ligne directe ou collatérale. Une telle prérogative tendait en effet à rompre entre eux l'égalité et était, au surplus, contraire à la liberté. La faible quotité disponible, autorisée par la loi du 17 nivôse an II, ne peut être attribuée par testament qu'à des étrangers. Le droit de correction perdit, par ailleurs, le caractère arbitraire, qu'il avait dans l'ancien droit. La loi du 26 mars 1790 qui abolit les lettres de cachet, priva les parents d'un moyen facile et fréquemment employé pour enfermer leurs enfants dans une maison de correction » : M. GARAUD, *La Révolution française et la famille*, PUF, Paris, 1978, p. 137.

sa famille. Les enfants devaient naître égaux et ne plus faire l'objet d'une discrimination suivant leur filiation. Ils devraient pouvoir succéder à égalité, fille ou garçon, mais aussi étudier à égalité pour pouvoir accéder à toutes « *dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

Il est probable que ces déductions étaient un peu trop modernes pour une époque aussi troublée, plus en quête de révolution que d'évolution, et c'est au nom de cette même Raison que Napoléon tranche en 1803 affirmant que « la nature a fait de nos femmes nos esclaves » et que le mari doit pouvoir obliger sa femme à vivre avec lui et à le suivre partout¹⁸⁷⁶. Révolution complète, il s'agissait de revenir au point de départ en restituant « à l'autorité paternelle le légitime empire qu'elle n'aurait jamais dû perdre »¹⁸⁷⁷. Pourtant, dès le début du dix-neuvième siècle, des critiques naissent, certains demandant « la suppression de l'autorité des parents qui ne sont dès l'origine, vis-à-vis de leur enfant, ni des propriétaires, ni des créanciers, mais des débiteurs », d'autres déplorant « l'absence dans le Code, de tout contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle¹⁸⁷⁸, de toute limitation aux prérogatives des parents qui abandonnent leur enfant, le maltraitent ou le corrompent »¹⁸⁷⁹.

Si ce régime d'incapacité de la femme et de puissance d'apparence discrétionnaire pour le père devait se rencontrer régulièrement dans l'histoire au nom de l'unité de direction de la famille¹⁸⁸⁰, une brèche s'est ouverte au début du vingtième siècle pour ne plus se refermer, cette fois¹⁸⁸¹. « *Le mariage qui en représente le point central, a perdu, avec le divorce son caractère d'indissolubilité ; l'esprit critique et l'esprit d'égalité extrême ont fait leur œuvre dans ce domaine comme ailleurs* »¹⁸⁸². Le père ne pouvait plus s'opposer au mariage de ses enfants sans que cette décision ne soit motivée par l'intérêt de l'enfant¹⁸⁸³. La famille devait, pour se mettre en conformité avec les aspirations de l'État

1876. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *histoire du droit civil*, n° 111, p. 123.

1877. ED. FUZIER-HERMAN, « puissance paternelle », n° 11, p. 1002.

1878. « *L'arrêt qui refuse à une mère destituée de la tutelle le droit de surveillance sur ses enfants, et qui apporte ainsi une restriction aux droits de la puissance paternelle en ce qui touche l'immixtion de la mère dans l'éducation de ses enfants, ne la prive pas, par cela même, des autres droits inhérents à la puissance paternelle, tels que celui de donner ou de refuser son consentement au mariage ou à l'adoption de ses enfants, et de les émanciper* », Chambre des requêtes, 3 mars 1856, affaire *Wey c./ Wey*, S. 1856, 1, n° 408.

1879. ED. FUZIER-HERMAN, « puissance paternelle », n° 14, p. 1003.

1880. C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 981, p. 614.

1881. M. DONNIER, « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, chr. XXVI, p. 182.

1882. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 677, p. 355.

1883. « Les auteurs modernes ne discutent même pas la question, tant ils sont imprégnés de la conception d'une puissance paternelle absolue ; pour eux, le refus de l'ascendant n'est pas seulement sans recours, il est aussi dénué de toute sanction parce qu'il est toujours légitime. En décidant ainsi, et sous prétexte d'affirmer, d'exalter la puissance paternelle, ces auteurs risquent fort de la compromettre et de la déconsidérer ; ils la détournent de sa

républicain, abandonner son aspect autoritaire, patriarcal et militaire, pour laisser place à la démocratie¹⁸⁸⁴ et mettre définitivement hors-jeu la fiction fondée sur la sagesse présumée du père dont il devait sans cesse se montrer digne afin de gagner la reconnaissance sociale suffisante pour générer les conséquences juridiques de son office¹⁸⁸⁵.

« *La famille n'est plus gouvernée aujourd'hui par des personnes, mais elle est gouvernée par des idées* » : la protection des faibles contre les forts, le respect de la liberté individuelle et même, autant que possible, l'égalité des sexes¹⁸⁸⁶. « La symbolique de la fonction parentale n'est plus liée à une transmission chromosomique du haut vers le bas, mais à une capacité qualitative à exercer cette fonction »¹⁸⁸⁷. La démocratisation de la famille a eu lieu par petites touches : en 1938, elle s'est débarrassée de la puissance maritale ; en 1970, de la puissance paternelle ; en 1993, les enfants y ont reçu un tour de parole¹⁸⁸⁸. Toujours en constante évolution, le droit de la famille a vu accroître le pouvoir des volontés individuelles, accentuer la liberté dans les rapports entre époux ou encore rechercher leur égalité¹⁸⁸⁹. Et puis l'âge de la majorité a été abaissé¹⁸⁹⁰. Cependant, en supprimant toute référence au rapport de force qui s'exerçait à travers la puissance paternelle¹⁸⁹¹, il n'est pas certain que le rapport d'autorité qui s'y soit substitué ait, pour autant, mis un terme à la domination parentale sur l'enfant lorsque les contours de leurs décisions épousent subtilement les formes de l'ordre public¹⁸⁹².

destination sociale pour en faire un attribut d'un égoïsme souverain ; ils la mettent au service des caprices, des préjugés, des rancunes, alors qu'elle devrait être pour l'enfant une garantie et un guide ; enfin, ils vont à l'encontre de l'histoire, puisque dans notre ancienne France comme à Rome, les pouvoirs des ascendants, en ce qui concerne le mariage de leur descendance, étaient humainement, c'est-à-dire relativement interprétés. [...] A différentes reprises, des cours d'appel ont affirmé que le refus du père de consentir au mariage de son enfant, parfaitement licite lorsqu'il était opposé en vue de fins légitimes, devenait injuste et par conséquent générateur de responsabilité, lorsqu'il était mis au service de la malveillance ou d'une obstination irréflectie » : L. JOSSERAND, note sous cour d'appel de Lyon, 23 janvier 1907, affaire *Demoiselle B... c./ C... père et fils*, D. 1908, II, p. 73.

1884. « *Les tribunaux ne peuvent repousser sans examen l'action de l'aïeul tendant à être autorisé à voir ses petits-enfants, nonobstant le refus du père, et en se fondant uniquement sur ce que le père ne doit compte à personne des motifs de son opposition* », Cass. civ. 8 juillet 1857, affaire, *Jaumes c./ Jac du Puget*, S. 1857, I, n° 722.

1885. J. FERRAND, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire... Le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle (1789-1889)*, thèse, n° 3, p. 12.

1886. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 677, p. 355.

1887. F. BOULANGER, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant, histoire, problématique, panorama comparatif et international*, p. 14.

1888. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille*, n° 384, p. 749.

1889. A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, n° 65, p. 36.

1890. J. CARBONNIER, « L'âge de la majorité », *Essai sur les lois*, p. 113.

1891. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant*, n° 422, p. 868.

1892. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 716, p. 385.

Désormais l'ordre public encadre de manière importante le pouvoir de déterminer le contenu de l'intérêt de l'enfant, tout en maintenant entre les mains des représentants légaux un large pouvoir discrétionnaire¹⁸⁹³. D'ailleurs, s'il en fallait une preuve, l'exercice de ce pouvoir porte toujours en lui la possibilité de l'abus¹⁸⁹⁴ parce que ce droit subjectif est exercé contre une personne sans voix, incapable de se protéger juridiquement¹⁸⁹⁵. La potentialité de l'abus dépend donc, en partie, des moyens concrets mis en œuvre par la société pour limiter l'exercice de ce pouvoir qui serait contraire à son esprit¹⁸⁹⁶. Pour autant, est-il possible de trouver une norme qui déterminerait de manière objective tous les contours de l'abus¹⁸⁹⁷? Et d'ailleurs, est-il souhaitable de limiter l'autorité des parents sur l'enfant¹⁸⁹⁸?

Finalement, l'enfant qui n'a sans doute jamais été autant disputé dans notre société¹⁸⁹⁹, pourrait trouver, dans la multiplication des droits accordés aux « tiers » sur sa personne, des avantages inespérés pour remettre en cause le pouvoir discrétionnaire de ses représentants légaux¹⁹⁰⁰. En effet, si les actions relatives à la filiation de l'enfant présentent un tel attrait depuis quelques années¹⁹⁰¹, c'est sans doute parce qu'avec la proclamation du principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale¹⁹⁰², elles donnent une voix dans le

1893. La présence de l'enfant dans les procédures « révèle une évolution de la prise en compte de l'enfant par la justice. Là où le mineur était écarté des débats judiciaires, au nom de sa protection, il est désormais autorisé à donner un avis ou à engager une action. Le rapport de fait de l'enfant avec la procédure entraîne de plus en plus souvent un rapport de droit » : A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 816, p. 439.

1894. Article 396 du Code civil : « Toute charge tutélaire peut être retirée en raison de l'inaptitude, de la négligence, de l'inconduite ou de la fraude de celui à qui elle a été confiée. Il en est de même lorsqu'un litige ou une contradiction d'intérêts empêche le titulaire de la charge de l'exercer dans l'intérêt du mineur ».

Article 401 du Code civil : « Le conseil de famille règle les conditions générales de l'entretien et de l'éducation du mineur en ayant égard à la volonté que les père et mère avaient pu exprimer ».

1895. L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, thèse, n° 289 p. 157.

1896. J.-F. TALLET, *Incapacité ou capacité du mineur*, thèse, n° 32, p. 91.

1897. M. LAMARCHE, « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 230.

1898. N'est-ce pas pour asseoir cette autorité que l'article 371 du Code civil dispose depuis 1804 que les enfants doivent à tout âge honneur et respect à leurs père et mère ? : H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP* 2013, n° 23, pp. 1123-1133.

1899. « Considérant en l'espèce que les requérants ne rapportent pas la preuve de l'existence de circonstances exigeant la délégation de l'autorité parentale ; que si l'intérêt de l'enfant doit être recherché dans les décisions relatives à l'exercice des droits et devoirs des parents, il ne saurait seul être pris en considération en l'absence de toute circonstance particulière au cas de l'espèce » : cour d'appel de Rennes, 24 mai 2013, affaire *Fanette X...*, RG : 13/00036E.

1900. Ph. SIMLER, « La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale) », *RTD civ.* 1972, p. 685.

1901. Pour un exemple d'action de la dernière minute : Cass. civ. 1re, 29 mai 2013, pourvoi n° 12-15901, inédit ; A. GOUTTENOIRE, « Panorama de contentieux familial », *lexbase hebdo* 2013, n° 531.

1902. « Attendu que selon l'article 372 du Code civil, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après la naissance de l'enfant dont la filiation était déjà établie à l'égard de l'autre parent, ce dernier reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale ; que l'autorité parentale peut cependant être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère devant le greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales ; que pour autant, l'exercice en commun de l'autorité parentale par les deux parents, même séparés, est le principe, l'exercice unilatéral étant l'exception résultant de motifs graves tirés de l'intérêt de l'enfant et s'opposant à l'exercice en commun de l'autorité

collège prescriptif de l'intérêt de l'enfant¹⁹⁰³. La famille qui regroupe un certain nombre de personnes en son sein, cumule de multiples intérêts. L'intérêt de l'un des parents peut, parfois, être très différent de l'intérêt de l'autre et ces deux intérêts peuvent eux-mêmes être divergents de celui de l'enfant. Or au nom de l'égalité des Hommes, le législateur a choisi de proclamer l'égalité des intérêts des personnes, qu'il s'agisse de l'homme, de la femme ou de l'enfant.

Pourtant, les parents, lorsqu'ils exercent l'autorité parentale, doivent décider en conformité avec le principe supérieur de légalité des familles : l'intérêt de l'enfant¹⁹⁰⁴. La société confie aux parents le soin de préserver l'intérêt de l'enfant en leur attribuant des prérogatives personnelles particulières mais, en même temps, leur demande de gouverner et d'arbitrer sans hiérarchie, dans le respect de l'égalité¹⁹⁰⁵. La loi leur confère des droits puissants sur l'enfant, savant dosage de pouvoir discrétionnaire et de compétence liée, le cas échéant contrôlés par le juge.

De ce fait, la détermination de la filiation de l'enfant est devenue un enjeu de pouvoir¹⁹⁰⁶. A l'avenir, la famille moderne, plus ouverte, plus transparente aussi, pourrait bien

parentale » : cour d'appel de Lyon, 5 décembre 2011, affaire *Zohra X... c./ Johann Y...*, RG : 11/02053.

1903. Cass. civ. 1er, 25 février 2009, n° 07-14849, *bull.* 2009, I, n° 38 ; A. GOUTTENOIRE, « Chronique de droit de la famille : le lien parent-enfant », *lexbase hebdo* 2009, n° 340 ; E. POULIQUEN, « Précisions sur les cas où un enfant peut être confié à un tiers », *RLDC* 2009, n° 59, pp. 49-50 ; J. HAUSER, « Des tiers : légiférer encore ou faire confiance à la jurisprudence ? », *RTD civ.* 2009, pp. 309-312 ; F. EUDIER, « Organisation des relations et fixation de la résidence : la Cour de cassation précise le statut des tiers à l'égard de l'enfant », *RJPF* 2009, n° 5, pp. 21-23 ; L. GAREIL-SUTTER, « La fixation de la résidence de l'enfant chez un tiers par le juge aux affaires familiales », *dt. fam.* mai 2009, comm. 58, pp. 31-33 ; M. BRUSORIO-AILLAUD, « Résidence de l'enfant : le juge aux affaires familiales peut la confier à un tiers mais ne peut pas être saisi par un tiers », *JCP* 2009, II, 10076, n° 19, pp. 23-24 ; P. SERVANT, « La résidence habituelle de l'enfant : l'intérêt de l'enfant, le juge et le tiers », *D.* 2009, n° 24, pp. 1665-1668 ; J. MASSIP, « La fixation par le juge de la résidence de l'enfant chez une personne autre que ses père et mère », *LPA* août 2009, n° 164, pp. 11-14.

1904. « Depuis l'arrêt *Mubilanzila Mayka et Kaniki Mitunga c./ Belgique* du 12 octobre 2006, la Cour européenne se réfère plus précisément à l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3 de la CIDE. Cette notion est désormais au cœur de la jurisprudence européenne relative à la famille. La Cour utilise la même formule dans toutes les affaires concernant les relations parents-enfant selon laquelle dans les affaires de ce type, l'intérêt des enfants doit passer avant toute autre considération. La Cour souligne que cet intérêt présente un double aspect : d'une part, garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain ; d'autre part, maintenir des liens avec sa famille, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne car briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines » : A. GOUTTENOIRE, « Les mineurs et la Convention européenne des droits de l'Homme », in C. GAUTHIER, M. GAUTHIER, A. GOUTTENOIRE, *Mineurs et droits européens*, collection droits Européens, A. PEDONE, Paris, 2012, p. 13.

1905. Article 18 de la Convention internationale des droits de l'enfant : « *Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

1906. « *Attendu que Mme X... affirme, au soutien de sa demande d'exercice exclusif par la mère de l'autorité parentale sur Léa, que cette enfant n'est pas la fille biologique de M. Z... ; attendu toutefois que Léa a été reconnue par son père le 8 juillet 2006, avant le premier anniversaire de l'enfant, de sorte que la règle*

donner un strapontin décisionnel aux déçus de la filiation à travers les diverses formes de droit de garde du mineur consacrées au profit des tiers qui¹⁹⁰⁷, parce qu'ils auront payé d'une manière ou d'une autre¹⁹⁰⁸, manifesteront inévitablement l'envie d'intervenir, eux aussi à égalité avec les représentants légaux du mineur, à propos des décisions qui les concernent¹⁹⁰⁹.

D'ailleurs, il faut souligner que l'évolution sémantique de l'article 371-1 du Code civil préfigure incontestablement l'ouverture du collège décisionnel familial¹⁹¹⁰: alors que l'autorité parentale était réputée « appartenir » aux père et mère¹⁹¹¹, elle appartient désormais aux « parents » de l'enfant¹⁹¹², sans limitation de nombre ou de qualité¹⁹¹³. Dans cet article, la puissance de l'appartenance a été diluée dans l'idée de parenté. Il est alors probable que tous ces « parents » ne se priveront pas de faire valoir leur point de vue dans la

applicable est en l'espèce, conformément à l'article 372 du Code civil, celle de l'exercice conjoint de l'autorité parentale ; que si Mme X... indique qu'elle « saisira la juridiction compétente afin que la filiation officielle de l'enfant soit conforme à la filiation biologique », elle ne fait état ni d'une quelconque décision en ce sens, ni même de la saisine d'une juridiction sur ce point ; qu'enfin les attestations versées aux débats par l'appelante, dépourvues de tout élément circonstancié, ne sauraient prouver l'exactitude des allégations de Mme X... ; que c'est en conséquence à raison que le premier juge a dit que l'autorité parentale sur Léa sera exercée conjointement par les deux parties » : cour d'appel de Douai, 9 juin 2011, affaire Sandra X... c./ Mathieu Z..., RG : 10/09150.

1907. P. MURAT, « Le partage de l'autorité parentale après séparation du couple de même sexe », *dt. fam.* avril 2008, comm. 58, p. 20.

1908. Cl. NEIRINCK, « Créance d'entretien de l'enfant et vie sentimentale des parents débiteurs », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 455.

1909. Article 371-4 du Code civil : « L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables ».

Article 377 du Code civil : « Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance ».

Article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles : « Dans le cas où il rejette le recours, le tribunal peut autoriser le demandeur, dans l'intérêt de l'enfant, à exercer un droit de visite dans les conditions qu'il détermine ».

1910. « A l'instar de la Commission, la Cour estime qu'en cas de conflit, au sujet des intérêts d'un mineur, entre le parent biologique et la personne investie par les autorités de la tutelle des enfants, il y a un risque que certains intérêts du mineur ne soient jamais portés à l'attention de la Cour et que le mineur soit privé d'une protection effective des droits qu'il tient de la Convention. Par conséquent, comme l'a observé la Commission, même si la mère a été privée de l'autorité parentale, d'ailleurs l'un des faits générateurs du conflit qu'elle porte devant la Cour, sa qualité de mère biologique suffit pour lui donner le pouvoir d'ester devant la Cour également au nom de ses enfants afin de protéger leurs propres intérêts » : Affaire Scozzari et Giunta c./ Italie, 13 juillet 2000, requête n° 39221/98 n° 41963/98, § 138 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ.* 2001, pp. 439-453.

1911. H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP* 2013, n° 23, pp. 1123-1133.

1912. A. BATTEUR, « A propos du projet de mariage pour tous : le maintien dans le Code civil du double sens du mot parent est un impératif juridique », *dt. fam.* janvier 2013, dossier n° 3.

1913. Faut-il y voir un signe d'ouverture à « d'autres » parents alors que le vénérable article 371 du Code civil dispose toujours que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » ? : H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP* 2013, n° 23, pp. 1123-1133.

détermination de l'intérêt de l'enfant¹⁹¹⁴, augmentant ainsi les chances pour l'enfant de trouver des voies nouvelles de contestation de l'autorité¹⁹¹⁵. De ce fait, la consécration d'un véritable droit de l'enfant de connaître ses origines, distinct du droit de la filiation, constituerait peut-être le moyen de clarifier la place de chacun dans la vie de l'enfant¹⁹¹⁶, et éviterait sans doute la généralisation de conflits difficilement solubles dans l'intérêt de l'enfant¹⁹¹⁷. Il est probable que l'on soit en train d'assister à l'émergence d'un lien de filiation de nature polygonéique qui, à terme, pourrait ouvrir, au profit de l'enfant, des droits alimentaires et successoraux¹⁹¹⁸.

B - La nature juridique de la « loi » parentale

262. Intérêt abstrait et intérêt concret de l'enfant. Pour bien comprendre le fonctionnement de la détermination de l'intérêt de l'enfant, il faut avoir à l'esprit que le pouvoir de détermination de l'intérêt de l'enfant se dédouble en deux prérogatives : la détermination de l'intérêt abstrait et la détermination de l'intérêt concret¹⁹¹⁹. L'intérêt abstrait de l'enfant constitue la norme suprême. L'intérêt concret correspond à la mise en œuvre pratique, par une autorité, de cette norme supérieure¹⁹²⁰. Si, par exemple, il est déterminé de manière abstraite que l'intérêt de l'enfant est de conserver des liens avec sa fratrie, alors de manière concrète, il faudra envisager systématiquement dans les décisions relative à la garde des enfants de faire suivre le même parcours aux frères et sœurs.

263. Autorité dépositaire du pouvoir de déterminer l'intérêt de l'enfant. L'autre élément intéressant, en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant, est que les autorités dont le rôle est de déterminer l'intérêt de l'enfant sont toutes amenées, à un moment ou à un autre, à définir tant l'intérêt abstrait que l'intérêt concret de l'enfant. De manière schématique, ces autorités sont les parents de l'enfant, le juge, les représentants de l'État en général, l'État lui

1914. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale », *dt. fam.* mai 2012, étude 12, pp. 13-18.

1915. L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Paris, Tome 413, 2004, n° 828 p. 527.

1916. Cass. civ 1re, 15 mai 2013, pourvoi n° 11-25205, inédit ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Mars 2012-mars 2013 », *D.* 2013, pp. 1436-1444.

1917. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Grand-parents et petits-enfants face à l'établissement des liens de filiation », *RLDC* 2010.

1918. Du grec : Πολύς (pl. Πολλοί) : nombreux, plusieurs. Et : Υοοείς, έών : parents.

1919. Y. LEGUY, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, thèse, p. 24.

1920. C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 27, p. 32.

même, la Cour européenne des droits de l'Homme et le Comité international des droits de l'enfant¹⁹²¹. De manière plus globale, il faut considérer que toute personne publique ou privée qui exerce une autorité sur les enfants devra, à un moment donné, déterminer quel est l'intérêt abstrait de l'enfant et quel est son intérêt concret. Dès lors, il n'est pas toujours évident d'opérer une distinction entre l'intérêt dit concret de l'enfant et son intérêt dit abstrait. En effet, suivant l'autorité de laquelle émane cette définition, l'intérêt concret de l'une peut être l'intérêt abstrait de l'autre. Cette dualité doit donc toujours être gardée à l'esprit lorsque l'on étudie la question de l'intérêt de l'enfant.

264. L'hypothèse de l'intérêt de l'enfant comme source du droit.

L'importance que la Cour de cassation donne à la détermination de l'intérêt de l'enfant n'est plus à démontrer. Elle le protège, l'encourage, et l'exige tout autant des juges du fond que du pouvoir parental¹⁹²², ce qui donne à l'intérêt de l'enfant une valeur contraignante et normative, lorsqu'elle se réfère, par exemple, à la pratique parentale antérieure pour déterminer l'intérêt de l'enfant¹⁹²³. Bien que le pouvoir de le déterminer ne soit pas complètement discrétionnaire parce qu'il est soumis à la Constitution, à la loi ou au pouvoir réglementaire, le contenu de l'intérêt de l'enfant ayant une inspiration internationale trouve parfois à se substituer à la norme nationale et se découvre par là une valeur supra-normative¹⁹²⁴. Le plus souvent, c'est le droit européen qui intervient pour justifier la décision¹⁹²⁵. Le terme « droit de l'enfant » ou « droit à... » est évoqué¹⁹²⁶. Cette protection catégorielle constitue probablement moins la consécration nouvelle de droits subjectifs de l'enfant¹⁹²⁷, qu'il n'aurait de toute façon pas le

1921. *Idem*, n° 30, p. 34.

1922. A. GOUTTENOIRE, « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », *in mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, p. 150.

1923. P. MURAT, « Le droit à réparation des parents pour atteinte à leurs prérogatives en cas de publication d'une photographie du mineur en méconnaissance de l'opposition parentale », *dt. fam.* juin 2007, comm. 124, pp. 34-36

1924. A. GOUTTENOIRE, « Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 24.

1925. « La tentation d'autonomie dans la protection catégorielle de l'enfant par le juge européen est plus forte. C'est le juge européen qui donne une substance aux instruments internationaux relatifs au droit de l'enfant et cette substance trouve son fondement dans des sources européennes, les sources internationales n'étant qu'accessoiries. Les textes internationaux relatifs au Droit de l'enfant et singulièrement la CIDE auront, ceci dit, au moins eu le mérite de la mise en lumière de l'enfant en tant que catégorie particulière et de contraindre les juges européens à s'en saisir et à consacrer cette protection catégorielle » : B. BONNET, « L'utilisation de la CIDE par les juges européens », *in* C. GAUTHIER, M. GAUTHIER, A. GOUTTENOIRE, *Mineurs et droits européens*, p. 49.

1926. « La Cour européenne des droits de l'Homme a élaboré une protection catégorielle des droits de l'Homme au profit de l'enfant en utilisant des dispositions générales de la Convention. Cette dernière recouvre trois domaines essentiels que sont la vie familiale, la protection contre les maltraitances et le droit pénal des mineurs » : A. GOUTTENOIRE, « Les mineurs et la Convention européenne des droits de l'Homme », *in* C. GAUTHIER, M. GAUTHIER, A. GOUTTENOIRE, *Mineurs et droits européens*, p. 11.

1927. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 35, p. 28.

pouvoir effectif d'exercer du fait de sa minorité¹⁹²⁸, que des jalons destinés à guider l'autorité chargée de la détermination de l'intérêt de l'enfant¹⁹²⁹. Ces repères idéologiques constituent l'intérêt de l'enfant, qui est la « loi » applicable *in fine* à l'enfant. Il faudrait considérer, lorsque l'on a recours au terme « droit à... » qu'il s'agirait d'une mise en œuvre concrète d'un intérêt de l'enfant défini de manière abstraite en amont. L'enfant aurait le droit d'entretenir des relations avec ses frères et sœurs parce qu'il est dans l'intérêt abstrait de l'enfant de connaître sa famille, par exemple.

La détermination de l'intérêt de l'enfant revient à établir la distinction entre les situations « normales » et les situations « anormales »¹⁹³⁰; une autre façon de nommer le bien et le mal¹⁹³¹. Une autre façon de penser le droit aussi, non plus de manière démocratique, mais de façon autoritaire¹⁹³². Immixtion dirigiste à l'impératif dans l'autorité des familles, cette protection catégorielle oriente l'autorité des parents ou les décisions des juges dans leur rôle d'individualisation finale de l'intérêt de l'enfant¹⁹³³ en fonction des attentes d'une morale

1928. M. OUDIN, « Les conflits de droits subjectifs », *RRJ* 2007, p. 67.

1929. « La conclusion de l'acte juridique implique dès lors une adéquation entre l'intérêt individuel, tel qu'entendu par l'auteur de cet acte, et la satisfaction des intérêts intégrés par la loi dans les effets de l'acte juridique. L'auteur de l'acte juridique en adhérant à ces effets est présumé satisfaire ses intérêts » : M. LAMARCHE, « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 231.

1930. « La démarche finalement choisie était d'autant plus regrettable que les règles abstraites qu'elle a fait naître pouvaient ne pas servir l'intérêt de l'enfant, alors que c'était leur finalité. Car concrètement, il n'est pas évident que l'intérêt de tout enfant ait été d'être, en toute occasion, un enfant légitime et ce, même en fonction d'une loi qui défavorisait l'enfant naturel » : Y. LEGUY, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, thèse, p. 25.

1931. L'intérêt de l'enfant « est un principe essentiellement jurisprudentiel. Sans doute ce rôle incombera-t-il alors aux parents que, dans les situations normales, la nature a fait les meilleurs juges de l'intérêt de leurs enfants... Mais est-il nécessaire d'ajouter que les difficultés apparaissent presque toujours dans les situations anormales ? Le seul procédé possible est alors le recours au juge. On a pu contester le bien-fondé de cette intervention du juge dans les rapports de famille, intervention qui devient de plus en plus profonde et qui n'est pas sans danger ; mais en vérité, qui est mieux placé que lui lorsqu'en cas de conflit, les parents cherchent à faire prévaloir leur intérêt égoïste sur l'intérêt de l'enfant ? Cela peut poser au juge de difficiles cas de conscience, puisqu'il ne s'agit pas pour lui de dire le droit, mais d'appliquer des solutions justes et humaines aux situations d'espèce les plus variables. Et son pouvoir est d'autant plus redoutable qu'il est souverain puisque statuant en fait » : M. DONNIER, « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, chr. XXVI, p. 182.

1932. « Le droit ne sera plus le juste ; on ne saurait plus l'exprimer en énoncés indicatifs, vérités sur l'Être. Alors une nuée de théoriciens le définissent comme un système de commandements, d'impératifs ; ou plus souvent encore de normes désormais prescriptives d'actions. Le droit est synonyme de lois, ce mot signifiant des règles de conduite. Le normativisme a triomphé : par ce terme nous entendrons, généralement, toute doctrine définissant le droit en un ensemble de normes de conduite. Il faut bien que les juristes s'alignent sur la philosophie commune. Jusqu'où n'iront pas les outrances de l'idéalisme moderne ? Voici qu'a été ajouté au monde réel un monde fictif, de pure déonticité, engendré par l'esprit de l'Homme, objet chimérique que se donne l'imagination, qui pour nous tient lieu de justice et dont dériveraient les systèmes de normes générales de conduite » : M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*, p. 71.

1933. « On observera, avec le souci de préciser le propos, que ces règles générales et abstraites qui déterminent a priori l'intérêt de l'enfant n'ont presque jamais une force contraignante absolue. Elles ont plutôt valeur de présomption, selon une expression couramment utilisée, encore qu'il ne s'agisse pas de la présomption au sens technique du terme, puisqu'on ne se trouve pas en présence d'un monde de preuve d'un fait. Le recours à la notion de présomption est analogique, car on veut signifier par là que la règle formulée par la loi ou par la jurisprudence en sera applicable que pour autant que le juge ne décide, en vertu d'un pouvoir marginal

sociale pré-déterminées¹⁹³⁴.

Le Code civil qui, en 1804, regroupait pratiquement toutes les dispositions relatives à l'enfant, a vu s'accroître à côté de lui le droit pénal, puis le droit social, le droit de la sécurité sociale, le droit de l'action sociale... L'enfant n'est-il pas avant tout destinataire de protection¹⁹³⁵? La spécificité des techniques relèverait alors de la spécificité du mode de protection et de représentation utilisé à destination de la personne mineure¹⁹³⁶. Il impose, dans un référentiel donné, celui d'une société dite démocratique, de trouver un équilibre entre le dirigisme étatique, destiné à assurer à chaque enfant un socle de garanties sociales communes en lissant l'autorité exercée sur lui, et en même temps une autonomie individuelle dans l'étendue de cette autorité, destinée à garantir le pluralisme culturel et intellectuel qui, dans la diversité qu'il génère, constitue le fondement de la dignité humaine, défendu notamment par l'esprit de laïcité et de démocratie¹⁹³⁷.

Par exemple, il existe un cadre juridique très stricte concernant la captation et la diffusion d'images montrant des personnes mineures. Peut-on pour autant parler de droit de l'enfant de ne pas être montré dans une situation dégradante ou pornographique ? Il s'agit plutôt d'une limitation légale du pouvoir parental, et à l'intérieur de ce cadre d'ordre public, la décision parentale de mettre en scène l'enfant comme modèle, ou comme acteur, d'accepter ou non de prendre ou de diffuser une photographie, reste discrétionnaire. A partir de ce pouvoir d'initiative, le représentant légal exercera des droits au nom de l'enfant : par exemple la signature du contrat. Bien sur, *in fine*, les gains sont pour l'enfant. Toutefois, le contrat a été décidé et signé « sans » l'enfant¹⁹³⁸. Soumis à ce pouvoir d'initiative, l'enfant conserve la

d'appréciation qui lui est laissé, de la renverser au profit de la formulation, à titre exceptionnel, d'une autre règle qui lui paraîtrait être commandée par les circonstances de l'espèce » : J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 29.

1934. J. BECQUART, *Les mots à sens multiples en droit civil français, contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, thèse, n° 117, p. 178.

1935. J. HAUSER, « Rapport de synthèse », in C. GAUTHIER, M. GAUTHIER, A. GOUTTENOIRE, *Mineurs et droits européens*, p. 131.

1936. A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, p. 213.

1937. « Les enfants ne sont pas les fils et filles de l'État, mais ceux de la famille. Il n'appartient donc pas au juge de dicter un schéma familial unique qui déterminerait un mode de pensée et d'éducation orthodoxe à suivre. L'exigence de neutralité et d'impartialité des organes de l'État en matière religieuse, reconnue par la Cour européenne des droits de l'Homme, conforte d'ailleurs cette analyse. Partant, le juge n'a pas pour rôle de s'immiscer dans les relations parents-enfant en bouleversant la donne préexistante, mais de parvenir, au moyen d'une approche neutre sur le plan religieux, à sauvegarder la stabilité des rapports parentaux malgré la rupture des rapports maritaux » : P. MUZNY, « Pour que garde des enfants et pratique religieuse fassent bon ménage », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 429.

1938. Sous réserve de la mise en œuvre du droit de l'enfant d'être associé aux décisions qui le concernent !

possibilité de s'opposer à cette décision, en refusant de « jouer le jeu ». Il reste qu'à l'inverse, il ne pourra jamais, tout au moins en droit, imposer à ses parents la captation de son image lorsqu'ils auront décidé que l'acte était contraire à son intérêt¹⁹³⁹.

Prenons un autre exemple : l'article 371-4 du Code civil dispose que « *L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit* ». Existe-t-il au terme de cet article un véritable droit subjectif de l'enfant à entretenir des relations avec ses grands parents ? N'ayant plus aucun sens une fois la majorité acquise, il s'agirait d'un droit subjectif spécifique à la personne mineure, mais dont il n'aurait jamais le moyen d'initier l'exercice contre l'autorité de ses représentants légaux ou contre le refus de ses grands-parents¹⁹⁴⁰ ? Il est sans doute préférable d'admettre cette sorte de « droit » comme un élément d'ordre public, destiné à borner et guider le pouvoir discrétionnaire parental : il est dans l'intérêt de l'enfant d'entretenir des relations avec ses grands-parents, sauf si cette relation est contraire à son intérêt...

Au final, il revient aux titulaires de l'exercice de l'autorité parentale de déterminer quel est l'intérêt de l'enfant, pour en conclure que ce lien est opportun ou non. Ici, la décision peut être contestée par les grands-parents qui ont qualité pour saisir le juge. Dans ce cas, leur objectif est d'obtenir une autre appréciation de l'intérêt de l'enfant qui, cette fois ils l'espèrent, leur serait favorable¹⁹⁴¹. Pourtant, en dehors des hypothèses dans lesquelles le

1939. « Mais attendu que la cour d'appel après avoir relevé que de nombreux articles de presse et de revues avaient déjà été publiés sur les faits relatés dans le livre de Michel del Castillo, ne s'est pas contredite et n'a pas permis l'exercice d'un droit de repentir en considérant, pour décider que cet ouvrage constituait une atteinte à la vie privée des époux Rossi et de leur fils, que son auteur avait réuni en une synthèse passionnée des renseignements épars dont le public n'avait pas eu connaissance dans son ensemble et avait considéré à l'événement une publicité et une intensité que la presse agissant en ordre dispersé et avec de interprétations diverses, n'avait pu lui donner » : Cass. civ. 1re, affaire *Edition René Julliard et autres c./ époux Rossi*, 18 mai 1972.

1940. Tout au plus a-t-il éventuellement la possibilité de saisir le ministère public, et s'en remettre alors à la décision discrétionnaire de cette autorité. « Le mineur présentant une requête à la Cour européenne des droits de l'Homme doit toutefois satisfaire à la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes, ce qui n'est pas sans susciter des difficultés spécifiques. Il faut se demander si le mineur doit épuiser les recours qui lui sont personnellement accessibles, ou s'il doit également épuiser les voies de recours qui lui sont ouvertes par l'intermédiaire de son représentant légal. La Cour européenne n'a pas encore été confrontée à cette question » : A. GOUTTENOIRE, « Les mineurs et la Convention européenne des droits de l'Homme », in C. GAUTHIER, M. GAUTHIER, A. GOUTTENOIRE, *Mineurs et droits européens*, p. 10.

1941. « Il est désormais classique de constater que le conflit entre droits de l'Homme est le corollaire obligé de la multiplication des interprètes autorisés du droit. En France, rien n'empêche le juge judiciaire et le juge administratif de développer une interprétation de la Convention distincte de celle du Conseil constitutionnel, et de se servir des textes internationaux à titre de substitut fonctionnel à un contrôle de constitutionnalité défaillant. Les arbitres concrets du devenir des droits de l'Homme sont donc, chacun de leur côté, la Cour de cassation et le Conseil d'État. Ceci conduit à déplorer, mêlant droit et sociologie, que le Conseil constitutionnel ne jouisse pas d'une légitimité suffisante pour assurer un rôle hiérarchique et unificateur qui, techniquement et symboliquement, devrait lui revenir. Une interprétation régulée des droits de l'Homme ne supprimerait cependant

manquement au droit pénal permettrait de justifier « objectivement » le refus par un comportement contraire à l'ordre public dans une société donnée ; quelle peut être la valeur scientifique du raisonnement des parents ou des juges pour déterminer que cette relation est ou n'est pas dans l'intérêt de l'enfant ?

265. Justification impossible. La Cour de cassation se réfugie derrière l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁹⁴². Seraient-ils plus « objectifs » qu'elle à qui il arrive également parfois de déterminer l'intérêt concret de l'enfant¹⁹⁴³? En ce sens, l'article 373-2-11 du Code civil invite le juge, lorsqu'il se prononce sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, à tenir compte, notamment, de la pratique antérieure des parents¹⁹⁴⁴. Des experts, eux aussi « objectifs », sont convoqués¹⁹⁴⁵. Parfois, le juge est même obligé de s'abstenir de décider¹⁹⁴⁶. C'est que l'intérêt de l'enfant, qui constitue une notion affirmée¹⁹⁴⁷, n'est jamais démontrable par un raisonnement scientifique et raisonnable¹⁹⁴⁸. Pour certains, il faudrait établir une distinction entre les situations ouvertes dans lesquelles il est impossible de prévoir les conséquences, et les situations fermées dans lesquelles des conséquences probables

pas les oppositions substantielles qui ne peuvent manquer de survenir entre principes opposés : droit à la liberté contre droit à l'égalité, droit de propriété contre respect de la dignité » : D. GUTMANN, « Les droits de l'Homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, p. 339.

1942. Attendu que c'est à bon droit que la cour d'appel « a estimé que l'attitude interventionniste et invasive du grand-parent, qui n'a pas eu conscience de la perturbation majeure qu'il avait provoquée, a plongé les enfants, qui ont rencontré un avocat et n'ont pas souhaité être entendus, dans une crise qui ne pouvait les concerner, de sorte que leur intérêt supérieur commandait, en l'état, de ne pas prévoir le rétablissement d'un contact avec leur grand-père » : Cass. civ. 1re, 27 mai 2010, pourvoi n° 09-65838, inédit ; J. HAUSER, « Refus du droit de visite des grands-parents : du motif grave de refus à l'intérêt supérieur de l'enfant », *RTD civ.* 2010, p. 548 ; A. GOUTTENOIRE, « Autorité parentale : panorama de la dernière jurisprudence (avril-mai 2010) », *lexbase hebdo* 2010, n° 398 ; A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droits de l'enfant », *D.* 2010, n° 29, pp. 1904-1912.

1943. « Qu'une telle annulation qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant » : Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19053, *bull.* 2011.

1944. « Dans la plupart des arrêts, la Cour de cassation renvoie, plus ou moins expressément à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, apprécié *in concreto*, au pouvoir souverain des juges du fond, excluant par là même tout contrôle de sa part quant au bien ou au mal-fondé de la décision qu'ils adoptent » : A. GOUTTENOIRE, « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in *mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, p. 153.

1945. P. MUZNY, « Pour que garde des enfants et pratique religieuse fassent bon ménage », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 433.

1946. « Il n'appartient pas au juge de dire si l'enfant doit être élevé dans telle confession ou dans telle autre, car il n'a aucun pouvoir, ni aucune qualité pour statuer dans un domaine qui relève purement et exclusivement de la conscience de chacun des parents » : P. BARBIER, « Incidence de la religion du mineur sur les mesures dites « d'assistance éducative » que peut prendre le juge des enfants », *gaz. pal.* 1962, *doct.*, p. 40.

1947. C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 55, p. 49.

1948. « Il faut le dire, la loi a reculé devant la tâche impossible de gouverner elle-même les relations si délicates, si pleines de susceptibilités ombrageuses, qui unissent le père à ses enfants. Elle a eu confiance dans la sollicitude paternelle. Pour elle, le père est le meilleur juge de l'éducation physique et morale de l'enfant ; la loi n'a voulu réprimer que ses délits ; elle n'a pas osé atteindre des faits sur lesquels la loi pénale ferme les yeux » : Cass. civ. 8 juillet 1857, affaire, *Jaumes c./ Jac du Puget*, *D.* 1857, I, p. 273.

peuvent être identifiées¹⁹⁴⁹. Mais cette nomenclature serait sans doute prise facilement en défaut par la pratique. Si certaines décisions discrétionnaires ne peuvent émaner que de la famille, c'est parce que la détermination de l'intérêt de l'enfant relève d'une source du droit particulière.

266. Révélation. Empreinte d'une dimension morale à vocation universaliste, la détermination de l'intérêt de l'enfant résulte de l'affirmation solennelle et indémontrable de celui à qui le législateur a choisi de laisser la parole en dernier¹⁹⁵⁰. C'est pourquoi, il conviendrait de faire l'hypothèse que l'intérêt de l'enfant, concret ou abstrait, du fait de cet aspect moral, injustifiable et supérieur, est une source révélée du droit¹⁹⁵¹. En effet, il revêt une double nature : bien que l'on « croie » parfois qu'il puisse être « objectivement » déterminé dans une société donnée¹⁹⁵², il présente inmanquablement des caractéristiques relatives à l'échelle humaine¹⁹⁵³. Qui peut dire ce qui est juste¹⁹⁵⁴? Comment déterminer ce qui est meilleur¹⁹⁵⁵?

1949. Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, n° 208, p. 159.

1950. G. ROUSSET, « L'exercice du droit de visite ne peut être subordonné à l'accord des enfants », *JCP* 2009, II, 10032.

1951. « Nous appellerons révélation au sens large, appellation non consacrée et qui n'engage que nous, l'affirmation solennelle d'une loi morale et/ou juridique, présentée comme l'expression d'une vérité supérieure et sans aucune démonstration. Le processus semble donc avoir un caractère théologique marqué, à cela près que Dieu n'est pas invoqué. Cette fois, le pôle de décision n'est plus un prophète ou une église, mais une autorité laïque, publique ou privée, en général assez haut placée : constituant, législateur ou juridiction supérieure, conférence internationale, organisation non gouvernementale prestigieuse. Toutefois, cette autorité parle à la façon d'un prophète. Elle ne dit pas avoir inventé cette loi supérieure qu'elle se borne à déclarer et dont elle se veut le modeste scribe. En pareil cas, même si la prescription émane formellement de la convention, de la loi ou du jugement, la source véritable réside dans des valeurs que la société considère comme fondamentales, autrement dit dans une sorte de révélation laïque » : Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, p. 21.

1952. M.-A. RASCHINI, « De la positivité à l'exil des valeurs », in J.-M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, p. 132.

1953. « Il faut en réalité tout d'abord souligner que les intérêts pris en considération sont, dans cette hypothèse, objectivés par l'appréciation opérée par plusieurs personnes (parents). L'objectivation découle aussi du fait que la loi elle-même donne des critères d'appréciation de l'intérêt qui doit prévaloir » : M. LAMARCHE, « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 230.

1954. « L'Homme se heurte aussi aux droits de l'Homme, et il est là encore bien obligé d'en tenir compte lorsqu'il formule le droit d'une société, parce que s'il néglige ces exigences, le droit n'aura plus aucun sens, n'étant pas considéré comme droit. Ce que l'assujetti au droit demande en effet, c'est une protection de son droit. C'est un moyen de faire respecter sa propre justice. Et c'est pourquoi le point de départ matériel du droit dans les systèmes primitifs est presque toujours un système de sanctions. La formulation de la sanction existe très généralement avant la formulation du droit. Dès lors, le droit prend toujours son point d'appui dans la revendication de l'Homme, dont le bien-fondé est reconnu par l'ensemble. Mais rapidement on en vient à poser les conditions de cette reconnaissance ou, ce qui revient au même, les conditions dans lesquelles la sanction sera mise en jeu au profit d'une revendication. L'établissement de ces conditions, c'est en somme l'élaboration des règles selon lesquelles le juge doit juger » : J. ELLUL, *Le fondement théologique du droit*, p. 70.

1955. « On trouve alors une jurisprudence écartelée entre son respect du mariage et de la présomption *pater is est* et sa volonté de rendre moins injuste le statut d'enfant illégitime ; la prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans la détermination de son statut apparaît donc comme une solution d'opportunité. Il s'avérerait nécessaire et souhaitable de corriger les lacunes et les incohérences de la loi » : Y. LEGUY, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, thèse, p. 29.

267. Impossible hiérarchie des valeurs dans une société démocratique.

Les termes en eux-mêmes font référence à un système de valeur préétabli ; lui aussi relatif au sein de toute société humaine¹⁹⁵⁶. Il suffit de prendre, pour s'en convaincre, la conception de l'égalité, clef de voûte des valeurs à la source de tout édifice juridique. Elle dépend de la définition que l'on donne à la justice qui, pour les uns doit être commutative et donner à chacun le même, qui pour d'autres doit être distributive et donner à chacun suivant ses mérites, et qui pour d'autres enfin doit être socialiste et donner à chacun suivant ses besoins¹⁹⁵⁷. En fonction de la conception de l'égalité que l'on retient, la détermination dite « objective » de l'intérêt de l'enfant ne peut pas être la même¹⁹⁵⁸. Dans le premier cas, son intérêt est déterminé à partir de l'intérêt des autres, dans le second cas, son intérêt est déterminé en fonction de ses talents et dans le dernier cas son intérêt est déterminé en fonction de ce qu'il est¹⁹⁵⁹. Si l'on veut bien admettre que ces trois conceptions au moins coexistent dans notre société contemporaine¹⁹⁶⁰, il est facile de comprendre les débats sans fin qui alimentent la doctrine, chacun revendiquant avec vanité l'universalité de son point de vue¹⁹⁶¹. Qui peut affirmer que l'un est supérieur à l'autre, puisque le principe même de la démocratie

1956. « Aristote avait reconnu l'impossibilité d'une science du droit naturel : l'Homme étant libre, les situations à réglementer sont changeantes ; donc le juste lui-même est changeant ; on ne peut le mettre en théorèmes fixes » : M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 161.

1957. A. RAND, *La grève*, (*Atlas Shrugged*), traduit de l'anglais par S. BASTIDE-FOLTZ, Les belles lettres, Fondation Andrew Lessman, Paris, 2011.

1958. « On lit dans l'exposé des motifs du projet de loi déposé par le gouvernement belge de l'époque devant la chambre des représentants qu'une des motivations principales fut de remédier, en Belgique, à l'imprévisibilité des litiges relatifs aux modalités de la garde d'un enfant dont les parents se séparent, tant les décisions prononcées jusque-là par les différents juges du Royaume pouvaient être divergentes, selon l'opinion qu'ils se faisaient notamment, à propos de l'opportunité ou non de la garde alternée. Afin de pallier les effets négatifs induits de cette imprévisibilité des litiges, il s'agissait dès lors d'instaurer une norme générale ou à tout le moins un modèle qui s'imposerait au juge à défaut d'autres éléments, et ce modèle ne pouvait désormais plus être, compte tenu de l'égalité entre les parents, qu'égalitaire » : J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 29.

1959. Voir par exemple les conséquences concrètes de ces trois conceptions sur l'allocation d'une pension alimentaire à l'enfant : ou bien chaque enfant aura une somme déterminée à partir d'un barème abstrait en fonction des revenus de ses parents, ou bien l'enfant méritant aura plus que les autres pour pouvoir continuer ses études, ou bien l'enfant en difficulté aura plus que ses frères et sœurs pour bénéficier d'une seconde chance.

1960. Il y en a évidemment bien d'autres. Sans doute la plus originale était celle de Bodin : M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, Paris, réédition 2009, p. 105.

1961. « Lorsqu'on y réfléchit, cette seconde orientation qui préconise de personnaliser l'intérêt de l'enfant ne se distingue pas fondamentalement de la première, en ce qu'elle conduit à considérer qu'il serait précisément possible d'identifier de manière objective ce qu'est l'intérêt de l'enfant. Sans doute, ne s'agit-il plus de déterminer un contenu objectif pour l'ensemble des enfants, mais ce qu'on estime pouvoir rechercher et trouver c'est ce qui serait objectivement, pour tel enfant, conforme à son intérêt, et le juge présentera d'ailleurs généralement l'intérêt de cet enfant, dans sa décision, sous la forme d'une vérité qui a pu être mise en évidence à l'issue des investigations et des débats judiciaires. Le risque d'une pareille approche de l'intérêt de l'enfant en termes de contenu est, en réalité, de faire exactement le contraire de ce à quoi la Convention relative aux droits de l'enfant convie les adultes responsables, à quelque titre que ce soit, d'un enfant. C'est qu'en présupposant ou croyant qu'il y aurait une vérité objective pour les enfants ou pour tel ou tel enfant de ce qui constituerait leur intérêt supérieur, les adultes ne feraient, en réalité, que projeter sur les enfants ou sur tel ou tel enfant leur propre vision du monde, et ils en arriveraient alors à instrumentaliser l'enfant dans une logique ou dans des discours qui ne serait que le leur » : J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 29.

est d'opérer une hiérarchie des valeurs en fonction du nombre de convaincus¹⁹⁶²? Comment être certain que l'on ne se trompe pas en déterminant le meilleur intérêt de l'enfant à partir de l'avis d'une ou deux personnes¹⁹⁶³?

L'intérêt de l'enfant, même apprécié concrètement ou objectivement, ne dépend jamais exclusivement de la personne de l'enfant, mais du parti qu'a pris l'œil qui jauge sa situation et du groupe auquel il appartient¹⁹⁶⁴. Finalement, l'intérêt de l'enfant pose des difficultés de retranscription en droit positif, non pas parce qu'il est flou en lui-même¹⁹⁶⁵, mais parce qu'il impose de prédéterminer une hiérarchie des valeurs : ce qu'une société

1962. « L'article 3-1 de la CIDE pose un principe supérieur aux autres dans l'ordre de la hiérarchie des normes. Or, au delà de la question de la supériorité des traités sur les lois internes, il arrive qu'un autre principe, érigé en critère lorsqu'il s'agit pour le juge de prendre une décision, n'ait pas qu'une valeur en droit interne, mais revête aussi une dimension internationale : *via* la Convention européenne des droits de l'Homme, par exemple, pour le droit à la vie familiale normale. Lequel faire prévaloir ? Devant une juridiction nationale comme devant une Cour internationale, se pose la question de savoir sur quel fondement juridique expliquer une hiérarchie normative entre ces principes. La Cour de justice des Communautés européennes, ne s'est toutefois pas embarrassé du problème pour décider, certes à raison, sur le fondement de la CIDE, la primauté du bien-être de l'enfant sur la circulation des marchandises » : C. BRUNETTI-PONS, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC* 2011.

1963. « *En l'espèce, l'intérêt d'Hélène doit s'apprécier en considération des éléments de fait, sans pouvoir occulter la réalité biologique qui a établi que les époux Oger étaient les grands-parents de l'enfant. C'est d'ailleurs en s'appuyant sur cette vérité que le conseil général soutient que l'adoption doit être privilégiée, aux motifs que la famille Oger est divisée, qu'Hélène sera confrontée à l'image d'une mère qui l'a rejetée, que les requérants, qu'elle ne connaît pas, sont en grande souffrance, ce qui ne lui permettra pas de se construire. [...] Aucun élément n'est rapporté pour démontrer que les époux Oger qui ont eu cinq enfants, dont seule Marie âgée de 14 ans, vit encore au domicile, qui sont bénévoles au sein d'une association caritative et ont accueilli des enfants pendant les vacances, ont failli dans leur fonction parentale. [...] Il est indiscutable qu'ils sont en souffrance, mais tel est également le cas du couple d'adoptants, dont la plupart sont en mal d'enfant et ignorent tout de la fonction parentale* » : cour d'appel d'Angers, 26 janvier 2011, affaire époux Oger c./ Président du conseil général de Maine et Loire et autres, RG : 10/01339 ; **voir aussi** : « *Attendu que monsieur Julien Charnolé, présentait mademoiselle Bérengère Nojac comme sa « petite amie » [...] que dans leurs écritures, les appelants reprennent le qualificatif d'amie et ne font pas état d'une situation de concubinage des parents biologiques ni avant l'accouchement, ni durant la présente instance [...] Que les reconnaissances effectuées par le père et la mère de l'enfant, dont l'annulation a été prononcée par un arrêt, certes non définitif, n'ont pas créé en fait une telle vie familiale et l'intérêt actuel de Jeanne est de maintenir la stabilité de son milieu familial chez les époux Péot, enseignants auprès de jeunes enfants ou d'adolescents et donc au fait des problèmes éducatifs, dont il convient de souligner qu'ils respectent concrètement le droit de l'enfant de connaître ses origines, ainsi qu'il ressort d'un certificat médical du 26 octobre 2009 du professeur Golse, selon lequel Jeanne a déjà parfaitement intégré ce qu'ont pu intégrer à son âge par rapport à son adoption, et d'un certificat médical du 14 octobre 2009 du docteur Harvey précisant que cette adoption est souvent évoquée et commentée par son frère en présence de la petite fille* » : cour d'appel d'Orléans, 11 mai 2010, affaire, affaire Charnolé et aures c./ Péot et autres, RG : 09/01827.

1964. « L'Homme perdant toute densité ou substantialité propre n'est dès lors plus le siège de droits, si ce n'est par imputation et modélisation *in abstracto* ; ceux-ci se définissent en effet en relation avec ce que la nature, qu'il doit feuerbachienement réaliser, lui indique : leur composantes en sont déterminées par l'humanité, le groupe ou l'association que symbolisent les diverses hypostases, de la famille, au parti, à l'État ou à la société réelle. L'homme cesse d'être par lui-même, il n'est qu'en tant qu'associé, partenaire ou membre du réseau collectif : qu'en tant que relationné à un groupe. Cette définition par le groupe, par la relation, par les faisceaux ou par les liens de classe, explique que les droits de l'Homme soient récupérés dans la ligne de l'abstraction généralisante sous l'aspect d'une fausse universalité qui tient à leur idée de départ. S'ils se fondent exclusivement sur la nature, cette évolution vers l'aliénation à l'abstraction de groupe, qui peut devenir de nos jours celle de l'entreprise, et du marché, est inévitable » : J.-M. TRIGEAUD, *Droits premiers*, p. 182.

1965. Chacun est capable de dire avec conviction ce qu'est l'intérêt de l'enfant.

démocratique ne peut pas faire sans voter. Or en refusant la prévalence de telle valeur sur telle autre, la décision finale devient imprévisible : ce qui n'est pas non plus conforme à la nécessité de sécurité juridique en principe garantie par l'État de droit aux citoyens.

Dogme moderne¹⁹⁶⁶, croyance laïque fondée sur l'intuition judéo-chrétienne du bien et du mal¹⁹⁶⁷, la détermination de l'intérêt de l'enfant découle de l'interprétation par une autorité de textes eux-mêmes révélés que sont notamment : la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, la Convention européenne des droits de l'Homme ou la Convention internationale des droits de l'enfant¹⁹⁶⁸. Mais il va plus loin, puisqu'à cette interprétation, rôle habituellement dévolu à la jurisprudence¹⁹⁶⁹, est adossée la formule de l'intérêt de l'enfant d'inspiration supérieure à toute autre considération ou interprétation.

L'interprétation de la loi est donc orientée en fonction de la révélation de l'intérêt de l'enfant ; il faudrait même dire qu'elle est parfois supplantée par cette révélation. Au nom de l'intérêt de l'enfant, il est demandé à l'interprète final de l'intérêt de l'enfant d'opérer une hiérarchie des valeurs, qui en principe incombait, en amont, au pouvoir politique démocratique¹⁹⁷⁰. C'est en cela qu'il y a révélation : cette action est fondée non sur l'autorité de la loi du peuple, de la jurisprudence ou de la coutume, mais sur l'autorité de la parole de celui qui a dit¹⁹⁷¹. Dès lors, la seule manière de déterminer le contenu probable de cette Révélation

1966. Article 29 de la Convention internationale des droits de l'enfant : « *Les États parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à [...] inculquer à l'enfant le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies* ».

1967. G. GUYON, *Chrétienté de l'Europe, fondations juridiques*, p. 254.

1968. « S'agissant d'un enfant conçu avant le mariage, la qualité d'enfant légitime lui est reconnue, moins à raison de l'intention présumée chez ses parents de lui conférer par le mariage le bénéfice de la légitimation qu'en vue de sauvegarder par une fiction légale la dignité du mariage et l'unité de la famille, la loi n'ayant voulu introduire, entre enfants nés au même foyer et jouissant de la même possession d'état, aucune distinction fondée sur la date respective de leur conception » : F. GÉNY, note sous Cass. civ. 8 janvier 1930, affaire *Degas c./ consorts Degas*, S. 1930, 1, p. 257.

1969. P. AMSELEK, « *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Le temps des idées, Armand Colin, Paris, 2013, p. 503 et suiv.

1970. « L'argument presque technique d'une incapacité de la loi à s'intéresser au cas particulier, qui n'est pas faux, suppose que l'on ait au préalable admis que la famille se réduit à une addition d'ambitions individualistes, ce qui n'est pas inconcevable mais n'est pas non plus évident. On pourrait y voir aussi, très cruellement, l'incapacité des systèmes démocratiques surmédiatisés à déterminer un ou plusieurs modèles de sociétés familiales, hors la soumission aux groupes de pression et aux modes de pensée unique et à abandonner lâchement entre les mains des juges les décisions sur les problèmes majeurs de société. Cette analyse pourrait s'autoriser de l'étude des juges chargés de cette tâche et aussi de la technique procédurale imprécise qui leur est offerte. On pourrait alors imaginer de se débarrasser du problème en supprimant tout juge et tout contrôle, ce qui serait très exactement une privatisation pure et simple de la structure familiale » : J. HAUSER, « La loi, le juge et la volonté dans les réformes de la famille », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, p. 162.

1971. « Convaincus que les parents savent ce qui est bon pour l'enfant, les français ont tendance à considérer qu'ils sont mieux à même de connaître ses aspirations, ses intérêts et de faire valoir ses droits » : J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* 1994, I, 3739.

est, par exemple, de se tourner vers les observations finales du Comité international des droits de l'enfant, les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme ou celles de la Cour de cassation, du Conseil d'État et des juges du fond qui en ont posé les jalons¹⁹⁷². L'intérêt de l'enfant serait supérieur, non parce qu'il aurait vocation à évincer, dans l'absolu, d'autres intérêts concurrents¹⁹⁷³, mais parce qu'il puiserait sa source dans l'inspiration supérieure d'une autorité décisionnelle : une source issue d'un sommet¹⁹⁷⁴, dont la parole a une vocation universelle¹⁹⁷⁵.

268. Champ lexical de la Révélation. Sans doute moins magique que mystique, l'intérêt de l'enfant est une croyance¹⁹⁷⁶. Il faut le ressentir pour comprendre¹⁹⁷⁷. Le ton de la doctrine est changé¹⁹⁷⁸ : le terme révélation est même parfois repris¹⁹⁷⁹. Le questionnement n'est plus technique mais factuel¹⁹⁸⁰. Les uns approuvent, les autres

1972. « Une inclination naturelle, plus forte que la loi positive et qui s'impose à son respect, détermine donc à cette date la place que l'enfant est destiné à occuper au foyer domestique, et lorsque ce foyer est légitime, l'instinct se récrie contre toute disposition légale qui tendrait à l'en arracher, ou qui ne lui accorderait auprès des parents qu'une situation amoindrie » : G. P., note sous Cass. civ., 8 janvier 1930, affaire *Degas c./ consorts Degas*, D. 1930, I, p. 53.

1973. « Considérant en second lieu que si de la coexistence de devoirs d'origine différente et de la confrontation des droits qu'implique leur accomplissement naissent des conflits, il appartient au juge du fond, à défaut de dispositions légales précises difficilement concevables en une matière que sa complexité exclut des cadres trop rigides d'une réglementation, de les arbitrer en considération des circonstances particulières de la cause (temps, lieu, âge de l'enfant, usages, milieu social, liens plus ou moins étroits de la parenté) et de concilier ensemble leurs prérogatives de l'autorité parentale et les droits de la parenté qui s'affrontent, en s'inspirant essentiellement de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit au premier chef dominer semblable débat » : cour d'appel de Paris, 30 avril 1959, affaire *Epoux Legros c./ Epoux Van Leckwyck*, D. 1960, jur. p. 674.

1974. « De manière plus inavouée, car plus irrationnelle, le transfert vers une entité européenne extérieure et supérieure aux souverainetés nationales du droit de légiférer traduit aussi, au rebours de l'ethnocentrisme que révèlent les déboires de l'acculturation juridique, l'attrait irrésistible de certains pour l'extranéité du législateur, renouant avec un antique idéal législatif » : B. OPPETIT, « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », D. 1990, chr. XIII, p. 75.

1975. J.-M. TRIGEAUD, *Droits premiers*, p. 184.

1976. J. CARBONNIER, note sous cour d'appel de Paris, 30 avril 1959, affaire *Epoux Legros c./ Epoux Van Leckwyck*, D. 1960, jur. p. 675.

1977. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 37, p. 28.

1978. « Pour que l'autorité du père ne devienne pas un moyen de tyrannie ou de démoralisation, va-t-on placer à côté d'elle chez les tribunaux un droit d'immixtion non défini, non limité lui-même, et dont l'exercice serait de nature à paralyser cette autorité dans ses mains ? Telle n'a pu être la pensée du législateur. Et pourtant, dans quelles bornes circonscrira-t-on le pouvoir d'intervention conféré aux magistrats en l'absence de tout texte législatif ? Il faut venir au secours de l'enfant dit Demolombe ; la raison la morale, l'humanité même l'exigent, dans l'intérêt de l'enfant, dans l'intérêt de l'ordre public. Mais il n'y a pas de texte ; comment faire ? » : S. N. note sous Cass. civ. 8 juillet 1857, affaire, *Jaumes c./ Jac du Puget*, D. 1857, I, p. 273.

1979. « La prédétermination des intérêts individuels est dans un premier temps révélée par le contenu normatif. Il s'agit à la fois de donner *in abstracto* une cause objective aux actes juridiques de droit de la famille et d'offrir aux individus une pluralité de choix normatifs » : M. LAMARCHE, « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 230.

1980. « On peut alors penser que toute autre norme aura vocation à s'effacer ou tout au moins à devenir subsidiaire par rapport à la norme qui énonce la suprématie de l'intérêt de tel ou tel membre de la famille » : M. LAMARCHE, *idem*, p. 241.

fulminent¹⁹⁸¹ ; les mécréants d'un côté et les thuriféraires de l'autre¹⁹⁸². Vanité, car personne ne peut l'expliquer¹⁹⁸³. C'est la marque de la Révélation¹⁹⁸⁴, le plus souvent inspirée de la parole du grand architecte international¹⁹⁸⁵.

Classer la détermination de l'intérêt de l'enfant parmi les sources révélées du droit présente l'avantage d'expliquer pour quelle raison les décisions, prises au niveau parental, par exemple, ne peuvent pas se contester dès lors qu'elles entrent dans le cadre de l'ordre public des « droits de l'enfant » tel qu'il est révélé « au plus haut niveau »¹⁹⁸⁶. Affirmer et imposer sont le privilège de ceux qui exercent un pouvoir sur autrui. Imbrication pyramidale de révélations¹⁹⁸⁷, déclinaison d'intérêt abstrait et d'intérêt concret, chaque autorité bénéficie d'une sphère d'autonomie souveraine dont elle use pour adapter à son réel la parole de l'autorité qui lui est supérieure¹⁹⁸⁸. Elle parle en son nom et de ce fait crée du droit¹⁹⁸⁹. Mais grâce à cette technique, elle n'a jamais besoin de justifier autrement sa parole¹⁹⁹⁰. Fondée sur

1981. I. MARIA, « Rejet d'une demande d'émancipation non justifiée », *dt. fam.* juin 2012, comm. 103.

1982. B. BONNET, « Le Conseil d'État et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan. De l'art du pragmatisme », *D.* 2010, p. 1033.

1983. M. BODIN, *Le notions relatives en droit civil*, thèse, n° 165, p. 261.

1984. J. HAUSER, « Rapport de synthèse », in C. GAUTHIER, M. GAUTHIER, A. GOUTTENOIRE, *Mineurs et droits européens*, p. 135.

1985. « Les choix européens, par les valeurs sur lesquels ils reposent, révèlent une intention propre et rendent ce droit européen créateur de droit civil. L'absence d'automaticité qui entoure les phénomènes de consensus et de mouvement convergent des États renforce l'idée de création véritablement européenne. D'ailleurs, la démarche créatrice se perçoit nettement à travers le contenu et la signification particuliers que l'architecte européen, juge ou législateur, va conférer, entre autres, au droit à la vie familiale ou au droit à la vie privée. Néanmoins, pour parvenir à révéler l'existence d'un droit civil européen, il faut davantage qu'un simple ensemble normatif puisque le droit se présente comme un système organisé de normes » : K. GARCIA, *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, n° 291, p. 237.

1986. « *Compte tenu de l'influence morale du Saint-Siège et des Églises catholiques nationales, le Comité recommande de poursuivre et d'intensifier les efforts consacrés à la promotion et à la protection des droits consacrés dans la Convention. A cet égard, il tient à souligner combien il est important de diffuser très largement les principes de la Convention et de les traduire dans les différentes langues parlées un peu partout dans le monde, et il recommande à l'État partie de continuer à jouer un rôle actif à cette fin* » : CRC/C/15.Add. 46, 27 novembre 1995, § 11. (Vatican).

1987. « Sur quoi repose l'autorité des règles de conduite dans un système qui ne contient plus que des règles de conduite ? » : M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*, p. 74.

1988. Les formules ne manquent pas : « Appréciation souveraine des juges du fond », « Absence de consensus européen » etc....

1989. « Quelles qu'en soient les tendances, ces efforts n'abandonnent pas un principe de méthodologie idéaliste de négation de la réalité de l'être-autre ; mieux, en condamnant toute démarche à caractère métaphysique, ils faussent les données d'un débat rendu pourtant sensible par les urgences de l'actualité, dès l'instant où, tandis qu'ils avouent publiquement et gravement leurs impuissances et tacitement leurs incohérences, ils continuent de monopoliser ce débat et, selon un scénario millénaire, participent de la marginalisation mondiale des seuls penseurs authentiques, socratiques ou galliléens, qui peuvent encore rappeler, non quelques vérités élémentaires à défendre comme des produits du marché, mais une manière de réfléchir humble et ouverte qui y conduit de façon critique et respectueuse du sens de l'être. L'on diagnostique ici, non une crise de la culture, mais une crise de légitimité de sa diffusion unilatérale et pseudo démocratique, dès l'instant où seules les mêmes noms peu représentatifs jouent les questions et les réponses » : J.-M. TRIGEAUD, *Droits premiers*, p. 175.

1990. Par exemple : « *Pour prendre sa décision le tribunal de district avait pris en compte non seulement l'enquête menée par le conseil social, mais aussi les témoignages en audience du requérant et du père adoptif, de sorte qu'il était mieux placé que les juges européens pour établir un juste équilibre entre les intérêts*

une tradition par nature inflexible, la Révélation ne se discute pas¹⁹⁹¹.

Finalement, le système est auto-alimenté de bas en haut et de haut en bas¹⁹⁹². Sauf cas exceptionnel, il n'est plus question de parler d'abus de droit¹⁹⁹³, mais d'appréciation divergente de l'intérêt de l'enfant¹⁹⁹⁴. Il n'est plus utile de chercher dans la cause de l'acte une intention cachée, de mettre en lumière un profit indu¹⁹⁹⁵; en amont, à travers l'appréciation souveraine des juges du fond, la proclamation de l'intérêt de l'enfant, tel qu'il se révèle, est suffisante¹⁹⁹⁶. Cela explique sans doute pourquoi le gradient du vent de l'intérêt de l'enfant est parfois aussi important¹⁹⁹⁷ et d'ampleur imprévisible pour les prévisionnistes doctrinaux embrumés¹⁹⁹⁸: c'est que la valeur absolue du contenu de l'intérêt concret de l'enfant ne dépend

contradictoires en présence » : Affaire *Soderback c./ Suède*, 28 octobre 1998, requête n° 113/1997/897/1109, § 32-33. Ou encore : « *La quatrième question qui concerne la compatibilité de la règle de l'article 370-3 du Code civil avec l'article 3-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis* » : Cass. avis, 17 décembre 2012, pourvoi n° 12-00013, bull. 2012, avis de la Cour de cassation, n° 10.

1991. Voir par exemple les échanges entre le Comité international des droits de l'enfant et le Vatican, sur la détermination de l'intérêt de l'enfant. Quelle est la vision qui doit primer ? : « *L'éducation catholique s'inspire de l'anthropologie chrétienne, qui repose sur les textes sacrés ainsi que sur les traditions et les enseignements de l'Église. Il s'agit d'une éducation intégrale qui a pour but de former la personne humaine dans la perspective de sa fin la plus haute et du bien des groupes dont l'homme est membre et au service desquels s'exercera son activité d'adulte. Cela signifie que l'éducation de l'être humain doit tendre vers la transcendance et que nul ne doit jamais oublier que chaque être humain nourrit des aspirations infinies et divines. Cet objectif éducatif est plus propice à la réalisation des droits de l'enfant car il promeut des normes plus élevées que les normes minimales établies aux articles 28 et 29 de la Convention internationale des droits de l'enfant* » : CRC/C/VAT/2, 22 octobre 2012, § 26. (Vatican).

1992. D'une certaine manière, la fascination exercée par les cas singuliers offerts par la jurisprudence a fait perdre de vue la fonction quantitative des lois. Plus qu'à résoudre le contentieux, une législation de la filiation doit servir à stabiliser l'état des personnes. De ce point de vue, l'introduction de l'intérêt de l'enfant comme étalon de l'établissement de la filiation de l'enfant est sans doute un poison dont les dégâts à venir sont aussi imprévisible que la détermination du contenu de l'intérêt de l'enfant : J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, n° 499, p. 1079.

1993. « *Il apparaît des pièces produites aux débats que Mme Audrey X..., majeure incapable sous protection de sa mère, souffre d'un handicap mental important (retard intellectuel) qui la place, selon les pièces médicales produites aux débats, dans une situation d'extrême vulnérabilité et l'expose à toutes sortes d'abus et de manipulations ; que M. Brice Y..., en situation irrégulière sur le territoire français, l'a approchée alors qu'elle vivait seule en appartement, s'est fait héberger et entretenir par elle, a tenté, dans un premier temps, de l'épouser à l'insu de ses parents, puis a eu Dimitri avec elle en 2003, qu'il a reconnu en 2006 ; que, se maintenant depuis lors sur le territoire français en dépit des mesures d'éloignement prises à son encontre, il est dépourvu de titre de séjour régulier et utilise de façon opportuniste ses diverses paternités d'enfants nés de mères françaises pour se soustraire à une mesure de reconduite au Congo dont il est originaire ; qu'au vu de ces circonstances, il serait contraire à l'intérêt de l'enfant de conférer au père une autorité parentale conjointe, qui placerait la mère et sa tutrice, grand-mère de l'enfant, dans une situation complexe et concrètement ingérable en raison des intérêts divergents des deux parents...* » : Cour d'appel de Rouen, chambre de la famille, 7 avril 2011, affaire *Audrey X... c./ Brice Y...*, RG : 10/02343.

1994. N. CORDIER-DUMONNET, *Le détournement d'institution*, thèse, n° 173, p. 176.

1995. M. LAMARCHE, « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz, Paris, 2012, p. 227.

1996. B. MAUMONT, *la représentation de l'enfant mineur*, mémoire de DEA, p. 45.

1997. J. HAUSER, « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen », *RTD civ.* 2008, p. 93.

1998. J. HAUSER, « L'enfant sous X... n'a-t-il ni père, ni grands-parents : l'enfant ectoplasme d'adoption ? », *RTD civ.* 2009, p. 708.

pas tant de la personne de l'enfant, que de la subjectivité de l'interprète supérieur de son intérêt¹⁹⁹⁹ ; celui à qui la société laisse la parole en dernier.

269. Gouvernance du pouvoir parental. Il en ressort que l'enfant, qui par définition ne peut pas être titulaire du pouvoir de déterminer le contenu de son propre intérêt, ne peut jamais contourner l'autorité de ses représentants légaux, seuls avant le juge à être titulaires du droit de révéler le contenu de cet intérêt. Est-ce vraiment une nouveauté ? A dire vrai, le changement ne réside probablement pas tant dans le fait qu'un pouvoir autoritaire révèle l'intérêt de l'enfant de manière unilatérale, que dans la gouvernance de ce pouvoir autoritaire sur l'enfant et le regard qui est porté sur lui par la société²⁰⁰⁰. Sans doute à l'origine plus exclusif, ce pouvoir est devenu pluriel à mesure que l'autorité ne s'assumait plus²⁰⁰¹, jusqu'à subir le droit de regard systématique du groupe sur toutes ses décisions²⁰⁰². La société démocratique est mal à l'aise avec l'idée que des principes « supérieurs » puissent lui échapper et s'imposer à elle. Pourtant, il est interdit d'interdire ! Paradoxe du résultat quelques années plus tard : l'obsession de transparence et de contrôle pour une société devenue ultra-interventionniste au nom de la protection de la liberté²⁰⁰³. Il faut tout voir et tout savoir pour donner son avis sur tout²⁰⁰⁴.

La nouveauté est l'attrait dans la sphère publique de décisions qui, en dehors des cas d'infraction pénale, restaient par le passé dans la sphère privée. Cependant, cet élan de publicité à vocation démocratique porte en lui inévitablement la potentialité de la discussion, voire de la contestation de la décision puisque la démocratie postule qu'il n'existe pas d'autre

1999. B. BONNET, « L'utilisation de la CIDE par les juges européens », in C. GAUTHIER, M. GAUTHIER, A. GOUTTENOIRE, *Mineurs et droits européens*, p. 49.

2000. « La Convention de New York commence ainsi par mettre en avant l'engagement des États parties, tout en rappelant le principe de subsidiarité développé en son article 18-1, en vertu duquel la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents. En conséquence, les père et mère sont les premiers garants du bon respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais ils ne sont plus les seuls. Les enfants ne sont plus considérés comme la propriété de leurs parents, mais comme des individus avec leurs droits et leurs besoins propres » : C. BRUNETTI-PONS, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC* 2011.

2001. « La famille aujourd'hui n'est plus gouvernée par des personnes, mais elle est gouvernée par des idées » : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, n° 677, p. 355.

2002. L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Paris, Tome 413, 2004.

2003. « Lionel Lecante vient d'être condamné pour avoir fessé son fils de 9 ans. Il revient sur cette histoire qui fait s'enflammer les réseaux sociaux », F. LAGIER, « La fessée a été bénéfique », assure le père condamné », *Le parisien*, 16 octobre 2013, <http://www.leparisien.fr/societe/la-fessee-a-ete-benefique-assure-le-pere-condamne-16-10-2013-3231125.php>, consulté en octobre 2013.

2004. A ce titre, la télévision, couplée avec internet ont achevé ce long processus, au terme duquel de manière permanente il est possible de donner « son avis » sur tout ! En témoigne aussi l'explosion des sondages et des études d'opinion qui semblent diriger toute la sphère politique et économique.

hiérarchie des valeurs qui la compose que celle du plus grand nombre. Or, qu'il s'agisse de déterminer l'intérêt de l'enfant ou l'intérêt national, il faut bien à la fin trancher et décider. Dire qui a Raison. De même que le législateur assume de moins en moins ses décisions, les juristes démocrates ont besoins de certitudes et de textes pour fonder leurs décisions²⁰⁰⁵. Alors, plutôt que de décider d'« autorité », la science a été présentée comme l'arme suprême de justification²⁰⁰⁶. Le règne des experts est venu, dont le rôle est de donner un poids « scientifique » aux décisions pour les rendre indiscutables et « objectives » au sens démocratique du terme²⁰⁰⁷. Soucieux en permanence de leur absence de parti pris, ils déterminent des Code éthiques, des Guides de bonnes pratiques²⁰⁰⁸ : en d'autres termes, il établissent une hiérarchie des valeurs. Sans surprise, ils sont très présents dans les décisions relatives à l'enfant²⁰⁰⁹.

270. L'hypothèse d'une hiérarchie fixe pour étudier la matière. Si les dérives, ou les risques d'atteinte au pluralisme de la pensée que présente ce système à vocation totalitaire peuvent faire l'objet d'interrogations légitimes dans des disciplines connexes, on le comprend, les réponses concrètes apportées par la détermination de l'intérêt de l'enfant relèvent d'un débat sans fin d'ordre politique et philosophique, sans importance pour les juristes contemporains²⁰¹⁰. C'est pourquoi au cours de notre réflexion, nous avons

2005. « *Considérant qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locale particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine ; [...] que par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération* » : CdE 27 octobre 1995, affaire *Commune de Morsang-sur-Orge*, rec. 372, concl. Frydman : P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police », *RFDA* 1995, n° 6, pp. 1204-1217 ; M.-Ch. ROUAULT, « L'interdiction par un maire de l'attraction dite de lancer de nain », *LPA* janvier 1996, n° 11, pp. 28-32 ; N. DEFFAINS, « Les autorités locales responsables du respect de la dignité de la personne humaine. Sur une jurisprudence contestable du Conseil d'État », *RTD H.* 1996, pp. 657-693 ; A. PLATEAUX, « Moralité et police administrative du maire », *gaz. pal.* 1997, n° 238, pp. 2-9.

2006. G. LEFRANC, L. JOUVET, J. BROCHARD, P. RENOIR, P. BERTIN, M. PIERRY, J. CARMET, *Knock*, France, 1951, Comédie, 98min ; <http://www.youtube.com/watch?v=SNxM7ANGOq8>.

2007. « Le GIEC a pour mandat d'évaluer, sans parti pris et de manière méthodique et objective, l'information scientifique, technique et socio-économique disponible en rapport avec la question du changement du climat. Ce informations sont sélectionnées parmi les études effectuées par des organismes pluridisciplinaires internationaux et publiées dans des revues scientifiques. Le GIEC travaille à dégager clairement les éléments qui relèvent d'un consensus de la communauté scientifique et à identifier les limites d'interprétation des résultats » : www.developpement-durable.gouv.fr, consulté en septembre 2013.

2008. « Si l'éthique a souvent une dimension morale, elle semble s'écarter de toute référence au bien ou au mal et davantage rechercher une conduite responsable » : B. FEUILLET, « L'éthique, un outil pour une redéfinition des liens entre le droit, la morale et la religion », in *mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, p. 110.

2009. C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 71, p. 59.

2010. « Faut-il ou ne faut-il pas reconnaître, par exemple, un droit de l'Homme à la connaissance de ses

régulièrement décrit la position du Comité international des droits de l'enfant : l'expert supérieur en intérêt de l'enfant²⁰¹¹. A notre sens, bien qu'il soit subjectif dans l'absolu, la nature révélée de l'intérêt de l'enfant commande de faire l'hypothèse qu'il constitue une donnée objective et abstraite qui échappe à l'appréciation des commentateurs²⁰¹². En revanche, lorsqu'il est replacé dans le contexte de la hiérarchie, subjective, des valeurs dont il revendique l'appartenance, les contradictions qu'il génère du fait de son manque de fixité et de prévisibilité constituent les limites d'un système qui, pour leur part, appliquées notamment à la filiation, méritent d'être étudiées²⁰¹³.

271. Conséquence de l'hypothèse de la Révélation sur l'initiative de l'action en recherche de filiation. Il faut déduire des dispositions des articles 328 et 388-2 du Code civil combinés que²⁰¹⁴, seul le parent de l'enfant est à même de décider si l'action relative à sa filiation est nécessaire ou non, en fonction de la manière dont l'intérêt de l'enfant se révèle à lui²⁰¹⁵. Bien que l'article 323 du Code civil dispose que : « *Les actions relatives à la filiation*

origines ? Après épuisement des conventions internationales dépourvues d'effet direct, sorte de droit naturel par dépit, la controverse débouche trop souvent sur des arguments spécieux : tandis que, pour certains le système juridique contiendrait un droit de l'Homme informulé à la connaissance de ses origines, d'autres énoncent qu'il existe un droit de l'Homme à ne pas révéler sa filiation... puisqu'il n'existe pas de *numerus clausus* des droits de la personnalité ! Tout se passe donc comme si, en cas d'impasse de l'argumentation rationnelle, il fallait se replier stratégiquement et feindre de constater la préexistence d'un droit positif latent ou d'un droit naturel psychique. Pour qui récuse la force normative de la nature ou se contente de suspecter les interprétations révélées, ce type de défense des droits de l'Homme n'est pas recevable » : D. GUTMANN, « Les droits de l'Homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, p. 340.

2011. Voir par exemple *supra* n° 173.

2012. « Notion indéterminée, l'intérêt supérieur de l'enfant n'en est pas moins déterminable et c'est justement cette détermination qui est au cœur de la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant contenu dans l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. [...] l'intérêt supérieur de l'enfant est une délégation du juridique vers le judiciaire. Lorsque la Cour de cassation a enfin admis l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la CIDE, la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant est devenue un principe matriciel en droit des mineurs mais aussi en droit de la famille » : A. GOUTTENOIRE, « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in *mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, p. 148.

2013. « Troisième type d'opposition sans solution : le conflit entre les droits de l'enfant envisagés de manière abstraite et générale et les droits de tel enfant en particulier. Les illustrations les plus médiatiques sont la gestation pour autrui ou encore la résidence égalitaire belge. Dans un cas comme dans l'autre, une prescription législative inspirée par l'intérêt général de tous les enfants peut s'avérer tout à fait contraire à l'intérêt concret de certains enfants » : F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « L'effectivité de la CIDE : rapport de synthèse », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 35.

2014. Article 388-2 du Code civil : « *Lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur paraissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles, dans les conditions prévues à l'article 389-3 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc, chargé de le représenter* ».

2015. Cass. civ. 1er, 25 février 2009, n° 07-14849, *bull.* 2009, I, n° 38 ; A. GOUTTENOIRE, « Chronique de droit de la famille : le lien parent-enfant », *lexbase hebdo* 2009, n° 340 ; E. POULIQUEN, « Précisions sur les cas où un enfant peut être confié à un tiers », *RLDC* 2009, n° 59, pp. 49-50 ; J. HAUSER, « Des tiers : légiférer encore ou faire confiance à la jurisprudence ? », *RTD civ.* 2009, pp. 309-312 ; F. EUDIER, « Organisation des relations et fixation de la résidence : la Cour de cassation précise le statut des tiers à l'égard de l'enfant », *RJPF* 2009, n° 5, pp. 21-23 ; L. GAREIL-SUTTER, « La fixation de la résidence de l'enfant chez un tiers par le juge aux affaires familiales », *dt. fam.* mai 2009, comm. 58, pp. 31-33 ; M. BRUSORIO-AILLAUD, « Résidence de l'enfant : le juge aux affaires familiales peut la confier à un tiers mais ne peut pas être saisi par un tiers », *JCP* 2009, II, 10076, n° 19, pp. 23-24 ; P. SERVANT, « La résidence habituelle de l'enfant : l'intérêt de l'enfant, le

ne peuvent faire l'objet de renonciation », les représentant légaux ne sont jamais « obligés » d'engager une action²⁰¹⁶. Ils bénéficient donc, en ce sens, d'une forme de pouvoir discrétionnaire qui ne peut pas être contesté²⁰¹⁷. De son côté, le mineur, du fait de son statut de personne protégée, n'a aucune autorité pour imposer une action relative à sa filiation²⁰¹⁸, bien qu'en théorie, rien ne s'oppose dans l'article 389-3 à ce qu'il demande la désignation d'un administrateur *ad hoc* en faisant valoir l'opposition d'intérêt entre ses représentants légaux et lui²⁰¹⁹. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'article 321 du Code civil suspend le jeu de la prescription durant sa minorité, pour qu'il puisse agir, lorsqu'il sera capable de volonté, dans le cadre des actions que la loi lui réserve²⁰²⁰.

De plus, le législateur a déterminé à l'article 320 du Code civil un principe chronologique. Lorsque l'enfant bénéficie déjà d'un lien de filiation, elle doit d'abord être contestée, avant que l'on ne puisse établir un nouveau lien de filiation. Ce principe offre une protection supplémentaire aux représentants légaux du mineur puisque les tiers qui voudraient agir en établissement de la filiation de l'enfant, doivent préalablement la contester²⁰²¹. Il faut donc en conclure que le législateur a fait le choix, délibéré, de laisser entre les mains des représentants légaux du mineur un pouvoir d'appréciation discrétionnaire²⁰²².

juge et le tiers », *D.* 2009, n° 24, pp. 1665-1668 ; J. MASSIP, « La fixation par le juge de la résidence de l'enfant chez une personne autre que ses père et mère », *LPA* août 2009, n° 164, pp. 11-14.

2016. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 634, p. 346.

2017. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Grand-parents et petits-enfants face à l'établissement des liens de filiation », *RLDC* 2010.

2018. P. MURAT, « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations libres sur un thème controversé), in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, droit des personnes et de la famille*, p. 348.

2019. Voir *infra* n° 273.

2020. « *Attendu que Mme Michèle X... fait le même grief à l'arrêt, alors selon le moyen, que le droit de toute personne privée à connaître son ascendance, présente un caractère vital et essentiel pour son identité, qui ne décroît pas avec l'âge ; que saisi d'une action en recherche judiciaire de paternité, le juge ne peut déclarer l'action prescrite sur le fondement d'une disposition légale de droit interne, sans s'interroger sur les raisons concrètes ayant empêché le demandeur d'agir en justice en temps utile et sans mettre concrètement en balance la souffrance infligée du fait d'un refus persistant de reconnaissance opposé par un père éminemment plausible et le caractère faiblement intrusif d'un examen comparé des sangs ou d'un test ADN permettant de lever définitivement le doute dans un sens ou dans l'autre ; qu'en l'absence de toute vérification de l'existence d'un recours effectif de Mme Michèle X... en vue de connaître ses origines et d'une mise en balance concrète des intérêts concurrents de Mme Michèle X... et de M. Michel Y..., nonobstant le temps écoulé depuis la majorité de Mme Michèle X..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions combinées des articles 321 et 327 du Code civil et de la Convention européenne des droits de l'Homme ; Mais attendu que si, en application du IV de l'article 20 de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, les actions prévues à l'article 327 du Code civil peuvent être exercées sans que puisse être opposée la forclusion tirée de la loi ancienne, c'est à la condition qu'à la date d'entrée en vigueur de cette ordonnance, le 1er juillet 2006, la prescription prévue par l'article 321 du même Code ne soit pas acquise ; et attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés que l'action de Mme Michèle X... avait été engagée plus de dix ans après sa majorité, de sorte que la prescription prévue par l'article 321 du Code civil était acquise » : Cass. civ 1re, 15 mai 2013, pourvoi n° 11-25205, inédit.*

2021. Sur les conditions dans lesquelles la filiation peut être contestée : constitution de la possession d'état et accès à la preuve génétique en fonction des motifs légitimes, voir *supra* n° 208.

2022. « La représentation de l'enfant n'est donc pas seulement un moyen de remédier à l'incapacité d'exercice

Pour autant, faut-il accepter que, lorsque la possession d'état est conforme au titre, cette décision ait des conséquences irrémédiables sur la filiation de l'enfant²⁰²³ ? D'ailleurs, c'est bien sur le fondement de ce pouvoir d'initiative que l'article 311-20 du Code civil dispose 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* ». Dans la mesure où la démarche de procréation médicalement assistée est secrète, cette « responsabilité » ne sera engagée qu'à la condition que la mère décide d'agir pour faire déclarer judiciairement la paternité.

Plus généralement, cela peut avoir aussi pour conséquence l'établissement d'une filiation mensongère²⁰²⁴. Ainsi, la cour d'appel de Douai a du connaître le 22 octobre 2001 d'une affaire dans laquelle le père d'un enfant s'était suicidé avant qu'il naisse. La mère s'était mariée peu de temps après et son nouveau mari avait légitimé l'enfant. Les parents du père génétique de l'enfant contestaient cette reconnaissance et voulaient faire établir en justice la filiation de l'enfant. La cour décide, sans surprise, que « *madame Denise Y... est irrecevable en son action en contestation de reconnaissance de paternité, [...] puisque l'action en déclaration de paternité n'appartient qu'à l'enfant et pendant sa minorité à la mère qui n'a pas agi en ce sens* »²⁰²⁵. Cet arrêt est particulièrement intéressant. En effet peut-on affirmer que l'intérêt de l'enfant ait été méconnu ? N'a-t-il pas le « droit à... » d'avoir, dans la mesure du

du mineur : les parents possèdent plus que le simple droit d'agir à sa place, ils possèdent la faculté de l'exclure de l'exercice de ses droits. Un tel système peut se concevoir pour les jeunes enfants, mais il serait souhaitable d'instituer l'obligation de consulter les adolescents avant d'engager une procédure en leur nom » : A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 773, p. 414.

2023. En ce sens, il faut sans doute considérer que l'article 371 du Code civil a vocation à rappeler à l'enfant le fatalisme avec lequel il doit accepter la filiation que la loi lui donne/impose et que « ses » parents ont pris la liberté de lui donner. Article 371 du Code civil : « *L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* ».

2024. Voir *supra* n° 108.

2025. « *Toutefois, il suffit que l'un des deux liens, paternel ou maternel, soit détruit pour que le bénéfice de la légitimité indivisiblement attaché aux deux époux, disparaisse. Aussi, le légitimation tombe-t-elle avec l'une des reconnaissances de l'enfant. En conséquence, alors que dans ses écritures devant le Premier juge, madame Denise Y... faisait état de la légitimation de l'enfant par mariage subséquent célébré en cours de procédure, il n'était pas nécessaire que l'annulation de la légitimation soit demandé de manière expresse pour que celle-ci intervienne. En conséquence, il n'y a pas lieu à rectification du jugement de ce chef Fabrice L... s'est donné la mort le 26 septembre 1997, sans avoir souscrit de reconnaissance prénatale de l'enfant alors qu'il est constant qu'il connaissait l'état de grossesse de sa concubine madame X... G... ainsi pu recueillir aucune action dans la succession de son fils Fabrice L., madame Denise Y... doit justifier un intérêt personnel à agir en contestation de la reconnaissance de l'enfant naturel Arthur par monsieur X... N... volonté affichée de madame Hélène X... est de faire triompher la vérité biologique et d'entretenir un lien affectif avec Arthur. Toutefois, si son action prospérait, elle aboutirait à briser la famille constituée autour de l'enfant alors que ni la mère, ni le père n'entendent eux-mêmes faire annuler la filiation litigieuse, à faire perdre à l'enfant le statut d'enfant légitime au profit du statut d'enfant naturel sans filiation paternelle, puisque l'action en déclaration de paternité naturelle n'appartient qu'à l'enfant ou pendant sa minorité à la mère. En conséquence, eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant, il convient de considérer que madame Y... qui est un tiers totalement étranger à l'enfant et à sa famille ne dispose d'aucun intérêt moral ou autre à contester la reconnaissance d'Arthur par monsieur Thierry X... » : cour d'appel de Douai, 22 octobre 2001, affaire époux X... c./ Denise Y..., RG : 1999/07552.*

possible, deux parents ? *A priori*, la décision parentale doit faire courir la possession d'état qui rendra la filiation de l'enfant inattaquable au bout de cinq ans, sauf action du ministère public²⁰²⁶. Une fois majeur, l'enfant ne pourrait donc pas attaquer cette filiation, ou très difficilement, dans l'hypothèse où il parviendrait à convaincre le ministère public²⁰²⁷. Cela revient encore une fois, pour l'enfant, à voir son intérêt déterminé par un tiers. Toutefois, si une telle situation se présentait, il serait peut être possible d'avancer l'argument suivant lequel l'action de la grand-mère, bien qu'infructueuse, a rendu la possession d'état équivoque.

272. Action du parent prétendu. Certes, le législateur donne prééminence à la décision des titulaires de l'autorité parentale qui, à travers leur pouvoir d'initiative, peuvent imposer leur volonté à l'enfant. Cependant, s'en tenir à leur seul pouvoir serait méconnaître la faculté des tiers d'agir dans le but d'établir la filiation de l'enfant. Si l'enfant maintenu à la maison peut être l'objet d'une expression très large de la puissance parentale, en revanche, le mineur attiré devant un tribunal se voit la plupart du temps soustrait à cette autorité, au profit d'un substitut institutionnel, dans le cadre de cette affaire qui le concerne. Certes, l'action des tiers doit souvent s'affranchir de l'obstacle que constitue la filiation préexistante de l'enfant²⁰²⁸. Il n'en demeure pas moins qu'elle poursuit, elle aussi, un but compatible avec l'intérêt concret

2026. Pour un exemple d'une contestation introduite le 4 août 2008, alors que l'enfant avait été reconnu le 2 septembre 2003. La possession d'état ne pouvait-elle pas commencer durant la grossesse ? : « *Attendu que, pour rejeter l'action en contestation de paternité formée par Mme X... et refuser d'ordonner l'expertise, l'arrêt énonce que celle-ci ne produit aucune pièce autre que l'acte de naissance de l'enfant et son livret de famille, qu'elle n'invoque pas avoir entretenu des relations intimes avec un autre homme pendant la période de conception, qu'il n'est pas contesté qu'elle avait vécu en concubinage avec M. Y... pendant la période de conception, que ce dernier s'est toujours occupé de l'enfant, enfin qu'il n'est ni justifié ni allégué que la contestation soit formée dans l'intérêt de l'enfant, de sorte qu'il existe un motif légitime de s'opposer à la mesure d'expertise sollicitée ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé un motif légitime de refuser l'expertise et qui, de surcroît, a dénaturé les conclusions de Mme X... exposant avoir investi dans une nouvelle relation dans le courant de l'année 2000 a violé les textes susvisés* » : Cass. civ. 1re, 29 mai 2013, pourvoi n° 12-15901, inédit ; A. GOUTTENOIRE, « Panorama de contentieux familial », *lexbase hebdo* 2013, n° 531.

2027. Article 333 du Code civil : « *Nul, à l'exception du ministère public, 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* ».

2028. « *Avant la reconnaissance de l'enfant par monsieur Y..., monsieur X... avait parfaitement connaissance de la grossesse de sa femme et avait manifesté par tout son comportement qu'il considérait l'enfant à naître comme le sien, celui-ci étant présenté tant à la famille qu'aux tiers comme étant celui du couple X..., et qu'une possession d'état d'enfant légitime paisible et sans ambiguïté s'était ainsi constituée avant la reconnaissance, puis s'était poursuivie de façon continue pendant plusieurs années après la naissance de l'enfant ; que la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu en déduire que la reconnaissance effectuée par monsieur Y..., le 27 mars 2000 même si elle était antérieure à la naissance, ne rendait pas recevable son action en contestation de paternité légitime et sa demande d'expertise biologique dès lors qu'il était justifié que cet enfant avait une possession d'état d'enfant légitime conforme à son titre de naissance* » : Cass. Civ. 1er, 14 février 2006, n° 03-19533, *bull.* 2006, I, n° 78 ; J. HAUSER, « Est-on à la veille du grand soir de la paternité en mariage ? », *RTD civ.* 2006, pp. 293-294 ; Th. GARÉ, « Le droit à l'expertise biologique semble atténué en présence d'une possession d'état », *RJPF* 2006, pp. 22-23 ; E. BARRET, « Filiation », *gaz. pal.* 2007, n° 59, pp. 10-14.

de l'enfant²⁰²⁹. D'ailleurs, à travers le pouvoir d'initiative qui leur est propre pour mettre en mouvement l'action sans l'aval des représentants légaux du mineur, n'y a-t-il pas une parcelle de détermination des intérêts de l'enfant ?

Leur intervention amène à envisager une autre hypothèse de détermination de l'intérêt de l'enfant : celle dans laquelle deux autorités, hiérarchiquement identiques du fait de leur statut de « parent potentiel », s'en remettent à l'arbitrage du juge pour faire prévaloir l'une ou l'autre des visions de cet intérêt. La présence de tous ces intérêts amène une constatation. Il existe, objectivement un conflit entre, d'une part, l'intérêt des représentants de la personne mineure et, d'autre part, l'intérêt du parent potentiel à l'origine de l'action. Ces deux intérêts en conflit sont alors, par hypothèse, eux-même en conflit avec un troisième intérêt : l'intérêt de l'enfant mineur. Dans les deux cas, ils revendiquent d'obtenir l'exclusivité du pouvoir sur sa détermination à travers l'établissement du lien de filiation avec l'enfant. Intérêt contre intérêt, il faudrait peut-être prévoir de manière systématique la représentation de la personne mineure par une personne extérieure à la famille qui n'aurait aucun intérêt personnel dans cette action.

2029. « A l'instar de la Commission, la Cour estime qu'en cas de conflit, au sujet des intérêts d'un mineur, entre le parent biologique et la personne investie par les autorités de la tutelle des enfants, il y a un risque que certains intérêts du mineur ne soient jamais portés à l'attention de la Cour et que le mineur soit privé d'une protection effective des droits qu'il tient de la Convention » : Affaire *Scozzari et Giunta c./ Italie*, 13 juillet 2000, requête n° 39221/98 n° 41963/98, § 138 ; J.P. MARGUÉNAUD, « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ.* 2001, pp. 439-453.

Paragraphe II – La représentation du mineur par un administrateur *ad hoc*

273. Conflit d'intérêt. A l'origine d'inspiration jurisprudentielle, l'institution de l'administrateur *ad hoc* a été consacrée par la loi du 8 avril 1910²⁰³⁰. Le conflit d'intérêt était alors envisagé de manière exclusivement patrimoniale²⁰³¹. Bien qu'elle n'ait pas eu souvent les faveurs de la doctrine, le souci de mieux prendre en compte la parole de l'enfant a mis en lumière les hypothèses fréquentes de conflit d'intérêt entre l'enfant et ses représentants légaux²⁰³². C'est pourquoi, à partir de la ratification de la Convention internationale des droits de l'enfant en 1989, les auteurs ont travaillé sur le régime juridique de la représentation du mineur par l'administrateur *ad hoc*²⁰³³. Il faut dire qu'à cette époque, la loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 était venue donner à l'administrateur *ad hoc* le pouvoir d'exercer, au nom de l'enfant, les droits de la partie civile en cas de maltraitance²⁰³⁴.

La loi du 8 janvier 1993²⁰³⁵ a ensuite élargi la rédaction de l'article 389-3 du

2030. « Celui des père et mère qui ne possédait pas l'exercice de l'administration légale devait, dans la généralité des cas, exercer la surveillance de cet exercice [de l'administration légale] par l'autre parent ; dans certaines hypothèses particulières, un administrateur *ad hoc* pouvait être nommé. Mais ce régime ne trouvait dans l'article 389 ancien du Code civil qu'une base restreinte ; c'était surtout une création de la jurisprudence avec toutes ses variations et ses incertitudes. Aussi, depuis longtemps déjà, le Parlement avait été sollicité de mettre fin à cette situation de dangers » : G. CLUZEL, « Loi du 8 avril 1910 complétant l'article 389 du Code civil, relatif à l'administration légale », *lois nouvelles* 1910, p. 369.

2031. V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, « Administration légale et tutelle », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2013, n° 201, p. 51.

2032. « Elle a ainsi accepté que sa petite fille porte un nom qui n'est pas le sien depuis l'âge de deux années et son attention doit être attirée sur les conséquences dommageables pour une enfant de neuf ans connue sous ce patronyme dans son quotidien scolaire et amical d'avoir à en changer en ce qu'elle portera du fait de l'annulation de la reconnaissance de Philippe Y... le nom de X... Elle est en conséquence condamnée in solidum avec l'auteur de la reconnaissance, qui ne pouvait ignorer le caractère mensonger à payer à la présidente des mineurs prise en sa qualité d'administrateur *ad hoc* de Gabrielle, la somme de 1500 euro » : cour d'appel de Lyon, 19 décembre 2011, affaire *Virginie Isabelle Érika X...*, c / *Philippe Georges André Y...*, RG : 09/07978.

2033. Cf. NEIRINCK, « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *JCP* 1991, I, 3496.

2034. F. GHELFI-TASTEVIN, « L'administrateur *ad hoc* du mineur : une promotion inachevée », *LPA* mars 1998, n° 31, p. 4.

2035. Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF* n° 7 du 9 janvier 1993, p. 495 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « L'établissement judiciaire de la filiation depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *JCP* 1994, I, 21, p. 25 ; B. TRILLAT, « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », in *mélanges D. Huet-Weiller*, PUF, Strasbourg/ LGDJ, 1994, p. 513 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Aperçu rapide de la loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales », *JCP N.* 1993, n° 101-103 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Une importante réforme en droit de la famille, la loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993 », *JCP* 1993, pp. 123-128 ; Y. BENHAMOU, « Réflexion en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant », *D.* 1993, chr. XXII, pp. 103-108 ; H. FULCHIRON, « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, commentaire de la loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi Malhuret », *D.* 1993, chr. XV, p. 117 ; G. SUTTON, « La filiation au fil d'une loi en patchwork (loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993) », *D.* 1993, chr. XXXVII, pp. 163-166 ; I. CORPART-OULEURICH, « Le secret des origines », *RDSS* 1994, pp. 1-24.

Code civil²⁰³⁶ en ouvrant l'intervention de l'administrateur *ad hoc* tant aux hypothèses de conflit d'intérêt patrimonial²⁰³⁷ que personnel²⁰³⁸. Le juge des tutelles a ainsi acquis une compétence aussi bien en ce qui concerne l'administration légale du mineur, qu'en ce qui concerne la représentation légale du mineur²⁰³⁹. Désormais, l'article 388-2 du Code civil dispose que : « *Lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 389-3 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé de le représenter* »²⁰⁴⁰.

Le conflit d'intérêt peut donc, notamment, être caractérisé en matière d'action relative à la filiation²⁰⁴¹. Dans ce cas, le mineur bénéficie du droit spécifique de voir ses intérêts représentés par un tiers²⁰⁴², y compris dans l'hypothèse où l'intérêt de l'enfant ne serait

2036. Article 389-3 du Code civil : « *L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes. Quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur, il doit faire nommer un administrateur ad hoc par le juge des tutelles. A défaut de diligence de l'administrateur légal, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office* ».

2037. Cass. civ. 1er, 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-19759, inédit ; Th. FOSSIER, « Vers un statut de l'administrateur *ad hoc* ? », *dt. fam.* novembre 1999, n° 11, pp. 23-24.

2038. « *La désignation d'un tuteur ad hoc prévue par l'article 317 du Code civil, est spéciale à l'action en désaveu. En matière d'action en contestation de reconnaissance fondée sur l'article 339 du Code civil, il convient, lorsque les intérêts de l'enfant sont en opposition avec ceux de son administrateur légal, de désigner un administrateur ad hoc en application de l'article 389-3 deuxième alinéa du même Code* » : Cass. civ. 1re, 18 mars 1981, pourvoi n° 79-16284, *bull.* 1981, I, n° 95 ; D. HUET-WEILLER, note sous arrêt, *D.* 1982, II, p. 260.

2039. J. MASSIP, « Tutelle », *defrénois* 2006, n° 4, p. 350.

2040. Th FOSSIER, « L'administrateur ad hoc : actualité d'une vieille question », *JDJ* avril 2006, n° 254, p. 16.

2041. « *Attendu que pour rejeter la demande des époux X... en désignation d'un administrateur ad hoc chargé de représenter les intérêts de l'enfant, la cour d'appel énonce que, dans cette instance en dévolution de l'autorité parentale, la filiation du mineur à l'égard de M. Y... n'est pas en cause puisque Mlle Z... ne conteste pas ladite filiation ; attendu qu'en se déterminant ainsi par des motifs inopérants qui ne font aucune référence à une éventuelle opposition d'intérêt entre l'enfant et ses représentants légaux, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » : Cass. civ. 1re, 23 février 1999, pourvois n° 97-15098 et n° 97-20514, *bull.* 1999, I, n° 66, p. 43 ; S. N., note sous arrêt, *gaz. pal.* 2000 n° 288, p. 10 ; Y. FAVIER, « Délégation de l'autorité parentale et intérêt de l'enfant », *JCP* 2001, I, 293 ; A. GOUTTENOIRE, « Désignation d'un administrateur ad hoc : l'opposition d'intérêts est nécessaire mais suffisante », *dt. fam.* décembre 1999, n° 12, pp. 19-20 ; J. HAUSER, « Opposition d'intérêt et administrateur ad hoc », *RTD civ.* 1999, p. 601.

2042. « *Mais attendu qu'après avoir relevé, d'abord la volonté affirmée et continue de Franck Y..., qui de son vivant n'a exercé aucune action en contestation de reconnaissance, d'assumer sa paternité et d'élever Julien comme son fils, puis son attachement profond pour l'enfant dont il a donné le prénom à une nouvelle SCI, la dénommant « SCI Julien », la cour d'appel, constatant que la preuve de la conservation d'un échantillon de sang permettant un examen comparé n'était pas rapportée et que l'administrateur ad hoc de l'enfant s'opposait à une exhumation du corps, a, sans inverser la charge de la preuve, caractérisé l'existence d'un motif légitime rendant impossible l'expertise biologique* » : Cass. civ. 1re, 25 avril 2007, pourvoi n° 06-13872, *bull.* 2007, I, n° 163 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Contestation de filiation par un grand-père : les juges veillent à la motivation », *RLDC* 2007, n° 39, pp. 41-42 ; I. CORPART, « Où le droit à l'expertise biologique n'empêche pas le rejet d'une action en contestation de reconnaissance intentée par un grand-père », *RJPF* 2007, n° 7, pp. 25-27 ; P. MURAT, « La contestation de la filiation par le grand-père et l'expertise *post mortem*, ou l'expertise biologique est de droit en matière de filiation... mais pas tant que cela », *dt. fam.* septembre 2009, n° 9, pp. 24-29 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence générale », *defrénois* 2007, n° 22, pp. 1640-1644.

en opposition qu'avec l'intérêt d'un seul de ses représentants légaux²⁰⁴³. Dans ce dernier cas, par exemple, la Cour de cassation a pu estimer qu'il devait faire l'objet d'une représentation par un tiers²⁰⁴⁴. La limite imposée aux prérogatives parentales par la détermination de ce conflit d'intérêt est justifiée par la nécessité d'assurer la protection du mineur²⁰⁴⁵, lorsque ceux qui en ont, en principe, la charge, pourraient en détourner l'objet²⁰⁴⁶.

Toutefois, la plupart du temps, c'est de l'existence d'un conflit parental que découle l'évidence de l'opposition d'intérêt²⁰⁴⁷. Il faut cependant regretter que le législateur n'ait pas choisi de présumer le conflit d'intérêt dans certaines hypothèses où il n'existe pas de conflit parental, parce qu'il existe des circonstances dans lesquelles la Cour de cassation ne retient pas, de manière discutable, le conflit d'intérêt²⁰⁴⁸. Ce fut le cas, par exemple, dans une affaire jugée le 9 mars 2008, dans laquelle la Haute juridiction n'avait pas retenu le conflit d'intérêt, alors qu'un couple marié représentait l'enfant mineur dont la filiation était revendiquée par l'ancien amant de la mère²⁰⁴⁹. Cependant, il faut souligner que cette décision est conforme au droit européen des droits de l'Homme, qui ne semble pas non plus voir d'inconvénient à ce que la filiation de l'enfant s'établisse en fonction de la vocation sentimentale de sa mère pour un homme plutôt qu'un autre²⁰⁵⁰. Quoiqu'il en soit, d'une manière

2043. H. PARCHEMINAL, « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant », *RDSS* 1994, p. 201.

2044. « *Attendu que l'autorité parentale étant ainsi exercée en commun par les deux parents et les intérêts de Jérôme X... étant en opposition avec l'un de ceux-ci, le pourvoi en cassation formé par Jérôme X..., représenté par un seul de ses parents, contre la disposition de l'arrêt ayant déclaré son intervention irrecevable, n'est pas recevable* », Cass. civ. 2eme, 22 mai 1996, pourvoi n° 94-12271, *bull.* 1996, II, n° 100, p. 63 ; J. HAUSER, « L'opposition d'intérêt dans l'administration légale », *RTD civ.* 1996, p. 582.

2045. A. GOUTTENOIRE, « L'administrateur *ad hoc* dans le cadre de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *LPA* mai 1995, n° 53, p. 87.

2046. M. BRUGGEMAN, « Administrateur *ad hoc* du mineur : reddition sans condition de la Cour de cassation ! », *dt. fam.* avril 2006, *Etudes* 28, p. 15.

2047. A. GOUTTENOIRE, « Mineur », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2010, n° 175, p. 26.

2048. J.-Fl. ESCHYLLE, « L'administrateur *ad hoc* (la représentation de l'enfant mineur en matière civile) », in J.-Fl. ESCHYLLE, C. MARRAUD, *Droit de l'enfant et de la famille, hommage à Marie-Josèphe Gebler*, p. 156.

2049. « *Mais attendu que l'arrêt énonce que l'action a été exercée contre M. et Mme Z... qui sont les représentants de l'enfant et dont les intérêts ne sont pas en opposition avec ceux des époux Z... ; que la cour d'appel a ainsi fait ressortir que les époux Z... avaient été attirés à la procédure tant en leur nom personnel qu'en leur qualité de représentants légaux de l'enfant, que le moyen n'est pas fondé* » : Cass. civ. 1re, 19 mars 2008, pourvoi n° 07-11573, *bull.* 2008, I, n° 84 ; J. HAUSER, « Opposition d'intérêts : la représentation du mineur et l'action en contestation de paternité », *RTD civ.* 2008, p. 289 ; A. GOUTTENOIRE, « Le mari, la femme et l'amant... mais où est donc passé l'enfant ? », *lexbase hebdo* 2008, n° 300 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « De la capacité des représentants légaux à être attirés en justice à la fois comme représentants légaux de l'enfant et en leur nom personnel », *RLDC* 2008, n° 49, p. 51 ; P. MURAT, « La représentation de l'enfant dans les procédures relatives à sa filiation : des règles à revoir », *dt. fam.* 2008, n° 6, pp. 25-26 ; Th. GARÉ, « Une possession d'état d'enfant légitime semble ne pas pouvoir être constituée en cas de conflit de paternité », *RJPF* 2008, n° 7, p. 25 ; J. HAUSER, « L'opposition d'intérêts dans les actions relatives à la filiation », *RTD civ.* 2008, pp. 467-468 ; S. TRAVADE-LAUNOY, « Possession d'état et aveu d'adultère », *gaz. pal.* novembre 2008, n° 327, p. 32.

2050. « *Turning to the instant case, the Court observes that the relationship between Ms P. and the applicant*

générale, la Cour de cassation renvoie l'appréciation de l'opposition d'intérêt à l'appréciation souveraine des juges du fond lorsqu'une procédure est déjà en cours²⁰⁵¹. Mais le conflit d'intérêt peut exister en amont²⁰⁵². Ainsi, il est possible de se demander si le mineur, qui a déjà la possibilité de faire valoir sa volonté de désigner un administrateur *ad hoc* en cours de procédure²⁰⁵³, pourrait aller plus loin en sollicitant seul la désignation d'un administrateur *ad hoc*, dans le but, cette fois, d'initier une procédure lorsque son représentant légal refuse de le faire²⁰⁵⁴. Encore faudrait-il qu'il dispose du discernement nécessaire, alors que la minorité n'est pas un ensemble homogène²⁰⁵⁵. Quoiqu'il en soit, rien dans l'article 389-3 ne s'oppose à ce qu'il puisse le faire. En effet, cela ne reviendrait pas à donner au mineur le pouvoir d'initier l'action : il s'agirait simplement de transférer ce pouvoir des mains de l'arbitraire parental, à celles de l'arbitraire judiciaire.

274. Rôle de l'administrateur ad hoc. Si les mots ont un sens, dans la mesure où l'article 388-2 du Code civil dispose que : « *Lorsque, dans une procédure les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition...* », la nomination de l'administrateur *ad hoc* ne pourrait intervenir qu'après qu'une procédure ait été initiée²⁰⁵⁶. Or, comme nous l'avons évoqué plus haut, seuls bénéficient de ce pouvoir d'initiative les représentants légaux de la

had ended approximately one year before the child R. was conceived. According to the applicant's own submissions, the ensuing relations between himself and Ms P. were of a purely sexual nature. There is no indication that the applicant and Ms P., who cohabited at the time with Mr M., envisaged founding family together. There are no signs of any commitment of the applicant towards the child before it was born. Under these circumstances, the Court is not convinced that the applicant's decision to demand a paternity test and to bring an action aimed at establishing his paternity were sufficient to bring the relationship between himself and R. within the scope family life » : Case of Ahrens v/ Germany, 22 mars 2012, application n° 45071/09, § 59.

2051. « *Mais attendu qu'après avoir relevé, par motifs propres et adoptés, les difficultés engendrées par l'attitude de Mme Z..., veuve Y..., dont le juge des tutelles avait tenté en vain de procéder à l'audition, qui se trouvait dans l'incapacité financière de régler les sommes qu'elle avait été condamnée à payer à l'indivision dans la succession de son mari Gérard Y..., qui avait retardé, par l'exercice de vains recours, les opérations de règlement de cette succession, et qui avait entrepris une nouvelle action en justice dans le cadre de la liquidation des successions des grands parents paternels aux risques de voir les biens, qui génèrent des frais et impôts, se dégrader et perdre de leur valeur; le tribunal a souverainement déduit de ces éléments de fait l'existence d'une opposition d'intérêt entre Mme Z..., veuve Y..., et sa fille, et décidé en conséquence de désigner un administrateur ad hoc » : Cass. civ. 1re, 25 mars 2009, pourvoi n° 08-11552, inédit ; J. MASSIP, « L'existence d'une opposition d'intérêt justifiant la désignation d'un administrateur *ad hoc* est souverainement appréciée par les juges du fond », *degrénois* 2009, pp. 1161-1163.*

2052. P. MURAT, « La représentation de l'enfant dans les procédures relatives à sa filiation : des règles à revoir », *dt. fam.* 2008, n° 6, pp. 25-26.

2053. A. GOUTTENOIRE, « Mineur », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2010, n° 182, p. 28.

2054. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 273 p. 153.

2055. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 626, p. 342.

2056. « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'action en désaveu est distincte de l'action en contestation de reconnaissance d'un enfant naturel, même légitime, et que, si seul un tuteur ad hoc doit être désigné pour défendre en présence de la mère, à l'action en désaveu, en matière d'action en contestation de reconnaissance, il y a lieu, lorsque les intérêts de l'administrateur légal sont en opposition avec ceux du mineur, de désigner un administrateur ad hoc, prévu par l'article 389-3 alinéa du Code civil » : Cass. civ. 1re, 18 mars 1981, pourvoi n° 79-16284, *bull.* 1981, I, n° 95.*

personne mineure et²⁰⁵⁷, dans certains cas, les tiers auxquels le législateur a laissé une action relative à la filiation de l'enfant²⁰⁵⁸. A moins de justifier de l'existence, peu probable, d'un danger²⁰⁵⁹, l'enfant ne peut donc jamais se substituer à ses représentants légaux dans l'initiative d'une action²⁰⁶⁰. Certes, selon l'article 389-3 du Code civil, lorsque les intérêts de l'administrateur légal « *sont en opposition avec ceux du mineur il doit faire nommer un administrateur ad hoc par le juge des tutelles. A défaut de diligence de l'administrateur légal, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office* »²⁰⁶¹. Dans ce cas, l'article 1210-1 du Code de procédure civile dispose que « *Lorsqu'en application des dispositions des articles 388-2 et 389-3 du Code civil, la juridiction procède à la désignation d'un administrateur ad hoc et que dans l'intérêt de l'enfant il est impossible de choisir celui-ci au sein de la famille ou parmi les proches du mineur, la juridiction peut désigner l'administrateur ad hoc parmi les personnes figurant sur la liste prévue à l'article R. 53 du Code de procédure pénale* »²⁰⁶². Cependant, il n'existe pas, à notre connaissance, de décision qui se soit fondée sur ce texte pour mettre en œuvre une telle action dans un cadre extrapatrimonial, durant la minorité de l'enfant²⁰⁶³. Cette proposition reste donc théorique, et cela d'autant plus que du fait de son jeune âge, le mineur n'est pas toujours en mesure d'accéder aux informations nécessaires et/ou d'en comprendre l'intérêt pour lui²⁰⁶⁴. Le rôle de l'administrateur *ad hoc* auprès de l'enfant mineur ne commence donc qu'une fois qu'une procédure a été initiée²⁰⁶⁵.

2057. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 258, p. 358.

2058. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, n° 448, p. 454.

2059. P. MURAT, « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations libres sur un thème controversé) », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, droit des personnes et de la famille*, p. 348.

2060. Article 375 du Code civil : « *Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public* ».

2061. « *Saisie par le père naturel d'un enfant d'une instance en dévolution de l'autorité parentale qui avait été déléguée à des tiers en vue d'une adoption, la requête conjointe de ceux-ci et de la mère, une cour d'appel ne peut rejeter la demande des délégataires tendant à la désignation d'un administrateur ad hoc chargé des intérêts de l'enfant, en énonçant que, dans cette instance, la filiation du mineur à l'égard du père n'est pas en cause puisque la mère ne conteste pas ladite filiation, sans faire aucune référence à une éventuelle opposition d'intérêt entre l'enfant et ses représentants légaux* » : Cass. civ. 1re, 23 février 1999, pourvois n° 97-15098 et n° 97-20514, *bull.* 1999, I, n° 66, p. 43 ; *gaz. pal.* 14 octobre 2000 n° 288, p. 10.

2062. Article R. 53 du Code de procédure pénale : « *Il est dressé tous les quatre ans, dans le ressort de chaque cour d'appel, une liste sur laquelle sont inscrits les administrateurs ad hoc. Elle peut faire l'objet, en tant que de besoin, de mises à jour annuelles. La liste des administrateurs ad hoc est tenue à la disposition du public dans les locaux du secrétariat-greffe de la cour d'appel et des tribunaux de grande instance. Elle peut également être affichée dans ces locaux* ».

2063. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 1046 p. 550.

2064. A. GOUTTENOIRE, « L'enfant dans les procédures d'assistance éducative », *AJ fam.* 2003, p. 368.

2065. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 773, p. 414.

275. Les pouvoirs de l'administrateur *ad hoc*. La question s'est alors posée de savoir quelle était l'étendue de ses pouvoirs à l'égard de la personne mineure²⁰⁶⁶. En effet, il représente le mineur dans les actes de la vie juridique lorsque le mineur lui-même n'a pas le pouvoir d'agir seul²⁰⁶⁷. Cependant, représente-t-il la personne mineure dans l'exercice de ses droits, ou agit-il en substitution des représentants légaux du mineur ?

Sollicitée sur cette question, la Cour de cassation a rendu un arrêt qui a été très discuté en doctrine. En effet, elle avait affirmé que l'administrateur *ad hoc* n'avait pas plus de droits que la personne qu'il représente, pour lui refuser le droit de faire une tierce opposition dans une instance visant à discuter les modalités d'exercice de l'autorité parentale²⁰⁶⁸. Or, si l'on admet la démonstration qui précède²⁰⁶⁹, il faut alors admettre que le pouvoir de représentation du mineur donné à l'administrateur *ad hoc* va plus loin que la simple représentation de l'enfant dans l'exercice de ses droits patrimoniaux ou extrapatrimoniaux²⁰⁷⁰. Il se substitue au pouvoir parental de déterminer l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'exercice de cette action, préalablement déterminée par le juge²⁰⁷¹. Cela signifie qu'il a donc toute latitude pour mettre en œuvre les moyens procéduraux que la loi aurait donné aux parents de l'enfant placés dans la même situation²⁰⁷². En d'autres termes, le pouvoir de déterminer le

2066. A. GOUTTENOIRE, « Mineur », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2010, n° 180, p. 27.

2067. « Attendu que, pour déclarer nul l'appel formé par l'avocat des mineurs X... au greffe du tribunal, l'arrêt attaqué énonce que les dispositions des articles 931 à 936 du nouveau Code de procédure civile ne sauraient faire échec à l'incapacité générale d'exercice des actions en justice qui frappe le mineur non émancipé, qu'il soit ou non capable de discernement, les seules exceptions à cette règle ne concernant que certaines actions strictement personnelles ; qu'il retient ensuite, que dans tous les autres cas, le mineur doit être représenté par son administrateur légal ou son tuteur, seuls habilités pour apprécier s'il y a lieu d'interjeter appel et choisir ou faire désigner un avocat afin qu'il soit mandaté pour former le recours ; que l'arrêt ajoute, enfin, qu'en l'espèce les mineurs, eu égard à l'opposition d'intérêt existant entre eux et leur mère, auraient dû bénéficier de la désignation d'un administrateur *ad hoc* chargé de les représenter, aussi bien pour saisir le juge des enfants que pour relever appel de la décision de celui-ci ; Attendu qu'en se déterminant ainsi la cour d'appel a violé les textes susvisés » : Cass. civ. 1re, 21 novembre 1995, pourvoi n° 94-05102, *bull.* 1995, I, n° 418, p. 292 ; J. MASSIP, « Assistance éducative », *defrénois* 1996, n° 22, p. 1350.

2068. « Mais attendu que l'administrateur *ad hoc* désigné en application des articles 388-2 et 389-3 alinéa 2 du Code civil ne peut avoir plus de droits que le mineur qu'il représente ; que dès lors, la cour d'appel, qui a retenu que l'article 374, alinéa 3, du Code civil ne mentionne pas l'enfant parmi les demandeurs habilités à obtenir une modification des conditions d'exercice de l'autorité parentale, a décidé, à bon droit, que la mineure était irrecevable à former tierce opposition » : Cass. mixte 9 février 2001, pourvoi n° 98-18661, *bull.* 2001, I, p. 1 ; P. GUERDER, « L'administrateur *ad hoc* ne peut avoir plus de droits d'agir en justice que le mineur qu'il représente », *RJPF* 2001, n° 4, pp. 21-22 ; Th. FOSSIER, « Irrecevabilité de la tierce opposition par l'administrateur *ad hoc* agissant au nom de la mineure », *JCP* 2001, n° 17, pp. 817-820 ; A. GOUTTENOIRE, « L'administrateur *ad hoc* ne peut avoir plus de droits que le mineur qu'il représente », *dt. fam.* mai 2001, n° 5, p. 22 ; J. HAUSER, « De la nature juridique de la représentation des mineurs », *RJPF* 2001, n° 6, pp. 6-8 ; Th. FOSSIER, « La responsabilité civile dans la protection de l'enfance : le cas de l'administrateur *ad hoc* », *gaz. pal.* 2002, n° 13, pp. 24-27.

2069. Voir *supra* n° 258.

2070. P. MURAT, « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations libres sur un thème controversé), in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, droit des personnes et de la famille*, p. 349.

2071. A. GOUTTENOIRE, « Mineur », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2010, n° 188, p. 29.

2072. « Pour autant, la portée de l'article 374 alinéa 3, n'est pas du tout négligeable. Le texte signifie

contenu de l'intérêt de l'enfant, dans le cadre de cette procédure, lui est délégué précisément parce que le conflit d'intérêt laisse présumer que les représentants légaux du mineur ne sont plus « capables » de le faire²⁰⁷³.

Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'Homme, qui n'est pas liée par des définitions juridiques préétablies, confirme cette analyse. Elle a ainsi estimé à l'occasion de l'affaire *A.M.M. c./ Roumanie* que, dans la mesure où la mère de l'enfant avait été admise au bénéfice de l'assistance sociale pour un handicap sévère, il revenait aux autorités de l'État de vérifier si elle était pleinement en mesure de défendre les intérêts de l'enfant qu'elle avait à sa charge. Dès lors, « *compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant et eu égard à la réglementation en la matière au sujet de la participation impérative de l'autorité tutélaire ou d'un représentant du ministère public à la procédure en recherche de paternité, il revenait aux autorités d'agir en faveur de l'intérêt supérieur de l'enfant dont la paternité est recherchée pour parer aux défaillances de la mère et afin d'éviter que celui-ci se retrouve sans protection* »²⁰⁷⁴. Selon la Cour, l'État avait donc l'obligation positive de mettre en œuvre des moyens concrets destinés à pallier la défaillance des représentants de l'enfant²⁰⁷⁵. Spécifiquement en l'espèce, cette défaillance était d'autant plus grave que l'affaire était complexe et a permis à la partie adverse de profiter indûment du manque de diligence des représentants de l'enfant, donc *in fine* de l'État, au détriment de la personne mineure²⁰⁷⁶.

simplement que, hors le cas d'opposition d'intérêts constatée où l'administrateur *ad hoc* reçoit le pouvoir de représentation, l'instance sur la modification de l'exercice de l'autorité parentale n'appartient qu'aux parents ou au ministère public. Si l'enfant ne peut pas, dans ce cas, agir à titre autonome, c'est parce que son droit se trouve confondu avec le droit général des parents à agir à sa place. En cas d'opposition d'intérêts, c'est ce droit des parents, parce que son exercice s'en trouve momentanément paralysé, qui se trouve transféré à l'administrateur *ad hoc*, et ce quel que soit le droit du mineur lui-même » : J. HAUSER, « De la nature juridique de la représentation des mineurs », *RJPF* 2001.

2073. J. HAUSER, « L'opposition d'intérêt dans l'administration légale », *RTD civ.* 1996, p. 582.

2074. Affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10, § 58 ; E. POULIQUEN, « Établissement de la filiation et CEDH : des liens étroits », *RLDC* 2012, n° 92, p. 39 ; E. VIGANOTTI, « Action en recherche de paternité et droits de l'Homme », *AJ fam.* 2012, p. 228 ; A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* mars 2013, n° 3, pp. 10-15.

2075. « *La Cour rappelle, enfin, que pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. A la lumière de ce qui précède, la Cour estime que les juridictions nationales n'ont pas respecté un juste équilibre entre le droit du requérant mineur de voir ses intérêts protégés dans la procédure afin de dissiper son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas participer à la procédure, ni de subir des tests de paternité* » : Affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10, § 64.

2076. A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* mars 2013, n° 3, pp. 10-15.

Paragraphe III – La participation de l'enfant à la procédure de recherche de sa filiation

276. L'enfant écouté. Deux logiques viennent se heurter quant à la détermination du contenu de l'intérêt de l'enfant. La première consiste à déterminer un intérêt de l'enfant révélé d'autorité, l'autre impose, dans un souci démocratique, d'associer l'enfant à cette décision qui le concerne. En lui donnant la possibilité d'être discutée, s'agirait-il d'atténuer la Révélation en injonction du chef²⁰⁷⁷?

La Convention internationale des droits de l'enfant a incontestablement joué un rôle majeur dans la consécration du droit de l'enfant d'être écouté dans les procédures qui le concernent²⁰⁷⁸. En effet, l'article 12 stipule que « *Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale* »²⁰⁷⁹.

Elle présentait une approche innovante, associant une protection catégorielle des mineurs à leur autonomie²⁰⁸⁰. C'est que la minorité ne constitue pas un état homogène²⁰⁸¹. Comme l'explique la *théorie du bain*, plus le mineur grandit, moins l'autorité qui lui impose de

2077. « C'est à cet élargissement extrême de la notion qu'aboutissent les anthropologues, lorsqu'ils définissent la loi comme l'injonction du chef, que celle-ci soit écrite, orale ou même purement gestuelle, qu'elle soit individuelle ou générale. Et ils englobent sous le vocable de chef toute autorité publique ou privée capable de se faire obéir par la base. Capacité qui, au fond, est peut-être le vrai critère du législateur *lato sensu* » : Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, p. 28.

2078. A. VAISSIER-CATARAMÉ, « L'audition de l'enfant en justice », in J.-F. ESCHYLLE, C. MARRAUD, *Droit de l'enfant et de la famille, hommage à Marie-Josèphe Gebler*, p. 161.

2079. A. GOUTTENOIRE, C. GRIS, B. MAUMONT, M. MARTINEZ, P. MURAT, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *dt. fam.* novembre 2009, novembre n° 44, p. 38.

2080. « A côté d'une protection particulière, la Convention internationale sur les droits de l'enfant octroie à ce dernier une certaine autonomie. La conciliation de ces deux impératifs, au premier abord incompatibles, constitue la richesse du traité. Le principe de l'audition en justice du mineur répond à la double exigence posée par la Convention, car il accorde au mineur l'accès aux procédures le concernant, tout en limitant son implication dans les conflits d'adultes » : A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 31, p. 25.

2081. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 1057 p. 561.

se laver chaque matin avant d'aller à l'école devient supportable. Elle doit, par degrés, savoir se faire moins présente, afin de l'accompagner vers l'aptitude à décider seul, pour lui-même, tout en restant assez persistante dans la poursuite de son devoir de protection pour ne pas qu'il glisse et se fasse mal en tombant. Associer l'enfant aux décisions qui le concernent par une écoute attentive de ce qu'il a à dire, serait un moyen efficace de le mettre au cœur des actions relatives à sa filiation²⁰⁸².

277. Comité international des droits de l'enfant. Issue principalement de la Convention internationale des droits de l'enfant, la mise en œuvre effective de ce droit fait l'objet d'une surveillance quasi systématique de la part du Comité. Ainsi, il a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de souligner l'importance qu'il attache à la promotion de ce droit de l'enfant dans les États parties. Il insiste, notamment, sur la nécessité de mettre en œuvre une législation qui prenne en compte, de manière cohérente et concrète, l'opinion de l'enfant et l'incite à l'exprimer²⁰⁸³. Il est en particulier primordial d'élaborer des initiatives destinées à informer les enfants de l'existence de ce droit pour qu'ils puissent l'exercer de manière effective²⁰⁸⁴.

Spécifiquement, la promotion du droit de l'enfant d'être écouté doit être faite en direction de tous les enfants, et en particulier en direction de ceux qui appartiennent à des catégories vulnérables²⁰⁸⁵. En effet, selon le Comité international des droits de l'enfant, il n'est pas rare que certaines pratiques ou attitudes traditionnelles entravent la mise en œuvre de ce droit de l'enfant²⁰⁸⁶. C'est pourquoi les États parties sont incités à faire des bilans réguliers de leurs politiques afin de s'assurer de l'effectivité du droit de l'enfant d'être écouté²⁰⁸⁷. En

2082. M.-J. GEBLER, « Regards éthiques sur les droits de l'enfant : la parole de l'enfant en justice », *D.* 1989, chr. XVI, p. 119.

2083. CRC/C/15/Add. 16, 7 février 1994, § 14. (Roumanie) ; CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995, § 14. (Royaume Uni) ; CRC/C/15/Add. 37, 20 juin 1995, § 11. (Canada) ; CRC/C/15/Add. 41, 27 novembre 1995, § 16. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 42, 27 novembre 1995, § 7. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 53, 13 février 1996, § 13. (Finlande) ; CRC/C/15/Add. 60, 30 octobre 1996, § 11. (Maroc) ; CRC/C/15/Add. 76, 15 juin 1997, § 16. (Algérie) ; CRC/C/15/Add. 87, 24 juin 1998, § 13. (Hongrie) ; CRC/C/15/Add. 92, 24 juin 1998, § 10. (Luxembourg) ; CRC/C/15/Add. 142, 21 février 2001, § 21. (Lettonie) ; CRC/C/15/Add. 146, 21 février 2001, § 19. (Lituanie) ; CRC/C/15/Add. 201, 18 mars 2003, § 35. (République Tchèque).

2084. CRC/C/15/Add. 20, 25 avril 1994, § 7. (France) ; CRC/C/15/Add. 33, 15 février 1995, § 24. (Danemark).

2085. CRC/C/15/Add. 81, 21 octobre 1997, § 13. (République Tchèque) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 25. (Italie) ; CRC/C/ISL/CO/3-4, 23 janvier 2012, § 27. (Islande).

2086. CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000, § 19. (Afrique du Sud) ; CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 29. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 27. (Lesotho) ; CRC/C/15/Add. 191, 9 octobre 2002, § 33. (Ukraine) ; CRC/C/15/Add. 199, 18 mars 2003, § 30. (Roumanie) ; CRC/C/15/Add. 206, 2 juillet 2003, § 39. (Zambie) ; CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003, § 30. (Maroc) ; CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005, § 33. (Algérie).

2087. CRC/C/15/Add. 126, 28 juin 2000, § 24. (Norvège) ; CRC/C/15/Add. 132, 16 octobre 2000, § 30.

particulier, le Comité insiste sur le fait que les enfants doivent être informés de la façon dont ils peuvent influencer sur les politiques susceptibles d'avoir des conséquences les concernant. Ils doivent aussi savoir de quelle façon leurs opinions vont être prises en considération une fois qu'elles auront été sollicitées²⁰⁸⁸.

278. Procédures qui le concernent. Que ce soit dans le cadre de procédures judiciaires, administratives, à l'école ou lors des conseils de classe, par exemple, les enfants doivent être autorisés et encouragés à défendre leur point de vue²⁰⁸⁹. Par ailleurs, les familles ou les personnels amenés à côtoyer les enfants devraient, selon le Comité, avoir reçu automatiquement une formation adéquate pour être capables de respecter les opinions des enfants²⁰⁹⁰. En ce sens, il déplore que les possibilités de tenir compte de l'opinion de l'enfant soient parfois restreintes en fonction de son âge²⁰⁹¹. En effet, l'opinion de l'enfant doit être prise en compte de manière souple et seulement en fonction de sa maturité²⁰⁹². Cependant, le Comité déplore que cette appréciation puisse parfois aboutir à ce que le droit de l'enfant d'être entendu soit soumis à une appréciation discrétionnaire²⁰⁹³. Pourtant, dans leur pratique quotidienne, les avocats et magistrats amenés à travailler avec les mineurs affirment qu'il n'est pas rare que sollicité, l'enfant manifeste clairement sa volonté de n'avoir aucun avis sur une décision qui le concerne ; en particulier en cas de séparation parentale²⁰⁹⁴ ou lorsque sa filiation est en cause²⁰⁹⁵. D'autres fois, lorsqu'il accepte de parler au juge, il demande à ce que ses propos ne soient pas retranscrits²⁰⁹⁶, parce qu'il est parfaitement conscient de l'instrumentalisation qui peut être faite de ses déclarations²⁰⁹⁷. Ne faudra-t-il pas alors

(Finlande) ; CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001, § 33. (Turquie).

2088. CRC/C/15/Add. 178, 13 juin 2002, § 21. (Belgique) ; CRC/C/15/Add. 203, 31 janvier 2003, § 26. (Islande) ; CRC/C/15/Add. 248, 30 mars 2005, § 23. (Suède).

2089. CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000, § 28. (Géorgie).

2090. CRC/C/15/Add. 182, 13 juin 2002, § 26. (Suisse) ; CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 27. (Estonie) ; CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003, § 25. (Géorgie) ; CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 28. (Allemagne) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 29. (Croatie) ; CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 25. (Autriche) ; CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006, § 32. (Lituanie).

2091. CRC/C/15/Add. 158, 9 juillet 2001, § 22. (Monaco) ; CRC/C/15/Add. 151, § 30. (Danemark) ; CRC/C/15/Add. 272, 20 octobre 2005, § 22. (Finlande).

2092. CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 22. (Portugal) ; CRC/C/BEL/CO/3-4, 8 avril 2011, § 31. (Biélorussie).

2093. CRC/C/15/Add. 180, 13 juin 2002, § 31. (Biélorussie) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 31. (France) ; CRC/C/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 39. (France).

2094. « *L'information prévue par l'article 388-1 du Code civil a été donnée aux parties. L'enfant n'a pas demandé à être entendu* » : cour d'appel de Lyon, 5 décembre 2011, affaire *Zohra X... c./ Johann Y...*, RG : 11/02053.

2095. G. BARBIER, « La pratique bordelaise de l'audition de l'enfant », *AJ fam.* octobre 2012, p. 498.

2096. M. JUSTON, « La parole de l'enfant devant le juge aux affaires familiales : enfant-roi, enfant-proie », *gaz. pal.* 2013, n° 75, p. 11.

2097. M.-P. BAUDIN-MAURIN, « Audition du mineur à sa demande : réflexion inspirée par la jurisprudence », *LPA* juin 2013, n° 124, p. 4.

découvrir un nouveau droit de l'enfant pour le protéger de cet excès d'adhésion démocratique : le droit à l'innocence et à l'insouciance²⁰⁹⁸?

279. Droit européen des droits de l'Homme. Il n'existe pas de texte spécifique en droit européen des droits de l'Homme concernant le droit de l'enfant d'exprimer son opinion²⁰⁹⁹. Toutefois, la Haute juridiction estime que la parole de l'enfant doit être recueillie chaque fois qu'il est suffisamment mûr pour donner son avis sur les décisions qui le concernent. Cependant, elle a également précisé que cette obligation peut trouver des exceptions, en particulier lorsque l'audition serait contraire à l'intérêt de l'enfant²¹⁰⁰. Quoiqu'il en soit, il faut relever que l'autonomie des notions de droit européen des droits de l'Homme donne au mineur, du seul fait de sa qualité d'être humain²¹⁰¹, le droit d'accéder à la Cour européenne des droits de l'Homme sans avoir besoin de justifier d'une capacité juridique spécifique²¹⁰². Sa parole a donc un poids particulier en droit européen des droits de l'Homme²¹⁰³.

2098. J. HAUSER, « L'enfant », *gaz. pal.* 2013, n° 89, p. 27.

2099. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 1069 p. 566.

2100. « *Ce serait aller trop loin que de dire que les tribunaux internes sont toujours tenus d'entendre un enfant en audience lorsqu'est en jeu le droit de visite d'un parent n'exerçant pas la garde. En effet, cela dépend des circonstances particulières de chaque cause et compte dûment tenu de l'âge et de la maturité de l'enfant concerné. La Cour relève à cet égard que l'enfant était âgé d'environ trois ans et dix mois lorsque la procédure d'appel a débuté, et de cinq ans et deux mois au moment où le tribunal régional a rendu sa décision. La psychologue a conclu qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant d'accorder un droit de visite sans que les parents aient auparavant des échanges pour résoudre leur conflit, et ce après avoir rencontré à plusieurs reprises l'enfant, la mère et le requérant, père de l'enfant. Consultée au sujet de l'audition de l'enfant par le tribunal, elle a expliqué de manière plausible que le fait même d'interroger l'enfant comportait pour celle-ci un risque que la prise de dispositions spéciales durant l'audience ne pouvait éviter* » : *Affaire Sahin c./Allemagne*, 8 juillet 2003, requête n° 30943/96, § 74 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2002, chr., pp. 128-132 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'interprétation régressive du droit au respect de la vie privée et de la vie familiale par la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTD civ.* 2003, p. 760.

2101. I. BERRO-LEFÈVRE, « L'accès des enfants à la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDJ* 2008, n° 272, p. 35.

2102. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, n° 161, p. 242.

2103. « *La Cour n'ignore pas que l'une des difficultés auxquelles les autorités se sont heurtées en l'espèce tient de l'attitude des enfants eux-mêmes, qui ont clairement manifesté leur refus de retourner en Grande-Bretagne auprès de leur mère. Elle estime toutefois que cette attitude n'était pas nécessairement immuable, ce dont atteste le fait que, le 11 décembre 2010, A. a volontairement quitté la maison paternelle pour rejoindre sa mère. Elle observe en outre que, dans le cadre de l'application de la Convention de La Haye et du règlement de Bruxelles II bis, si le point de vue des enfants doit être pris en compte, leur opposition ne fait pas nécessairement obstacle à leur retour* » : *Affaire Raw et autres c./ France*, 7 mars 2013, requête n° 10131/11, § 94 ; E. VIGANOTTI, « Enlèvement international d'enfant : la Cour européenne des droits de l'Homme constate la violation par la France de l'article 8 de la Convention », *gaz. pal.* 2013, n° 100, pp. 13-15 ; A. GOUTTENOIRE, « Déplacement illicite de l'enfant : la difficile conciliation de l'obligation au retour et au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *lexbase hebdo* 2013, n° 520 ; M. DOUCET, I CORPART, « La parole de l'enfant, pas nécessairement immuable, ne fait pas obstacle à l'exécution d'une décision de retour », *RJPF* 2013, pp. 38-40 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2013, n° 29, pp. 1476-1482.

280. Droit français. Lorsqu'une action relative à sa filiation est initiée en son nom, le mineur bénéficie des dispositions de l'article 388-1 du Code civil : « *Dans toutes les procédures le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure* »²¹⁰⁴. Il s'agit, ici, d'un droit subjectif de l'enfant dont l'exercice ne peut jamais faire l'objet d'une représentation. En pratique, le droit de l'enfant d'être entendu dans la procédure qui le concerne est mentionné à ses représentants légaux qui décident ensuite de l'opportunité de l'associer ou non à la procédure²¹⁰⁵. Ce filtre parental peut présenter certains inconvénients²¹⁰⁶, en particulier s'il existe une opposition d'intérêt entre le mineur et son représentant légal²¹⁰⁷. Cependant, depuis la loi du 5 mars 2007²¹⁰⁸, cette audition est de droit lorsque l'enfant en fait la demande²¹⁰⁹. Sous réserve que l'enfant ait bien été

2104. A. GOUTTENOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse, n° 83, p. 54.

2105. « *Les avoués des parties ont été avisés par un écrit du magistrat de la mise en état de la nécessité de porter à la connaissance du parent représenté qu'il devait informer les enfants mineurs concernés par la procédure de son droit d'être entendu et à être assisté par un avocat conformément à l'article 388-1 du Code civil. Bien qu'informé de ce droit, ainsi qu'il ressort des écritures et des pièces des parties, les enfants n'ont pas formé de demande d'audition* » : cour d'appel de Douai, 15 décembre 2011, affaire *David X...*, c./ *Élisa Y...*, RG : 11/02331.

2106. Article 338-1 du Code de procédure civile : « *Le mineur capable de discernement est informé par le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur ou, le cas échéant, par la personne ou le service à qui il a été confié de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat dans toutes les procédures le concernant* ».

2107. G. BARBIER, « La pratique bordelaise de l'audition de l'enfant », *AJ fam.* octobre 2012, p. 498.

2108. Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *JORF* 6 mars 2007, n° 55, p. 4215 ; J. ROCHEFED, « Autorité parentale-Prévention de la délinquance », *RTD civ.* 2007, pp. 408-412 ; P. MURAT, « L'actualité juridique et judiciaire de la famille en 2007 », *gaz. pal.* 2008, n° 345, pp. 35-42 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Mars 2006-mars 2007 », *D.* 2007, n° 21, pp. 1460-1468 ; H. FULCHIRON, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *gaz. pal.* 2009, n° 340, pp. 15-19 ; J.-M. LHUILLIER, « Information préoccupante et signalement : la mise en œuvre des textes issus de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 », *RDSS.* 2010, pp. 947-958.

2109. « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu lui imposaient de prendre en compte la demande de l'enfant* » : Cass. civ. 1re, 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20613, *bull.* 2005, I, n° 212, p. 180 ; A. GOUTTENOIRE, « La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de cassation ! », *dt. fam.* juillet 2005, comm. 156 ; Y. STRICKLER, « Droit pour le mineur capable de discernement à être entendu en justice », *JCP* 2005, n° 25, pp. 1183-1185 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Droit pour le mineur à être entendu en tout état de cause », *RLDC* 2005, n° 18, p. 47 ; Ph. THÉRY, « Entre tiers et partie ou de deux choses la troisième : le droit de l'enfant d'être entendu en justice », *RTD civ.* 2005, pp. 627-630 ; V. ÉGÉA, « De quelques précisions relatives au droit de l'enfant de s'exprimer dans la procédure », *D.* 2005, n° 28, pp. 1909-1912 ; F. EUDIER, « Autorité parentale : le juge doit prendre en compte, en tout état de cause, la demande d'audition émanant d'un mineur capable de discernement », *RJPF* 2005, n° 9, pp. 21-22 ; C. PETIT, C. CHABERT, « Acceptation judiciaire de l'applicabilité directe de la Convention de New York », *JCP* 2005, n° 36, pp. 1573-1579 ; P. RÉMY-CORLAY, « Application directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », *RTD civ.* 2005, pp. 750-752.

informé de son droit²¹¹⁰, le juge ne peut pas se fonder sur l'intérêt de l'enfant pour la lui accorder ou la lui refuser²¹¹¹. Seule la volonté du mineur compte²¹¹². Il reste que cette audition, qui doit être systématiquement envisagée²¹¹³ et mentionnée dans la décision du juge²¹¹⁴, est tout de même conditionnée à l'appréciation du discernement de l'enfant par ce dernier²¹¹⁵. Bien que cette notion soit délicate à déterminer juridiquement²¹¹⁶, les professionnels admettent généralement que le critère de la spontanéité de l'enfant permet d'apprécier ses capacités de

2110. « *Attendu ensuite que Mme A... n'est pas recevable à reprocher à la cour d'appel d'avoir omis de rechercher si C... avait été informée de son droit à être assistée d'un avocat dès lors que la charge d'une telle information lui incombait* » : Cass. civ. 1re, 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-23502, inédit ; A. GOUTTENOIRE, « L'information de l'enfant entendu relative à son droit d'être assisté d'un avocat est un devoir des parents », *lexbase hebdo* 2011, n° 461 ; J. HAUSER, « Audition de l'enfant : procédure et information », *RTD civ.* 2011, p. 757 ; E. POULIQUEN, « Audition de l'enfant en justice : la mère a aussi des obligations », *RLDC* 2011, n° 87, pp. 51-52 ; E. MULON, « Expertise médico-psychologique et audition de l'enfant : des confusions regrettables », *gaz. pal.* 2011, n° 322, pp. 29-30 ; F. EUDIER, « L'audition de l'enfant demandée sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil n'est pas soumise au régime de l'expertise », *RJPF* 2011, pp. 26-27 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial janvier 2011-décembre 2011 », *D.* 2012, n° 16, pp. 1033-1039 .
Voir aussi : Cass. civ. 1re, 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-16335, inédit ; A. GOUTTENOIRE, « Audition de l'enfant : les exigences de la Cour de cassation », *lexbase hebdo* 2010, n° 416.

2111. « *Attendu que dans toutes les décisions le concernant, l'audition du mineur capable de discernement est de droit lorsqu'il en fait la demande ; attendu que l'enfant Mélissa X..., née le 21 avril 1992, a par deux lettres transmises à la cour d'appel, l'une avant l'ordonnance de clôture, l'autre en cours de délibéré, demandé à être entendue dans les procédures de divorce de ses parents ; que la cour d'appel a statué sans entendre l'enfant et sans se prononcer sur sa demande d'audition ; en quoi la cour d'appel a violé le texte susvisé* » : Cass. civ. 1re, 15 avril 2010, pourvoi n° 09-14939, inédit ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Où l'enfant demande à être entendu dans le divorce de ses parents et où sa demande n'est pas entendue », *dt. fam.* juin 2010, comm. 96, p. 33 ; A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droits de l'enfant », *D.* 2010, pp. 1904-1912.

2112. « *Attendu que, pour rejeter la demande d'audition présentée par la mineure Farah X..., l'arrêt retient que si l'article 388-1 du Code civil donne au mineur capable de discernement le droit d'être entendu dans toutes procédures le concernant lorsqu'il en fait la demande, ce texte ne lui confère cependant pas la possibilité d'exiger d'être entendu à tous les stades de cette même procédure ; qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que l'enfant avait, par lettre reçue au greffe le 6 janvier 2011, soit le lendemain de l'audience de plaidoirie sollicité son audition, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » : Cass. civ. 1re, 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-18849, *bull.* 2012, I, n° 212 ; Y. FAVIER, « Audition de l'enfant : demande présentée en appel », *JCP* 2012, n° 46, p. 2029 ; A. GOUTTENOIRE, « Panorama de droit de l'enfant (octobre-novembre 2012) », *lexbase hebdo* 2012, n° 507 ; E. POULIQUEN, « Une procédure, un mineur, mais plusieurs auditions possibles », *RLDC* 2012, n° 99, pp. 40-41 ; F. EUDIER, « L'enfant entendu au premier degré de juridiction peut renouveler sa demande d'audition au second degré », *RJPF* 2012, n° 12, p. 36 ; E. VERGÈS, « Chronique de procédure civile – Décembre 2012 », *lexbase hebdo* 2012, n° 510 ; J. HAUSER, « Procédures et audition de l'enfant », *RTD civ.* 2013, p. 106 ; Cl. NEIRINCK, « La clôture des débats n'affecte pas le droit à l'audition de l'enfant », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 46-47 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial. Janvier 2012-décembre 2012 », *D.* 2013, pp. 798-804.

2113. « *Les avoués des parties ont été avisés, par un écrit du magistrat chargé de la mise en état, de la nécessité de porter à la connaissance du parent représenté qu'il devait informer chaque enfant mineur concerné par la procédure de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat conformément à l'article 388-1 du Code civil. Bien qu'informé de ce droit, ainsi qu'il ressort des écritures et pièces des parties, les enfants, qui en tout état de cause ne disposent pas du discernement suffisant eu égard à leur âge, n'ont pas formé de demande d'audition* » : cour d'appel de Douai, 9 juin 2011, affaire Sandra X... c./ Mathieu Z..., RG : 10/09150.

2114. « *Attendu que, par jugement de divorce du 27 octobre 2006, homologuant la convention signée par ses parents, la résidence de l'enfant Mélanie, née le 25 juillet 2000, a été fixée chez sa mère ; que M. X... a saisi, le 14 novembre 2007, le juge aux affaires familiales afin de voir fixer la résidence de sa fille à son domicile ; qu'après que l'enfant eut, selon le dossier de procédure été entendu par le conseiller rapporteur, l'arrêt attaqué a fixé la résidence de Mélanie chez son père ; Qu'en statuant ainsi, sans faire mention de cette audition, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » : Cass. civ. 1re, 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-67468, inédit ; A. GOUTTENOIRE, « Audition de l'enfant : les exigences de la Cour de cassation », *lexbase hebdo*

discernement²¹¹⁷ : plus l'enfant est spontané et moins il est apte à exprimer un véritable avis²¹¹⁸. De plus, soumise à la seule volonté du mineur, l'audition constitue un droit subjectif qu'il doit pouvoir légitimement refuser d'exercer ou²¹¹⁹, à l'inverse, pouvoir exercer à plusieurs reprises au cours de la procédure²¹²⁰. Quoiqu'il en soit, la place de « l'opinion » de l'enfant dans les procédures relatives à sa filiation est relativement secondaire, dans la mesure où l'établissement de la filiation de l'enfant relève d'un débat technique. La plupart du temps, son avis est recueilli pour déterminer les conséquences de l'établissement de sa nouvelle filiation²¹²¹. D'ailleurs, il convient de souligner que la Cour de cassation a estimé dans une décision d'octobre 2010 que le juge qui ne procédait pas à l'audition de l'enfant dans le cadre d'une procédure relative à sa filiation, ne commettait pas un excès de pouvoir, ce qui peut laisser penser que l'enfant n'a pas de moyen de convaincre le juge de ne pas recourir à une

2010, n° 416 ; A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs juin 2010-juin 2011 », *D.* 2011 pp. 1995-2004.

2115. J. HAUSER, « Du discernement ou une famille réduite à la procédure ? », *LPA* avril 1998, n° 84 ; M.-P. BAUDIN-MAURIN, « Audition du mineur à sa demande : réflexion inspirée par la jurisprudence », *LPA* juin 2013, n° 124, pp. 4-13 ; M. JUSTON, « La parole de l'enfant devant le juge aux affaires familiales : enfant roi, enfant proie », *gaz. pal.* 2013, n° 74, pp. 11-14 ; F. EUDIER, « Audition de l'enfant en justice : les recommandations du Défenseur des droits », *RJPF* 202, n° 12, p. 37 ; A. GOUTTENOIRE, « Audition de l'enfant et discernement », *lexbase hebdo* 2012, n° 426 ; Cl. NEIRINCK, « Absence de discernement d'un mineur, procédure d'assistance éducative et choix de son avocat », *dt. fam.* février 2012, n° 2, pp. 26-28 ; E. MULON, « L'audition de l'enfant à la lumière du nouvel article 388-1 : le point de vue d'un magistrat : Entretien avec Danièle Ganancia », *gaz. pal.* 2008, n° 326, pp. 4-7.

2116. A.-L. LONNÉ-CLÉMENT, « L'audition de l'enfant. Compte rendu de la réunion de la Commission Famille du barreau de Paris du 25 juin 2013 », *lexbase hebdo* 2013, n° 535.

2117. M. JUSTON, Les enfants peuvent-ils faire la loi ou dire leurs besoins ? », *AJ fam.* 2009, p. 321.

2118. Le rôle de l'avocat de l'enfant est primordial. « Plusieurs entretiens seront souvent nécessaires pour entendre les préoccupations de l'enfant, former ou non la demande d'audition, déterminer ce qui sera rapporté au juge et qui pourra être retranscrit dans le procès verbal d'audition. Parallèlement, l'avocat de l'enfant sera soit sollicité par les parents, qui voient en lui un médiateur possible, soit honni par l'un d'eux qui le dira instrumenté par son conjoint ou l'avocat de son conjoint. Il sera souvent suspecté, y compris par ses confrères, pour finalement être oublié (il ne sera pas automatiquement destinataire des décisions rendues après l'audition ou le refus d'audition). Il ne sera pas même toujours indemnisé, certaines juridictions refusant de délivrer l'attestation de fin de mission à l'avocat lorsqu'elle refuse l'audition de l'enfant » : M. PICOT, « L'avocat de l'enfant », *dt. fam.* juillet-août 2006, colloque n° 37, p. 32.

2119. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 1094 p. 577.

2120. M.-P. BAUDIN-MAURIN, « Audition du mineur à sa demande : réflexion inspirée par la jurisprudence », *LPA* juin 2013, n° 124, p. 4.

2121. « Dans des attestations datées de 2011 et 2012, les enfants Anne-Laure et Anne-Sophie ont indiqué ne pas souhaiter porter le patronyme de leur père, sinon celui de leur mère. Alors que la paternité de M. Y... sur ses deux filles a dû être établie judiciairement et compte tenu de l'âge actuel de ces dernières, soit respectivement 17 et 15 ans, il convient de prendre en compte, dans l'intérêt des mineures, les souhaits qu'elles ont exprimé » : cour d'appel de Fort-de-France, 8 février 2013, affaire *Christine X...*, c./ *Paul Y...*, RG : 11/00226.

expertise génétique²¹²², sauf à s'opposer physiquement au prélèvement biologique²¹²³.

281. L'enfant entendu. Si le débat autour de l'action visant à contester ou établir sa filiation, en son nom, échappe pour une large part à l'enfant mineur, il en va différemment lorsqu'il décide de s'opposer au prélèvement biologique qui, lui, est au cœur de l'action²¹²⁴. En effet, certains actes de la vie juridique sont si graves qu'ils ne peuvent jamais faire l'objet d'une représentation²¹²⁵, et le législateur donne alors à la personne représentée la possibilité de faire prévaloir sa volonté sur la détermination de son intérêt par un tiers²¹²⁶. Bien qu'il n'existe pas de liste exhaustive de ces actes, l'article 458 du Code civil permet d'en identifier quelques uns : « *L'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. Son réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant* ».

A cette liste, il faut ajouter l'accès à la contraception, la faculté d'obtenir un avis médical ou encore l'accès à l'accouchement anonyme et secret. Au delà de ces cas dans

2122. « *Attendu que l'enfant Gautier, né le 20 mars 1997 a été reconnu par sa mère ; que cette dernière s'est mariée le 8 juillet 2002 avec M. Y... qui a reconnu Gautier, légitimé par ce mariage ; que par acte des 14 et 18 juin 2004, M. Z... a fait assigner, sur le fondement de l'article 339 du Code civil dans sa version alors applicable, les époux Y... en contestation de cette reconnaissance ; que le tribunal de grande instance de Saintes, par jugement du 27 mars 2008, a déclaré l'action recevable, désigné un administrateur ad hoc du mineur et, avant dire droit, ordonné une expertise biologique ; que les époux Y... ont formé un pourvoi immédiat contre l'arrêt confirmatif attaqué au motif qu'en ne s'assurant pas que le mineur avait été informé de son droit d'être entendu, la cour d'appel aurait violé l'article 388-1 du Code civil et commis un excès de pouvoir ; Attendu que la violation de l'article 388-1 du Code civil ne constituant pas un excès de pouvoir, le pourvoi, formé indépendamment de la décision sur le fond, contre l'arrêt qui se borne, dans son dispositif, à confirmer la recevabilité de l'action et à ordonner, avant dire droit, une expertise, n'est pas recevable* » : Cass. civ. 1re, 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-16335, inédit ; A. GOUTTENOIRE, « Audition de l'enfant : les exigences de la Cour de cassation », *lexbase hebdo* 2010, n° 416.

2123. Cass. civ. 1re, 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-65172, inédit ; J. HAUSER, « De l'effet du refus par l'enfant d'une expertise biologique », *RTD civ.* 2010, pp. 772-773.

2124. G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, thèse, n° 174, p. 254.

2125. M. LAMARCHE, « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 237.

2126. « Il est rare qu'un lien indissociable soit établi entre l'attribution du droit et l'exercice de ce droit. On peut citer quelques exemples de ces droits, tels que le droit de se marier, le droit de tester, le droit de prêter serment, qui supposent nécessairement une appréciation d'ordre moral de leur titulaire, et qui doivent être mis en œuvre par celui-ci ; la présence de chacun des époux à leur mariage, la rédaction du testament olographe par le testateur lui-même, la présence de la partie qui prête serment, la présence des époux à la tentative de conciliation sont les conditions de validité des actes qui rendent impossible l'intervention d'un tiers qui agirait au nom du titulaire de ces droits exercés : il ne peut y avoir scission entre l'attribution de ces droits et leur exercice, seul le titulaire peut agir et doit être présent lors de la réalisation de l'acte » : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, thèse, n° 277, p. 208.

lesquels le mineur bénéficie d'un pouvoir d'initiative, il ne faut pas oublier les actes dont l'initiative est déterminée par ses représentants légaux, mais auxquels le mineur est susceptible de s'opposer par veto tels que, par exemple, son adoption lorsqu'il est mineur de quinze ans, ou les actes médicaux pratiqués sur sa personne au titre de l'article L. 1112-2 du Code de la santé publique²¹²⁷.

Plus spécifiquement en matière de filiation, au terme de l'article 16-11 du Code civil, l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut avoir lieu qu'à la condition d'avoir recueilli son consentement écrit²¹²⁸. Bien que les représentant légaux de la personne mineure soient en mesure, au titre de l'exercice de l'autorité parentale, de déterminer s'il est opportun de procéder à un prélèvement biologique sur la personne de l'enfant, dans la mesure où le prélèvement constitue une atteinte à l'intégrité physique de la personne mineure, ils ne peuvent pas le contraindre, de force, à subir un prélèvement qu'il refuserait. L'opposition du mineur à l'expertise génétique constitue alors, de fait, un motif légitime de ne pas recourir à la preuve génétique, puisque, pas plus que les parents, le juge ne dispose du pouvoir de faire procéder de force à un prélèvement biologique sur la personne de l'enfant.

Contrairement aux actions dans lesquelles l'expertise est refusée par l'un des « parents supposés », le message délivré par l'enfant est ici très différent. Son refus ne peut pas être interprété comme un aveu de filiation puisque, par hypothèse, il ne peut pas savoir qui était présent au moment supposé de sa conception. Dès lors qu'il n'est pas justifié par des raisons philosophiques ou religieuses particulières, l'interprétation, par le juge, du refus de l'enfant ne peut aboutir qu'à deux conclusions possibles : soit l'enfant ne veut pas que l'on annule sa filiation existante, soit il ne veut pas prendre le risque de savoir qui est

2127. Article L. 1111-2 du Code de la santé publique : « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposées, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser. Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel. La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission. Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve de dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle... ».*

2128. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 1126 p. 597.

génétiqnement son « vrai » père. La question se pose alors de savoir si ce refus doit être interprété à la lumière de l'intérêt de l'enfant, ou doit simplement mettre un terme à l'action en maintenant la filiation antérieure de l'enfant. Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, la réponse à cette question est claire, la volonté de l'enfant doit prévaloir. Ainsi, dans l'affaire *Iyilik c./ Turquie*, elle avait estimé que l'opposition de l'enfant à un prélèvement biologique en vue de vérifier l'exactitude de sa filiation justifiait qu'il soit maintenu dans sa filiation initiale²¹²⁹. Les termes de l'arrêt laisse peu de place au doute quant à l'hypothèse inverse : si l'enfant avait souhaité faire tomber sa filiation, il aurait eu le droit d'accéder à la preuve génétique.

Suivie par les juges du fond dans cette démarche, il semble que la Cour de cassation adopte une jurisprudence similaire. En fonction des circonstances, elle opte pour une position qui vise, tantôt à maintenir la filiation antérieure de l'enfant, en identifiant dans son refus un motif légitime de ne pas recourir au test génétique, et tantôt à estimer que le refus n'est pas motivé par un motif légitime, afin de retenir au contraire, les preuves factuelles qui lui sont présentées.

Par exemple, le 5 juillet 2007, le tribunal de grande instance de Lyon a dû se prononcer dans une affaire qui pouvait laisser penser à une forme de convention de femme porteuse. Un français aurait ainsi reconnu l'enfant d'une albanaise mariée, qui avait accouché

2129. « La Cour relève que les parties ne contestent pas que le rejet par les juridictions nationales de l'action en désaveu de paternité du requérant était prévu par la loi et qu'il poursuivait un but légitime. Il reste à déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, la mesure litigieuse était nécessaire dans une société démocratique. [...] En l'espèce, le requérant n'était pas en possession d'une preuve biologique attestant qu'il n'est pas le père de Y. Par son action en justice, il a cherché d'abord à obtenir une preuve de la réalité biologique de ses relations avec Y. en obligeant celle-ci à se soumettre à un test ADN, et ensuite seulement à mettre éventuellement en adéquation la réalité juridique avec la réalité biologique. [...] La Cour est consciente que l'apparition du test ADN et la possibilité pour tout justiciable de s'y soumettre constituent une évolution sur le plan judiciaire, en ce qu'un tel test permet d'établir avec certitude l'existence de liens biologiques entre différentes personnes. Cela étant, la Cour rappelle avoir déjà jugé que la nécessité de protéger les tiers peut exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN. Et cela d'autant plus quand, comme en l'espèce, le tiers en question est une enfant, bénéficiant d'une filiation légitime de longue date. La Cour ne voit rien d'arbitraire ou de disproportionné dans les décisions des juridictions nationales qui ont donné plus de poids aux intérêts de l'enfant qu'aux éventuels intérêts du requérant à vérifier un fait biologique. Dès lors, l'absence d'une quelconque manifestation de la part de l'enfant démontrant son souhait de voir vérifier sa paternité combinée avec le laps de temps pendant lequel elle a bénéficié de son état civil de manière stable et avec les conséquences patrimoniales que l'acceptation d'une action en désaveu peut entraîner, joue en l'espèce en faveur de l'intérêt de la fille putative du requérant, consistant à ne pas être privée d'une paternité biologique distincte de la filiation » : Affaire *Iyilik c./ Turquie*, 6 décembre 2011, requête n° 2899/05, § 29-35 ; G. GONZALEZ, « Désaveu de paternité et absence de consentement aux tests génétiques », *JCP* 2011, n° 51, p. 2526 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, chr. pp. 163-169 ; G. GONZALEZ, A. GOUTTENOIRE, « Preuve de non-paternité et refus de l'enfant », *JCP* 2012, n° 10, pp. 498-501 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, n° 22, pp. 1432-1439.

en Grèce et prétendait, à cette époque, ne pas être en mesure d'élever son enfant. L'enfant est âgé de quinze ans lorsqu'elle s'installe en France et décide de contester sa filiation paternelle. Il faut souligner qu'à cette époque, le délai de contestation était encore de trente ans. Pour débouter les prétentions de la mère de l'enfant, le tribunal de grande instance de Lyon se fonde sur l'intérêt supérieur de l'enfant et sur l'expression de sa volonté, pour caractériser l'existence d'un motif légitime de ne pas recourir au test biologique²¹³⁰.

Il faut regretter que la décision n'ait pas fait exclusivement référence à l'opposition de l'enfant au prélèvement sanguin. En effet, ce seul refus d'une atteinte à son intégrité physique constituait un obstacle légitime et infranchissable pour empêcher la contestation de son lien de filiation. Mais la référence à l'intérêt de l'enfant, constituait sans aucun doute un aveu de l'arbitraire auquel ces actions sont en réalité soumises.

En effet, l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation est sur ce point particulièrement éloquente. Par exemple, elle a pu affirmer le 8 juillet 2010 dans une affaire similaire que *« la cour d'appel n'a ni méconnu la relativité de la chose jugée attachée à son précédent arrêt en se bornant à se référer aux motifs de cette décision, ni refusé d'apprécier les éléments de preuve qui étaient versés mais a estimé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, qu'en l'état de ces éléments et de l'absence d'expertise, du fait de l'opposition de l'enfant, il n'était pas possible d'affirmer que M. X... n'était pas le père d'Olivier et qu'il y avait lieu en conséquence de le débouter de son action en contestation de sa paternité »*²¹³¹. Dans une autre affaire en revanche, la Cour de cassation a estimé que le

2130. *« Attendu que Marc F... est aujourd'hui âgé de plus de 15 ans, qu'il a fait valoir son point de vue par l'intermédiaire d'un conseil ; qu'il souhaite continuer de vivre avec Jean-Michel F... et son épouse, sans qu'aucun changement ne soit apporté à sa situation ; qu'il a refusé une rencontre avec Alexandra T..., pourtant organisée dans une structure appropriée, au savoir-faire reconnu ; que Marc F... était dans un tel état psychologique que l'association désignée a sursis à l'organisation de sa rencontre avec Alexandra T... ; que, dès lors, peu importe les conclusions de l'expertise psychologique ordonnée par le juge aux affaires familiales dont se prévaut Alexandra T... ; que le tribunal est convaincu que Marc F... est parfaitement au fait de la situation et que de surcroît, si tel est son souhait, il pourra, sa majorité relativement proche atteinte, agir comme il l'entendra ; que les conséquences psychologiques qu'entraîneraient de manière certaine sur Marc F... une mesure d'expertise constituent un motif légitime pour ne pas l'ordonner, en vertu des intérêts supérieurs de l'enfant, lesquels priment la démonstration, ou non, d'une vérité biologique »* : Tribunal de grande instance de Lyon, 5 juillet 2007 ; A. GOUTTENOIRE, « Touche pas à ma filiation », *D.* 2007, p. 3052 ; J. HAUSER, « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen », *RTD civ.* 2008, p. 93.

2131. *« Attendu que M. X... et Mme Y... ont contracté mariage le 10 novembre 1987 ; que trois enfants ont été déclarés sur les registres de l'état civil comme issus de cette union ; [...] que ce mariage ayant été dissous par divorce, M. X... a, par acte du 18 avril 2005 assigné Mme Y... en contestation de sa paternité à l'égard de l'enfant Olivier sur le fondement de l'ancien article 322, alinéa 2, du Code civil ; qu'un jugement du 23 mars 2006, a déclaré l'action de M. X... irrecevable au motif que l'enfant avait une possession d'état conforme à son titre de naissance, qu'infirmant cette décision, un premier arrêt, du 8 novembre 2007, a déclaré l'action recevable et ordonné avant dire droit une expertise biologique ; que l'expert a dressé un procès verbal de*

refus de l'enfant de se soumettre au prélèvement ne constituait pas un motif légitime²¹³². En ne retenant pas le motif légitime, la Cour de cassation oblige alors les juges du fond, dans cette hypothèse, non plus à maintenir la filiation existante, mais à examiner si cette filiation existante est conforme à la filiation la plus probable de l'enfant. En procédant de la sorte, elle a fait prévaloir les éléments qui laissaient penser à l'enfant que l'amant de sa mère était son père.

282. Conclusion de la section. En refusant de se soumettre au test génétique, l'enfant obligeait le juge à se prononcer au regard des éléments de fait qui lui étaient soumis et qui aboutissaient, ce que l'enfant savait à l'avance, à démontrer que l'amant était « son » père. En revanche, le test génétique soumettait cette filiation à une donnée inconnue, un aléa sur lequel la volonté de l'enfant n'avait aucune prise. Il est possible de se demander si une tendance n'est pas en train de se profiler qui vise, parfois, suivant l'opportunité de la situation, à déterminer la filiation de l'enfant suivant les effets de la loi en fonction de la volonté de l'enfant (possession d'état ou test génétique)²¹³³. Il ne s'agirait plus

carence, l'enfant Olivier X... s'étant opposé aux prélèvements » : Cass. civ. 1re, 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-65172, inédit ; J. HAUSER, « De l'effet du refus par l'enfant d'une expertise biologique », *RTD civ.* 2010, pp. 772-773.

2132. « *Attendu qu'ayant pris en considération, après avoir entendu Baptiste, l'intérêt supérieur de l'enfant qui justifie de mettre fin à une situation d'insécurité psychologique et juridique et constaté qu'aucun motif légitime ne venait au soutien du refus de l'enfant de se soumettre à l'expertise biologique ordonnée, la cour d'appel, par une appréciation souveraine des éléments produits notamment des premières déclarations de Mme Y... confirmait la réalité de ses relations intimes avec M. Z..., des photographies et des déclarations même de Baptiste qui confirmait voir régulièrement M. Z... qu'il savait être son père et qui l'avait accueilli chez lui dès la séparation des époux X..., a estimé que ces éléments étaient suffisants pour établir la paternité de M. Z... à l'égard de Baptiste* » : Cass. civ. 1re, 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-22202, inédit ; J. HAUSER, « Preuve de la filiation : hors de l'expertise biologique, le salut est encore possible », *RTD civ.* 2013, pp. 103-104 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial. Janvier 2012-décembre 2012 », *D.* 2013, n° 12, pp. 798-804 ; Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, « Droit des mineurs. Juin 2012-juin 2013 », *D.* 2013, n° 30, pp. 2073-2080 ; A. GOUTTENOIRE, « Actualité juridique et judiciaire de la famille en 2012 – Actualité du droit extrapatrimonial de la famille », *gaz. pal.* 2013, n° 98, p. 32.

2133. « *Le gouvernement justifie le refus d'annuler la reconnaissance de C.P. Et de reconnaître sa filiation envers son père biologique présumé par la nécessité de protéger la sécurité juridique et d'assurer le respect du droit des tiers, en particulier celui d'être consentant à une expertise génétique. La Cour rappelle que le choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 de la Convention dans les rapports interindividuels relève en principe de la marge d'appréciation des États contractants [...] La Cour considère que le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître et de faire reconnaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée. [...] Concernant l'intérêt général, il convient de noter que W.A., aujourd'hui décédé, n'avait pas de famille connue selon les autorités et qu'il avait légué la majorité de ses biens à la commune de Saint-Émilion. [...] En l'espèce, la Cour constate que c'est précisément en tenant compte des droits et intérêts personnels de W.A. Que la cour d'appel a refusé de reconnaître la véritable filiation biologique du requérant. Elle a en effet constaté la nullité de l'expertise génétique pour un motif d'ordre procédural, à savoir que W.A. N'y aurait pas expressément consenti. Les juges sont parvenus à cette conclusion en recherchant principalement si, comme le prétendait la commune de Saint-Émilion, le requérant avait essayé d'abuser de la faiblesse de W.A. Et si celui-ci avait toutes ses facultés mentales lorsque son consentement écrit a été recueilli par l'expert. La Cour relève que pour débouter le requérant de ses prétentions, la cour d'appel n'a, à aucun moment, pris en considération le droit du requérant à connaître son ascendance et à voir établie sa véritable filiation. [...] En annulant post mortem l'expertise génétique et en refusant de reconnaître et d'établir la paternité biologique du requérant, la cour d'appel a donné plus de poids aux droits et intérêts du père présumé qu'au droit du requérant à connaître*

alors d'obtenir un lien de filiation à l'égard de « ses » parents²¹³⁴, mais à l'égard de parents en particulier, ce qui constituerait, du point de vue de l'enfant, le pendant du « droit à... » l'enfant²¹³⁵.

*ses origines et à les voir reconnues, droit qui ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire. [...] A la lumière de ce qui précède, la Cour a des difficultés à admettre que les juridictions nationales aient laissé des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique en se fondant sur l'absence de consentement de W.A., alors même que les résultats de l'expertise ADN constituaient une preuve déterminante de l'allégation du requérant » : Affaire Pascaud c./ France, 16 juin 2011, requête n° 19535/08, § 58-68 ; J. HAUSER, « Le droit à l'expertise biologique et la Convention européenne des droits de l'Homme : la vérité biologique à tout moment ? », *RTD civ.* 2011, pp. 526-527 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le droit français de la filiation et la Cour européenne des droits de l'Homme : chronique d'une condamnation prévisible », *RLDC* 2011, n° 86, pp. 65-69 ; Th. GARÉ, « L'impossibilité d'établir sa filiation porte atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RJPF* 2011, n° 10, pp. 27-28 ; G. VIAL, « L'expertise génétique *post mortem* à l'épreuve du droit au respect de la vie privée et familiale », *RDLF* décembre 2011, 2011-1 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Est in conventionnelle l'impossibilité d'établir la filiation biologique », *EDFP* novembre 2011, n° 10, p. 2.*

2134. P. MURAT, « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations libres sur un thème controversé) », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, droit des personnes et de la famille*, p. 341.

2135. D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, p. 511.

Conclusion du Chapitre

283. Quels parents pour l'enfant ? A s'en tenir à un point de vue exclusivement textuel, il semble que les parents de l'enfant soient ceux que le lien génétique désigne. L'enfant pourrait donc faire établir, dans les cas prévus par la loi, sa filiation, au sens génétique du terme. Cependant, il apparaît que la jurisprudence se montre plus souple à l'égard de l'enfant qui cherche à faire établir son lien de filiation, acceptant suivant les cas, de privilégier l'accès à la preuve génétique, qui est de droit en matière de filiation, ou au contraire en écartant celle-ci²¹³⁶. Or, si cette variabilité peut être la bienvenue du point de vue de l'intérêt d'un enfant en particulier, il n'est pas certain qu'il en soit de même pour les tiers en général. Parents potentiels ou autres enfants se trouvent exposés à une certaine forme d'insécurité juridique qui n'est pas souhaitable, puisque l'établissement de la filiation emporte des conséquences alimentaires et successorales.

Il faut toutefois relativiser les interrogations qui peuvent naître de l'étude de la jurisprudence, puisque le contentieux relatif à la filiation de l'enfant reste marginal lorsqu'il est rapporté au nombre de naissances en France chaque année. Ainsi, en 2005 pour 806 822 naissances, il fallait compter 3 830 actions relatives à la filiation de l'enfant²¹³⁷, soit . 0,47%. En 2006 pour 829 352 naissances, il y a eu 3 874 actions relatives à la filiation²¹³⁸, soit 0,46%.

2136. « *Attendu que Mme Michèle X... fait le même grief à l'arrêt, alors selon le moyen, que le droit de toute personne privée à connaître son ascendance, présente un caractère vital et essentiel pour son identité, qui ne décroît pas avec l'âge ; que saisi d'une action en recherche judiciaire de paternité, le juge ne peut déclarer l'action prescrite sur le fondement d'une disposition légale de droit interne, sans s'interroger sur les raisons concrètes ayant empêché le demandeur d'agir en justice en temps utile et sans mettre concrètement en balance la souffrance infligée du fait d'un refus persistant de reconnaissance opposé par un père éminemment plausible et le caractère faiblement intrusif d'un examen comparé des sangs ou d'un test ADN permettant de lever définitivement le doute dans un sens ou dans l'autre ; qu'en l'absence de toute vérification de l'existence d'un recours effectif de Mme Michèle X... en vue de connaître ses origines et d'une mise en balance concrète des intérêts concurrents de Mme Michèle X... et de M. Michel Y..., nonobstant le temps écoulé depuis la majorité de Mme Michèle X..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions combinées des articles 321 et 327 du Code civil et de la Convention européenne des droits de l'Homme ; Mais attendu que si, en application du IV de l'article 20 de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, les actions prévues à l'article 327 du Code civil peuvent être exercées sans que puisse être opposée la forclusion tirée de la loi ancienne, c'est à la condition qu'à la date d'entrée en vigueur de cette ordonnance, le 1er juillet 2006, la prescription prévue par l'article 321 du même Code ne soit pas acquise ; et attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés que l'action de Mme Michèle X... avait été engagée plus de dix ans après sa majorité, de sorte que la prescription prévue par l'article 321 du Code civil était acquise » : Cass. civ 1re, 15 mai 2013, pourvoi n° 11-25205, inédit.*

2137. Filiation légitime et légitimation : 1632 ; Action en contestation de reconnaissance et demande en nullité de reconnaissance : 1755 ; action relatives à la procréation médicalement assistée à retrancher : 689. Action en recherche de paternité naturelle : 1132. A. MARAIS, O. TIMBART, M.-H. BARTHE, A. JACGERT, D. TOUSSAINT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2007*, La Documentation française, Paris, 2007, p. 49.

2138. Retrancher 1108 actions relatives à la procréation médicalement assistée. A. MARAIS, O. TIMBART,

En 2008 pour 828 404 naissances, il y a eu 3 543 actions relatives à la filiation²¹³⁹, soit 0,42%. En 2010 pour 832 799 naissances, il y a eu 3 604 actions relatives à la filiation²¹⁴⁰, soit 0,43%. Il est possible de comparer ces chiffres relativement stables avec le contentieux relatif à l'exercice de « l'autorité parentale et au droit de visite » qui, bien que plus important et en légère augmentation, reste tout de même faible. Ainsi les mêmes sources permettent de calculer qu'en 2005 ces procédures représentaient 10,27% des naissances, en 2006 : 10,39% ; en 2008 : 11,97% ; en 2010 : 12,82%.

La question du rattachement familial de l'enfant est donc sans doute plus large que la seule question de l'établissement de sa filiation. D'ailleurs, en parallèle du mouvement qui consiste à voir apparaître une sorte de revendication d'obtenir des parents en particulier, se développe une autre tendance : la recherche de ses origines. Il s'agit alors, de revendiquer une autre forme de rattachement familial, moins visible ; celle qui, au plus profond du génome de l'enfant, conditionnerait au delà de l'éducation qu'il a pu recevoir, ce qu'il est « vraiment » (?). Si ce besoin, manifesté par les enfants qui ne « savent pas » heurte parfois l'idée que l'on peut se faire de l'aspect construit de l'identité, il n'est pas possible d'ignorer leur souffrance qui pose des questions légitimes sur la notion d'identité. Plus que jamais, la « parenté » de l'enfant semble présenter le visage de la pluralité, et le respect des droits de l'enfant implique probablement que ce ne soit pas la société ou des tiers qui aient le pouvoir de déterminer, à sa place, la manière dont l'enfant doit construire son identité propre.

A. JACGERT, D. TOUSSAINT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2008*, La Documentation française, Paris, 2009, p. 49.

2139. Retrancher 1248 actions relatives à la procréation médicalement assistée. , soit B. CAMUS, O. TIMBART, D. BAUX, A. JACGERT, D. TOUSSAINT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2009-2010*, La Documentation française, Paris, 2010, p. 49.

2140. Retrancher 1470 actions relatives à la procréation médicalement assistée. B. CAMUS, O. TIMBART, T. FERRÉ, D. BAUX, M. GUILLOT-TOUDERT, *Annuaire statistique de la justice, Edition 2011-2012*, La Documentation française, Paris, 2012, p. 49.

Chapitre II – Le rattachement factuel de l'enfant à sa famille

*C'est peut-être en refusant de voir dans le gène la source de l'humain que le droit remplit sa mission, non d'humanité, mais d'humanisme*²¹⁴¹.

284. Comité international des droits de l'enfant. Le droit de l'enfant de connaître ses origines a fait une apparition récente dans le droit de la famille, en même temps que l'accès à la preuve génétique devenait plus évident²¹⁴². Sans doute aussi son émergence est-elle la conséquence de la proclamation des nouveaux droits de l'enfant à la fin des années quatre-vingt²¹⁴³. En effet, avant la Convention internationale des droits de l'enfant, il n'existait pas véritablement de texte qui tienne compte de cet impératif²¹⁴⁴. A ce titre, par exemple, la Convention européenne des droits de l'Homme, qui prévoit le droit au respect de la vie familiale, n'envisage pas le droit de toute personne de connaître ses origines²¹⁴⁵, et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui s'est développée à ce sujet est postérieure à la Convention internationale des droits de l'enfant. Tout au plus, en droit français, existait-il quelques dispositions éparses qui font un lien entre les origines de l'enfant et certaines prohibitions à mariage, ou encore l'action à fin de subsides, fondée sur les origines supposées de l'enfant.

2141. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 143, p. 41.

2142. J. VIDAL, « Un droit à la connaissance de ses origines », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, p. 736.

2143. Loi n° 90-548 du 2 juillet 1990 autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant, *JORF* 5 juillet 1990, n° 154, p. 7856 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* 1991, I, 3739 ; Cl. NEIRINCK, P.-M. MARTIN, « Un traité bien maltraité, à propos de l'arrêt Le Jeune », *JCP* 1993, I, 3677 ; F. MONÉGER, « Point de vue sur la question de l'applicabilité directe de la Convention des droits de l'enfant », *RDSS* 1993, pp. 533-536 ; M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un Traité mis hors jeu », *D.* 1993, n° 28, pp. 203-206 ; H. PARCHEMINAL, « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant », *RDSS* 1994, pp. 201-220 ; Ch. BYK, « La réception des conventions internationales par le juge français : à l'occasion de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *JDI* 1994, pp. 967-976 ; J.-J. GALLI, L. BOURGOIN, « Évaluation et expérimentation législatives en matière de défense des intérêts de l'enfant », *RRJ* 1994, pp. 1295-1305.

2144. P. VERDIER, M. DUBOC, *Face au secret de ses origines, Le droit d'accès au dossier des enfants abandonnés, Pratiques sociales*, p. 64.

2145. Article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir d'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 infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

C'est donc l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui fait référence, pour la première fois à notre connaissance, au droit de l'enfant de connaître ses origines en tant que tel. Il stipule que l'enfant a le droit, « *dans la mesure du possible, de connaître ses parents et être élevé par eux* ». En réalité, il ne s'agissait pas d'un droit de connaître ses origines à proprement parler, mais d'un droit de connaître « ses » parents²¹⁴⁶. A travers l'usage de pronom possessif, se dégageait l'idée que les parents de l'enfant étaient ses géniteurs²¹⁴⁷. Mais la Convention ne méritait-elle pas d'être plus précise ? En effet, contrairement à « *l'enfant* » qui est identifié comme la personne mineure de dix-huit ans²¹⁴⁸, le « *parent* » y est à la fois désigné comme celui qui serait le parent biologique²¹⁴⁹, et comme celui qui élève l'enfant, c'est-à-dire celui qui exerce l'autorité parentale²¹⁵⁰. Il convient d'ailleurs de souligner que cette confusion est visible également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui n'hésite pas à reconnaître une vie familiale en présence de liens d'autorité parentale exercés *de facto*, ou au contraire refuse de reconnaître la vie familiale dans un lien seulement génétique, qui n'a pas pu s'épanouir, par exemple, à cause des manœuvres de la mère²¹⁵¹.

La Convention internationale des droits de l'enfant fait l'impasse sur la définition des parents de l'enfant, et superpose la famille par le sang avec la famille définie par la loi. Seule la famille adoptive est désignée, par défaut, comme la famille de remplacement de l'enfant²¹⁵². Il reste que, s'il faut comprendre le terme *parent* comme relevant d'une

2146. Cf. NEIRINCK, *Le droit de l'enfance après la Convention des nations Unies*, n° 37, p. 27.

2147. Voir *supra* n° 226.

2148. Article 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant : « *Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable* ».

2149. Article 9 de la Convention internationale des droits de l'enfant : « *Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant. [...] Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un État partie, telle que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'État partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciables au bien-être de l'enfant. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées* ».

2150. Voir en ce sens l'article 5 ou l'article 21 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui visent les « *père et mère, parents et représentants légaux* ».

2151. Voir *supra* n° 228.

2152. P. MURAT, « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 17.

acceptation biologique, la formulation de la réserve : « *dans la mesure du possible* » ajoute une ambiguïté supplémentaire en apportant l'hypothèse d'une cohabitation de *parents* de nature différente²¹⁵³. Est-ce que ce sont les circonstances de l'impossibilité qui sont visées, telle que la volonté des « *parents* », ou est-ce qu'il s'agit de l'ordre public de l'État partie à la Convention²¹⁵⁴ ? L'évolution actuelle de la jurisprudence autour de ces questions est en train de laisser apparaître la possibilité de l'émergence d'une famille de type polygonéique²¹⁵⁵, qui permettrait à l'enfant de se voir reconnaître une filiation supplémentaire, soit sur le fondement de ses origines, soit sur le fondement de l'apparence²¹⁵⁶.

285. Législations. D'une manière générale, le Comité estime que l'enfant devrait toujours pouvoir connaître ses parents. De ce fait, qu'il s'agisse de la procréation médicalement assistée, qui peut faire obstacle au droit de l'enfant d'accéder à ses origines²¹⁵⁷, ou l'abandon de manière anonyme et secrète de l'enfant, il est dénoncé ces pratiques. D'ailleurs, afin d'éviter des actions contraires aux droits de l'enfant, le Comité insiste souvent sur la nécessité de mettre en place des politiques préventives de promotion de la contraception²¹⁵⁸. Bien sûr, dans l'absolu, le Comité international des droits de l'enfant n'est pas hostile à la pratique de l'abandon d'enfant. Cependant, il estime que ce dernier ne doit être envisagé qu'en dernier recours, et surtout, ne doit pas être motivé par des raisons économiques²¹⁵⁹. Selon le Comité international des droits de l'enfant, l'abandon ne doit résulter que d'une décision mûrement réfléchie.

En effet, dans la logique du Comité, l'abandon de l'enfant n'est pas à proscrire lorsqu'il est fait pour de justes motifs, parce qu'il ménage un équilibre respectable entre : la liberté parentale d'accepter ou non une fonction sociale lourde qui peut être assumée par d'autres, et la préservation du droit de l'enfant de connaître ses origines, puisque l'abandon

2153. A. GOUTTENOIRE, C. GRIS, B. MAUMONT, M. MARTINEZ, P. MURAT, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *dt. fam.* 2009, novembre n° 20, p. 13.

2154. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 130, p. 78.

2155. Du grec : Πόλυς (pl. Πολλοί) : nombreux, plusieurs. Et : Υοείς, έων : parents.

2156. Comparer par exemple dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : Case of *Schneider v/ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07 et Affaire *Pascaud c./ France*, 16 juin 2011, requête n° 19535/08.

2157. CRC/C/15/Add. 158, 9 juillet 2001, § 24. (Monaco) ; CRC/C/15/Add. 182, 13 juin 2002, § 28. (Suisse).

2158. CRC/C/GRC/CO/2-3, 13 août 2012, § 57. (Grèce) ; CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012, § 54. (Turquie) ; CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 57. (Ukraine) ; CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 60. (Biélorussie) ; CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 46. (Suède) ; CRC/C/15/Add. 185, 13 juin 2002, § 39-b. (Espagne) ; CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001, § 39-a. (Portugal) ; CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 45. (Lesotho) ; CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999, § 48. (Russie).

2159. Voir *infra* n° 150.

implique, en principe, que l'enfant puisse retrouver la trace de ses parents d'origine. Lorsqu'il est abandonné, le Comité international des droits de l'enfant veille à ce que la législation des États partie permette à l'enfant d'accéder à des informations relatives à ses origines génétiques. Il reproche en effet régulièrement aux États le fait que certaines lois autorisent la mère biologique de l'enfant à cacher son identité au moment de sa naissance²¹⁶⁰.

286. Abandon dans l'anonymat. En effet, malgré ces recommandations, il semble qu'il existe un besoin résiduel d'abandon anonyme et secret des enfants²¹⁶¹. Que ce soit sous la forme de l'accouchement anonyme et secret comme en France ou au Luxembourg, ou sous la forme de « *boîtes-à-bébé* » comme en Allemagne, aux Pays-Bas, en Suisse, en Hongrie ou en Belgique, il faudrait maintenir la possibilité d'une forme d'abandon qui coupe l'enfant de ses origines, au regard de la détresse particulière des parents d'origine de l'enfant.

Or, cette pratique est parfaitement contraire aux préconisations du Comité international des droits de l'enfant, pour qui, l'enfant devrait toujours pouvoir, le moment venu, connaître « ses » parents²¹⁶². Il a cependant admis récemment que, dès lors que l'État partie prenait toutes les dispositions nécessaires pour que l'enfant puisse, un jour, obtenir des informations sur ses origines, le procédé d'abandon anonyme et secret pouvait être réputé conforme à la Convention internationale des droits de l'enfant, même si sa pratique devait rester exceptionnelle²¹⁶³. Cette nouvelle position du Comité international des droits de l'enfant vient s'inscrire dans le cadre plus général des dernières décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui offrent une certaine protection aux familles constituées de fait face aux revendications de la famille génétique de l'enfant, laissant penser qu'il existerait donc une

2160. CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 30. (Autriche) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 43. (France) ; CRC/C/15/Add. 250, 31 mars 2005, § 28. (Luxembourg).

2161. CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011, § 44. (Ukraine) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 43. (France) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 28-b. (Italie) ; CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 29. (Autriche) ; CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 49. (République Tchèque).

2162. « *Le Comité recommande instamment à l'État partie de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour mettre un terme au programme des boîtes à bébé dans les plus brefs délais et de renforcer et promouvoir sans tarder des programmes de substitution, en tenant pleinement compte de son devoir de se conformer strictement à toutes les dispositions de la Convention. Il l'engage en outre à redoubler d'efforts pour traiter les causes profondes de l'abandon de nourrisson, notamment en assurant des services de planification familiale, ainsi que des services de conseil et d'aide sociale adaptés en cas de grossesse non désirée, et en prenant des mesures pour prévenir les grossesses à risque* » : CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011, § 50. (République Tchèque).

2163. « *Le Comité recommande instamment à l'État partie de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour mettre fin à la pratique des abandons anonymes et de renforcer et promouvoir dans les meilleurs délais des programmes de remplacement, prévoyant notamment la possibilité de naissances anonymes à l'hôpital en tant que mesure de dernier ressort pour éviter l'abandon et/ou la mort de l'enfant, et d'établir un dossier confidentiel sur les parents auquel l'enfant pourra avoir accès plus tard, en tenant compte de son devoir de respecter pleinement toutes les dispositions de la Convention* » : CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012, § 30. (Autriche).

différence entre le droit de connaître « ses » parents et le droit d'être élevé par des parents²¹⁶⁴.

287. Adoption. Le Comité international des droits de l'enfant met aussi en avant l'importance de réglementer l'adoption, et plus spécialement l'adoption internationale, qui peut avoir pour conséquence de rendre particulièrement difficile, pour l'enfant, l'accès à des informations relatives à ses origines²¹⁶⁵. C'est d'ailleurs dans cette perspective qu'a été signée la Convention de La Haye de 1993²¹⁶⁶. Ainsi, son article 30 prévoit-il que : « *Les autorités compétentes d'un État contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille. Elles assurent l'accès de l'enfant ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés dans la mesure permise par la loi de leur État* ». L'objectif est, selon le Comité international des droits de l'enfant, de pouvoir mettre en œuvre une législation cohérente destinée à conserver les informations relatives aux origines biologiques de l'enfant malgré les éventuels déplacements dont il peut être l'objet, et lui permettre, lorsqu'il en fait la demande d'y accéder. C'est pourquoi, selon le Comité, les États parties doivent mettre en œuvre des politiques efficaces pour recueillir soigneusement les données relatives aux origines de l'enfant afin qu'il puisse, le moment venu, y avoir accès de manière effective²¹⁶⁷.

288. Moment opportun. Bien que mettant l'accent sur la certitude génétique, l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant autoriserait une certaine souplesse en reconnaissant, dans l'intérêt de la cohésion de sa famille, que l'enfant ne

2164. Case of *Gorgulu v./ Germany*, 26 mai 2004, application n° 74969/01 ; Case of *Rozanski v./ Poland*, 18 août 2006, application n° 55339/00 ; Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07 ; Case of *Schneider v./ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07 ; Affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10 ; Case of *Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09.

2165. CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 48. (Croatie) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 27. (Italie) ; CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006, § 34. (Lettonie).

2166. Décret n° 98-815 du 11 septembre 1998 portant publication de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, fait à La Haye le 29 mai 1993 et signée par la France le 5 avril 1995, *JORF* n° 212 du 13 septembre 1998, p. 13997 ; B. STURLESE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *JCP N.* 1994, pp. 353-362 ; N. MEYER-FABRE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *RCDIP* 1994, pp. 259-296 ; B. STURLESE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *JCP* 1993, pp. 427-436.

2167. CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 29-30. (Autriche) ; CRC/C/15/Add. 170, 2 avril 2002, § 41-a. (Grèce) ; CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003, § 27. (Italie) ; CRC/C/15/Add. 250, 31 mars 2005, § 28. (Luxembourg) ; CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 41. (Russie) ; CRC/C/15/Add. 182, 13 juin 2002, § 28. (Suisse).

doit pas systématiquement connaître ses origines, ou nécessairement être pris en charge par ses parents biologiques. Toutefois, le Comité international des droits de l'enfant considère que les situations dans lesquelles il est acceptable que l'enfant n'ait pas accès à ses origines sont marginales. Finalement d'ailleurs, la seule véritable restriction qu'il semble admettre, en matière de droit de l'enfant de connaître ses origines, est une restriction d'ordre temporel, puisqu'il concède seulement que le droit de connaître ses origines soit exercé « *au moment opportun* »²¹⁶⁸.

289. Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a joué un rôle fondamental dans l'émergence du droit de l'enfant de connaître ses origines. En effet, au titre de sa jurisprudence dynamique et évolutive, elle a dégagé de l'article 8 ce droit, comme découlant du droit au respect de la vie privée de la personne de l'enfant²¹⁶⁹. La Haute juridiction a en effet considéré qu'en dehors du droit de faire établir sa filiation, lié au droit au respect de la vie familiale, il existait un droit de connaître ses origines inclus dans le droit au respect de la vie privée²¹⁷⁰. En conséquence, elle a déterminé qu'il existait un droit pour toute personne de pouvoir exiger de l'administration l'accès aux informations individuelles qu'elle détient. Le premier pas vers la consécration de ce droit fut réalisé à l'occasion de l'affaire *Gaskin c./ Royaume-Uni*²¹⁷¹. Bien que la Cour refuse de se prononcer sur le fond, elle considère que l'absence, dans le système britannique, d'autorité indépendante chargée de prendre en compte cette demande, était constitutif d'une atteinte à l'article 8 de la Convention²¹⁷².

Quelques années plus tard, c'est à l'occasion de l'affaire *Mikulic c./ Croatie* que les contours de ce droit ont été précisés²¹⁷³. La Cour européenne des droits de l'Homme a en effet estimé que la législation interne devait prévoir la possibilité de contraindre un père

2168. CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 30. (Autriche) ; CRC/C/15/Add. 250, 31 mars 2005, § 29. (Luxembourg).

2169. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, n° 224, p. 453.

2170. V. BONNET, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'Homme (à propos de l'arrêt Odièvre c./ France du 13 février 2003) », *RTDH*. 2004, p. 408.

2171. Affaire *Gaskin c./ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, requête n° 10454/83 ; D. YERNAULT, « Libertés classiques et droits dérivés : le cas de l'accès aux documents administratifs », *RTD H*. 1996, n° 26, pp. 205-227 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 (à la mémoire de Brigitte Trillat) *dt. fam.* 2002, n° 5, pp. 7-16.

2172. J.-P. MARGUÉNAUD, « Le droit au respect de la vie privée et familiale », *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, p. 443.

2173. Case of *Mikulic v./ Croatia*, 7 février 2002, application n° 53176/99 ; A. GOUTTENOIRE, « La bioéthique redessine les contours de la famille », *dt. fam.* septembre 2004, alerte 34 ; J. HAUSER, « Le droit à accéder aux moyens de preuve biologique », *RTD civ.* 2002, p. 795-796 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Action en recherche de paternité naturelle, test ADN et droit au respect de la vie privée », *RTD civ.* 2002, p. 866-867.

présupposé à se soumettre à un test biologique dans le cadre d'une action en recherche de paternité²¹⁷⁴. Plus exactement, elle reprochait aux juges croates de ne pas avoir été en mesure de tirer les conclusions de l'opposition du père présumé à se soumettre au test biologique qui était la clé de l'action de l'enfant. Bien qu'il ne soit pas possible de contraindre une personne à se soumettre à une atteinte à son intégrité physique, il ne semblait pas normal que ce refus puisse aboutir à bloquer toute forme d'action de l'enfant. En confrontant le droit de l'enfant de connaître ses origines avec le droit du père au respect de l'intégrité de son corps, la Cour européenne des droits de l'Homme met en œuvre une technique innovante.

En temps normal, lorsque les droits fondamentaux de deux particuliers étaient en contradiction, la Cour faisait pencher la balance du côté de celui dont les droits étaient les plus proches de l'intérêt général²¹⁷⁵. Elle innove cette fois, en envisageant la disproportion de l'ingérence que du point de vue du droit de l'enfant à recevoir des informations, sans référence à l'intérêt général : le droit de l'enfant de connaître ses origines n'était plus confiné au droit d'exiger de l'administration la communication des pièces personnelles qu'elle détenait, mais devenait un droit d'ingérence dans la vie privée d'un tiers. Depuis, elle a confirmé cette position, estimant que les juges, dans l'hypothèse où ils ne parvenaient pas à obtenir les informations nécessaires pour se référer à l'exactitude génétique, avaient l'obligation de trancher, au minimum, sur le fondement de l'intérêt de l'enfant²¹⁷⁶.

290. Une voie médiane : l'accès à des informations non identifiantes.

Alors que l'accouchement anonyme et secret était très critiqué en France, les commentateurs s'attendaient à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme²¹⁷⁷. Cependant, dans l'affaire *Odièvre c./ France*, l'État français échappe de peu à la sanction²¹⁷⁸. La Cour européenne des droits de l'Homme écarte l'aspect familial de la requête

2174. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 129 p. 77.

2175. J.-P. MARGUÉNAUD, « Action en recherche de paternité naturelle, tests ADN et droit au respect de la vie privée » *RTD civ.* 2002, p. 866.

2176. Affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10, § 58 ; E. POULIQUEN, « Établissement de la filiation et CEDH : des liens étroits », *RLDC* 2012, n° 92, p. 39 ; E. VIGANOTTI, « Action en recherche de paternité et droits de l'Homme », *AJ fam.* 2012, p. 228 ; A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* mars 2013, n° 3, pp. 10-15.

2177. O. ROY, « Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des droits de l'Homme : l'affaire Odièvre contre France », *LPA* octobre 2002, n° 198, p. 6.

2178. Affaire *Odièvre c./ France*, 13 février 2003, requête n° 42326/98 ; M. HUNTER-HENNIN, « Droit des personnes et droit de l'Homme : Combinaison ou confrontation ? » *RCDIP* 2006, pp. 743-777 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Simple parenté biologique et vie familiale », *RTD civ.* 2005, pp. 339-341 ; Ch. BYCK, « Bioéthique, législation et avis des instances d'éthique », *JCP* 2004, p. 1000-1006 ; V. BONNET, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTD H.* 2004, pp. 405-421 ; O. ROY,

en estimant que le droit de connaître ses origines était une extension de la notion de vie privée²¹⁷⁹. Elle considère alors, que le fait, pour la requérante, d'obtenir des informations non identifiantes sur ses origines était suffisant pour garantir le respect de son droit à la vie privée, ménageant un équilibre entre transparence et connaissance destructrice pour elle ou sa famille²¹⁸⁰. La solution a pu surprendre dans la mesure où elle ne semble pas en cohérence avec sa jurisprudence dans laquelle elle affirme que l'État a l'obligation de mettre à disposition toutes les informations qu'il détient sur la personne qui en fait la demande²¹⁸¹.

Alors que dans l'affaire *Mikulic c./ Croatie* elle avait fait prévaloir l'intérêt de l'enfant sans se référer à l'intérêt de la société, elle estime ici que la situation est différente. C'est pourquoi, elle privilégie l'intérêt de la mère, estimant qu'il était dans l'intérêt de la société que les femmes enceintes en général, puissent avoir le choix d'accoucher de manière anonyme et secrète²¹⁸². Par voie de conséquence, elle estime que l'intérêt de l'enfant se trouve protégé parce que la femme n'hésite pas à accoucher dans des conditions médicales appropriées à son état²¹⁸³. Bien qu'en l'espèce la Cour européenne des droits de l'Homme ait donné l'impression qu'elle laissait une large marge de manœuvre aux États en la matière, il faut souligner que la mise en place par la France en janvier 2002 du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles avait eu sans doute un rôle décisif pour éviter cette condamnation²¹⁸⁴. Cette solution a été confirmée récemment, lorsque pour condamner l'Italie,

« Le droit virtuel des personnes nées sous X à la connaissance de l'identité de leurs naissances : l'arrêt Odièvre », *LPA* juin 2003, pp. 11-18 ; B. MALLET-BRICOUT, « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embaras de la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 2003, pp. 1240-1245 ; M. Ch. LE BOURSICOT, « La Cour européenne des droits de l'Homme valide le dispositif français relatif à l'accouchement sous X et à la connaissance de ses origines », *RJPF* 2003, pp. 19-20 ; Ph. MALAURIE, « La Cour européenne des droits de l'Homme et le droit de connaître ses origines », *JCP* mars 2003, I, 120, pp. 545-548 ; A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'Homme de l'accouchement sous X », *JCP* 2003, pp. 561-566 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « L'accès aux origines personnelles », *RLDC* mai 2004, pp. 43-48 ; S. ROYANT, « L'accouchement sous X, une équation à une seule inconnue : le droit de l'enfant de connaître ses origines », *gaz. pal.* 2005, pp. 11-12 ; P. MURAT, « L'accouchement sous X n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* mai 2003, pp. 23-26 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », *RTD civ.* 2003, pp. 375-376 ; J. HAUSER, « Préliminaire : une mère quand elle veut, la maternité purement potestative », *RTD civ.* 2003, p. 276.

2179. V. BONNET, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTD H.* 2004, n° 58, p. 410.

2180. Ph. MALAURIE, « La Cour européenne des droits de l'Homme et le droit de connaître ses origines », *JCP* mars 2003, I, 120, p. 545.

2181. J.-P. MARGUÉNAUD, « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la femme : la question de l'accouchement sous X », *RTD civ.* 2003, n° 2, p. 378.

2182. *Ibidem.*

2183. « L'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons sauvages. Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français » : Affaire *Odièvre c./ France*, 13 février 2003, requête n° 42326/98, § 45.

2184. V. BONNET, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTD H.* 2004,

la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que contrairement à la France, l'État n'avait pas cherché à ménager un équilibre entre l'intérêt de la mère et l'intérêt de l'enfant²¹⁸⁵.

291. La prépondérance du droit de connaître ses origines sur le droit de refuser un test biologique. En 2006, l'arrêt *Jäggi c./ Suisse* devait mettre en balance « d'un côté le droit du requérant de connaître son ascendance et, de l'autre, le droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt, le droit au respect des morts, ainsi que l'intérêt public à la protection de la sécurité juridique »²¹⁸⁶. A cette occasion, la Cour réaffirme que : « *les personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle* »²¹⁸⁷. Elle conclut alors que : « *compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'intérêt prépondérant qui est en jeu pour le requérant, les autorités suisses n'ont pas garanti à l'intéressé le respect de sa vie privée* »²¹⁸⁸. Aucun obstacle, que ce soit le consentement du vivant de la personne, ou le respect dû à sa dépouille après son décès, ne doit pouvoir s'opposer à l'exercice par l'enfant du droit de connaître ses origines²¹⁸⁹. La Cour a confirmé ce point de vue dans son arrêt *Pascaud c./ France*, estimant qu'il fallait trouver un juste équilibre entre le droit de ne pas être soumis à des tests biologiques et le droit de connaître son ascendance²¹⁹⁰. Il reste que dans cette affaire, le juste équilibre à trouver n'était pas tout à fait de même nature que dans l'affaire *Odièvre*, puisqu'il n'était pas question de demander un test biologique pour satisfaire le droit désintéressé de connaître ses origines, mais pour faire établir un lien de filiation destiné à obtenir un héritage

n° 58, p. 414.

2185. Affaire *Godelli c./ Italie*, 25 septembre 2012, requête n° 33783/09, § 71 ; A. GOUTTENOIRE, « L'accouchement sous X italien condamné par la Cour européenne des droits de l'Homme », *lexbase hebdo* 2012, n° 503.

2186. Affaire *Jäggi c./ Suisse*, 13 juillet 2006, requête n° 58757/00, § 39 ; C. LE GOFFIC, « Identification génétique post mortem : pour une modification de l'article 16-11 du Code civil », *RRJ* 2010, pp. 1181-1187 ; *degrénois* 2008, pp. 573-575, obs. J. MASSIP ; D. BERTHIAU, « L'enterrement prochain de la législation française de l'expertise génétique post-mortem dans le cadre d'une action en recherche de paternité ? », *Médecine et Droit* 2007, pp. 109-114 ; *Journal du droit international* 2007, pp. 719-720, C. RENAUT ; Ch. BYK, « Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique », *JCP* 2007, pp. 21-26 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'ADN se ramasse à la pelle », *RTD civ.* 2006, p. 727-728.

2187. Affaire *Jäggi c./ Suisse*, 13 juillet 2006, requête n° 58757/00, § 38.

2188. Affaire *Jäggi c./ Suisse*, 13 juillet 2006, requête n° 58757/00, § 44.

2189. J.P. MARGUÉNAUD, « Le droit au respect de la vie privée et familiale », *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, p. 442.

2190. Affaire *Pascaud c./ France*, 16 juin 2011, requête n° 19535/08, ; J. HAUSER, « Le droit à l'expertise biologique et la Convention européenne des droits de l'Homme : la vérité biologique à tout moment ? », *RTD civ.* 2011, pp. 526-527 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le droit français de la filiation et la Cour européenne des droits de l'Homme : chronique d'une condamnation prévisible », *RLDC* 2011, n° 86, pp. 65-69 ; Th. GARÉ, « L'impossibilité d'établir sa filiation porte atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RJPF* 2011, n° 10, pp. 27-28 ; G. VIAL, « L'expertise génétique *post mortem* à l'épreuve du droit au respect de la vie privée et familiale », *RDLF* décembre 2011, 2011-16 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Est in conventionnelle l'impossibilité d'établir la filiation biologique », *EDFP* novembre 2011, n° 10, p. 2.

conséquent en l'absence de tout autre héritier connu. D'ailleurs, la prépondérance du droit de connaître ses origines semble également trouver une limite aux yeux de la Cour européenne des droits de l'Homme lorsque la procédure aurait pour conséquence de priver l'enfant des droits qu'il a pu acquérir au titre de sa filiation légale²¹⁹¹.

292. La difficile consécration du droit de connaître ses origines en droit français. La prise en compte de la personne en temps qu'entité individuelle, et non plus comme la partie d'un groupe social, a eu pour conséquence qu'elle puisse s'approprier une partie de son identité. En effet, jusqu'à, présent la seule préoccupation du législateur était de s'assurer de pouvoir individualiser, avec certitude, une personne pour lui donner un statut juridique. L'identité était objective, technique et dépassionnée. Elle appartenait plus à l'État qu'à l'individu qui, en quelque sorte, n'en était que dépositaire. Aujourd'hui, le bien-être des personnes est mis en avant, et cette individualisation sociale ne suffit plus à satisfaire le besoin d'identité de ceux qui ne connaissent que leur identité légale. Bien qu'elle ne doive pas céder sa place, elle doit trouver le moyen de coexister pacifiquement avec cette nouvelle sorte d'identité à la fois plus complexe et plus mouvante ; une identité qui permet non plus d'être accepté par les autres, mais de s'accepter soi-même²¹⁹².

En France, contrairement à d'autres pays tels que l'Allemagne, l'établissement

2191. « La Cour relève que les parties ne contestent pas que le rejet par les juridictions nationales de l'action en désaveu de paternité du requérant était prévu par la loi et qu'il poursuivait un but légitime. Il reste à déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, la mesure litigieuse était nécessaire dans une société démocratique. [...] En l'espèce, le requérant n'était pas en possession d'une preuve biologique attestant qu'il n'est pas le père de Y. Par son action en justice, il a cherché d'abord à obtenir une preuve de la réalité biologique de ses relations avec Y. en obligeant celle-ci à se soumettre à un test ADN, et ensuite seulement à mettre éventuellement en adéquation la réalité juridique avec la réalité biologique. [...] La Cour est consciente que l'apparition du test ADN et la possibilité pour tout justiciable de s'y soumettre constituent une évolution sur le plan judiciaire, en ce qu'un tel test permet d'établir avec certitude l'existence de liens biologiques entre différentes personnes. Cela étant, la Cour rappelle avoir déjà jugé que la nécessité de protéger les tiers peut exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN. Et cela d'autant plus quand, comme en l'espèce, le tiers en question est une enfant, bénéficiant d'une filiation légitime de longue date. La Cour ne voit rien d'arbitraire ou de disproportionné dans les décisions des juridictions nationales qui ont donné plus de poids aux intérêts de l'enfant qu'aux éventuels intérêts du requérant à vérifier un fait biologique. Dès lors, l'absence d'une quelconque manifestation de la part de l'enfant démontrant son souhait de voir vérifier sa paternité combinée avec le laps de temps pendant lequel elle a bénéficié de son état civil de manière stable et avec les conséquences patrimoniales que l'acceptation d'une action en désaveu peut entraîner, joue en l'espèce en faveur de l'intérêt de la fille putative du requérant, consistant à ne pas être privée d'une paternité biologique distincte de la filiation » : *Affaire Iyilik c./ Turquie*, 6 décembre 2011, requête n° 2899/05, § 29-35 ; G. GONZALEZ, « Désaveu de paternité et absence de consentement aux tests génétiques », *JCP* 2011, n° 51, p. 2526 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, chr. pp. 163-169 ; G. GONZALEZ, A. GOUTTENOIRE, « Preuve de non-paternité et refus de l'enfant », *JCP* 2012, n° 10, pp. 498-501 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, n° 22, pp. 1432-1439.

2192. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 13 p. 13-14.

de la filiation n'est pas lié de manière impérative à la biologie²¹⁹³. De plus, il n'est pas possible de rechercher ses origines au moyen, par exemple, d'un test biologique en dehors d'une action relative à la contestation ou à l'établissement d'un lien de filiation. De plus le droit organise des présomptions pour que la filiation paternelle de l'enfant puisse, au regard de la société, coïncider plus facilement avec sa filiation maternelle présumée certaine²¹⁹⁴. Bien qu'il soit toujours possible de vérifier la filiation avec un test génétique, la vraisemblance joue un rôle important dans l'établissement de la filiation que le droit de connaître ses origines pourrait remettre en cause ; le législateur devra un jour trancher de manière claire, parce que ce sont deux réalités qui n'ont pas vocation à être superposées pour des raisons évidentes tenant à l'articulation entre la vie privée et la vie publique des parents de l'enfant²¹⁹⁵.

Sans doute n'était-il pas dans l'intérêt de l'enfant d'admettre trop largement la possibilité d'une distorsion trop flagrante entre sa filiation d'une part et ses origines biologiques d'autre part. En effet, bien que la filiation puisse être « vérifiée » dans certains cas, cette institution repose en grande partie sur la confiance entre les membres de la famille. L'enfant est lié à ses parents principalement par un lien de la foi. Dès-lors que l'enfant passe sa filiation au crible de son droit de connaître ses origines, le lien qui en découle n'est plus un lien de la foi, mais un lien du savoir²¹⁹⁶. Or la filiation la plus épanouie est-elle celle que l'on sait ou celle que l'on croit ?

293. Paix des familles. Adoption ; procréation médicalement assistée ; adultère ; inceste : le droit de l'enfant de connaître ses origines apparaît parfois comme un parasitage brutal de la tranquillité des familles, mettant à nu une exactitude gênante pour le couple (?) parental. Or tout est affaire de proportionnalité en la matière, et du point de vue du Comité international des droits de l'enfant, la séparation parentale qui pourrait découler de l'exercice de ce droit de l'enfant est un mal plus grand que celui de ne pas connaître sa véritable origine²¹⁹⁷. D'ailleurs, l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant vise le droit de connaître « *ses parents* », et non pas le droit de connaître ses origines.

2193. C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 384, p. 261.

2194. J. HAUSER, « La distinction de l'homme et de la femme : approche pluridisciplinaire. La paternité est-elle biologique ou sociologique ? », *RDSS* 2004, p. 2071.

2195. B. GENINET, « L'identification entre la filiation à établir et la vérité biologique », *LPA* avril 2001, n° 72, p. 4.

2196. J. HAUSER, « Un nouveau né : l'enfant conventionnel ? », *D.* 1996, p. 182.

2197. CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 42. (Biélorussie) ; CRC/CDNK/CO/4, 7 avril 2011, § 44. (Danemark) ; CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010, § 40. (Espagne) ; CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 33. (Estonie) ; CRC/C/15/Add. 272, 20 octobre 2005, § 29. (Finlande) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 61. (France).

En l'absence de définition du vocable « *parent* », tout l'enjeu de la consécration du droit de l'enfant de connaître ses « *parents* » se trouve dès lors dans la capacité du législateur à articuler le droit de connaître ses origines avec le droit de l'enfant de bénéficier d'une filiation conforme à son intérêt²¹⁹⁸.

Par le passé, la législation française mettait en œuvre de nombreuses fictions légales destinées à rendre crédible la conformité entre la filiation paternelle de l'enfant et la filiation maternelle de l'enfant²¹⁹⁹, indépendamment de toute préoccupation biologique objective²²⁰⁰. Encore aujourd'hui pour établir la filiation de l'enfant, il est possible de laisser de côté la certitude génétique au profit de la réalité sociologique du lien, de sorte que, après l'écoulement du délai légal qui confirme une reconnaissance mensongère²²⁰¹, l'enfant se trouve dans l'impossibilité définitive de contester sa filiation, et donc d'obtenir ou de confirmer des informations sur son identité biologique²²⁰².

A la marge de ces situations, lorsque le législateur a organisé le secret autour des origines de l'enfant, en permettant l'accouchement anonyme ou son abandon, il va créer un droit singulier de l'enfant de connaître ses origines puisqu'il consacre un droit de rechercher, plus qu'un droit de connaître. C'est ainsi que le Conseil national d'accès aux origines personnelles, conformément à l'article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles, est destiné à aider l'enfant dans ses démarches²²⁰³. Dans d'autres cas encore, le législateur va limiter les investigations de l'enfant aux seules informations qui lui sont personnelles par l'intermédiaire de la Commission d'accès aux documents administratifs²²⁰⁴ et parfois même,

2198. L. LEVENEUR, « Secret, personnes et famille, le secret des origines », *dt. & pat.* 2002.

2199. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction*, n° 163, p. 316 et n° 787, p. 1725.

2200. O. ROY, « Filiation légale et réalités familiales : accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant », *LPA* juin 1998, n° 70, p. 13.

2201. Article 333 du Code civil : « *Nul à l'exception du ministère public, 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* ».

2202. « *Mais attendu que l'arrêt attaqué retient que l'enfant Jean, prote depuis sa naissance le nom de Y..., qu'il considérait le mari de sa mère comme son père et que celui-ci, même après la séparation et le divorce, le traitait comme son fils, qu'il était reconnu pour tel dans la société et dans la famille ; qu'il a justement estimé que Mme X... ne pouvait se prévaloir de la révélation faite par elle à l'enfant de la non-paternité de Paul Y... ni de ses agissements tendant à rompre tous liens affectifs entre l'enfant et son ancien mari, pour soutenir que la possession d'état ainsi caractérisée n'était pas continue et se trouvait en conséquence dépourvue d'effets, que c'est dès lors à bon droit qu'il a déclaré irrecevable l'action de Mme X...* » : Cass. civ. 1er 30 juin 1992, pourvoi n° 90-20252, *bull.* 1992, I, n° 207, p. 138 ; J. MASSIP, « filiation légitime », *defrénois* 1993, n° 5, p. 300 ; J. HAUSER, « L'absence de possession d'état et l'action de l'article 322 alinéa 2 *a contrario* », *RTD civ.* 1993, p. 108 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Le bien-fondé de l'action en contestation de paternité légitime en l'absence de possession d'état conforme au titre de naissance », *D.* 1993, p. 161.

2203. Voir *infra* n° 320.

2204. Voir *infra* n° 315.

seulement aux données non identifiantes relatives à son patrimoine génétique.

Le droit français n'a jamais, pour le moment, complètement accepté de faire cohabiter des rattachements familiaux de l'enfant de plusieurs nature, comme en matière d'adoption simple ou de kafala. Jusqu'à présent, et surtout en matière de procréation médicalement assistée, il a toujours semblé que la polygonéie qui pouvait en résulter présentait un risque de concurrence entre « parents » qui n'était pas acceptable²²⁰⁵. C'est pourquoi, à la recherche du meilleur équilibre entre garantie de l'effectivité des droits de l'enfant et intérêt de l'enfant, le droit français a évolué vers un mécanisme qui consacre, sinon le droit de l'enfant de connaître ses origines ***La détermination du droit de l'enfant de connaître ses origines (Section 1)***, tout au moins le droit de l'enfant de mener des investigations dans ce but lorsqu'un tiers tel que l'administration détient des informations ***L'exercice du droit de l'enfant de connaître ses origines (Section 2)***.

²²⁰⁵. I. BERRO-LEFÈVRE, « Adoption et filiation. Droit à l'enfant, droits de l'enfant ? », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, p. 34.

Section 1 – La détermination du droit de l'enfant de connaître ses origines

294. Confrontation. D'une part, en général, le premier obstacle auquel se heurte l'enfant pour connaître ses origines est un obstacle factuel. En effet, au titre de l'exercice de l'autorité parentale, et plus spécialement de leur droit d'éducation, les parents disposent d'une large marge de manœuvre pour décider quel sera le moment opportun pour révéler à l'enfant les informations relatives à ses origines. Si l'enfant ne bénéficie pas à proprement parler d'un pouvoir d'investigation qui lui permette d'exiger de ses représentants légaux la vérité sur ses origines, les parents ne disposent pas pour autant d'un droit au secret opposable à l'enfant. En effet, au delà d'une simple satisfaction de la curiosité, le droit de connaître ses origines peut être décisif pour garantir l'effectivité de certains droits de l'enfant.

D'autre part, le législateur a organisé des situations dans lesquelles l'enfant ne sera pas en mesure de connaître ses origines. Afin de lui garantir l'effectivité de ce droit, le législateur a donné à l'enfant certains pouvoirs d'investigation qui, à défaut de consacrer pour lui un droit absolu de connaître, lui donne au moins le droit de chercher. Il fallait en effet concilier l'exercice de ce droit de l'enfant avec de nombreux impératifs, tels que la gratuité du don de gamète, le risque de sélection des gamètes en fonction des caractéristiques du donneur, la liberté parentale d'accoucher et d'abandonner l'enfant dans le secret, ou encore le droit d'adopter.

Il apparaît donc que le droit de l'enfant de connaître ses origines est en grande partie conditionné par le pouvoir de fait des parents. En effet, dans les limites que leur laisse la loi, ils ont le pouvoir de ne laisser à l'enfant aucune information sur leur identité, sans que pour autant l'enfant ait les moyens de les retrouver ou de les obliger à parler. Que ce soit *Le droit de l'enfant à savoir face à la rétention parentale d'information (Paragraphe I)*, ou *Le secret organisé par la loi face au droit de l'enfant à savoir (Paragraphe II)*, l'enfant, de par son inscription dans le temps, se trouve parfois confronté à des obstacles insurmontables.

Paragraphe I - Le droit de l'enfant à savoir face à la rétention parentale d'information

295. Rétention d'information. Le domaine de protection des secrets parentaux est sans doute moins vaste que l'on pourrait le croire de prime abord. Il n'est pas rare qu'une confusion soit opérée entre ce qui relève du secret, c'est-à-dire ce qu'il est possible de soustraire à la connaissance des tiers, et ce qui relève de la discrétion, c'est-à-dire ce que la loi n'oblige pas à révéler aux tiers²²⁰⁶. Les individus déterminent intuitivement les informations qu'ils considèrent devoir entrer dans leur sphère personnelle, et utilisent parfois un pouvoir de fait, et non de droit, pour soustraire des informations à la connaissance des tiers. L'usage de ce pouvoir de fait peut avoir des conséquences sur l'effectivité du droit de l'enfant de connaître ses origines.

296. Secret parental opposable. L'exercice, par l'enfant, du droit de connaître ses origines pourrait trouver un obstacle légal dans un droit au secret que les parents auraient la possibilité de lui opposer. Il s'agirait d'un acte de volonté qui leur permettrait de soustraire, de droit, à la connaissance de l'enfant, le fait que sa filiation génétique ne coïncide pas avec sa filiation juridique²²⁰⁷. Le fondement d'un tel droit, s'il existe, ne peut se trouver que dans l'article 9 du Code civil qui consacre pour toute personne le droit au respect de sa vie privée, puisque de son côté, la Cour européenne des droits de l'Homme estime que le droit de l'enfant de connaître ses origines ne peut pas trouver de limite dans le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme²²⁰⁸.

Les droits de la personnalité qui étaient conçus initialement comme des droits à l'autodétermination, ont progressivement évolué « vers l'idée de respect » qui permet de les protéger de toute atteinte²²⁰⁹. L'individu bénéficie en ce sens d'une sphère secrète de vie de laquelle il pourra écarter les tiers²²¹⁰. Le droit au secret serait un droit subjectif autonome duquel découleraient deux sortes de conséquences : il pourrait, d'une part, apparaître comme

2206. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant*, n° 287, p. 533.

2207. S. ABRAVANEL-JOLLY, *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 32, p. 13.

2208. Voir *supra* n° 290.

2209. C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 33, p. 27.

2210. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant*, n° 278, p. 518.

un pouvoir d'interdiction de révéler une information détenue par un tiers et il pourrait, d'autre part, apparaître comme un pouvoir d'opposition à l'investigation des tiers²²¹¹.

Or, pour bénéficier de la protection de l'article 9, il faut que le secret soit admis par le législateur ou par le juge : eux seuls ont le pouvoir de déterminer ce qui relève ou non de cette protection²²¹². Surtout, lorsqu'un tel droit existe, il ne peut s'exercer que dans la mesure où il ne nuit pas à autrui²²¹³. Au delà de sa limite juridique dans l'intérêt des tiers, le droit au secret ne souffre pas la révélation : l'atteinte le fait disparaître « en même temps qu'elle crée le préjudice »²²¹⁴. A défaut de consécration légale, c'est bien la réparation du préjudice par le juge qui matérialise en droit l'existence de cette prérogative. Ainsi, en identifiant la sanction, il est possible de déterminer s'il existe ou non, au bénéfice des parents, un droit au secret protégeant l'information suivant laquelle la filiation biologique de l'enfant n'est pas conforme à sa filiation juridique.

297. Procréation médicalement assistée avec tiers donneur. En matière d'assistance médicale à la procréation, les parents bénéficient de la protection de leur secret, qu'il soit médical ou judiciaire²²¹⁵. En vertu de l'obligation légale de secret professionnel, le médecin est tenu de garder pour lui les informations qu'il recueille sur ses patients au cours de leurs consultations²²¹⁶. L'article L. 1110-4 du Code de la santé publique dispose en ce sens que le patient a le droit au respect du secret des informations le concernant. L'obligation du professionnel est assortie d'une sanction délictuelle : « *le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la communication de ces informations [...] est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euro d'amende* ». Il s'agit d'un secret très protégé, puisque le texte impose de s'abstenir de révéler aux tiers les informations dont il aurait connaissance, et empêche toute investigation de nature à concourir à la manifestation de la vérité.

Par ailleurs, le Code de la santé publique protège le secret des patients par delà leur décès. Il prévoit que la volonté du défunt peut faire obstacle à sa révélation, quand bien

2211. Une protection similaire du droit d'auteur permet aux artistes de décider à partir de quand ils souhaitent révéler leur œuvre au public.

2212. P. VOIRIN, G. GOUBEUX, *Droit civil, tome 1, introduction au droit*, n° 104, p. 74.

2213. S. ABRAVANEL-JOLLY, *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 34, p. 13.

2214. C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 173, p. 102.

2215. P. MURAT, « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 17.

2216. C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 128, p. 76.

même il s'agirait pour les héritiers de faire valoir leurs droits. Les professionnels de justice, que sont le juge ou le notaire, sont tenus aux mêmes impératifs que les médecins. L'article 311-20 du Code civil garantit au couple un secret absolu quant au consentement qu'il donne pour recourir à une technique de procréation médicalement assistée avec tiers donneur²²¹⁷.

La maîtrise par le couple sur son secret est complète puisque les parents peuvent décider à tout moment d'en révéler à l'enfant les détails médicaux. Ainsi, ils peuvent donner mandat à un tiers, par exemple leur enfant, pour qu'il recueille les informations relatives à leur dossier médical²²¹⁸. Fort de ce mandat, l'enfant pourra aller jusqu'à demander, en cas de refus de l'administration, à la Commission pour l'accès aux documents administratifs la communication du dossier médical de ses parents et obtenir des informations relatives à la procréation médicalement assistée à l'origine de sa naissance²²¹⁹.

298. Détermination de l'intérêt de l'enfant. Les parents disposent d'une maîtrise d'autant plus importante sur ce secret que les textes leur laissent la liberté de choisir le moment « le plus opportun » pour la révélation du secret de ses origines à l'enfant²²²⁰. L'article 5 de la Convention internationale des droits de l'enfant stipule que « *Les États respectent le droit et le devoir qu'ont les parents [...] de donner à [l'enfant] d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente convention* ». Le Comité international des droits de l'enfant évoque pour sa part : le fait de permettre à l'enfant d'accéder à ces informations « *au moment approprié* »²²²¹. Il ne donne jamais d'indication permettant de déterminer quel serait ce moment. En droit français, l'article 371-1 du Code civil va dans le même sens et dispose que les parents assurent l'éducation de l'enfant, et doivent l'associer en fonction de son degré de maturité aux décisions qui le concernent. Le droit d'éducation est un droit propre des parents qui découle de l'exercice de l'autorité parentale²²²². Dans la mesure où il n'existe pas de véritable sanction, en dehors des hypothèses où les parents détournent ou

2217. Article 311-20 du Code civil : « *Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation* ».

2218. Conseil d'État, 26 septembre 2005, n° 270234. *gaz. pal.* avril 2006, n° 101, p. 43.

2219. Commission d'accès aux documents administratifs, *Recueil des principaux avis et conseils*, 2e semestre 2010, avis n° 20102401, 27 juillet 2010, p. 10. Voir *infra* n° 315.

2220. Voir *supra* n° 264.

2221. CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 30. (Autriche) ; CRC/C/15/Add. 250, 31 mars 2005, § 29. (Luxembourg).

2222. A. GOUTTENOIRE, « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC* 2011.

agissent en dehors du cadre des prérogatives qui leurs sont confiées, il est possible de considérer qu'ils ont une large marge de manœuvre pour déterminer les informations qu'ils souhaitent transmettre à l'enfant et à quel moment il est préférable de le faire²²²³.

299. Proportionnalité de l'ingérence. En dehors de toute curiosité de l'enfant, et sans maladresse d'un tiers, l'enfant n'a pas vocation à découvrir le secret de sa conception. Aucune mention relative à ce procédé médical n'est faite dans son acte de naissance, et les parents n'ont aucune obligation légale de lui en révéler les circonstances. Bien que l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant consacre le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux, et malgré l'interprétation très pro-biologie faite par le Comité international des droits de l'enfant²²²⁴, sans définition du vocable « *parent* », il n'est pas possible en l'état actuel du droit français de considérer que le fait de ne pas révéler à l'enfant les circonstances de sa conception soit contraire à ce texte puisque les parents, ainsi désignés par la loi, sont juridiquement protégés dans leur titre de parent²²²⁵.

Toutefois la question peut se poser de savoir si le droit parental à la discrétion ne trouve pas une limite objective dans le droit de l'enfant à la santé²²²⁶. En effet, l'enfant n'est pas n'importe quel tiers à l'égard du couple parental. Il est le tiers à qui ils ont transmis une identité génétique spécifique qui n'est pas conforme, dans notre hypothèse, à l'idée qu'il s'en fait. Or un tiers, lui aussi particulier, le médecin, détient le secret de cette distorsion légale. Certes, il a l'interdiction de la révéler, mais il se trouve également dans l'obligation d'apporter les soins nécessaires à l'enfant pour prévenir ou guérir un risque avéré dont il aurait connaissance. Si le dossier médical parental relatif au traitement contre l'infertilité relève de leur droit au respect de la vie privée, en revanche, les informations non identifiantes relatives aux caractéristiques génétiques de l'enfant relèvent de son droit à la santé²²²⁷. Dès lors, les parents ne peuvent pas se prévaloir d'un droit au secret qui empêcherait l'enfant de savoir qu'il n'est pas biologiquement l'enfant du couple.

2223. Voir *supra* n° 267.

2224. Le Comité international des droits de l'enfant n'a pas, à notre connaissance, pris position sur la question de savoir qui sont les parents, et tout spécialement en matière de procréation médicalement assistée.

2225. A. GOUTTENOIRE, C. GRIS, B. MAUMONT, M. MARTINEZ, P. MURAT, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *dt. fam.* 2009, novembre n° 20, p. 13.

2226. Sur une demande de communication de dossier administratif : Avis CADA n° 20091209 18 juin 2009. (1er semestre).

2227. Droit consacré notamment par les articles 6 et 24 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

De plus, cette obligation a été renforcée par la loi du 7 juillet 2011²²²⁸ relative à la bioéthique qui a créé l'article L. 1131-1-2 du Code de la santé publique, qui dispose qu'en cas de diagnostic d'une anomalie génétique grave, la personne atteinte est tenue d'informer les membres de sa famille ou de donner au médecin les indications nécessaires à leur recherche. Le texte précise que la personne peut exiger la préservation de son identité. Plus spécialement lorsque la personne a fait un don de gamète²²²⁹, et que des mesures de prévention peuvent être mises en place, « *cette personne peut autoriser le médecin prescripteur à saisir le responsable du centre d'assistance médicale à la procréation afin qu'il procède à l'information des enfants issus du don* ». On pourra regretter que cette disposition ne soit pas obligatoire, puisque le texte conditionne à la volonté du donneur la mise en œuvre d'une procédure de prévention génétique à l'égard des enfants issus du don. Il reste que si le donneur consent à la diffusion de cette information l'enfant apprendra nécessairement le secret de sa conception. C'est donc que l'enfant n'a pas vocation à ignorer l'origine de sa conception.

L'intérêt de l'enfant est de bénéficier d'un suivi ou de soins en fonction des caractéristiques génétiques du donneur de gamètes à l'origine de sa conception. Admettre qu'au nom du droit des parents au respect de leur vie privée, l'enfant ne puisse pas bénéficier des meilleurs soins, constituerait une atteinte disproportionnée au but poursuivi par l'existence du droit parental de bénéficier du secret lors d'un traitement contre l'infertilité. De son côté, l'atteinte au droit parental est restreinte puisque le dossier médical du mineur n'a pas vocation à être révélé aux tiers en général et que, dans tous les cas, le médecin est tenu au secret. Le droit des parents au secret à l'égard de l'enfant n'est donc que relatif et temporaire concernant les circonstances de sa conception et ne devrait pas pouvoir mettre en échec le droit de l'enfant à la santé.

300. Adoption plénière. Le raisonnement est identique en matière

2228. Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JORF* du 8 juillet 2011, n° 0157 p. 11826 ; J.-R. BINET, « La bioéthique à l'épreuve du temps », *JCP* 2011, pp. 1410-1411 ; A.-M. LEROYER, « Droit des personnes », *RTD civ.* 2011, pp. 603-610 ; Ch. BYK, « Bioéthique », *JCP* 2011, pp. 1449-1455 ; A.-L. LONNÉ, « Présentation de loi de bioéthique du 7 juillet 2011 », *lexbase hebdo* juillet 2011, n° 449 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « La protection de la vie humaine dans la loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011 », *RJPF* septembre 2011, pp. 8-17 ; A. KAHN, « La loi bioéthique – Réflexions sur l'éthique et la morale », *D.* 2011, n° 30, p. 2104 ; D. VIGNEAU, « Les dispositions de la loi bioéthique du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *D.* 2011, n° 32, p. 2224-2230 ; N. BAILLON-WIRTZ, « Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : le choix d'un relatif *statu quo* », *RLDC* octobre 2011, n° 86, pp. 37-40 ; H. GAUMONT-PRAT, « La loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique et l'encadrement des neurosciences », *LPA* novembre 2011, n° 231, pp. 10-19 ; A. CHEYNET de BEAUPRÉ TERRASSON de FOUGÈRES, « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.* 2011, n° 32, pp. 2217-2224.

2229. A propos du secret de l'identité du donneur de gamète voir *infra* n° 305.

d'adoption plénière. En effet, de même que pour la procréation médicalement assistée, en l'absence de révélation de la part des parents ou d'une caractéristique physique évidente, l'enfant n'a pas de moyen de savoir qu'il n'est pas biologiquement issu de ses représentants légaux. L'article 354 du Code civil dispose que : « *La transcription 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. Elle ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant* ».

L'action d'adopter relève d'un choix protégé par le droit au respect de la vie privée des parents de l'enfant. Elle pourrait donc constituer une information que l'on pourrait soustraire à la connaissance des tiers²²³⁰. Cependant, l'article 1174 du Code de procédure civile dispose que « *le jugement est prononcé en audience publique* », ce qui implique que l'adoption à vocation à être connue des tiers²²³¹. Si le jugement d'adoption est connu de tous, il doit *a fortiori* être connu de l'enfant. La soustraction de cette information serait d'ailleurs de nature à porter atteinte au respect de sa propre vie privée et familiale²²³². En effet, l'article 356 du Code civil dispose que : « *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* ». L'ignorance par l'enfant de ses origines peut avoir, par exemple, des conséquences graves sur la santé de sa descendance en cas d'union incestueuse qui ne se justifient pas au regard d'un droit parental quelconque. Cette constatation aboutit à une double conclusion : d'une part l'enfant n'a pas vocation à ignorer le fait qu'il a été adopté et d'autre part il devrait pouvoir connaître l'identité de ses parents

2230. Conseil d'État, 17 octobre 2012, *affaire Bussa*, n° 348440 ; P. TIFINE, « Responsabilité pour faute présumée des départements en cas de divulgation de renseignements permettant à la mère biologique d'identifier un enfant adopté né sous X », *revue générale du droit* 2012 ; A. GOUTTENOIRE, « Panorama de droit de l'enfant (octobre-novembre 2012) » ; *lexbase hebdo* 2012, n° 507 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Droit à l'anonymat de la famille adoptive », *procédures* 2012, n° 12, pp. 26-27 ; Ch. PAILLARD, « Une nouvelle hypothèse de présomption de faute », *droit administratif* 2013, n° 1, pp. 45-46 ; M.-Ch. ROUAULT, « Quand une révélation en produit une autre », *RLCT* 2013, n° 86, pp. 21-23 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme : informer l'enfant, peut-être, mais pas trop ! », *RTD civ.* 2013, pp. 104-105 ; B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Le département présumé responsable en cas de divulgation d'informations confidentielles relatives à l'adoption d'un enfant né sous X », *JCP A.* 2013, n° 5, pp. 33-36 ; G. EVEILLARD, « Droit administratif », *JCP* 203, n° 6, pp. 272-279 ; H. RIHAL, « La violation du secret professionnel par l'aide sociale à l'enfance, un nouveau cas de présomption de faute », *AJDA* 2013, n° 6, pp. 362-363 ; E. POULIQUEN, « Interdiction de divulgation d'informations concernant un enfant adopté », *RLDC* 2013, n° 102, pp. 50-51 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial. Janvier 2012-décembre 2012 », *D.* 2013, n° 12, pp. 798-804 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Mars 2012-mars 2013 », *D.* 2013, n° 21, pp. 1436-1444.

2231. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 348, p. 198.

2232. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 780, p. 721.

d'origine²²³³, comme c'est le cas par exemple en Islande²²³⁴.

301. Famille monoparentale. Le secret n'est, dans cette hypothèse, détenu que par le parent de l'enfant qui assume seul la charge de son entretien et de son éducation. Aucun tiers neutre, médecin ou juriste, n'est dépositaire de ce secret et, en conséquence, il n'est pas possible d'envisager des cas légaux de révélation²²³⁵. Par ailleurs, le droit français ne prévoit pas à l'égard de la femme qui accouche de moyens contraignants destinés à l'obliger à révéler l'identité du véritable père de l'enfant²²³⁶, contrairement par exemple au droit allemand. En effet, en Allemagne, « *toute naissance doit être déclarée au registre de l'état civil et, si le responsable du registre a des raisons de douter de l'exactitude des informations fournies par le déclarant, il doit les vérifier. En outre, il doit exiger la présentation des documents nécessaires pour entrer les mentions correspondantes dans le registre de l'état civil. Ce dernier doit indiquer le nom patronymique et le prénom de l'enfant, le lieu et la date de naissance, le sexe de l'enfant et l'identité des parents* »²²³⁷. Il est donc impossible de déclarer la naissance d'un enfant sans faire référence à sa filiation paternelle²²³⁸. Au contraire, en France, le silence de la mère peut donner lieu à l'établissement d'une filiation tronquée. L'enfant n'est alors pas pris en charge par deux parents mais par un seul, et cette situation est notamment de nature à porter atteinte à son droit à un niveau de vie suffisant.

302. Subsidés. Si le droit français n'a jamais consacré, en tant que tel, le droit de l'enfant de connaître ses origines face au droit de sa mère de le révéler, il lui offre en revanche, au terme de l'article 342 du Code civil, le droit de réclamer des subsidés lorsque la mère accepte de délivrer l'identité de celui qui, potentiellement, serait son père. Ainsi, l'article 342 du Code civil permet à « *tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement*

2233. Voir *infra* n° 320.

2234. « Les parents adoptifs sont tenus de dire à leur enfant qu'il a été adopté, au plus tard lorsqu'il a atteint l'âge de 6 ans ». CRC/C/SR. 857, 19 mars 2003, § 54. (Islande).

2235. C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 384, p. 261.

2236. CRC/15/Add. 20, 25 avril 1994, § 14. (France) ; CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 23. (France) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 44. (France).

2237. CRC/C/83/Add. 7, 24 juillet 2003, § 250. (Allemagne) ; CRC/C/11/Add. 5, 16 septembre 1994, § 28. (Allemagne).

2238. Des mécanismes similaires existent dans d'autres pays, comme par exemple le Danemark : « *Lorsque la paternité n'est pas reconnue ou que les autorités départementales hésitent à la reconnaître, l'affaire doit être déférée au tribunal. En tout état de cause, la justice est saisie dès lors qu'une partie le demande. Il peut arriver qu'on ne dispose d'aucune information sur l'identité du père réel ou putatif de l'enfant. Dans ces cas, au demeurant rares, l'affaire est remise. L'obligation qu'a la mère de divulguer l'identité du père réel ou putatif de l'enfant a été étendue et celle-ci ne peut y surseoir que dans les cas explicitement énoncés dans la loi. Les autorités départementales ne peuvent donc plus autoriser de manière discrétionnaire les mères à ne pas divulguer cette information* » : CRC/C/129/Add. 3, 30 mars 2005, § 111. (Danemark).

établie » de réclamer des subsides à « celui qui a eu des relations sexuelles avec sa mère pendant la période légale de conception ». La particularité de l'action à fin de subsides est qu'elle repose sur la connaissance, de fait, d'une information qui devrait avoir des conséquences de droit sur la filiation de l'enfant et à laquelle il a été renoncé pour des raisons légales ou personnelles.

L'action à fin de subsides permet de mettre en œuvre des moyens de droit pour faire constater cette situation factuelle. Ainsi l'article 16-11 du Code civil la vise expressément comme une action autorisant le recours à un test biologique. Elle peut donc être la voie annexe suivie par l'enfant afin d'obtenir le concours de la science pour connaître ses origines. A travers cette action, le droit de l'enfant de connaître ses origines pourrait trouver une finalité bien moins désintéressée que l'on aurait pu le croire initialement. En temps de crise, alors que la pauvreté gagne chaque jour de nouvelles familles, le droit de l'enfant de connaître ses origines, en dehors de tout établissement d'un lien de filiation, pourrait lui garantir un meilleur niveau de vie, conformément à ce que recommande le Comité international des droits de l'enfant²²³⁹. Contrairement aux cas précédents, la rétention de l'information peut trouver une justification dans les craintes de la mère de devoir entretenir des contacts avec une personne qui a pu avoir à son égard des comportements inappropriés dans le passé. Donner à ce droit toute son effectivité, dans certaines situations, pourrait remettre en cause l'intérêt de l'enfant.

303. Le secret au sein du couple. Les parents juridiques de l'enfant vont parfois utiliser l'apparence pour ne pas divulguer l'information relative à l'origine biologique de l'enfant²²⁴⁰. En exploitant la liberté parentale d'établir un lien de filiation avec l'enfant, les « parents » peuvent alors exploiter l'apparence. L'apparence et le droit de la famille entretiennent des relations étroites. L'apparence pourrait se définir comme l'état d'une situation qui a la possibilité d'être présentée sur la scène juridique de manière déformée²²⁴¹. Une telle déformation est souvent possible, parce que le droit laisse une marge de discrétion aux acteurs juridiques, lorsque dans certains cas, aucune investigation n'est prévue au nom de

²²³⁹. CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 64. (Royaume-Uni) ; CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 64. (Belgique) ; CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 63. (Biélorussie) ; CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011, § 54. (Danemark) ; CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010, § 39. (Espagne) ; CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011, § 51. (Finlande) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 60. (France) ; CRC/C/MDA/CO/3, 20 février 2009, § 41. (Moldavie) ; CRC/C/NOR/CO/4, 3 mars 2010, § 46. (Norvège) ; CRC/C/CZE/CO/4, 4 août 2011, § 44. (République Tchèque) ; CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009, § 53. (Suède) ; CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010 ; § 43. (Tunisie).

²²⁴⁰. Voir *supra* n° 108.

²²⁴¹. C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 239, p. 140.

l'ordre public. Théoriquement, l'établissement de la filiation relève de l'ordre public et nul ne peut en disposer²²⁴². Pourtant le législateur présume que le droit de l'enfant de connaître ses origines est garanti par la vérité juridique du lien de filiation donné à l'enfant dans des situations où l'intérêt de l'enfant et l'intérêt des parents devraient être confondus. Lorsque le ministère public n'a pas connaissance d'un mensonge, le temps consolide le lien qui unit l'enfant à ses parents. Par le jeu de la possession d'état, l'apparence permet au silence de conforter juridiquement certaines situations et ferme toute possibilité pour l'enfant de mener des investigations dans le but de connaître ses origines²²⁴³.

Le cadre légal, lorsque l'enfant bénéficie déjà d'un lien de filiation, ne permet pas d'action dont le but serait seulement de lui donner le droit d'accéder à des informations concernant ses géniteurs en dehors de toute conséquence juridique. Sans doute cette impossibilité est-elle en partie liée à l'article 371 du Code civil, qui dispose qu'à tout âge les enfants doivent honneur et respect à leurs parents. Le droit français laisse perdurer une pudeur anachronique sur l'origine biologique des enfants, dont l'établissement de la filiation nécessite une déclaration²²⁴⁴. La Cour de cassation a même été obligée de préciser dans son arrêt du 28 mars 2000²²⁴⁵ qu'en matière de filiation, l'expertise génétique était de droit alors que les juges du fond s'accrochaient encore à leur pouvoir d'appréciation des circonstances de fait²²⁴⁶. Il reste que pour une partie de la doctrine, dans la mesure où la preuve d'un fait juridique est libre, il est difficilement compréhensible que la preuve biologique soit restreinte aux seules actions relatives à la filiation²²⁴⁷.

2242. S. ABRAVANEL-JOLLY, *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 120, p. 35.

2243. Voir *supra* n° 213.

2244. S. MIRABAIL, « Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation : discordances et anachronismes », *D.* 2000, chr., p. 146.

2245. Cass. civ. 1er 28 mars 2000, pourvoi n° 98-12806, *bull.* 2000, I, n° 103, p. 69 ; J. HAUSER, « La Cour de cassation reconnaît un droit à l'expertise biologique en matière de filiation mais lui assigne des limites », *RJPF* 2000, n° 5, pp. 23-25 ; Th. GARÉ, *D.* 2000, p. 731 ; J. MASSIP, *gaz. pal.* septembre 2000, p. 31 ; N. NEVEJANS-BATAILLE, « L'expertise biologique obligatoire en droit de la filiation », *LPA* septembre 2000, n° 177, pp. 8-14 ; M. MIGNOT, « L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation », *RRJ* 2003, pp. 667-700.

2246. B. GENINET, « L'identification entre la filiation à établir et la vérité biologique », *LPA* avril 2001, n° 72, p. 4.

2247. S. MIRABAIL, « Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation : discordances et anachronismes », *D.* 2000, chr., p. 146.

Paragraphe II - Le secret organisé par la loi face au droit de l'enfant à savoir

304. Annonce. Il s'agit ici d'envisager les hypothèses dans lesquelles le secret n'est plus seulement le résultat d'une rétention de fait de la part des parents, mais dans lesquelles cette rétention parentale est possible parce qu'elle est organisée par la loi. Il convient dès lors de présenter le cas de **La procréation médicalement assistée avec tiers donneur (A)** et le cas de **La renonciation anonyme et secrète à l'enfant (B)**.

A – La procréation médicalement assistée avec tiers donneur

305. Identité du tiers donneur. Lorsque l'enfant est issu d'une procréation médicalement assistée, il ne peut pas accéder à l'identité du donneur de gamètes²²⁴⁸. Le principe de l'anonymat du don est requis par plusieurs textes en droit français²²⁴⁹. D'abord, l'article 16-8 du Code civil dispose que : « aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée ». Ensuite l'article L. 1211-5 du Code de la santé publique dispose que : « le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur ». Enfin l'article R. 1244-5 du Code de la santé publique dispose que : « les informations touchant à l'identité des donneurs, à l'identification des enfants nés et aux liens biologiques existants entre eux sont conservées, quel que soit le support, de manière à garantir strictement leur confidentialité ». L'ensemble de cet édifice juridique est protégé par l'article 511-10 du Code pénal qui prévoit des sanctions délictuelles lourdes pour toute personne qui divulguerait une information permettant d'identifier un donneur²²⁵⁰.

Cette prohibition vise à « garantir le caractère altruiste et désintéressé du don en évitant tout risque de paiement du donneur par le couple bénéficiaire »²²⁵¹. En effet, devant

2248. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 872, p. 813.

2249. B. RENAUD, « Anonymat, un mal nécessaire », *JCP N.* mai 2000, n° 21, p. 921.

2250. Article 511-10 du Code pénal : « Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euro d'amende ».

2251. A. CLAEYS, J. LEONETTI, *Favoriser le progrès médical, respecter la dignité humaine*, Rapport

les besoins croissants de gamètes, il fallait encourager des dons « trop rares au goût des médecins », sans basculer dans une marchandisation des produits du corps humain²²⁵². Mais il fallait également protéger le couple, et l'on décida que, de leur côté, le donneur ou l'enfant ne seraient pas en mesure de revendiquer un lien de filiation, ni de se connaître²²⁵³. Le couple, l'enfant et le donneur ont été pensés comme des personnes qui « s'ignorent et doivent s'ignorer »²²⁵⁴. Les réticences étaient fortes parce que l'on craignait, sur le fondement du droit à la vie familiale, l'immixtion de ce tiers dans la vie du couple²²⁵⁵. Pourtant, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, l'effectivité du lien parent-enfant est essentielle pour invoquer l'existence d'une vie familiale²²⁵⁶. Or, dans la mesure où ni le donneur de gamète ni l'enfant, dont le lien de filiation génétique n'est certes pas contesté, ne peuvent jamais se prévaloir d'un tel lien, il n'y aurait aucun risque pour la famille juridique de l'enfant à ce que ce dernier accède à l'identité du donneur²²⁵⁷.

L'obstacle à l'établissement d'un lien de filiation ne justifie pas l'existence d'un obstacle au droit de l'enfant de connaître ses origines en dehors de toute conséquence juridique. Ce droit de connaître ses origines n'entre ici en concurrence avec aucun autre droit subjectif. Tout au plus oppose-t-on le risque de voir se raréfier les dons de gamète. Or, sauf à admettre qu'il existe un « droit à... » l'enfant qui pourrait être atteint par la raréfaction des dons, la révélation de l'identité du donneur, avec son autorisation, dans les mêmes conditions que pour l'accouchement anonyme, ne porte atteinte à aucun droit subjectif²²⁵⁸. Il ne porte pas non plus atteinte au droit des parents de garder le secret de leur infertilité, puisque par hypothèse l'enfant a été informé de leur démarche.

n° 2235, janvier 2010, p. 111.

2252. M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.* 1995, chr., p. 77.

2253. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 219, p. 125.

2254. P. KAYSER, « Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée », *D.* 1989, chr. XXXIX, p. 198.

2255. F. GRANET, « Secret des origines et promesse de filiation », *LPA* octobre 1996, n° 119, p. 5.

2256. « *As to the applicant's argument that there is family life between him and the child as there have been regular contacts between him and the child's birth. The Commission notes that these contacts were limited in time and intensity. Furthermore the applicant has apparently not considered to make any contribution, financially or otherwise, to the child's upbringing. The Commission is of the opinion that the applicant's contacts with the child, both in itself and together with his donorship, form an insufficient basis for the conclusion that as a result thereof such close personal tie has developed between them that their relationship falls within the scope of family life as referred to in Article 8 of the Convention and, therefore, considers that the decision by the Dutch authorities on the applicant's request for access does not amount to a lack of respect for the applicant's family life* » : *Case of J., R., M., v./Netherlands*, 8 février 1993, application n° 16944/90.

2257. A. GOUTTENOIRE, « Le droit au respect de la vie privée et familiale », *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, p. 526.

2258. L. LEVENEUR, « Secret, personnes et famille, le secret des origines », *dt. & pat.* 2002.

Par ailleurs, les informations médicales relatives au donneur de gamète peuvent représenter un enjeu majeur pour la préservation de la santé de l'enfant. En effet, au terme des dispositions de l'article R. 1244-5 du Code de la santé publique le dossier médical du donneur est conservé quarante ans et recense des informations relatives, notamment, à ses antécédents médicaux. Refuser l'accès à des informations disponibles aurait constitué une différence de traitement entre les enfants, suivant leur origine biologique, contraire à l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique qui dispose que : « *Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins* ». Le législateur a donc mis en place un mécanisme de dérogation exceptionnelle, justifié à l'article L. 1211-5 du Code de la santé publique par un « *cas de nécessité thérapeutique* ». L'article 16-8 du Code civil précise les modalités d'exercice de ce droit : « *seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci* ». L'enfant a donc la possibilité d'accéder à certaines données en possession de l'administration dès lors qu'elles ne sont pas identifiantes²²⁵⁹.

Pour sa part, le Comité international des droits de l'enfant affirmait dans le passé que les mesures tendant à maintenir l'anonymat des parents biologiques de l'enfant dans le cadre de la procréation médicalement assistée n'étaient pas compatibles avec la Convention internationale des droits de l'enfant²²⁶⁰. Le Danemark avait par exemple été critiqué par le Comité pour une législation identique à celle de la France²²⁶¹. En réponse, ce pays avait nommé un comité destiné à réfléchir sur la législation relative à l'enfant²²⁶². A l'issue de sa réflexion ce comité a conclu que : « *un donneur de sperme doit garder l'anonymat s'il a fait don de son sperme à un médecin en vue d'une insémination artificielle* »²²⁶³. Le comité danois

2259. Voir *infra* n° 317.

2260. CRC/C/15/Add. 20, 25 avril 1994, § 14. (France).

2261. CRC/C/15/Add. 33, 15 février 1995, § 11. (Danemark).

2262. « *En ce qui concerne le droit de l'enfant de connaître ses origines, le Comité note une contradiction possible entre cette disposition de la Convention et la politique de l'État partie en ce qui concerne l'insémination artificielle* » : CRC/C/15/Add. 33, 15 février 1995, § 11. (Danemark). « *En 1997, le Comité sur la législation relative à l'enfant (Bornelovsudvalget) du Ministère de la justice a soumis un rapport sur le statut juridique de l'enfant (rapport n° 1350/1997). Ce rapport exprime des vues fondamentales sur le droit de l'enfant d'avoir deux parents et sur l'égalité entre les enfants de parents mariés et ceux de parents qui cohabitent sans être mariés. Par suite de l'évolution des structures familiales, 41% environ de tous les enfants, soit pratiquement 28 000 enfants par an, naissent de femmes qui cohabitent sans être mariées. Dans ce contexte, le rapport propose un nouveau système d'établissement de la paternité qui accorde aux personnes mariées et aux personnes non mariées qui cohabitent le même statut juridique aux fins d'établissement de la paternité. Lorsque les parents cohabitent, qu'ils soient mariés ou non, il suffit normalement de reconnaître l'enfant au moment de l'enregistrement de son état civil. [...] Le Comité sur la législation relative à l'enfant propose que le mari ou le cohabitant soit reconnu comme le père de l'enfant s'il a consenti à l'insémination artificielle et que l'enfant a été conçu par cette méthode* » : CRC/C/70/Add. 6, 31 mars 2000, § 44. (Danemark). A l'occasion de ses rapports suivants, le Comité international des droits de l'enfant n'a plus fait référence au droit de l'enfant de connaître ses origines dans le cadre de la procréation médicalement assistée.

2263. CRC/C/70/Add. 6, 31 mars 2000, § 56. (Danemark).

de législation ajoute que « le mari ou le cohabitant doit être reconnu comme le père de l'enfant s'il a consenti à l'insémination artificielle »²²⁶⁴.

La levée ou le maintien de l'anonymat est une question qui préoccupe et divise de nombreux pays. Il n'existe pas à proprement parler de consensus sur cette question puisque de son côté la Norvège s'est prononcée pour l'évolution de la législation en faveur de la levée de l'anonymat.²²⁶⁵ La législation de la Grèce a évolué également dans le même sens²²⁶⁶. Depuis 2004, le Royaume-Uni autorise la divulgation d'informations sur le donneur de gamètes²²⁶⁷. Il en va de même au Canada²²⁶⁸ et en Finlande²²⁶⁹. D'autres pays au contraire préfèrent maintenir l'anonymat. C'est le cas par exemple de la Croatie²²⁷⁰, de l'Islande²²⁷¹, de l'Espagne²²⁷², ou de l'Estonie²²⁷³, et le Comité international des droits de l'enfant laisse désormais aux États partie la liberté de décider la législation qu'ils veulent mettre en œuvre, puisqu'il ne leur fait plus d'observation pour les inciter à lever cet anonymat²²⁷⁴.

2264. CRC/C/70/Add. 6, 31 mars 2000, § 55. (Danemark).

2265. « Dans le rapport n° 14 au Storting (2001-2002) sur l'évaluation de la loi sur les applications médicales de la biotechnologie, le Gouvernement propose d'annuler la disposition sur l'anonymat du donneur de sperme. Les arguments pour et contre l'anonymat sont complexes, mais le Ministère estime qu'en la matière c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans la mesure du possible. Il est fondamental que chacun puisse connaître ses origines biologiques. [...] Les membres du Storting se sont prononcés dans leur majorité en faveur de la proposition gouvernementale. » : CRC/C/129/Add. 1, 6 octobre 2004, § 219. (Norvège).

2266. CRC/C/SR.754, 1er mars 2002, § 6-7. (Grèce) ; CRC/C/28/Add. 17, 25 juin 2001, § 63. (Grèce) ; CRC/C/28/Add. 17, 25 juin 2001, § 64. (Grèce).

2267. CRC/C/GBR/4, 25 février 2008, p. 52, § 4. (Royaume-Uni).

2268. CRC/C/CAN/3-4, , § 48. 4 février 2012. (Canada).

2269. CRC/C/129/Add. 5, 5 janvier 2005, § 105. (Finlande) ; CRC/C/FIN/4, 30 septembre 2010, § 133. (Finlande).

2270. CRC/C/8/Add. 19, 7 décembre 1994, § 131.(Croatie) ; CRC/C/8/Add. 19, 7 décembre 1994, § 296. (Croatie) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004. (Croatie).

2271. CRC/C/SR. 857, 19 mars 2003, § 44. (Islande) ; CRC/C/SR. 857, 19 mars 2003, § 54. (Islande) ; CRC/C/ISL/3-4, 29 novembre 2010, § 107. (Islande).

2272. CRC/C/70/Add. 9, 12 novembre 2001, § 721. (Espagne).

2273. CRC/C/8/Add. 45, 11 juillet 2002, § 75. (Estonie).

2274. Recommandations du Comité international des droits de l'enfant en faveur d'une évolution de la législation levant l'anonymat du donneur de gamètes : CRC/C/15 Add. 20, 25 avril 1994, § 14. (France) ; CRC/15/Add. 23, 25 avril 1994, § 10. (Norvège) ; CRC/C/15/Add. 33, 15 février 1995, § 11. (Danemark) ; puis ensuite abandon de ce point de vue dans les rapports suivants : CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, § 23. (France) ; CRC/C/15/Add. 250, 31 mars 2005, § 28. (Luxembourg) ; CRC/C/15.Add. 263, 21 septembre 2005, § 3. (Norvège).

B – La renonciation anonyme et secrète à l'enfant

306. Informations détenues par l'administration à propos de enfants abandonnés. Parmi les enfants qui peuvent être recueillis par l'aide sociale à l'enfance, l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles vise : « *les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue* », « *les enfants dont la filiation est établie et connue qui ont été remis au service de l'aide sociale à l'enfance* », ou « *les enfants orphelins* ». Le texte a évolué, puisqu'il ne laisse plus aux parents la faculté de demander le secret de leur identité lors de la remise de l'enfant. En effet, l'article 62 du Code de la famille et de l'aide sociale issu de la loi du 5 juillet 1996²²⁷⁵, prévoyait notamment que lorsque l'enfant était mineur de un an, les parents pouvaient « *demandeur le secret de leur identité ainsi que donner des renseignements ne portant pas atteinte à ce secret* ». En 2002²²⁷⁶, lors de la nouvelle rédaction des textes relatifs à l'abandon d'enfant, ces dispositions n'ont pas été reprises. Ainsi, dans l'article L. 225-4 du Code de l'action sociale et des familles, la mention permettant aux parents d'abandonner un enfant, mineur de un an, sans laisser d'indication sur leur identité, n'a pas été conservée²²⁷⁷.

Désormais, les parents n'ont plus d'outil juridique pour s'opposer à la

2275. Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, *JORF* 6 juillet 1996, n° 156, p. 10208 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Présentation de la loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption », *JCP N.* 1996, pp. 1135-1137 ; S. DION-LOYE, « Premières observations sur le nouveau droit de l'adoption (loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption) », *LPA* août 1996, n° 97, pp. 5-15 ; F. BOULANGER, « Le bilan mitigé d'une réforme : la loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 modificatrice du droit de l'adoption », *D.* 1996, n° 36, pp. 307-313 ; I. CORPART, « La réforme du 5 juillet 1996 relative à l'adoption : refonte d'ensemble ou retouche », *LPA* novembre 1996, n° 142, pp. 5-10 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Permanence et modernité de l'adoption d'après la loi du 5 juillet 1996 », *JCP* 1996, n° 48, pp. 449-456 ; F. MONÉGER, « Regard critique sur la réforme de l'adoption », *RDSS* 1997, n° 1, pp. 1-24 ; J. MASSIP, « Les nouvelles règles de l'adoption », *degrénois* 1997, n° 4, pp. 193-216 ; J. MASSIP, « Les nouvelles règles de l'adoption (loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 relatives à l'adoption) », *LPA* mars 1997, n° 32, pp. 4-13 ; F. PROAL, « La loi du 5 juillet 1996 relative à l'adoption : un exemple d'adaptation et de pragmatisme de l'action législative », *RRJ* 1997, n° 2, pp. 651-669 ; É. MALLET, « Le nouveau droit à l'adoption issu de la loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 (aperçu et formule) », *JCP N.* 1997, n° 17, pp. 608-610 ; Cl. NEIRINCK, « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP* 1997, n° 49, pp. 501-506.

2276. Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, *JORF* 23 janvier 2002, p. 1519 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Consécration du droit à la connaissance de ses origines », *RJPF* 2002, n° 3, pp. 6-8 ; Cl. NEIRINCK, « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RDSS* 2002, n° 2, pp. 189-205 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 (à la mémoire de Brigitte Trillat), *dt. fam.* mai 2002, n° 5, pp. 7-16 ; S. AUBIN, « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA* mars 2003, n° 57, p. 3 ; B. MALLET-BRICOUT, « Réforme de l'accouchement sous X : quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP* 2002, I, 119, p. 487.

2277. M.-C. LE BOURSICOT, « Consécration du droit à la connaissance de ses origines », *RJPF* mars 2002.

divulgarion de leur identité par un tiers dans l'acte de naissance de l'enfant²²⁷⁸. Toutefois, cette nouvelle rédaction du texte ne donne pas aux services sociaux la compétence pour exiger la vérification de l'identité de la personne qui se présente à eux lors de la remise de l'enfant. Par ailleurs, le texte n'impose pas non plus que les personnes qui remettent un enfant aux services sociaux aient procédé à l'établissement du lien de filiation de l'enfant avec ses parents. Or, dans la mesure où le Code civil prévoit que la naissance de l'enfant peut être déclarée, sans que le nom des parents soit mentionné dans l'acte de naissance, cela permet de maintenir des hypothèses d'abandon anonyme de l'enfant. De plus, et quand bien même l'identité des parents est conservée par l'administration, il reste des cas dans lesquelles, à cause de leur jeune âge, les enfants abandonnés ne se souviennent pas des circonstances de leur naissance et de leur abandon. Le jugement d'adoption, dont ils bénéficient le plus souvent, les coupe de toute information sur leur passé. En permettant l'accès aux documents personnels détenus par l'administration la loi du 17 juillet 1978 a permis indirectement de rétablir une partie de l'effectivité du droit de ces enfants de connaître leurs origines²²⁷⁹.

307. La tradition française de l'accouchement anonyme et secret. Le droit français organise depuis longtemps la possibilité pour les parents de cacher à l'enfant leur identité²²⁸⁰. Le secret au dix-neuvième siècle avait pour vocation d'éviter que les enfants ne soient abandonnés en leur laissant « un signe distinctif afin que la mère se présente comme nourrice pour les élever contre pension nourricière »²²⁸¹, ou qu'ils soient élevés par l'assistance publique et récupérés par leurs parents lorsqu'ils arrivaient en âge de travailler²²⁸². En 1904, « la loi prévoit que, en remettant leur enfant [...] au service d'aide sociale à l'enfance, les parents peuvent demander à ce que le secret de l'état civil de l'enfant soit préservé »²²⁸³. Dans un domaine très proche, le décret-loi du 2 septembre 1941 organisait l'accouchement anonyme et gratuit dans les établissements hospitaliers publics²²⁸⁴. Il fut repris à l'article 42 du Code de la famille en 1953 avec un contenu presque identique²²⁸⁵.

2278. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 139, p. 82.

2279. Voir *infra* n° 314.

2280. Voir *supra* n° 240.

2281. V. ZELIZER, « Repenser le marché, la construction sociale du marché aux bébés aux États Unis, 1870-1930 », in *actes de la recherche en sciences sociales*, 1992, vol. 94, pp. 3-26.

2282. P. VERDIER, M. DUBOC, *Face au secret de ses origines, Le droit d'accès au dossier des enfants abandonnés, Pratiques sociales*, p. 50.

2283. I. LAURENT-MERLE, « La connaissance de ses origines familiales depuis la loi du 5 juillet 1996 », *D.* 1998, chr. p. 375.

2284. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 600, p. 538.

2285. Cl. NEIRINCK, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP* 1996, I, 3922

Lors de l'adoption de la loi du 8 janvier 1993, notamment relative à l'accouchement anonyme²²⁸⁶, le législateur a maintenu la possibilité pour la mère de demander le secret de son identité. Les enjeux étaient sans doute devenus bien différents, puisque si jusqu'au milieu du vingtième siècle il s'agissait surtout d'éviter l'engorgement des services de l'État destinés au recueil des enfants, la fin du vingtième siècle fut marquée par l'avènement d'une pénurie d'enfants adoptables²²⁸⁷. Faciliter la renonciation anonyme et secrète à l'enfant, était un moyen de permettre à l'enfant de bénéficier d'une protection de remplacement au sein d'une famille qui le désirerait, en sécurisant juridiquement des pratiques qui relevaient jusqu'à présent de l'arbitraire des fonctionnaires²²⁸⁸. C'est ainsi que l'article 47 du Code de l'aide sociale et des familles dispose que : dans l'hypothèse d'un accouchement anonyme et secret « aucune pièce d'identité n'est exigée et il n'est procédé à aucune enquête » dans le but de connaître l'identité de la femme qui se présente. A partir de 1993, cette garantie d'anonymat a été assortie de l'impossibilité pour l'enfant d'agir en recherche de maternité²²⁸⁹. Or, en droit français, l'action en recherche de maternité était le seul moyen pour l'enfant d'obtenir le concours de la justice pour connaître ses origines. Le droit au secret de la mère est ainsi devenu un obstacle insurmontable pour l'enfant. De plus, cette modification allait clairement contre l'évolution des droits de l'enfant tels qu'ils venaient d'être consacrés dans la Convention internationale des droits de l'enfant de novembre 1989 ; paradoxe pour un texte ayant vocation à mettre le droit français en conformité avec cette Convention²²⁹⁰.

308. Convention internationale des droits de l'enfant. Il faut souligner qu'à cette époque, et jusqu'en 2005, la Cour de cassation refusait de voir dans la Convention

2286. Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF* n° 7 du 9 janvier 1993, p. 495 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « L'établissement judiciaire de la filiation depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, *JCP* 1994, I, 21, p. 25 ; B. TRILLAT, « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », in *mélanges D. Huet-Weiller*, PUF, Strasbourg/ LGDJ, 1994, p. 513 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Aperçu rapide de la loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales », *JCP N.* 1993, n° 101-103 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Une importante réforme en droit de la famille, la loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993 », *JCP* 1993, pp. 123-128 ; Y. BENHAMOU, « Réflexion en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant », *D.* 1993, chr. XXII, pp. 103-108 ; H. FULCHIRON, « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, commentaire de la loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi Malhuret », *D.* 1993, chr. XV, p. 117 ; G. SUTTON, « La filiation au fil d'une loi en patchwork (loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993) », *D.* 1993, chr. XXXVII, pp. 163-166 ; I. CORPART-OULERICH, « Le secret des origines », *RDSS* 1994, pp. 1-24.

2287. J. HAUSER, « L'enfant sous X... n'a-t-il ni père, ni grands-parents : l'enfant ectoplasme d'adoption ? », *RTD civ.* 2009, p. 708.

2288. P. VERDIER, M. DUBOC, *Face au secret de ses origines, Le droit d'accès au dossier des enfants abandonnés, Pratiques sociales*, p. 64.

2289. M.-Ch. LE BOURSICOT, « L'abrogation de la fin de non-recevoir à la recherche de maternité résultant du secret de l'accouchement », *RJPF* 2009.

2290. G. VIAL, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », *dt fam.* avril 2009, étude n° 18, p. 9.

internationale des droits de l'enfant un texte d'applicabilité directe²²⁹¹. Elle considérait en effet que ce texte ne créait que des obligations positives pour les États signataires. Toutefois, à défaut d'efficacité pour les justiciables devant les tribunaux, il était possible d'affirmer que le législateur, dans son œuvre créatrice, avait l'obligation sinon d'organiser l'exercice inconditionnel de la Convention internationale des droits de l'enfant, tout au moins de ne pas le rendre impossible en allant à l'encontre de ses engagements internationaux. En 1993, le législateur a fait preuve de peu d'audace pour la prise en compte de la mise en œuvre effective de ce droit de l'enfant²²⁹². La France a, de ce fait, été l'objet de critiques de la part du Comité international des droits de l'enfant²²⁹³.

Bien que, depuis cette époque, la preuve génétique soit venue éclairer la scène juridique de la certitude qu'elle procure, le législateur n'a pas souhaité l'ouvrir aux enfants en quête de leurs origines biologiques en dehors de toute revendication juridique²²⁹⁴. C'est ainsi que les actions destinées à identifier génétiquement une personne ne peuvent avoir lieu que dans le cadre d'une procédure judiciaire ordonnée par un juge et destinée à avoir des conséquences juridiques. L'article 16-11 du Code civil, dispose que « *en matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par un 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* ».

309. Vers une disparition de la protection de l'anonymat. L'article 326 du Code civil dispose toujours que : « *lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soient préservés* ». La loi du 16 janvier 2009²²⁹⁵ a

2291. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 62 p. 31.

2292. C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 375, p. 253.

2293. CRC/C/15 Add. 20, 25 avril 1994, § 14. (France).

2294. C. SANCIÑIENA ASURMENDI, « La vérité biologique et la filiation paternelle », *RRJ* 2008, I, p. 192.

2295. Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 relative à la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, *JORF* 18 janvier 2009 ; A. GOUTTENOIRE, « La ratification de l'ordonnance relative à la filiation : une réforme de la réforme », *lexbase Hebdo* janvier 2009 n° 334 ; Th. GARÉ, « Réforme de la filiation. A propos de la loi du 16 janvier 2009 », *JCP* 2009, n° 6, pp. 7-9 ; Th. GARÉ, « Réforme de la filiation. A propos de la loi du 16 janvier 2009 », *JCP N.* 2009, n° 7, pp. 8-10 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC* 2009, n° 58, pp. 37-41 ; J. MASSIP, « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *degré* 2009, n° 6, pp. 591-603 ; G. VIAL, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », *dt.fam.* avril 2009, n° 4, études n° 18, pp. 9-15 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009, chr. n° 14, pp. 966-971 ; A. GOUTTENOIRE, « L'actualité du point de vue de l'enfant », *gas.pal.* 2009, n° 340-342, pp. 30-34 ; J.-D. SARCELET et C. BOHUON, « Filiation et famille : une vérité qui dérange », *D.* 2009, chr. n° 43, pp. 2876-2881 ; Cl. NEIRINCK, « Est-il possible d'être le grand-parent d'un enfant sans filiation établie ? » *RDSS* 2010, n° 4, pp. 735-747.

toutefois mis un terme à l'impossibilité d'établir un lien de filiation à l'égard de la mère ayant demandé le secret de son identité lors de l'accouchement, puisque l'article 325 du Code civil dispose que : « *A défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise* »²²⁹⁶. Il reste qu'il faudra voir comment la jurisprudence interprétera ce texte, puisque en droit, l'article 326 dispose que « *l'action [en recherche de maternité] est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère a accouché* »²²⁹⁷. Dans la mesure où la mère peut exiger le secret de son accouchement, le droit présume de manière irréfragable qu'elle n'a jamais accouché. Or, ici, pour procéder à un éventuel test biologique, il semble que le commencement de preuve que constitue l'accouchement de la femme soit indispensable. Il est donc possible que ce texte soit privé, devant les juridictions, de toute efficacité. Si l'on ajoute à cela le fait que l'enfant pour agir ne doit avoir aucune filiation maternelle déjà établie²²⁹⁸, cela restreint les cas dans lesquels il pourra agir pour faire établir sa filiation, et donc connaître avec certitude sa mère biologique²²⁹⁹.

Pourtant, il eût été tout à fait possible de concilier la présomption destinée à proscrire l'établissement de tout lien de filiation, avec le droit de l'enfant de connaître ses origines, en exigeant de la femme qui accouche qu'elle communique son identité ainsi que celle du père de l'enfant, à charge pour l'administration de tenir cette identité secrète jusqu'à ce que l'enfant en fasse la demande en dehors de toute procédure destinée à établir un lien de filiation²³⁰⁰. Le texte aujourd'hui en vigueur marque bien l'impossibilité intellectuelle dans laquelle se trouve le législateur d'accepter de consacrer un véritable droit de l'enfant de connaître ses origines, distinct du droit de l'enfant d'avoir une filiation ; mais sans doute que la réponse à une question si délicate se trouve sur le terrain lors de la constitution des dossiers, « bien plus dans le travail social que dans la loi »²³⁰¹.

310. Confrontation. Si le droit de l'enfant de connaître ses origines doit faire l'objet d'une mise en œuvre effective en lui donnant des moyens réels d'investigation, il ne faut pas non plus tomber dans l'excès inverse en privilégiant le droit de connaître ses

2296. J. MASSIP, « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *LPA* juin 2009, n° 113, p. 3.

2297. Voir *supra* n° 248.

2298. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 623, p. 564.

2299. A. DIONISI-PEYRUSSE, « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009, chr. p. 970.

2300. C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 303, p. 188.

2301. P. MURAT, « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 17.

origines sur le droit à l'établissement d'une filiation stable et claire, dans le respect de l'exercice de certaines libertés parentales²³⁰². Les grands-parents, qui sont, depuis quelques années, devenus des acteurs très interventionnistes dans la vie de leur propres enfants, sont à l'origine d'une jurisprudence de plus en plus abondante relative aux relations qu'ils entendent entretenir avec leurs petits-enfants²³⁰³. C'est ainsi que dans l'affaire Oger, les parents d'une femme ayant souhaité conserver le secret de son identité lors de l'accouchement, sont intervenus auprès des juges pour solliciter une expertise génétique afin de démontrer l'existence d'un lien biologique entre eux et l'enfant²³⁰⁴.

Ils obtiennent du juge des référés une expertise de comparaison biologique sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile qui dispose que : « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* »²³⁰⁵. Le tribunal relève, dans une interprétation libérale des textes, que « la preuve biologique, en dehors de toute action interdite, ne l'est pas », et estime que l'accès à cette expertise est le seul moyen de garantir le droit des demandeurs à un procès équitable²³⁰⁶. Sans surprise, l'expertise judiciaire

2302. M.-Ch. LE BOURSICOT, « Le droit de connaître son ascendance – et celui de la faire reconnaître – et le dispositif français de l'accès aux origines personnelles », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, pp. 175-194.

2303. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Grands-parents et petits-enfants face à l'établissement des liens de filiation », *RLDC* 2010.

2304. Voir *supra* n° 242.

2305. Tribunal de grande instance d'Angers, 8 octobre 2009, affaire *époux Oger c./ Président du conseil général de Maine et Loire et autres*, RG : 09/00568 ;

Tribunal de grande instance d'Angers, 26 avril 2010, affaire *époux Oger c./ Président du conseil général de Maine et Loire et autres*, RG : 10/0071 ; A. GOUTTENOIRE, « Les grands-parents et l'accouchement sous X (suite) : les liens du sang ne suffisent pas », *lexbase hebdo* 2010, n° 394 ; G. THOMAS-DEBENEST, « Irrecevabilité de l'action des grand-parents maternels biologiques contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'état », *JCP* 2010, n° 22, p. 1110 ; J. HAUSER, « La mère qui accouche décide du destin familial de son enfant même si elle change d'avis », *RTD civ.* 2010, n° 3, pp. 540-542 ; P. SALVAGE-GEREST, « Contestation de l'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État », *dt. fam.* juillet 2010, com. 114, pp. 31-34 ; J. MASSIP, « Les grands-parents peuvent-ils, après un accouchement secret, former un recours contre l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État ? », *LPA* novembre 2010, n° 230, pp. 9-14 ;

Cour d'appel d'Angers, 1er chambre, section B., 26 janvier 2011, affaire *époux Oger c./ Président du conseil général de Maine et Loire et autres*, RG : 10/01339 ; A. GOUTTENOIRE, « Grands-parents envers et contre tout », *lexbase hebdo* février 2011, n° 427 ; J. GALLOIS, « L'intérêt supérieur de l'enfant prime le droit de sa mère de l'abandonner », *RLDC* 2011, n° 80, pp. 45-46 ; B. WEISS-GOUT, « Une nouvelle étape dans les problématiques engendrées par le choix de l'accouchement sous X », *gaz.pal.* mars 2011, pp. 9-13 ; J. HAUSER, « où et comment accoucher, accouchement anonyme : la fin est-elle pour demain ? », *RTD civ.* 2011, pp. 336-337 ; S. MOISDON-CHATAIGNER, « L'avenir d'un enfant né sous X est-il auprès de ses grands-parents maternels ? », *RDSS* 2011, n° 2, pp. 329-340 ; Th. GARÉ, « L'accouchement sous X et les grands-parents », *D.* 2011, n° 15, pp. 1053-1055.

2306. « *L'enfant est en effet née le 7 juin, l'arrêté qu'ils entendent critiquer a été pris le 14 août, et le temps écoulé rend difficile la preuve d'un lien avec l'enfant que les dispositions de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles imposent pourtant. Une position plus stricte aboutirait à dénier, de fait, la possibilité d'un recours* ».

permet d'établir qu'il existe entre les époux Oger et l'enfant un lien génétique. Le tribunal de grande instance d'Angers devait alors se prononcer sur la recevabilité globale de la requête. Il estime que dans la mesure où l'expertise biologique fut réalisée en méconnaissance de l'article 16-11 du Code civil, et dans la mesure où ce lien était le seul dont les époux Oger pouvaient se prévaloir, les conditions de recevabilité exigées par l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles n'étaient pas remplies²³⁰⁷.

La cour d'appel approuve le tribunal de grande instance qui a déclaré l'expertise biologique illégale puisque cette dernière avait été réalisée en dehors du cadre prévu par l'article 16-11 du Code civil. Toutefois, en feignant d'écarter l'expertise biologique illégale, la cour d'appel admet la recevabilité de la requête des grands-parents²³⁰⁸. Elle vise à cette fin l'intérêt de l'enfant « de connaître son histoire et ses racines » qui ne trouverait plus d'obstacle dans l'accouchement anonyme depuis l'adoption de la loi du 16 janvier 2009. De manière elliptique elle se borne à apprécier l'intérêt de l'enfant « en considération des éléments de fait, sans pouvoir occulter la réalité biologique qui a établi que les époux Oger étaient les grands-parents de l'enfant »²³⁰⁹. L'appréciation de l'intérêt de l'enfant est ici critiquable dans la mesure où elle permet à des tiers de remettre en cause l'exercice d'une liberté de la femme qui accouche et risque de placer l'enfant dans une situation très inconfortable de rejet parental et non d'abandon comme le prévoyait la loi²³¹⁰.

L'expertise biologique a mis en danger l'application de la règle de droit, parce qu'elle a introduit, dans le raisonnement des juges, une confusion entre procréation et filiation²³¹¹. C'est que, contrairement aux règles d'établissement de la filiation, le choix laissé par le législateur de devenir parent ne dépend pas uniquement de la réalité biologique, mais de l'exercice d'une liberté qui n'est pas susceptible d'appréciation dans son opportunité²³¹². Le législateur présume en effet, de manière irréfragable, que l'un ou l'autre choix préservera

2307. F. CHÉNÉDÉ, « Les grands-parents biologiques face à l'accouchement sous X », *AJ fam.* 2009, p. 455.

2308. P. MURAT, « L'expertise biologique au secours des grands-parents réclamant leur petite-fille après l'accouchement anonyme de la mère », *dt. fam.* décembre 2009, com. n° 152, p. 24.

2309. M.-C. LE BOURSICOT, « Au nom de l'intérêt de l'enfant, la cour d'appel d'Angers fait primer la volonté des grands-parents d'établir un lien avec l'enfant sur celle de la mère de renoncer à la filiation », *RJPF* 2011.

2310. A. GOUTTENOIRE, « Grands-parents envers et contre tout », *lexbase hebdo.* n° 427.

2311. C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 301, p. 187.

2312. Répondant aux questions posées par le journal ELLE, la jeune femme affirmait qu'elle ne se sentait pas prête à assumer la charge d'un enfant, mais savait cependant qu'elle ne voulait pas que cette petite fille vive la même chose qu'elle « on ne peut pas dire que mes frère et sœur et moi soyons des modèles de réussite ». S.P. et F.F., « Accouchement sous X : ma mère d'Hélène prend la parole », *Elle* 14 février 2011, www.elle.fr, consulté en mars 2012.

forcément l'intérêt de l'enfant : parce que l'amour ne peut pas naître de la contrainte²³¹³. Alors que la décision d'abandon de l'enfant, qui a lieu après l'établissement de la filiation de l'enfant, est une prérogative découlant de l'exercice de l'autorité parentale, la demande d'accouchement dans le secret est un droit subjectif de la femme qui accouche, qui n'a pas par définition à s'exercer dans l'intérêt de l'enfant puisqu'il n'existe aucun lien juridique entre la femme qui prend la décision et la personne de l'enfant qui n'a pas encore de filiation. C'est d'ailleurs ce que souligne la cour d'appel lorsqu'elle affirme : « *En choisissant d'accoucher sous X et d'abandonner sa fille, la mère a définitivement renoncé à assumer, à quelque titre que ce soit, la prise en charge d'Hélène et à exercer une autorité parentale. Dès lors, il convient d'ignorer ses déclarations relatives à l'avenir d'Hélène...* »²³¹⁴.

En faisant primer « l'intérêt supérieur de l'enfant de connaître ses origines », sur l'intérêt de l'enfant d'avoir une filiation stable, les juges ont méconnu le droit français et n'ont pas tenu compte de l'intérêt de l'enfant de bénéficier le plus tôt possible d'une protection de remplacement effective²³¹⁵, que préconisait pourtant la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Kearns c./ France* du 10 janvier 2008²³¹⁶. Mais sans doute qu'à l'inverse de ce qu'affirmait la cour d'appel, la question était bien celle de savoir dans quelle mesure les parents d'une enfant majeure avaient la possibilité de définir à sa place quel était son intérêt dans l'exercice d'une liberté personnelle²³¹⁷ ; une prérogative que le législateur a pourtant supprimée il y a déjà bien longtemps dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale sur une personne mineure²³¹⁸. Si les grands-parents se préoccupaient uniquement du droit de l'enfant de connaître ses origines, il leur suffisait de laisser une lettre, ou des informations les concernant à l'aide sociale à l'enfance, afin que par l'intermédiaire du Conseil national d'accès aux origines personnelles, l'enfant puisse le moment venu retrouver ses origines.

311. Irréversibilité du secret à l'égard de la mère de naissance. Une fois qu'elle a décidé de maintenir le secret de son identité et de son accouchement au delà du délai

2313. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 434, p. 394.

2314. Cour d'appel d'Angers, 26 janvier 2011, RG : 10/01339, *op. cit.*.

2315. A. GOUTTENOIRE, « Les relations familiales », *JCP* janvier 2010, chr. n° 34, p. 57.

2316. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04.

2317. Les parents de cette femme justifiaient dans la presse leur action par le risque pour leur fille de regretter ultérieurement son geste. Ils se plaçaient donc du point de vue de l'intérêt de leur fille majeure. Or l'exercice d'une liberté par une personne majeure ne dépend pas de la prise en compte de son intérêt, mais de la souveraineté de sa volonté.

2318. A. GOUTTENOIRE, « 2nd partie : l'actualité juridique et judiciaire de la famille en 2010 », *gaz. pal.* mars 2011, n° 85, p. 27.

de deux mois, la mère biologique de l'enfant ne peut plus obtenir d'information relative à l'enfant. Le mécanisme est destiné à protéger la famille adoptive de l'enfant de l'interventionnisme tardif d'une femme repentante. C'est ainsi que dans une affaire récente, la famille adoptive d'une mineure a demandé réparation aux services de l'État qui avaient transmis à la mère de naissance de leur fille adoptive des informations qui avaient permis à cette femme de les retrouver et de se manifester de manière insistante tant physiquement que dans la presse. Le Conseil d'État a estimé qu'il s'agissait d'une faute dans le fonctionnement du service de l'aide sociale à l'enfance du département de nature à engager la responsabilité de ce dernier²³¹⁹.

312. Conclusion de la section. Les cas dans lesquels la loi prévoit le secret sont finalement bien moins nombreux que les hypothèses dans lesquelles les parents peuvent, de fait, retenir une information et ne jamais la divulguer à l'enfant. Bien qu'il ne soit pas possible de considérer que les parents disposent d'un droit au secret, le fait que le législateur n'ait mis en place aucune sanction spécifique destinée à les inciter à informer l'enfant sur ses origines, réduit largement l'effectivité du droit de l'enfant de connaître ses origines. Il faut toutefois bien l'admettre : la consécration du droit de l'enfant de connaître ses origines pose *in fine* la question de savoir qui sont les parents de l'enfant. L'émergence, de fait, de ce droit, par la facilité d'accéder sur internet au test génétique, doit plus que jamais interpellier les observateurs sur la question de savoir si la filiation est une affaire de certitude ou si la filiation est une affaire de croyance.

2319. Conseil d'État, 17 octobre 2012, *affaire Bussa*, n° 348440 ; P. TIFINE, « Responsabilité pour faute présumée des départements en cas de divulgation de renseignements permettant à la mère biologique d'identifier un enfant adopté né sous X », *revue générale du droit* 2012 ; A. GOUTTENOIRE, « Panorama de droit de l'enfant (octobre-novembre 2012) » ; *lexbase hebdo* 2012, n° 507 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Droit à l'anonymat de la famille adoptive », *procédures* 2012, n° 12, pp. 26-27 ; Ch. PAILLARD, « Une nouvelle hypothèse de présomption de faute », *droit administratif* 2013, n° 1, pp. 45-46 ; M.-Ch. ROUAULT, « Quand une révélation en produit une autre », *RLCT* 2013, n° 86, pp. 21-23 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme : informer l'enfant, peut-être, mais pas trop ! », *RTD civ.* 2013, pp. 104-105 ; B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Le département présumé responsable en cas de divulgation d'informations confidentielles relatives à l'adoption d'un enfant né sous X », *JCP A.* 2013, n° 5, pp. 33-36 ; G. EVEILLARD, « Droit administratif », *JCP* 203, n° 6, pp. 272-279 ; H. RIHAL, « La violation du secret professionnel par l'aide sociale à l'enfance, un nouveau cas de présomption de faute », *AJDA* 2013, n° 6, pp. 362-363 ; E. POULIQUEN, « Interdiction de divulgation d'informations concernant un enfant adopté », *RLDC* 2013, n° 102, pp. 50-51 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial. Janvier 2012-décembre 2012 », *D.* 2013, n° 12, pp. 798-804 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Mars 2012-mars 2013 », *D.* 2013, n° 21, pp. 1436-1444.

Section 2 - L'exercice du droit de l'enfant de connaître ses origines

313. Lever le secret. Paradoxalement, ce n'est pas d'un droit spécifique de l'enfant qu'est venu le droit d'accéder aux documents détenus par l'État, mais d'une loi de 1978, destinée à laisser les citoyens, en général, accéder aux informations collectées par l'administration. **La Commission d'accès aux documents administratifs (Paragraphe I)** Ce n'est que plus tard, ayant pris conscience qu'en organisant le secret autour de sa naissance, il avait privé l'enfant d'une partie de ses droits, que le législateur a consacré pour l'enfant un droit de rechercher ses origines et a créé à cette fin le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles dont la mission est d'aider les personnes dans leurs recherches. Parallèlement à ce dispositif, le législateur a incité à la création de dossiers administratifs le plus complets possible pour permettre ensuite à l'enfant abandonné de retrouver les informations le concernant. En matière d'accouchement anonyme, en plus de la suppression de la fin de non-recevoir de l'article 326 du Code civil²³²⁰, l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles exige du personnel médical qu'il informe la femme qui souhaite conserver l'anonymat « *des conséquences juridiques de cette demande, et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire* ». Elle est invitée à laisser le plus d'informations possible concernant les circonstances de la naissance de l'enfant sous pli fermé, conformément aux incitations du Comité international des droits de l'enfant²³²¹. L'article R. 147-18 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que la conservation de ces informations relève de la responsabilité du président du Conseil général. Afin que les dossiers soient très complets, l'article R. 147-20 du même Code dispose qu'il est possible à tout moment d'apporter des éléments nouveaux destinés à compléter ce dossier. **Le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (Paragraphe II).**

²³²⁰. Voir *infra* n° 309.

²³²¹. CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 30. (Autriche); CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 53. (Belgique); CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 43. (France).

Paragraphe I - La commission d'accès aux documents administratifs

314. Droit de l'enfant d'accéder à des documents administratifs. En 1978, le législateur a donné aux particuliers le droit d'accéder à leurs informations personnelles détenues par l'administration. Les dispositions du texte ont pu bénéficier aux enfants ayant été pris en charge par les services sociaux de l'État²³²². Toutefois, l'exercice de ce droit rencontre souvent l'obstacle factuel des informations incomplètes ou manquantes.

La loi du 17 juillet 1978²³²³ donne aux particuliers la possibilité d'obtenir tous les documents relatifs à leur vie privée en possession de l'administration²³²⁴. L'article premier garantit « *le droit de toute personne à l'information* », entendu comme l'accès aux documents administratifs quels que soit leur forme ou leur support. Cet article dispose que toutes les administrations sont visées. Ainsi, « *sont considérés comme documents administratifs [...], quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission* ». La loi de 1978 précise par ailleurs quels sont les documents visés : « *Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions* ». Non seulement ce texte permet à l'enfant d'obtenir des informations sur ses origines, mais il permet également de reconstituer son histoire personnelle, lorsqu'il connaît déjà le nom de ses parents d'origine.

Les dispositions de ce texte s'appliquent aux situations dans lesquelles les enfants ont été abandonnés puis adoptés. Elles concernent aussi les informations qui ont pu être recueillies par l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant a été placé, par exemple avant d'être adopté²³²⁵. La loi de 1978 a ainsi permis, non pas de consacrer un droit pour l'enfant de

2322. I. LAURENT-MERLE, « La connaissance de ses origines familiales depuis la loi du 5 juillet 1996 », *D.* 1998, chr. p. 374.

2323. Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JORF* du 18 juillet 1978, p. 2851.

2324. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droits de la mère et droits de l'enfant : Réflexions sur les différentes formes de l'abandon », *RTD civ.* 1991, p. 697.

2325. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droits de la mère et droits de l'enfant : Réflexions sur les différentes formes

connaître ses origines, mais un droit d'accès à l'ensemble de son histoire personnelle en lien avec l'administration. D'une certaine manière, l'objectif de connaissance des origines est tout de même atteint, dans la mesure où ce droit recouvre sans doute bien plus que le seul droit d'obtenir un nom, une date ou un lieu²³²⁶. Souvent l'histoire de l'enfant est compliquée à reconstituer à cause du nombre important d'intervenants dans sa vie. Il n'est pas toujours aisé de savoir à quel guichet s'adresser. L'article 2 de la loi de juillet 1978 dispose que, lorsque la personne qui demande la communication d'un document ne s'adresse pas aux bons services administratifs, ces derniers ont l'obligation de transmettre la demande aux services compétents. En cas de refus de l'administration, les personnes ont la possibilité de s'adresser à la Commission d'accès aux documents administratifs.

315. La Commission d'accès aux documents administratifs. La Commission d'accès aux documents administratifs a été créée par la loi de 1978 afin de veiller à la bonne exécution des dispositions de cette loi. L'article 20 de la loi de 1978, modifiée par l'ordonnance du 29 avril 2009²³²⁷, dispose que : « *la Commission d'accès aux documents administratifs est une autorité administrative indépendante chargée de veiller au respect de la liberté d'accès aux documents administratifs* ». La loi précise qu'elle peut être saisie par « *une personne à qui est opposé un refus de communication d'un document administratif* ». La saisine de la Commission est obligatoire avant tout recours contentieux devant le juge administratif. Le domaine de compétence de cette commission est aussi éclectique que le domaine de compétence de l'administration. C'est pour cette raison que les dossiers en sa possession peuvent permettre à l'enfant de reconstituer une grande partie de son histoire.

Sur l'ensemble des demandes qui sont faites à la Commission, celle-ci note que celles concernant les « affaires sociales » sont en hausse. Elles sont passées de 11,3 % du total des demandes en 2009, à 14,1 % du total des demandes en 2010²³²⁸. La Commission souligne que le personnel des conseils généraux est « responsable et répond efficacement aux demandes », ce qui explique un faible pourcentage de requêtes précontentieuses devant elle²³²⁹. La Commission précise qu'il est parfois difficile pour l'administration de communiquer certains documents qui contiennent des données relatives à la vie privée des

de l'abandon », *RTD civ.* 1991, p. 699.

2326. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 162 p. 94.

2327. Ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009 prise en application de l'article 35 de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives, *JORF* n° 0101 du 30 avril 2009, p. 7327.

2328. J.-P. LECLERC, *Rapport d'activité*, Commission d'accès aux documents administratifs, 2010, p. 63.

2329. *Idem*, p. 71.

personnes. « *La prudence des services est plus souvent à l'origine des saisines dans ce domaine que la rétention délibérée d'informations comme le soupçonnent souvent les demandeurs* »²³³⁰.

316. Documents délivrables et documents non délivrables. Dans la mesure où la loi de 1978 ne consacre pas pour l'enfant un droit de connaître ses origines, tous les documents relatifs à la prise en charge de l'enfant ne sont pas communicables. Le cas des dossiers détenus par l'aide sociale à l'enfance est caractéristique. La plupart du temps, une partie des documents a été élaborée sous l'autorité du juge. Elle ne relève pas du régime d'accès aux documents administratifs fixé par la loi de 1978²³³¹. Il s'agit en général d'un document transmis par l'autorité judiciaire pour que les services administratifs y donnent suite. Dans ce cas, l'administration n'a pas compétence pour le communiquer²³³². C'est ainsi que la Commission a pu se déclarer incompétente dans son avis du 16 avril 2009, affirmant que « *lorsque le juge des enfants a été saisi ou que le procureur de la République a été avisé, les documents élaborés dans le cadre de la procédure ainsi ouverte, y compris le courrier de saisine ou d'information et la décision du juge des enfants ou du procureur de la République, constituent des documents judiciaires exclus du champ d'application de la loi du 17 juillet 1978* »²³³³. La Commission précise par ailleurs qu'il en va de même pour les documents établis par le juge qu'il s'agisse de courrier ou de décisions qu'il adresse aux services d'aide sociale à l'enfance. La Commission considère en revanche que les documents relatifs au bénéficiaire, qui sont antérieurs à la saisine du procureur de la République sont, pour leur part, communicables puisqu'ils présentent un caractère administratif²³³⁴. C'est ainsi que par exemple, le courrier de signalement d'un mineur en danger envoyé au juge des enfants, constitue un document administratif communicable, dès lors qu'il a été transmis immédiatement aux services d'aide sociale à l'enfance²³³⁵.

Ne sont pas non plus communicables, selon la Commission, les documents dont le contenu relève du secret professionnel, imposé par les articles L. 221-6 et L. 226-2-1 du Code de l'action sociale et des familles, à toute personne participant aux missions du

2330. *Id.*, p. 63.

2331. *Ibidem.*

2332. *Id.*, p. 76.

2333. *Id.*, p. 9.

2334. *Id.*, p. 11.

2335. *Id.*, p. 9.

service de l'aide sociale à l'enfance, et mettant en œuvre la politique de protection de l'enfance²³³⁶. En particulier, elle estime que « *doivent ainsi être soustraits à la communication ou occultés les documents et mentions faisant apparaître le comportement de tierces personnes et dont la divulgation pourrait leur porter préjudice* »²³³⁷. En revanche, rien n'empêche l'administration « *d'élaborer un nouveau document dans lequel les passages à occulter seraient remplacés par une nouvelle mention, à la stricte condition que cette opération soit portée à la connaissance du demandeur, que les passages ainsi substitués ne permettent pas d'identifier la ou les personnes en cause, et que les mentions communicables en vertu de cette loi ne soient pas altérées* »²³³⁸.

317. Identité génétique de l'enfant. L'identité du donneur de gamètes, dans le cadre d'un recours à la procréation médicalement assistée n'est jamais accessible pour l'enfant²³³⁹. Dans son avis du 27 juillet 2010, la Commission d'accès aux documents administratifs a rappelé que « *les dispositions de l'article L. 1211-5 du Code de la santé publique selon lesquelles le donneur d'éléments ou de produits du corps humain ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur [...] font clairement obstacle à ce que l'identité du donneur de gamètes soit révélée à un tiers, notamment au receveur ou à l'enfant* »²³⁴⁰. Elle insiste sur le fait que ce « principe d'anonymat constitue, avec le principe de gratuité du don, l'une des règles fondamentales du don de gamètes en France »²³⁴¹.

La Commission d'accès aux documents administratifs a de plus précisé que les informations non identifiantes relatives au donneur n'étaient pas non plus communicables. Selon elle, l'article L. 2142-1 du Code de la santé publique, permettant la transmission de données non identifiantes, ne concerne que les informations médicales. Elles ne peuvent être délivrées qu'à un médecin, contrairement à l'accouchement anonyme pour lequel « *le législateur a clairement fait le choix de permettre la divulgation à l'enfant de renseignements ne remettant pas en cause le secret de l'identité* »²³⁴². La Commission se fonde notamment sur l'étude du Conseil d'État de 2009 qui recommande de modifier la loi pour que l'enfant majeur

2336. *Id.*, p. 11.

2337. *Id.*, p. 10.

2338. *Ibidem.*

2339. Voir *supra* n° 305.

2340. *Ibid.*

2341. Commission d'accès aux documents administratifs, *Recueil des principaux avis et conseils*, 2e semestre 2010, p. 8.

2342. *Id.*, p. 9.

accède à des informations non identifiantes²³⁴³, ce qui implique que l'état actuel de la loi ne permette pas d'obtenir de telles informations, selon le Conseil d'État. La Commission précise enfin que la transmission de données même non identifiantes *a priori* pose des difficultés en l'absence de texte clair et de toute autorité qualifiée pour en apprécier la teneur²³⁴⁴. En effet, ces données peuvent dans certains cas particuliers s'avérer identifiantes lorsqu'elles révèlent un élément rare.

Par ailleurs, la Commission considère que ces données concernent un tiers, et non pas l'enfant qui en fait la demande. Il y a sans doute ici pour l'enfant l'une des limites essentielles au droit consacré par la loi de 1978²³⁴⁵. En effet, si la loi avait consacré pour lui un droit de connaître ses origines, il pourrait exiger de l'administration qu'elle lui confie, non pas uniquement des données personnelles, mais dans certains cas celles d'un tiers, comme en matière d'accouchement anonyme. Or, comme la Commission le rappelle, une telle prérogative ne relève pas de sa compétence²³⁴⁶. Cela montre bien la nécessité d'une intervention du législateur pour qu'il autorise, par exemple, au Comité national pour l'accès aux origines personnelles d'avoir compétence pour agir en la matière, afin de mettre en relation l'enfant et le donneur lorsque tous les deux le souhaitent²³⁴⁷.

318. Constitution des dossiers. Bien que la communication de documents administratifs soit limitée aux documents personnels, la difficulté majeure ne réside pas dans la faculté légale d'obtenir des informations, mais dans le fait qu'une collecte rigoureuse des informations concernant la personne de l'enfant ait été réalisée²³⁴⁸. Le Comité international des droits de l'enfant incite d'ailleurs les États partie à constituer de tels dossiers et à sensibiliser leurs personnels sur l'importance du respect des droits de l'enfant²³⁴⁹. Les pratiques de l'administration étaient variables, « *certaines jugeant inutile, lorsque l'enfant recueilli était destiné à être adopté rapidement, d'accumuler dans les dossiers les informations qu'ils avaient sur les origines de l'enfant. Au contraire, d'autres services ont établi des grilles de*

²³⁴³. Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, Étude adoptée par l'assemblée générale plénière, 2009, p. 40.

²³⁴⁴. Commission d'accès aux documents administratifs, *op. cit.*, p. 10.

²³⁴⁵. S. ABRAVANEL-JOLLY, *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 576, p. 166.

²³⁴⁶. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 36, p. 43.

²³⁴⁷. S. le GAC-PECH, « La troisième version de la loi sur la bioéthique », *LPA* décembre 2011, n° 243, p. 3.

²³⁴⁸. J. VIDAL, « Un droit à la connaissance de ses origines ? », *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, p. 738.

²³⁴⁹. CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 17. (Autriche) ; CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 52. (Belgique) ; CRC/C/15/Add. 215, 27 octobre 2003, § 30. (Canada) ; CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004, § 48. (Croatie) ; CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 41. (France).

renseignements non identifiants de la personne qui remet l'enfant. De tels renseignements pouvant être communiqués au pupille, à sa majorité, s'il demande à consulter son dossier »²³⁵⁰.

Il n'est pas rare que des dossiers se « perdent », ou qu'ils soient « épurés » de manière arbitraire par certains agents administratifs²³⁵¹. Après abandon, lorsque les parents n'ont pas fait valoir leur droit de cacher leur identité, il est en principe relativement facile pour l'enfant d'obtenir des informations concernant son identité à partir du jugement d'adoption. Mais lorsqu'elle est internationale, l'adoption peut constituer un obstacle insurmontable si les protocoles juridiques n'ont pas été respectés. L'article 30 Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, prévoit en ce sens que les États partie ont l'obligation de recueillir et de conserver les informations relatives à la famille d'origine de l'enfant afin de faciliter et de garantir le droit de l'enfant de connaître ses origines²³⁵².

319. Enfant mineur. La loi du 17 juillet 1978 ne conditionne l'accès aux documents administratifs à aucun seuil d'âge. Elle dispose que : « *Sous réserve des dispositions de l'article 6, les autorités mentionnées à l'article 1er sont tenues de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande* ». Les seules restrictions de ce droit sont des causes d'utilité publique, et l'atteinte au droit des tiers au respect de leur vie privée. La Commission d'accès aux documents administratifs a d'ailleurs précisé, dans son avis du 22 octobre 2009, que les dispositions de l'article L. 147-2 du Code de l'action sociale et des familles ne s'appliquaient « *qu'aux personnes pupilles de l'État ou adoptées, qui ont été abandonnées à leur naissance* »²³⁵³. Ce texte, relatif aux demandes réalisées devant le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, n'est donc pas applicable aux demandes de communication des documents

2350. I. LAURENT-MERLE, « La connaissance de ses origines familiales depuis la loi du 5 juillet 1996 », *D.* 1998, chr. p. 376.

2351. P. VERDIER, M. DUBOC, *Face au secret de ses origines, Le droit d'accès au dossier des enfants abandonnés, Pratiques sociales*, p. 138.

2352. CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004, § 37. (Allemagne); CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, § 48. (Royaume-Uni); CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005, § 16. (Autriche); CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, § 52. (Belgique); CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011, § 48. (Biélorussie); CRC/C/15/Add. 215, § 30. (Canada); CRC/C/ESP/CO/3-4, 7 avril 2011, § 44. (Espagne); CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 36. (Estonie); CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009, § 64. (France); CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008, § 39-c. (Géorgie); CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006, § 35. (Hongrie); CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001, § 40. (Lésotho); CRC/C/MDA/CO/3, 20 février 2009, § 46. (Moldavie); CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005, § 40. (Russie); CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010, § 46-f. (Tunisie).

2353. Avis n° 20093532, 22 octobre 2009, Commission d'accès aux documents administratifs, *Recueil des principaux avis et conseils*, 2e semestre 2009, p. 13.

administratifs, et par extension devant la Commission d'accès aux documents administratifs. La question de l'accès des mineurs aux documents administratifs les concernant ne semble d'ailleurs pas véritablement poser de difficulté. En effet, que ce soit lorsqu'elle évoque les personnes concernées, ou lorsqu'elle évoque les motifs de refus de communication des documents administratifs, la commission ne fait jamais état de la minorité du demandeur comme obstacle²³⁵⁴.

La Commission d'accès aux documents administratifs le rappelle d'ailleurs sur son site internet : « *Toute personne a le droit de demander, sans distinction de nationalité ni justification d'un intérêt à agir, la communication d'un document administratif ne mettant personne en cause* »²³⁵⁵. L'expression « *toute personne* » apparaît d'autant plus inclure les mineurs, qu'à l'inverse, sur le site internet du Conseil national d'accès aux origines personnelles il est précisé que : « *Si le requérant est mineur, et qu'il a atteint l'âge de discernement, la demande est présentée par celui-ci avec l'accord de ses représentants légaux* »²³⁵⁶.

L'article 389-3 du Code civil, dispose pourtant que par principe « *L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-même* ». De prime abord, les textes relatifs à l'accès de l'enfant à ses origines personnelles peuvent sembler exactement contraires aux dispositions du Code civil. En ce sens, il aurait fallu que la loi du 17 juillet 1978 précisa que le mineur pouvait agir seul. Or, dans la mesure où l'article 389-3 du Code civil dispose que l'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes civils, il convient de se demander préalablement si l'accès à des documents personnels détenus par l'administration est un acte de la vie civile.

La démarche est ici spécifique. En effet, il ne s'agit pas, pour la personne, de

2354. *Rapport d'activité*, Commission d'accès aux documents administratifs, 2006, p. 22, p. 31, p. 33, & p. 35 ; J.-P. LECLERC, *Rapport d'activité*, Commission d'accès aux documents administratifs, 2007, p. 65 & p. 73 ; J.-P. LECLERC, *Rapport d'activité*, Commission d'accès aux documents administratifs, 2008, p. 58, & p. 65 ; J.-P. LECLERC, *Rapport d'activité*, Commission d'accès aux documents administratifs, 2009, p. 59, & p. 65 ; J.-P. LECLERC, *Rapport d'activité*, Commission d'accès aux documents administratifs, 2010, p. 66 & p. 77.

2355. Site internet de la CADA, rubrique « l'accès aux documents administratifs/L'exercice du droit d'accès » www.cada.fr, consulté en mars 2012.

2356. Site internet du CNAOP, rubrique « Rechercher ses origines/Comment saisir le CNAOP », www.cnaop.gouv.fr, consulté en mars 2012.

conclure un contrat ou d'introduire une démarche juridictionnelle, mais de demander la communication d'un dossier administratif personnel²³⁵⁷. La commission précise d'ailleurs que, « *les documents qui contiennent des informations sur des personnes physiques ne peuvent être communiquées qu'aux intéressés ou à leurs mandataires afin de préserver le secret médical et le secret de la vie privée. Les informations qui révèlent le comportement d'une personne et dont la divulgation pourrait lui nuire ne peuvent pas être communiquées aux tiers* »²³⁵⁸. Cette démarche singulière relative à des informations strictement personnelles, en l'absence de texte spécifique justifiant la qualification d'exception, ne nécessite donc pas la capacité juridique et de ce fait ne nécessite pas une représentation au titre de l'exercice de l'autorité parentale²³⁵⁹.

Des textes spécifiques viennent conforter ce point de vue. Par exemple, l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique prévoit, en matière d'accès au dossier médical de la personne mineure, que : « *Sous réserve de l'opposition prévue à l'article L. 1111-5, dans le cadre d'une personne mineure, le droit d'accès est exercé par le ou les titulaires de l'autorité parentale. A la demande du mineur, cet accès a lieu par l'intermédiaire d'un médecin* ». La représentation du mineur est exigée, par exception, pour accéder à son propre dossier médical. Cette exception se justifie parce qu'il s'agit d'un document administratif particulier. La consultation peut même être encadrée par un médecin. La présence de ce texte ne peut se comprendre que comme une exception au principe de liberté de consultation des documents administratifs pour les mineurs, puisqu'il serait redondant et inutile si le principe n'était pas la liberté de consultation²³⁶⁰. La personne mineure peut donc agir sur le seul fondement de sa volonté, sans qu'un contrôle parental ne soit exercé entre la conformité de cette volonté et son intérêt. Il faudra toutefois attendre un avis de la Commission précisément sur cette question pour affirmer avec certitude ce point de vue.

Il reste que cette analyse apparaît confirmée par une décision de la Commission d'accès aux documents administratifs qui devait se prononcer sur la demande de la mère d'un enfant devenu majeur. La Commission explique que « les dispositions du II de l'article 6 de la

²³⁵⁷. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 164, p. 95.

²³⁵⁸. Site internet de la CADA, rubrique « l'accès aux documents administratifs/L'étendue du droit d'accès », www.cada.fr, consulté en mars 2012.

²³⁵⁹. La démarche devant le CNAOP est pour sa part différente, puisque la saisine du Conseil va avoir pour conséquence l'ouverture d'une enquête, la recherche, et le cas échéant la sollicitation, d'un tiers.

²³⁶⁰. Voir en ce sens les décisions de la Commission relatives à la communication du dossier médical d'un mineur qui est soumise à des règles spécifiques contenues notamment dans le Code de la santé publique. Pour exemple : Avis n° 20103989, 14 octobre 2010, « Directeur du centre hospitalier René Dubos » ; Avis n° 20103828, 23 septembre 2010, « Directeur du centre hospitalier Montperrin ».

loi du 17 juillet 1978 font obstacle à ce que les documents administratifs qu'elle détient soient communiqués à des tiers, y compris à sa mère, laquelle ne peut plus se prévaloir de la qualité d'intéressée à l'égard des documents concernant son fils majeur »²³⁶¹. L'article mentionne en effet que « *ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs...* ». Selon la Commission, elle avait la possibilité de le faire lorsqu'il était mineur parce que, titulaire de l'autorité parentale, elle avait la qualité d'intéressée. On peut en conclure que lorsque le parent d'un enfant mineur demande la communication des documents le concernant, il n'intervient pas en tant que représentant de l'enfant mineur ; il le fait au titre d'un droit parental qui lui est propre : en tant qu'intéressé²³⁶². Dès lors, si le représentant légal du mineur intervient durant sa minorité en tant qu'intéressé, et non en tant que représentant, c'est bien que le mineur a la possibilité de demander seul la consultation des documents administratifs le concernant.

2361. Avis n° 20093532, 22 octobre 2009, Commission d'accès aux documents administratifs, *Recueil des principaux avis et conseils*, 2e semestre 2009, p. 13.

2362. En tant que titulaire de l'exercice de l'autorité parentale, il a pour mission de préserver la santé, la sécurité et la moralité de l'enfant. Les informations qu'il obtiendra pourront se révéler précieuses pour mener à bien sa mission de surveillance et d'éducation.

Paragraphe II - Le Conseil national d'accès aux origines personnelles

320. La création du Conseil national d'accès aux origines personnelles.

La Commission d'accès aux documents administratifs ne permettait pas d'aller au delà de la communication de certaines pièces personnelles d'un dossier administratif, ce qui laissait bien souvent sans recours les enfants dont la mère génétique avait demandé le secret de son identité lors de l'accouchement²³⁶³. Le Conseil national d'accès aux origines personnelles a été créé par la loi du 22 janvier 2002 afin de faciliter les démarches de l'enfant qui souhaite connaître ses origines lorsque sa mère génétique a demandé le secret de son identité au moment de la naissance²³⁶⁴. Le rôle du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles est de garantir dans la mesure du possible l'effectivité du droit de l'enfant de connaître ses origines²³⁶⁵. Il sert d'intermédiaire entre l'enfant pupille de l'État ou adopté qui ne connaît pas ses origines, et les parents génétiques qui ont demandé le secret de leur identité ou les proches des parents de naissance. Il les accompagne dans leurs démarches. Il a la possibilité, grâce à certains pouvoirs d'investigation, lorsque les éléments du dossier le permettent, de retrouver par exemple la femme qui a accouché. Il est alors en mesure de lui demander si elle souhaite ou non donner son identité à l'enfant. Si elle accepte, le Conseil national d'accès aux origines personnelles a aussi la possibilité d'organiser une rencontre. Au delà de ce rôle matériel, le Conseil national d'accès aux origines personnelles a aussi un rôle plus technique. Il évalue la manière dont les informations sont recueillies afin de former les personnels pour faciliter les investigations ultérieures²³⁶⁶.

321. L'activité du Conseil national d'accès aux origines personnelles.

En 2010, le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles a traité 564 demandes dont 115 ne relevaient pas de sa compétence²³⁶⁷. Dans 45,3 % des cas, les dossiers sont clos parce qu'il n'a pas été possible d'identifier ou de localiser l'un au moins des parents de naissance de

2363. M.-Ch. LE BOURSICOT, « Le droit de connaître son ascendance – et celui de la faire reconnaître – et le dispositif français de l'accès aux origines personnelles », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, pp. 175-194.

2364. J. VOISIN et Ph. GEORGES, *Audit du fonctionnement du conseil national d'accès aux origines personnelles*, inspection générale des affaires sociales, rapport n° RM2011-062P, juillet 2011, p. 3.

2365. S. ABRAVANEL-JOLLY, *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Thèse, Defrénois, Paris 2005, n° 332, p. 88.

2366. CRC/CDNK/CO/4, 7 avril 2011, § 28. (Danemark) ; CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003, § 20. (Estonie) ; CRC/C/15/Add. 272, 20 octobre 2005, § 16. (Finlande).

2367. J. VOISIN, Ph. GEORGES, *Audit... op. cit.*, § 27.

l'enfant²³⁶⁸. 13,8% des géniteurs identifiés et localisés n'ont pas souhaité lever le secret de leur identité, mais parmi eux, 4,9 % ont accepté un échange de courrier par l'intermédiaire du Conseil et 9,8 % ont accepté une rencontre anonyme²³⁶⁹. La communication de l'identité du parent biologique a été possible dans 32,6 % des cas, le plus souvent du fait du consentement du géniteur. Le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles note qu'il lui arrive parfois de recevoir des demandes spontanées de levée de secret de la part des parents biologiques, géniteurs, ascendants ou collatéraux privilégiés²³⁷⁰. Le Conseil note que, depuis 2009, le nombre de ces demandes a progressé²³⁷¹. Dans 98 % des cas, les demandeurs sont majeurs²³⁷². Il reste 2% de situations, dans lesquelles ce sont des mineurs qui souhaitent avoir accès aux informations.

322. Autorisation et discernement. Contrairement à la Commission d'accès aux documents administratifs, le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles est compétent pour divulguer des informations concernant des tiers. L'article L. 147-2 du Code de l'action sociale et des familles a été modifié par la loi du 5 mars 2007 afin de consacrer le droit de l'enfant de saisir le Conseil comme un acte éminemment personnel²³⁷³. Il est désormais rédigé : « *Le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles reçoit la demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant formulée [...] s'il est mineur, et qu'il a atteint l'âge de discernement, par celui-ci avec l'accord de ses représentants légaux* ». L'article L. 147-2, qui vise « *l'accord de ses représentants légaux* », est sans équivoque sur la nécessité pour l'enfant d'obtenir l'accord de ses deux parents avant d'entamer toute démarche auprès du Conseil national d'accès aux origines personnelles. Au final, la loi a introduit deux conditions destinées à protéger cet accès : d'une part, la condition de l'autorisation des parents qui constitue un contrôle *a priori* et, d'autre part, la condition du discernement de l'enfant mineur qui constitue un contrôle *a posteriori*.

323. Autorisation des parents. Afin de proportionner l'interventionnisme parental aux besoins d'autonomie croissant de l'enfant mineur s'approchant de la majorité, il peut arriver parfois que le législateur limite le droit parental de décider à la place de

2368. *Idem*, § 29.

2369. *Ibidem*.

2370. *Idem*, § 30.

2371. *Id.*, § 33.

2372. *Id.*, § 52.

2373. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 180, p. 102.

l'enfant²³⁷⁴. Dans ce cas, soit il donne le pouvoir d'initiative à l'enfant dans l'exercice de son droit, et prive les parents de tout contrôle sur cet acte de volonté, soit il laisse l'initiative à l'enfant mais, par le mécanisme de l'autorisation, attend des parents qu'ils contrôlent la conformité de la volonté de l'enfant d'exercer son droit avec son intérêt à le faire.

Lorsque l'enfant capable de discernement doit, avant d'exercer son droit, obtenir l'autorisation de ses parents, le législateur opère un transfert de prérogative. Ainsi, le parent ne peut jamais, au titre des droits parentaux que lui confère l'autorité parentale, exercer ce droit en représentation de l'enfant²³⁷⁵. L'autorité parentale concentre habituellement entre les mains des parents des droits de natures diverses, que sont notamment le pouvoir d'initiative de l'exercice d'un droit de l'enfant et le pouvoir de représentation de la personne de l'enfant lors de l'exercice du droit²³⁷⁶. D'une part, le pouvoir de décider de l'opportunité de l'exercice d'un droit est un droit propre des parents qu'ils exercent dans l'intérêt de l'enfant, au titre des droits parentaux que leur confère l'autorité parentale²³⁷⁷. D'autre part, le pouvoir de représentation est un droit qui découle de l'administration légale, et qui permet aux parents de se substituer à l'enfant sur la scène juridique pour défendre ses intérêts à l'égard des tiers²³⁷⁸.

Le mécanisme de l'autorisation est un système de contrôle *a priori* par lequel le titulaire d'une prérogative doit soumettre son projet à l'approbation d'un tiers autorisant²³⁷⁹. En ayant recours à la technique de l'autorisation, le législateur ne supprime pas complètement le droit propre des parents de décider de l'opportunité de l'exercice d'un droit de l'enfant. Il ne fait que transférer leur capacité d'initiative à l'enfant ; c'est-à-dire que le législateur consacre pour l'enfant le droit de faire valoir sa volonté pour mettre en œuvre l'un de ses droits, alors que normalement ce pouvoir d'initiative se trouve entre les mains des titulaires de l'autorité parentale.

Conformément à la fonction que leur confère l'article 371-1 du Code civil, les parents vont devoir déterminer, en considération de l'intérêt de l'enfant, si la volonté qu'il manifeste d'exercer son droit ne remet pas en cause sa sécurité, sa santé ou sa moralité²³⁸⁰.

2374. A. GOUTTENOIRE, « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC* 2011.

2375. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 164, p. 96.

2376. J. POIRRET, *La représentation légale du mineur sous autorité parentale*, thèse, n° 80, p. 93.

2377. J. HAUSER, « La finalité de l'autorité parentale », *RTD civ.* 2007, n° 25, p. 328.

2378. A. GOUTTENOIRE, « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC* 2011.

2379. B. THULLIER, *L'autorisation, étude de droit privé*, thèse, n° 89, p. 67.

2380. *Idem*, n° 267, p. 186.

L'objectif du législateur est de permettre à l'enfant d'exercer seul son droit, uniquement dans les hypothèses où l'exercice de ce droit ne lui fait pas courir un risque disproportionné du fait de sa minorité. L'autorisation parentale doit être refusée si la démarche est de nature à porter atteinte à l'intérêt de l'enfant entendu de manière générale comme son droit à la préservation de sa santé, sa sécurité et sa moralité²³⁸¹.

Dans l'hypothèse d'un refus parental, contrairement au droit commun de l'autorisation qui impliquerait un mécanisme de recours, l'enfant n'ayant pas la capacité juridique ne peut pas demander le réexamen de la décision parentale. D'une certaine manière, cette absence de recours pourrait revenir à nier la jouissance du droit lorsque la motivation du refus n'était pas fondée sur l'intérêt de l'enfant²³⁸². Cependant, l'interdiction d'exercice n'est pas l'incapacité d'exercice, parce que l'interdiction peut être levée à tout moment²³⁸³. Dans la mesure où les démarches d'enfants mineurs n'ont concerné que cinq personnes depuis 2007, il serait intéressant de déterminer si cette question est significative ou non²³⁸⁴.

Surtout, le législateur présume dans un certain nombre de domaines que les parents sont les seuls à pouvoir déterminer quel est l'intérêt de l'enfant. En effet, l'une des vocations de l'autorité parentale est de permettre d'individualiser, auprès de chaque enfant, l'application de la loi par nature générale et impersonnelle. Leur proximité avec la personne de l'enfant leur permet d'être les mieux placés pour pouvoir déterminer si la volonté de l'enfant est conforme à son intérêt. Il n'est pas certain que l'intervention d'un tiers, destinée à réexaminer le refus parental, permettrait de mieux préserver l'intérêt de l'enfant²³⁸⁵.

De plus, le risque d'atteinte au droit de l'enfant dû à un refus parental n'apparaît pas disproportionné par rapport aux enjeux de protection de l'enfant²³⁸⁶. En effet, lorsque les parents donnent leur autorisation, la démarche de recherche peut aboutir à un refus catégorique de toute forme de contact et/ou d'information. La procédure est alors définitivement fermée pour l'enfant, et seule la volonté spontanée du parent biologique peut la relancer ; ce qui est très rare. En revanche, un refus parental d'autorisation aura seulement

2381. *Id.*, n° 324, p. 225.

2382. *Id.*, n° 97, p. 72.

2383. *Id.*, n° 177, p. 117.

2384. J. PEYRÉ (dir.), *Les demandes d'accès aux origines personnelles émanant de personnes mineures : l'âge de discernement*, Groupe de travail CNAOP, mars 2010, p. 14.

2385. B. THULLIER, *L'autorisation,...* *op.cit.*, n° 345, p. 244.

2386. A. GOUTTENOIRE, « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC* 2011.

pour conséquence de reporter la démarche de l'enfant qui n'aura plus besoin de cet accord une fois devenu majeur. Dès lors, il apparaît, dans la balance, que le refus d'autorisation parentale ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit de l'enfant d'exercer son droit, d'autant plus que l'écoulement du temps, aux dires des experts, favorise les réponses positives lorsque les parents biologiques sont retrouvés²³⁸⁷.

324. La condition du discernement de l'enfant. La condition du discernement introduit un contrôle *a posteriori* de la décision parentale d'autorisation, destinée à protéger les enfants qui seraient trop jeunes. Le législateur souhaitait remettre entre les mains des professionnels le soin de juger en dernier lieu et au cas par cas la pertinence des demandes. Ce travail de sélection constitue selon lui la raison d'être du Conseil national d'accès aux origines personnelles²³⁸⁸. Il reste que la détermination du discernement de l'enfant mineur est délicate parce qu'elle relève d'une appréciation factuelle. Chaque enfant est très différent et la notion de discernement n'a pas la même portée qu'il s'agisse du droit d'être entendu à propos de la séparation des parents, ou qu'il s'agisse de pouvoir exercer un droit aux conséquences particulièrement graves²³⁸⁹. C'est pourquoi en 2009, le Conseil national d'accès aux origines personnelles a nommé un groupe de travail dont la mission était de réfléchir à ces difficultés. S'il est apparu aisé de déterminer des critères, tels que la compréhension des enjeux de la démarche, la capacité de se représenter les conséquences de cette démarche pour l'autre ou encore la faculté de l'enfant de s'émanciper du regard ou de l'influence de son entourage²³⁹⁰, il était bien moins évident de se mettre d'accord sur l'opportunité pour un enfant mineur d'une telle démarche tant son vécu de souffrance n'est pas encore assez mature.

Pour les plus jeunes d'entre eux, la réponse est relativement évidente : sans hésitation, la demande d'un enfant de neuf ans fut écartée, bien qu'elle ait été soutenue activement par ses parents²³⁹¹. A treize ans la question est plus épineuse : les enfants abandonnent très souvent leur démarche alors qu'elle est en cours, ce qui semble être la preuve qu'il était peut-être trop tôt. D'une manière générale, il ressort des travaux du groupe une réelle perplexité quant à l'opportunité de permettre à des mineurs, y compris adolescents d'entamer une démarche de recherche de leurs origines personnelles. En effet, les intervenants

2387. J. PEYRÉ (dir.), *Les demandes d'accès aux origines personnelles émanant de personnes mineures : l'âge de discernement*, Groupe de travail CNAOP, mars 2010, p. 20.

2388. *Idem*, p. 9.

2389. A. GOUTTENOIRE, « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC* 2011.

2390. *Les demandes d'accès aux origines personnelles... op. cit.*, p. 13.

2391. *Idem*, p. 15.

ont insisté sur les risques liés à la gestion de l'échec de la démarche, soit par impossibilité matérielle, soit par refus du parent biologique²³⁹². Il n'est pas exclu qu'à terme, le législateur revienne sur ce texte, et restreigne l'exercice de ce droit aux seuls enfants majeurs²³⁹³.

325. Conclusion de la section. Bien que l'accès des personnes mineures aux documents qui les concernent soit possible, que ce soit devant la Commission d'accès aux documents administratifs ou le Conseil national pour les origines personnels, tout doit rester une affaire de proportion. D'ailleurs, il serait peut être opportun de fixer une limite d'âge au delà de dix-huit ans pour accéder à ces informations. Mettre en place un tel dispositif permettrait peut être de rassurer ceux qui peuvent parfois hésiter à laisser des informations, de peur d'être retrouvé trop tôt. De plus, le législateur ne pourra certainement pas continuer à ignorer indéfiniment les demandes répétées de ceux qui veulent savoir qui était le donneur de gamète à l'origine de leur procréation. Cette demande devra sans doute d'autant plus être entendue, que les donneurs ne se montrent pas spécialement hostiles à lever le secret, sous certaines conditions.

2392. *Id.*, p. 16.

2393. *Id.*, p. 19.

Conclusion du Chapitre

326. Confrontation inégale. Le droit de l'enfant de connaître ses origines apparaît comme un moyen légal de compenser une confrontation bien inégale des droits de l'enfant avec les droits parentaux. En effet, au titre de la liberté parentale laissée aux adultes pour établir la filiation de l'enfant, les parents bénéficient d'une suprématie de fait sur le rattachement familial de l'enfant. Pour les cas les plus extrêmes, tels que l'hypothèse de l'adoption ou de la procréation médicalement assistée, le droit de l'enfant de connaître ses origines se présente comme un élément de compensation de l'exercice d'une liberté parentale jugée exorbitante du point de vue de l'intérêt de l'enfant tel qu'il est révélé par le Comité international des droits de l'enfant.

Bien que les enfants ne puissent exercer ce droit que de manière restreinte, il est peu probable que ce droit ait vocation à rester « stérile ». En effet, il est régulièrement invoqué au soutien de procédures qui sont, en réalité, tournées vers un autre objectif : alimentaire ou patrimonial lorsqu'il est exercé par l'enfant ; obtenir une parcelle d'autorité parentale lorsqu'il est exercé au nom de l'enfant par un adulte. Alors qu'en l'état actuel du droit, les enfants qui peuvent se prévaloir de l'exercice de ce droit sont relativement peu nombreux rapportés au nombre de naissance chaque année en France, l'existence même de ce droit est sans doute en train d'opérer un changement profond de la définition des « parents » de l'enfant. En effet, le droit de connaître ses origines laisse penser qu'il existerait de « vrais » parents qu'il serait toujours possible de connaître à partir d'un test génétique, et puis les autres, ceux avec lesquels l'enfant est éduqué. Le droit de l'enfant de connaître ses origines fait ainsi apparaître une carence fondamentale de la Convention internationale des droits de l'enfant, et peut être du droit en général : il n'existe aucune définition des parents de l'enfant. Or c'est peut être à cause de ce vide, que le droit de la filiation se pense de plus en plus comme une confrontation de droits subjectifs de l'enfant et des parents : entre un « droit à... » l'enfant ou « à... » des parents.

Conclusion du Titre

327. Vers l'émergence d'une nouvelle conception du rattachement familial de l'enfant ? De la confrontation entre les droits parentaux et les droits de l'enfant dans le cadre de l'établissement de la filiation de l'enfant, se dégage une tendance qui est peut être inédite. En effet, alors que l'ordre public de la filiation avait voulu bannir les « fausses » filiations en faisant prévaloir la nouvelle preuve génétique, la jurisprudence semble redécouvrir, à travers l'appréciation au cas par cas de l'intérêt de l'enfant, l'importance de la vraisemblance qui serait, peut-être (?), tout aussi « vraie » et valable que l'exactitude génétique.

Sauf que, contrairement à l'usage initial de la vraisemblance qui était rendu nécessaire par l'impossibilité de savoir, la vraisemblance et la vérité apparaissent désormais comme deux alternatives possibles qui sont utilisées, non plus comme les éléments d'un ordre public implacable, mais comme support de l'expression d'une volonté particulière de l'enfant d'obtenir des liens superposables. L'action de l'enfant vers ses parents, qui était à l'origine un simple droit de l'enfant à « ses » parents tels que l'ordre public les définissait, est en train de se transformer en droit de l'enfant à des parents en particulier. Dès lors que l'ordre public ne donne pas de définition claire des « parents » de l'enfant, il est logique que les litiges se tranchent sur le terrain des droits subjectifs.

Ce phénomène est probablement renforcé par l'émergence, dans la rhétorique jurisprudentielle, du droit de l'enfant de connaître ses origines, qui se présente, lorsque l'enfant bénéficie déjà d'un lien de filiation, comme la revendication d'établir un lien surnuméraire que l'on aurait de toute façon le droit de connaître. Bien que le « public » auquel s'adresse l'exercice de ce droit soit en apparence marginal, dans la mesure où il n'est réservé, pour le moment, en France qu'à certains enfants, son utilisation est certainement en train de modifier la manière de penser le rattachement familial de l'enfant. Les enfants vivant de plus en plus souvent dans des familles recomposées, il devient courant pour eux de nouer des liens de nature filiale avec les différentes personnes qui partagent leur enfance et qui ne sont pas nécessairement leur famille au sens génétique du terme. L'idée qu'il existe une filiation « vraie » à côté de celle qu'ils vivent, et qui n'est pas moins « vraie », est maintenant admise.

Dès lors, le lien génétique de filiation ne se présente plus comme le seul lien de filiation possible, mais seulement comme une alternative à d'autres modes de rattachement familiaux, fondés, du point de vue de l'enfant, sur son obligation de suivre, de fait, « ses » parents²³⁹⁴. Alors que par le passé, il apparaissait naturel de trancher un conflit positif de filiation à partir d'une règle abstraite, par exemple chronologique, il semble aujourd'hui de moins en moins acceptable de privilégier un parent sur un autre, dès lors que le droit n'opère pas de hiérarchie entre les filiations. Il suffit pour s'en convaincre de faire la liste des droits de visite et d'hébergement, sorte de démembrement de la filiation et de l'autorité parentale, qui sont alloués aux personnes qui ont partagé la vie de l'enfant, ou qui se prévalent d'un lien génétique avec lui. Dans un contexte de raréfaction des enfants, la tendance n'est probablement plus à l'exclusivité parentale mais à la pluralité à travers la découverte d'un lien de filiation partagée de nature polygonéique.

2394. Article 371-3 du Code civil : « *L'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale et ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi* ».

Titre II – L'action impossible de l'enfant vers sa famille

328. Mutation du droit de la filiation. La manière de concevoir l'action de l'enfant vers sa famille a changé. En effet, alors que par le passé, il était présumé que son intérêt était de bénéficier d'un lien de filiation à l'égard d'un couple marié, la proclamation de l'égalité des enfants a voulu qu'ils puissent exercer, de manière divisible, une action vers chacun de ceux qu'ils prétendent être leur parent²³⁹⁵. La filiation de l'enfant n'est plus pensée à partir d'un couple, mais de manière autonome entre l'enfant et son parent²³⁹⁶. Or, le couple parental était l'élément qui permettait de donner une notoriété publique à la filiation de l'enfant, à travers l'acte charnel que le mariage laissait présumer. La mutation du droit de la famille consistait donc à trouver le moyen de remplacer cette fiction.

Les avancées de la médecine ont permis de substituer l'apparence du mariage, à la possibilité de vérifier la filiation par un test génétique²³⁹⁷. La filiation n'est plus présumée « vraie » parce que les parents de l'enfant sont mariés, elle est présumée vraie parce que la parole de celui qui revendique le lien de filiation peut être vérifiée à tout moment par un test génétique. Brandie comme le nouvel ordre public de la filiation, le critère génétique devait donner une égalité parfaite à tous les enfants qui pourraient demander systématiquement la retranscription de « leur » filiation génétique, lorsque leurs parents ne l'auraient pas fait.

Cependant, ces promesses n'ont été tenues que de manière partielle, puisque le législateur, qui n'a pas donné de véritable définition des parents de l'enfant, a déterminé quels ne pouvaient jamais être les parents de l'enfant en maintenant la prohibition de la double filiation incestueuse *Les limites tenant à l'identification des origines de l'enfant (Chapitre I)* et en proscrivant l'établissement de toute filiation pouvant s'apparenter à la conséquence d'une convention de femme porteuse *Les limites tenant aux modalités de procréation de l'enfant*

²³⁹⁵. Cl. NEIRINCK, « Avant propos », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 5.

²³⁹⁶. C. LABRUSSE-RIOU, « Filiation (généralités) », *Répertoire Dalloz de droit civil* 2009, n° 23, p. 10.

²³⁹⁷. A. BATTEUR, « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA* juin 2007, n° 122, p. 6.

(Chapitre II). Le maintien de ces deux interdits apparaît complètement anachronique à une époque où tout le monde s'accorde sur la nécessité de ne pas faire subir à l'enfant les conséquences des choix de vie de « leurs » parents.

Chapitre I – Les limites tenant à l'identification des origines de l'enfant

*L'infante seule était plus belle
Et possédait certains tendres appas
que la défunte n'avait pas.
Le Roy le remarqua lui-même
Et brûlant d'un amour extrême
Alla follement s'aviser
Que par cette raison il devait l'épouser.
Il trouva même un Casuiste
Qui jugea que le cas se pouvait proposer.
Peau d'âne
Charles Perrault*

329. Inceste en dehors du droit pénal. La prohibition de l'inceste venait à l'origine sanctionner l'union entre deux personnes dont le degré de parenté génétique ou d'alliance était trop proche²³⁹⁸. Par hypothèse, il ne sera pas question ici d'aborder le cas de l'inceste en tant que violence. Il s'agit de présenter une réflexion autour de l'inceste consenti par les deux parents de l'enfant. A une époque où le mariage n'est plus la norme, et où l'exactitude génétique peut être connue sans avoir de conséquence sur la filiation, il convient d'envisager cette prohibition du point de vue des droits de l'enfant, pour se demander si cette interdiction a encore un sens au regard de l'évolution actuelle du droit vers une filiation fondée sur l'affection, la volonté et l'intérêt de l'enfant²³⁹⁹.

330. Perception par le droit. Au fil des réformes, l'inceste n'est plus toujours perçu par le droit, de sorte que l'enfant né hors mariage n'est pas traité de la même manière suivant la capacité du droit à appréhender ses origines génétiques. Ici encore, la décision parentale prise avant la naissance de l'enfant peut avoir des conséquences sur la vie de l'enfant après sa naissance. Ainsi, par exemple, en matière de procréation médicalement assistée, la proclamation de l'anonymat des donneurs a eu pour conséquence de créer chez les enfants issus de cette technique la crainte de l'inceste. C'est pourquoi certains sites internet de « rencontre » offrent à leurs clients un service destiné à les rassurer sur l'origine des

²³⁹⁸. J.-D. DE LANNOY, P. FEYEREISEN, *L'inceste*, PUF, que sais-je ?, 1992.

²³⁹⁹. A. BRETON, « L'enfant incestueux », in mélanges Marc Ancel, *Aspects nouveaux de la pensée juridique* », A. PEDONE, Lyon, 1975, pp. 309-325.

partenaires qu'ils rencontrent, preuve qu'il existe un véritable besoin en la matière²⁴⁰⁰. Paradoxalement, c'est au moment où le droit de l'enfant de connaître ses origines est proclamé, que l'enfant a le plus de mal à obtenir des informations sur cette partie de son identité. Il n'existe aucune solution simple pour garantir aux enfants une meilleure effectivité de leurs droits. Depuis que la procréation, les relations sexuelles et la vie de couple ont été déconnectées, il est devenu très difficile d'appréhender ce qu'est l'inceste ***La recherche d'une définition de l'inceste (Section 1)***. Pourtant, les conséquences de la qualification demeurent toujours bien présentes pour les enfants qui entrent dans cette catégorie ***Les conséquences pour l'enfant de la qualification d'inceste (Section 2)***.

2400. « Au début de l'IAD, les questions éthiques et psychologiques autour de l'évaluation de la règle d'effacement de l'origine du géniteur tournaient principalement autour du fait de savoir si ce procédé protégeait de façon satisfaisante le couple qui vivait l'épreuve de la stérilité masculine ; on pensait principalement à l'époque, à l'homme infertile qui allait devenir père. La question du devenir des enfants conçus de cette façon ou de leurs demandes sur leur origine n'était que peu évoquée. Trente ans après, une nouvelle grille de lecture semble nécessaire pour évaluer la bienfaisance ou tout au moins... la non-malfaisance de cette règle vis-à-vis des parents et des jeunes adultes conçus de la sorte qui sont, pour certains d'entre eux, déjà eux-mêmes pères et mères de famille ainsi que vis-à-vis de ces soi-disant donneurs également ; nouvelle grille de lecture qui tienne compte de ce que disent de cette « expérience » les intéressés » : G. DELAISI DE PARSEVAL, « Ne pas l'épouser », *Anthropologie et sociétés* 2009, vol. 33, n° 1, pp. 157-169.

Section 1 – La recherche d'une définition de l'enfant issu de l'inceste

331. Le fondement de l'interdiction du double lien de filiation en cas d'inceste. La législation sur l'inceste trouve peut être sa justification dans la lutte contre la consanguinité²⁴⁰¹. De nombreux mythes fondateurs mettent en scène l'inceste alors que la loi des Hommes le condamne depuis des temps immémoriaux²⁴⁰². L'interdit de l'inceste doit surtout être vu comme une obligation de réciprocité fondée sur une nécessité génétique, qui « oblige à donner sa mère, sa sœur ou sa fille à autrui » pour ne pas que deux « mêmes » se marient entre eux²⁴⁰³. Sans doute, pour cette raison, la perception de l'altérité n'allait-elle pas de soi pour la population française, lorsque le législateur a proclamé le mariage pour les couples de personnes de « même » sexe. Mais au delà de cet obstacle d'ordre exclusivement social, le maintien de la prohibition de l'inceste après l'adoption de cette loi aurait mérité quelques explications. En effet, la nouvelle norme sociale n'étant plus fondée sur la complémentarité sexuelle, pourquoi avoir maintenu la prohibition de l'inceste ? Faut-il y voir une nécessité d'ordre patrimoniale et fiscale²⁴⁰⁴?

Quoiqu'il en soit, le droit refuse d'en reconnaître l'existence factuelle, puisqu'il couvre d'une « pudeur terminologique » ce fait en n'en conservant la trace dans aucun Code²⁴⁰⁵. Il refuse également d'en reconnaître le fruit en stigmatisant les enfants qui en sont

2401. A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste », *RTD civ.* 2000, p. 766.

2402. D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *gaz. pal.* 16 octobre 2004, n° 290, p. 2.

2403. 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 », *dt. fam.* novembre 2003, n° 29, p. 4.

2404. « *De plus, la raison pour laquelle la loi ne les soumet pas au même ensemble de droits et d'obligations légaux que les autres couples tiendrait justement au fait qu'elles ne peuvent conclure de partenariat civil à cause de leur consanguinité. Ce serait parce que leurs préoccupations portent principalement sur l'existence d'une discrimination en matière de droits de succession qu'elles n'ont pas formulé un grief général visant l'impossibilité où elles se trouvent de conclure un partenariat civil, voie qu'à leurs dires elles auraient du reste empruntée si elle leur avait été ouverte. Le Gouvernement tournerait en rond lorsqu'il leur oppose le fait qu'elles ne peuvent conclure de partenariat civil. L'objet de l'exonération des droits de succession consentie aux couples mariés ou en partenariat civil étant la promotion des relations stables et solides, le refus d'accorder cet avantage aux frères et sœurs adultes vivant ensemble ne servirait aucun but légitime* » : *Affaire Burden c./ Royaume-Uni*, 29 avril 2008, requête n° 13378/05, § 53-54 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La sororité contrariée par les droits de succession », *RTD civ.* 2007, p. 290-292 ; A. GOUTTENOIRE, « Deux sœurs qui vivent ensemble ne forment pas un couple... », *lexbase hebdo* 2008, n° 309.

2405. D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.* 1988, chr. XXXIII, p. 213.

issus²⁴⁰⁶. Le mot, autant que l'acte, est tabou²⁴⁰⁷. Même le Comité international des droits de l'enfant, alors qu'il dénomme dans ses rapports les enfants « roms », les enfants des « banlieues », les enfants « pauvres », les enfants « handicapés », les « filles »... ne les désigne jamais : il se contente de les englober parmi les enfants « nés hors mariage » ; non sujet de parole, cet enfant hors la loi est même hors du droit²⁴⁰⁸.

Fondé sur ce tabou ancestral²⁴⁰⁹, la naissance d'un enfant issu d'une relation incestueuse était traitée à l'origine du Code civil comme une catégorie de naissance hors mariage dont il fallait protéger les couples mariés²⁴¹⁰. La filiation incestueuse n'a longtemps suscité dans la doctrine que des questionnements disparates²⁴¹¹, voyant dans cette prohibition « le désir d'éviter un scandale »²⁴¹². Si aujourd'hui cette prohibition perdure encore, elle a néanmoins vu ses contours évoluer au fil du temps : ce qui prouve, s'il en était besoin, son caractère éminemment relatif. Il apparaît qu'elle trouve bien moins sa justification dans la nécessité de préserver les mœurs et la morale, que dans son usage immémorial qui en fait un principe fondateur du droit civil²⁴¹³. Mais comment le droit peut-il percevoir l'inceste alors qu'une part non négligeable des familles ne vit pas dans les liens du mariage²⁴¹⁴? Cette relique légale subsiste comme une curiosité dans un système juridique qui a voulu proclamer tous les enfants égaux devant la loi au regard du seul lien génétique dont ils peuvent se prévaloir à l'égard de leur parent²⁴¹⁵. En effet, l'article 310 du Code civil dispose que : « *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs*

2406. A. BRETON, « L'enfant incestueux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, recueil d'étude en hommage à M. ANCEL, Tome 1, études de droit privé, de droit public et de droit comparé, Pedone, Paris, 1975, p. 309.

2407. I. CORPART, « L'inceste en droit français », *gaz. pal.* 1995, doct., p. 888.

2408. L. DALIGAND, « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *LPA*, 3 mai 1995, n° 53, p. 56.

2409. N. COUDOING, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, thèse, p. 127.

2410. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *histoire du droit civil*, n° 159, p. 186.

2411. « *Attendu, sur ce point, que le doute n'est même pas permis ; il résulte, en effet, de tous les documents du procès, ce qui n'a pas même été contesté sérieusement, que cette Marie Étran, dont Bourdeau déclare avoir eu l'enfant qu'il présente, est bien cette Marie Étran, sa belle-sœur, âgée alors de trente trois ans, veuve d'Étienne Bourdeau, son frère, demeurant avec lui, et de concert avec laquelle il sollicitait, deux mois avant l'accouchement, des dispenses, qui n'ont pu être accordées, pour le mariage qu'ils se proposaient de contracter ensemble ; Attendu que l'acte de reconnaissance, établissant ainsi par lui même que celui qui en est l'objet serait le fruit de l'inceste, ne peut produire aucune sorte d'effet, et que, dès lors, c'est à bon droit que les premiers juges l'ont rejeté* », cour impériale de Bordeaux, 17 novembre 1859, affaire *Bourdeau c./ Bibard et autres*, D. 1859, II, p. 48 ; Cass. civ. 1er mai 1861, affaire *Chovel et cons. c./ époux Jarron*, D. 1861, I, p. 241.

2412. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français, tome premier, théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, recueil Sirey, Paris, 1930, n° 1193, p. 600.

2413. A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759.

2414. Selon l'INSEE, en 2002 434 303 enfant étaient nés dans le mariage contre 358 442 nés hors mariage. En 2012, 355 848 enfants étaient nés en mariage contre 465 199 nés hors mariage. (tableau 34 nés vivants et enfants sans vie selon la situation matrimoniale des parents) www.insee.fr, consulté en avril 2013.

2415. A. BRETON, « L'enfant incestueux », *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, p. 310.

rappports avec leur père et mère ». Ce qui implique, *a contrario* que ceux dont la filiation n'est pas légalement établie n'ont pas les mêmes droits : ce qui est le cas des enfants incestueux, ce qui était le cas des enfants adultérins ou des enfants naturels...

Les modes de vie contemporains sont pluriels et la société ne se préoccupe plus de la différence avec les mêmes présumés stigmatisants que par le passé. Certaines femmes veulent élever seules des enfants. De leur côté les pères revendiquent leurs paternités²⁴¹⁶. L'enfant a aussi moins besoin que par le passé d'être préservé de la honte et de la vindicte populaire²⁴¹⁷. La notion sociale de « déviance » est moins présente que par le passé ; ou plutôt elle s'est déplacée²⁴¹⁸. Le dépistage des maladies génétiques et le suivi des grossesses ont diminué le risque pour l'enfant d'être atteint d'une infirmité consécutive à la relation de ses parents²⁴¹⁹. L'apparence de la sexualité, qui n'est plus obligatoire dans le cadre du mariage, est désormais déconnectée de la procréation comme en témoigne l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. La procréation est vécue comme normale en dehors du mariage, de même que la sexualité n'a plus besoin du mariage pour s'épanouir. La procréation peut tout autant se passer du mariage que de la sexualité et à l'inverse la sexualité peut être vécue en dehors de toute vocation procréatrice ou du mariage. Dès lors, il est possible de s'interroger sur l'opportunité de maintenir une prohibition portée vers la sexualité et le mariage, et dont les conséquences sont dirigées pratiquement exclusivement sur le fruit de la procréation : c'est-à-dire l'enfant²⁴²⁰.

L'interdit de l'inceste est probablement le dernier lien entre le mariage, la

2416. J. HAUSER, « Le droit de la paternité », *Communio*, novembre-décembre 2009, n° XXXIV, 6, p. 43.

2417. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 405, p. 363.

2418. « A cette occasion pourrait se vérifier ce qui semble être une constante sociologique dans tous les phénomènes de déviance, ou du moins dans tous les phénomènes de minorité : que le droit destiné à régir ces phénomènes procède beaucoup moins des déviants eux-mêmes, de leurs besoins et de leurs aspirations, que de la représentation très indépendante que s'en font les non-déviants. C'est, comme on le dit quelque-fois, un droit d'aliondité, un droit qui a son centre de gravité ailleurs que dans son objet, un droit qui se crée par les autres, et probablement pour les autres, pour la tranquillité de leur conscience morale » : J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, p. 99.

2419. En définitive, une seule union incestueuse comporte assez peu de risques, si elle ne se répète point au long des générations. Ce n'est donc pas vraiment la cause du discrédit jeté sur l'inceste, d'autant qu'il n'existe aucune controverse sur le moment où les humains auraient pris conscience du phénomène [...] Il n'est pas interdit de se demander si c'est bien l'interdit de l'inceste qui est universel ou si ce n'est pas plutôt l'organisation des alliances qui l'est (avec des mariages imposés ou encouragés, mais aussi interdits ou réprouvés). Les civilisations passées et présentes sont autant de laboratoires où chaque peuple s'est essayé à ses propres règles, par tâtonnement, faute d'une connaissance profonde de l'être humain lui-même. En fin de compte, il est permis de se demander si notre Code civil n'a pas raison de ne pas parler d'inceste. S'il n'évoque pas la famille incestueuse, ce n'est peut-être pas tant par couardise, que par conscience de la faiblesse des fondements et des justifications de l'interdit. Dès lors, l'approche juridique pourrait évoluer » : D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *gaz.pal.* 2004, n° 290, p. 2.

2420. Voir *supra* n° 89.

sexualité et la procréation qui subsiste dans notre système juridique. Sauf à repenser le droit de la filiation de manière globale pour lui redonner un sens, les réformes successives du droit de la famille ont mis à mal le sens profond de l'interdit de l'inceste *Les tentatives de définitions légale de l'inceste (Paragraphe I)*, de sorte qu'il est devenu impossible de le définir *L'impossible définition de l'inceste dans un système fondé sur la vérité génétique (Paragraphe II)*.

Paragraphe I – Les tentatives de définitions légale de l'inceste

332. Définition en droit civil. Il est généralement admis que l'inceste est la manière de désigner une relation charnelle entre deux personnes d'une même famille²⁴²¹. Toutefois, la notion de famille est extrêmement relative. L'inceste n'est pas défini par le Code civil et n'est perçu qu'en cas de rapprochement, à vocation charnelle, de deux liens de filiation²⁴²². En dehors du mariage et du pacte civil de solidarité, il n'est pas non plus visé en tant qu'acte prohibé du point de vue pénal, par exemple, et seule la naissance d'un enfant le fait réapparaître en cas de concubinage²⁴²³. L'article 310-2 dispose ainsi que « *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* ». Il s'agit d'une définition qui renvoie au mariage, prohibé en ligne directe entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne, et en ligne collatérale entre le frère et la sœur²⁴²⁴. Ainsi, l'article 161 du Code civil dispose que « *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne* », et pour sa part l'article 162 du Code civil dispose que « *En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur* ». Il faut souligner qu'il n'existe en revanche pas de référence à la prohibition de l'article 163 du Code civil qui dispose que « *le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu* ».

333. Définition en droit pénal. Alors que trop souvent, les personnes qui jouent le rôle de bourreau sont des proches de l'enfant²⁴²⁵, le législateur avait déploré l'absence de définition de l'inceste en droit²⁴²⁶, et cherché à l'incriminer de manière autonome²⁴²⁷. Cependant, il s'est heurté à l'impossibilité d'en définir véritablement le contenu²⁴²⁸. L'article 222-31-1 du Code pénal devait se lire : « *Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés*

2421. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 193, p. 98.

2422. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 694, p. 457.

2423. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 959, p. 381.

2424. Affaire *Burden c./ Royaume-Uni*, 29 avril 2008, requête n° 13378/05 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La sororité contrariée par les droits de succession », *RTD civ.* 2007, p. 290-292 ; A. GOUTTENOIRE, « Deux sœurs qui vivent ensemble ne forment pas un couple... », *lexbase hebdo* 2008, n° 309.

2425. A. GOUTTENOIRE, « Enfance », *Répertoire Dalloz droit pénal*, mai 2004, n° 114, p. 13.

2426. V. MALABAT, « Infractions sexuelles », *Répertoire Dalloz droit pénal*, octobre 2002, n° 61, p. 11.

2427. N. COUDOING, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, thèse, p. 133.

2428. L. DOURGNON, P. VERDIER, « La loi incestueuse », *JDJ* avril 2010, p. 42.

d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait »²⁴²⁹.

Il s'agissait d'une définition peu satisfaisante puisqu'elle laissait de côté les agressions sexuelles commises par une personne mineure ou majeure sur une personne majeure. Ainsi par exemple, ne pouvaient pas être qualifiés d'incestueux les attouchements d'une mère ou d'une sœur sur une personne majeure, alors qu'en droit civil, la condition d'âge des parents est indifférente pour prohiber l'établissement du double lien de filiation de l'enfant²⁴³⁰. Plus encore, l'inceste a toujours historiquement été envisagé comme une relation charnelle qu'un lien trop proche de parenté devait prohiber²⁴³¹. Contrairement au droit civil, ce texte ne faisait pas référence au mariage ou à la parenté, mais évoquait plutôt de manière relativement large les personnes qui, de fait ou de droit, constituent l'entourage de l'enfant. Or une union de fait, tel que le concubinage, ne permet pas à elle seule de constituer un lien de parenté, de telle sorte que, la liste des personnes visées par le texte semblait bien incertaine²⁴³².

C'est sans aucun doute ce brouillage entre famille et entourage, qui a conduit la Cour de cassation, puis le Conseil constitutionnel à affirmer que « *s'il était loisible au législateur d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux, il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des*

2429. Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JORF* n° 0033 du 9 février 2010, p. 2265 ; A. LEPAGE, « Inscription de l'inceste sur mineurs dans le Code pénal », *JCP* 2010, n° 7, p. 339 ; S. DETRAZ, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *gaz. pal.* 2010, n° 62, pp. 10-13 ; A.-M. LEROYER, « Inceste », *RTD civ.* 2010, n° 2, pp. 381-385 ; O. BALDES, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *droit pénal* 2010, n° 4, pp. 24-26 ; I. CORPART, « Les incidences de l'inscription de l'inceste dans le Code pénal (commentaire de la loi n° 2010-121 du 8 février 2010) », *RJPF* 2010, n° 6, pp. 8-12 ; A. GOUTTENOIRE et Ph. BONFILS, « Droits de l'enfant », *D.* 2010, n° 29, pp. 1904-1912 ; M. DOURIS, « La loi n° 2010-121 du 8 février 2010, tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux : une évolution symbolique en droit des mineurs », *RRJ* 2011, pp. 435-446 ; A. GOUTTENOIRE, « L'inconstitutionnalité de l'inscription de l'inceste sur mineur dans le Code pénal », *lexbase hebdo* 2011, n° 457 ; G. DELORS, « L'inceste dans le Code pénal : de l'ombre à la lumière, l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal », *RSC* 2010, p. 599 ; Ph. BONFILS, « La loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RSC* 2010, p. 462 ; A. BOURRAT-GUEGUEN, « Commentaire de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal », *dt. fam.* 2010, étude n° 15, pp. 25-28.

Cass. Crim, 22 juin 2011, pourvoi n° 10-84992, inédit.

2430. S. DETRAZ, « « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *gaz. pal.* 2010, n° 62, pp. 10-13.

2431. A. GOUTTENOIRE, « L'inconstitutionnalité de l'inscription de l'inceste sur mineur dans le Code pénal », *lexbase hebdo* 2011, n° 457.

2432. J. HAUSER, « Préliminaires : des chiffres et de la définition de la famille par la télévision (et le législateur) », *RTD civ.* 2012, p. 302.

peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille »²⁴³³. Contrairement à ce qu'avait cru le législateur, la famille n'est pas une notion à géométrie variable²⁴³⁴. Elle se définit à partir de la parenté, qui est constituée par des liens durables d'alliance et de filiation que le concubinage par exemple ne peut pas remplacer²⁴³⁵. C'est d'ailleurs le sens que lui donne la Cour européenne des droits de l'Homme qui distingue la vie familiale de la vie privée. Vie privée qui protège pour sa part les liens de fait qui constituent l'entourage, et qui peuvent se faire ou se défaire *ad nutum*. Ce qui n'est pas le cas du mariage. L'observateur pourra d'ailleurs relever qu'il est piquant de constater à quel point, après avoir désenchanté toute une génération en vidant le mariage de son sens, le législateur tente de recréer hors mariage les règles et la protection qu'offrait le mariage²⁴³⁶.

334. Droit européen des droits de l'Homme. Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que l'incrimination de l'inceste relevait de la marge d'appréciation des États en la matière²⁴³⁷. En effet, dans l'affaire *Stübing c./ Allemagne*, les juges strasbourgeois ont examiné la conformité du système juridique allemand qui érige l'inceste en infraction pénale avec la Convention européenne des droits de l'Homme. Selon la

2433. Conseil constitutionnel, 16 septembre 2011, décision n° 2011-163 QPC ; Y. MAYAUD, « Infraction contre les personnes : aux mêmes causes les mêmes effets : l'inceste à nouveau censuré, mais en lien avec les atteintes sexuelles ! », *RSC* 2012, p. 146 ; M. DOUCHY-OUUDOT, « Contentieux familial, janvier 2011-décembre 2011 », *D.* 2012, n° 16, pp. 1033-1039 ; J. HAUSER, « Préliminaires : définit la famille par l'inceste », *RTD civ.* 2011, pp. 752-753 ; S. DELTRAZ, note sous Conseil constitutionnel 16 septembre 2011, décision n° 2011-163 QPC, *gaz. pal. janvier* 2012, pp. 35-36 ; E. FORTIS, « De l'influence des QPC sur la définition des infraction ou du principe de la légalité des délits et des peines *a posteriori* : la définition des incriminations », *RSC* 2012, pp. 131-135 ; J. DANET, « Des conséquences processuelles d'une inconstitutionnalité ou des effets pratiques de la malheureuse inscription de l'inceste dans le Code pénal », *RSC* 2012, pp. 183-184.

2434. « Les débats et les luttes actuels qui ont lieu en France à propos de la famille (légitimité des familles d'immigrés, mariage des homosexuels, détermination des héritiers dans les familles pluriparentales, autorité paternelle, statut des beaux-parents, des grands-parents) font bien apparaître les enjeux sociaux attachés aujourd'hui aux définitions légales et juridiques de la famille. De manière tacite ou de façon détournée et euphémisée, il est question, en fait, de la structure et de la hiérarchie des institutions qui contribuent à la reproduction de l'ordre social, ce qui peut faire oublier, par exemple, les discussions de spécialistes de la politique familiale sur les priorités des aides à accorder à tel ou tel type de famille, celle-ci étant presque toujours définie en termes biologiques (nombre et âge des enfants, écarts intergénéraliques), en termes de genre (famille homoparentale), en termes sociaux (familles monoparentales, celles dont un enfant est handicapé ou maltraité, mères célibataires ou dont le conjoint est absent), en termes structurels (familles homoparentales, familles recomposées), ou encore en termes économiques (famille dont le revenu est en deçà d'un certain seuil), autant de catégories propres à transfigurer des enjeux sociaux en enjeux moraux, et inversement » : R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, p. 16.

2435. L'article 515-8 du Code civil dispose que : « *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* ».

2436. Ph. CONTE, « L'art de légiférer se perd-il ? Réflexions en forme de pamphlet à partir de quelques illustrations de droit pénal », *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, p. 307.

2437. *Case of Stübing v./ Germany*, 12 avril 2012, application n° 43547/08 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Lemon incest », *RTD civ.* 2012, p. 285.

Haute juridiction, en l'absence de consensus européen sur cette question, et dans la mesure où cette incrimination relève d'une appréciation morale, les États disposent d'une large marge d'appréciation. Dès lors, bien que la répression de l'inceste puisse s'interpréter comme une ingérence dans le droit au respect de la vie privée des personnes, cette intervention reste proportionnée au but légitime de protection de la famille et de santé publique. Il reste qu'au delà de cette raison générale, la Cour européenne des droits de l'Homme retient que les relations sexuelles n'étaient qu'à moitié consenties, en raison du trouble mental de la sœur, et que cette raison justifiait les sanctions prises à l'égard de son frère²⁴³⁸. Cette réserve pourrait laisser entrevoir la possibilité d'une solution inverse en l'absence de trouble mental²⁴³⁹. De plus, il n'est pas certain que cette validation d'un système pénal qui sanctionne l'auteur de l'inceste puisse être étendue à un système juridique qui fait peser les inconvénients de l'inceste en grande partie sur l'enfant.

2438. « *The Courts notes that according to the findings of the Leipzig District Court, the applicant's sister first entered into a sexual relationship with the applicant following their mother's death. At that time, the sister was sixteen years of age ; the applicant was her senior by seven years. According to an expert opinion prepared before the District Court, the sister suffered from a serious personality disorder which, together with an unsatisfying family situation and mild learning difficulties, led to her being considerably dependent on the applicant. The District Court concluded that the sister was only partially liable for her actions. These findings were confirmed by the Dresden Court of Appeal and by the Federal Constitutional Court* » : Case of *Stübing vs./Germany*, 12 avril 2012, application n° 43547/08, § 64.

2439. J.-P. MARGUÉNAUD, « Lemon incest », *RTD civ.* 2012, p. 285.

Paragraphe II – L'impossible définition de l'inceste dans un système fondé sur la certitude génétique

335. Critique. L'inceste serait donc une relation charnelle entre deux personnes unies par un lien juridique de proche parenté²⁴⁴⁰. Cette définition semble toutefois partiellement satisfaisante parce que la parenté juridique ne recouvre pas toujours toutes les réalités de la parenté génétique qui a, depuis la loi de 1972, progressivement supplanté la parenté instituée par le mariage²⁴⁴¹. C'était d'ailleurs l'une des critiques qui avaient été adressées à la loi pénale qui tentait de le définir : il était trop vaste parce qu'il recouvrait l'ensemble de l'entourage de l'enfant, et à la fois trop restreint parce qu'il ne visait ni les personnes majeures, ni la parenté génétique²⁴⁴².

Par ailleurs, en dehors des liens du mariage, la prise en compte de l'inceste devrait aussi se faire en fonction des liens génétiques connus qui existent entre les personnes. Pourtant, la consécration pour l'enfant du droit de connaître ses origines, qui aurait pu permettre une prise en compte de l'inceste en dehors des liens de parenté déterminé par le mariage ou la filiation, brouille un peu plus la définition de l'inceste. En effet, le droit de l'enfant de connaître ses origines vient juxtaposer la vérité juridique d'un lien, avec une exactitude génétique qui peut parfois être différente. En principe, au terme de l'article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles, le lien mis en valeur par le droit de l'enfant de connaître ses origines devrait être ignoré du droit. Or, ce n'est pas toujours le cas.

Lorsque la filiation d'origine de l'enfant est « connue » en cas de rupture du lien de filiation, la prohibition de l'inceste est reprise par le Code civil. Par exemple, en matière d'adoption plénière²⁴⁴³, les prohibitions de mariage visées aux articles 161 à 164 du Code civil subsistent²⁴⁴⁴. L'enfant issu d'une relation charnelle entre deux personnes ayant ce degré de

2440. J. HAUSER, « Préliminaires : définit la famille par l'inceste », *RTD civ.* 2011, pp. 752-753.

2441. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant*, n° 503, p. 1087.

2442. Ph. BONFILS, « La loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RSC* 2010, p. 462.

2443. Voir *supra* n° 181.

2444. L'article 356 du Code civil dispose que : « 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 ».

parenté verrait sa filiation entrer dans la catégorie des filiations incestueuses. C'est donc que la dimension génétique de la filiation, en dehors de sa réalité juridique, n'est pas sans importance pour la prise en compte de la définition de l'inceste²⁴⁴⁵. En revanche, et pour cause, aucun texte ne prévoit une prohibition similaire en cas d'accouchement anonyme et secret, et cela quand bien même le secret aurait été levé. Après une démarche auprès du Conseil national pour les origines personnelles, un homme peut donc savoir que la personne qui a mis au monde son enfant est également sa mère sans que les prohibitions à mariage des articles 161 à 164 soient rétablies²⁴⁴⁶. L'enfant né de cette relation ne serait pas catégorisé comme incestueux.

336. Procréation médicalement assistée et perception de l'inceste. Alors qu'il existe une décorrélation marquée entre la sexualité et la procréation, la question peut se poser de savoir si l'inceste doit ou non être perçu en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur. En effet, l'enfant issu d'un don de gamètes ou d'embryon n'est pas en mesure de savoir qui est génétiquement son père ou sa mère. La prohibition de l'inceste est alors mise en œuvre à l'égard des personnes qui l'ont appelé à la vie, mais pas à l'égard de ses géniteurs, comme ce serait le cas si il y avait eu une adoption. Alors qu'ils sont abstraitement placés dans la même situation factuelle, ces personnes ne sont pas traitées par le droit de la même manière : de proches parents d'un point de vue génétique, mère, père, sœur ou frère peuvent se rencontrer, se marier et établir la filiation de leurs enfants sans que le droit ne perçoive l'inceste, alors que placés dans la même situation, d'autres personnes se verraient interdire l'établissement de leur lien de filiation parce qu'il y avait eu une adoption²⁴⁴⁷.

Toute aussi intéressante est l'absence de référence à l'inceste pour le recours à la procréation médicalement assistée, de sorte qu'il n'est pas certain qu'il soit possible de refuser à un couple de concubins l'accès à cette technique, dès lors que juridiquement n'apparaissent pas de manière évidente les empêchements à mariage des articles 161 et suivant du Code civil²⁴⁴⁸. Certes la prohibition de l'inceste est contenue dans les dispositions générales

2445. A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 764.

2446. J.-P. MARGUÉNAUD, « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la femme : la question de l'accouchement sous X », *RTD civ.* 2003, p. 378.

2447. G. DELAISI DE PARSEVAL, « Secret des origines / inceste / procréation médicalement assistée avec des gamètes anonymes : « ne pas l'épouser » », *Anthropologie et Sociétés* 2009, n° 33, pp. 157-169.

2448. Notamment en cas d'adoption plénière de l'un des membres du couple, lorsqu'il n'a pas fait de démarche pour connaître ses origines. Aucune procédure n'est prévue.

du premier chapitre du Code civil relatif à la filiation²⁴⁴⁹. Elle présente de ce fait une supériorité hiérarchique sur l'article 311-20 contenu à la section III de ce chapitre qui dispose que les personnes ayant donné leur consentement à une procréation médicalement assistée ne peuvent pas renoncer au lien de filiation qu'ils entendent établir. Pourtant, les conditions requises par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique pour accéder à la procréation médicalement assistée ne font pas référence à ce degré prohibé de parenté²⁴⁵⁰. En effet, en dehors des personnes mariées, et donc soumises à la prohibition des articles 161 à 164 du Code civil, les concubins sont éligibles à l'assistance médicale à la procréation sans que le texte ne prévoit la vérification de leur degré de parenté : l'article ne vise ni la proche parenté juridique ni la proche parenté génétique dans sa liste des obstacles à l'insémination ou au transfert d'embryon²⁴⁵¹. Avant l'établissement de la filiation de l'enfant, personne n'est tenu de vérifier si elle n'est pas prohibée ; notamment si l'un des deux membres du couple a été adopté et qu'il faut procéder à des recherches pour savoir s'ils ne sont pas frère et sœur par exemple²⁴⁵². Quel sera alors le sort de l'enfant qui pourtant bénéficie, en cas de procréation médicalement assistée, du droit à ce que sa filiation soit établie²⁴⁵³?

L'article L. 2141-6 du Code de la santé publique relatif à l'accueil d'un embryon par un couple, impose seulement au juge de vérifier que « *le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 et fait procéder à toutes les investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître* ». De même, lors des entretiens préalables à la mise en œuvre des techniques de procréation médicalement assistée prévues à l'article L. 2141-10, il n'est délivrée aucune information au couple sur la prohibition de l'établissement d'un lien de filiation entre eux et l'enfant pour cause de proche parenté ou sur les risques liés à la méconnaissance de leurs origines²⁴⁵⁴. Il y a sans doute là un brouillage dont il faudra un jour démêler les incohérences. Que faire si un

2449. Article 310-2 du Code civil : « *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* ».

2450. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant*, n° 466, p. 982.

2451. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 908, p. 655.

2452. J. MASSIP, « L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », *deffrénois* 1995, n° 3, p. 129.

2453. « Jeanine est une institutrice à la retraite qui ne s'est jamais résignée à ne pas avoir d'enfants. Malgré des années de traitements et d'essais infructueux, elle n'a pas renoncé à son rêve, même après avoir passé le cap de la soixantaine. C'est ainsi que pour satisfaire son désir elle a fini par s'envoler pour les États Unis avec son frère Robert, très handicapé depuis une tentative de suicide dix ans auparavant. Le couple se serait présenté comme mari et femme chez le Dr Sahakian du Pacific Fertility Center, qui a accepté de les aider » : J. BERNARD, A. LANGANEY, « Le cas de J. et R. : deux enfants nés d'une sœur et d'un frère », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 60.

2454. D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *gaz.pal.* 2004, n° 290, p. 2.

couple génétiquement incestueux ayant eu recours à la procréation médicalement assistée ne découvre l'inceste qu'au moment d'établir la filiation de l'enfant ?

337. Conclusion de la section. L'inceste est une prohibition qui sanctionne le fruit d'une union charnelle proscrite par le mariage en faisant de l'enfant issu de cette relation un enfant né hors mariage. Elle avait un sens à une époque où la filiation en mariage, indivisible, était la norme. Dès lors que le mariage ne constitue plus le socle sur lequel se fonde la famille, et que la filiation est devenue principalement divisible pour que les enfants nés hors mariage aient les mêmes droits que les enfants nés dans le cadre du mariage, il ne paraît pas conforme aux droits de l'enfant de maintenir cette prohibition. Plus exactement, peut-être faudrait-il la repenser à la lumière du critère génétique de la filiation, qui semble, pour le moment, être la seule manière de désigner les « parents » de l'enfant. D'ailleurs, il faudra sans doute aussi, un jour, se poser la question de la perception de l'inceste dans les familles recomposées. D'ailleurs, depuis que la procréation médicalement assistée est ouverte aux couples de concubins sans condition de vie commune, la question de l'inceste semble très délicate à prendre en compte, puisqu'ils peuvent se trouver en situation incestueuse sans le savoir, et sans que le droit ne cherche à le découvrir.

Enfin, il est curieux que le même lien génétique ne soit pas traité de la même manière suivant la façon dont il est connu. En effet, lorsque le parent de l'enfant a été abandonné, le droit continue de percevoir l'inceste à l'égard de sa famille génétique. Cependant, en cas d'abandon anonyme et secret, et quand bien même le parent de l'enfant aurait accédé, au titre de l'exercice de son droit de connaître ses origines, à l'identité de sa famille génétique, le droit n'est pas capable de percevoir l'inceste. Cette différence de traitement d'une information, pourtant identique, montre les limites de la législation actuelle qui devrait être repensée dans un souci de cohérence globale.

Section 2 – Les conséquences pour l'enfant de la qualification d'inceste

338. Droit de la filiation. Lorsque le droit perçoit l'inceste, l'acte de naissance de l'enfant ne peut comporter que le nom d'un seul de ses parents et la filiation ne peut être établie qu'à l'égard de l'un d'entre eux. Le plus souvent, comme le nom de la mère est mentionné dans l'acte de naissance de l'enfant, il ne peut bénéficier d'aucune filiation paternelle. Dans tous les cas, contrairement aux stipulations de l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant et à celles de l'article 3 de la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage²⁴⁵⁵, l'enfant ne peut pas être rattaché juridiquement à ses deux parents ***La privation d'un double lien de filiation (Paragraphe I)***. C'est à une double discrimination que l'enfant incestueux est soumis : une différence de traitement entre lui et les autres enfants nés hors mariage, et une différence de traitement entre lui et les enfants dont les parents n'ont pas de lien juridique prohibé entre eux, alors que ce lien génétique est connu²⁴⁵⁶. Il n'est pas certain que cette stigmatisation sera longtemps tenable au regard du droit des enfants à l'égalité de traitement. Alors que, comme nous l'avons vu plus haut, se dégage de plus en plus un droit de l'enfant à des parents en particulier sur le fondement de la prise en compte de l'intérêt l'enfant, il n'est pas impossible que l'on finisse, au cas par cas, par tenir compte de la demande de ces enfants qui souhaitent que leur filiation soit établie ***Vers la prise en compte de l'intérêt concret de l'enfant (Paragraphe II)***.

2455. Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, 15 octobre 1975 ; citée au titre du droit international pertinent, signée mais jamais ratifiée par la France.

2456. A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 778.

Paragraphe I – La privation d'un double lien de filiation

339. Le double lien de filiation proscrit. L'article 310-2 du Code civil dispose que : « *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 pratique, cette prohibition était souvent contournée par le recours à l'adoption simple par le père, permettant ainsi d'introduire un peu de souplesse dans un système parfois trop rigide pour épouser toutes les réalités familiales²⁴⁵⁷. Cette pratique qui semblait être tolérée à la marge a été rejetée par la Cour de cassation à l'occasion d'une affaire dans laquelle un enfant avait été reconnu par ses deux parents génétiques dont la filiation paternelle était identique²⁴⁵⁸. La cour d'appel avait pourtant admis l'argumentation du père qui faisait valoir que « *la loi n'interdisait pas l'adoption de son propre enfant et que l'adoption simple, ne manifestant pas une filiation biologique, ne pouvait être assimilée à la reconnaissance d'un enfant dont les père et mère connaissent un des empêchements à mariage prévu par les articles 161 et 162 du Code civil* ». Cependant, la Cour de cassation a cassé cette décision considérant qu'un tel montage était contraire à l'ordre public. Pour l'avocat général, l'adoption ne peut « *servir à réaliser ce que l'ordre public prohibe de la façon la plus impérieuse et à attacher finalement des effets de droit à la transgression d'un interdit absolu* »²⁴⁵⁹.

Or dans cette affaire l'intérêt de l'enfant pouvait sans doute justifier que l'on écartât la sanction d'un interdit dont les effets reposent *in fine* sur lui, tiers innocent des choix

²⁴⁵⁷. J. HAUSER, « L'adoption à tout faire », *D.* 1987, chr., p. 207.

²⁴⁵⁸. Cass. Civ. 1er, 6 janvier 2004, pourvoi n° 01-01600, *bull.* 2004, I, n° 2, p. 2 ; J. HAUSER, *RTD civ.* 1999, p. 64 ; X. LABBÉE, *TI Lille*, 6 mai 1996, *D.* 1997 p. 543 ; F. GRANET, *D.* 2002, somm. p. 2020 ; J. HAUSER, *CA Rennes* 24 janvier 2000, *RTD civ.* 2000, p. 819 ; E. DEBILY, « L'adoption simple de l'enfant incestueux prohibée par l'article 334-10 du Code civil », *RRJ* 2004, pp. 2637-2646 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2004, n° 20, pp. 1419-1424 ; C. LABRUSSE-RIOU, « L'adoption simple ne peut contourner la prohibition de la filiation incestueuse », *JCP* 2004, n° 18, pp. 783-788 ; V. VOISIN, « Intérêt de l'enfant contre intérêt public », *LPA* 2004, n° 71, pp. 13-15 ; Th. GARÉ, « L'article 334-10 du Code civil fait obstacle à l'adoption de l'enfant incestueux par son autre parent », *RJPF* 2004, n° 3, pp. 19-20 ; J. SAINTE-ROSE, D. VIGNEAU, « En fait d'inceste, l'adoption simple ne vaut pas contre l'article 334-10 du Code civil », *D.* 2004, n° 6, pp. 362-367 ; J. HAUSER, « Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse, adoptions simples et père incestueux », *RTD civ* 2004, pp. 75-77 ; 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 », *dt. fam.* novembre 2003, pp. 4-12 ; A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, pp. 759-780.

²⁴⁵⁹. J. SAINTE-ROSE, « Illégalité de l'adoption par le père de l'enfant incestueux préalablement reconnu par sa sœur », *D.* 2004, p. 362.

de vie de ses parents²⁴⁶⁰. D'ailleurs, un expert avait été nommé pour déterminer si l'adoption simple ne serait pas de nature à perturber l'enfant, et avait conclu au fait que l'enfant ne présentait aucun trouble psychoaffectif avéré et qu'il avait bien intégré son histoire personnelle²⁴⁶¹. Mais conformément à l'avis de l'avocat général, la Cour de cassation n'a pas tenu compte de l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto* en faisant primer une lecture abstraite de l'article 334-10 du Code civil qui présume qu'il n'est jamais de l'intérêt de l'enfant de faire apparaître ce double lien de filiation²⁴⁶².

Cette interprétation de la Cour de cassation est d'autant plus discutable qu'à cette époque l'article 334-10 du Code civil ne manifestait pas si clairement qu'aujourd'hui la volonté du législateur : « *S'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage [...] la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre* »²⁴⁶³. C'est avec l'ordonnance de juillet 2005 qu'est venue la précision « *il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit* »²⁴⁶⁴. En faisant une stricte interprétation du texte, la Cour de cassation a devancé les évolutions législatives intervenues avec l'ordonnance de 2005 et précisées dans la circulaire du 30 septembre 2006 : « L'ordonnance consacre ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation ayant prohibé l'établissement du lien de filiation incestueux par la voie de l'adoption simple »²⁴⁶⁵.

Pourtant, la proche parenté n'apparaît pas toujours comme un obstacle à l'adoption, et se trouve même dans certains cas être encouragée²⁴⁶⁶. Ainsi, l'article 348-5, relatif à l'adoption plénière, envisage la possibilité d'une simplification des formalités lorsqu'il existe entre l'adoptant et l'adopté un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré²⁴⁶⁷. Il

2460. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 405, p. 363.

2461. 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 », *dt. fam.* novembre 2003, n° 29, p. 7.

2462. D. VIGNEAU, « En fait d'inceste, l'adoption simple ne vaut pas contre l'article 334-10 du Code civil », *D.* 2004, p. 365.

2463. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 142, p. 112.

2464. Article 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* ».

2465. Circulaire de la Direction des affaires civiles et du sceau, « Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *BOMJ* 30 septembre 2006, n° 103, p. 10.

2466. C. GALLIARD, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse, n° 194, p. 141.

2467. 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 », *dt. fam.* novembre 2003, n° 29, p. 6.

est possible de se demander si la rigidité de cette position ne crée pas une différence de traitement entre les enfants qui pourraient être adoptés par un membre de leur famille génétique et ceux qui ne le peuvent pas²⁴⁶⁸.

340. Intérêt patrimonial de l'enfant. Entendu d'un point de vue patrimonial²⁴⁶⁹, l'intérêt de l'enfant aurait pu être pris en compte pour lui donner le double lien de filiation que son père génétique réclamait²⁴⁷⁰. En effet, il est incontestable que l'intérêt de l'enfant est de pouvoir bénéficier de la succession de son père le plus souvent possible²⁴⁷¹. Sans lien de filiation, il suffirait que le père procède à un legs²⁴⁷². Or, on le sait, les donations entre étrangers sont lourdement taxées par l'État²⁴⁷³. L'établissement d'un lien juridique entre l'enfant et son parent constitue un enjeu patrimonial sérieux destiné à éviter que cet « infirme légal » devienne solidaire, à travers l'impôt, des sanctions consécutives aux choix de vie de ses parents²⁴⁷⁴. D'ailleurs ne pourrait-on pas considérer qu'il y a une atteinte discriminatoire aux biens de l'enfant au sens de l'article 14 et de l'article 1 protocole 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁴⁷⁵ ?

Afin d'introduire une certaine souplesse dans ce système, l'adoption simple a justement été pensée pour remédier à cette difficulté lorsqu'il n'est pas possible d'établir un lien de filiation entre l'enfant et son parent. Ainsi, bien que l'article 786 du Code général des impôts dispose que « *pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il n'est pas tenu compte du lien de parenté résultant de l'adoption simple* », cette règle ne s'applique pas lorsque l'adopté a reçu pendant cinq ans durant sa minorité ou dix ans pendant sa majorité des « *secours ou soins non interrompus* » de l'adoptant²⁴⁷⁶. Ce texte sans ambiguïté permet encore une fois de douter de la volonté du législateur de ne pas permettre l'adoption simple dans la

2468. J. HAUSER, « Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse, adoptions simples et père incestueux », *RTD civ.* 2004, p. 75.

2469. Affaire *Burden c./ Royaume-Uni*, 29 avril 2008, requête n° 13378/05, § 53-54 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La sororité contrariée par les droits de succession », *RTD civ.* 2007, p. 290-292 ; A. GOUTTENOIRE, « Deux sœurs qui vivent ensemble ne forment pas un couple... », *lexbase hebdo* 2008, n° 309.

2470. J. HAUSER, « Adoptions intra-familiales : opportunités », *RTD civ.* 1998, p. 359.

2471. J. HAUSER, « Le droit de la paternité », *Communio*, novembre-décembre 2009, n° XXXIV, 6, p. 29.

2472. D. FENOUILLET, « La filiation incestueuse interdite par la Cour de cassation », *dt. fam.* février 2004, n° 16, p. 19.

2473. F. BICHERON, « Refus de l'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère », *AJ fam.* 2004, p. 66.

2474. D. VIGNEAU, « En fait d'inceste, l'adoption simple ne vaut pas contre l'article 334-10 du Code civil », *D.* 2004, p. 365.

2475. Th. GARÉ, « L'article 334-10 du Code civil fait obstacle à l'adoption de l'enfant incestueux par son autre parent », *RJPF* 2004.

2476. A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, *Droit des mineurs*, n° 369, p. 209.

situation qui nous concerne²⁴⁷⁷.

341. Intérêt extrapatrimonial de l'enfant. Le droit de l'enfant d'être élevé par ses deux parents a été consacré par l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Avec la loi du 4 mars 2002, le législateur français consacre ce droit, en rédigeant ainsi l'article 372 du Code civil : « *Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale* ». Toutefois, l'effectivité de ce droit à la coparentalité est soumise à la faculté de faire établir un double lien de filiation entre l'enfant et ses deux parents.

En cas d'inceste, l'établissement de ce double lien est impossible²⁴⁷⁸. Il ne s'agit pas d'une disposition contraire à la Convention internationale des droits de l'enfant puisque, issu d'un compromis international, le texte conditionnait l'effectivité de ce droit à la mesure du possible²⁴⁷⁹. Contrairement aux hypothèses classiques d'établissement du lien de filiation, un seul des deux parents peut faire établir un lien de filiation entre l'enfant et lui²⁴⁸⁰. La rédaction du Code civil invite à ce que l'on établisse plutôt la filiation maternelle de l'enfant, et à ce que l'on réclame ensuite des subsides à son père présumé. La circulaire de présentation de l'ordonnance de 2005 précise d'ailleurs que : « *La filiation maternelle est établie par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant [ce qui] rend impossible l'établissement du lien de filiation paternel après la déclaration de naissance [...] si le père vient déclarer la naissance et reconnaître en même temps l'enfant, alors que le nom de la mère figure dans l'acte, l'officier de l'état civil doit refuser de recevoir cette reconnaissance* »²⁴⁸¹. De plus, le texte ajoute qu'il en va de même en cas de reconnaissance conjointe, c'est-à-dire, que dans ce cas, seule la reconnaissance maternelle peut être retranscrite.

En effet, l'article 342 du Code civil est rédigé de telle sorte que si, à l'inverse, la filiation de l'enfant est établie à l'égard de son père, ce dernier ne pourra pas réclamer de subsides à sa mère génétique ; ce qui peut sembler curieux à une époque où l'on proclame l'égalité entre les hommes et les femmes. Bien que l'article 311-25 du Code civil qui dispose

2477. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Filiation adoptive sur filiation incestueuse ne vaut », *RLDC* 2004.

2478. D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *gaz.pal.* 2004, n° 290, p. 2.

2479. L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, thèse, n° 443 p. 246.

2480. A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, n° 15, p. 770.

2481. Circulaire de la Direction des affaires civiles et du sceau, « Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *BOMJ* 30 septembre 2006, n° 103, p. 10.

que : « *La filiation est établie à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* », et permette en principe d'établir la filiation maternelle de l'enfant en premier, il n'est pas rare que la reconnaissance de l'enfant soit faite par le père avant sa naissance, conformément aux dispositions de l'article 316 du Code civil. Dès lors, en vertu de l'article 62 du Code civil, cette reconnaissance est inscrite sur l'acte d'état civil à sa date, c'est-à-dire avant la naissance de l'enfant et donc avant que la filiation maternelle soit établie par mention de son nom dans l'acte de naissance.

Bien que la filiation ne puisse prendre effet qu'au jour de la naissance de l'enfant, il reste que, la reconnaissance prénatale paternelle, inscrite par hypothèse avant la déclaration de naissance faite par la mère devrait prévaloir puisque sa date est antérieure. C'est d'ailleurs la solution qui a été choisie par le législateur pour déterminer le nom de l'enfant à l'article 311-21 : « *Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance* ». Elle laisse penser que le lien de filiation peut être établi avant ; par la reconnaissance prénatale, même si les effets ne commencent qu'au jour de la naissance de l'enfant vivant et viable²⁴⁸². L'article 62 du Code civil dispose d'ailleurs que « *L'acte de reconnaissance est inscrit à sa date sur les registres d'état civil* », ce qui serait inutile si la date n'avait pas d'importance.

La circulaire de 2006 précise en ce sens que : « *En cas de reconnaissance paternelle prénatale, l'officier de l'état civil, doit, s'il en a connaissance lors de la déclaration de naissance, refuser d'inscrire le nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant. Lorsque l'officier de l'état civil ignorera cette reconnaissance ou le caractère incestueux de la filiation qui en résulte, l'inscription du nom de la mère aura pour effet d'établir le double lien de filiation malgré la prohibition légale. En cas de découverte de cette situation, le procureur de la République doit en être avisé afin d'engager l'action en annulation de la filiation maternelle. Celle-ci aura pour effet d'entraîner l'annulation de l'acte de naissance et l'établissement d'un nouvel acte, afin que le caractère incestueux n'apparaisse pas* »²⁴⁸³.

Il convient toutefois de modérer cette affirmation. En effet, la Cour de cassation a pu estimer dans son arrêt du 14 février 2006 que la reconnaissance paternelle

²⁴⁸². F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 477, p. 435.

²⁴⁸³. Circulaire de la Direction des affaires civiles et du sceau, « Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *BOMJ* 30 septembre 2006, n° 103, p. 11.

prénatale devait être écartée au profit de la présomption de paternité qui découle de la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant²⁴⁸⁴. Pour justifier sa décision, la Cour de cassation se fondait sur la possession d'état de père légitime qui avait couru durant toute la grossesse de la mère de l'enfant : « *Mais attendu que l'arrêt relève qu'avant la reconnaissance de l'enfant par M. Y..., M. X... avait parfaitement connaissance de la grossesse de sa femme et manifesté par tout son comportement qu'il considérait l'enfant à naître comme le sien [...] qu'une possession d'état d'enfant légitime paisible et sans ambiguïté s'était ainsi constituée avant la reconnaissance* ». Le fait que, dans cette affaire, la Cour de cassation fasse comme s'il s'agissait de résoudre une contestation de filiation, et non pas un conflit de filiation, laisse penser que la reconnaissance prénatale ne permet pas d'établir le lien de filiation avant l'établissement de la filiation par la déclaration de naissance : la possession d'état commence nécessairement en premier à l'égard de la femme qui est enceinte.

2484. Cass. civ. 1re, 14 février 2006, pourvoi n° 03-19533, *bull.* 2006, I, n° 78, p. 75 ; J. HAUSER, « Est-on à la veille du grand-soir de la paternité en mariage ? », *RTD civ.* 2006, pp. 293-294 ; Th. GARÉ, « Le droit à l'expertise biologique semble atténué en présence d'une possession d'état », *RJPF* 2006, n° 5, pp. 22-23 ; J. MASSIP, note sous arrêt, *gaz. pal.* 2006, n° 293, pp. 21-22 ; E. BARRET, note sous arrêt, *gaz. pal.* 2007, n° 59, pp. 10-14 ; J. MASSIP, « Droit de la filiation », *degrénois* 2006, n° 17, p. 1325.

Paragraphe II – Vers la prise en compte de l'intérêt concret de l'enfant

342. Intérêt concret de l'enfant. La question de savoir quel est la parent préférable pour l'enfant apparaît impossible à trancher. Seule une réponse de la Cour de cassation ou une modification de la loi pourra faire avancer le problème. Ne faut-il pas regretter ici que les solutions retenues pour trancher ces cas humains complexes ne tiennent pas compte de l'intérêt concret de l'enfant, mais de critères techniques prévus à l'avance par le législateur²⁴⁸⁵ ? Pour quelle raison doit-on faire systématiquement primer la filiation maternelle ? Il aurait sans doute été préférable de prendre quelques précautions destinées à garantir l'effectivité des droits de l'enfant comme c'est le cas lorsque l'un des parents ne paraît plus à même d'assumer ses droits et devoir relatifs à l'exercice de l'autorité parentale en prévoyant le recours au juge afin que l'intérêt concret de l'enfant soit pris en compte.

Lorsque, comme dans notre hypothèse, les deux parents biologiques manifestent la volonté de prendre en charge l'enfant, et la traduisent dans les faits, l'enfant peut se retrouver dans une situation boiteuse. D'une part celui de ses deux parents qui exerce sur lui l'autorité parentale n'a aucun compte à rendre à l'autre parent, contrairement aux hypothèses de séparation parentale prévues dans le Code civil²⁴⁸⁶. En effet, si le principe est celui de la coparentalité, lorsque l'un des parents se voit retirer l'exercice de l'autorité parentale et que l'exercice en devient unilatéral, il conserve au moins un droit de regard minimal sur les décisions qui sont prises par l'autre parent²⁴⁸⁷. Ce droit de regard sur la protection et l'éducation de l'enfant a été pensé comme une garantie démocratique, destinée à protéger l'enfant contre des abus ou des dérives éventuelles dans l'exercice de l'autorité parentale²⁴⁸⁸. D'autre part, en cas de prédécès du seul parent qui exerce sur l'enfant l'autorité parentale, et alors qu'il vivait avec ses deux parents, le parent survivant devra faire des démarches complexes pour obtenir la mise sous tutelle de l'enfant afin de prendre le relais pour assurer l'entretien et l'éducation de l'enfant²⁴⁸⁹. Dans une telle situation la Cour de cassation ne pourrait-elle pas justement prononcer une adoption simple²⁴⁹⁰ ?

2485. D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *gaz.pal.* 2004, n° 290, p. 2.

2486. Article 373-2 et suivants.

2487. J. MASSIP, « L'adoption de l'enfant incestueux », *gaz. pal.* 2004, n° 150, p. 15.

2488. L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, thèse, n° 365 p. 197.

2489. J. HAUSER, « Adoptions intra-familiales : opportunités », *RTD civ.* 1998, p. 359.

2490. N. COUDOING, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, thèse, p. 136.

343. Droit européen des droits de l'Homme. Il est possible de s'interroger sur la conformité de ces dispositions avec le droit européen des droits de l'Homme. En effet, l'impossibilité pour l'enfant de faire établir son double lien de filiation biologique lorsqu'il en va de son intérêt pourrait être sanctionné²⁴⁹¹. Bien que la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors-mariage ait été signée par la France en 1977, elle n'a jamais été ratifiée et de ce fait elle n'a aucune portée juridique spéciale en France²⁴⁹². Cependant, il n'est pas rare que la Cour européenne des droits de l'Homme fasse référence à des textes sans portée juridique interne au titre du droit international pertinent pour étayer ses décisions. Ainsi, la lecture de cette Convention apporte un éclairage intéressant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme relatif au droit au respect de la vie privée et familiale.

Dès l'article 2, cette Convention stipule que : « *La filiation maternelle de tout enfant né hors-mariage est établie du seul fait de la naissance de l'enfant* ». Et à l'article 3 il est ajouté que : « *La filiation paternelle de tout enfant né hors-mariage peut être constatée ou établie par reconnaissance volontaire ou par décision juridictionnelle* ». On le sait, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que le droit de faire établir son ascendance est primordial pour les individus. Les États ne peuvent porter atteinte à l'effectivité de ce droit qu'à la condition de poursuivre un but légitime dans une société démocratique, et qu'il ne soit pas possible de procéder autrement. Ici, c'est l'intérêt de l'enfant de faire établir sa filiation qui est discuté alors qu'il existe une volonté parentale de faire établir ce lien, et que cette reconnaissance ne ferait que retranscrire en droit un quotidien que l'enfant connaît et a bien intégré.

En posant un interdit absolu, l'article 310-2 du Code civil empêche toute appréciation au cas par cas de l'intérêt d'un enfant qui est déjà né de toute façon²⁴⁹³. Or les juges du fond ont notamment pour rôle de procéder à une interprétation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant au sens de la Convention internationale des droits de l'enfant, afin de permettre une

2491. Affaire *Negrepontis-giannis c./Grèce*, 3 mai 2011, requête n° 56759/08 ; A. GOUTTENOIRE, « La Cour européenne des droits de l'Homme, le moine et l'enfant », *lexbase hebdo* 2011, n° 439 ; P. KINSCH, « La non conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RCDIP* 2011, pp. 817-823.

2492. Contrairement à certains pays voisins. CRC/C/28/Add. 17, 25 juin 2001, § 77. (Grèce le 15 juin 1988) ; CRC/C/11/1dd. 14, 26 juin 1997, § 2. (Autriche le 28 mai 1980) ; CRC/C/78/Add. 3, 19 octobre 2001, § 133. (Suisse le 10 mai 1978) ; CRC/C/3/Add. 30, 16 septembre 1994, § 24 et § 47. (Portugal le 7 mai 1982).

2493. A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, n° 20, p. 775.

individualisation des solutions relatives à chaque enfant²⁴⁹⁴. Bien que les décisions en la matière soient très rares, la Cour européenne des droits de l'Homme a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question des relations incestueuses²⁴⁹⁵. Dans l'affaire *B. et L. c./ Royaume-Uni*²⁴⁹⁶, les juges de Strasbourg devaient examiner la conformité de la prohibition du mariage entre beaux-parents et beaux-enfants au Royaume-Uni. Les hauts magistrats relèvent alors que dans la mesure où la prohibition, qui poursuit, certes, un but légitime, ne permet pas d'empêcher des relations incestueuses de se nouer, et dans la mesure où il n'existe aucun dispositif pénal de nature à prohiber de telles relations, il y a un manque de cohérence entre le but poursuivi et les moyens mis en œuvre pour y parvenir et concluent à la violation de la Convention²⁴⁹⁷.

C'est bien un raisonnement identique qui pourrait être tenu par la Cour pour condamner la législation française relative à la filiation incestueuse. Tout d'abord, les relations sexuelles incestueuses ne sont pas prohibées par la loi française. Ensuite, au titre de l'article 515-8, le concubinage incestueux est tout à fait possible²⁴⁹⁸. Et enfin, le droit français permet à l'enfant, à travers l'action à fins de subsides, de connaître officiellement son père et de bénéficier d'un soutien matériel de sa part, lorsque sa filiation maternelle a été établie²⁴⁹⁹. Dès lors que, de fait, ces personnes entretiennent des relations qui pourraient être qualifiées de relations familiales au sens de la Convention sans en souffrir²⁵⁰⁰, et que cette effectivité est corroborée par la biologie, il semble difficilement soutenable de prohiber l'établissement de toute forme de lien juridique entre l'enfant et ses deux parents sans tenir compte de l'intérêt concret de l'enfant²⁵⁰¹.

2494. J.-P. MARGUÉNAUD, « Vers la liberté du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD civ.* 2005, p. 736.

2495. C. BERNARD-XEMARD, « Empêchement à mariage : une surprenante primauté des faits sur le droit », *RLDC* 2005, n° 22, pp. 31-34.

2496. *Case of B. and L. v/ The United Kingdom*, 13 september 2005, application n° 36536/02 ; J.-P. MARGUÉNAUD, note sous arrêt, *RTD civ.* 2005, pp. 735-737 ; A GOUTTENOIRE, M. LAMARCHE, « Mon grand-père veut épouser ma mère... La Cour européenne des droits de l'Homme lui donne raison », *dt.fam.* novembre 2005, pp. 20-22 ; C. BERNARD-XEMARD, « Empêchement à mariage : une surprenante primauté des faits sur le droit », *RLDC* 2005, n° 22, pp. 31-34.

2497. A. LEBORGNE., « Pour la CEDH l'empêchement à mariage entre beaux-parents et beaux-enfants porte atteinte au droit au mariage », *RJPF* 2005.

2498. Article 5158 du Code civil : « *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* ».

2499. A. GOUTTENOIRE, « La Cour européenne des droits de l'Homme, le moine et l'enfant », *lexbase hebdo* 2011, n° 439.

2500. Voir *supra* n° 228.

2501. Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, n° 212, p. 118.

344. Conclusion de la section. Le droit français, en empêchant l'établissement d'un double lien de filiation pour les enfants issus d'une relation incestueuse continue d'opérer une discrimination entre les enfants nés hors mariage dont la filiation génétique est connue, alors qu'il existe un brouillage important des liens de filiation. Cette stigmatisation est d'autant plus discutable que le Comité international des droits de l'enfant souligne de manière régulière que les familles monoparentales sont des catégories de population vers lesquelles il faut diriger le plus d'attentions du fait de leur fragilité afin qu'elles soient le moins nombreuses possible. La législation française crée de manière obligatoire des familles monoparentales qui ne l'auraient peut-être pas été. Bien que le droit soit mal à l'aise avec le fait accompli, il reste difficilement acceptable d'imposer à l'enfant un acte d'état civil dans lequel ne figure qu'un seul lien de filiation lorsque sa double filiation est connue et intégrée par tous. Plus encore, il apparaît inconcevable que le choix de ce seul lien de filiation puisse être réalisé sans que l'on prenne en compte *in concreto* son intérêt, pour décider qui de sa mère ou de son père génétique verra le lien de filiation établi à son égard.

Conclusion du chapitre

345. Fait accompli et intérêt de l'enfant. Si le droit est mal à l'aise avec le fait accompli, c'est parce qu'il met à l'épreuve la capacité de coercition de la règle de droit. Ici, la naissance de l'enfant constitue le fait accompli d'une prohibition qui ne concerne que le mariage et le Pacte civil de solidarité. Or ces deux sortes d'union, dont seul le mariage est dirigé vers la procréation, sont largement concurrencées par le concubinage, union libre par définition, qui n'a pas vocation à prendre en compte l'inceste. La prohibition de l'établissement de la double filiation incestueuse souhaitée n'a plus de sens depuis qu'il est courant de vivre en couple sans être marié²⁵⁰². Un enfant peut grandir au sein du couple parental incestueux qui se comporte à l'égard des tiers comme n'importe quel couple de concubin. Puisque le droit ne sait pas appréhender cette forme de couple pour la prohiber, il est discriminatoire de ne pas traiter l'enfant comme n'importe quel autre enfant « né hors mariage » en lui donnant un double lien de filiation à l'égard de son père et de sa mère. Les forums de discussion sur internet sont, de plus, une fenêtre sur la vie de ces personnes dont il est devenu impossible d'ignorer la souffrance. Certains enfants se montrent bien plus traumatisés par le fait de découvrir que le père, par lequel ils pensaient avoir été abandonné, était l'oncle avec lequel ils avaient grandi, que par le fait même de l'inceste qui n'a pas en lui-même de sens pour eux²⁵⁰³. De ce point de vue, la loi entretient peut-être un tabou qui n'est plus conforme aux aspirations de notre temps²⁵⁰⁴. C'est d'ailleurs au même type de problème que sont confrontés les enfants conçus

2502. « Pendant longtemps, la société a agi au niveau de la constitution du couple considéré comme le niveau de contrôle idéal des facultés procréatives de l'homme. Le mariage est un point de passage obligé de la dissimulation du caractère politique du contrôle, d'ailleurs laborieux, derrière l'affirmation de son caractère sacré n'ira pas de soi dès le départ. A cela plusieurs raisons. Il faut contrôler le cadre de la procréation à défaut de contrôler la procréation elle-même faut de moyens scientifiques satisfaisants pour le faire. Dans la conception la plus rigoureuse, toute procréation hors de ce cadre est sans valeur juridique, c'est largement la position du Code civil où le concubinage est totalement absent, même si l'on ne va pas jusqu'à l'interdire ou le poursuivre » : J. HAUSER, « Adoption ou procréation médicalement assistée : les termes de l'alternative », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, Paris, 1997, p. 14.

2503. « Je dépose ici ce message afin de savoir si d'autres personnes ont vécu la même chose que moi [...] Ma famille me cache qui est mon père depuis ma naissance et pour cause, j'ai 48 ans, et je viens d'apprendre que je suis la fille de ma mère et de son frère. Ils m'ont manipulée toutes ces années et m'ont raconté n'importe quoi sur les soit disant pères biologiques... une honte... Ce qui me met le plus en colère est non pas d'être la fille de mon oncle, car de cela je m'en fiche... on ne choisit pas ses parents de toutes façons... Ce qui m'a complètement détruite est le mensonge, le secret et la perte d'identité occasionnée par ce refus obstiné de me dire la vérité depuis des décennies » : http://forum.aufeminin.com/forum/psycho10/_f6984_psycho10-Je-suis-nee-d-un-inceste-entre-ma-mere-et-son-frere.html, consulté en juin 2013.

2504. « La vertu dissuasive du droit ne peut en effet jouer que si : 1/ ce sont les adultes eux-mêmes qui subissent les conséquences de leur choix ; 2/ si la sanction existe à un moment où ils peuvent encore faire un autre choix. Attacher cette vertu à des règles qui ne jouent qu'après coup, lorsqu'aucun rattrapage n'est possible, et sanctionne un tiers (l'enfant) innocent, est une absurdité, qui passe par la double illusion de la connaissance

par procréation artificielle avec tiers donneur ou porteur.

des lois par les justiciables et de la renonciation à une liberté personnelle immédiate pour éviter un éventuel préjudice pour l'enfant » : D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 519.

Chapitre II – Les limites tenant aux modalités de procréation de l'enfant

La paternité pour autrui n'est pas un phénomène inconnu. Qu'un homme fasse un enfant à la femme d'un autre et que le fruit de cette union passe pour l'enfant de celui qui ne l'a pas fait, cela semble si connu et si ancien qu'on ne s'y attarde guère, si ce n'est au théâtre²⁵⁰⁵.

346. Évolutions scientifiques. Le droit ne progresse pas aussi vite que la science²⁵⁰⁶. Certains le regrettent, estimant qu'il constitue un obstacle au développement économique et industriel de la France²⁵⁰⁷. D'autres au contraire estiment que le rôle du droit est justement de progresser moins vite que la science pour lui donner des limites au delà desquelles il ne serait plus acceptable d'aller²⁵⁰⁸. La science a donné aux femmes une meilleure maîtrise de leur fécondité à partir du milieu du vingtième siècle. Le législateur, non sans quelques hésitations a proclamé le droit des femmes à l'avortement et a autorisé la commercialisation de pilules contraceptives²⁵⁰⁹. Le féminisme, qui prônait la maîtrise de la fécondité, voyait là une voie de libération des femmes qui pouvaient enfin décider de ne pas être mère, alors que depuis trop longtemps les hommes avaient la possibilité d'échapper à leur paternité en disparaissant dans la nature²⁵¹⁰.

Cependant, dans son désir de progrès, la société a bien vite occulté la dimension exclusivement négative de cette maîtrise pour la mystifier en maîtrise absolue²⁵¹¹. Pour d'autres courants féministes, il ne pouvait au contraire y avoir de féminité complètement

2505. F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave, génétique et droit*, p. 179.

2506. « S'il fallait résumer l'attitude du droit devant les procédés scientifiques qui réalisent la gestation pour le compte d'autrui, nous dirions volontiers que la morale des savants, jointe à la prudence des juges, devrait suffire à envisager l'avenir avec sérénité dans le domaine de la procréation artificielle ; ce n'est pas au législateur qu'il faut demander des règles de conduite, mais à la conscience seule de ceux qui ont mis le remède de la stérilité à la portée de l'homme » : J. RUBELLIN-DEVICHI, « La gestation pour le compte d'autrui », *D.* 1985, chr. XXVI, p. 154.

2507. J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, p. 442.

2508. D. FROGER, P. MORIN, « Le droit doit limiter les progrès de la science », *LPA* mai 2004, n° 92, p. 60.

2509. R. NERSON, « L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil », *RTD civ.* 1970, p. 678.

2510. J. MERCHANT, « Féminismes américains et *reproductive rights*/droit de la procréation », *Le mouvement social*, La découverte, février 2003, n° 203, p. 57.

2511. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Qui est la mère ? », *dt. fam.* septembre 2008, Repère n° 8, p. 1.

accomplie sans maternité. Dès lors, puisque la femme pouvait choisir de ne pas devenir mère, c'est qu'elle pouvait choisir de le devenir²⁵¹². C'est ainsi que, discrètement dans le secret des consciences, le mythe de l'existence d'un « droit à... » l'enfant est apparu et avec lui : des frustrations sans précédent lorsqu'il était impossible à obtenir²⁵¹³. L'ivresse audacieuse des chercheurs à bientôt laissé place à de nouvelles ambitions peut-être motivées par une réaction aux souvenirs laissés par la guerre ; redonner à chacun la capacité de procréer²⁵¹⁴. Finalement le mythe du « droit à... » l'enfant a généré pour ces professionnels des espoirs concrets et lucratifs²⁵¹⁵. Il leur a donné une clientèle en état de dépendance psychique²⁵¹⁶, déterminée et peu regardante à la dépense²⁵¹⁷.

347. Nouvelle conception de la filiation. Dans le même temps que la médecine permettait le recul des causes de l'infertilité, les scientifiques accédaient à la capacité de séparer l'origine des gamètes de leur lieu de gestation, et un nouveau secteur économique d'excellence faisait son apparition²⁵¹⁸. « Tout a commencé en décembre 1980 dans l'État de l'Illinois, aux Etats Unis, où Elisabeth Kane mettait au monde un garçon pour le

2512. A. LAMBOLEY, « L'enfant à tout prix, le permis et l'interdit », in *Mélanges Christian Mouly*, p. 313.

2513. S. EPELBOIN, « Filiations à l'épreuve de la stérilité et de l'aide médicale à la procréation », in Ch. ROBINEAU, *Filiations à l'épreuve*, Eres 2002, pp. 15-46.

2514. « Les expériences juridiques hitlériennes ont été limitées. Le droit positif allemand de cette époque n'a guère codifié que la pratique de la stérilisation des générateurs indésirables. Pourtant, cette règle de droit impliquait déjà toute une doctrine et tout un programme, que le triomphe de la biologie peut rendre énormes dans leurs conséquences. Admettre, comme un principe juridique, que la société peut obliger certains hommes et certaines femmes à la stérilisation, c'est donner à l'État une virtuelle toute-puissance sur leur corps, dans ce que ce corps a de plus spécifiquement humain, dans ce que la conscience humaine considérait, par suite, comme l'attribut le plus inviolable de la personne. L'être humain n'est plus traité en personne, mais en instrument de la propagation et de l'amélioration d'une race que l'État dirige souverainement » : R. SAVATIER, « Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie », *D.* 1948, chr. IX, p. 33.

2515. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 789, p. 733.

2516. « J'ai 31 ans, je n'ai pas d'homme dans ma vie depuis longtemps et j'avoue ne plus y croire. Mon seul ennui c'est que je ressens le besoin, l'envie d'être maman. Et je sais que je serais une bonne maman qui couvrirait un enfant d'amour, de soins, de tendresse et de soutien. J'aimerais avoir des témoignages de maman qui ont fait un bébé toute seule pour apprendre de vos expériences. Je n'ai pris aucune décision pour le moment mais j'y pense énormément. Je me dis que je n'ai pas à être punie pour ne pas avoir trouvé l'homme de ma vie et je ne veux pas renoncer à ce merveilleux cadeau de la vie » : http://forum.aufeminin.com/forum/f397/_f252_f397-Elle-a-fait-un-bebe-toute-seule.html, consulté en juin 2013.

2517. « Les trois mères rencontrées tiennent toutes un discours peu nuancé lorsqu'elles évoquent l'équipe médicale qui se démarque par la « perfection du travail », « l'écoute à tout moment », « la qualité et l'aspect tellement humain de tous ». Le but n'est pas ici de vouloir mettre en doute la qualité ou la compétence des équipes médicales différentes, toutefois ces discours maternels où la moindre parcelle d'ambivalence est exclue peuvent faire passer à l'établissement d'un processus d'idéalisation de la future mère envers l'équipe médicale qui s'étendrait, pourquoi pas, à l'enfant. Du côté des hommes engagés dans le parcours des PMA, il a pu être observé que deux d'entre eux semblent placer l'équipe médicale dans une position omnipotente tandis qu'eux-mêmes se relèguent au second plan, se limitant dans un rôle de donneur de sperme. Charles et David diront qu'il se sont limités à faire un don, donnant « ce qu'il fallait donner », les médecins ayant « fait tout le reste ». Ces observations confirment les propos de divers auteurs selon lesquels le rôle de l'homme dans les PMA est réducteur dans la mesure où il se limite à donner son sperme, le jeu se jouant entre la femme et les médecins » : M. PEOLIDIS, « Ces enfants issus de procréation médicalement assistées », *Le Coq-héron*, 2005, n° 182, pp. 135-141.

2518. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 898, p. 648.

compte d'un couple dont la femme était stérile. Elle reçut 5 000 \$ pour avoir ainsi prêté son ventre. Son nom figura avec celui du père sur l'acte de naissance de l'enfant, qu'elle abandonna aussitôt et qui fut adopté par la femme stérile²⁵¹⁹. L'enthymème ancestral « *j'accouche donc je suis la mère* », est devenu à tout jamais une présomption simple et non plus une certitude²⁵²⁰. Comment l'enfant allait-il pouvoir, dans ces conditions, revendiquer une filiation maternelle ?

Alors que la démographie des pays occidentaux diminue significativement au début du vingtième siècle et que les enfants abandonnés se raréfient²⁵²¹, des revendications paradoxales apparaissent, destinées à accorder des enfants aux personnes célibataires, à des couples stériles, des couples malades, ou à des couples de personnes de même sexe²⁵²². C'est que le lien de famille n'existe plus à proprement parler de manière horizontale depuis que le divorce a été banalisé²⁵²³: le seul lien indissoluble (?) qui perdure encore aujourd'hui est le lien vertical de filiation²⁵²⁴. L'enfant n'est plus pensé en tant que résultat de l'union d'un couple, mais en tant que « *droit de se perpétuer dans le temps* »²⁵²⁵; il ne s'agit plus de dire « le

2519. « Il est intéressant d'observer l'esprit de la « donneuse ». L'explication fournie afin de justifier un tel geste consiste à réfuter la notion d'abandon : la mère n'a fait que porter l'enfant qui appartient dès l'origine au couple receveur » : G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 93.

2520. « L'arrêt de mort du mariage, en tant qu'union sexuée en vue de la procréation et de la constitution d'une famille a été prononcé bien avant que naisse la revendication des couples homosexuels, le jour où les premières lois de bioéthique sont venues encadrer la procréation médicalement assistée autologue et avec tiers donneur. C'est à ce moment précis qu'a eu lieu, juridiquement, la dissociation entre la procréation naturelle et la parenté, d'une part, entre la procréation naturelle et le mariage d'autre part, puisque les PMA ont été proposées comme le remède à la stérilité des couples mariés mais aussi non mariés. Le droit à l'enfant pour tous prend sa source, à n'en pas douter, dans la reconnaissance de la procréation artificielle » : V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La loi doit-elle être bonne pour tous ? », *dt. fam.* janvier 2013, repère 1.

2521. « Entre 1965 et 1994, l'ensemble des pays membres de l'Union européenne accuse une diminution de son taux de fécondité de l'ordre de 46% pour atteindre 1,45 enfants par femme en 1994 » : J. COMMAILLE, « Une sociologie politique du droit de la famille des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, droit comparé des personnes et de la famille*, p. 88.

2522. « L'évolution conduisant vers l'adoption affective a eu un effet paradoxal et inattendu. En créant une forte demande de bébés, elle développait en même temps une nouvelle sorte de marché du bébé. Alors qu'au XIX^{em} siècle, les mères avaient payé des nourrices pour accepter de prendre le bébé dont elles ne voulaient pas, les parents adoptifs du XX^{em} siècle acceptaient volontiers de payer pour obtenir un enfant » : V. ZELIZER, « Repenser le marché, la construction sociale du marché aux bébés aux États Unis, 1870-1930 », in *actes de la recherche en sciences sociales*, 1992, vol. 94, pp. 3-26.

2523. G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 325.

2524. G. DELAISI DE PARSEVAL, « La famille au risque de l'AMP », in J. AIN, *Familles*, Eres hors collection, 2008, pp. 51-59.

2525. « *La Cour est disposée à juger légitime, au sens du paragraphe 2 de l'article 8, que les autorités se préoccupent, sur le plan des principes, du bien-être de tout enfant éventuel lorsqu'elles élaborent et appliquent la politique : la conception d'un enfant constitue l'objet même de cet exercice. Par ailleurs, l'État a l'obligation positive de garantir la protection effective des enfants. Toutefois, cela ne peut aller jusqu'à empêcher les parents qui le désirent de concevoir un enfant dans des circonstances telles que celles de l'espèce, d'autant que la seconde requérante était en liberté et pouvait jusqu'à la libération de son mari, prendre soin de l'enfant éventuellement conçu* » : *Affaire Dickson c./ Royaume-Uni*, 4 décembre 2007, requête n° 44362/04, § 77 ; E. PUTAMN, « Le désir d'enfant du prisonnier peut-il fonder un droit de l'Homme ? », *RJPF* 2006, n° 7, p. 12 ; S.

nôtre », mais « le mien ».

348. Dette d'enfant. Notre société de la dette, pourtant habituée à distribuer des droits sans contrepartie, se trouve confronté à une difficulté qui n'avait pas été mesurée semble-t-il au moment des débats relatifs à la procréation médicalement assistée. Est-il possible de donner à un couple, à sa seule demande, un enfant sans contrepartie sociale ? D'ailleurs, s'il est socialement admis d'évoquer les familles de substitution pour désigner les personnes qui remplacent, auprès de l'enfant, une parenté manquante, il n'est jamais question d'enfant de substitution pour évoquer l'inverse. Que cherche-t-on à cacher ?

Jusqu'à présent, comme le rappelle l'article 371 du Code civil, l'enfant était en dette de ses parents, à qui il devait à tout âge honneur et respect parce qu'ils lui ont donné la vie, ou parce qu'ils l'ont recueilli et éduqué. En ce sens, du point de vue du Comité international des droits de l'enfant, les parents sont ceux qui évitent à l'enfant d'être pris en charge au sein d'une institution²⁵²⁶. La balance est en quelque sorte équilibrée, puisque soit les parents s'occupent de l'enfant qu'ils ont engendré, soit ils assument individuellement une charge qui aurait pesé sur la société²⁵²⁷. En revanche, lorsque la procréation implique l'intervention d'un tiers donneur ou porteur pour créer l'enfant, ils ne donnent aucune contrepartie sociale²⁵²⁸.

349. Désintéresser. Il ne s'agit pas ici de contester l'opportunité de l'acte désintéressé. Cependant, il n'est pas certain que du point de vue du couple demandeur il en soit de même. En effet, si malgré les prohibitions légales certains revendiquent en justice leur

LAMBERT, « L'enfant du prisonnier a-t-il le droit de naître ? », *RLDC* 2007, n° 38, pp. 77-82 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « De l'exigence par la CEDH d'une proportion entre le refus d'autorisation d'une PMA à un prisonnier et les intérêts publics », *RLDC* 2008, n° 45, pp. 46-47 ; J. HAUSER, « Le droit à l'enfant, un droit de la personnalité ? », *RTD civ.* 2008, pp. 272-273.

2526. « Il serait également intéressant de mener ultérieurement une étude ayant pour objectif une comparaison chez les femmes entre la dette de vie par rapport à leur propre mère, mise en avant par Bydlowski, et celle par rapport à la médecine dans le cadre d'un recours aux procréations médicalement assistées » : M. PEOLIDIS, « Ces enfants issus de procréation médicalement assistées », *Le Coq-héron*, 2005, n° 182, pp. 135-141.

2527. Derrière la quête d'un enfant, il y a l'idée de descendance, c'est-à-dire une forme d'appropriation du temps, qui permet à chaque Homme de se projeter dans le futur, à travers la génération suivante qui lui est redevable au sens de l'article 371 du Code civil et c'est pourquoi il n'est pas intellectuellement concevable pour les parents d'être redevables à la société. Distribuer à chacun selon ses mérites « responsabilise », alors que distribuer à chacun selon ses besoins « déresponsabilise » ; la déresponsabilisation des parents rend en quelque sorte leur quête éternellement imparfaite, parce qu'ils savent que l'enfant ne sera jamais complètement le leur, mais celui de la société. La quête d'anonymat du tiers donneur ou porteur est moins destiné à protéger la famille de l'action du tiers, que du regard de l'enfant dont on craint qu'il dise un jour : « je ne te dois rien ».

2528. S. AGACINSKI, « Le mythe de l'indemnité », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 106.

démarche²⁵²⁹, si d'autres n'hésitent pas à payer pour obtenir un enfant²⁵³⁰, c'est peut-être parce qu'en la matière, la contrepartie d'un effort parental envers la société est plus que jamais libératoire. Cet effort permet de s'appropriier l'enfant que l'on « doit » à la société, en lui donnant quelque chose en échange²⁵³¹. Pourtant, la contrepartie de la procréation ne devrait pas être déterminable²⁵³². Mais comment compenser autrement que par l'argent le déséquilibre généré par l'intervention d'un tiers dans le processus de procréation²⁵³³ ? Les actions relatives à la filiation en cas d'adultère n'en sont-elles pas la preuve ?

Techniquement, le rôle du droit est de réguler les rapports sociaux « en attribuant à chacun son bien : *summ cuique tribuere* »²⁵³⁴. La société a donc un rôle de pacification des relations entre les individus, en prenant à sa charge de déterminer le *suum* de chacun pour qu'il n'existe ni rivalité ni tension, et que chacun ait le sentiment d'avoir ce qu'il mérite. C'est pourquoi elle ne peut pas donner à partir de rien et pour rien ; lorsque le législateur donne un droit, il doit persuader tant la société débitrice, que le bénéficiaire créancier de la légitimité de sa décision. S'il ne le fait pas, il prend le risque de créer une tension.

350. Susciter l'appropriation générationnelle. L'allocation d'un « droit à... » l'enfant sans contrepartie montre peut être ses limites pour cette raison ; il ne tient pas compte de la complexité que recouvre la constitution du lien de filiation²⁵³⁵. La filiation ne serait pas : ou génétique, ou volontaire ! Il y aurait quelque chose de plus que le lien juridique devrait faire naître : la certitude mystique de l'appropriation générationnelle²⁵³⁶. Bien sûr,

2529. J.-J. LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *LPA* mars 2001, n° 62, p. 24.

2530. Le questionnement relatif à la marchandisation du corps humain apparaît secondaire par rapport à la nécessité d'appropriation générationnelle entre l'enfant et ses parents.

2531. Les études mettent en avant une idéalisation très marquée de l'équipe médicale, qui fait perdre aux parents, et à la mère en particulier toute objectivité et crée chez elle la sensation d'être redevable : M. PEOLIDIS, « Ces enfants issus de procréations médicalement assistées », *Le Coq-héron*, 2005, n° 182, pp. 135-141.

2532. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1023, p. 408.

2533. « Svetlana, une jeune ukrainienne, a raconté secrètement à un journaliste britannique qu'elle s'était présentée pour un emploi de cuisinière dans une clinique de Kiev. Elle n'a pas obtenu l'emploi, mais elle s'est vu proposer 300 dollars cash pour donner ses ovules. Svetlana s'est révélée une véritable poule aux œufs d'or pour la clinique qui a pu prélever sur ses ovaires jusqu'à 40 ovocytes, alors que les clients de l'établissement paient plus de 4000 dollars pour chaque fécondation *in vitro*. La cruauté de la chose, c'est que Svetlana a reçu une modeste prime de 200 dollars supplémentaires, alors qu'elle a subi une hyperstimulation ovarienne par perfusion, lui faisant courir des risques sévères pour sa santé » : S. AGACINSKI, « L'alibi du don et l'exploitation des donneuses : le cas des femmes de l'Est », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 63.

2534. I. PARIENTE-BUTTERLIN, *Le droit, la norme et le réel*, p. 21.

2535. J. HAUSER, « procréation post mortem : un nouveau droit à..., le droit à l'éternité ? », *RTD civ.* 2010, pp. 93-95.

2536. D. FENOUILLET, « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, p. 509.

quelle que soit la forme de la filiation, il se trouvent toujours des cas dans lesquels ce sentiment spécial ne parvient pas à s'épanouir²⁵³⁷. Cependant, les mécanismes propres à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur portent peut être en eux toutes les raisons de faire échouer l'épanouissement de ce sentiment en donnant aux parents l'impression qu'ils sont redevables²⁵³⁸. En effet, alors que, d'une certaine manière, c'est l'enfant qui doit se sentir redevable de ne pas avoir été abandonné parmi la multitude d'enfants qui naissent chaque année, les candidats à la parentalité sont désormais plus nombreux que les enfants. Le système est inversé. Ce ne sont plus les enfants qui sont en concurrence pour être recueillis, mais les parents²⁵³⁹. Les enfants sont devenus rois à cause de leur rareté, parce qu'ils étaient voulus²⁵⁴⁰. N'est-ce pas la part de hasard à la source de la filiation qui désintéresse le lien généré par le droit²⁵⁴¹?

Ces enjeux passionnels n'ont pas tardé à éveiller les rapacités les plus sournoises, et le risque était grand de voir l'être humain devenir une marchandise²⁵⁴². ***L'établissement impossible de la filiation avec le tiers donneur (Section 1)*** Le législateur a été une fois de plus confronté aux limites de son pouvoir lorsque les couples en mal d'enfant se sont tournés vers l'étranger pour obtenir ce qui n'existait pas en France. Il convient toutefois de relever que contrairement à d'autres buts tels que l'optimisation fiscale, le tourisme procréatif rencontre une certaine sympathie auprès de l'opinion publique²⁵⁴³: à tel point que la pratique n'est condamnée que dans son principe, et rarement dans ses effets²⁵⁴⁴. Le législateur n'a d'ailleurs prévu que des peines extrêmement symboliques si l'on considère les dispositions

2537. « On devrait arriver en silence, faire son entrée sur la pointe des pieds. Se faire oublier d'avance. On n'est jamais si prétentieux qu'en naissant. Il n'y a pourtant pas de quoi : mon père, lassé par un jeu télévisé où des vachettes locales entraient en excitation sous les huées d'un parterre de campeurs méchants, s'était dirigé, braguette ouverte, vers la salle de bains où ma mère glissait du fil dentaire entre deux douloureux chicots. Il avait soulevé le tulle de sa nuisette rose praline, s'était frayé un passage dans la pilosité de sa femme puis, entre deux râles de marccassin balancé sur une ligne à haute tension, avait dégoisé des insanités en la secouant comme un flipper » : Y. MOIX, *Naissance*, Grasset 2013, p. 13.

2538. « Le trafic existe en France. Des pressions sont exercées par l'intermédiaire du système du don croisé, il existe des pressions entre donneuses et receveuses. Nous recevons des femmes qui sont les employées de celle qui a besoin d'ovocytes ou qui sont en transaction financière avec elle. Il existe réellement un phénomène de marchandisation et l'anonymat ne préserve absolument pas de cela » : OPECST, « Le trafic des dons d'ovocytes en France », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 64.

2539. V. ZELIZER, « Repenser le marché, la construction sociale du marché aux bébés aux États Unis, 1870-1930 », in *actes de la recherche en sciences sociales*, 1992, vol. 94, pp. 3-26.

2540. D. PLEUX, *Françoise Dolto, La déraison pure*, autrement, Paris, 2013.

2541. M. DOUCHY-OUJOT, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz, Paris, 2012, p. 85.

2542. F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave, génétique et droit*, p. 59.

2543. J.-J. LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *LPA* mars 2001, n° 62, p. 24.

2544. Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse- Etat civil étranger, *BOMJ* 2013.

fondamentales mises en avant pour prohiber cette pratique²⁵⁴⁵. Le législateur contemporain a fait preuve de bien peu d'imagination : après avoir proclamé l'égalité des enfants quels que soient les choix de vie de ses parents, il n'est pas parvenu à s'émanciper de ses anciens schémas de sanction, se contentant de prohiber l'établissement de certaines filiations²⁵⁴⁶.
L'établissement impossible de la filiation en cas de gestation pour autrui (Section 2).

2545. L'article 227-12 du Code pénal dispose que : « *Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euro d'amende. Le fait dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euro d'amende. Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre* ». A titre de comparaison, dans un domaine qui touche également à l'exploitation de la « location » du corps humain, le proxénétisme est puni de sept ans d'emprisonnement et de 150000 euro d'amende (article 225-5 du Code pénal). L'article 225-13 du Code pénal dispose que « *Le fait d'obtenir d'un personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150000 euro d'amende* ». voir *supra* n° 162.

2546. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions critiques d'une juriste sur la parentalité », in *Mélanges Jean Hauser*, p. 51.

Section 1 – L'établissement impossible de la filiation avec le tiers donneur

351. Généralités. La procréation médicalement assistée recouvre de nombreux aspects dans le détail desquels il n'est pas utile d'entrer²⁵⁴⁷. En effet, il s'agit le plus souvent d'avoir recours au catalyseur de la médecine pour remédier à des difficultés de procréation au sein d'un couple²⁵⁴⁸. Dans ces conditions, la procréation médicalement assistée est envisagée comme une thérapie dont la vocation est de traiter la stérilité d'un couple²⁵⁴⁹. Les actes médicaux qui en découlent ne concernent personne d'autre que le couple. L'enfant issu de ce traitement est génétiquement et physiologiquement l'enfant du couple. Le nom des parents qui est mentionné dans l'acte de naissance de l'enfant correspond à la certitude génétique²⁵⁵⁰. L'établissement du lien de filiation entre le couple et l'enfant retranscrit le même lien que pour une filiation charnelle classique²⁵⁵¹.

Il n'en va pas de même en revanche lorsque la procréation médicalement assistée fait intervenir un tiers donneur²⁵⁵². L'acte dépasse alors la simple thérapie puisqu'il ne s'agit plus d'accompagner les gamètes du couple dans le processus naturel de fécondation, mais de leur en substituer d'autres avec le concours d'une équipe médicale spécialisée²⁵⁵³. L'enfant issu de cette technique n'est alors pas génétiquement celui de l'un ou des deux membres du couple²⁵⁵⁴. Pourtant, dans son acte de naissance, son lien de filiation mentionne le couple comme s'ils étaient ses parents génétiques, sans aucune référence ni à l'acte qui est à l'origine de sa naissance, ni au donneur de gamètes²⁵⁵⁵. Cette barrière hermétique entre l'enfant

2547. J. MASSIP, « L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », *defrénois* 1995, n° 3, p. 129.

2548. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 365, p. 176.

2549. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, n° 1812, p. 753.

2550. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, *Defrénois*, n° 1034, p. 413.

2551. M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.* 1995, chr., p. 77.

2552. P. LE COZ, « Filiation génétique ou institutionnelle ? », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 54.

2553. Cl. NEIRINCK, « Le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée », *LPA* décembre 1994, n° 149.

2554. J. DALCQ DEPOORTER, « L'enfant de qui ? », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, droit comparé des personnes et de la famille*, p. 125.

2555. L'article 311-20 du Code civil précise d'ailleurs que le consentement donné par le couple à la procréation médicalement assistée est recueillie par le juge ou par le notaire dans les conditions garantissant le secret. Il n'est fait aucune publicité de ce consentement.

et ses origines est d'ailleurs renforcée par l'article 311-19 qui prévoit que : « *En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* »²⁵⁵⁶. Le législateur avait pensé que l'anonymat du donneur serait suffisant à convaincre le couple qu'ils étaient bien les parents de l'enfant en éloignant tout risque de contestation de la filiation de l'enfant²⁵⁵⁷. Le couple et le donneur ont été pensés comme des personnes qui « s'ignorent et doivent s'ignorer »²⁵⁵⁸.

352. Filiation maternelle. Avec l'apparition de la procréation médicalement assistée, les juristes se sont trouvés face à un nouveau mode de construction du lien de filiation²⁵⁵⁹. En effet, il ne s'agissait plus pour établir la filiation de constater un fait qui d'une certaine manière échappait au libre arbitre des parents de l'enfant, mais bien de constater un lien qui découlait de plusieurs actes juridiques réalisés avant la naissance de l'enfant : un acte de volonté, un don de gamètes et un acte médical²⁵⁶⁰. De même que pour la filiation paternelle qui oblige l'homme à faire constater devant notaire son projet et qui le contraint à reconnaître ensuite l'enfant, il fallait trouver le moyen de sécuriser la filiation maternelle de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur²⁵⁶¹. Plutôt que de créer un système nouveau, le législateur a opté pour une présomption irréfragable et générale, fondée sur le critère de l'accouchement²⁵⁶².

Le critère physiologique de l'accouchement présentait l'avantage d'être facilement constaté et d'être incontestable, par ce qu'il est ou qu'il n'est pas²⁵⁶³. C'était aussi

2556. F. DREIFUSS-NETTER, A. CORDIER, « Maintenir le principe de l'anonymat ? », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux*, n° 961, p. 114.

2557. A. CLAEYS et J. LEONETTI, *Favoriser le progrès médical, respecter la dignité humaine*, Rapport n° 2235, janvier 2010, p. 111.

2558. P. KAYSER, « Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée », *D.* 1989, chr. XXXIX, p. 198.

2559. M. VAQUIN, « Avec le clonage, la filiation est pulvérisée », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 61.

2560. J. HAUSER, « L'enfant », *gaz. pal.* 2013, n° 89, p. 27.

2561. Voir *supra* n° 114.

2562. S. ROUQUIE, « Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie », *LPA* mai 1998, n° 57, p. 12.

2563. Il présentait aussi l'avantage de la discrétion et de la préservation d'un secret de fait pour une question qui touche la femme au plus profond de son intimité. Il n'est toutefois pas certain que ce choix de la facilité, en apparence « respectueux » des principes fondamentaux et de la pudeur des patientes soit complètement satisfaisant, puisqu'il met le couple en situation de dépendance envers une équipe médicale à laquelle il doit tout. De ce fait, les parents idéalisent l'enfant au lieu de se « l'approprier » au sens générationnel du terme comme dans les autres modes d'établissement de la filiation (on constate le même phénomène lorsqu'un enfant est sauvé de la mort très jeune). En effet, la reconnaissance, l'adoption, la possession d'état sont des modes volontaires de l'établissement de la filiation et découlent de la volonté de créer un lien avec l'enfant, quand bien même ce lien serait mensonger. Et lorsque le lien est contraint, voire nié, comme c'est le cas des paternités « imposées », sa

une manière pour le législateur de ne pas laisser trop d'autonomie à la femme qui aurait pu être tentée de renoncer par avance à établir un lien de filiation avec cet enfant²⁵⁶⁴. C'est pourquoi, l'article 311-25 du Code civil dispose qu'en toute circonstance « *La filiation est établie à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* », et l'article 332 ajoute que « *La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant* ». Quelle que soit l'origine génétique de l'enfant, l'accouchement de celle qui se prétend sa mère permet d'établir le lien de filiation entre elle et lui²⁵⁶⁵. L'enfant est traité par la loi comme s'il était l'enfant d'alcôve de la femme qui a accouché, c'est-à-dire que le seul accouchement suffit à faire établir le lien de filiation²⁵⁶⁶.

353. Critique. La procréation médicalement assistée est couverte par un tabou légal qui confine au déni à l'égard des femmes, si bien que seuls les textes généraux relatifs à la filiation charnelle sont applicables à l'établissement de la filiation maternelle en cas de procréation médicalement assistée²⁵⁶⁷. Fondée sur la physiologie et non la génétique, l'établissement de la filiation maternelle ne distingue pas suivant que l'enfant est ou non génétiquement l'enfant issu du couple²⁵⁶⁸. Sans doute sous la pression du « fait accompli » médical, n'a-t-on pas admis qu'ici le premier pas était fait vers les conventions de femme porteuse et d'une manière générale vers la réification de l'enfant²⁵⁶⁹. Pourtant, il s'agissait bien de donner à une femme le droit d'assumer la gestation d'un embryon potentiellement sans lien

dimension génétique suscite malgré tout une forme « d'appropriation » de l'enfant. C'est un paradoxe que de constater que la filiation issue d'une forme de hasard permette plus facilement « l'appropriation » de l'enfant, alors que celle qui ne doit plus rien au hasard ne le permet pas. Cela est probablement dû au fait que le droit passe sous silence la démarche « d'appropriation » en la tenant pour acquise. Ce qu'elle n'est pas. Par ailleurs rien ne justifie non plus du point de vue de l'enfant que son acte de naissance ne mentionne pas l'acte à l'origine de sa naissance, car lui aussi aura besoin de « s'approprier » sa famille.

2564. L'article 323 du Code civil dispose que : « *Les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation* ».

2565. J. HAUSER, « La distinction de l'homme et de la femme : Approche pluridisciplinaire. La paternité est-elle biologique ou sociologique ? », *RRJ* 2004, p. 2066.

2566. J. MASSIP, « L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », *Defrénois* février 1995, n° 3, p. 129.

2567. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, n° 1815, p. 754.

2568. P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », *op. cit.*, p. 413.

2569. « *Attendu qu'ainsi qu'il a été excellemment écrit, le corps humain ne peut faire l'objet d'acte d'appropriation ou de disposition, il fait en effet partie du domaine de l'être et non pas de lui de l'avoir ; à la différence du don d'organe, le don de sperme aboutit à donner à l'enfant à naître l'être même du donneur, et l'autoriser aboutit à faire de la personne humaine une chose ; pareil don heurte en outre de front le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, celui-ci ne pouvant faire l'objet de cessions à titre onéreux ou gratuit ; dès lors tant la cause que l'objet d'une convention passée entre époux ou concubins tendant à un recours à un tiers donneur de sperme ou à une femme donnant ses ovules présentent un caractère illicite tout comme la cause en est également illicite ; elle est par suite nulle et en outre fautive au regard de l'intérêt de l'enfant à naître* » : cour d'appel de Toulouse, 21 septembre 1987, affaire B... c./ Dame F..., D. HUET-WEILLER, note sous arrêt, *D.* 1988, P. 184.

génétique avec elle ; au romantisme près, elle devenait la femme porteuse de l'homme avec lequel elle a conçu le « projet parental »²⁵⁷⁰. La femme est-elle condamnée à n'être que la femme porteuse de la progéniture des hommes²⁵⁷¹ ? L'exemple est encore plus frappant dans les couples de lesbiennes, puisque l'une des deux est, par hypothèse, la femme porteuse de l'enfant de sa partenaire²⁵⁷². Ce n'est finalement que l'effet de la loi qui donne à la femme, au moment de la naissance de l'enfant, le titre de mère²⁵⁷³.

Il faut bien l'admettre : il s'agissait du point de départ d'une modification irrémédiable de l'ordre public en matière de filiation, visant à accepter que l'enfant puisse établir un lien de filiation avec une femme, qui n'était pas sa mère au sens génétique du terme²⁵⁷⁴. En effet, en ayant recours à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, l'enfant est privé par avance de son droit d'établir un lien de filiation avec les personnes que la loi lui aurait donné comme « parent » en l'absence de cette intervention médicale puisqu'il est procréé en dehors de l'utérus de sa mère génétique²⁵⁷⁵. De ce fait, l'enfant n'est plus *pars viscerum matris*, mais une entité indépendante de la vie de sa mère. L'impossibilité d'établir la filiation à l'égard du tiers donneur oblige donc à penser le lien de l'enfant avec la femme parfaitement divisible du processus de grossesse, de même que l'accouchement anonyme et secret a lui aussi apporté avec lui la divisibilité entre la filiation génétique et la maternité physiologique²⁵⁷⁶.

2570. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La loi doit-elle être bonne pour tous ? », *dt. fam.* janvier 2013, repère 1.

2571. « Un des problèmes essentiels qui se pose à propos de la femme, c'est avons-nous vu, la conciliation de son rôle reproducteur et de son travail producteur. La raison profonde qui à l'origine de l'histoire voue la femme au travail domestique et lui interdit de prendre part à la construction du monde, c'est son asservissement à la fonction génératrice » : S. DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, p. 203.

2572. « Au Soudan, [le femme stérile] peut avoir le statut d'homme ; ceci lui permet de prendre des épouses avec leur dot et de les faire féconder par des esclaves. Dans ces sociétés, l'enfant est intégré et acquiert une légitimité qui ne passe pas forcément par le lien biologique. Le formalisme du lien institutionnel et le rôle de la volonté individuelle y sont tout aussi importants » : G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 8.

2573. L. KHAIAT, « Mère ou femme porteuse ? », in L. KHAIAT, *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, ERES, 1995, p. 59.

2574. La discussion relative à l'ordre public en droit des personnes et de la famille a pu être « évitée ou limitée à celle de l'indisponibilité des actions en tant que le pouvoir de disposition des parties était borné par les nécessités naturelles. A partir du moment où l'individu dispose d'importants moyens d'agir sur la nature, la question se repose différemment. Au delà, c'est toute la question de la répartition de l'ordre public de direction et l'ordre public de protection en droit de la famille qui est posée. Même si l'on renonce à tout modèle familial en laissant chacun juge de son bonheur personnel, on n'évacuera pas pour autant l'ordre public de protection quand l'action de la volonté met en cause l'intérêt d'un tiers et plus spécialement l'enfant » : J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 517, p. 280.

2575. D. HUET-WEILLER, « Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation. (A propos de quelques décisions récentes) », *D.* 1978, chr. XLII, p. 233.

2576. Voir *supra* n° 123.

Les obstacles moraux et juridiques ont été laissés de côté. Aucune réflexion n'a accompagné cette nouvelle manière d'établir le lien de filiation entre la femme et l'enfant, et entre l'enfant et sa famille²⁵⁷⁷. Or la présomption irréfragable de maternité découlant du fait de l'accouchement ne semble parfaire le lien de filiation qu'à l'égard des tiers qui ne peuvent pas connaître l'origine de l'enfant. En revanche, pour les parents eux-mêmes et pour l'enfant il n'est pas certain que l'option du déni choisie par le législateur soit la meilleure. En passant sous silence l'acte à l'origine de la naissance de l'enfant, le législateur conforte indirectement la mère dans l'idée que son statut est déviant²⁵⁷⁸. Or c'est justement ce sentiment de déviance qui l'a conduite à concevoir ce « projet parental » et à recourir à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur²⁵⁷⁹.

De plus, l'absence de référence au donneur dans l'acte de naissance de l'enfant renforce l'idée suivant laquelle cette déviance n'est pas avouable, alors qu'elle est imprégnée de l'image socialement valorisante de la femme à la fois « entrepreneuse » et « mère parfaite »²⁵⁸⁰. Depuis le milieu des années 1970, elle entend que toutes les femmes sont « maîtresses » de leur fécondité : toutes sauf celles qui se trouvent dans la même situation qu'elle. Il y a donc un décalage entre une vie idéalisée et sa propre vie. Une vie réelle que la loi l'encourage à masquer comme si elle était honteuse. Elle se trouve alors dans une situation de déviance secrète très complexe à appréhender. Elle craint d'être rejetée par son entourage en cas de découverte de son secret et d'être dévalorisée aux yeux de ses proches. Plus que jamais elle se sent dépendante de son compagnon ou de son mari qui a la possibilité de révéler ce secret.

2577. Cf. NEIRINCK, « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF* 2003.

2578. G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 183.

2579. La notion de déviance secrète a été décrite en sociologie à propos de l'usage de marijuana : « En fait la plupart des utilisateurs n'ont qu'une idée vague de ces sanctions, car peu d'entre eux semblent avoir fait une telle expérience ou connu quelqu'un qui l'aurait faite : la plupart des fumeurs de marijuana sont en effet des déviants clandestins. Bien que l'utilisateur ne sache pas exactement à quelles sanctions il doit s'attendre, l'idée générale est claire : il craint d'être rejeté par ceux dont l'estime et l'approbation représentent pour lui un enjeu à la fois pratique et affectif. Redoutant que ses relations avec les non-fumeurs ne soient altérées ou rompues s'il est démasqué, il limite et contrôle sa pratique en fonction de l'importance qu'il accorde à ses relations » : H. S. BECKER, *Outsiders, Études de sociologie de la déviance*, p. 90.

2580. « Chez la femme, l'indifférence envers le donneur est impossible. Celui-ci étant inconnu, cet anonymat aura une grande part dans l'imagination. Le fantasme de l'adultère exprimé souvent par la femme, est associé à la crainte du rejet de l'enfant par le père. Le fantasme de l'enfant mal formé ou noir est aussi très présent. Dans le premier cas, les manipulations du sperme et son passage au froid sont porteuses d'inquiétudes. La peur de l'enfant étranger au couple et la présomption de paternité caduque. [...] lorsque les craintes liées à la survenance de l'enfant sont évacuées, le couple va devoir assumer la responsabilité de sa demande face à l'enfant lui-même. Faudra-t-il lui cacher son origine ? » : G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 184.

Par ailleurs, lorsque l'enfant n'est pas informé de son origine, elle craint par dessus tout qu'il la rejette en apprenant qu'elle n'est pas « sa » mère génétique²⁵⁸¹. Quelque chose l'empêche alors de se projeter complètement comme la « mère » de l'enfant : le lien de filiation ne tient pas exclusivement à la génétique ou à la volonté²⁵⁸². Il implique des sentiments plus complexes à faire naître qui relèvent d'une sorte de « mystère de la filiation » : il n'est pas suffisant de savoir que l'on est le parent, il faut aussi et surtout le croire²⁵⁸³. De ce point de vue, il est intéressant de faire le parallèle avec les reconnaissance paternelles mensongères. Elles relèvent du même processus secret²⁵⁸⁴.

Plus grave pour l'enfant, au delà de cet aspect théorique voire même mystique, il est, de fait, privé de toute protection puisqu'il n'existe aucune trace juridique dans son acte de naissance du recours à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur. Dès lors, comme le lui permet le droit commun, la mère peut demander à ce que son nom ne figure pas dans l'acte de naissance ou demander le secret de son identité au moment de l'accouchement²⁵⁸⁵. Si, on le sait, l'article 325 du Code civil dispose désormais que : « *A défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise* », comment sera-t-il possible de prouver une filiation maternelle en cas d'accouchement anonyme et secret²⁵⁸⁶? Tout au plus, le père pourrait-il prouver la grossesse et le recours à la procréation médicalement assistée, mais sans garantie d'être suivi par le juge pour prouver la filiation

2581. Et cela d'autant plus qu'aujourd'hui le droit de l'enfant de connaître ses origines est régulièrement mis en avant.

2582. « De nombreux adolescents posent la question imaginaire de leur filiation. Le traumatisme de l'enfant né par IAD, tant fantasmé par les couples, n'est pas, selon le docteur Clément, celui de la vérité. Lorsque l'enfant pose la question imaginaire de la filiation, il cherche à savoir quelle place il a dans le désir de ses parents. Il n'est donc pas question de la réalité de sa conception. Les couples qui ont fait une démarche d'IAD, peuvent sans doute, mieux que d'autres, parler de leur désir d'enfant » : G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse, p. 186.

2583. Le rite du *tollere liberum* peut tout à fait illustrer ce sentiment : le père relevait l'enfant en signe d'acceptation du lien de filiation. Il ne s'agissait pas à l'époque de vérité biologique, ou d'acte de volonté. Il s'agissait du fait de « croire » que l'on était le parent de l'enfant.

2584. « La plus répandue de ces déclarations inexactes est certes la reconnaissance d'un enfant naturel par un homme qui n'en est pas le père. Elle est en quelque sorte traditionnelle. Au temps surtout où l'illégitimité était une tare, la réprobation dont elle faisait l'objet étant considérée comme une prévention nécessaire et une protection indispensable de la famille, seule susceptible de donner à l'enfant la sécurité, la protection, et le climat affectif qui lui sont nécessaires à raison des engagements tant l'un envers l'autre qu'envers l'enfant que le mariage impliquait, l'usage largement répandu était, pour celui qui épousait une mère célibataire, de prendre en charge tout à la fois la mère et l'enfant et de reconnaître celui-ci pour qu'il soit légitimé par le mariage. Le souci de la mère était également à cette époque de donner un père à son enfant. Ce qui n'était pas sans risque pour lui, car la greffe affective souhaitée ne se produisait pas toujours. Et il apparaissait parfois, bien au contraire, des manifestations de jalousie posthume qui étaient sources de martyrs d'enfants » : E.-S. DE LA MARINIERRE, note sous cass. crim. 8 mars 1988, affaire *L... R... et autres*, D. 1989, p. 529.

2585. J. HAUSER, « La distinction de l'homme et de la femme : approche pluridisciplinaire. La paternité est-elle biologique ou sociologique ? », *RRJ* 2004, p. 2070.

2586. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 858, p. 802.

maternelle qui ne peut être fondée que sur la preuve physiologique de l'accouchement²⁵⁸⁷. Comment prouver l'accouchement d'une femme qui n'a pas juridiquement accouché ? Comment faire la différence avec une convention de femme porteuse qui se serait soldée, elle aussi, par un accouchement anonyme²⁵⁸⁸ ? Par ailleurs, bien qu'au terme de l'article 336-1 du Code civil le père ait la possibilité de solliciter l'aide du Procureur de la République pour tenter de retrouver l'enfant, ses recherches risquent d'être extrêmement délicates lorsqu'il n'en est pas le père génétique²⁵⁸⁹...

De plus, lorsqu'elle est mariée, la femme peut choisir de ne pas mentionner le nom de son mari dans l'acte de naissance de l'enfant. Le silence de la loi est tel que l'article 311-20 qui dispose, notamment, que le père d'intention a une responsabilité particulière à l'égard de la mère et de l'enfant en cas de recours à la procréation médicalement assistée, ne prévoit rien d'identique à l'égard de la femme qui porte l'enfant du couple²⁵⁹⁰. L'enfant n'a donc pas de droit à la filiation maternelle en cas de procréation médicalement assistée, ce qui peut aboutir à une privation de filiation paternelle ; paradoxe inexplicable au regard des précautions prises par le législateur en ce qui concerne la filiation paternelle ! En cas de difficulté, certains requérants pourraient bien élever leur conflit devant la Cour européenne des droits de l'Homme et faire valoir les incohérences du système pour obliger la France à repenser globalement sa législation en matière de procréation médicalement assistée comme ce fut le cas pour l'Italie²⁵⁹¹.

354. Nouvelle forme de filiation. La procréation médicalement assistée apporte avec elle de nombreuses questions du point de vue des droits de l'enfant²⁵⁹². L'enfant a-t-il le droit à une filiation indivisible en dehors des hypothèses dans lesquelles ses parents sont mariés²⁵⁹³ ? Dans ce cas, l'enfant a-t-il le droit à des parents en particulier²⁵⁹⁴ ? Puisque

2587. Voir *supra* n° 246.

2588. L'article 311-20 ne prévoit plus de condition de durée du concubinage pour accéder à la procréation médicalement assistée, ce qui correspond de fait à l'ouverture en droit français de la possibilité de recourir aux conventions de femme porteuse en toute légalité.

2589. Voir *supra* n° 127.

2590. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 867, p. 808.

2591. F. CHALTIÉL, « La loi italienne sur la procréation médicalement assistée censurée par la Cour européenne des droits de l'Homme », *LPA* décembre 2012, n° 252, p. 3.

2592. J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant*, n° 467, p. 986.

2593. J. HAUSER, « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ? », *D.* 1996, chr., p. 182.

2594. La différence d'âge pourrait bien poser des difficultés, lorsque l'on voudra se créer tardivement un héritier pour en léser d'autres. Par ailleurs la question de la différence de sexe des parents n'est pas secondaire : « Comment répondre à ceux qui se plaindront d'avoir été programmés sans père dans des familles composées de deux femmes ? N'y a-t-il pas en leur défaveur une véritable discrimination ? » : F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille »,

l'embryon peut parfois être fécondé plusieurs semaines avant d'être implanté dans l'utérus de la patiente, doit-on en aménager les effets²⁵⁹⁵ ? Ne faudrait-il pas imaginer dès maintenant un dispositif juridique qui permette d'établir la filiation quand bien même la gestation aurait lieu dans un utérus artificiel²⁵⁹⁶ ?

Le lien de filiation qui doit découler du recours à la procréation médicalement assistée est une revanche sur la fatalité²⁵⁹⁷. La procréation médicalement assistée ne se contente plus d'accompagner le processus naturel de la fécondation. Elle est le processus²⁵⁹⁸. Quand bien même la femme porte l'enfant et accouche, la médecine crée de toutes pièces un lien de filiation par « greffe », un lien de filiation qui ne relève plus du hasard²⁵⁹⁹.

Contrairement à la filiation charnelle, ou à la filiation adoptive, qui dans un cas comme dans l'autre relèvent d'une forme de hasard pour unir « tel » enfant à « tel » parent, la filiation par procréation médicalement assistée avec tiers donneur est certaine et sans aléa. Or paradoxalement²⁶⁰⁰, c'est cette certitude juridique, nécessaire, qui la rend fragile parce que celui qui devrait croire qu'il est le parent est également certain qu'il ne l'est pas²⁶⁰¹. La certitude ôte toute possibilité de croire dans le mystère de la filiation, et donc empêche le sentiment d'appropriation de l'enfant de s'épanouir²⁶⁰². Elle est fictivement assimilée à la filiation charnelle qui postulait que la mère était toujours « certaine », ce qui encourage les

RLDC 2012.

2595. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 903, p. 651.

2596. R. NERSON, « L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil », *RTD civ.* 1970, p. 682.

2597. « Mais surtout, l'engagement n'ayant plus un motif homogène, la subsidiarité des filiations volontaires a changé partiellement de sens et devient moins évidente : en cas de PMA avec tiers donneur, l'engagement est la cause de la prise en charge d'un enfant déjà né d'autrui. La subsidiarité qui, à l'origine, était un des traits des filiations volontaires s'en trouve affaiblie : l'engagement devient une source de la naissance au même titre que l'est le rapport sexuel » : P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, p. 411.

2598. J. HAUSER, « L'enfant », *gaz. pal.* 2013, n° 89, p. 27.

2599. B. FEUILLET-LE MENTIER, « Le droit des couples stériles à l'obtention d'un enfant : droits de l'homme, réalités médicales et pratiques administratives », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, Paris, 1997, p. 69.

2600. G. HUBER, « L'approche métapsychologique de la filiation », in L. KHAIAT, *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, ERES, 1995, p. 49.

2601. À propos de l'analyse des sangs qui devaient révolutionner la manière d'établir la filiation : « Il serait néanmoins illusoire de considérer que les mentalités marchent du même pas que la science ; or c'est aux mentalités qu'est suspendue la force probante. Il ne suffira pas que les juges, devenus experts ou capables d'entendre les experts, soient convaincus par la nouvelle démonstration scientifique ; il faudra aussi que soit convaincue par elle, et sans effort, l'opinion publique (à commencer par le père lui-même), car, selon la théorie d'Henri Lévy-Bruhl, c'est, bien plus qu'aux tribunaux, à leur public que s'adresse la preuve judiciaire » : J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, Defrénois, 1979, p.103.

2602. G. POMMIER, « La dette symbolique et le désir d'enfant du fantasme au droit », in L. KHAIAT, *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, ERES, 1995, p. 239.

parents à garder pour eux le secret qui entoure l'engendrement de l'enfant. Et l'inverse n'est pas nécessairement plus facile pour eux, car expliquer à l'enfant, revient à formuler soi-même « l'infirmité ». La mère se trouve alors au cœur d'un conflit parce qu'elle est enfermée dans une apparence de « normalité », tout en sachant de manière implacable qu'elle n'est pas génétiquement la mère de l'enfant et donc qu'elle est « déviante »²⁶⁰³. Le silence de la législation l'amène à se poser des questions qui peuvent avoir des conséquences dans sa manière de construire la relation avec l'enfant²⁶⁰⁴. L'enfant est vu comme un enfant de la dette ; l'enfant idéal que la société lui a donné²⁶⁰⁵.

L'établissement du lien de filiation serait peut être moins disponible qu'on l'avait cru²⁶⁰⁶. La dimension purement volontaire du lien n'est pas assimilable à celle qui naît à l'issu d'une adoption : l'adoption a pour objet de recueillir un enfant abandonné, et a pour cause l'intention d'en faire un fils²⁶⁰⁷. Elle s'épanouit autour de l'aléa d'une rencontre. « En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, l'engagement est la cause de la naissance de l'enfant et non plus seulement la cause de la prise en charge d'un enfant déjà né d'autrui »²⁶⁰⁸. L'absence de hasard dans le processus d'engendrement, pourtant assimilé par le droit à la procréation charnelle, et l'intervention d'un tiers, médecin, donneur ou porteur, fait de cet acte non plus un acte unilatéral d'établissement de la filiation, mais bien un acte synallagmatique entre la société qui « donne » un enfant, en échange de l'obligation de le prendre en charge. Il ne s'agit plus d'être actif et de s'engager, mais d'être passif et obligé. Or c'est de cette passivité dans le processus que naît le sentiment de dette à l'égard de la société :

2603. H. S. BECKER, *Outsiders, Études de sociologie de la déviance*, p. 90.

2604. « Il a été vu d'une part, qu'un lien étroit de dépendance pouvait se tisser entre la femme, demandeuse d'enfant, et l'équipe médicale qui la prend en charge, d'autre part que l'homme pouvait se sentir exclu et dépossédé de l'accès à la parentalité en raison de son rôle restreint au niveau du parcours PMA. En outre, le recours aux PMA semble créer chez les parents un système de dettes et de loyautés par rapport à la médecine dont ils souhaitent s'acquitter à travers cet enfant. En raison de ces considérations, une perspective de recherche pourrait être l'intérêt porté à une éventuelle agressivité de la femme envers son conjoint. En effet, celle-ci se retrouve au centre du traitement procréatique, subissant diverses interventions invasives, prenant un traitement hormonal lourd, alors que l'homme se limite à donner son sperme » : M. PEOLIDIS, « Ces enfants issus de procréation médicalement assistées », *Le Coq-héron*, 2005, n° 182, pp. 135-141.

2605. « Ces personnes auraient tellement voulu et rêvé un enfant, passant par un parcours très difficile pour parvenir à la réalisation de ce désir, qu'une fois le bébé né, tout leur semblerait idéal. Cette idéalité toucherait aussi bien l'enfant que la famille. Ainsi le recours aux procréations médicalement assistées influencerait la constitution du système familial dans le sens où la place de l'enfant est royale, unique et prioritaire. Pour le dire autrement, l'idéalité se répercuterait sur la manière dont il trouve sa place au sein de la famille. L'enfant issu des PMA semble fortement investi, surprotégé et surstimulé par ses parents. Sa venue au monde est perçue comme « magnifique », « idéale », « extraordinaire » et comme la résolution de tout conflit. On peut se demander dans quelle mesure cet enfant a la liberté de ne pas correspondre à ce que l'on attend de lui, de ne pas être conforme à l'image que ses parents se font de lui » : M. PEOLIDIS, « Ces enfants issus de procréation médicalement assistées », *Le Coq-héron*, 2005, n° 182, pp. 135-141.

2606. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 906, p. 360.

2607. P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », *op.cit.*, p. 414.

2608. P. MURAT, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », *op. cit.*, p. 411.

ils ont le sentiment de recevoir plus qu'ils n'ont donné²⁶⁰⁹.

Ce sentiment est probablement amplifié par « la disproportion entre les moyens mis en œuvre pour assurer la perfection du consentement et les effets produits par celui-ci. Si la loi exige une solennité particulière pour l'émission du consentement, permet la révocation expresse du consentement durant la réalisation de l'assistance médicale à la procréation, et va jusqu'à présumer la disparition du projet parental en certaines circonstances, c'est bien pour responsabiliser les auteurs de l'enfant : une fois réalisée, l'insémination aura non seulement été voulue, mais elle aura toujours pu ne pas l'être »²⁶¹⁰. Or justement cette prise de conscience les maintient dans un statut social passif de « responsable » et non de « parent » de l'enfant. Il serait intéressant de mener une étude pour déterminer si, par exemple, les parents qui ont été obligés de payer d'une manière ou d'une autre pour obtenir leur enfant ont mieux réussi que les autres à se projeter dans leur statut de « parent » de l'enfant parce qu'ils ne devaient rien à la société²⁶¹¹.

355. Conclusion de la section. Comme le soulignait déjà la doctrine en 1948, l'émergence des nouvelles techniques médicales de procréation ont fait vieillir le Code civil notamment parce qu'il n'était plus nécessaire qu'il ait existé « un rapprochement physique » entre un homme et une femme pour engendrer²⁶¹². Il était de ce fait incontournable de repenser la manière d'établir le lien de filiation. Or depuis cette époque, le législateur s'est contenté de se laisser progressivement dépasser par la médecine, sans chercher à véritablement à repenser la construction du lien de filiation.

2609. I. PARIENTE-BUTTERLIN, *Le droit, la norme et le réel*, p. 21.

2610. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, thèse, n° 154, p. 163.

2611. « Les honoraires professionnels qui rémunèrent les services médicaux ou juridiques sont admis ; non seulement les spécialistes de l'adoption approuvent le droit de recevoir des honoraires raisonnables pour des services professionnels mais certaines lois accordent expressément des honoraires légaux et une indemnité pour les frais médicaux de la mère. Ainsi, alors que le marché noir est défini comme une entente économique humiliante, il existe un marché révisé et légitime pour les échanges d'enfants » : V. ZELIZER, « Repenser le marché, la construction sociale du marché aux bébés aux États Unis, 1870-1930 », *in actes de la recherche en sciences sociales*, 1992, vol. 94, pp. 3-26.

2612. « Cependant, dire que le juriste doit se montrer réaliste, ce n'est pas seulement l'inviter à tenir compte des réalités spirituelles qui, indivisiblement liées aux réalités biologiques, doivent les dominer ; c'est aussi l'astreindre à ne pas méconnaître ces réalités biologiques, telles que les laboratoires les ont aujourd'hui découvertes. A cet égard, certaines parties du Code civil ont vieilli. Non dans le mariage, mais dans la filiation. Car toute la réglementation que le Code donne de la filiation repose, en fait, sur deux postulats, dont sans doute, les auteurs du Code n'imaginaient pas qu'on pût sortir. Le premier, c'est que toute naissance est nécessairement le fruit d'un rapprochement physique du père et de la mère. Le second, c'est que la paternité ne peut être connue que par la recherche des rapports physiques que la mère a eus avec le père, à l'époque de la conception, déterminée elle-même d'après la date de la naissance. Or c'est un fait, que biologiquement ces postulats ne sont plus toujours vrais » : R. SAVATIER, « Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie », *D.* 1948, chr. IX, p. 35.

Section 2 – L'établissement impossible de la filiation en cas de gestation pour autrui

356. Généralités. Désignée indifféremment convention de mère porteuse ou gestation pour autrui²⁶¹³, il s'agit, d'une convention par laquelle une femme renonce aux droits qu'elle pourrait avoir sur la filiation de l'enfant dont elle est accouchée au profit d'un tiers²⁶¹⁴. Ces appellations génériques regroupent de manière parfois impropre plusieurs réalités différentes²⁶¹⁵. En effet il y a gestation pour autrui soit lorsque la mère porteuse est également donneuse d'ovule, soit lorsque la gestatrice se voit implanter l'ovule d'une tierce personne, soit lorsque l'ovule est donné par la mère d'intention²⁶¹⁶. Suivant les hypothèses, il existe entre la femme gestatrice et l'enfant un lien physiologique, et/ou un lien génétique²⁶¹⁷. De même à l'égard de la mère d'intention, il peut exister un lien génétique si elle est à l'origine du don d'ovule. Or, bien que ces procédés soient relativement distincts, du point de vue du lien qui existe entre la mère d'intention et l'enfant, le droit français les prohibe indistinctement depuis 1994²⁶¹⁸. Le législateur refuse d'admettre que la femme est un Homme comme les autres. En effet, de même que pour la filiation paternelle, la filiation maternelle pourrait se construire à partir d'une reconnaissance lorsqu'elle est génétiquement la mère de l'enfant si le critère de l'accouchement n'était pas prépondérant²⁶¹⁹.

Ainsi, l'article 16-7 du Code civil issu de la loi du 29 juillet 1994²⁶²⁰ dispose

2613. L. KHAIAT, « Mère ou femme porteuse ? », in L. KHAIAT, *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, ERES, 1995, p. 59.

2614. A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, n° 375, p. 180.

2615. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, n° 1822, p. 755.

2616. A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, n° 976, p. 399.

2617. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, n° 1030, p. 412.

2618. P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *Droit civil, tome 1, introduction au droit*, n° 380, p. 200.

2619. Voir *supra* n° 89.

2620. Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au corps humain, *JORF* 30 juillet 1994, n° 175, p. 1106 et loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* 30 juillet 1994, n° 175, p. 11060 ; G. RAYMOND, « L'assistance médicale à la procréation (après la promulgation des lois bioéthiques) », *JCP* 1994, I, Etudes 3796, pp. 453-462 ; J. LANSAC, « Application des lois bioéthiques concernant l'assistance médicale à la procréation : problèmes et solutions », *Médecine et Droit* 1994, n° 8, pp. 124-128 ; Ch. BYK, « Aperçu rapide sur la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain », *JCP* 1994, actualités, n° 32, pp. 1-4 ; Ch. BYK, « La loi relative au respect du corps humain », *JCP* 1994, Études 3788, n° 39, pp. 405-414 ; J.-C. GALLOUX, « *De corpore iusi*, première analyse sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois numéro 94-953 et 94-954 du 29 juillet 1994 », *LPA* décembre 1994, n° 149, pp. 18-24 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Les dons d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain : de la loi Caillavet aux lois de bioéthique », *RDSS* 1995, n° 1, pp. 1-19 ; J. MASSIP, « L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée »,

que « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». L'article 16-9 issu du même texte, donne une portée absolue à cette prohibition en précisant que : « *Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public* ». La jurisprudence n'avait pas attendu ces textes pour déclarer contraire à l'ordre public ces conventions. En effet, le tribunal de grande instance de Marseille avait déjà dû, le 27 janvier 1982, déclarer contraire à l'ordre public une convention de femme porteuse à la suite de l'action du ministère public qui avait été alerté sur la reconnaissance par une personne transsexuelle d'un enfant qui avait été porté pour lui par une autre femme²⁶²¹. La Cour de cassation, pour sa part, rendit son premier arrêt le 31 mai 1991, dans lequel elle avait estimé que l'adoption ne pouvait pas être admise si elle « *n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption* »²⁶²².

Elle le réaffirme quelques années plus tard²⁶²³, juste avant l'adoption des lois

degrénois janvier 1995, n° 2, pp. 65-80 ; J.-J. LEMOULAND, « Procréation médicalement assistée et droit de la filiation (lois numéros 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994), *D.* 1995, n° 3, pp. 15-24 ; M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.* 1995, chr. n° 11, pp. 75-79 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, pp. 249-270 ; É. MALLET, J. HÉRAIL, « Possession d'état et assistance médicale à la procréation », *JCP N.* 1995, n° 19, pp. 709-712 ; Ch. BYK, « Bioéthique (législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique), *JCP* 1995, I, doct. 3848, pp. 222-230 ; D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA* 1994, n° 149, pp. 25-28 ; J. SAVATIER, « Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui », *LPA* décembre 1994, n° 149, pp. 8-13 ; Cl. DESTAME, « Procréation médicalement assistée, consentement authentique », *JCP N.* 1995, I, doct., pp. 29-30 ; L. PELTIER, « Le secret médical », *RRJ* 1995, pp. 827-837.

2621. « *Attendu qu'il est amplement démontré tant par les pièces versées aux débats que par les aveux mêmes des intéressés que Marie-Josée E... se trouve dans l'impossibilité physiologique de concevoir un enfant, que par voie de conséquence, les déclarations de Patrick F... sont à l'évidence mensongères tant en ce qui concerne sa prétendue paternité que la maternité de Marie-Josée E... ; attendu qu'en l'espèce la déclaration de naissance et la reconnaissance émanant toutes deux de Patrick F... ne peuvent être dissociées et que la contestation de la seconde revient à contester les énonciations mêmes de la première* » : Tribunal de grande instance de Marseille, 27 janvier 1982, affaire *F. et autres c./ procureur de la République* ; J. PENNEAU, « Filiation », *JCP* 1983, II, 20028 ; R. NERSON, « Les annulations de reconnaissance mensongères », *RTD civ.* 1983, p. 737-738.

2622. Cass. plen. 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20105, *bull.* 1991 A. P. n° 4, p. 5 ; B. EDELMAN, C. LABRUSSE RIOU, note sous arrêt, *JCP* 1991, II, 21653, p. 107 ; F. TERRÉ, note sous arrêt, *JCP* 1991, II, 21752, p. 377 ; D. THOUVENIN, note sous arrêt, *D.* 1991, jur., p. 417 ; F. BOULANGER, « Adoption », *D.* 1990, p. 540 ; J. MASSIP, « Contrats et obligations », *D.* 1990, p. 273 ; A. SÉRIAUX, « Associations », *JCP* 1990, II, 21526 ; D. HUET WEILLER, « Détournement de l'adoption (L'illicéité de la maternité de substitution et de l'adoption subséquente) », *RTD civ.* 1991, p. 517 ; M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.* 1992, p. 489.

2623. Cass. civ. 1re, 29 juin 1994, pourvoi n° 92-13563, *bull.* 1994, I, n° 226, p. 165 ; J. HAUSER, « Maternité de substitution : la fronde poitevine n'était qu'une révolte, pas une révolution », *RTD civ.* 1994, p. 842 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Nullité de l'adoption d'un enfant né d'une mère porteuse », *JCP* 1995, II, jur. 22362, pp. 15-17 ; H. CARVAIS-ROSENBLATT, note sous arrêt, *gaz. pal.* janvier 1995, n° 15, pp. 13-17 ; J.

bioéthiques de juillet 1994 qui viennent, sous forme de loi cette fois, prohiber définitivement leur pratique. Il faut dire que la technique de l'adoption n'est pas du tout adaptée aux procréations médicalement assistée²⁶²⁴. Seuls les enfants déjà nés peuvent être adoptés, puisque par définition leur personnalité juridique ne commence qu'au moment de leur naissance vivante et viable²⁶²⁵. L'adoption ne pouvait donc pas sécuriser la filiation de l'enfant avant sa naissance ; or un tel dispositif est impératif en matière de gestation pour autrui. Par ailleurs, et de manière plus technique, la cause de l'adoption est en principe l'abandon de l'enfant par ses parents biologiques. Il faudrait admettre que l'adoption puisse trouver sa cause dans la volonté d'engendrer, ce qui est contraire à l'ordre public.

Parce qu'elles sont illicites en France, il est impossible de connaître la réelle ampleur du recours aux conventions de mère porteuse du fait de leur nécessaire discrétion²⁶²⁶. Il reste qu'à intervalle régulier elles reviennent sur le devant de la scène²⁶²⁷. Implacablement la Cour de cassation refuse l'établissement de la filiation maternelle et la mention de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant estimant que cette pratique est contraire aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Il convient toutefois de noter une évolution dans l'argumentation de la Cour.

En 1991 et en 1994, elle visait au soutien de sa décision les articles 6, 1128 et 353 du Code civil. La doctrine soulignait alors qu'il n'était pas impossible que cette solution soit incompatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme relatif au droit au respect de la vie familiale²⁶²⁸. En 2003 et en 2008, alors que les requérants invoquaient notamment l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant, la Cour de cassation n'en tient pas compte et se contente de viser l'article 16-7 du Code civil. Elle revoit toutefois sa position en 2011, en visant non seulement les articles 16-7 et 16-9 du Code civil, mais encore l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant, faisant valoir de manière discutable que : « *une telle situation qui ne prive pas l'enfant de la filiation maternelle et paternelle que le droit de l'État*

MASSIP, « Chronique de jurisprudence générale, personnes, familles », *defrénois* mars 1995, n° 5, pp. 310-332.

2624. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, n° 90, p. 655.

2625. F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, n° 791, p. 736.

2626. Par exemple le site internet : www.co-parents.fr.

2627. Cass. civ. 1re, 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-03927, *bull.* 2003, I, n° 252, p. 201 ; Cass. civ. 1re, 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20468, *bull.* 2008, I, n° 289 ; Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17130. ; Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66486 ; Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19053.

2628. F. TERRÉ, note sous arrêt, *JCP* 1991, II, 21752, p. 382.

du Minnesota lui reconnaît ni ne l'empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cette enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant ». Il n'est cependant pas certain que malgré cette prise en compte du droit international des droits de l'Homme la décision de la Cour de cassation soit à l'abri de toute critique. Mais il y avait de l'aveu même des magistrats, un appel du pied au législateur, pour qu'il revoie la loi, et donne à l'enfant un acte de naissance conforme à ses origines et à sa filiation voulue²⁶²⁹.

D'ailleurs, il semble qu'à côté de cette prise en compte *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant par la Cour de cassation, le Conseil d'État ait choisi une position plus conforme à l'esprit de la Convention internationale des droits de l'enfant lue à la lumière des observations finales du Comité international des droits de l'enfant²⁶³⁰. En effet, dans sa décision du 4 mai 2011, le Conseil d'État a décidé d'autoriser la délivrance d'un « laissez-passer », afin que le père de deux jumelles nées d'une femme porteuse indienne, puisse les faire entrer en France²⁶³¹. Il convient toutefois de tempérer la portée de cette décision, qui n'avait pas vocation à trancher l'affaire au fond : « *Considérant qu'il n'appartient qu'au tribunal de grande instance de Nantes de se prononcer sur le bien-fondé du refus opposé par le procureur de la République à la transcription des actes de naissance des jumelles sur les registres de l'État civil français* »²⁶³². Il ne s'agissait que de la délivrance d'un document de voyage. Le Conseil d'État précisait de plus que les circonstances concrètes de l'espèce l'invitaient à prendre cette décision puisque : « *le dossier fait apparaître que le père et la mère biologique entendent que leurs filles soient élevées en France par leur père* ». Cependant, le Conseil d'État n'affirmait pas qu'il était dans l'intérêt des enfants de suivre systématiquement leur père en France²⁶³³. Et c'est ainsi que le 8 juillet 2011, le Conseil d'État a retenu en sens inverse, dans une situation pourtant analogue, qu'au vue « *des incertitudes quant à l'identité et la*

2629. J. HAUSER, « L'enfant », *gaz. pal.* 2013, n° 89, p. 27.

2630. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, n° 1830, p. 760.

2631. Conseil d'État, 4 mai 2011, n° 348778. J. GALLOIS, « Non transcription de l'état civil d'enfants nés d'une convention de mère porteuse : des conséquences atténuées par le Conseil d'État », *RLDC* 2011, n° 83, pp. 46-47 ; A. GOUTTENOIRE, « L'intérêt supérieur de l'enfant né d'une convention de mère porteuse : le pragmatisme du Conseil d'État », *lexbase hebdo* 2011, n° 444 ; A. GOUTTENOIRE, « Enfant conçu dans le cadre d'une convention de mère porteuse : l'intérêt supérieur de l'enfant suffisant devant le Conseil d'État », *EDFP* 2011, n° 7, p. 3 ; Cl. NEIRINCK, « L'autre versant de la gestation pour autrui : la paternité du commanditaire », *dt. fam.* 2011, comm. 99.

2632. A. GOUTTENOIRE, « L'intérêt supérieur de l'enfant né d'une convention de mère porteuse : le pragmatisme du Conseil d'État », *lexbase hebdo* 2011, n° 444.

2633. I. CORPART, « Quand le Conseil d'État indique les conditions dans lesquelles des documents de voyage peuvent être obtenus pour des enfants issus de la gestation pour autrui », *RJPF* 2011, n° 11, p. 26-28

volonté exactes de la mère des enfants en cause » il était nécessaire de procéder à des « vérifications plus poussées » avant de faire droit à la demande de « laissez-passer »²⁶³⁴. Si le Conseil d'État ne désapprouve pas la Cour de cassation sur le fond, en se contentant de statuer sur une autorisation ponctuelle de circulation, il lui montre tout de même la voie à suivre en adoptant, au cas par cas, une prise en compte concrète de l'intérêt de l'enfant.

La Cour de cassation n'est pas restée sourde aux décisions du Conseil d'État, pas plus qu'elle ne l'a été au changement de majorité politique, et en 2012, elle a de nouveau modifié sa jurisprudence²⁶³⁵. Certes, elle n'a pas procédé à un revirement de jurisprudence en demandant aux juges du fond de procéder à une interprétation concrète de l'intérêt de l'enfant. Cependant, elle a cessé d'invoquer les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Pour refuser la retranscription de la décision étrangère, elle s'est contenté d'affirmer qu'une telle opération aurait pour conséquence de faire figurer dans l'acte de naissance de l'enfant l'identité de deux parents de même sexe, ce qui n'était pas possible en droit positif. En ne retenant plus un obstacle d'ordre public, mais, cette fois, un obstacle d'ordre technique, elle signifiait au législateur qu'elle était prête à retranscrire les conventions de femmes porteuses dès lors qu'il serait possible de mentionner deux parents de même sexe dans l'acte de naissance de l'enfant. Maintenant que la loi ouvrant l'adoption pour les couples de même sexe a été votée, il semble qu'il n'existe plus d'obstacle, au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation pour que les conventions de femme porteuse soient admises en droit français.

2634. Conseil d'État, 8 juillet 2011, n° 350486 ; I. CORPART, « Quand le Conseil d'État indique les conditions dans lesquelles des documents de voyage peuvent être obtenus pour des enfants issus de la gestation pour autrui », *RJPF* 2011, n° 11, p. 26-28 ; O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.* 2012, p. 390 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation, avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, p. 1432 ; R. GRAND, « Gestation pour autrui et appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant », *AJDA* 2011, p. 1406 ; F. MILOUDI, « La gestation pour autrui : un refus circonstancié ? », *AJ fam.* 2011, p. 499.

2635. Cass. civ. 1re, 7 juin 2012, pourvoi n° 11-30261, *bull.* 2012, I, n° 125 ; « *Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher, ainsi qu'il lui incombait, si la transcription du jugement sur les registres de l'état civil français n'aurait pas pour effet d'inscrire cet enfant comme étant né de deux parents du même sexe, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » : Cass. civ. 1re, 7 juin 2012, pourvoi n° 11-30262, *bull.* 2012, I, n° 126 ; A. DEVERS, « Contrariété à l'ordre public de la décision étrangère d'adoption par un couple de personnes de même sexe », *JCP* 2012, n° 25, p. 1204 ; I. GALLMEISTER, « Adoption par un couple homosexuel : refus d'exequatur », *D.* 2012, n° 24, p. 1546 ; J. HAUSER, « L'exequatur des décisions d'adoption prononcées à l'étranger dans le cadre d'un couple homosexuel (suite) », *RTD civ.* 2012, pp. 522-523 ; J.-D. AZINCOURT, « Quel état civil en France pour l'enfant adopté à l'étranger par un couple homosexuel ? », *JCP N.* 2012, n° 35, pp. 49-51 ; E. POULIQUEN, « Pas d'exequatur pour des décisions prononçant l'adoption d'un enfant par un couple de même sexe », *RLDC* 2012, n° 96, p. 43 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « L'adoption, le mariage et l'altérité sexuelle : du droit international privé au droit interne (à propos des arrêts de la Cour de cassation du 7 juin 2012) » ; D. VIGNEAU, « Ces couples homosexuels venus d'ailleurs qui veulent en France ce que leurs homologues ne peuvent avoir ! », *D.* 2012, n° 30, pp. 1992-1996.

357. Politique familiale et droit européen des droits de l'Homme. Le choix de la France d'interdire les conventions de femme porteuse entre sans doute dans le cadre de la marge de manœuvre que la Cour européenne des droits de l'Homme laisse aux États parties eu égard à l'absence de consensus sur l'usage, en général, des techniques scientifiques de procréation médicalement assistée. En effet, la Haute juridiction a eu l'occasion d'affirmer dans un arrêt récent que des ingérences dans le droit de procréer étaient possibles dès lors qu'elles poursuivaient le but légitime de « *protection de la santé ou de la morale, et la protection des droits et libertés d'autrui* »²⁶³⁶. La prohibition, dans l'absolu, du recours aux conventions de femme porteuse semble alors tout à fait compatible avec le droit européen des droits de l'Homme.

Toutefois, cette interdiction, qui ne peut rien contre le fait accompli, pose une difficulté majeure : elle opère une confusion entre l'acte d'appeler un enfant à la vie dans de telles conditions, et la conséquence de l'acte qu'est l'établissement de la filiation de l'enfant²⁶³⁷. La sévérité de la loi devait permettre, par la sanction qu'elle crée²⁶³⁸, de dissuader le recours à la gestation pour autrui²⁶³⁹. Il s'agit d'un procédé législatif courant, destiné à rendre la règle de droit coercitive, qui consiste, en vertu de l'adage *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, à priver d'effet les actes réalisés en violation de ladite règle de droit²⁶⁴⁰. C'est pourquoi les textes actuels prohibent l'établissement d'un lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant issu de la convention, sur le fondement de leur propre fraude à la loi. Or, si une telle rédaction de la loi prive d'effet le stratagème parental, et par là opère à leur égard une sanction, cette sanction a également des effets sur l'enfant issu de la convention qui risque de se retrouver sans filiation -maternelle-. Il est alors privé de la protection juridique parentale à laquelle la Convention internationale des droits de l'enfant lui donne pourtant droit²⁶⁴¹. La question de savoir qui sont les parents de l'enfant est encore une fois posée au législateur, alors qu'il a proclamé que ce n'était plus le mariage qui faisait la famille.

2636. Affaire *S. H. et autres c./ Autriche*, 3 novembre 2011, requête n° 57813/00, § 90.

2637. G. KESSLER, « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *dt. fam.* juillet 2005, Études n° 16, pp. 11-15.

2638. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, p. 323.

2639. I. PARIENTE-BUTERLIN, *Le droit, la norme et le réel*, p. 57.

2640. A. LAQUIÈZE, « Sanction », *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1383.

2641. Article 5 de la Convention internationale des droits de l'enfant : « *Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention* ».

Sauf à procéder d'office à un placement de l'enfant en vue de son adoption par un autre couple, à titre de sanction, ce qui pourrait d'ailleurs poser d'autres problèmes du point de vue des droits de l'enfant, il ne peut pas exister de sanction qui garantisse une prise en compte cohérente et satisfaisante des divers intérêts en jeu. Or, la Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé lors de son arrêt *S. H. et autres c./ Autriche* que même lorsqu'ils disposent d'une large marge d'appréciation, les États doivent mettre en place un cadre juridique cohérent, permettant la prise en compte effective des divers intérêts légitimes en jeu²⁶⁴². Il n'est pas certain qu'en faisant porter à l'enfant le poids des conséquences d'un acte réalisé avant sa naissance par des tiers, l'objectif de cohérence exigé par la Cour soit atteint. Pourtant, l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme laisse penser qu'elle pourrait condamner la France qui refuse de donner à l'enfant qui vit de fait avec ses parents d'intention, les mêmes droits que les autres enfants²⁶⁴³.

358. Physiologie et filiation maternelle. Alors que la filiation paternelle peut être établie par tout moyen, l'établissement de la filiation maternelle, qui se prouve par la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant²⁶⁴⁴, découle uniquement de la preuve que la mère prétendue est celle qui a accouché de l'enfant²⁶⁴⁵. Dès lors, bien que la preuve soit libre au sens du droit de la filiation, elle ne peut porter, aux termes de l'article 325 du Code civil, que sur l'accouchement. Le critère physiologique de l'accouchement est donc prépondérant sur le critère génétique²⁶⁴⁶, de sorte que, même en prouvant que l'enfant est génétiquement celui de la femme qui se prétend sa mère, il ne peut pas faire établir un lien de filiation à son égard²⁶⁴⁷ ; ce qui par hypothèse est le cas puisqu'il y a eu convention de femme porteuse²⁶⁴⁸.

359. Lien génétique avec la mère d'intention. Parmi les hypothèses de gestation pour autrui, il peut arriver que le couple d'intention soit à l'origine du don d'ovule. Dans cette hypothèse, l'enfant issu de la convention de femme porteuse est génétiquement

2642. Affaire *S. H. et autres c./ Autriche*, 3 novembre 2011, requête n° 57813/00, § 100.

2643. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07 ; Case of *Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09.

2644. Article 311-25 du Code civil.

2645. Article 332 du Code civil.

2646. N. COUDOING, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, thèse, p. 7.

2647. C'est la raison pour laquelle nous pensons qu'il est peu probable que l'enfant puisse prouver sa filiation maternelle en cas d'accouchement anonyme. En effet, il ne serait alors plus possible de faire la différence entre les conventions de femme porteuses et les accouchements anonymes « classiques ».

2648. Voir *supra* n° 248.

celui du couple. Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école, puisque dans l'une des trois affaires dont la Cour de cassation avait été saisie en avril 2011, l'embryon utilisé était issu d'un don de gamètes du couple²⁶⁴⁹. Dans ce cas, la question peut se poser de savoir dans quelle mesure il est légitime de priver l'enfant de la retranscription de son lien de filiation maternelle dans son acte de naissance et cela d'autant plus que le lien de filiation paternel pourra être établi qu'il soit ou non le père de l'enfant, du fait du recours à la procréation médicalement assistée²⁶⁵⁰.

360. Applicabilité de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Pour que l'article 8 trouve à s'appliquer à l'espèce, la Cour admet que seul un lien *de facto* peut suffire²⁶⁵¹. La cohabitation entre les parents et l'enfant permet de caractériser ce lien²⁶⁵², quand bien même elle aurait été interrompue²⁶⁵³. Elle avait ainsi par exemple pu considérer que le fait pour une femme de se comporter comme la mère de l'enfant dont elle revendiquait l'adoption, permettait de caractériser l'existence d'un lien familial *de facto*²⁶⁵⁴. Dans l'hypothèse qui retient notre attention, l'existence de ce lien *de facto* n'est jamais discutée, puisque comme dans l'affaire *Wagner*, le parent d'intention se comporte en parent naturel et fonde justement sur l'existence de ce fait accompli sa demande devant les tribunaux français : il a pris à sa charge l'enfant qui a été abandonné à sa naissance par la gestatrice, conformément à la convention, et se comporte en tous points comme le seul parent possible de l'enfant²⁶⁵⁵.

361. Droit de l'enfant d'établir son ascendance.

Il découle de la jurisprudence de la Cour que l'article 8 garantit notamment le droit de l'enfant d'établir son ascendance, qui est, selon elle, un intérêt vital pour les personnes²⁶⁵⁶. Partant, elle proclame que tous les enfants qui en font la demande doivent obtenir, dans leur intérêt, la reconnaissance de leur filiation génétique²⁶⁵⁷, afin qu'ils puissent trouver dans leur famille la stabilité et la protection à laquelle ils peuvent légitimement prétendre²⁶⁵⁸. De manière plus technique, l'enfant sans filiation vivant sur le sol français est à la charge de la société. Dans la mesure où l'enfant a été conçu par la volonté expresse d'un couple, il peut être avancé qu'ils

2649. Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66486.

2650. Voir *supra* n° 117.

2651. Affaire *X., Y et Z. c./ Royaume-Uni*, 22 avril 1997, requête n° 21830/93, § 37.

2652. Affaire *Marckx c./ Belgique*, 13 juin 1979, requête n° 6833/74.

2653. Affaire *Elsholz c./ Allemagne*, 13 juillet 2000, requête n° 25735/94, § 43.

2654. Affaire *Wagner et J. M. W. L. c./ Luxembourg*, 28 juin 2007, requête n° 76240/01, § 117.

2655. Voir *supra* n° 179.

2656. Affaire *Jäggi c./ Suisse*, 13 juillet 2006, requête n° 58757/00, § 39.

2657. Voir *supra* n° 228.

2658. Affaire *Kroon et autres c./ Pays-Bas*, 27 octobre 1994, requête n° 18535/91, § 40.

ont l'obligation d'établir avec lui un lien de filiation destiné justement à éviter qu'il ne soit à la charge de la société, parce qu'ils sont responsables de sa naissance²⁶⁵⁹. Dès lors que l'enfant et les parents souhaitent que ce lien existe entre eux, qu'il est effectif et qu'il n'est revendiqué par personne d'autre, la Cour européenne des droits de l'Homme pourrait voir dans l'absence de législation autorisant une retranscription satisfaisante de l'acte de naissance de l'enfant, une atteinte à son droit de mener une vie familiale normale²⁶⁶⁰.

362. Existence d'un lien de droit entre les parents et l'enfant. La prohibition de cette technique étant forte en France, les couples se tournent la plupart du temps vers des professionnels étrangers. Pour cette raison, lorsqu'ils reviennent en France, ils sont en possession d'un document officiel qui reconnaît un lien juridique entre eux et l'enfant. Ce lien *de iuris* est systématiquement constaté et reconnu par la Cour de cassation. Ainsi, avait-elle admis que : « *Une telle rectification, qui ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit de l'État du Minnesota lui reconnaît* »²⁶⁶¹. Au lien de fait s'ajoute donc un lien de droit qui donne à l'enfant un statut social incontestable.

363. Existence d'un lien biologique entre les parents et l'enfant. Dans certaines hypothèses, l'enfant est issu des gamètes de ses parents d'intention. Or selon la Cour, l'exactitude génétique doit toujours prévaloir, et c'est d'ailleurs sur ce fondement qu'elle a récemment condamné la France en s'étonnant que « *les juridictions nationales aient laissé des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique* »²⁶⁶². Bien qu'elle reconnaisse une certaine marge d'appréciation aux États pour ce qui est des restrictions à l'exercice des libertés garanties par l'article 8, elle estime que « *l'ampleur de cette marge d'appréciation de l'État dépend non seulement du ou des droits concernés, mais également, pour chaque droit, de la nature même de ce qui est en cause* »²⁶⁶³. En l'espèce, il s'agit de l'identité de l'enfant, dont la retranscription va lui permettre d'accéder notamment à des soins et à l'aide sociale à travers ses parents²⁶⁶⁴. Il s'agit d'un intérêt vital.

2659. J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, p. 447.

2660. Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07 ; Case of *Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09.

2661. Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66486.

2662. Affaire *Pascaud c./ France*, 16 juin 2011, requête n° 19535/08, § 68.

2663. Affaire *Pascaud c./ France*, 16 juin 2011, requête n° 19535/08, § 59.

2664. D. MENNESSON, « Retour d'expérience du père d'un enfant né d'une mère porteuse », *RLDC* 2010.

364. Conclusion de la section. Les progrès de la médecine ont bouleversé la manière dont le lien de filiation est perçu dans la société. Lorsque les lois de 1994 relatives à la bioéthiques ont admis la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, le législateur n'a pas perçu les changements profonds qu'il engageait. Il s'agissait de mettre un terme à l'idée suivant laquelle l'enfant en gestation était *pars viscerum matris*. La faculté de procréer un enfant en dehors de la femme dont l'enfant est issu impliquait de penser l'enfant comme une entité autonome dès le moment de la première multiplication de ses cellules. Discrètement, la révolution sexuelle dont rêvait probablement Simone de Beauvoir s'est mise en place, visant, *in fine*, à exonérer la femme des contraintes de la grossesse. En lui donnant la possibilité de procréer en dehors d'elle même, la science a proclamé, plus fort que toutes les Déclarations de droit, l'égalité de la femme et de l'homme. Les femmes, qui aujourd'hui peuvent se marier entre elles, ont obtenu la possibilité suprême de matérialiser cette décorrélation, l'une pouvant faire porter à l'autre l'enfant issu de son ovule²⁶⁶⁵. Il reste pour le droit à déterminer vers laquelle de ces deux femmes l'enfant pourra agir en recherche de maternité : vers la mère physiologique ou vers la mère génétique ? Il n'est pas certain que la position actuelle du droit français, qui consiste à ne déterminer la maternité qu'à partir du critère de l'accouchement soit encore tenable très longtemps.

²⁶⁶⁵. Cette pratique n'est pas conforme à la loi française, mais cette interdiction n'a aucun pouvoir de contrainte sur celles qui choisiront de procéder à ce montage à l'étranger.

Conclusion du chapitre

365. Filiation donnée ou filiation construite. Le maintien légal d'une superposition entre la maternité juridique et physiologique marque l'incapacité du législateur à renoncer à une vision vieillie de la femme : celle de son asservissement naturel à l'espèce humaine que dénonçait Simone de Beauvoir. Elle se retrouve ainsi enfermée dans un rôle passif qui ne peut que subir la maternité, et jamais la construire. L'homme pour sa part n'est pas mieux traité, puisqu'il est mis face à l'obligation « d'assumer » une paternité à laquelle il est soupçonné d'être tenté de se dérober.

La législation relative à la procréation médicalement assistée n'est pas adaptée parce qu'elle traite les couples en « responsables » et non pas en « parents ». Elle passe sous silence un acte gênant au regard des textes érigés en principes fondateurs de notre société : dignité, indisponibilité du corps humain, indisponibilité de la filiation, de l'état. Mais quel est le sens de tels principes si le législateur ne met pas en place de législation stricte, destinée à en assurer le respect et à punir les délinquants ? En admettant la procréation médicalement assistée, le législateur admettait du bout des lèvres que l'humain puisse faire l'objet de conventions ; quoi qu'on en dise, l'embryon humain, dès lors qu'il a vocation à devenir un humain, est déjà une personne en puissance. Fallait-il en contrepartie de ce déni culpabiliser les couples qui accédaient à cette technique ? De même aujourd'hui, réputer que les conventions de femme porteuse sont nulles n'a aucun sens : l'enfant, lui, est bien vivant ! De leur côté, les couples peuvent se comporter en parents sur le territoire français sans s'exposer à de lourdes sanctions pénales. Pourquoi, dans ce cas, faire supporter à l'enfant le poids d'un choix qui ne lui appartient pas, alors même qu'il devrait être considéré, au sens de nos principes fondamentaux, comme la victime d'un « *marché aux bébés* »²⁶⁶⁶ ?

2666. « Admettre l'utilisation à tout moment de n'importe quel moyen pour faire n'importe quoi -méthodologie souvent conseillée par les non-juristes – est une négation du droit et conduit à l'imprévisibilité complète de la solution. Que si l'on veut aller jusque là, il faut alors accepter la contractualisation de toutes les situations familiales avec un instrument indifférencié que serait le contrat et son corollaire, la filiation volontaire. Dans le cas contraire, malgré la charge émotionnelle, le droit de la famille a ses catégories et les exigences qui en découlent, comme toutes les autres branches du droit. Soutenir le contraire c'est accepter que s'instaurent le désordre et la disparition de tout contrôle social sur le phénomène » : J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, p. 447.

Conclusion du Titre

366. Discrimination. Le législateur a choisi de modifier la perception sociale que l'on devait avoir de la famille. Pour se faire, il a progressivement retiré au mariage le rôle qu'il avait dans la filiation, pour faire évoluer l'ordre public de la famille vers une dimension supposée plus objective : la filiation génétique. Cependant, il n'a pas complètement assumé cette démarche, puisque d'un côté il a maintenu une conception de l'inceste exclusivement fondée sur le mariage, et non sur la génétique, et qu'il n'a pas tenu compte du lien génétique pour l'établissement de la filiation maternelle, mais exclusivement du lien physiologique qui ne correspond plus aux aspirations de notre société contemporaine. Contrairement à l'affichage qui peut en être fait, tous les enfants ne sont donc pas égaux, puisqu'un certain nombre d'entre eux ne peuvent pas faire établir leur filiation génétique *a patre* ou *a matre*. Ces incohérences du système invitent plus que jamais à en repenser la logique pour que chacun puisse jouir de droits égaux en fonction des nouvelles définitions de la famille.

Conclusion de la Partie

367. La filiation en mutation. La fin du vingtième siècle a vu le droit de la famille se modifier profondément. Le mariage a perdu son sens à l'égard de la filiation de l'enfant, au profit d'une conception plus objective, tournée vers la preuve génétique. Contrairement au mariage, le lien génétique est un lien invisible. Dès lors, pour compenser cette transparence, le législateur, sous l'influence du droit international des droits de l'enfant a donné à l'enfant le droit de connaître ses origines. Certes, il ne vise pour le moment que certains enfants. Il n'a par ailleurs qu'un objet restreint, puisqu'ils ne peuvent obtenir que des informations, sans avoir la possibilité d'exiger des droits sur « leurs » parents.

Malgré l'apparence d'égalité prônée autour de la filiation génétique, il reste donc des enfants qui ne peuvent pas obtenir la retranscription de « leur » filiation, quand bien même ils la connaîtraient. En effet, aux cas dans lesquels les enfants ont déjà une filiation établie, s'ajoutent les hypothèses d'inceste ou de procréation médicalement assistée avec tiers donneur ou porteur dans lesquels il n'est pas tenu compte de la filiation d'origine de l'enfant. Plus que jamais se pose alors la question de savoir : qui sont les parents de l'enfant ?

Avec le soutien de la Cour européenne des droits de l'Homme, il semble qu'une certaine forme de « droit à... » des parents en particulier se dégage. En parallèle de ce phénomène, il faut souligner que la banalisation des familles recomposées, et la loi ouvrant l'adoption aux couples de personnes de même sexe sont en train d'imprégner l'inconscient collectif de l'idée suivant laquelle la filiation pourrait être plurielle : génétique ou volontaire, mais aussi filiation vécue, filiation d'amour... Comme le législateur n'a pas donné de définition des parents de l'enfant, la société est en train de s'emparer de cette définition : à chacun de revendiquer « sa » famille. Il pourrait alors se dégager une nouvelle conception de la filiation qui ne serait plus fondée sur l'exclusivité d'un lien entre un enfant et un homme, et un enfant et une femme, mais entre un enfant et plusieurs parents, ce qui constituerait alors une filiation de forme polygonique.

Conclusion générale

368. Hiérarchie des valeurs. Notre société, qui proscriit les « jugements de valeur », a renoncé à opérer une hiérarchie des valeurs au moment de l'élaboration de la loi par le législateur. Elle abandonne, en aval, à la jurisprudence, le pouvoir de décider au cas par cas quel est l'intérêt de l'enfant, l'intérêt des parents, l'intérêt de la famille ; quelles sont les situations normales et quelles sont celles qui ne le sont pas. Alors que cet abandon de fonction peut apparaître conforme aux aspirations de notre temps, qui revendiquent de rendre le droit plus proche des justiciables, la mise en œuvre pratique de cette utopie aboutit à trancher les conflits de droit, non plus en faisant prévaloir le droit de l'un sur le droit de l'autre, mais en recherchant une articulation de compromis, compatible avec les droits fondamentaux proclamés des uns et des autres. Il s'ensuit un certain bouleversement de la conception de l'ordre public, dont les frontières n'ont plus vocation à être aussi rigides que par le passé.

Il y a quelques années, la doctrine imaginait qu'en laissant à chacun le choix de sa famille, finirait par émerger le « modèle » qu'il conviendrait de proclamer d'ordre public. Le résultat ne laisse pas de surprendre. Il n'est plus question d'interroger, comme par le passé, l'ordre public pour savoir qui sont les parents de l'enfant. Il n'est plus question de devoir trancher entre vraisemblance et vérité. La juxtaposition du droit à la preuve génétique et du droit à la retranscription du fait accompli, de la procréation médicalement assistée ou de l'adoption pour tous et du droit de connaître ses origines ont eu pour conséquence non pas de faire primer une vision sur une autre, mais au contraire de les présenter comme autant d'éléments égaux et complémentaires qu'il était impossible de hiérarchiser. Sous l'influence de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, la filiation est moins perçue comme une préférence que comme une alternative.

369. Nouvelle logique de confrontation. La proclamation de l'égalité des enfants quels que soient les choix de vie de leurs parents a eu pour conséquence singulière que le rattachement familial ne soit plus pensé à partir d'un couple parental, mais à partir de l'enfant. La famille ne devant plus être classée à partir de sa forme, il devenait sans intérêt de se référer aux parents de l'enfant pour la reconnaître. Dans les conflits relatifs à la filiation, la « vérité » de la famille a été retranscrite à partir de l'enfant. En apparence symbolique, cette inversion conceptuelle a eu des répercussions très concrètes : naturelle, adoptive ou recomposée, la famille devait s'assumer comme égale dans toute sa diversité. Or, voir l'égalité des liens, c'était prendre le risque de ne plus pouvoir en « préférer » un.

La famille, décrite à partir de l'enfant, oblige à assumer l'existence de liens complexes, dont l'égalité de la reconnaissance sociale se manifeste par la multiplication de droits de visite et d'hébergement de toutes sortes, destinés à compenser des inégalités supposées. Disséminés dans les différents Codes, en parallèle du droit de l'enfant de connaître ses origines, ils sont autant de démembrements de l'autorité parentale qui aboutissent à donner une nouvelle forme à la famille de l'enfant. La Cour européenne des droits de l'Homme elle-même hésite de plus en plus à couper complètement l'enfant de l'un de ses parents, au profit du couple de l'autre. Une mutation est donc en train de s'opérer vers une conception polygonéique du lien de filiation, abandonnant l'idée ancestrale suivant laquelle l'enfant « appartiendrait » à ses père et mère. Cheminant sur la voie que lui ouvre l'autorité parentale, le rattachement de l'enfant à sa famille est en train de devenir pluriel, en même temps que sa famille, qui l'est déjà. Inversion conceptuelle intéressante : ce sont maintenant les parents qui « appartiennent » à l'enfant.

370. L'Homme normal. Une telle inversion sémantique n'est certainement pas arrivée sans raison. En proclamant que toutes les situations se valaient, notre société a peut être été prise au piège de l'égalitarisme. Elle veut transformer une norme de groupe en égalité des individus entre eux. Or, l'égalité du dix-neuvième siècle était pensée comme le point de départ de l'expression de la liberté, qui devait offrir à chacun la possibilité de faire ressortir, au sein de la société, la singularité de sa personne. Suivant une logique nouvelle, il n'a plus été supposé que toutes les situations individuelles se valaient, mais que toutes les situations individuelles devaient se valoir. C'est à travers cette potentialité, en apparence altruiste, que chacun a pu obtenir des prérogatives, non plus suivant sa nature humaine absolue, mais suivant ses besoins individuels relatifs ; potentiellement l'individu avait le « droit à... ». Associé à une logique consumériste destinée à susciter l'envie, puis le manque pour enfin accéder au bonheur, l'égalité n'est plus comprise à partir de ce qu'ils sont, mais à partir de ce qu'ils n'ont pas. L'accès à ce qu'il n'a pas, donnerait la liberté à l'individu.

L'égalité du vingt-et-unième siècle est devenue le but de l'expression de la liberté qui doit permettre à chacun de se fondre dans le groupe. L'égalité n'est plus un vecteur d'émancipation, mais d'incorporation ; la liberté n'est plus de faire, mais d'avoir.

Alors que du point de vue des adultes, la stérilité, la maladie, l'homosexualité,

ou que du point de vue de l'enfant, l'abandon, la procréation médicalement assistée, l'adoption, la filiation mensongère sont autant d'éléments qui caractérisent, dans leur diversité, la normalité humaine, la société a postulé que ces cas individuels plaçaient les individus en situation de ne pas avoir ce qu'ils « devraient », suivant une norme idéalisée. Dès lors, le droit, compassionnel, a repris à son compte cette aspiration à l'égalité d'une nouvelle génération dans la poursuite, non plus d'une logique d'égalité, mais d'augmentation. Il ne s'agit plus d'être égaux face aux hasards de la vie, il faut encore agir sur ce hasard pour que les vies, extraites de la réalité, soient égales dans un abstrait utopique.

371. Hasard et volonté. Malgré ce bouleversement des valeurs, qui sont au cœur du droit de la famille, il serait sans doute trop rapide de conclure à la disparition de l'ordre public de la famille au profit de l'expression d'une volonté toute puissante. Cette étude montre qu'il faut peut-être seulement chercher ailleurs. La science juridique est-elle faite pour contraindre les Hommes à vivre suivant un modèle préétabli à vocation immuable, ou pour décrire et encadrer le système juridique dont ils ont besoin ? L'humanité qui pense peut-elle seulement être contrainte ? Ce n'est pas parce que les justiciables revendiquent un encadrement plus étique de leur volonté, qu'ils veulent pour autant qu'elle s'exprime dans un cadre moins éthique.

Il ressort de la confrontation entre les droits parentaux et les droits de l'enfant que si les volontés aspirent à pouvoir s'exprimer sur d'autres sujets que par le passé, elles n'ont pas vocation à s'exprimer au-delà de nouvelles limites que la réprobation sociale est en train de dessiner. Que ce soient les libertés parentales, qui s'expriment face à une personne mineure trop jeune pour prendre la mesure de ce qui se joue, ou que ce soit l'appréciation de l'intérêt de l'enfant par les autorités amenées à faire prévaloir la volonté, intéressée, de l'enfant, la prise en compte de ces droits ne devraient jamais remettre en cause les hasards de la vie au delà d'un seuil qu'il reste encore à découvrir.

Parfois, les actions relatives à la filiation sont jugées trop vénales. D'autres fois, ce sont certains pères qui reprochent à la mère de l'enfant de les avoir « piégé » en leur imposant la naissance d'un enfant, ou à l'inverse de tout mettre en œuvre pour les empêcher d'établir un lien de filiation avec l'enfant. Il arrive aussi que ce soient les conditions dans lesquelles l'enfant ait été obtenu qui posent problème, allant, dans les cas les plus difficiles,

jusqu'à remettre en cause le sentiment d'appropriation générationnelle entre l'enfant et ses parents. Quelles qu'elles soient, ces actions ont contribué à construire l'identité de l'enfant. Elles s'expriment alors dans une complexité qui représente son quotidien. Dans la mesure où le législateur refuse d'opérer une hiérarchie entre toutes ces situations afin de ne pas porter de « jugement de valeur » sur le sort de tel ou tel enfant, il est devenu nécessaire de repenser la manière de concevoir le rattachement familial de l'enfant. En effet, pour le moment, la confrontation s'exprime principalement d'un point de vue extrapatrimonial, dans la mesure où ce ne sont encore, au titre de l'exercice de l'autorité parentale, que les droits sur l'enfant qui sont discutés.

Cependant, il serait équitable que l'enfant puisse trouver une contrepartie alimentaire et successorale dans le démembrement des droits octroyés sur lui. Plus encore, un risque se profile de voir certains enfants vivre des situations, imposées de fait par les adultes, dont ils ne pourront jamais obtenir la retranscription en droit. Ils seront privés de toute forme de protection alimentaire, et n'auront pas de vocation successorale spécifique si le législateur ne décide pas d'intervenir de manière ambitieuse. Finalement, la très vieille question de la discrimination entre les enfants légitimes et les enfants naturels n'a peut-être pas disparu par la proclamation de l'égalité de tous les enfants : elle n'a fait que changer de forme.

Bibliographie

Bibliographie de la doctrine

Ouvrages généraux

P. AMSELEK, «*Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*», Le temps des idées, Armand Colin, Paris, 2013, 647 pp..

A. BATTEUR, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, Paris, 2009, 5e édition, 600 pp..

G. BAUDRY-LACANTINERIE, M. HOUQUES-FOURCADE, *Théorie et pratique de droit civil des personnes*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Deuxième édition, tome deuxième, Paris, 1900, 866 pp..

A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, Montchrétien, 2e édition, 2012, 536 pp..

Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, Précis, Paris, 1er édition, 2008, 1121 pp..

Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, introduction, biens, personne, famille*, Dalloz, 17e édition, Paris, 2011, 988 pp..

J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, PUF, quadriges, Paris, 1er édition, 2004, 2573 pp..

J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 2em édition 2004, 415 pp..

J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ 2001, 493 pp..

J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, Defrénois, Evreux, 1979, 298 pp..

J. ELLUL, *Le fondement théologique du droit*, Dalloz, Paris, réédition 2008, 109 pp..

J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille*, LGDJ, Paris, 1993, 2e édition, 943 pp..

Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, connaissance du droit, Paris, 2005, 158 pp..

L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français, tome premier, théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, recueil Sirey, Paris, 1930, 1015 pp..

P. KOLB, L. LETURMY, *Droit pénal général*, Galino, Lextenso, Paris, 2012, 7e édition, 240 pp..

Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 4e édition, Paris, 2011, 748 pp..

Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 6e édition, Paris, 2012, 368 pp..

Ph. MALAURIE, *Les personnes, les incapacités*, Defrénois, 5e édition, 366 pp..

V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, Librairie de jurisprudence Cotillon, 5e édition, tome deuxième, Paris, 1852, 655 pp..

I. PARIENTE-BUTERLIN, *Le droit, la norme et le réel*, PUF, Paris 2005, 203 pp..

J. PRADEL, *Droit pénal général*, édition Cujas, Saint-Amand-Montrond, 2002, n° 500, p. 749 pp..

F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Collection droit fondamental, PUF, 9e édition, Paris, 2008, 843 pp..

F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Doit civil, La famille*, Précis Dalloz, Paris, 8e édition, 2011, 1106 pp..

F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes. Personnalité – Incapacité - Protection*, Précis Dalloz, Paris, 8e édition, 2012, 934 pp..

B. TEYSSIÉ, *Droit civil, les personnes*, Litec, Paris, 14e édition, 2011, n° 13, 534 pp..

J.-M. TRIGEAUD, *Droits premiers*, BIERE, Bordeaux, 2001, 240 pp..

M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, Paris, réédition 2009, 274, pp..

M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Paris, 2006, 624 pp..

P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *Droit civil, tome 1, introduction au droit*, LGDJ 33e édition, Paris 2011, 884 pp..

Ouvrages spéciaux

S. ABRAVANEL-JOLLY, *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, thèse, Defrénois, Paris 2005, 326 pp..

Ph. ARIÈS, *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Plon, Paris, 1960, 502 pp..

C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, thèse Bordeaux dact., 1999, 489 pp..

G. AUBIN, J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, 1995, 320 pp..

A.-Cl. AUNE, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, PUAM, Marseille, 2007, 469 pp..

J. BECQUART, *Les mots à sens multiples en droit civil français, contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, thèse, PUF, Paris, 1928, 336 pp..

F. BETAÏLLOLE-GONTHIER, *La capacité naturelle*, thèse dact. Bordeaux, 1999, 449 pp..

M. BODIN, *Le notions relatives en droit civil*, thèse dact., bordeaux 2011, 609 pp..

M. BORDET, *Précis d'histoire romaine*, Armand Colin, troisième édition, Paris, 2003, 327 pp..

F. BOULANGER, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant, histoire, problématique, panorama comparatif et international*, Edilivre AParis, collection coup de cœur, Paris, 2008, 398 pp..

J. CHARPENTIER, *Le droit de l'enfance abandonnée, son évolution sous l'influence de la psychologie (1552-1791)*, PUF, Paris, 1967, 244 pp..

N. CORDIER-DUMONNET, *Le détournement d'institution*, thèse, datc. Université de Bourgogne, 2010, 526 pp..

N. COUDOING, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, thèse dact., Toulon, 2007, 424 pp..

M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, Thèse dact., Bordeaux, 2010, 547 pp..

J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, 313 pp..

A. DECOQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, thèse LGDJ, Paris, 1960, 459 pp..

C. DEMOLOMBE, *Traité de la paternité et de la filiation*, Auguste Durand et L. HACHETTE et compagnie, deuxième édition, Paris, 678 pp..

- Ph. DIDIER**, *De la représentation en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, tome 339, Paris, 2000, 454 pp..
- G. DU ROUSSEAU DE LA COMBE**, *Recueil de jurisprudence du pays de droit écrit et coutumier par ordre alphabétique*, Mesnier, Paris, 1736, 476 pp..
- G. DU ROUSSEAU DE LA COMBE**, *Traité des matières criminelles suivant l'ordonnance du mois d'août 1670 & les Edits, Déclarations du Roi, Arrêts & réglemens intervenus jusqu'à présent*, Théodore Le Gras, Paris, septième édition, 1768, 731 pp..
- J. FERRAND**, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire... Le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle (1789-1889)*, thèse, dact., Grenoble 2000, 660 pp..
- E. GAILLARD**, *Le pouvoir en droit privé*, thèse, Economica, Paris, 1985, 250 pp..
- C. GALLIARD**, *Adoption simple, adoption plénière : essai sur la dualité de l'institution*, thèse dact. Grenoble, 2003, 507 pp..
- M. GARAUD**, *La Révolution française et la famille*, PUF, Paris, 1978, 270 pp..
- K. GARCIA**, *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, Larcier, Bruxelles, 2008, 674 pp..
- L. GAREIL**, *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Paris, Tome 413, 2004, 597 pp..
- M.-J. GEBLER**, *Le droit français de la filiation et la vérité*, LGDJ, thèse, Paris, 1970, 465 pp..
- M.-P. GIL-ROSADO**, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, thèse, Defrénois, Paris, 2006, tome 22, 363 pp..
- P.-F. GIRARD**, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, Paris, 8e édition, 2003, 1223 pp..
- A. GOUTTENOIRE**, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse dact. Lyon, 1994, 483 pp..
- L. GUERLAIN**, *Droit et société au XIXe siècle. Les leplaysiens et les sources du droit (1881-1914)*, thèse, Bordeaux, 2011, 655 pp..
- D. GUTMANN**, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 2000, 508 pp..
- J.-P. GUTTON**, *Etablir l'identité ; l'identification des Français du Moyen âge à nos jours*, PUL, Lyon 2010, 205 pp..
- G. GUYON**, *Chrétienté de l'Europe, fondations juridiques*, Dominique Martin Morin, Bouère, 2010, 351 pp..
- C. HIGY**, *Le temps en droit de la filiation*, PUS, Strasbourg, 2012, 368 pp..
- A. LEFEBVRE-TEILLARD**, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Paris, 1996, 475 pp..
- Y. LEGUY**, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, thèse, dact. Rennes, 1973, 486 pp..
- J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO**, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis, Paris, 2e édition, 2010, 1620 pp..
- B. MAUMONT**, *la représentation de l'enfant mineur*, mémoire de DEA, dact., Bordeaux, 2008, 104 pp..
- R. MONIER**, *Manuel élémentaire de droit romain (introduction historique, les sources, la procédure, les personnes, les droits réels, les successions)*, Domat, 6e édition, tome 1er, Paris, 1947, 551 pp..
- Cl. NEIRINCK**, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, thèse, Paris 1984, 453 pp..
- Cl. NEIRINCK**, *Le droit de l'enfance après la Convention des nations Unies*, Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Paris, 1er édition, 1993, 163 pp..
- G. NICOLAU**, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse PUB, Bordeaux, 1991, 644 pp..

J. POIRRET, *La représentation légale du mineur sous autorité parentale*, thèse dact. Université Paris-Est, 2011, 559 pp..

L. RIGAUD, *La Recherche de la Paternité naturelle, Loi du 16 novembre 1912 et jurisprudence antérieure*, Sirey, Reims, S.D., 131 pp..

S. RODDE, *L'exercice de l'autorité parentale à l'épreuve du phénomène sectaire*, mémoire DEA, Lille 2003, 84 pp..

C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, thèse dact. Paris, 2000, 846 pp..

C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français, étude critique*, thèse, PUAM, Marseille 2009, 679 pp..

M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, thèse, LGDJ, Paris, 1982, 270 pp..

J.-F. TALLET, *Incapacité ou capacité du mineur*, thèse dact., Bordeaux, 1983, 653 pp..

F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave, génétique et droit*, Flammarion, Paris, 1987, 222 pp..

B. THULLIER, *L'autorisation, étude de droit privé*, LGDJ, thèse Paris 1996, 330 pp..

G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, Paris, 2008, 677 pp..

P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français, accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*, Scientia Verlag AALEN, réimpression de la 3^{em} édition, Paris, 1966, 1012 pp..

NON JURIDIQUE

D. AUBERT-MARSON, *Histoire de l'eugénisme*, ellipses, Paris, 2010, 353 pp..

S. DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, Gallimard, première édition 1949, Saint-Amand, 2010, 408 pp..

J.-D. DE LANNOY, P. FEYEREISEN, *L'inceste*, PUF, que sais-je ?, 1992, 128 pp..

R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, Seuil, Saint-Amand-Montrond, 2003, 587 pp..

R. MACHARD, *Tu enfanteras*, Flammarion, Paris, 1919, 245 pp..

Y. MOIX, *Naissance*, Grasset 2013, 1143 pp..

M. PLARD, *Paternités imposées, un sujet tabou*, LLL, Mayenne, 2013, 202 pp..

H. S. BECKER, *Outsiders, Études de sociologie de la déviance*, Métailié, Paris, 1985, 247 pp..

D. YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, PUF, questions d'éthique, Paris, 2002, 134 pp..

Rapports

ASSEMBLÉE NATIONALE

G. FENECH, Ph. VUILQUE, *Commission d'enquête relative à l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs*, 12 décembre 2006, n° 3507, p. 22. www.assemblee-nationale.fr, consulté en janvier 2013

B. BARÈGES, *Rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, 12 novembre 2010.

A. CLAEYS et J. LEONETTI, *Favoriser le progrès médical, respecter la dignité humaine*, Rapport n° 2235, janvier 2010.

M. LEBRANCHU, *La légion Étrangère, corps d'élite, au 21ème siècle*, rapport de l'Assemblée nationale, 2010, p. 6. www.assemblee-nationale.fr, consulté en janvier 2013

COMMISSION D'ACCÈS AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

Commission d'accès aux documents administratifs, Recueil des principaux avis et conseils. Rapport d'activité, Commission d'accès aux documents administratifs, 2006. www.ladocumentationfrancaise.fr, consulté en février 2012.

J.-P. LECLERC, Rapport d'activité, Commission d'accès aux documents administratifs, 2007, p. 65 & p. 73. www.ladocumentationfrancaise.fr, consulté en février 2012

J.-P. LECLERC, Rapport d'activité, Commission d'accès aux documents administratifs, 2008. www.ladocumentationfrancaise.fr, consulté en février 2012

J.-P. LECLERC, Rapport d'activité, Commission d'accès aux documents administratifs, 2009. www.ladocumentationfrancaise.fr, consulté en février 2012

J.-P. LECLERC, Rapport d'activité, Commission d'accès aux documents administratifs, 2010. www.ladocumentationfrancaise.fr, consulté en février 2012.

J. VOISIN et Ph. GEORGES, Audit du fonctionnement du conseil national d'accès aux origines personnelles,

COMMISSION INTERNATIONALE DE L'ÉTAT CIVIL

F. GRANET, L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les Etats de la CIEC, note de synthèse, février 2003, www.ciec1.org/Documentation/NotePMA.pdf, consulté en octobre 2013.

J. MASSIP, F. HONDIUS, C. NAST, Commission internationale de l'état civil (CIEC), strasbourg, octobre 2007. www.ciec1.org, consulté en janvier 2013.

Colloque L'état civil au XXI em siècle : déclin ou renaissance ?, Strasbourg, 13 et 14 mars 2009. www.ciec1.org, consulté en janvier 2013.

CONSEIL D'ÉTAT

Conseil d'Etat, *La révision des lois de bioéthique*, Étude adoptée par l'assemblée générale plénière, 2009, p. 40. www.ladocumentationfrancaise.fr, consulté en janvier 2012.

CONSEIL NATIONAL D'ACCÈS AUX ORIGINES PERSONNELLES

Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, rapport d'activité 2007-2008, Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, www.cnaop.gouv.fr, consulté en janvier 2012.

J. PEYRÉ (dir.), Les demandes d'accès aux origines personnelles émanant de personnes mineures : l'âge de discernement, Groupe de travail CNAOP, mars 2010, p. 20. www.cnaop.gouv.fr, consulté en janvier 2012.

C. VILLENEUVE-GOKALP, Etude sur les mères de naissance qui demandent le secret de leur identité lors de leur accouchement, rapport de recherche juin 2010, p. 16. www.cnaop.gouv.fr, consulté en juin 2012.

J. VOISIN et Ph. GEORGES, Audit du fonctionnement du conseil national d'accès aux origines personnelles, inspection générale des affaires sociales, rapport n° RM2011-062P, juillet 2011, p. 3. www.ladocumentationfrancaise.fr, consulté en janvier 2012.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE ET DE L'ÉQUIPEMENT

A. MARAIS, O. TIMBART, M.-H. BARTHE, A. JACGERT, D. TOUSSAINT, Annuaire statistique de la justice, Edition 2007, La Documentation française, Paris, 2007.

A. MARAIS, O. TIMBART, A. JACGERT, D. TOUSSAINT, Annuaire statistique de la justice, Edition 2008, La Documentation française, Paris, 2009.

B. CAMUS, O. TIMBART, D. BAUX, A. JACGERT, D. TOUSSAINT, Annuaire statistique de la justice, Edition 2009-2010, La Documentation française, Paris, 2010.

B. CAMUS, O. TIMBART, T. FERRÉ, D. BAUX, M. GUILLOT-TOUDERT, Annuaire statistique de la justice, Edition 2011-2012, La Documentation française, Paris, 2012.

MIVILUDES

MIVILUDES, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 2007.
www.ladocumentationfrancaise.fr.

MIVILUDES, Rapport au Premier ministre, la documentation française, 2009.
www.ladocumentationfrancaise.fr.

Rapports du Comité international des droits de l'enfant

Les rapports dont la référence est de type : (CRC/C/15...) ou CRC/C/XXX/CO...) sont ceux qui correspondent aux observations finales du Comité international des droits de l'enfant. Les rapports de type (CRC/SR.) sont les résumés des discussions qui ont eu lieu devant le Comité à l'ONU. Les autres sont les rapports périodiques présentant la situation des Etats parties.

Ces rapports sont disponibles sur internet : www2.ohchr.org/french/bodies/crc/
Ou à Genève, à la bibliothèque de l'ONU.

PRINCIPAUX THÈMES ÉTUDIÉS

(Les numéros renvoient aux pages)

- Abandon, 212
- Adoption, 218, 247
- Anonymat, boîtes à bébé, 334, 365, 450, 477
- Enregistrement de l'enfant, 51
- Intérêt supérieur de l'enfant, 261, 418
- Origine, 449
- Parents, 327
- Parole de l'enfant, 274, 432
- Trafic d'enfant, 235

LISTE DES RAPPORTS ÉTUDIÉS

AFRIQUE DU SUD

CRC/C/51/Add. 2, 22 mai 1998
CRC/C/15/Add. 122, 22 février 2000

ALGÉRIE

CRC/C/28/Add. 4, 23 février 1996
CRC/C/SR. 388, 4 juin 1997
CRC/C/SR. 387, 17 juin 1997
CRC/C/SR. 389, 18 juin 1997
CRC/C/15/Add. 76, 18 juin 1997
CRC/C/93/Add. 7, 3 mars 2005
CRC/C/SR. 1057, 20 septembre 2005
CRC/C/15/Add. 269, 12 octobre 2005
CRC/C/SR. 1715, 18 juin 2012
CRC/C/DZA/CO/3-4, 18 juin 2012

ALLEMAGNE

CRC/C/11/Add. 5, 16 septembre 1994
CRC/C/15/Add. 43, 27 novembre 1995
CRC/C/83/Add. 7, 24 juillet 2003
CRC/C/15/Add. 226, 26 février 2004

AUTRICHE

CRC/C/11/Add. 14, 26 juin 1997
CRC/C/83/Add. 8, 8 juillet 2004
CRC/C/15/Add. 251, 31 mars 2005
CRC/C/AUT/CO/3-4, 3 décembre 2012

BELGIQUE

CRC/C/11/Add. 4, 6 septembre 1994
CRC/C/15/Add. 38, 20 juin 1995
CRC/C/83/Add. 2, 25 octobre 2001
CRC/C/15/Add. 178, 13 juin 2002
CRC/C/BEL/3-4, 4 décembre 2009
CRC/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010

BIÉLORUSSIE

CRC/C/15/Add. 17, 7 février 1994
CRC/C/65/Add. 15, 26 septembre 2001
CRC/C/15/Add. 180, 13 juin 2002
CRC/C/BLR/3-4, 4 août 2010
CRC/C/BLR/CO/3-4, 8 avril 2011

CANADA

CRC/C/11/Add. 3, 29 juillet 1994
CRC/C/15/Add. 37, 20 juin 1995
CRC/C/83/Add. 6, 27 mars 2003
CRC/C/15/Add. 215, 27 octobre 2003
CRC/C/CAN/3-4, 4 janvier 2012
CRC/C/CAN/CO/3-4, 6 décembre 2012

COLOMBIE

CRC/C/15/Add. 15, 7 février 1994
CRC/C/15/Add. 30, 15 février 1995
CRC/C/70 Add. 5, 5 janvier 2000
CRC/C/15/Add. 137, 16 octobre 2000
CRC/C/129/Add. 6, 24 août 2005
CRC/C/COL/CO/3, 8 juin 2006
CRC/C/SR. 1530, 27 octobre 2010

CROATIE

CRC/C/8/Add. 19, 7 décembre 1994
CRC/C/15/Add. 52, 13 février 1996
CRC/C/70/Add. 23, 28 novembre 2003
CRC/C/15/Add. 243, 3 novembre 2004

DANEMARK

CRC/C/8/Add. 8, 12 octobre 1993
CRC/C/15/Add. 33, 15 février 1995
CRC/C/70/Add. 6, 31 mars 2000
CRC/C/15/Add. 151, 10 juillet 2001
CRC/C/129/Add. 3, 30 mars 2005
CRC/C/DNK/CO/3, 23 novembre 2005
CRC/C/DNK/4, 6 octobre 2010
CRC/C/DNK/CO/4, 7 avril 2011

ESPAGNE

CRC/C/8/Add. 6, 26 octobre 1993
CRC/C/15/Add. 28, 24 octobre 1994
CRC/C/70/Add. 9, 12 novembre 2001
CRC/C/15/Add. 185, 13 juin 2002
CRC/C/ESP/3-4, 12 juin 2010
CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 novembre 2010

ESTONIE

CRC/C/8/Add. 45, 11 juillet 2002
CRC/C/15/Add. 196, 17 mars 2003

FINLANDE

CRC/C/8/Add. 22, 31 janvier 1995
CRC/C/15/Add. 53, 13 février 1996
CRC/C/70/Add. 3, 18 novembre 1998
CRC/C/15/Add. 132, 16 octobre 2000
CRC/C/129, Add. 5, 5 janvier 2005
CRC/C/15/Add. 172, 20 octobre 2005
CRC/C/FIN/4, 30 septembre 2010
CRC/C/FIN/CO/4, 3 août 2011

FRANCE

CRC/C/3/Add. 15, 4 juin 1993
CRC/C/15/Add. 20, 25 avril 1994
CRC/C/65/Add. 26, 9 octobre 2003
CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004
CRC/C/FRA/4, 10 septembre 2008
CRC/C/FRA/CO/4, 22 juin 2009

GÉORGIE

CRC/C/41/Add. 4, 26 mai 1997
CRC/C/15/Add. 124, 28 juin 2000
CRC/C/104/Add. 1, 28 avril 2003
CRC/C/15/Add. 222, 27 octobre 2003
CRC/C/GEO/3, 22 août 2007
CRC/C/GEO/CO/3, 23 juin 2008

GRÈCE

CRC/C/28/Add. 17, 25 juin 2001
CRC/C/15/Add. 170, 2 avril 2002
CRC/C/GRC/CO/2-3, 13 août 2012

HONGRIE

CRC/C/8/Add. 34, 24 septembre 1996
CRC/C/15/Add. 87, 24 juin 1998
CRC/C/70/Add. 25, 4 mai 2005
CRC/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006

INDE

CRC/C/28/Add. 10, 7 juillet 1997
CRC/C/15/Add. 115, 23 février 2000
CRC/C/93/Add. 5, 16 juillet 2003
CRC/C/15/Add. 228, 26 février 2004

ISLANDE

CRC/C/11/Add. 6, 15 mars 1995
CRC/C/15/Add. 50, 13 février 1996
CRC/C/15/Add. 203, 31 janvier 2003
CRC/C/83/Add. 5, 5 juillet 2002
CRC/C/ISL/3-4, 29 novembre 2010
CRC/C/ISL/CO/3-4, 23 janvier 2012

ITALIE

CRC/C/8/Add. 18, 20 février 1995
CRC/C/15/Add. 41, 27 novembre 1995
CRC/C/70/Add. 13, 12 juillet 2002
CRC/C/15/Add. 198, 18 mars 2003
CRC/C/ITA/3-4, 5 juillet 2010
CRC/C/ITA/CO/3-4, 31 octobre 2011

LESOTHO

CRC/C/15/Add. 147, 21 février 2001

LETTONIE

CRC/C/11/Add. 22, 22 mars 2000
CRC/C/15/Add. 142, 21 février 2001

CRC/C/83/Add. 16, 24 août 2005

CRC/C/LVA/CO/2, 28 juin 2006

LITUANIE

CRC/C/11/Add. 21, 24 novembre 1998

CRC/C/15/Add. 146, 21 février 2001

CRC/C/83/Add. 14, 15 juillet 2005

CRC/C/LTU/CO/2, 17 mars 2006

LUXEMBOURG

CRC/C/41/Add. 2, 11 avril 1997

CRC/C/15/Add. 92, 24 juin 1998

CRC/C/104/Add. 5, 19 juillet 2004

CRC/C/15/Add. 250, 31 mars 2005

MAROC

CRC/C/15/Add. 60, 30 octobre 1996

CRC/C/93/Add. 3, 12 février 2003

CRC/C/15/Add. 211, 10 juillet 2003

MOLDAVIE

CRC/C/28/Add. 19, 3 mai 2002

CRC/C/15/Add. 192, 31 octobre 2002

CRC/C/MDA/3, 10 juillet 2008

CRC/C/MDA/CO/3, 20 février 2009

MONACO

CRC/C/28/Add. 15, 17 juillet 2000

CRC/C/15/Add. 158, 9 juillet 2001

NORVÈGE

CRC/C/15/Add. 23, 25 avril 1994

CRC/C/8/Add. 7, 9 mai 1994

CRC/C/70/Add. 2, 18 novembre 1998

CRC/C/15/Add. 126, 28 juin 2000

CRC/C/129/Add. 1, 6 octobre 2004

CRC/C/15/Add. 263, 21 septembre 2005

CRC/C/NOR/4, 11 mai 2009

CRC/C/NOR, CO/4, 3 mars 2010

PAYS-BAS

CRC/C/51/Add. 1, 24 juillet 1997

CRC/C/15/Add. 114, 26 octobre 1999

CRC/C/117/Add. 1, 5 juin 2003

CRC/C/NLD/3, 23 juillet 2008

CRC/C/NLD/CO/3, 27 mars 2009

POLOGNE

CRC/C/8/Add. 11, 31 janvier 1994

CRC/C/15/Add. 31, 15 janvier 1995

CRC/C/70/Add. 12, 6 février 2002

CRC/C/15/Add. 194, 30 octobre 2002

PORTUGAL

CRC/C/3/Add. 30, 16 septembre 1994

CRC/C/15/Add. 45, 27 novembre 1995

CRC/C/65/Add. 11, 26 février 2001

CRC/C/15/Add. 162, 6 novembre 2001

RÉPUBLIQUE TCHÈQUE

CRC/C/11/Add. 11, 17 juin 1996

CRC/C/15/Add. 81, 21 octobre 1997

CRC/C/83/Add. 4, 17 juin 2002

CRC/C/15/Add. 201, 18 mars 2003

CRC/C/CZE/CO/3-4, 4 août 2011

ROUMANIE

CRC/C/15/Add. 16, 7 février 1994

CRC/C/65/Add. 19, 5 juillet 2002

CRC/C/15/Add. 199, 18 mars 2003

CRC/C/ROM/4, 18 novembre 2008

CRC/C/ROM/CO/4, 30 juin 2009

ROYAUME-UNI

CRC/C/11/Add. 1, 28 mars 1994

CRC/C/15/Add. 34, 15 février 1995

CRC/C/15/Add. 188, 9 octobre 2002

CRC/C/GBR/4, 25 février 2008

CRC/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008

RUSSIE

CRC/C/3/Add. 5, 27 octobre 1992

CRC/C/15/Add. 4, 18 février 1993

CRC/C/65/Add. 5, 20 novembre 1998

CRC/C/15/Add. 110, 10 novembre 1999

CRC/C/125/Add. 5, 15 novembre 2004

CRC/C/RUS/CO/3, 23 novembre 2005

SUÈDE

CRC/C/3/Add. 1, 23 septembre 1992

CRC/C/15/Add. 2, 18 février 1993

CRC/C/65/Add. 3, 11 février 1998

CRC/C/15/Add. 101, 10 mai 1999

CRC/C/125/Add. 1, 12 juillet 2004

CRC/C/15/Add. 248, 30 mars 2005

CRC/C/SWE/4/23 janvier 2008

CRC/C/SWE/CO/4, 26 juin 2009

SUISSE

CRC/C/78/Add. 3, 19 octobre 2001

CRC/C/15/Add. 182, 13 juin 2002

CRC/C/SR. 790, 24 juillet 2002

TUNISIE

CRC/C/TUN/CO/3, 16 juin 2010

TURQUIE

CRC/C/51/Add. 4, 8 août 2000

CRC/C/15/Add. 152, 9 juillet 2001

CRC/C/51/Add. 18, 4 octobre 2001

CRC/C/TUR/2-3, 18 juillet 2011

CRC/C/TUR/CO/2-3, 20 juillet 2012

UKRAINE

CRC/C/8/Add. 10, 31 janvier 1994

CRC/C/15/Add. 42, 27 novembre 1995

CRC/C/70/Add. 11, 18 mai 2001

CRC/C/15/Add. 191, 9 octobre 2002

CRC/C/UKR/CO/3-4, 21 avril 2011

VATICAN

CRC/C/15/Add. 46, 27 novembre 1995

CRC/C/VAT/2, 22 octobre 2012

ZAMBIE

CRC/C/15/Add. 206, 2 juillet 2003

Ouvrages collectifs

- J. AIN** (dir.), *Familles*, Eres hors collection, 2008, 262 pp..
- D. ALLANS, S. RIALS**, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 1re édition 2003, 1649 pp..
- J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, S. RIALS, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, F. SUDRE**, (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2008, 1074 pp..
- H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 1, introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, Dalloz, Paris, 12e édition, 2008, 956 pp..
- F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ** (dir.), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, Paris, 1997, 176 pp..
- R. GANGHOFER** (dir.), *Le droit de la famille en Europe*, PUS, Strasbourg, 1992, 880 pp..
- C. GAUTHIER, M. GAUTHIER, A. GOUTTENOIRE** (dir.), *Mineurs et droits européens*, collection droits Européens, A. PEDONE, Paris, 2012, 137 pp..
- J.-L. HALPÉRIN** (dir.), *Le Code civil 1804-1904, Le livre du centenaire*, Dalloz, Paris, 2004, 1128 pp..
- L. KHAÏAT** (dir.), *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, Eres, Toulouse, 1995, 319 pp..
- C. LABRUSSE-RIOU, G. CANSÉLIER, I. RONDOT, H. ACHMAOUI, A. RAVELET**, *Naissances handicapées et responsabilité, Recherche sur l'impact de l'arrêt Perruche sur la jurisprudence et sur les pratiques en matière d'assurance médicale*, rapport du centre de recherche sur le droit des sciences et des techniques, septembre 2005, 282 pp..
- J. LECLANT** (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité*, PUF, 2005, 2389 pp..
- P. MURAT** (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz action, 6e édition, Paris, 2013, 1983 pp..
- Cl. NEIRINCK** (dir.), *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux*, La documentation française, juin 2009, 120 pp..
- Cl. NEIRINCK** (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, LGDJ, Paris, 2008, 206 pp..
- R. NERSON** (dir.), *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit français)*, CNRS, tome 1, 239 pp..
- J. POUSSON-PETIT** (dir.), *L'identité de la personne humaine*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 1001 pp..
- Ch. ROBINEAU** (dir.), *Filiations à l'épreuve*, Eres 2002, 196 pp..
- J. RUBELLIN-DEVICHI, R. FRANCK**, *L'enfant et les conventions internationales*, PUL, Lyon, 1996, 492 pp..
- F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, 5e édition, Paris, 2009, 854 pp..
- P. VERDIER, M. DUBOC**, *Face au secret de ses origines, Le droit d'accès au dossier des enfants abandonnés, Pratiques sociales*, Dunod, Paris, 1996, 161 pp..

MÉLANGES

- Drôle(s) de droit(s), Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari*, Dalloz, 2000, 468 pp..
- Aspects nouveaux de la pensée juridique, Mélange M. ANCEL, A. PEDONE*, Paris 1975, 493 pp..
- La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, 710 pp..
- Mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrétien, Paris, 2012, 582 pp..
- Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de J. FOYER*, Economica, Paris, 2008, 476 pp..
- Lebendiges Familienrecht : Festschrift für Rainer FRANCK zum 70. Geburtstag am 14. juli 2008*, 554 pp..
- Droit de l'enfant et de la famille, hommage à Marie-Josèphe Gébler*, PUN, Nancy, 1998, 188 pp..
- Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz, Paris, 2012, 1060 pp..
- Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, droit des personnes et de la famille*, PUS et LGDJ, Paris 1994, 563 pp..
- Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, 774 pp..
- Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 700 pp..
- Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, Paris, tome 1, 1961, 478 pp..
- L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, 868 pp..
- Histoire, théorie et pratique du droit, Études offertes à Michel Vidal*, PUB, Bordeaux, 2010, 1140 pp..

Articles, chroniques

S. AGACINSKI,

« Le mythe de l'indemnité », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 106.

« L'alibi du don et l'exploitation des donneuses : le cas des femmes de l'Est », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, pp. 63-64.

P. AMSELEK, « La question de la vérité aujourd'hui : bref essai de mise en perspective », *RRJ* 2008, pp. 625-635.

I ARDEEFF, « L'état civil est-il un casier civil ? », *D.* 2001, p. 1275.

S. AUBIN, « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA* mars 2003, n° 57, p. 3.

V. AVENA-ROBARDET,

« Au tour des allocs », *AJ fam.* 2013, p. 199.

« Égalité parentale », *AJ fam.* 2013, p. 147.

« Projet de loi de finances pour 2014. Bonnes et mauvaises nouvelles », *AJ fam.* 2013, p. 530.

N. BAILLON-WIRTZ,

« L'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance, présentation de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JCP N.* décembre 2005, n° 1491, p. 2022.

« La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français », *dt. fam.* avril 2007, *Etudes*, n° 4, pp. 24-29

A. BATTEUR,

« Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA* juin 2007, n° 122, p. 6.

« L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 778.

« A propos du projet de mariage pour tous : le maintien dans le Code civil du double sens du mot parent est un impératif juridique », *dt. fam.* janvier 2013, dossier n° 3.

M.-P. BAUDIN-MAURIN, « Audition du mineur à sa demande : réflexion inspirée par la jurisprudence », *LPA* juin 2013, n° 124, p. 4.

J. BERNARD, A. LANGANEY, « Le cas de J. et R. : deux enfants nés d'une sœur et d'un frère », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 60.

S. BERNIGAUD, « Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères », *LPA* mai 1995, n° 53, p. 97.

I. BERRO-LEFÈVRE,

« L'accès des enfants à la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDJ* 2008, n° 272, pp. 35-38.

« Adoption et filiation. Droit à l'enfant, droits de l'enfant ? », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, pp. 25-37.

N. BETTIO, « Le droit à l'enfant, nouveau droit de l'Homme ? », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 20 octobre 2010, n° 2, p. 473.

L. BINEAU, « Droit et biologique à la lumière de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique », *RRJ* 2012, pp. 1155-1183

- Ph. BONFILS**, « La loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RSC* 2010, p. 462.
- J. BONNARD**, « La grade du mineur et son sentiment personnel », *RTD civ.* 1991, pp. 49-67.
- B. BONNET**,
« Le Conseil d'État et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan. De l'art du pragmatisme », *D.* 2010, p. 1033.
« L'utilisation de la CIDE par les juges européens », in C. GAUTHIER, M. GAUTHIER, A. GOUTTENOIRE, *Mineurs et droits européens*, collection droits Européens, A. PEDONE, Paris, 2012, pp. 49-60.
- H. BOSSE-PLATIÈRE**, « *Actes de l'état civil* », répertoire Dalloz, 2010.
- F. BOULANGER**, « Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.* 2002, pp. 1571-1577.
- M. BOULENOUAR AZZEMOU**, « Recueil légal (kafala) et droit (s) positif (s) », *dt. fam.* janvier 2009, pp. 17-21.
- D. BOURGAULT COUDEVYLLE**, « L'enfant né sous X », *LPA* août 2013, n° 165, p. 9.
- A. BRETON**, « L'enfant incestueux », in R. CASSIN (dir.), *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Mélanges M. ANCEL, A. PEDONE, Paris 1975, pp. 309-325.
- M. BRUGGEMAN**,
« Administrateur ad hoc du mineur : reddition sans condition de la Cour de cassation ! », *dt. fam.* avril 2006, *Etudes* 28, pp. 15-19.
« Le contenu de l'acte de naissance », in Cl. NEIRINCK (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, LGDJ, Paris, 2008, pp. 113-131.
- C. BRUNETTI-PONS**, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC* 2011. www.lamyline.fr.
- B. CADORÉ**, « L'éthique interrogée par le droit à propos des greffes de filiation », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, Paris, 1997, pp. 1-7.
- E. CADOU**, « Adoption internationale : variation autour de l'exigence de légalisation du consentement des représentants légaux en vue d'une adoption plénière », *D.* 2012, n° 34, p. 2260.
- G. CANIVET**, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD civ.* 2005, p. 33.
- P. CATALA**, « En guise de synthèse : le droit au secret face au droit de savoir », *dt. & pat.* 2002. www.lamyline.fr.
- A. CAYOL**, « La loi du 6 août 2013 : un pas de plus vers la réification des embryons *in vitro* », *LPA* octobre 2013, n° 212, pp. 4-6.
- M.-P. CHAMPENOIS, G. CHAMPENOIS**, « La preuve judiciaire de la maternité : quelques aspects de son évolution depuis la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, pp. 485-508.
- G. CLUZEL**, « Loi du 8 avril 1910 complétant l'article 389 du Code civil, relatif à l'administration légal », *lois nouvelles* 1910, pp. 369-392.
- A. COLIN**, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, pp. 257-300.
- J. COMMAILLE**,
« Une sociologie politique du droit de la famille des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 83-114.
« Repenser politiquement le droit de la famille. L'exemple de l'homosexualité », *AJ. fam.* novembre 2006, dossier, pp. 401-403.
« Les politiques publiques à destination de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant*, champs libres, L'Harmattan, Paris, 2007, pp. 13-17.

Ph. CONTE,

« L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », *JCP* 1988, I, 3343.

« L'art de légiférer se perd-il ? Réflexions en forme de pamphlet à partir de quelques illustrations de droit pénal », *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, pp. 307-314.

G. CORNU,

« La famille unilinéaire », in *mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, pp. 137-160.

« Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée. Rapport de synthèse », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, 1997, pp. 159-167.

I. CORPART,

« L'inceste en droit français », *gaz. pal.* 1995, doct., p. 888.

« L'homosexualité à l'épreuve du droit de la famille », *RRJ* 2003, pp. 701-720.

C. COUTEL, « Pour une approche éthique du prendre soin », in *mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrétien, Paris, 2012, pp. 49-54.

L. D'AVOUT, « La parenté homosexuelle à travers l'adoption : réflexions d'actualité », *D.* 2012, p. 1973.

J. DALCQ DEPOORTER, « L'enfant de qui ? », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 115-142.

L. DALIGAND, « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *LPA*, 3 mai 1995, n° 53, p. 56.

I. DAURIAC, « La différenciation des personnes par l'état civil : expérience calédonienne », *D.* 2013, p. 2092.

Y. DE CURRAIZE, H. PÉRIVIER, « L'allocation de parent isolé a-t-elle favorisé l'inactivité des femmes ? », *Economie et statistique* 2009, n° 429-430, p. 159, http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/ES429G%20.pdf, consulté en juin 2013.

E. DE MONREDON, « L'adoption aujourd'hui », *JCP* 1992, I, 3607.

F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ,

« Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC* 2005, n° 21, p. 34.

« L'effectivité de la CIDE : rapport de synthèse », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 35.

« L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC* 2012. www.lamyline.fr

« Réflexions critiques d'une juriste sur la parentalité », in *mélanges Jean Hauser*, Dalloz, 2012, pp. 41-58.

G. DELAISI DE PARSEVAL,

« La famille au risque de l'AMP », in J. AIN, *Familles*, Eres hors collection, 2008, pp. 51-59.

« Ne pas l'épouser », *Anthropologie et sociétés* 2009, vol. 33, n° 1, pp. 157-169.

« Secret des origines / inceste / procréation médicalement assistée avec des gamètes anonymes : « ne pas l'épouser » », *Anthropologie et Sociétés* 2009, n° 33, pp. 157-169. www.id.erudit.org/iderudit/037818ar, consulté en août 2012.

Ch. DEROBERT-RATEL, « Le néo-malthusianisme en France et sa répression (1895-1920) (Ière Partie) », *RRJ* 2005, pp. 1707-1736.

H. DESBOIS, « Légitimation adoptive : conditions relatives à l'enfant », *RTD civ.* 1960, pp. 628-640.

S. DETRAZ, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *gaz. pal.* 2010, n° 62, pp. 10-13

- A. DIONISI-PEYRUSSE**, « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009, chr. p. 970.
- M. DONNIER**, « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, chr. XXVI, pp. 179-182.
- M. DOUCHY-OUDOT**, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 81-94.
- V. DOUMENG**, « Un contenu inadapté : l'acte de naissance des populations marginales de la Guyane française », in Cl. NEIRINCK (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, LGDJ, droit & société, Paris 2008, pp. 133-147.
- L. DOURGNON, P. VERDIER**, « La loi incestueuse », *JDJ* avril 2010, pp. 42-43.
- F. DREIFUSS-NETTER, A. CORDIER**, « Maintenir le principe de l'anonymat ? », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, pp. 114-115.
- A. DROUARD**, « Aux origines de l'eugénisme en France : le néo-malthusianisme (1896-1914) », *Population* 1992, n° 2, pp. 435-459.
- S. EPELBOIN**, « Filiations à l'épreuve de la stérilité et de l'aide médicale à la procréation », in Ch. ROBINEAU, *Filiations à l'épreuve*, Eres 2002, pp. 15-46.
- J.-Fl. ESCHYLLE**, « L'administrateur *ad hoc* (la représentation de l'enfant mineur en matière civile) », in J.-Fl. ESCHYLLE, C. MARRAUD, *Droit de l'enfant et de la famille, hommage à Marie-Josèphe Gebler*, PUN, Nancy, 1998, pp. 153-159.
- F. EUDIER**, « Adoption », *Répertoire Dalloz droit civil*, 2013.
- D. FENOUILLET**,
 « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, pp. 509-554.
 « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », *LPA* mars 2010, n° 59, p. 7.
- B. FEUILLET**, « L'éthique, un outil pour une redéfinition des liens entre le droit, la morale et la religion », in *mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrétien, Paris, 2012, p. 110.
- E. FILIBERTI**, « Les familles ne sont plus seulement fondées par le mariage et dissoutes par la mort », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 73.
- J. FLAUSS-DIEM**, « Vie familiale et paternité hors mariage : quelques pistes européennes », *RLDC* 2006, n° 33, pp. 33-38.
- R. FRANK**, « Rapport de synthèse », in colloque *L'état civil au XXI^e siècle : déclin ou renaissance ?*, Strasbourg, 13 et 14 mars 2009. www.ciec1.org, consulté en janvier 2013.
- R. FREMONT**, « Abandon d'enfant », in M. RIVIÈRE (dir.), *Pandectes françaises, nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence*, Plon, Paris, Tome Premier, 1886, pp. 24-32.
- D. FROGER, P. MORIN**, « Le droit doit limiter les progrès de la science », *LPA* mai 2004, n° 92, p. 60.
- L. FROSSARD**, « L'autorité parentale après la loi du 17 mai 2013 : un pas vers la reconnaissance de la parentalité », *LPA* juillet 2013, n° 133, p. 37.
- H. FULCHIRON, P. MURAT**, « Splendeurs et misères de l'adoption. Abandon et adoption », *Autrement* 1988, n° 96, pp. 92-97.
- H. FULCHIRON**, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP* 2013, n° 23, pp. 1123-1133.
- J.-J. GALLI, L. BOURGOIN**, « Évaluation et expérimentation législatives en matière de défense des intérêts de l'enfant », *RRJ* 1994, pp. 1295-1305.
- L. GAREIL-SUTTER**, « L'autorité parentale reste-t-elle un outil pertinent de la protection de l'enfant ? », *LPA* mars 2012, n° 50, p. 43.

- Ph. GAST**, « Le rapport Guyard et les principes d'égalité et de légalité en matière de sectes », *LPA* février 1996, n° 17, p. 13.
- M.-J. GEBLER**, « Regards éthiques sur les droits de l'enfant : la parole de l'enfant en justice », *D.* 1989, chr. XVI, pp. 118-120.
- B. GENINET**, « L'identification entre la filiation à établir et la vérité biologique », *LPA* avril 2001, n° 72, p. 4.
- A. GERVAIS**, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, Paris, tome 1, 1961, pp. 211-252.
- F. GHELFI-TASTEVIN**, « L'administrateur *ad hoc* du mineur : une promotion inachevée », *LPA* mars 1998, n° 31, p. 4.
- M. GOBERT**, « Réflexion avant une indispensable réforme du droit de la filiation », *JCP* 1968, I, 2207.
- G. GONZALVEZ**, « Les rôles respectifs du lien biologique et de la volonté dans l'action en recherche de paternité naturelle », *RRJ* 2001, pp. 633-648.
- A. GOUTTENOIRE, C. GRIS, B. MAUMONT, M. MARTINEZ, P. MURAT**, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *dt. fam.* novembre 2009, Dossier, pp. 1-46.
- A. GOUTTENOIRE**,
 « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Répertoire pénal Dalloz*, 2002.
 « Enfance », *Répertoire Dalloz droit pénal*, mai 2004.
 « Enfant », *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2008.
 « Filiation », *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2008.
 « Vie familiale », *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2008.
 « Le droit au respect de la vie privée et familiale », *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2009.
 « Mineur », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2010.
 « Les relations familiales », *JCP* janvier 2010, chr. n° 34, p. 57.
 « Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 24.
 « Le statut juridique de l'enfant », *RLDC* 2011. www.lamyline.fr.
 « Les mineurs et la Convention européenne des droits de l'Homme », in C. GAUTHIER, M. GAUTHIER, A. GOUTTENOIRE, *Mineurs et droits européens*, collection droits Européens, A. PEDONE, Paris, 2012, pp. 9-15.
 « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in *mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrétien, Paris, 2012, pp. 147-160.
 « La capacité usuelle du mineur », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 163-177.
- F. GRANET**,
 « Secret des origines et promesse de filiation », *LPA* octobre 1996, n° 119, p. 5.
 « Quelles réformes en droit de la filiation », *dt.fam.* septembre 1999, pp. 10-16.
- J.-P. GRIDEL**, « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, chr. pp. 90-99.
- S. GUINCHARD**, « L'accès des mineurs au droit ou l'illustration d'une démocratie qui se cherche », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de J. FOYER*, Economica, Paris, 2008, p. 517.

D. GUTMANN,

« Les droits de l'Homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, pp. 329-341.

« Enfant », in D. ALLANS, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 1re édition 2003.

I. GUYON-RENARD, « La fraude en matière d'état civil dans les États membres de la CIEC », *RCDIP* 1996, p. 541.

M. HALM TISSERANT, « Maternité », J. LECLANT (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité*, PUF, 2005.

N. HAOULIA, « Un enfant nommé désir : réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *LPA* octobre 2013, n° 204, p. 7-14.

J. HAUSER,

« L'adoption à tout faire », *D.* 1987, chr., pp. 205-208.

« Des petits hommes ou des petits d'hommes ? », in J. RUBELLIN-DEVICHI, R. FRANCK, *L'enfant et les conventions internationales*, PUL, Lyon, 1996, pp. 471-487.

« Un nouveau né : l'enfant conventionnel ? », *D.* 1996, pp. 182-184.

« Adoption ou procréation médicalement assistée : les termes de l'alternative », in F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, 1997, pp. 13-31.

« Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, pp. 441-453.

« Le droit de travers », in *Drôle(s) de droit(s), Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari*, Dalloz, 2000, pp. 83-95.

« De la nature juridique de la représentation des mineurs », *RJPF* 2001. www.lamyline.fr.

« La distinction de l'homme et de la femme : approche pluridisciplinaire. La paternité est-elle biologique ou sociologique ? », *RRJ* 2004, pp. 2065-2071.

« La loi, le juge et la volonté dans les réformes de la famille », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, Paris, 2006, pp. 155-165.

« Le temps en droit de la filiation », in *Lebendiges Familienrecht : Festschrift für Rainer FRANCK zum 70. Geburtstag am 14 juli 2008*, pp. 211-224.

« Le droit de la paternité », *Communio*, novembre-décembre 2009, n° XXXIV, 6, pp. 27-46.

« Rapport de synthèse », in C. GAUTHIER, M. GAUTHIER, A. GOUTTENOIRE, *Mineurs et droits européens*, collection droits Européens, A. PEDONE, Paris, 2012, pp. 129-137.

« L'enfant », *gaz. pal.* 2013, n° 89, p. 27.

P. HENNION-JACQUET, « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS* 2007, p. 1038.

J. HÉRAIL, « Acte de notoriété », *Répertoire Dalloz de droit civil* 2009.

G. HUBER, « L'approche métapsychologique de la filiation », in L. KHAIAT, *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, ERES, 1995, pp. 49-54.

D. HUET-WEILLER,

« Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation. (A propos de quelques décisions récentes) », *D.* 1978, chr. XLII, pp. 233-238.

« *Requiem* pour une présomption moribonde », *D.* 1985, chr XXIII, pp. 123-127.

M. HUYETTE, « Les sectes et l'enfermement des mineurs », *D.* 2007, p. 682.

Ph. JULIEN, « Le père nommant ou le père nommé ? », in L. KHAIAT (dir.), *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, Eres, Toulouse, 1995, pp. 89-92.

M. JUSTON,

« Les enfants peuvent-ils faire la loi ou dire leurs besoins ? », *AJ fam.* 2009, p. 321.

« La parole de l'enfant devant le juge aux affaires familiales : enfant-roi, enfant-proie », *gaz. pal.* 2013, n° 75, p. 11.

P. KAYSER,

« Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle », *D.* 1987, chr. XXXV, pp. 189-196.

« Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée », *D.* 1989, chr. XXXIX, pp. 193-200.

G. KESSLER, « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *dt. fam.* juillet 2005, Études n° 16, pp. 11-15.

L. KHAIAT, « Mère ou femme porteuse ? », in L. KHAIAT, *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, ERES, 1995, pp. 59-64.

J.-P. LABORDE, « La reconnaissance », *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, PUB, Pessac, 2003, pp. 421-438.

C. LABRUSSE-RIOU, « Filiation (généralités) », *Répertoire Dalloz de droit civil* 2009.

P. LAGARDE, « La Commission internationale de l'état civil », *D.* 2008, p. 400.

M. LAMARCHE, « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 227-242.

A. LAMBOLEY, « L'enfant à tout prix, le permis et l'interdit », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, Paris, 1998, pp. 313-333.

A. LAQUIÈZE, « Sanction », (dir.) D. ALLANS, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 1^{re} édition 2003.

V. LARRIBAU-TERNEYRE,

« Où l'on reparle des droits du beau parents », *dt. fam.* mai 2008, repère n° 5.

« Qui est la mère ? », *dt. fam.* septembre 2008, repère, n° 8, p. 1.

« Il était une fois la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel, la CEDH et l'adoption simple par un concubin », *dt. fam.* mai 2011, repère n° 5.

« Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale », *dt. fam.* mai 2012, étude 12, pp. 13-18.

« La loi doit-elle être bonne pour tous ? », *dt. fam.* janvier 2013, repère 1.

V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, « Administration légale et tutelle », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2013, n° 10, p. 7.

I. LAURENT-MERLE, « La connaissance de ses origines familiales depuis la loi du 5 juillet 1996 », *D.* 1998, chr. pp. 373-378.

H. LAZARATOU, B. GOLSE, « Du désir à l'acte : les enfants de la procréation médicalement assistée », *La psychiatrie de l'enfant* 2006, vol. 49, pp. 573-59.

S. le GAC-PECH, « La troisième version de la loi sur la bioéthique », *LPA* décembre 2011, n° 243, p. 3.

P. LE COZ, « Filiation génétique ou institutionnelle ? », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 54.

M.-Ch. LE BOURSICOT,

« L'abrogation de la fin de non-recevoir à la recherche de maternité résultant du secret de l'accouchement », *RJPF* 2009. www.lamyline.fr

« Le droit de connaître son ascendance – et celui de la faire reconnaître – et le dispositif français de l'accès aux origines personnelles », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Montchrétien, Paris, 2012, pp. 175-194.

R. LE GUIDE, G. CHABOT,

« Filiation », *Répertoire civil Dalloz* janvier 2009.

« Filiation (Modes extrajudiciaires d'établissement), *Répertoire Dalloz de droit civil* 2009.

A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996, p. 535.

A. LEFEBVRE-TEILLARD, « *Pater is est quem nuptiae demonstrant* », Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », in R. GANGHOFER *Le droit de la famille en Europe*, PUS, Strasbourg, 1992, p. 395.

È.-Z. LEGROS, « L'embryon défectueux », *LPA* décembre 2002, n° 243, p. 63.

J.-J. LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *LPA* mars 2001, n° 62, p. 24.

J.-J. LEMOULAND, P. MURAT, « Les détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille. Aspects de droit civil extrapatrimonial », *RJPF* 2011. www.lamyline.fr.

J. LEPROVAUX,

« La consolidation de la filiation par la possession d'état dans l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *RJPF* 2005. www.lamyline.fr.

« L'avenir de la présomption de paternité entre égalité des filiations et égalité des couples », *RJPF* 2008. www.lamyline.fr.

P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La famille et le Code civil », in J.-L. HALPÉRIN, *Le Code civil 1804-1904, Le livre du centenaire*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 265-294.

A.-M. LEROYER, « Congé de paternité et d'accueil de l'enfant », *RTD civ.* 2013, p. 185.

L. LEVENEUR, « Secret, personnes et famille, le secret des origines », *dr. & pat.* 2002. www.lamyline.fr

J.-P. LONTAGNE, « Séance 1 : Les fonctions de l'état civil », in colloque *L'état civil au XXI^e em siècle : déclin ou renaissance ?*, Strasbourg, 13 et 14 mars 2009. www.ciecl.org, consulté en janvier 2013.

V. MALABAT, « Infraction sexuelles », *Répertoire Dalloz droit pénal*, octobre 2002.

Ph. MALAURIE, « Droit, sectes et religion », *Archives de philosophie du droit*, 1993, tome 38, pp. 211-219.

J.P. MARGUÉNAUD, « Le droit au respect de la vie privée et familiale », in (dir.) F. SUDRE, J.P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 5^e édition, 2009.

J. MASSIP, « ... et l'adoption simple de ce dernier », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 20.

L. MAUGER-VIELPEAU, « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau. (à propos de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *LPA* juin 2007, n° 128, p. 3.

D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.* 1988, chr. XXXIII, pp. 213-215.

A.-V. MAZOYER, S. BOURDET-LOUBÈRE, « Devenir des couples après un parcours en assistance médicale à la procréation sans obtention de grossesse », *Le divan familial*, 2012, n° 28, pp. 159-169.

A. MEERPOEL, « Les interférences entre l'action à fins de subsides de l'article 342 nouveau du Code civil et la recherche de paternité naturelle », *RTD civ.* 1976, p787-822.

J. MERCHANT, « Féminismes américains et *reproductive rights*/droit de la procréation », *Le mouvement social*, La découverte, février 2003, n° 203, pp. 55-87.

M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, droit des personnes et de la famille*, PUS et LGDJ, Paris 1994, pp. 319-340.

S. MIRABAIL,

« Une nouvelle catégorie de marginaux : les êtres humains non identifiés », *D.* 1997, p. 431.

« Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation : discordances et anachronismes », *D.* 2000, chr., pp. 146-150.

« Absence d'état civil », in J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 117.

A. MIRKOVIC, « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *dt. fam.* janvier 2013, dossier n° 5.

F. MONÉGER,

« Point de vue sur la question de l'applicabilité directe de la Convention des droits de l'enfant », *RDSS* 1993, pp. 533-536

« Pauvres pères », in *Drôle(s) de droit(s), Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandari*, Dalloz, 2000, pp. 417-428.

S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'autorité parentale et les tiers », *dt. fam.* avril 2010, étude 7.

Ph. MOURON, « Internet et identité virtuelle des personnes », *RRJ* 2008, pp. 2409-2438.

P. MURAT,

« Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations libres sur un thème controversé), in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, droit des personnes et de la famille*, PUS et LGDJ, Paris 1994, pp. 341-356.

« Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS.* 1995, p. 451.

« L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », *dt. fam.* 2006, étude n° 5, pp. 17-20.

« La représentation de l'enfant dans les procédures relatives à sa filiation : des règles à revoir », *dt. fam.* 2008, n° 6, pp. 25-26.

« Le consentement à l'adoption des parents biologiques : une question épineuse dans le cas de l'adoption internationale », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, pp. 26-29.

« L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 17.

« Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 405-426.

P. MUZNY, « Pour que garde des enfants et pratique religieuse fassent bon ménage », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 427-441.

Cl. NEIRINCK,

« De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *JCP* 1991, I, 3496.

« Le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée », *LPA* décembre 1994, n° 149.

« L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP* 1996, I, 3922.

« Comprendre le secret de la filiation », *RJPF* 2003. www.lamyline.fr.

« Créance d'entretien de l'enfant et vie sentimentale des parents débiteurs », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 443-458.

R. NERSON, « L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil », *RTD civ.* 1970, pp. 601-683.

M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.* 1995, chr., pp. 75-79.

J. NOEL, « Les vrais parents », *LPA* mai 1995, n° 53, p. 53.

OPECST, « Le trafic des dons d'ovocytes en France », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Un enfant à*

tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux, juin 2009, n° 961, pp. 64-65.

B. OPPETIT, « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », *D.* 1990, chr. XIII, pp. 73-76.

G. OTIS, « La référence identitaire dans la protection internationale des peuples autochtones », in J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 849-859.

M. OUDIN, « Les conflits de droits subjectifs », *RRJ* 2007, pp. 67-86.

H. PARCHEMINAL, « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant », *RDSS* 1994, p. 201.

S. PARICARD, « L'épreuve des traditions : la création d'un état civil à Mayotte », in Cl. NEIRINCK (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, LGDJ, droit & société, Paris 2008, pp. 87-107.

E. PARUTA, A. POUSSON, « La problématique des personnes sans état civil en Guyane française », in J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles 2002, pp. 283-295.

M. PEOLIDIS, « Ces enfants issus de procréation médicalement assistées », *Le Coq-héron*, 2005, n° 182, pp. 135-141.

F.-P. PEREIRA, « La coopération judiciaire en matière d'état civil dans l'Union européenne : bilan et perspectives », *RCDIP* 2010, p. 1.

C. PÉRÈS, « L'article 6-1 du Code civil : heurts et malheurs du titre préliminaire », *D.* 2013, n° 20, pp. 1370-1373.

O.-M. PETER, « L'image idéale du mariage et de la filiation à Rome », in R. GANGHOFER, *Le droit de la famille en Europe son évolution de l'antiquité à nos jours*, PUS, Strasbourg, 1992, pp. 363-373.

M. PICOT, « L'avocat de l'enfant », *dt. fam.* juillet-août 2006, colloque n° 37, p. 32.

E. PIERROUX, « Famille biologique, famille logique ? », *gaz. pal.* 2011, n° 215, pp. 7-10.

G. POMMIER, « La dette symbolique et le désir d'enfant du fantasme au droit », in L. KHAÏAT, *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, ERES, 1995, pp. 239-244.

J. POUSSON-PETIT, « Les ambitions de la loi du 5 juillet 1996 : l'adoption facilitée », *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, 1997, pp. 117-147.

G. RAOUL-CORMEIL, « Réflexions sur le nom de l'enfant mineur », *RRJ* 2006, pp. 791-811.

M.-A. RASCHINI, « De la positivité à l'exil des valeurs », in J.-M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, BIÈRE, Bordeaux, 1990, pp. 132-157.

G. RAYMOND, « La procréation artificielle et le droit français », *JCP* 1983, I, 3114.

P. RAYNAUD, « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.* 1988, chr. XVI, pp. 109-112.

B. RENAUD, « Anonymat, un mal nécessaire », *JCP* 2000, n° 21, p. 919.

J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA* octobre 2010, n° 200, p. 29.

Ja. REVEL, « Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père », *D.* 2006, chr., pp. 1707-1710.

M. REVILLARD, « Les travaux de la Commission internationale de l'état civil en lien avec la pratique de l'état civil », *degrénois* 2009, n° 16, p. 1675.

M. RIBEYROL-SUBRENAT, « De l'évolution de la famille et de sa prise en compte par le régime général de sécurité sociale », in E. BURGAUD, Y. DELBRELL, N. HAKIM (dir.), *Histoire, théorie et pratique du droit, Etudes offertes à Michel Vidal*, PUB, Bordeaux, 2010, pp. 877-894.

H. ROLLET, « Loi du 19 avril 1898 sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants », *lois nouvelles* 1899, pp. 49-74.

M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un Traité mis hors jeu », *D.* 1993, n° 28, pp. 203-206

S. ROUQUIE, « Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie », *LPA* mai 1998, n° 57, p. 12.

J. RUBELLIN-DEVICHI,

« L'affaiblissement de la présomption de paternité », in R. NERSON (dir.), *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit français)*, CNRS, tome 1, Saint-Étienne, 1978, pp. 121-158.

« La gestation pour le compte d'autrui », *D.* 1985, chr. XXVI, pp. 147-154.

« Les procréations assistées : état des questions », *RTD civ.* 1987, pp. 457-497.

« Procréations assistées et filiation », *RTD civ.* 1987, pp. 725-739.

« L'adoption et les nouveaux détournements d'institution : adoption ou reconnaissance mensongère de l'enfant par le nouveau conjoint de la mère », *RTD civ.* 1990, p. 253.

« Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* 1991, I, 3739.

« Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption », *D.* 1991, p. 209.

« Droits de la mère et droits de l'enfant : Réflexions sur les formes de l'abandon », *RTD civ.* 1991, pp. 695-704.

« Premiers regards sur le rapport Colombani », *JCP* 2008, act. 261.

S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « Miroir d'outre-mer : la famille, le droit civil et la coutume kanak », in *mélanges Jean Hauser*, Dalloz, 2012, pp. 655-666.

C. SANCIÑIENA ASURMENDI, « La vérité biologique et la filiation paternelle », *RRJ* 2008, pp. 191-211.

R. SAVATIER,

« Le contrôle de la puissance paternelle », *D.* 1947, chr. VI, pp. 21-24.

« Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie », *D.* 1948, chr. IX, pp. 33-36.

« Une institution en euphorie : l'adoption devant le Parlement français », *D.* 1950, chr. p. 117.

« Est-ce possible », *D.* 1963, chr. XXXIV, pp. 230-232.

« Projet de loi sur la filiation », *JCP* 1971, I, 2400.

C. SELLENET, « L'acharnement adoptif face au refus de l'enfant », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, pp. 40-42.

G. SICARD, « L'identité historique », in J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 115-175.

Ph. SIMLER, « La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale) », *RTD civ.* 1972, pp. 685-728.

G. SOUTY, P. DOUPONT, « Paroles d'abandonnée », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, pp. 44-46.

P.-A. TAGUIEFF, « Au cœur du raisonnement galtonien : le paradoxe de la politique malthusienne et sa solution eugéniste », *Raison politique* 2007, n° 26, pp. 175-215.

R. THÉRY, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982, chr. XXXV, pp. 231-238.

A. VAISSIER-CATARAMÉ, « L'audition de l'enfant en justice », in J.-Fl. ESCHYLLE, C. MARRAUD, *Droit de l'enfant et de la famille, hommage à Marie-Josèphe Gebler*, PUN, Nancy, 1998, pp. 161-165.

M. VAQUIN, « Avec le clonage, la filiation est pulvérisée », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, pp. 61-62.

P. VERDIER, « Des souffrances spécifiques. Difficultés des adoptés nés à l'étranger », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 38.

G. VIAL, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », *dt fam.* 2009, étude n° 18, p. 9.

J. VIDAL, « Un droit à la connaissance de ses origines ? », *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1996, pp. 733-753.

A. VIGIÉ, « Loi modifiant l'article 340 du Code civil, reconnaissance judiciaire de la Paternité naturelle », *lois nouvelles* 1913, I, n° 55, pp. 23-24.

D. YERNAULT, « Libertés classiques et droits dérivés : le cas de l'accès aux documents administratifs », *RTD civ.* 1996, p. 205-227

F.-R. ZACOT, « Quelle place pour l'enfant ? Les leçon de l'affaire de l'Arche de Zoé », in Cl. NEIRINCK, *Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit, Revue problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 43.

V. ZELIZER, « Repenser le marché, la construction sociale du marché aux bébés aux États Unis, 1870-1930 », in *actes de la recherche en sciences sociales*, 1992, vol. 94, pp. 3-26.

J. ZLINSKZY, « *Consorts et domina – Filiae loco* : La famille romaine archaïque », in R. GANGHOFER, *Le droit de la famille en Europe son évolution de l'antiquité à nos jours*, PUS, Strasbourg, 1992, pp. 233-239.

Table des arrêts (par date)

Juridictions du fond

1800-1900

Cour d'appel de Lyon, 31 décembre 1835, affaire *Despeisses c./ Blanchet*, S. 1836, 2, 194.

Cour d'appel de Bourges, 2 mai 1837, affaire *Alaphilippe et Laurent c./ Champagnat et Debourges*, S. 1838, 2, p. 5.

Cour d'appel d'Aix, 22 décembre 1852, affaire *De Gordes et femme Léon c./ femme Weber*, D. 1854, II, p. 121 ; S. 1854, 2, n° 321.

Cour d'appel de Paris, 21 avril 1853, affaire *L... c./ S...*, S. 1853, 2, n° 297

Cour d'appel de Colmar, 19 novembre 1857, affaire *Bernard Lévy c./ Hickel*, D. 1859, II, p. 36

Cour d'appel de Bordeaux, 17 novembre 1859, affaire *Bourdeau c./ Bibard et autres*, D. 1859, II, p. 48.

Cour d'appel de Metz, 23 juin 1858, affaire *Franciscus c./ Ministère public*, D. 1859, II, p. 72.

cour d'appel de Rouen, 4 janvier 1883, affaire *Durand et Marchand c./ veuve Durand-Touchet*, D. 1883, II, p. 155

Cour d'appel de Lyon, 2 février 1897, affaire *Morellon*, D. 1897, II, 367.

1900-1950

Tribunal civil de Lille, 10 mars 1904, affaire *Dorigny c./ Decroocq*, D. 1904, II, p. 240.

Alger 29 octobre 1924, affaire *Maklouf Benhamou c./ dame Bengouzi*, D. 1925, II, p. 91.

Tribunal civil de Dijon, 18 décembre 1924, affaire *Dame Gigot, épouse Piguet c./ dame Louise Gigot*, D. 1925, II, p. 91.

Cour d'appel de Nîmes, 16 juin 1926, affaire *époux Daisse c./ époux Cicollela*, D. 1927, II, p.16.

Cour d'appel de Rennes, 31 mai 1939, affaire *G..., c./ Demoiselle B...*, D. H. 1939, p. 429.

Cour d'appel de Paris 20 décembre 1947, affaire *B... c./ Dame B...*, D. 1948, jur., p. 80.

Cour d'appel de Paris, 9 janvier 1948, affaire *Boulangier c./ Demoiselle Pequeux*, D. 1948, jur., p. 93.

1950-1990

Tribunal civil de Nantes, 27 novembre 1957, affaire *Dhaussey c./ Fouillet*, gaz. pal. 1958, I, p. 432.

Cour d'appel de Paris, 30 avril 1959, affaire *Epoux Legros c./ Epoux Van Leckwyck*, D. 1960, jur. p. 674.

Tribunal de grande instance de la Seine, 14 décembre 1964, affaire *X... c./ Dame Y...*, épouse X... ; A. ROUAST, note sous arrêt, D. 1965, p. 507.

Tribunal de grande instance d'Amiens, 13 janvier 1973, affaire *Lagache c./ Collet* ; L. B., note sous arrêt, gaz. pal. 1974, I, p. 44.

Cour d'appel de Paris, 24 novembre 1981, première chambre supplémentaire, n° I 6168 et n° I 7040

Tribunal de grande instance de Marseille, 27 janvier 1982, affaire *Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Marseille c./ F. et autres* ; R. NERSON, J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les annulations de reconnaissances mensongères », *RTD civ.* 1983, p. 737 ; J. PENNEAU, note sous tribunal de grande instance de Marseille, 27 janvier 1982, affaire *Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Marseille c./ F. et autres*, *JCP* 1983, II, n° 20028.

Cour d'appel de Toulouse, 21 septembre 1987, affaire *B... c./ Dame F...*, D. HUET-WEILLER, note sous arrêt, *D.* 1988, P. 184.

Cour d'appel de Bordeaux, 23 novembre 1988, « Enfant naturel : conditions d'exercice et de transfert de l'autorité parentale », *D.* 1990, p. 281 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le recours à une mère porteuse et l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint », *RTD civ.* 1990, p. 254 ; J. HAUSER, « L'autorité parentale sur un enfant naturel et les circonstances de sa conception et de sa naissance », *D.* 1990, p. 281.

1990-2000

Cour d'appel de Toulouse, 12 avril 1994, affaire *Zéran*, RG : 5274/93, *JCP* 1995, IV, 227.

Cour d'appel de Papeete, 26 octobre 1995 ; E. JOB, note sous arrêt, *D.* 1996, jur., p. 605 ; J. MASSIP, « La possession d'état, notion classique et pourtant méconnue », *LPA* mars 1997, n° 36, p. 15 ; J. MASSIP, « La possession d'état, notion classique et pourtant méconnue », *degrénois* 1997, n° 5, p. 304 ; J. HAUSER, « Constatation de la possession d'état : qui peut agir ? », *RTD civ.* 1997, p. 406.

Tribunal de grande instance de Paris, 12 décembre 1995, *BICC* 1996, n° 416, p. 22.

Cour d'appel de Riom, 16 décembre 1997, affaire *association Enfance et familles d'adoption c./ X... et autres* ; D. BOURGAULT-COUDEVYILLE, « Filiation », note sous cour d'appel de Riom, affaire *association Enfance et familles d'adoption c./ X... et autre*, 16 décembre 1997, *D.* 1998, p. 301 ; F. GRANET, « Filiation naturelle », note sous cour d'appel de Riom, affaire *association Enfance et familles d'adoption c./ X... et autre*, 16 décembre 1997, *D.* 1999, p. 198 ; Th. GARÉ, « Une reconnaissance prénatale est sans effet en cas d'accouchement sous X », *JCP* 1998, II, n° 10147, p. 1589 ; J. HAUSER, « La mort civile de l'enfant », *RTD civ.* 1998, p. 891 ; P. MURAT, « De l'impuissance des pères devant l'accouchement anonyme », *dt. fam.* novembre 1998, comm. 150, p. 14 ; M-Ch. LE BOURSICOT, « Accouchement sous X : l'épilogue de de l'affaire de Riom », *RJPF* 2004.

2000-2005

Tribunal de grande instance de Brive, 30 juin 2000, affaire *Bouis et Lacour c./ Département de la Corrèze*, n° RG : 1062/98 ; I. ARDEEFF, « L'établissement du lien de filiation par l'acte de naissance de l'enfant naturel », *D.* 2001, p. 27 ; J. HAUSER, « J'irai plaider sur vos tombes : maternité naturelle, indication du nom de la mère, l'égalité des enfants au service des cousins germains posthumes », *RTD civ.* 2000, p. 815 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme par les juges du fond ou comment expurger le droit de la famille de ses archaïsmes sans attendre le législateur », *RTD civ.* 2000, p. 930 ; F. GRANET, « Établissement de la filiation maternelle hors mariage », *D.* 2001, p. 972 ; J. HAUSER, « Maternité naturelle : la réécriture du Code civil par les juges », *RTD civ.* 2001, p. 344 ; M-Ch. MEYZEAUD-GARAUD, « Quand l'article 334-8 du Code civil relatif à l'établissement du lien de filiation maternelle est jugé incompatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme », *RJPF* 2001, n° 2, pp. 22-23 ; P. MURAT, « L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, nouveau mode d'établissement de la filiation naturelle », *dt. fam.* octobre 2000, pp. 13-14.

Cour d'appel de Douai, 22 octobre 2001, RG : 1999/07552.

Tribunal de grande instance de Nancy, 16 mai 2003 ; J. HAUSER, « l'identification de l'enfant aux mains de la mère : une expropriation d'enfant d'utilité privée », *RTD civ.* 2003, pp. 488-491 ; P. MURAT, « Imbroglia autour d'un accouchement anonyme : le père par le sang obtient la restitution de l'enfant placé en vue de son adoption », *dt. fam.* 2003, n° 7, pp. 27-31 ; Th. GARÉ, « L'accouchement sous X n'efface pas les droits du père par le sang », *RJPF* 2003, n° 11, pp. 20-21 ; E. POISSON-DROCOURT, « Accouchement sous X... : conflit entre père par le sang et adoptants potentiels », *D.* 2003, n° 43, pp. 2910-2913 ; Cl. BERNARD-XEMARD, « L'enfant, sa famille d'accueil et son père biologique », *LPA* mars 2004, n° 45, pp. 5-13 ; J. MASSIP, « Restitution d'un enfant né sous X à son père naturel », *JCP* 2004, n° 11, pp. 455-458.

Cour d'appel Nancy, 23 février 2004 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « 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 », *RJPF* 2004, n° 4, pp. 21-23 ; P. MURAT, « Accouchement anonyme : quand les délais conduisent les pères à ne pouvoir exercer leurs droits », *dt. fam.* avril 2004, n° 4, pp. 11-16 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme et paternité (suite) », *RTD civ.* 2004, p. 275 ; M. GARNIER, « Irrecevabilité de la demande de restitution au père naturel et adoption plénière d'un enfant né sous X », *JCP* 2004, n° 20, pp. 897-900 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2004, n° 20, pp. 1419-1424 ; E. POISSON-DROCOURT, « Accouchement sous X : reconnaissance prénatale par le père et adoption », *D.* 2004, n° 31, pp. 2249-2252.

Cour d'appel de Nancy, 17 mai 2004, affaire *Lubov Toril c./ Gilbert Toril*, RG : 03/01053 ; M. GARNIER, « Recevabilité de la tierce opposition formée par l'adopté contre le jugement prononçant son adoption plénière », *JCP* 2005, n° 1, pp. 33-35 ; P. MURAT, « La tierce opposition par l'adopté », *dt. fam.* février 2005, comm. 28.

Cour d'appel de Reims, 2 décembre 2004, affaire *Bauer c./ ministère public*, RG : 04/01178.

2005-2010

Cour d'appel de Toulouse, 15 février 2005, affaire *époux Assanelli c./ ministère public*, RG : 04/04615.

Cour d'appel d'Aix en Provence, 13 septembre 2005, affaire *époux BE c./ ministère public*, RG : 05/01510 ; A. GABRIEL, « Application par le juge français des conditions légales de l'adoption internationale », *JCP* 2006, II, 10042.

cour d'appel de Nîmes, 19 décembre 2006, affaire *époux R. Guendon c./ C. Guendon.*, RG : 06/00888 ; M. LAMOUREUX, « Tierce-opposition contre un jugement prononçant l'adoption plénière d'un enfant polynésien », *LPA* décembre 2007, n° 243, pp. 11-21.

Cour d'appel de Nîmes, 21 mars 2007, affaire *Jean-François T... c./ Carole G...*, RG : 05/03638 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « La conception d'un enfant décidée par la mère seule peut constituer une faute cause de divorce », *dt. fam.* octobre 2007., n° 189, p. 20 ; J. VASSAUX, « Le devoir de loyauté prévaut sur le devoir de procréation », *JCP* 2007, II, 10149, n° 37, pp. 27-29 ; M. LAMOUREUX, « Divorce pour faute », *D.* 2007, n° 36, pp. 2587-2589.

Tribunal de grande instance de Lyon, 5 juillet 2007 ; A. GOUTTENOIRE, « Touche pas à ma filiation », *D.* 2007, p. 3052 ; J. HAUSER, « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen », *RTD civ.* 2008, p. 93.

Cour d'appel de Paris, 10 avril 2008, affaire *Brigitte X... et autres c./ Marie Geneviève Suzanne G... et autres*, RG : 06/17420.

Cour d'appel de Paris, 10 avril 2008, affaire *R. c./ ministère public*, RG : 07/11288 ; P. MURAT, « Les grands-parents, l'accouchement anonyme de leur fille et l'adoption de l'enfant », *dt. fam.* juillet 2008, n° 102, p. 31.

Cour d'appel de Pau, 8 juillet 2008, affaire *Dominique Gaston X... c./ Prisca Audrey Saada Z...*, RG : 06/03662.

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, 19 août 2008, RG : 05/01590.

2010

Cour d'appel de Paris, 25 février 2010, affaire *Charnolé et Nojac c./ Chalon et association famille adoptive française*, RG : 09/02447.

Tribunal de grande instance d'Angers, 26 avril 2010, RG : 10/0071 ; A. GOUTTENOIRE, « Les grands-parents et l'accouchement sous X (suite) : les liens du sang ne suffisent pas », *lexbase hebdo* 2010, n° 394 ; G. THOMAS-DEBENEST, « Irrecevabilité de l'action des grand-parents maternels biologiques contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'état », *JCP* 2010, n° 22, p. 1110 ; J. HAUSER, « La mère qui accouche décide du destin familial de son enfant même si elle change d'avis », *RTD civ.* 2010, n° 3, pp. 540-542 ; P. SALVAGE-GEREST, « Contestation de l'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État », *dt. fam.* juillet 2010, com. 114, pp. 31-34 ; J. MASSIP, « Les grands-parents peuvent-ils, après un accouchement secret, former un recours contre l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État ? », *LPA* novembre 2010, n° 230, pp. 9-14.

Cour d'appel d'Orléans, 11 mai 2010, affaire *Charnolé et aures c./ Péot et autres*, n° RG : 09/01827.

2011

Cour d'appel d'Angers, 26 janvier 2011, affaire *époux Oger c./ Président du conseil général de Maine et Loire et autres*, RG : 10/01339 ; A. GOUTTENOIRE, « Grands-parents envers et contre tout », *lexbase hebdo* février 2011, n° 427 ; J. GALLOIS, « L'intérêt supérieur de l'enfant prime le droit de sa mère de l'abandonner », *RLDC* 2011, n° 80, pp. 45-46 ; B. WEISS-GOUT, « Une nouvelle étape dans les problématiques engendrées par le choix de l'accouchement sous X », *gaz.pal.* mars 2011, pp. 9-13 ; J. HAUSER, « où et comment accoucher, accouchement anonyme : la fin est-elle pour demain ? », *RTD civ.* 2011, pp. 336-337 ; S. MOISDON-CHATAIGNER, « L'avenir d'un enfant né sous X est-il auprès de ses grands-parents maternels ? », *RDSS* 2011, n° 2, pp. 329-340 ; Th. GARÉ, « L'accouchement sous X et les grands-parents », *D.* 2011, n° 15, pp. 1053-1055.

Cour d'appel de Paris, 24 février 2011, affaire *M. c./ ministère public*, RG : 10/20547.

Cour d'appel de Rouen, 7 avril 2011, affaire *Audrey X... c./ Brice Y...*, RG : 10/02343.

Cour d'appel de Dijon, 13 mai 2011, affaire *Faiza N. c./ Président du conseil général de la Côte d'or*, RG : 10/02091.

Cour d'appel de Douai, 9 juin 2011, affaire *Sandra X... c./ Mathieu Z...*, RG : 10/09150.

Cour d'appel de Bordeaux, 25 octobre 2011, affaire *P. et G. c./ ministère public*, RG : 11/01758.

Cour d'appel de Lyon, 5 décembre 2011, affaire *Zohra X... c./ Johann Y...*, RG : 11/02053.

Cour d'appel de Douai, 15 décembre 2011, affaire *David X..., c./ Élisabeth Y...*, RG : 11/02331.

Cour d'appel de Lyon, 19 décembre 2011, affaire *X... c./ Y...*, RG : 09/07978.

Cour d'appel de Lyon, 19 décembre 2011, affaire *X... c./ Y...*, RG : 10/04065.

2012

Cour d'appel de Lyon, 9 janvier 2012, affaire *Souber X... c./ procureur général près la cour d'appel de Lyon*, RG : 10/01430.

Cour d'appel de Rennes, 10 janvier 2012, affaire *Didier X... et autres c./ ministère public*, RG : 11/01846 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, n° 22, pp. 1432-1439.

Cour d'appel de Caen, 12 janvier 2012, affaire *Béatrice J. c./ ministère public*, RG : 11/01988.

Cour d'appel de Rennes, 21 février 2012, RG : 11/02758 ; A. MIRCKOVIC, « Gestatrice indienne : transcription sur les registres d'état civil », *D.* 2012, p. 878 ; J. HAUSER, « Maternités pour autrui : un enfant à façon ou l'heure de vérité ? », *RTD civ.* 2012, p. 304 ; I. CORPART, « Transcription d'un acte d'état civil dressé à l'occasion d'une gestation pour autrui : avancée ou incongruité ? », *RJPF* 2012, pp. 10-18 ; A. GOUTTENOIRE, « Mère porteuse : la tolérance à l'égard des pères célibataires », *lexbase hebdo* 2012, n° 477 ; A. MARAIS, « Validation de la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une mère porteuse », *JCP* 2012, n° 13, p. 593 ; E. POULIQUEN, « Gestation pour autrui : une cour d'appel sème le trouble », *RLDC* 2012, n° 92, pp. 38-39 ; H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE, « Droit international privé, février 2011-janvier 2012 », *D.* 2012, n° 19, pp. 1228-1240 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, n° 22, pp. 1432-1439 ; Ch. BYK, « Bioéthique », *JCP* 2012, n° 25, pp. 1233-1239 ; J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D.* 20123, n° 10, pp. 663-675.

Cour d'appel de Fort-de-France, 25 mai 2012, affaire *Casimir Henriette Y... c./ Éric Justin X...* RG : 11/00320.

2013

Cour d'appel de Fort-de-France, 8 février 2013, affaire *Christine X...*, c./ *Paul Y...*,
RG : 11/00226.

Cour d'appel de Metz, 19 février 2013, affaire *De L., W. c./ ministère public*, RG : 11/03977.

Cour d'appel de Paris, 5 mars 2013, affaire *époux S. c./ ministère public*, RG : 12/12163.

Cour d'appel de Rouen, 23 mai 2013, affaire *époux V. c./ ministère public*, RG : 12/00204.

Cour d'appel de Rennes, 24 mai 2013, affaire *Fanette X...*, RG : 13/00036E

Cour d'appel de Douai, 4 juillet 2013, affaire *époux D. c./ ministère public*, RG : 13/01584.

Cour de cassation

1800-1900

- Cass. crim., 5 février 1808, affaire *M. le Pr. G. de la Roër c./ C. Franck*, *S.* 1809, p. 88.
- Cass. Req., 4 novembre 1835, affaire *Goëty c./ Mainvielle*, *S.* 1835, 1, n° 785.
- Cass. crim., 10 septembre 1847, affaire *femme Arrix c./ Ministère public*, *D.* 1847, I, 302.
- Cass. civ., 3 février 1851, affaire *Herriot et cons. c./ Mervelet*, *D.* 1851, I, p. 116.
- Cass. civ. 17 février 1851, affaire *Boissin c./ Chirat* ; *S.* 1848, 2, p. 375 ; L.-M. DEVILL, note sous arrêt, *S.* 1851, 1, n° 161.
- Cass. req., 3 mars 1856, affaire *Wey c./ Wey*, *S.* 1856, I, n° 408.
- Cass. civ. 8 juillet 1857, affaire *Jaumes c./ Jac du Puget*, *D.* 1857, I, p. 273 ; *S.* 1857, 1, n° 722.
- Cass. Crim., 12 novembre 1859, affaire *Barbier et autres c./ Ministère public*, *D.* 1860, 1, p. 50.
- Cass. civ. 1er mai 1861, affaire *Chovel et cons. c./ époux Jarron*, *D.* 1861, I, p. 241.
- Cass. crim., 12 décembre 1862, affaire *Relandeau*, *D.* 1863, I, p. 392.
- Cass. crim., 28 février 1867, affaire *Tremouille c./ Ministère public*, *D.* 1867, I, p. 190 ; *S.* 1867, 1, n° 268.
- Cass. req., 4 janvier 1887, affaire *Davenat c./ Godin*, *D.* 1887, I, p. 447.

1900-1950

- Cass crim 18 avril 1907, affaire *Marie Lhiabastres, veuve Guillemain*, *D.* 1909, V, p. 34.
- Cass. req., 8 mars 1927, affaire *Demoiselle Pourrieux c./ conjoints Songy*, *D. H.* 1927, p. 205.
- Cass. crim. 23 juin 1928, *bull. crim.* 1928, n° 191.
- Cass. civ. 8 janvier 1930, affaire *Degas c./ conjoints Degas*, *S.* 1930, 1, p. 257.
- Cass. civ. 4 janvier 1935, affaire *Hérauval c./ Charles et Cie d'assurances La Flandre*, *D.* 1935, I, p. 6.
- Cass. 8 mars 1939, affaire *Veuve Hérauval c./ C. Charles et Cie d'assurances La Flandre* ; L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, note sous Cass. 8 mars 1939, *D.* 1941, II, p. 37.

1950-1980

- Cass. civ. 13 janvier 1959, affaire *Y.. c./ Dlle X..* ; H. DESBOIS, « Filiation naturelle : action en recherche de paternité ; analyse des sangs », *RTD civ.* 1959, p. 303 ; G. HOLLEAUX, note sous arrêt, *D.* 1959, jur., p. 45.
- Cass. civ 1er 6 juillet 1960, *époux Genilloud c./ Novack et dame Le Floch*, *JCP* 1960, II, 11815.
- Cass. civ. 2em, 2 décembre 1960, affaire Caraty ; J. SAVATIER, note sous arrêt, *JCP* 1960, II, 11689.
- Cass. civ. 1re, 29 juin 1965, affaire *X... c./ Y...*, *D.* 1966, jur., p. 20.
- Cass. civ. 1re, 2 avril 1968, affaire *Senecat c./ Cons. Senecat*, *D.* 1968, p. 705 ; R. NERSON, « Le refus de se soumettre à un examen de sang », *RTD civ.* 1968, p. 701 ; A. ROUAST, note sous arrêt, *D.* 1968, p. 705.
- Cass. civ. 1re, 18 mai 1972, affaire *Edition René Julliard et autres c./ époux Rossi* ; R. LINDON, note sous arrêt, *JCP* 1972, II, n° 17209.
- Cass. civ. 1re, 5 juillet 1973, affaire *époux Roachat c./ Grande*, pourvoi n° 71-13971, *bull.* 1971, I, n° 235, p. 108.

1980-1990

Cass. civ. 1re, 4 mars 1981, pourvoi n° 80-10328, *bull.* 1981, I, n° 81.

Cass. civ. 1re, 18 mars 1981, pourvoi n° 79-16284, *bull.* 1981, I, n° 95 ; D. HUET-WEILLER, note sous arrêt, *D.* 1982, II, p. 260.

Cass. civ. 1re, 1er juillet 1981, pourvoi n° 79-15776, *bull.* 1981, I, n° 243.

Cass. civ. 1re, 1er juillet 1981, pourvoi n° 80-13053, *bull.* 1981, I, n° 244.

Cass. civ. 1re, 17 février 1982, pourvoi n° 81-10298, *bull.* 1981, I, n° 78.

Cass. civ. 1re, 12 février 1985, pourvoi n° 83-16284, *bull.* 1985, I, n° 57, p. 56.

Cass. crim, 8 mars 1988, pourvoi n° 87-92108, *bull. crim.* 1988, n° 117, p. 296 ; W. JEANDIDIER, note sous arrêt, *JCP* 1989, II, 21162 ; E.-S. DE LA MARINIERRE, note sous arrêt, *D.* 1989, p. 528.

1990-1995

Cass. civ. 1re, 14 février 1990, pourvoi n° 88-15809, *bull.* 1990, I, n° 46, p. 34 ; J. MASSIP, « Filiation naturelle », *degrénois* juin 1990, n° 11, p. 690.

Cass. plen. 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20105, *bull.* 1991, A.P., n° 4, p. 5.

Cass. civ. 1er, 7 janvier 1992, pourvoi n° 90-10192, *bull.* 1992, n° 1, p. 1.

cass. civ. 1er 30 juin 1992, pourvoi n° 90-20252, *bull.* 1992, I, n° 207, p. 138.

Cass. civ. 1er, 16 juillet 1992, pourvoi n° 91-12871, *bull.* 1992, I, n° 230, p. 152.

Cass. civ. 1er, 10 mars 1993, pourvoi n° 91-11310, *bull.* 1993, I, n° 103, p. 69 ; J. MASSIP, commentaire de l'arrêt du 10 mars 1993, *D.* 1993, p. 361 ; M.-C. RONDEAU-RIVIER, « La Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu », *D.* 1993, chr. p. 203 ; Cl. NEIRINCK et P. MARTIN, « Un traité bien maltraité : à propos de l'arrêt Lejeune », *JCP* 1993, I, n° 3677 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « La réception des conventions internationales par les juges français en droit de la famille », *JCP* 1993, I, n° 3688 ; A.-D. OLINGA, « L'applicabilité directe de la Convention internationale des droits de l'enfant devant le juge français », *RTDH* 1995, p. 678 ; J. HAUSER, « La CIDE : la Cour de cassation persiste et signe ! », *RTD civ.* 1993, p. 814 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « La réception des conventions internationales par les juges français en droit de la famille », *JCP* 1997, I, n° 3997 ; C. CHABERT, « Pour une réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant », *JCP* 2003, I, n° 129.

Cass. civ. 1re, 24 mars 1993, pourvoi n° 91-18646, *bull.* 1993, I, n° 123, p. 82.

Cass. civ. 1re, 23 mars 1994, pourvoi n° 92-15169, *bull.* 1994, I, n° 106, p. 80.

Cass. civ. 1re, 29 juin 1994, pourvoi n° 92-13563, *bull.* 1994, I, n° 226, p. 165 ; J. HAUSER, « Maternité de substitution : la fronde poitevine n'était qu'une révolte, pas une révolution », *RTD civ.* 1994, p. 842 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Nullité de l'adoption d'un enfant né d'une mère porteuse », *JCP* 1995, II, jur. 22362, pp.15-17 ; H. CARVAIS-ROSENBLATT, note sous arrêt, *gaz. pal.* janvier 1995, n° 15, pp. 13-17 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence générale, personnes, familles », *degrénois* mars 1995, n° 5, pp. 310-332.

1995

Cass. civ. 1re, 7 juin 1995, pourvoi n° 93-14682, *bull.* 1995, I, n° 239, p. 168 ; J. MASSIP, « Le rôle des expertises biologiques dans les procès de filiation », *LPA* février 1996, n° 26, p. 21.

Cass. civ. 1re, 21 novembre 1995, pourvoi n° 94-05102, *bull.* 1995, I, n° 418, p. 292 ; J. MASSIP, « Assistance éducative », *degrénois* 1996, n° 22, p. 1350.

1996

Cass. civ. 1re, 6 mars 1996, pourvoi n° 94-14969, J. HAUSER, « Reconnaissance et contestation : contribution à la définition de la possession d'état », *RTD civ.* 1996, p. 374 ; J. MASSIP, « L'irrecevabilité de l'action en contestation de la reconnaissance quand il existe une possession d'état conforme », *D.* 1997, p. 48 ; J. MASSIP, « Filiation », *degrénois* 1996, n° 17, p. 995.

Cass. civ. 2eme, 22 mai 1996, pourvoi n° 94-12271, *bull.* 1996, II, n° 100, p. 63 ; J. HAUSER, « L'opposition d'intérêt dans l'administration légale », *RTD civ.* 1996, p. 582.

Cass. civ. 1re, 5 novembre 1996, pourvoi n° 96-11073, *bull.* 1996, I, n° 368, p. 259 ; J. MASSIP, « La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme », *defrénois* 1997, n° 11, p. 718 ; J. HAUSER, « La liberté qui opprime et la loi qui libère », *RTD civ.* 1997, p. 98 ; J. MASSIP, « La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme », *D.* 1997, p. 587 ; I. ARDEEFF, « Le droit pour une mineure d'accoucher sous X », *JCP* 1997, II, 22749.

1998

Cass. civ. 1re, 10 mars 1998, pourvoi n° 96-11250, *bull.* 1998, I, n° 99, p. 66 ; J. MASSIP, « L'action en constatation de la possession d'état est ouverte à tout intéressé et donc aux grands-parents de l'enfant », *LPA* novembre 1998, n° 132, p. 29 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Nouvel état de l'action en constatation de possession d'état », *LPA* octobre 1998, n° 126, p. 19.

Cass. civ. 1re, 16 juin 1998, pourvoi n° 96-16277, *bull.* 1998, I, n° 215, p. 149 ; M. REBOURG, « Le changement de nom de l'enfant naturel mineur à la suite de l'annulation d'une reconnaissance mensongère », *LPA* février 1999, n° 39, p. 7 ; J. MASSIP, « Conséquences de l'annulation d'une reconnaissance de paternité notamment quant au nom de l'enfant », *defrénois* mars 1999, n° 5, p. 305 ; J. MASSIP, note sous arrêt, *D.* 1999, n° 24, pp. 360-361 ; F. GRANET, note sous arrêt, *D.* 1998, p. 355.

1999

Cass. civ. 1re, 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-17216, inédit ; J. MASSIP, « Interrogation sur la jurisprudence relative aux expertises biologiques en matière de filiation », *defrénois* septembre 1999, n° 17, p. 938 ; J.-J. ANSAULT, « L'influence de la conception française de la filiation sur le système probatoire », *RLDC* 2010.

Cass. civ. 1er, 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-19759, inédit ; Th. FOSSIER, « Vers un statut de l'administrateur ad hoc ? », *dt. fam.* novembre 1999, n° 11, pp. 23-24.

Cass. civ. 1re, 16 février 1999, pourvois n° 96-21223 et n° 97-12781, *bull.* 1999, I, n° 53, p. 35 ; « L'examen comparé des sangs pour prévenir la fraude à l'adoption », *JCP N.* 1999, n° 16, p. 682 ; J. VASSAUX, « Le juge qui suspecte une convention de mère porteuse a le pouvoir d'ordonner un examen des sangs pour prévenir la fraude à l'adoption », *RJPF* 1999 ; J. MASSIP, « Recours à un examen sanguin pour prouver une fraude en matière d'adoption », *D.* 1999, p. 692 ; J. HAUSER, « Le réveil du ministère public », *RTD civ.* 1999, p. 372.

Cass. civ. 1re, 23 février 1999, pourvois n° 97-15098 et n° 97-20514, *bull.* 1999, I, n° 66, p. 43 ; S. N., note sous arrêt, *gaz. pal.* 2000 n° 288, p. 10 ; Y. FAVIER, « Délégation de l'autorité parentale et intérêt de l'enfant », *JCP* 2001, I, 293 ; A. GOUTTENOIRE, « Désignation d'un administrateur ad hoc : l'opposition d'intérêts est nécessaire mais suffisante », *dt. fam.* décembre 1999, n° 12, pp. 19-20 ; J. HAUSER, « Opposition d'intérêt et administrateur ad hoc », *RTD civ.* 1999, p. 601.

2000

Cass. civ. 1re, 28 mars 2000, pourvoi n° 98-12806, *bull.* 2000, I, n° 103, p. 69 ; J. HAUSER, « Personnes et droit de la famille », *RTD civ.* 2000, n°2, pp. 289-314 ; J. HAUSER, « La Cour de cassation reconnaît un droit à l'expertise biologique en matière de filiation mais lui assigne des limites », *RJPF* 2000, n° 5, pp. 23-25 ; P. MURAT, « L'expertise biologique sollicitée s'impose au juge », *dt. fam.* juin 2000, n° 6, pp. 13-15 ; J. MASSIP, « Filiation : l'expertise biologique et le droit », *defrénois* 2000, n° 12, pp. 769-774 ; N. NEVEJANS, « L'expertise biologique obligatoire en droit de la filiation », *LPA* septembre 2000, n° 117, pp. 8-14 ; C. DABURON, « Le nouveau poids de l'expertise sanguine en matière de filiation », *LPA* novembre 2000, n° 236, pp. 13-17 ; A. MIGNOT, « L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation », *RRJ* 2003, pp. 667-700 ; C. JOURDAIN-FORTIER, « Les enfants de la nature au XXI^{em} siècle : la possession d'état à l'épreuve de l'expertise biologique », *dt. fam.* juillet 2003, n° 7, pp. 17-22.

Cass. civ. 1re, 14 juin 2000, pourvoi n° 98-16122, inédit ; J. MASSIP, « Contestation de filiation à la suite d'une procréation médicalement assistée », *LPA* décembre 2000, n° 257, p. 12 ; P. MURAT, « La PMA ne rend pas la filiation plus disponible », *dt. fam.* octobre 2000, comm. 109 ; F. GRANET, « L'acte de naissance est-il corroboré par la possession d'état d'enfant légitime ? », *D.* 2001, p. 969 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « L'acte de naissance est-il corroboré par la possession d'état d'enfant légitime ? », *D.* 2001, p. 2798.

2001

Cass. mixte 9 février 2001, pourvoi n° 98-18661, *bull.* 2001, I, p. 1 ; P. GUERDER, « L'administrateur *ad hoc* ne peut avoir plus de droits d'agir en justice que le mineur qu'il représente », *RJPF* 2001, n° 4, pp. 21-22 ; Th. FOSSIER, « Irrecevabilité de la tierce opposition par l'administrateur *ad hoc* agissant au nom de la mineure », *JCP* 2001, n° 17, pp. 817-820 ; A. GOUTTENOIRE, « L'administrateur *ad hoc* ne peut avoir plus de droits que le mineur qu'il représente », *dt. fam.* mai 2001, n° 5, p. 22 ; J. HAUSER, « De la nature juridique de la représentation des mineurs », *RJPF* 2001, n° 6, pp. 6-8 ; Th. FOSSIER, « La responsabilité civile dans la protection de l'enfance : le cas de l'administrateur *ad hoc* », *gaz. pal.* 2002, n° 13, pp. 24-27.

2002

Cass. civ. 1re, 8 janvier 2002, pourvoi n° 99-14195, inédit.

Cass. civ. 1re, 5 février 2002, pourvoi n° 98-22824, inédit ; J. MASSIP, « Filiation », *defrénois* 2002, n° 10, p. 689 ; S. MORNET, « Caractère d'ordre public du délai de six mois de l'action en désaveu », *gaz. pal.* octobre 2002, n° 304. Th. GARÉ, « le délai de prescription de l'action en désaveu est d'ordre public », *RJPF* 2002 ; J. HAUSER, « Le délai de l'action en désaveu est d'ordre public », *RTD civ.* 2002, p. 494 ; F. GRANET, « Irrecevabilité de l'action en désaveu de paternité légitime engagée hors délai », *D.* 2002, p. 2018 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « L'établissement et la contestation des liens de filiation », *AJ fam.* 2003, p. 162.

2003

Cass. civ. 1re, 14 janvier 2003, pourvoi n° 00-22385, inédit.

Cass. civ. 1re, 6 mai 2003, pourvoi n° 01-10849, inédit ; J. MASSIP, « Une action en déclaration est-elle recevable lorsque les parents ont consenti à l'adoption ? », *LPA* février 2004, n° 29, pp. 12-13.

Cass. civ. 1re, 17 septembre 2003, pourvoi n° 01-13856, inédit ; P. MURAT, « Le refus d'expertise biologique peut payer », *dt. fam.* janvier 2004, pp. 18-19 ; J. MASSIP, « Le caractère obligatoire de l'expertise biologique en matière de filiation et les conséquences du refus de s'y soumettre », *D.* 2004, pp. 659-661 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2004, jur. n° 20, pp. 1419-1424.

Cass. civ. 1re, 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-03927, *bull.* 2003, I, n° 252, p. 201 ; J. HAUSER, « Détournement d'adoption? (suite) » *RTD civ.* 2001, p. 347 ; F. GRANET, « Convention de mère porteuse et filiation », *D.* 2002, jur., p. 2902 ; P. MURAT, « Mère porteuse : la Cour de cassation de nouveau appelée à se prononcer », *dt. fam.* février 2004, com. 17, p. 21 ; E. POISSON-DROCOURT, « Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption », *D.* 2004, jur., p. 1998.

2004

Cass. Civ. 1er, 6 janvier 2004, pourvoi n° 01-01600, *bull.* 2004, I, n° 2, p. 2 ; J. HAUSER, *RTD civ.* 1999, p. 64 ; X. LABBÉE, TI Lille, 6 mai 1996, *D.* 1997 p. 543 ; F. GRANET, *D.* 2002, somm. p. 2020 ; J. HAUSER, CA Rennes 24 janvier 2000, *RTD civ.* 2000, p. 819 ; E. DEBILY, « L'adoption simple de l'enfant incestueux prohibée par l'article 334-10 du Code civil », *RRJ* 2004, pp. 2637-2646 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2004, n° 20, pp. 1419-1424 ; C. LABRUSSE-RIOU, « L'adoption simple ne peut contourner la prohibition de la filiation incestueuse », *JCP* 2004, n° 18, pp. 783-788 ; V. VOISIN, « Intérêt de l'enfant contre intérêt public », *LPA* 2004, n° 71, pp. 13-15 ; Th. GARÉ, « L'article 334-10 du Code civil fait obstacle à l'adoption de l'enfant incestueux par son autre parent », *RJPF* 2004, n° 3, pp. 19-20 ; J. SAINTE-ROSE, D. VIGNEAU, « En fait d'inceste, l'adoption simple ne vaut pas contre l'article 334-10 du Code civil », *D.* 2004, n° 6, pp. 362-367 ; J. HAUSER, « Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse, adoptions simples et père incestueux », *RTD civ.* 2004, pp. 75-77 ; 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 », *dt. fam.* novembre 2003, pp. 4-12 ; A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, pp. 759-780.

Cass. civ. 1re, 6 avril 2004, pourvoi n° 03-190126, *bull.* 2004, I, n° 107, p. 87 ; P. MURAT, « Remise de l'enfant à l'ASE : pas de vice du consentement pour la femme accouchée anonymement », *dt. fam.* juillet 2004, pp. 23-25 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation : panorama 2004 », *D.* 2005, n° 26, pp. 1748-1754 ; F. BICHERON, « Accouchement sous X : irrecevabilité d'une rétractation tardive », *AJ fam.* 2004, p. 241 ; J. HAUSER, « Accouchement sous X et rétractation : de mieux en mieux... », *RTD civ.* 2004, p. 496 ; F. MONÉGER, « L'accouchement sous X d'une mère de nationalité étrangère », *RDSS* 2004, p. 691.

Cass. civ. 1re, 12 mai 2004, pourvoi n° 02-16.849, inédit ; Cass. civ. 1re, 12 mai 2004, pourvoi n° 02-16152, inédit ; S. MIRABAIL, « Recherche de paternité naturelle. Accès direct à l'expertise biologique », *D.* 2005, pp. 1766-17568 ; Cass. civ. 1re, 14 juin 2005, pourvoi n° 04-15445, *bull.* 2005, I, n° 251, p. 213 ; P. MURAT, « Expertise biologique de droit : une rafale d'arrêts », *dt. fam.* septembre 2005, n° 9, pp. 23-25 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Expertise biologique : de la preuve du motif légitime du refus », *RLDC* 2005, n° 20, pp. 50-51 ; Th. GARÉ, « La Cour de cassation précise dans sept arrêts le régime de l'expertise biologique en droit de la filiation », *RJPF* 2005, n° 11, pp. 20-21 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence générale », *degrénois* 2005, n° 22, pp. 1848-1851 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2006, n° 17, pp. 1139-1148 ; Ch. BYK, « Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique », *JCP* 2006, I, 137, pp. 899-904.

Cass. crim. 23 juin 2004, pourvoi n° 03-82371, *bull.* 2004, n° 173, p. 630 ; Ph. BONFILS, « La simulation et la dissimulation d'enfant sont des infractions clandestines », *RJPF* 2004 ; J. COSTE, « Simulation ou dissimulation d'enfant : point de départ de la prescription de l'action publique », *AJDP* 2004, n° 10, pp. 366-367 ; Y. MAYAUD, « Infractions contre les personnes », *RSC* 2004, pp. 878-885 ; B. LAMY, « Simulation et dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un mineur : article 227-13 du Code pénal », *dt. fam.* janvier 2005, pp. 32-35 ; M. ROYO, « La machine à arrêter le temps selon la Cour de cassation », *D.* 2005, n° 21, pp. 1399-1403.

Cass. civ. 1re, 3 novembre 2004, pourvoi n° 02-11699, inédit ; J. HAUSER, « Expertise biologique : le feuilleton des motifs légitimes », *RTD civ.* 2005, p. 376 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence civile », *degrénois* 2005, n° 5, pp. 443-446 ; J. MASSIP, « A propos des expertises génétiques en matière de filiation », *LPA* mai 2005, n° 87, pp. 19-22 ; S. N., « Vérité contre volonté : sur qui pèse la charge de l'entretien de l'enfant ? », *RJPF* 2005.

2005

Cass. civ. 1er, 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20613, *bull.* 2005, I, n° 212, p. 180 ; A. GOUTTENOIRE, « La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de cassation ! », *dt. fam.* juillet 2005, comm. 156 ; Y. STRICKLER, « Droit pour le mineur capable de discernement à être entendu en justice », *JCP* 2005, n° 25, pp. 1183-1185 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Droit pour le mineur à être entendu en tout état de cause », *RLDC* 2005, n° 18, p. 47 ; Ph. THÉRY, « Entre tiers et partie ou de deux choses la troisième : le droit de l'enfant d'être entendu en justice », *RTD civ.* 2005, pp. 627-630 ; V. ÉGÉA, « De quelques précisions relatives au droit de l'enfant de s'exprimer dans la procédure », *D.* 2005, n° 28, pp. 1909-1912 ; F. EUDIER, « Autorité parentale : le juge doit prendre en compte, en tout état de cause, la demande d'audition émanant d'un mineur capable de discernement », *RJPF* 2005, n° 9, pp. 21-22 ; C. PETIT, C. CHABERT, « Acceptation judiciaire de l'applicabilité directe de la Convention de New-York », *JCP* 2005, n° 36, pp. 1573-1579 ; P. RÉMY-CORLAY, « Application directe de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant », *RTD civ.* 2005, pp. 750-752.

Cass. civ. 1re, 14 juin 2005, pourvoi n° 02-18654, *bull.* 2005, I, n° 252, p. 213 ; P. MURAT, « Expertise biologique de droit : une rafale d'arrêts », *dt. fam.* 2005, n° 9, pp. 23-25 ; G. MARRAUDE DES GROTTES, « Expertise biologique : de la preuve du motif légitime du refus », *RLDC* 2005, n° 20, pp. 50-51 ; Th. GARÉ, « La Cour de cassation précise dans sept arrêts le régime de l'expertise biologique en droit de la filiation », *RJPF* 2005, n° 11, pp. 20-21 ; J. MASSIP, « La conformité du titre de naissance et de la possession d'état rend irrecevable la contestation de la paternité légitime et par voie de conséquence, la demande d'expertise », *LPA* décembre 2005, n° 248, pp. 20-22 ; J. HAUSER, « Contestation d'état : 322 et 322-1 », *RTD civ.* 2005, p. 582.

Cass. civ. 1re, 14 juin 2005, pourvoi n° 03-18825, *bull.* 2005, n° 256, p. 215.

Cass. civ. 1re, 14 juin 2005, pourvoi n° 03-19325, *bull.* 2005, I, n° 255, p. 215 ; J. MASSIP, « Filiation », *degrénois* 2005, n° 22, p. 1848 ; Th. GARÉ, « La Cour de cassation précise dans sept arrêts le régime de l'expertise biologique en droit de la filiation », *RJPF* 2005 ; S. N., « Expertise biologique : de la preuve du motif légitime du refus », *RLDC* 2005 ; P. MURAT, « Expertise biologique de droit : une rafale d'arrêts », *dt. fam.* septembre 2005, n° 9, comm. 182.

Cass. civ. 1re, 14 juin 2005, pourvoi n° 03-19582, *bull.* 2005, I, n° 250, p. 212 ; P. MURAT, « Expertise biologique de droit : une rafale d'arrêts », *dt. fam.* septembre 2005, n° 9, pp. 23-25 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Expertise biologique : de la preuve du motif légitime du refus », *RLDC* 2005, n° 20, pp. 50-51 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence générale », *degrénois* 2005, n° 22, pp. 1848-1851 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Motifs légitimes de ne pas ordonner une expertise biologique », *D.* 2006, p. 1142 ; J. HAUSER, « Le droit à l'expertise biologique : le tir groupé du 14 juin 2005 ! Fin du feuilleton ? », *RTD civ.* 2005, p. 584.

Cass. civ. 1re, 25 octobre 2005, pourvoi n° 03-14101, *bull.* 2005, I, n° 385, p. 320 ; J. HAUSER, « Expertise biologique : suite des motifs légitimes, possession d'état et preuve non apportée des relations pendant la conception, action à fins de subsides », *RTD civ.* 2006, pp. 98-99 ; S. N., « Expertise *post mortem* : le refus des héritiers constitue un motif légitime », *RJPF* 2006.

Cass. civ. 1re, 25 octobre 2005, pourvoi n° 03-19274, inédit ; Ch. DESNOYER, « Constatation judiciaire de la possession d'état d'enfant naturel », *D.* 2004, p. 463 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Constatation judiciaire de la possession d'état d'enfant naturel », *D.* 2003, p. 2119 ; F. BICHERON, « Pas de recours à l'expertise biologique pour prouver la possession d'état », *AJ fam.* 2003, p. 230 ; J. HAUSER, « Possession d'état et filiation naturelle : preuve et droit transitoire », *RTD civ.* 2003, p. 487 ; J. HAUSER, « La possession d'état *factotum* du droit de la filiation », *RTD civ.* 2002, p. 495 ; F. GRANET, « Né de père inconnu... », *D.* 2002, p. 1710 ; P. MURAT, « Le condamné à mort et la possession d'état : suite », *dt. fam.* décembre 2003, comm. 141, p. 19 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2006, p. 1142 ; P. MURAT, « La possession d'état au secours du fils du condamné à mort », *dt. fam.* septembre 2002, pp. 21-23.

Cass. civ. 1re, 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-15.588, *bull.* 2005, I, n° 476, p. 400 ; J. HAUSER, « Expertise biologique : suit des motifs légitimes, possession d'état et preuve non apportées des relations pendant la conception, action à fins de subsides », *RTD civ.* 2006, pp. 98-99 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Expertise biologique : quelle motivation pour un refus légitime ? », *RLDC* 2006, n° 24, pp. 40-41 ; P. MURAT, « Dans l'action en constatation de possession d'état, l'expertise biologique n'est pas de droit », *dt. fam.* février 2006, comm. pp. 18-20 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2006, n° 17, pp. 1139-1148 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence civile générale », *deffrénois* 2006, n° 12, pp. 161-162.

2006

Cass. civ. 1re, 31 janvier 2006, pourvoi n° 05-12876, *bull.* 2006, I, n° 46, p. 48 ; J. HAUSER, « Est-on à la veille du grand soir de la paternité en mariage ? », *RTD civ.* 2006, pp. 293-294 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2006, n° 17, p. 1139-1148 ; J. MASSIP, « Conséquences du refus de se soumettre à une expertise biologique », *gaz. pal.* 2006, n° 202, pp. 16-17.

Cass. civ. 1re, 14 février 2006, pourvoi n° 03-19533, *bull.* 2006, I, n° 78, p. 75 ; J. HAUSER, « Est-on à la veille du grand-soir de la paternité en mariage ? », *RTD civ.* 2006, pp. 293-294 ; Th. GARÉ, « Le droit à l'expertise biologique semble atténué en présence d'une possession d'état », *RJPF* 2006, n° 5, pp. 22-23 ; J. MASSIP, note sous arrêt, *gaz. pal.* 2006, n° 293, pp. 21-22 ; E. BARRET, note sous arrêt, *gaz. pal.* 2007, n° 59, pp. 10-14 ; J. MASSIP, « Droit de la filiation », *deffrénois* 2006, n° 17, p. 1325.

Cass. civ. 1re, 14 février 2006, pourvoi n° 05-13006, *bull.* 2006, n° 73, p. 72 ; J. HAUSER, « L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance : pourquoi viens-tu si tard ou Brive contre Dauphine, 1 à 0 », *RTD civ.* 2006, pp. 294-295 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « La simple désignation de la mère dans l'acte de naissance vaut établissement de la filiation », *RLDC* 2006, n° 26, p. 40 ; G. KLESSER, « La consécration par anticipation de l'établissement automatique de la filiation maternelle », *D.* 2006, n° 15, pp. 1029-1032 ; J. MASSIP, « Brive-la-Gaillarde approuvée par Paris : l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant naturel établissait sa filiation maternelle dès avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *gaz. pal.* 2006, n° 202, pp. 19-20 ; M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « La Cour de cassation enfin favorable à l'établissement automatique du lien naturel de filiation maternelle par acte de naissance », *RLDC* 2006, n° 29, pp. 41-44.

Cass. civ. 1er, 7 avril 2006, pourvoi n° 05-11285, *bull.* 2006, I, n° 195, p. 171 ; P. REMY-CORLAY, « Convention de New York », *RTD civ.* 2006, pp. 273-275 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme : la liberté ne résume pas toute la filiation », *RTD civ.* 2006, pp. 292-293 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Accouchement sous X, reconnaissance paternelle prénatale et adoption : l'impossible conciliation », *RLDC* 2006, n° 27, pp. 45-46 ; Cl. NEIRINCK, note sous arrêt, *RDSS* 2006, pp. 575-578 ; B. MALLET-BRICOUT, « Droits du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position », *D.* 2006, n° 18, p. 1177 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « La volonté de symétrie entre filiation paternelle et maternelle remet-elle en cause la filiation par adoption ? », *RLDC* 2006, n° 28, pp. 35-38 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Filiation paternelle et adoption : quelle est la portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2006 ? », *RJPF* 2006, n° 6, pp. 23-25 ; P. MURAT, « Affaire Benjamin : une cassation méritée mais bien confuse », *dt. fam.* 2006, n° 6, pp. 24-25 ; J. REVEL, « Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père », *D.* 2006, n° 25, pp. 1707-1710 ; J. MASSIP, « Les droits du père en cas d'accouchement anonyme de la mère », *LPA* juillet 2006, n° 140, pp. 17-21 ; E. POISSON-DROCOURT, « Valeur de la reconnaissance d'un enfant né sous X par son père », *D.* 2006, n° 33, pp. 2293-2296.

Cass. civ. 1re, 7 juin 2006, pourvoi n° 03-16204, *bull.* 2006, I, n° 291, p. 254 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Des risques du refus de se soumettre à une expertise génétique », *RLDC* 2006, n° 30, pp. 39-40 ; P. MURAT, « L'expertise biologique de droit et le refus de s'y soumettre », *dt. fam.* octobre 2006, n° 10, pp. 23-24 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation mars 2006-mars 2007 », *D.* 2007, pp. 1460-1468.

Cass. civ. 1re, 10 octobre 2006, pourvoi n° 06-15264, *bull.* 2006, I, n° 431, p. 368 ; Cass. civ. 1re, 10 octobre 2006, pourvoi n° 06-15265, *bull.* 2006, I, n° 432, p. 369 ; Cl. NEIRINCK, « Consentement à l'adoption » *RDSS* 2006, pp. 1098-1101 ; J.-J. ANSAULT, « Adoption internationale : la difficile appréhension de la kafala par le droit français », *RLDC* 2006, n° 33, pp. 44-45 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Adoption et kafala : quelle place faire à la loi personnelle de l'enfant étranger ? », *RJPF* 2007, n° 1, pp. 22-24 ; M. REVEILLARD, « Jurisprudence », *defrénois* 2007, n° 2, pp. 133-141 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence civile générale », *defrénois* 2007, n° 4, pp. 307-310 ; M. FARGE, « Droit international privé », *dt. fam.* 2007, n° 4, pp. 49-53 ; D. THÉVENET-MONTFROND, « La kafala et le respect de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *RLDC* 2007, n° 40, pp. 37-42.

2007

Cass. civ. 1re, 27 février 2007, pourvoi n° 06-14273, *bull.* 2007, I, n° 78, p. 67 ; J. HAUSER, « La finalité de l'autorité parentale », *RTD civ.* 2007, p. 327 ; P. MURAT, « Le droit à réparation des parents pour atteinte à leurs prérogatives en cas de publication d'une photographie du mineur en méconnaissance de l'opposition parentale », *dt. fam.* juin 2007, comm. 124, pp. 34-36 ; P. JOURDAIN, « L'atteinte au droit à l'image du mineur serait source de préjudice moral pour les parents », *RTD civ.* 2007, pp. 571-572.

Cass. civ. 1re, 25 avril 2007, pourvoi n° 06-13872, *bull.* 2007, I, n° 163 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Contestation de filiation par un grand-père : les juges veillent à la motivation », *RLDC* 2007, n° 39, pp. 41-42 ; I. CORPART, « Où le droit à l'expertise biologique n'empêche pas le rejet d'une action en contestation de reconnaissance intentée par un grand-père », *RJPF* 2007, n° 7, pp. 25-27 ; P. MURAT, « La contestation de la filiation par le grand-père et l'expertise *post mortem*, ou l'expertise biologique est de droit en matière de filiation... mais pas tant que cela », *dt. fam.* septembre 2009, n° 9, pp. 24-29 ; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence générale », *defrénois* 2007, n° 22, pp. 1640-1644.

Cass. civ. 1re, 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-21061 ; N. BAILLON-WIRTZ, « L'établissement posthume de la filiation par la possession d'état », *lexbase hebdo* 2007, n° 278 ; J. MASSIP, « Changement justifié par les liens existants entre une enfant naturel et son père », *defrénois* 2007, n° 22, pp. 1637-1639 ; J. MASSIP, « Changement de nom », *gaz. pal.* 2008, n° 16, pp. 23-24 ; F. CHÉNEDÉ, « Établissement contentieux de la filiation par possession d'état et changement de nom », *AJ fam.* 2007, p. 485.

2008

Cass. civ. 1re, 19 mars 2008, pourvoi n° 07-11573, *bull.* 2008, I, n° 84 ; J. HAUSER, « Opposition d'intérêts : la représentation du mineur et l'action en contestation de paternité », *RTD civ.* 2008, p. 289 ; A. GOUTTENOIRE, « Le mari, la femme et l'amant... mais où est donc passé l'enfant ? », *lexbase hebdo* 2008, n° 300 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « De la capacité des représentants légaux à être attraités en justice à la fois comme représentants légaux de l'enfant et en leur nom personnel », *RLDC* 2008, n° 49, p. 51 ; P. MURAT, « La représentation de l'enfant dans les procédures relatives à sa filiation : des règles à revoir », *dt. fam.* 2008, n° 6, pp. 25-26 ; Th. GARÉ, « Une possession d'état d'enfant légitime semble ne pas pouvoir être constituée en cas de conflit de paternité », *RJPF* 2008, n° 7, p. 25 ; J. HAUSER, « L'opposition d'intérêts dans les actions relatives à la filiation », *RTD civ.* 2008, pp. 467-468 ; S. TRAVADE-LAUNOY, « Possession d'état et aveu d'adultère », *gaz. pal.* novembre 2008, n° 327, p. 32.

Cass. civ. 1re, 2 avril 2008, pourvois n° 06-10256 et n° 07-11639 ; A. LEGOUX, note sous arrêt, *gaz. pal.* 2008, n° 100, pp. 5-7 ; A. GOUTTENOIRE, « La prohibition des expertises génétiques post-mortem est d'application immédiate en générale », *lexbase hebdo* 2008, n° 302 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Des conditions de l'identification post mortem par empreintes génétiques », *RLDC* 2008, n° 49, pp. 47-48 ; P. MURAT, « L'application dans le temps de la prohibition d'une identification par empreintes génétiques post-mortem », *dt. fam.* juin 2008, comm. 86, pp. 26-28 ; Th. GARÉ, « L'article 16-11, alinéa 2 du Code civil interdisant, sauf accord exprès, les expertises génétiques post-mortem est d'application immédiate », *RJPF* 2008, n° 7, pp. 22-24 ; J. HAUSER, « Le feuillet des motifs légitimes permettant d'exclure le droit à... et le zèle de la Cour de cassation pour appliquer rétroactivement l'article 16-11 nouveau du Code civil », *RTD civ.* 2008, pp. 464-466 ; J.-R. BINET, « L'article 16-11 du Code civil relatif aux mesures d'expertise génétique post-mortem est d'application immédiate », *JCP* 2008, II, 10132 ; V. BONNET, « Expertise post-mortem : la vérité ensevelie », *D.* 2008, n° 30, pp. 2121-2124 ; J. MASSIP, « L'interdiction des expertises post-mortem », *gaz. pal.* 2008, n° 321-323, pp. 26-28 ; M. LEBEAU, « De l'application immédiate de l'article 16-11 du Code civil », *LPA* mars 2009, n° 44, pp. 5-14.

Cass. civ. 1re, 28 mai 2008, pourvoi n° 07-15037, *bull* 2008, I, n° 157 ; Th GARÉ, « Filiation : la possession d'état ne constitue pas un motif légitime de refuser une expertise », *RJPF* 2008, n° 9, p. 25 ; J. MASSIP, « Possession d'état et expertise biologique », *defrénois* 2008, n° 21, pp. 2425-2429 ; A. GOUTTENOIRE, « Expertise génétique : le rappel (à l'ordre) de la Cour de cassation », *Lexbase hebdo* 2008, n° 307 ; Y. FAVIER, « Refus d'expertise en cas de conflit de filiation : ni des présomptions ni la possession d'état ne constituent des motifs légitimes », *JCP* 2008, actualité 409, n° 24, p. 12 ; P. MURAT, « Refus d'expertise biologique et existence d'une possession d'état : petite mise au point de la Cour de cassation », *dt. fam.* juillet 2008, comm. 100, n° 7, pp. 29-30 ; J. HAUSER, « Le feuilleton des motifs légitimes permettant d'exclure le droit à... et le zèle de la Cour de cassation pour appliquer rétroactivement l'article 16-11 nouveau du Code civil », *RTD civ.* 2008, pp. 464-466 ; J. RUBELLIN-DEVICHI et alii, « Droit de la famille », *JCP* 2009, I, 102, pp. 26-32 ; M. DOUCHY-OUDOT, « contentieux familial novembre 2007-octobre 2008 », *D.* 2009, pp. 53-58 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation, février 2008-décembre 2008 », *D.* 2009, n° 11, pp. 773-779 ; S. TRAVADE-LAUNOY, « Filiation », *gaz. pal.* 2008, n° 327, p. 29.

Cass. civ. 1re, 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-20279, *bull.* 2008, I, n° 198 ; M. FARGE, « Comment accueillir les kafala musulmanes ? », *dt. fam.* 2008, n° 9, pp. 37-38 ; A. GOUTTENOIRE, « Les enfants interdits d'adoption : l'intransigeance de la Cour de cassation », *lexbase hebdo* 2008, n° 320 ; G. SERRA, « Retour sur les effets de la kafala », *RLDC* 2008, n° 54, pp. 40-41 ; Th. GARÉ, « Retour sur le recueil légal des enfants musulmans abandonnés », *RJPF* 2008, n° 11, p. 24 ; M. REVEILLARD, « La kafala n'est pas une adoption », *defrénois* 2008, n° 19, pp. 2181-2186 ; J. MASSIP, « La kafala n'est pas une adoption », *defrénois* 2008, n° 21, pp. 2429-2430 ; E. FONGARO, « Adoption internationale », *JDI* 2009, pp. 154-171.

Cass. civ. 1er, 8 octobre 2008, pourvoi n° 07-16094, *bull.* 2008, I, n° 223 ; J. HAUSER, « Les actes strictement personnels : anticipation sur la loi du 5 mars 2007 (applicable au 1er janvier 2009), le consentement du majeur à sa propre adoption », *RTD civ.* 2008, pp. 655-656 ; A. GOUTTENOIRE, « Le majeur sous tutelle interdit d'adoption lorsqu'il n'est pas apte à consentir », *lexbase hebdo* 2008, n° 322 ; V. ÉGÉA, « Consentement d'un majeur protégé à sa propre adoption », *D.* 2008, n° 38, pp. 2663-2664 ; V. NORGUIN, « Nature et forme du consentement du majeur protégé à sa propre adoption », *D.* 2008, n° 40, pp. 2832-2835 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Adoption : quand la volonté de protéger le majeur vulnérable devient contraire à ses propres intérêts », *RJPF* 2008, n° 12, pp. 14-16 ; P. MURAT, « L'inadoptabilité de l'autiste majeur inapte à consentir à son adoption », *dt. fam.* décembre 2008, pp. 29-30 ; M.-A. BOUSSARD, « Le consentement du majeur protégé à sa propre adoption », *LPA* décembre 2008, n° 247, pp. 10-13 ; J. MASSIP, « Caractère personnel du consentement à l'adoption », *defrénois* 2008, n° 21, pp. 2431-2432 ; Cl. NEIRINCK, « L'adoption de la personne handicapée mentale », *RDSS* 2009, pp. 176-184 ; Y. FAVIER, « Pas d'adoption simple pour le majeur sous tutelle inapte à consentir à sa propre adoption », *JCP* 2009, II, 10012 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation février 2008-décembre 2008 », *D.* 2009, n° 11, pp. 773-779.

Cass. civ. 1re, 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20468, *bull.* 2008, I, n° 289 ; M. BRANDAC, G. DELAISI DE PARSEVAL, V. DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui », *D.* 2008, chr., p. 434 ; H. GAUMONT-PRAT, « La révision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation : la maternité pour autrui », *RLDC* 2008 ; G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, note sous arrêt, *gaz. pal.* 29 janvier 2008, p. 20 ; L. BRUNET, « Un arrêt en trompe l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », *D.* 2009, p. 340 ; J. HAUSER, « Maternité pour autrui et état civil : la réponse attendra », *RTD civ.* 2009, p. 106 ; D. SARCELET, « La gestation pour autrui à nouveau devant la Cour de cassation », *D.* 2009, p. 332 ; F. CHÉNEDÉ, « Recevabilité de l'action du ministère public en nullité de la transcription des actes d'état civil » *AJ fam* 2009, p. 89 ; A. SÉRIAUX, « Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », *D.* 2009, p. 1665 ; V. AVENA-ROBARDET, « Pas de régularisation pour le recours aux mères porteuses ! », *AJ fam.* 2009, p. 3.

2009

Cass. civ. 1re 14 janvier 2009, pourvoi n° 07-11555, *Bull.* 2009, I, n° 5 ; C. SIFFREIN-BLANC, « Pas de reconnaissance valable pour une filiation déclarée par un tiers », *RLDC* 2009, n° 62, pp. 32-34 ; J. HAUSER, « Le temps de la filiation (2) : de la reconnaissance dans un acte de décès », *RTD civ.* 2009, p. 304 ; Th. GARÉ, « Est sans valeur la reconnaissance contenue dans un acte de décès dressé sur la déclaration d'un tiers », *RJPF* 2009, n° 4, p. 28 ; Cl. NEIRINCK, « Ne pas confondre déclaration de naissance et reconnaissance », *dt. fam.* mars 2009, comm. 26 n° 3, pp. 29-30.

Cass. civ. 1re, 14 janvier 2009, pourvoi n° 08-11035, *bull.* 2009, I, n° 2, A. GOUTTENOIRE, « Du droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses grands-parents... invoqué par les grands-parents ! », *lexbase hebdo* 2009, n° 337 ; P. MURAT, « L'octroi de relations personnelles entre l'enfant et ses grands-parents en cas de conflit familial aigu », *dt. fam.* avril 2004, comm. 41, pp. 38-39.

Cass. civ. 1re, 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-10034, *bull.* 2009, I, n° 17 ; Th. GARÉ, « La kafala ne peut être transposée sous la forme d'une adoption simple », *RJPF* 2009, n° 4, p. 28 ; J. HAUSER, « Le temps et la filiation : la kafala et l'intérêt de l'enfant », *RTD civ.* 2009, pp. 308-309.

Cass. civ. 1er, 25 février 2009, pourvoi n° 07-14849, *bull.* 2009, I, n° 38 ; A. GOUTTENOIRE, « Chronique de droit de la famille : la lien parent-enfant », *lexbase hebdo* 2009, n° 340 ; E. POULIQUEN, « Précisions sur les cas où un enfant peut être confié à un tiers », *RLDC* 2009, n° 59, pp. 49-50 ; J. HAUSER, « Des tiers : légiférer encore ou faire confiance à la jurisprudence ? », *RTD civ.* 2009, pp. 309-312 ; F. EUDIER, « Organisation des relations et fixation de la résidence : la Cour de cassation précise le statut des tiers à l'égard de l'enfant », *RJPF* 2009, n° 5, pp. 21-23 ; L. GAREIL-SUTTER, « La fixation de la résidence de l'enfant chez un tiers par le juge aux affaires familiales », *dt. fam.* mai 2009, comm. 58, pp. 31-33 ; M. BRUSORIO-AILLAUD, « Résidence de l'enfant : le juge aux affaires familiales peut la confier à un tiers mais ne peut pas être saisi par un tiers », *JCP* 2009, II, 10076, n° 19, pp. 23-24 ; P. SERVANT, « La résidence habituelle de l'enfant : l'intérêt de l'enfant, le juge et le tiers », *D.* 2009, n° 24, pp. 1665-1668 ; J. MASSIP, « La fixation par le juge de la résidence de l'enfant chez une personne autre que ses père et mère », *LPA* août 2009, n° 164, pp. 11-14.

Cass. civ. 1re, 25 février 2009, pourvoi n° 08-11033, *bull.* 2009, I, n° 41 ; A. GOUTTENOIRE, « Chronique de droit de la famille : le lien parent-enfant », *lexbase hebdo* 2009, n° 340 ; A. GOUTTENOIRE, « Les enfants interdits d'adoption : la Cour de cassation refuse le recours aux droits fondamentaux », *JCP* 2009, n° 18, pp. 25-27 ; F. GUERCHOUN, « Étrangers », *gaz. pal.* 2009, n° 119, pp. 18-23 ; Th. GARÉ, « Kafala : le rejet de l'adoption n'est pas contraire aux engagements internationaux de la France », *RJPF* 2009, n° 5, pp. 24-25 ; E. POULIQUEN, « Adoption et kafala : deux institutions incompatibles », *RLDC* 2009, n° 60, pp. 44-45 ; M. FARGE, « La Cour de cassation refuse d'atténuer la conception abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant retenue par le législateur », *dt. fam.* 2009, n° 6, p. 38 ; J. MASSIP, « L'article 370-3 alinéa 2 du Code civil n'est pas contraire aux traités internationaux applicables en France », *defrénois* 2009, n° 11, pp. 1156-1158.

Cass. civ. 1re, 25 mars 2009, pourvoi n° 08-11552, inédit ; J. MASSIP, « L'existence d'une opposition d'intérêt justifiant la désignation d'un administrateur *ad hoc* est souverainement appréciée par les juges du fond », *defrénois* 2009, pp. 1161-1163.

Cass. civ. 1re, 6 mai 2009, pourvoi n° 08-10936, inédit ; P. MURAT, « Autorité de la chose jugée, recherche de paternité et modification des textes : ne pas confondre irrecevabilité et examen au fond », *dt. fam.* juillet 2009, comm. 88, pp. 24-25 ; Th. GARÉ, « Le refus du père de se soumettre à l'expertise génétique l'expose à verser des dommages-intérêts », *RJPF* 2009, n° 9, p. 28 ; A. BATTEUR, « Le refus du père probable de se soumettre aux expertises biologiques et la déclaration judiciaire de paternité : la ténacité est de mise ! », *EDFP* 2009, n° 5, p. 3.

Cass. civ. 2em, 11 juin 2009, pourvoi n° 08-15571, *bull.* 2009, II, n° 158.

Cass. civ. 1re, 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-18223, *bull.* 2009, I, n° 159. ; C. TAHRI, « L'expertise biologique en matière de subsides », *lexbase hebdo* 2009, n° 361 ; M. BURGARD, « Où l'action à fins de subsides subsiste même si l'expertise biologique est effectuée sur l'oncle de l'enfant, *LPA* septembre 2009, n° 185, pp. 6-13 ; P. MURAT, « Etre le frère du mari de la mère n'est pas un motif légitime de ne pas ordonner une expertise biologique », *dt. fam.* octobre 2009, n° 10, comm. 127, pp. 24-25 ; J. HAUSER, « Expertise biologique : motifs de ne pas y procéder, de inefficacité prétendue à la demande abusive et indélicate », *RTD civ.* 2009, pp. 711-713 ; Th. GARÉ, « Action à fins de subsides : l'identité partielle du matériel génétique n'est pas un motif légitime de ne pas ordonner l'expertise », *RJPF* 2009, n° 11, pp. 22-23 ; J. MASSIP, « Expertise biologique en matière de subsides », *LPA* mars 2010, n° 56, pp. 11-13.

Cass. civ. 1re, 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-20153, *bull.* 2009, I, n° 158 ; Y. FAVIER, « Les grands-parents d'un enfant né sous X n'ont ni intérêt ni qualité pour agir », *JCP* 2009, n° 31, p.11 ; A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droits de l'enfant juin 2008 - mai 2009 », *D.* 2009, n° 28, pp. 1918-1926 ; Th TAURAN, « Actualité jurisprudentielle. Enfance », *RDSS* 2009, n° 5, pp. 972-975 ; M.-C. LE BOURSICOT, « Pas de grands-parents sans parents », *RJPF* 2009, n° 9, pp. 25-27 ; E. POULIQUEN, « Enfants nés sous X : leurs grands-parents ne peuvent s'opposer à leur adoption », *RLDC* 2009, n° 64, p. 52 ; J. MASSIP, « De quelques problèmes posés par les accouchements anonymes », *gaz. pal.* 2009, n° 364-365, pp. 4-7 ; L. MONTILLET, « L'équilibre délicat entre la filiation d'origine et la filiation adoptive de l'enfant accouché sous X après la réforme du 16 janvier 2009 », *RLDC* 2010, n° 68, pp. 34-38 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial janvier 2009-décembre 2009 », *D.* 2010, n° 16, pp. 989-993 ; J. MASSIP, « Les droits de la famille biologique en cas d'accouchement anonyme », *JCP* 2010, n° 22, pp. 1119-1123 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation janvier 2009-avril 2010 », *D.* 2010, n° 23, pp. 1442-1449.

Cass. civ. 1re, 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-18398, *bull.* 2009, I, n° 197 ; Th. GARÉ, « L'intérêt financier fondant une demande d'annulation de reconnaissance peut constituer un motif légitime de ne pas ordonner l'expertise biologique », *RJPF* 2010 ; J. HAUSER, « Expertise biologique : motifs de ne pas y procéder, de l'inefficacité prétendue à la demande abusive et indélicate », *RTD civ.* 2009, pp. 711-713 ; A. GOUTTENOIRE, « Expertise génétique : un motif légitime de plus pour refuser », *lexbase hebdo* 2009, n° 369 ; P. MURAT, « Le caractère déstabilisateur de la contestation de filiation et le but strictement financier de celle-ci peuvent participer du motif légitime de ne pas ordonner une expertise biologique », *dt. fam.* novembre 2009, p. 61 ; M. BRUSORIO-AILLAUD, « Expertise génétique : exemple de motif légitime de ne pas y procéder », *JCP* 2009, n° 50, pp. 10-12.

2010

Cass. civ. 1re, 17 mars 2010, pourvoi n° 08-14619, *bull.* 2010, I, n° 64 ; E. MULON, « Droit de la famille », *gaz. pal.* mai 2010, n° 141, pp. 40-41 ; P. MURAT, « La contestation de la filiation, la changement de nom et l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la CIDE », *dt. fam.* 2010, n° 6, pp. 36-38 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation janvier 2009-avril 2010 », *D.* 2010, n° 23, pp. 1442-1449 ; J. HAUSER, « Du nom, de l'intérêt supérieur -à l'éclipse- de l'enfant et de la constitutionnalité de certains textes », *RTD civ.* 2010, pp. 521-524 ; I. CORPART, « Devoir porter le nom de sa mère décédée n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant », *RJPF* 2010, n° 9, pp. 12-13 ; A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droits de l'enfant », *D.* 2010, n° 29, pp. 1904-1912.

Cass. civ. 1re, 14 avril 2010, pourvoi n° 08-21312, *bull.* 2010, I, n° 95.

Cass. civ. 1re, 15 avril 2010, pourvoi n° 09-14939, inédit ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Où l'enfant demande à être entendu dans le divorce de ses parents et où sa demande n'est pas entendue », *dt. fam.* 2010, n° 6, p. 33 ; A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droits de l'enfant », *D.* 2010, n° 29, pp. 1904-1912.

Cass. civ. 1re, 27 mai 2010, pourvoi n° 09-65838, inédit ; J. HAUSER, « Refus du droit de visite des grands-parents : du motif grave de refus à l'intérêt supérieur de l'enfant », *RTD civ.* 2010, p. 548 ; A. GOUTTENOIRE, « Autorité parentale : panorama de la dernière jurisprudence (avril-mai 2010) », *lexbase hebdo* 2010, n° 398 ; A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droits de l'enfant », *D.* 2010, n° 29, pp. 1904-1912.

Cass. civ. 1er 23 juin 2010, pourvoi n° 09-15129, *bull.* 2010, I, n° 143 ; E. POULIQUEN, « Abandon d'enfant : une appréciation souveraine des juges du fond », *RLDC* 2010, n° 74, p. 48 ; C. SIFFREIN-BLANC, « Vers un aménagement de la procédure d'abandon de l'article 350 du Code civil », *LPA* octobre 2010, n° 211, pp. 8-12 ; Th. GARÉ, « Déclaration judiciaire d'abandon : la grande détresse des parents est appréciée souverainement par les juges du fond », *RJPF* 2010, n° 12, pp. 26-27.

Cass. civ. 1re, 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-12623 ; J. HAUSER, « Partage d'autorité parentale et couple homosexuel : un service minimum des relations familiales ? », *RTD civ.* 2010, pp. 547-548 ; A. GOUTTENOIRE, « Le rattachement d'un enfant à la compagne de sa mère : la Cour de cassation inverse la tendance », *lexbase hebdo* 2010 n° 404 ; G. PITTI, « Les dissonances juridiques sur l'homoparentalité », *gaz. pal.* 2010, n°244, pp. 16-19 ; Th. GARÉ, « L'homoparentalité dans tous ses états », *RJPF* 2010, n° 10, pp. 23-25 ; A. GOUTTENOIRE, « coup d'arrêt à la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale », *JCP* 2010, n° 41, pp. 1880-1882 ; J. MASSIP, « Autorité parentale », *degrénois* 2010, n° 18, pp. 2028-2031 ; F. EUDIER, « Deux décisions précisent le régime juridique de la délégation partage de l'exercice de l'autorité parentale », *RJPF* 2010, n° 11, pp. 23-25 ; Cl. NEIRINCK, « Homoparentalité et ordre public », *RDSS* 2010, n° 6, pp. 1128-1133 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Mars 2010-avril 2010 », *D.* 2011, n° 23, pp. 1585-1591.

Cass. civ. 1re, 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-65172, inédit ; J. HAUSER, « De l'effet du refus par l'enfant d'une expertise biologique », *RTD civ.* 2010, pp. 772-773.

Cass. civ. 1re, 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-16335, inédit ; A. GOUTTENOIRE, « Audition de l'enfant : les exigences de la Cour de cassation », *lexbase hebdo* 2010, n° 416.

Cass. civ. 1re, 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-67468, inédit ; A. GOUTTENOIRE, « Audition de l'enfant : les exigences de la Cour de cassation », *lexbase hebdo* 2010, n° 416 ; A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs juin 2010 - juin 2011 », *D.* 2011 pp. 1995-2004.

Cass. civ. 1re, 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-68399, *bull.* 2010, I, n° 236 ; A. GOUTTENOIRE, « Restriction des droits parentaux et intérêt supérieur de l'enfant », *lexbase hebdo* 2010, n° 421 ; J. GALOIS, « L'intérêt supérieur de l'enfant ou l'impossible excuse au mensonge », *RLDC* 2011, n° 78, pp. 50-51 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Quand l'interdiction d'adopter les enfants recueillis en kafala conduit à de fausses déclarations à l'état civil », *RJPF* 2011, n° 2, pp. 13-15 ; D. MARTEL, « *Fraus omnia corrumpit...* y compris lorsqu'il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant », *JCP* 2011, n° 11, pp. 525-527.

Cass. civ. 1re, 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-16968, *bull.* 2010, I, n° 264 ; J. HAUSER, « Des mères rétroactives et putatives dont on hérite... », *RTD civ.* 2011, p. 114 ; A. GOUTTENOIRE, « L'application dans le temps du principe *mater semper certa est* », *lexbase hebdo* 2011, n° 423 ; J. GALOIS, « Filiation maternelle d'un enfant abandonné : la Cour de cassation contredit à nouveau la loi au nom des droits de l'Homme », *RLDC* 2011, n° 79, pp. 46-47 ; Th. GARRÉ, « Quand la première chambre civile met hors jeu les dispositions transitoires de la réforme de la filiation », *RJPF* 2011, n° 4, p. 25 ; J. MASSIP, « Filiation naturelle : établissement par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant et conséquences successorales », *JCP N.* 2011, n° 28, pp. 31-32.

2011

Cass. civ. 1re, 23 février 2011, pourvoi n° 10-17799, inédit ; Th. GARÉ, « Retour sur les conséquences du refus de se soumettre à l'expertise génétique », *RJPF* 2011, n° 6, p. 31.

Cass. civ. 1re, 9 mars 2011, pourvoi n° 09-72371, inédit ; A. GOUTTENOIRE, « Recherche bébé à vendre », *lexbase hebdo* 2011, n° 434 ; J. HAUSER, « La transmissibilité de l'enfant par endossement adoptif ? », *RTD civ.* 2011, pp. 338-440 ; Cl. NEIRINCK, « L'accord passé avant la naissance entre les futurs adoptants et la mère invalide le consentement à l'adoption », *dt. fam.* mai 2011, pp. 37-38 ; Th. GARÉ, « Le jugement étranger d'adoption d'un enfant issu d'une gestation pour autrui ne peut être transcrit à l'état civil », *RJPF* 2011, n° 6, p. 30.

Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17130. ; Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66486 ; Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19053 ; A. MIRKOVIC, « Gestatrice indienne : transcription sur les registres d'état civil », *D.* 2012, n° 14, p. 878-878 ; E. POULIQUEN, « Gestation pour autrui : une cour d'appel sème le trouble », *RLDC* 2012, n° 92, pp.38-39 ; A. MARAIS, « Validation de la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une mère porteuse », *JCP* 2012, n° 13, pp. 593-593 ; A. GOUTTENOIRE, « Mère porteuse : la tolérance à l'égard des pères célibataires », *lexbase hebdo* mars 2012, n° 477 ; D. BERTHIAU, L. BRUNET, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.* 2011, n° 22, pp. 1522-1529 ; A. MIRKOVIC, « La filiation d'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger ne peut être reconnue en droit français » *RLDC* 2011, n° 83, pp. 39-44 ; J. GALLOIS, « Non transcription de l'état civil d'enfants nés d'une convention de mère porteuse : des conséquences atténuées par le Conseil d'Etat », *RLDC* 2011, n° 83, pp. 46-47 ; B. WEISS-GOUT, « Trois décisions, une même déception », *gaz. pal.* 2011, n° 145-146, pp. 7-10 ; M. DOMINGO, « Filiation par mère porteuse : entre l'ordre public international et le droit à une vie de famille », *gaz. pal.* 2011, n° 131-132, pp. 13-22 ; J. GALLOIS, « Etat civil d'enfants nés d'une convention de mère porteuse : la Cour de cassation n'a pas su faire preuve d'audace », *RLDC* 2011, n° 82, pp. 45-46 ; A. MIRKOVIC, « Le désir d'enfant contrarié par la stérilité féminine : la procréation pour autrui en question », *RLDC* 2010, n° 76, pp. 72-75 ; D. MENNESSON, « Retour d'expérience du père d'un enfant né d'une convention de mère porteuse », *RLDC* 2010, n° 76, pp. 85-88 ; A. GOUTTENOIRE, « Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *LPA* octobre 2010, n° 200, pp. 24-27 ; M. FARGE, « Les jumelles Mennesson issues d'une gestation pour autrui : quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une situation boiteuse inadmissible », *dt. fam.* 2010, n° 9, pp. 23-28 ; G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « Gestation pour autrui à l'étranger : annulation de la transcription des actes de naissance constatant une filiation cependant reconnue », *D.* 2010, n° 26, pp. 1683-1687 ; A. MIRKOVIC, « Mère porteuse : maternité indéterminée », *dt.fam.* 2009, n° 6, pp. 12-14 ; P. MURAT, « Gestation pour autrui : les palinodies de la cour d'appel de Paris », *dt.fam.* 2009, n° 6, pp. 27-29 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Qui est la mère ? », *dt. fam.* 2008, n° 9, pp. 1-2.

Cass. civ. 1re, 1er juin 2011, pourvoi n° 10-20554, *bull.* 2010, I, n° 104 et pourvoi n° 10-19028, *bull.* 2011, I, n° 105 ; A. GOUTTENOIRE, « Le droit de l'enfant d'être adopté sans attendre », *lexbase hebdo* 2011, n° 446 ; J. HAUSER, « Le droit à adopter : la vérité biologique au prix de la course (suite) », *RTD civ.* 2011, pp. 527-529 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Le père génétique ne peut pas s'opposer à l'adoption plénière de l'enfant confié par sa mère de naissance à un OAA et régulièrement placé en vue de son adoption », *RJPF* 2011, n° 9, pp. 34-37 ; E. POULIQUEN, « L'intérêt supérieur de l'enfant prime sur celui de sa famille biologique », *RLDC* 2011, n° 85, pp. 48-49 ; Cl. NEIRINCK, « Adoptabilité et statut d'un enfant sans filiation confié à un Organisme Autorisé pour l'Adoption (OAA) », *dt. fam.* septembre 2011, pp. 24-28 ; E. CADOU, « L'enfant de filiation inconnue peut-il être confié à un organisme autorisé pour l'adoption ? », *D.* 2011, n° 30, pp. 2093-2098.

Cass. civ. 1re, 16 juin 2011, pourvoi n° 08-20475, *bull.* 2011, I, n° 116 ; J. HAUSER, « On ne peut combiner les modes d'établissement de la filiation », *RTD civ.* 2001, pp. 524-525 ; A. GOUTTENOIRE, « L'expertise génétique exclue en matière de possession d'état », *lexbase hebdo* 2011, n° 448 ; E. POULIQUEN, « La possession d'état d'enfant n'induit pas la preuve biologique de la filiation », *RLDC* 2011, n° 85, pp. 47-48 ; Th. GARÉ, « Pas d'expertise biologique en matière de constatation de possession d'état », *RJPF* 2011, n° 10, p. 29 ; J. MASSIP, « Expertise biologique et possession d'état », *gaz. pal.* 2011, n° 320, pp. 13-14 ; N. COUDOING, « Le rejet du tout biologique en matière de filiation », *degrénois* 2012, n° 3, pp. 139-145 ; M. DOUCHY-OUODOT, « Contentieux familial janvier 2011-décembre 2011 », *D.* 2012, n° 16, pp. 1033-1039 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, n° 22, pp. 1432-1439 ; Ch. BYK, « Bioéthique », *JCP* 2012, n° 25, pp. 1233-1239.

Cass. civ. 1er, 16 juin 2011, pourvoi n° 08-21864, inédit ; J. HAUSER, « Détournement de reconnaissance et action du parquet », *RTD civ.* 2011, pp. 525-526 ; E. PIERROUX, « Famille biologique, famille logique ? », *gaz. pal.* 2011, n° 215, pp. 7-10.

Cass. Crim, 22 juin 2011, pourvoi n° 10-84992, inédit.

Cass. civ. 1re, 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-23502, inédit ; A. GOUTTENOIRE, « L'information de l'enfant entendu relative à son droit d'être assisté d'un avocat est un devoir des parents », *lexbase hebdo* 2011, n° 461 ; J. HAUSER, « Audition de l'enfant : procédure et information », *RTD civ.* 2011, p. 757 ; E. POULIQUEN, « Audition de l'enfant en justice : la mère a aussi des obligations », *RLDC* 2011, n° 87, pp. 51-52 ; E. MULON, « Expertise médico-psychologique et audition de l'enfant : des confusions regrettables », *gaz. pal.* 2011, n° 322, pp. 29-30 ; F. EUDIER, « L'audition de l'enfant demandée sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil n'est pas soumise au régime de l'expertise », *RJPF* 2011, pp. 26-27 ; M. DOUCHY-OUODOT, « Contentieux familial janvier 2011-décembre 2011 », *D.* 2012, n° 16, pp. 1033-1039.

Cass. civ. 2eme, 10 novembre 2011, pourvoi n° 10-19278, *bull.* 2011, II, n° 207.

Cass. civ. 1re, 23 novembre 2011, pourvoi n° 10-26993, inédit.

2012

Cass. civ. 1re, 23 mai 2012, pourvoi n° 11-17716, *bull.* 2012, I, n° 114 ; F. JAULT-SESEKE, « Droit international privé février 2012-février 2013 », *D.* 2013, n° 22, pp. 1503-1514 ; E. POULIQUEN, « Des difficultés liées à l'adoption internationale », *RLDC* 2012, n° 95, pp. 45-46 ; C. BRIÈRE, « Le refus de conversion de l'adoption simple prononcé en Haïti en adoption plénière », *D.* 2012, n° 26, pp. 1723-1727 ; S. ALMA-DELETTRE, « La conversion de l'adoption simple étrangère : pas si simple ! », *dt. fam.* mars 2013, pp. 16-19.

Cass. civ. 1re, 6 juin 2012, pourvoi n° 11-27071 ; F. EUDIER, « Recours à l'encontre de l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État : inconstitutionnalité de l'article L. 224-8 alinéa 1er du Code de l'action sociale et des familles », *AJ fam.* 2012, p. 454 ; J. HAUSER, « Délai de contestation de l'admission en qualité de pupille de l'État », *RTD civ.* 2012, p. 523 ; A. BATTEUR, « Le recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État devra être effectif », *EDFP* septembre 2012, n° 137, p. 2 ; J. HAUSER, « Des délais pour recourir contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État : une décision à suivre », *RTD civ.* 2012, pp. 718-719 ; Cl. NEIRINCK, « L'inconstitutionnalité du premier alinéa de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles », *dt. fam.* octobre 2012, pp. 22-24 ; A. NIEMEC-GOMBERT, « L'inconstitutionnalité de l'absence de publicité des arrêtés d'admission d'enfants en qualité de pupille de l'État », *LPA* octobre 2012, n° 211, pp. 6-12 ; G. CHAUCHAT-ROZIER, « Inconstitutionnalité de l'admission en qualité de pupille de l'État », *RLDC* 202, n° 98, pp. 39-40.

Cass. civ. 1re, 7 juin 2012, pourvoi n° 11-30261, *bull.* 2012, I, n° 125 ; Cass. civ. 1re, 7 juin 2012, pourvoi n° 11-30262, *bull.* 2012, I, n° 126 ; A. DEVERS, « Contrariété à l'ordre public de la décision étrangère d'adoption par un couple de personnes de même sexe », *JCP* 2012, n° 25, p. 1204 ; I. GALLMEISTER, « Adoption par un couple homosexuel : refus d'exequatur », *D.* 2012, n° 24, p. 1546 ; J. HAUSER, « L'exequatur des décisions d'adoption prononcées à l'étranger dans le cadre d'un couple homosexuel (suite) », *RTD civ.* 2012, pp. 522-523 ; J.-D. AZINCOURT, « Quel état civil en France pour l'enfant adopté à l'étranger par un couple homosexuel ? », *JCP N.* 202, n° 35, pp. 49-51 ; E. POULIQUEN, « Pas d'exequatur pour des décisions prononçant l'adoption d'un enfant par un couple de même sexe », *RLDC* 2012, n° 96, p. 43 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « L'adoption, le mariage et l'altérité sexuelle : du droit international privé au droit interne (à propos des arrêts de la Cour de cassation du 7 juin 2012) » ; D. VIGNEAU, « Ces couples homosexuels venus d'ailleurs qui veulent en France ce que leurs homologues ne peuvent avoir ! », *D.* 2012, n° 30, pp. 1992-1996.

Cass. civ. 1re, 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-18849, *bull.* 2012, I, n° 212 ; Y. FAVIER, « Audition de l'enfant : demande présentée en appel », *JCP* 2012, n° 46, p. 2029 ; A. GOUTTENOIRE, « Panorama de droit de l'enfant (octobre-novembre 2012) », *lexbase hebdo* 2012, n° 507 ; E. POULIQUEN, « Une procédure, un mineur, mais plusieurs auditions possibles », *RLDC* 2012, n° 99, pp. 40-41 ; F. EUDIER, « L'enfant entendu au premier degré de juridiction peut renouveler sa demande d'audition au second degré », *RJPF* 2012, n° 12, p. 36 ; E. VERGÈS, « Chronique de procédure civile – Décembre 2012 », *lexbase hebdo* 2012, n° 510 ; J. HAUSER, « Procédures et audition de l'enfant », *RTD civ.* 2013, p. 106 ; Cl. NEIRINCK, « La clôture des débats n'affecte pas le droit à l'audition de l'enfant », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 46-47 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial. Janvier 2012-décembre 2012 », *D.* 2013, pp. 798-804.

Cass. civ. 1re, 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-22202, inédit ; J. HAUSER, « Preuve de la filiation : hors de l'expertise biologique, le salut est encore possible », *RTD civ.* 2013, pp. 103-104 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial. Janvier 2012-décembre 2012 », *D.* 2013, n° 12, pp. 798-804 ; Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, « Droit des mineurs. Juin 2012-juin 2013 », *D.* 2013, n° 30, pp. 2073-2080 ; A. GOUTTENOIRE, « Actualité juridique et judiciaire de la famille en 2012 – Actualité du droit extrapatrimonial de la famille », *gaz. pal.* 2013, n° 98, p. 32.

Cass. civ. 1er, 28 novembre 2012, pourvoi n° 11-23170, inédit.

Cass. civ. 1re, 28 novembre 2012, pourvoi n° 11-28645, *bull.* 2012, I, n° 244.

Cass. civ. 1re, 28 novembre 2012, pourvoi n° 12-30090, *bull.* 2012, I, n° 245.

Cass. civ. 2eme, 29 novembre 2012, pourvoi n° 11-27195, inédit.

Cass. avis, 17 décembre 2012, pourvoi n° 12-00013, *bull.* 2012, avis de la Cour de cassation, n° 10.

2013

Cass. civ. 1re, 20 mars 2013, pourvoi n° 12-11799, inédit.

cass civ. 1re, 28 mars 2013, pourvoi n° 13-40001, inédit.

Cass. civ. 1re, 15 mai 2013, pourvoi n° 11-25205, inédit ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Mars 2012-mars 2013 », *D.* 2013, pp. 1436-1444.

Cass. civ. 1re, 29 mai 2013, pourvoi n° 12-15901, inédit ; A. GOUTTENOIRE, « Panorama de contentieux familial », *lexbase hebdo* 2013, n° 531.

Cass. civ. 1re, 12 juin 2013, pourvoi n° 12-19569, *bull.* 2013.

Cass. civ. 1re, 26 juin 2013, pourvoi n° 12-12831, inédit.

Cass. civ. 1re, 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-1527, inédit.

Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18315 ; A. MIRCKOVIC, « Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger », *JCP* 2013, n° 39, pp. 1731-1734 ; I. GALLEMEISTER, « Gestation pour autrui : transcription à l'état civil et conséquences sur la filiation », *D.* 2013, n° 32, p. 2170 ; V. LEGRAND, « Reconnaissance d'une convention de gestation pour le compte d'autrui réalisée à l'étranger : la Cour de cassation durcit le ton », *LPA* octobre 2013, n° 196, pp. 7-14 ; I. CORPART, « Refus ferme et définitif de la Cour de cassation de transcrire des actes de naissance d'enfants nés de mères porteuses à l'étranger », *RJPF* 2013, n° 10, p. 20 ; A. GOUTTENOIRE, « La fraude plus forte que l'intérêt supérieur de l'enfant ! », *lexbase hebdo* 2013, n° 542.

Cass. civ. 1re, 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30138 ; A. MIRKOVIC, « Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger », *JCP* 2013, n° 39, pp. 1731-1734 ; I. GALLEMEISTER, « Gestation pour autrui ; transcription à l'état civil et conséquences sur la filiation », *D.* 2013, n° 32, p. 2170 ; V. LEGRAND, « Reconnaissance d'une convention de gestation pour le compte d'autrui réalisée à l'étranger : la Cour de cassation durcit le ton », *LPA* octobre 2013, n° 196, pp. 7-14 ; I. CORPART, « Refus ferme et définitif de la Cour de cassation de transcrire des actes de naissance d'enfants nés de mères porteuses », *RJPF* 2013, n° 10, p. 20 ; A. GOUTTENOIRE, « La fraude plus forte que l'intérêt supérieur de l'enfant ! », *lexbase hebdo* 2013, n° 542 ; C. PETIT, « Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger », *D.* 2013, n° 35, pp. 2377-2383 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », *D.* 2013, n° 35, pp. 2384-2388 ; M. EPPLER, « Reconnaissance en France des contrats de gestation pour autrui : maintien de la position traditionnelle de la Cour de cassation », *gaz. pal.* 2013, n° 300, pp. 35-37.

Conseil d'État

Conseil d'État 27 octobre 1995, affaire *Commune de Morsang-sur-Orge*, rec. 372, concl. Frydman : P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police », *RFDA* 1995, n° 6, pp. 1204-1217 ; M.-Ch. ROUAULT, « L'interdiction par un maire de l'attraction dite de lancer de nain », *LPA* janvier 1996, n° 11, pp. 28-32 ; N. DEFFAINS, « Les autorités locales responsables du respect de la dignité de la personne humaine. Sur une jurisprudence contestable du Conseil d'État », *RTD H.* 1996, pp. 657-693 ; A. PLATEAUX, « Moralité et police administrative du maire », *gaz. pal.* 1997, n° 238, pp. 2-9.

Conseil d'État, 26 septembre 2005, n° 270234. *gaz. pal.* avril 2006, n° 101, p. 43.

Conseil d'État, 4 mai 2011, n° 348778. J. GALLOIS, « Non transcription de l'état civil d'enfants nés d'une convention de mère porteuse : des conséquences atténuées par le Conseil d'État », *RLDC* 2011, n° 83, pp. 46-47 ; A. GOUTTENOIRE, « L'intérêt supérieur de l'enfant né d'une convention de mère porteuse : le pragmatisme du Conseil d'État », *lexbase hebdo* 2011, n° 444 ; A. GOUTTENOIRE, « Enfant conçu dans le cadre d'une convention de mère porteuse : l'intérêt supérieur de l'enfant suffisant devant le Conseil d'État », *EDFP* 2011, n° 7, p. 3 ; Cl. NEIRINCK, « L'autre versant de la gestation pour autrui : la paternité du commanditaire », *dt. fam.* 2011, comm. 99.

Conseil d'État, 8 juillet 2011, n° 350486. I. CORPART, « Quand le Conseil d'Etat indique les conditions dans lesquelles des documents de voyage peuvent être obtenus pour des enfants issus de la gestation pour autrui », *RJPF* 2011, n° 11, p. 26-28 ; O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.* 2012, p. 390 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation, avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, p. 1432 ; R. GRAND, « Gestation pour autrui et appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant », *AJDA* 2011, p. 1406 ; F. MILOUDI, « La gestation pour autrui : un refus circonstancié ? », *AJ fam.* 2011, p. 499.

Conseil d'État, 17 octobre 2012, affaire *Bussa*, n° 348440 ; P. TIFINE, « Responsabilité pour faute présumée des départements en cas de divulgation de renseignements permettant à la mère biologique d'identifier un enfant adopté né sous X », *revue générale du droit* 2012 ; A. GOUTTENOIRE, « Panorama de droit de l'enfant (octobre-novembre 2012) » ; *lexbase hebdo* 2012, n° 507 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Droit à l'anonymat de la famille adoptive », *procédures* 2012, n° 12, pp. 26-27 ; Ch. PAILLARD, « Une nouvelle hypothèse de présomption de faute », *droit administratif* 2013, n° 1, pp. 45-46 ; M.-Ch. ROUAULT, « Quand une révélation en produit une autre », *RLCT* 2013, n° 86, pp. 21-23 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme : informer l'enfant, peut-être, mais pas trop ! », *RTD civ.* 2013, pp. 104-105 ; B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Le département présumé responsable en cas de divulgation d'informations confidentielles relatives à l'adoption d'un enfant né sous X », *JCP A.* 2013, n° 5, pp. 33-36 ; G. EVEILLARD, « Droit administratif », *JCP* 203, n° 6, pp. 272-279 ; H. RIHAL, « La violation du secret professionnel par l'aide sociale à l'enfance, un nouveau cas de présomption de faute », *AJDA* 2013, n° 6, pp. 362-363 ; E. POULIQUEN, « Interdiction de divulgation d'informations concernant un enfant adopté », *RLDC* 2013, n° 102, pp. 50-51 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial. Janvier 2012-décembre 2012 », *D.* 2013, n° 12, pp. 798-804 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Mars 2012-mars 2013 », *D.* 2013, n° 21, pp. 1436-1444.

Conseil d'État, 22 février 2013, n° 330211.

Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel, 16 septembre 2011, décision n° 2011-163 QPC ; Y. MAYAUD, « Infraction contre les personnes : aux mêmes causes les mêmes effets : l'inceste à nouveau censuré, mais en lien avec les atteintes sexuelles ! », *RSC* 2012, p. 146 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial, janvier 2011-décembre 2011 », *D.* 2012, n° 16, pp. 1033-1039 ; J. HAUSER, « Préliminaires : définit la famille par l'inceste », *RTD civ.* 2011, pp. 752-753 ; S. DELTRAZ, note sous Conseil constitutionnel 16 septembre 2011, décision n° 2011-163 QPC, *gaz. pal. janvier* 2012, pp. 35-36 ; E. FORTIS, « De l'influence des QPC sur la définition des infraction ou du principe de la légalité des délits et des peines *a posteriori* : la définition des incriminations », *RSC* 2012, pp. 131-135 ; J. DANET, « Des conséquences processuelles d'une inconstitutionnalité ou des effets pratiques de la malheureuse inscription de l'inceste dans le Code pénal », *RSC* 2012, pp. 183-184.

Conseil constitutionnel, décision n° 2011-173, 30 septembre 2011 ; J. HAUSER, « Expertise génétique post-mortem : les morts sont toujours des braves types », *RTD civ.* 2011, p. 743-745 ; A. GOUTTENOIRE, « Le Conseil constitutionnel joue (encore) les Ponce Pilate à propos de expertises génétique sur une personne décédée », *lexbase hebdo* 2011, n° 459 ; E. POULIQUEN, « Expertises génétiques post mortem : un dispositif conforme à la Constitution », *RLDC* 2011, n° 87, p. 51 ; J.-D. AZINCOURT, « Quand la mort efface juridiquement les preuves, même génétiques... de l'absence de qualité d'héritier », *JCP N.* 2011, n° 45, pp. 29-32 ; Th. GARÉ, « L'interdiction de l'identification génétique post mortem n'est pas contraire à la Constitution », *RJPF* 2011, n° 12, pp. 28-29 ; E. PUTMAN, « Les restrictions à la preuve par empreintes génétiques sont conformes à la Constitution », *RJPF* 2012, n° 1, pp. 14-15 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial janvier 2011-décembre 2011 », *D.* 2012, pp. 1033-1039 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, pp. 1432-1439.

Conseil constitutionnel, décision n° 2012-268 QPC, 27 juillet 2012 ; F. EUDIER, « Recours à l'encontre de l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État : inconstitutionnalité de l'article L. 224-8 alinéa 1er du Code de l'action sociale et des familles », *AJ fam.* 2012, p. 454 ; J. HAUSER, « Délai de contestation de l'admission en qualité de pupille de l'État », *RTD civ.* 2012, p. 523 ; A. BATTEUR, « Le recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État devra être effectif », *EDFP* septembre 2012, n° 137, p. 2 ; P. CHEVALIER, « Nouveauté devant la Cour de cassation du moyen tiré de la violation du droit conventionnel d'accès au juge », *D.* 2013, n° 16, pp. 1100-1106 ; M. DOUCHY-OUDOT, « L'inconventionnalité de l'article L. 224-8, alinéa 1er du Code de l'action sociale et des familles », *D.* 2013, n° 16, pp. 1106-1109 ; E. POULIQUEN, « L'information nécessaire de l'admission en qualité de pupille de l'État », *RLDC* 2013, n° 105, pp. 52-53 ; N. RÉGIS, « L'admission devant la Cour de cassation d'un moyen nouveau tiré de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme », *gaz. pal.* 2013, n° 160, pp. 19-22 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Mars 2012-mars 2013 », *D.* 2013, n° 21, pp. 1436-1444 ; Y. FAVIER, « Pupilles de l'État : une réforme désormais urgente », *JCP* 2013, n° 25, pp. 1212-1214 ; F. EUDIER, « Les dispositions de l'article L. 224-8 du CASF relatives au recours à l'encontre d'un arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État violent l'article 6 de la CEDH », *RJPF* 2013, n° 7, pp. 38-39.

Cour européenne des droits de l'Homme

1979-2000

Affaire *Marckx c./ Belgique*, 13 juin 1979, requête n° 6833/74.

Affaire *Rasmussen c./ Danemark*, 28 novembre 1984, requête n° 8777/79

Affaire *Johnston et autres c./ Irlande*, 18 décembre 1986, requête n° 9697/82, ; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, note sous *Johnston et autres c./ Irlande*, *AFDI* 1987, p. 239 ; P. ROLLAND, note sous *Johnston et autres c./ Irlande*, *JDI* 1987, p. 812.

Affaire *W. c./ Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, requête n° 9749/82.

Affaire *Gaskin c./ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, requête n° 10454/83 ; D. YERNAULT, « Libertés classiques et droits dérivés : le cas de l'accès aux documents administratifs », *RTD H.* 1996, n° 26, pp. 205-227 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 (à la mémoire de Brigitte Trillat) *dt. fam.* 2002, n° 5, pp. 7-16.

Case of *J., R., M., v./ Netherlands*, 8 février 1993, application n° 16944/90.

Affaire *Keegan c./ Irlande*, 26 mai 1994, requête n° 16969/90, § 55 ; O. BACHELET, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDI* 2007, pp. 720-722 ; P. TAVERNIER, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDI* 1995, pp. 763-765.

Affaire *Kroon et autres c./ Pays-Bas*, 27 octobre 1994, requête n° 18535/91 ; E. DECAUX, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JDI* 1995, pp. 783-784 ; P. GEORGES, « L'action en contestation de paternité au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD H.* 1996, pp. 183-203.

Affaire *Cantoni c./ France*, 15 novembre 1996, requête n° 17862/91, M. LAMBERT, G. VIALA, « L'affaire Cantoni contre France », *LPA* février 1997, n° 26, pp. 19-24 ; E. FOUASSIER, D. VION, « Compatibilité de la définition juridique française du médicament avec le principe de légalité des délits et des peines de l'article 7 de la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », *JCP* 1997, n° 18, pp. 212-216 ; C. CYRIL, « Le droit du médicament après la jurisprudence Cantoni du 15 novembre 1996 », *LPA* septembre 1997, n° 56, pp. 7-10 ; D. SPIELMANN, « Principe de légalité et mise en œuvre communautaire », *RTD H.* 1997, n° 32, pp. 687-711.

Affaire *X., Y. et Z. c./ Royaume-Uni*, 22 avril 1997, requête n° 21830/93.

Affaire *Söderbäck c./ Suède*, 28 octobre 1998, requête n° 113/1997/897/1109.

2000-2005

Affaire *Ignaccolo-senide c./ Roumanie*, 25 janvier 2000, requête n° 31679/96 ; S. GRATALOU, « L'interprétation de la Convention EDH à la lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international d'enfant », *dt. fam.* janvier 2002, pp. 11-14.

Affaire *Elsholz c./ Allemagne*, 13 juillet 2000, requête n° 25735/94.

Affaire *Scozzari et Giunta c./ Italie*, 13 juillet 2000, requête n° 39221/98 n° 41963/98 ; J.P. MARGUÉNAUD, « Sources européennes : Conseil de l'Europe », *RTD civ.* 2001, pp. 439-453.

Case of *Mikulic v./ Croatia*, 7 février 2002, application n° 53176/99 ; A. GOUTTENOIRE, « La bioéthique redessine les contours de la famille », *dt. fam.* septembre 2004, alerte 34 ; J. HAUSER, « Le droit à accéder aux moyens de preuve biologique », *RTD civ.* 2002, p. 795-796 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Action en recherche de paternité naturelle, test ADN et droit au respect de la vie privée », *RTD civ.* 2002, p. 866-867.

Affaire *Odièvre c./ France*, 13 février 2003, requête n° 42326/98 ; M. HUNTER-HENNIN, « Droit des personnes et droit de l'Homme : Combinaison ou confrontation ? » *RCDIP* 2006, pp. 743-777 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Simple parenté biologique et vie familiale », *RTD civ.* 2005, pp. 339-341 ; Ch. BYCK, « Bioéthique, législation et avis des instances d'éthique », *JCP* 2004, p. 1000-1006 ; V. BONNET, « L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTD H.* 2004, pp. 405-421 ; O. ROY, « Le droit virtuel des personnes nées sous X à la connaissance de l'identité de leurs naissances : l'arrêt Odièvre », *LPA* juin 2003, pp. 11-18 ; B. MALLET-BRICOUT, « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 2003, pp. 1240-1245 ; M. Ch. LE BOURSICOT, « La Cour européenne des droits de l'Homme valide le dispositif français relatif à l'accouchement sous X et à la connaissance de ses origines », *RJPF* 2003, pp. 19-20 ; Ph. MALAURIE, « La Cour européenne des droits de l'Homme et le droit de connaître ses origines », *JCP* mars 2003, I, 120, pp. 545-548 ; A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'Homme de l'accouchement sous X », *JCP* 2003, pp. 561-566 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « L'accès aux origines personnelles », *RLDC* mai 2004, pp. 43-48 ; S. ROYANT, « L'accouchement sous X, une équation à une seule inconnue : le droit de l'enfant de connaître ses origines », *gaz. pal.* 2005, pp. 11-12 ; P. MURAT, « L'accouchement sous X n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* mai 2003, pp. 23-26 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », *RTD civ.* 2003, pp. 375-376 ; J. HAUSER, « Préliminaire : une mère quand elle veut, la maternité purement potestative », *RTD civ.* 2003, p. 276.

Affaire *Sahin c./Allemagne*, 8 juillet 2003, requête n° 30943/96 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2002, chr., pp. 128-132 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'interprétation régressive du droit au respect de la vie privée et de la vie familiale par la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTD civ.* 2003, p. 760.

Case of *Gorgulu v./ Germany*, 26 mai 2004, application n° 74969/01 ; P. MURAT, « Accouchement anonyme : quand les délais conduisent les pères à ne pouvoir exercer leurs droits », *dt.fam.* 2004, n° 4, pp. 11-16.

Affaire *Lebbink c./ Pays-Bas*, 1er juin 2004, requête n° 45582/99 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Simple parenté biologique et vie familiale », *RTD civ.* 2005, pp. 339-341.

Affaire *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c./ Roumanie*, 22 juin 2004, requêtes n° 78028/01 et n° 78030/01 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Un arrêt de la CEDH illustre la difficulté d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'adoption internationale », *RJPF* 2004, n° 11, pp. 21-22 ; J.-F. RENUCCI, I. BERRO-LEFÈVRE, « Adoptions internationales et respect des droits de l'Homme : les ambiguïtés de l'arrêt Pini et Bertani contre Roumanie », *D.* 2004, n° 42, pp. 3026-3028 ; A. GOUTTENOIRE, P. SALVAGE-GEREST, « Droit au respect de la vie familiale et adoption internationale, une première déconcertante : l'arrêt de la CEDH du 22 juin 2004 », *dt. fam.* décembre 2004, n° 12, pp. 21-25 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation : panorama 2004 », *D.* 2005, n° 26, pp. 1748-1754.

Affaire *Vo c./ France*, 8 juillet 2004, requête n° 53924/00 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Les tergiversations de la Cour européenne des droits de l'Homme face au droit à la vie de l'enfant à naître », *RTD civ.* 2004, pp. 799-801 ; N. FRICÉRO, « Selon l'article 2 de la Convention européenne, les États ont l'obligation positive de protéger effectivement le fœtus, non de reconnaître à ce dernier la personnalité juridique », *RJPF* 2004, n° 9, pp. 25-26 ; A. DECOUX, « Le statut du fœtus devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *RLDC* 2004, n° 8, pp. 41-42 ; J. PRADEL, « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *D.* 2004, n° 34, pp. 2456-2458 ; P. MURAT, « Les frontières du droit à la vie : l'indécision de la Cour européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* octobre 2004, n° 10, pp. 43-46 ; E. SERVERIN, « Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 2004, n° 39, pp. 2801-2807 ; D. SZYMCAK, « L'application du droit à la vie à l'enfant à naître : de l'art d'éviter de prendre clairement position », *JCP A.* 2004, n° 52, pp. 1673-1674.

2005

Case of *Znamenskaya v./ Russia*, 2 juin 2005, application n° 77785/01 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2005, n° 30, pp. 1451-1456 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Vers un statut juridique de l'enfant mort-né », *RTD civ.* 2005, p. 737.

Case of *B. and L. v./ The United Kingdom*, 13 septembre 2005, application n° 36536/02 ; J.-P. MARGUÉNAUD, note sous arrêt, *RTD civ.* 2005, pp. 735-737 ; A. GOUTTENOIRE & M. LAMARCHE, « Mon grand-père veut épouser ma mère... La Cour européenne des droits de l'Homme lui donne raison », *dt.fam.* novembre 2005, pp. 20-22 ; C. BERNARD-XEMARD, « Empêchement à mariage : une surprise primauté des faits sur le droit », *RLDC* 2005, n° 22, pp. 31-34.

2006

Affaire *Mizzi c./ Malte*, 12 janvier 2006, requête n° 26111/02.

Affaire *Jäggi c./ Suisse*, 13 juillet 2006, requête n° 58757/00, § 39 ; C. LE GOFFIC, « Identification génétique post mortem : pour une modification de l'article 16-11 du Code civil », *RRJ* 2010, pp. 1181-1187 ; *defrénois* 2008, pp. 573-575, obs. J. MASSIP ; D. BERTHIAU, « L'enterrement prochain de la législation française de l'expertise génétique post-mortem dans le cadre d'une action en recherche de paternité ? », *Médecine et Droit* 2007, pp. 109-114 ; *Journal du droit international* 2007, pp. 719-720, C. RENAUT ; Ch. BYK, « Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique », *JCP* 2007, pp. 21-26 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'ADN se ramasse à la pelle », *RTD civ.* 2006, p. 727-728.

Case of *Rozanski v./ Poland*, 18 août 2006, application n° 55339/00 ; J. FLAUSS-DIEM, « Vie familiale et paternité hors mariage : quelques pistes européennes », *RLDC* 2006, n° 33, pp. 33-38.

Affaire *Paulik c./ Slovaquie*, 10 octobre 2006, requête n° 10699/05. ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les empreintes génétiques devant la Cour européenne des droits de l'Homme : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *RLDC* 2007, n° 38, pp. 41-46.

2007

Affaire *Evans c./ Royaume-Uni*, 10 avril 2007, requête n° 6339/05 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Droit d'être mère versus droit de ne pas être père », *RLDC* 2007 ; P. HILT, « Si avoir un enfant n'est pas un droit, la décision de devenir parent, elle, mérite néanmoins du respect », *revue d'actualité juridique, l'Europe des libertés*, n° 25, pp. 2-8 ; H. MILLER, « 'Médecine », *gaz. pal.* 2006, n° 243, p. 37 ; F. BELLIVIER, Ch. NOIVILLE, « Les juges de Strasbourg et l'assistance médicale à la procréation : le contrat contre les droits de l'Homme ? », *revue des contrats* octobre 2007, n° 4, p. 1321 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La triste fin des embryons *in vitro* du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits du Mâle », *RTD civ.* 2007, p. 295 ; J. HAUSER, « L'embryon et le couple séparé : la notion de vie privée comprend le droit de devenir ou de ne pas devenir parent », *RTD civ.* 2007, p. 545.

Affaire *Rocio Menéndez Garcia c./ Espagne*, 9 mai 2007, requête n° 21046/07 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Halte à l'exhumation aux fins d'établissement d'un lien de grand-paternité », *RTD civ.* 2009, pp. 679-681.

Affaire *Wagner et J. M. W. L. c./ Luxembourg*, 28 juin 2007, requête n° 76240/01.

Affaire *Dickson c./ Royaume-Uni*, 4 décembre 2007, requête n° 44362/04, § 77 ; E. PUTAMN, « Le désir d'enfant du prisonnier peut-il fonder un droit de l'Homme ? », *RJPF* 2006, n° 7, p. 12 ; S. LAMBERT, « L'enfant du prisonnier a-t-il le droit de naître ? », *RLDC* 2007, n° 38, pp. 77-82 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « De l'exigence par la CEDH d'une proportion entre le refus d'autorisation d'une PMA à un prisonnier et les intérêts publics », *RLDC* 2008, n° 45, pp. 46-47 ; J. HAUSER, « Le droit à l'enfant, un droit de la personnalité ? », *RTD civ.* 2008, pp. 272-273.

Affaire *Emonet et autres c./ Suisse*, 13 décembre 2007, requête n° 39051/03 ; J.-P. MARGUÉNAUD, P. REMY-CORLAY « L'adoption de l'enfant de la concubine », *RTD civ.* 2008, pp. 255-257 ; J. HAUSER, « Le droit à l'enfant, un droit de la personnalité ? », *RTD civ.* 2008, pp. 272-273.

2008

Affaire *Kearns c./ France*, 10 janvier 2008, requête n° 35991/04 ; F. SUDRE, Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, *JCP* juillet 2008, I, n° 167, pp. 25-30 ; M.-C. LE BOURSICOT, « Accouchement sous le secret : cette fois, la CEDH valide le dispositif du côté de la mère », *RLDC* 2008, pp. 39-40 ; Th. GARÉ, « La CEDH conforte la validité du système français d'accouchement sous X », *RJPF* 2008, pp. 23-24 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Les désillusions strasbourgeoises de l'accouchée sous X repentante », *RTD civ.* 2008, pp. 252-255 ; J. HAUSER, « Accouchement anonyme : satisfecit provisoire au droit français », *RTD civ.* 2008, pp. 285-286 ; A. GOUTTENOIRE, « Le consentement de la femme qui accouche sous X doit être libre et éclairé », *lexbase hebdo* 2008, n° 297 ; Cl. NEIRINCK, « Retour sur un accouchement sous X validé par la CEDH », *RDSS* 2008, pp. 353-359 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Accouchement sous X : la CEDH valide le délai de deux mois à l'issue duquel la restitution de l'enfant est possible », *RLDC* 2008, pp. 43-44 ; A. TON NU LAN, « Abandon d'un enfant sans filiation établie : le consentement à la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance n'est toujours pas requis », *RJPF* 2004.

Affaire *E. B. c./ France*, 22 janvier 2008, requête n° 43546/02 ; G. MARRAUD DES GROTTEs, « Adoption par une homosexuelle : le refus de l'agrément fondé sur l'orientation sexuelle jugé discriminatoire », *RLDC* 2008, n° 46, pp. 42-43 ; S. VALORY, « Adoption : l'homosexualité du requérant ne peut fonder le refus de délivrer l'agrément », *RJPF* 2008, n° 2, pp. 22-23 ; A. GOUTTENOIRE, « Adoption par une personne célibataire homosexuelle : la sévérité de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'égard de la France », *lexbase hebdo* 2008, n° 291 ; Cl. NEIRINCK, « Refus d'agrément un homosexuel aux fins d'adoption », *RDSS* 2008, n° 2, pp. 380-384 ; J.-P. MARGUÉNAUD, P. REMY-CORLAY « Volte-face européenne sur le droit du célibataire homosexuel de pouvoir adopter », *RTD civ.* 2008, pp. 249-252 ; J. HAUSER, « L'adoption et les couples homosexuels : revirement et confirmation », *RTD civ.* 2008, pp. 287-289 ; A. GOUTTENOIRE, F. SUDRE, « La France est condamnée pour discrimination fondée sur l'homosexualité de la requérante », *JCP* 2008, jur. II, 10071 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « L'homosexualité d'un candidat à l'adoption n'est pas un motif légitime de refus de l'agrément », *RLDC* 2008, n° 49, pp. 41-46 ; P. HENNION-JACQUET, « Homosexualité et agrément à l'adoption », *D.* 2008, n° 29, pp. 2038-2042.

Affaire *Burden c./ Royaume-Uni*, 29 avril 2008, requête n° 13378/05 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La sororité contrariée par les droits de succession », *RTD civ.* 2007, p. 290-292 ; A. GOUTTENOIRE, « Deux sœurs qui vivent ensemble ne forment pas un couple... », *lexbase hebdo* 2008, n° 309.

Affaire *Clemeno et autres c./ Italie*, 21 octobre 2008, requête n° 19537/03.

2009

Affaire *Todorova c./ Italie*, 13 janvier 2009, requête n° 33932/06 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Janvier 2009-avril 2010 », *D.* 2010, pan. 23, pp. 1442-1449 ; F. CHÉNEDÉ, « Accouchement anonyme : condamnation de l'Italie en raison de la brièveté du délai permettant à la mère de revenir sur sa décision », *AJ fam.* février 2009, jur. p. 82.

2010

Affaire *Moretti et Benedetti c./ Italie*, 27 avril 2010, requête n° 16318/07 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2010, n° 35, pp. 1587-1593.

Case of *Backlund v./ Finland*, 6 juillet 2010, application n° 36498/05.

Case of *Aune v./ Norway*, 28 octobre 2010, application n° 52502/07.

Case of *Anayo v./ Germany*, 21 décembre 2010, application n° 20578/07.

Affaire *Chavdarov c./ Bulgarie*, 21 décembre 2010, requête n° 3465/03 ; D. LACHAL, « Contestation de la filiation paternelle présomptive », *JDI* 2011, pp. 1345-1347.

2011

Affaire *Negrepointis-giannisisis c./Grèce*, 3 mai 2011, requête n° 56759/08 ; A. GOUTTENOIRE, « La Cour européenne des droits de l'Homme, le moine et l'enfant », *lexbase hebdo* 2011, n° 439 ; P. KINSCH, « La non conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RCDIP* 2011, pp. 817-823.

Affaire *Pascaud c./ France*, 16 juin 2011, requête n° 19535/08 ; J. HAUSER, « Le droit à l'expertise biologique et la Convention européenne des droits de l'Homme : la vérité biologique à tout moment ? », *RTD civ.* 2011, pp. 526-527 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le droit français de la filiation et la Cour européenne des droits de l'Homme : chronique d'une condamnation prévisible », *RLDC* 2011, n° 86, pp. 65-69 ; Th. GARÉ, « L'impossibilité d'établir sa filiation porte atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RJPF* 2011, n° 10, pp. 27-28 ; G. VIAL, « L'expertise génétique *post mortem* à l'épreuve du droit au respect de la vie privée et familiale », *RDLF* décembre 2011, 2011-16, www.webu2.upmf-grenoble.fr/rdlf/ ; G. RAOUL-CORMEIL, « Est inconventionnelle l'impossibilité d'établir la filiation biologique », *EDFP* novembre 2011, n° 10, p. 2.

Case of *Kruskovic v./ Croatia*, 21 juin 2011, application n° 46185/08, § 33 ; J. HAUSER, « Le désordre européen du droit des majeurs protégés », *RTD civ.* 2011, pp. 745-746.

Case of *Grönmark v./ Finland*, 12 juillet 2011, application n° 17038/04 ; H. CARVALLO, « Filiation », in E. MULON, J. CASEY (dir.) « droit de la famille », *gaz. pal.* 2010, n° 315, p. 25 ; F. VASSEUR-LAMBRY, « L'affiliation de l'enfant : le pragmatisme du juge des droits fondamentaux », *LPA* mai 2011, n° 106, p. 7.

Case of *Schneider v./ Germany*, 15 septembre 2011, application n° 17080/07 ; J. HAUSER, « La Cour EDH invente les paternités probables pour décider d'un droit de visite », *RTD civ.* 2012, p. 108 ; C. SIFFREIN-BLANC, « Droit de visite du père biologique présumé : recherche circonstanciée de l'intérêt de l'enfant », *AJ fam.* 2011, p. 496 ; M. BRUGGEMAN, « Père légal *versus* père biologique : la portée variable du droit au respect de la vie familiale », *dt. fam.* 2011, n° 2, alerte 7 ; F. BOULANGER, « Droit de visite et intérêt de l'enfant », *D.* 2011, p. 2908 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droit de la famille », *JCP* 2012, n° 1, pp. 49-55 ; F. SUDRE, « Droit de la convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, n° 4, pp. 163-169 ; F. EUDIER, « Un droit de visite peut être accordé au père biologique présumé », *RJFP* 2012, n° 2, pp. 23-24 ; J.-M. LARRALDE, « Intérêt de l'enfant et droit de visite du père biologique présumé », *EDFP* octobre 2011, n° 9, p. 2.

Affaire *S. H. et autres c./ Autriche*, 3 novembre 2011, requête n° 57813/00 ; C. PICHERAL, « Non-discrimination et droit de recourir à la procréation médicalement assistée », *JCP* 2010, n° 18, p. 951 ; J. HAUSER, « Droit d'accès à la procréation médicalement assistée et adoption », *RTD civ.* 2010, n° 4, pp. 774-776 ; C. BYK, « Bioéthique », *JCP* 2011, n° 29, pp. 1449-1455 ; C. PICHERAL, « Stérilisation du droit de recourir à la procréation médicalement assistée », *JCP* 2011, n° 47, p. 2301 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, n° 4, pp. 163-169 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'ajournement du droit de recourir à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur », *RTD civ.* 2012, pp. 283-285.

Affaire *Iyilik c./ Turquie*, 6 décembre 2011, requête n° 2899/05 ; G. GONZALEZ, « Désaveu de paternité et absence de consentement aux tests génétiques », *JCP* 2011, n° 51, p. 2526 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, chr. pp. 163-169 ; G. GONZALEZ, A. GOUTTENOIRE, « Preuve de non-paternité et refus de l'enfant », *JCP* 2012, n° 10, pp. 498-501 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Avril 2011-février 2012 », *D.* 2012, n° 22, pp. 1432-1439.

2012

Affaire *A.M.M. c./ Roumanie*, 14 février 2012, requête n° 2151/10 ; E. POULIQUEN, « Établissement de la filiation et CEDH : des liens étroits », *RLDC* 2012, n° 92, p. 39 ; E. VIGANOTTI, « Action en recherche de paternité et droits de l'Homme », *AJ fam.* 2012, p. 228 ; A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *dt. fam.* mars 2013, n° 3, pp. 10-15.

Affaire *Gas et Dubois c./ France*, 15 mars 2012, requête n° 25951/07 ; A. GOUTTENOIRE, « Adoption de l'enfant de la concubine homosexuelle : la déception strasbourgeoise », *lexbase hebdo* 2012, n° 479 ; M.-Ch. MEYZEAUD-GARAUD, « Refus de l'adoption simple de l'enfant par la partenaire de même sexe : la CEDH ne condamne pas la France », *RJPF* 2012, n° 4, pp. 19-20 ; J.-P. MARGUÉNAUD, P. REMY-CORLAY, « Le refoulement de l'adoption de l'enfant du partenaire d'un couple homosexuel », *RTD civ.* 2012, pp. 275-279 ; J. HAUSER, « La guerre des super-juges n'aura pas lieu : adoption, autorité parentale conjointe et couple homosexuel », *RTD civ.* 2012, pp. 306-307 ; A. GOUTTENOIRE, F. SUDRE, « La conventionnalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », *JCP* 2012, n° 19, pp. 961-964 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Interdiction des discriminations », *AJDA* 2012, n° 31, pp. 1729-1733 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Homoparentalité : la décision appartient plus que jamais au législateur français », *RLDC* 2012, n° 97, pp. 39-42.

Case of *Kautzor v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 23338/09 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, n° 35, pp. 1531-1537.

Case of *Ahrens v./ Germany*, 22 mars 2012, application n° 45071/09 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2012, n° 35, pp. 1531-1537.

Case of *Stübing v./ Germany*, 12 avril 2012, application n° 43547/08 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Lemon incest », *RTD civ.* 2012, p. 285.

Case of *M. D. and others v./ Malta*, 17 juillet 2012, application n° 64791/10, § 79 ; F. EUDIER, « Déchéance automatique des droits parentaux et droits fondamentaux », *RJPF* 2012, n° 9, p. 52.

Affaire *Costa et Pavan c./ Italie*, 28 août 2012, requête n° 54270/10 ; E. PUTMAN, « Droit au diagnostic pré-implantatoire pour le respect de la vie familiale », *RJPF* 2012, n° 9, p. 29 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Le droit des parents de procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs », *RTD civ.* 2012, pp. 697-700 ; C. PICHERAL, « Les prudentes avancées de la Cour EDH en matière d'accès au diagnostic préimplantatoire », *JCP* 2012, n° 43, pp. 1946-1949 ; C. BÉDOS, « L'interdiction du diagnostic préimplantatoire sur la sellette européenne », *RDSS* 2013, pp. 67-72 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2013, n° 3, pp. 92-98.

Affaire *Godelli c./ Italie*, 25 septembre 2012, requête n° 33783/09. A. GOUTTENOIRE, « L'accouchement sous X italien condamné par la Cour européenne des droits de l'Homme », *lexbase hebdo* 2012, n° 503.

Affaire *Harroudj c./ France*, 4 octobre 2012, requête n° 43631/09, § 51 ; G. GONZALEZ, « Éloge de la kafala au nom du pluralisme culturel », *JCP* 2012, n° 43, p. 1945 ; Th. GARÉ, « Refus d'adoption plénière d'une enfant recueillie en kafala et droit au respect de la vie familiale », *RJPF* 2012, n° 11, pp. 34-35 ; P. HAMMJE, « L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux », *D.* 202, n° 43, pp. 2947-2951 ; J. HAUSER, « Adoption, kafala et sort des enfants », *RTD civ.* 2013, pp. 105-106.

2013

Affaire *X et autres c./ Autriche*, 19 février 2013, requête n° 19010/07 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « De l'homoparentalité à l'homofiliation, Réflexions à propos de l'arrêt de la CEDH du 19 février 2013 et de ses possibles répercussions en droit interne », *RJPF* 2013, n° 4, pp. 11-17 ; Ch. BYK, « Discrimination et adoption « coparentale » par des personnes de même sexe », *JCP* 2013, p. 427 ; I. GALLMEISTER, « Adoption par les couples homosexuels (Autriche) : exclusion discriminatoire », *D.* 2013, p. 502 ; H. SURREL, « Exclusion des couples homosexuels de l'adoption coparentale : un arrêt peu convaincant », *JCP* 2013, p. 552 ; J. HAUSER, « L'accès à l'adoption et la définition du couple : condition et cohérence », *RTD civ.* 2013, p. 363.

Affaire *Raw et autres c./ France*, 7 mars 2013, requête n° 10131/11 ; E. VIGANOTTI, « Enlèvement international d'enfant : la Cour européenne des droits de l'Homme constate la violation par la France de l'article 8 de la Convention », *gaz. pal.* 2013, n° 100, pp. 13-15 ; A. GOUTTENOIRE, « Déplacement illicite de l'enfant : la difficile conciliation de l'obligation au retour et au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *lexbase hebdo* 2013, n° 520 ; M. DOUCET, I CORPART, « La parole de l'enfant, pas nécessairement immuable, ne fait pas obstacle à l'exécution d'une décision de retour », *RJPF* 2013, pp. 38-40 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP* 2013, n° 29, pp. 1476-1482.

Case of *Josip Habulinac and Anita Filipovic v./ Croatia*, 4 juin 2013, application n° 51166/10.

Affaire *Menesson et autres c./ France*, introduite 6 octobre 2011 devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Requête n° 65192/11.

Table des lois, décrets et circulaires

(Par date)

Lois et ordonnances

1958-1990

Ordonnance n° 58-1297 du 23 décembre 1958, *JORF* 24 décembre 1958.

Loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe, *JORF* 5 janvier 1969, p. 195.

Loi n° 72-3, du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JORF* du 5 janvier 1972, n° 0003, p. 145 ; G. CORNU, « La naissance et la grâce », *D.* 1971, Chr. XXIV, p. 165 ; J. MASSIP, C. MORIN, J.-L. AUBERT, « La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », *defrénois* 1972, p. 513 ; H. MAZEAUD, « Une famille « dans le vent » : la famille hors mariage », *D.* 1971, Chr. XV, p. 99 ; G. MORIN, J.-L. AUBERT, « La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », *defrénois* 1972, p. 289 ; G. MORIN, J.-L. AUBERT, « La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », *defrénois* 1972, p. 449 ; M.-L. RASSAT, « Propos critiques sur la loi du 3 janvier 1972 portant réforme du droit de la filiation », *RTD civ.* 1973, p. 207 ; R. SAVATIER, « Le projet de loi sur la filiation : Mystique ou réalisme ? Filiation naturelle et filiation légitime », *JCP* 1971, I, 2400 ; R. SAVATIER, « Le projet de loi sur la filiation, examen des textes proposés », *JCP* 1971, I, 2402.

Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, *JORF* 18 janvier 1975, p. 739.

Loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976 modifiant certaines dispositions concernant l'adoption (simplification), *JORF* 23 décembre 1976, p. 7364.

Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JORF* du 18 juillet 1978, p. 2851.

1990-1995

Loi n° 90-548 du 2 juillet 1990 autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant, *JORF* 5 juillet 1990, n° 154, p. 7856 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* 1991, I, 3739 ; Cl. NEIRINCK, P.-M. MARTIN, « Un traité bien maltraité, à propos de l'arrêt Le Jeune », *JCP* 1993, I, 3677 ; F. MONÉGER, « Point de vue sur la question de l'applicabilité directe de la Convention des droits de l'enfant », *RDSS* 1993, pp. 533-536 ; M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un Traité mis hors jeu », *D.* 1993, n° 28, pp. 203-206 ; H. PARCHEMINAL, « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant », *RDSS* 1994, pp. 201-220 ; Ch. BYK, « La réception des conventions internationales par le juge français : à l'occasion de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *JDI* 1994, pp. 967-976 ; J.-J. GALLI, L. BOURGOIN, « Évaluation et expérimentation législatives en matière de défense des intérêts de l'enfant », *RRJ* 1994, pp. 1295-1305.

Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF* n° 7 du 9 janvier 1993, p. 495 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « L'établissement judiciaire de la filiation depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *JCP* 1994, I, 21, p. 25 ; B. TRILLAT, « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », in *mélanges D. Huet-Weiller*, PUF, Strasbourg/ LGDJ, 1994, p. 513 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Aperçu rapide de la loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales », *JCP N.* 1993, n° 101-103 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Une importante réforme en droit de la famille, la loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993 », *JCP* 1993, pp. 123-128 ; Y. BENHAMOU, « Réflexion en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant », *D.* 1993, chr. XXII, pp. 103-108 ; H. FULCHIRON, « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, commentaire de la loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi Malhuret », *D.* 1993, chr. XV, p. 117 ; G. SUTTON, « La filiation au fil d'une loi en patchwork (loi numéro 93-22 du 8 janvier 1993) », *D.* 1993, chr. XXXVII, pp. 163-166 ; I. CORPART-OULERICH, « Le secret des origines », *RDSS* 1994, pp. 1-24.

Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au corps humain, *JORF* 30 juillet 1994, n° 175, p. 1106 et loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostique prénatal, *JORF* 30 juillet 1994, n° 175, p. 11060 ; G. RAYMOND, « L'assistance médicale à la procréation (après la promulgation des lois bioéthiques) », *JCP* 1994, I, Études 3796, pp. 453-462 ; J. LANSAC, « Application des lois bioéthiques concernant l'assistance médicale à la procréation : problèmes et solutions », *Médecine et Droit* 1994, n° 8, pp. 124-128 ; Ch. BYK, « Aperçu rapide sur la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain », *JCP* 1994, actualités, n° 32, pp. 1-4 ; Ch. BYK, « La loi relative au respect du corps humain », *JCP* 1994, Études 3788, n° 39, pp. 405-414 ; J.-C. GALLOUX, « *De corpore iusi*, première analyse sur le statut juridique du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois numéro 94-953 et 94-954 du 29 juillet 1994 », *LPA* décembre 1994, n° 149, pp. 18-24 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Les dons d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain : de la loi Caillavet aux lois de bioéthique », *RDSS* 1995, n° 1, pp. 1-19 ; J. MASSIP, « L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », *defrénois* janvier 1995, n° 2, pp. 65-80 ; J.-J. LEMOULAND, « Procréation médicalement assistée et droit de la filiation (lois numéros 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994) », *D.* 1995, n° 3, pp. 15-24 ; M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.* 1995, chr. n° 11, pp. 75-79 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, pp. 249-270 ; É. MALLET, J. HÉRAIL, « Possession d'état et assistance médicale à la procréation », *JCP N.* 1995, n° 19, pp. 709-712 ; Ch. BYK, « Bioéthique (législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique) », *JCP* 1995, I, doct. 3848, pp. 222-230 ; D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA* 1994, n° 149, pp. 25-28 ; J. SAVATIER, « Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui », *LPA* décembre 1994, n° 149, pp. 8-13 ; Cl. DESTAME, « Procréation médicalement assistée, consentement authentique », *JCP N.* 1995, I, doct., pp. 29-30 ; L. PELTIER, « Le secret médical », *RRJ* 1995, pp. 827-837.

1996

Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, *JORF* 6 juillet 1996, n° 156, p. 10208 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Présentation de la loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption », *JCP N.* 1996, pp. 1135-1137 ; S. DION-LOYE, « Premières observations sur le nouveau droit de l'adoption (loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption) », *LPA* août 1996, n° 97, pp. 5-15 ; F. BOULANGER, « Le bilan mitigé d'une réforme : la loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 modificatrice du droit de l'adoption », *D.* 1996, n° 36, pp. 307-313 ; I. CORPART, « La réforme du 5 juillet 1996 relative à l'adoption : refonte d'ensemble ou retouche », *LPA* novembre 1996, n° 142, pp. 5-10 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Permanence et modernité de l'adoption d'après la loi du 5 juillet 1996 », *JCP* 1996, n° 48, pp. 449-456 ; F. MONÉGER, « Regard critique sur la réforme de l'adoption », *RDSS* 1997, n° 1, pp. 1-24 ; J. MASSIP, « Les nouvelles règles de l'adoption », *defrénois* 1997, n° 4, pp. 193-216 ; J. MASSIP, « Les nouvelles règles de l'adoption (loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 relatives à l'adoption) », *LPA* mars 1997, n° 32, pp. 4-13 ; F. PROAL, « La loi du 5 juillet 1996 relative à l'adoption : un exemple d'adaptation et de pragmatisme de l'action législative », *RRJ* 1997, n° 2, pp. 651-669 ; É. MALLET, « Le nouveau droit à l'adoption issu de la loi numéro 96-604 du 5 juillet 1996 (aperçu et formule) », *JCP N.* 1997, n° 17, pp. 608-610 ; Cl. NEIRINCK, « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP* 1997, n° 49, pp. 501-506.

1998

Loi n° 98-147 du 9 mars 1998, autorisant l'approbation de la convention sur la protection des enfants et la coopération internationale en matière d'adoption internationale, *JORF* 10 mars 1998, n° 58, p. 3611.

2000

Ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000, relative à l'état civil à Mayotte, *JORF* 10 mars 2000, n° 59, p. 3801.

2001

Loi n° 2001-111 du 6 février 2001, relative à l'adoption internationale, *JORF* 8 février 2001, n° 33, p. 2136 ; S. GRATALOUP, « Actualité du droit international, du droit européen et des droits de l'Homme », *dt. fam.* avril 2004, pp. 19-20 ; F. MONÉGER, « Une nouvelle loi en matière d'adoption internationale, loi numéro 2001-111 du 6 février 2001 », *RDSS* 2001, pp. 382-386 ; P. LAGARDE, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale. Une opportune clarification », *RCDIP* 2001, pp. 275-300 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droit de la famille : la réception des conventions internationales par les juges français en droit de la famille », *JCP* 2001, I, 122 ; F. MONÉGER, « L'adoption internationale après la loi du 6 février 2001 », *dt. fam.* juillet 2001, pp. 4-9 ; I. BARRIÈRE-BROUSSE, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *RRJ* 2001, pp. 1299-1312 ; B. BOURDELOIS, « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil (Loi n° 2001-111 du 6 février 2001) », *gaz. pal.* 2001, n° 346, pp. 3-12.

2002

Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *JORF* 3 janvier 2002, p. 124 ; M. LÉVY, « La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement et/ou continuité », *RDSS* 2002, n° 3, pp. 423-464 ; M. TOURDIAS, « La juridiction sanitaire et sociale après la loi du 2 janvier 2002 », *AJDA* 2002, n° 10, pp. 748-750.

Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, *JORF* 23 janvier 2002, p. 1519 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Consécration du droit à la connaissance de ses origines », *RJPF* 2002, n° 3, pp. 6-8 ; Cl. NEIRINCK, « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RDSS* 2002, n° 2, pp. 189-205 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 (à la mémoire de Brigitte Trillat) », *dt. fam.* mai 2002, n° 5, pp. 7-16 ; S. AUBIN, « Les droits du père face à l'accouchement anonyme », *LPA* mars 2003, n° 57, p. 3 ; B. MALLET-BRICOUD, « Réforme de l'accouchement sous X : quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP* 2002, I, 119, p. 487.

Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 mars 2002, p. 4161.

Ordonnance n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire, *JORF* 21 décembre 2002, n° 297, p. 21363.

2004

Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* 27 mai 2004, n° 122, p. 9319.

Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF* 7 août 2004, n° 182, p. 14040 ; M. BRUSORIO, « Loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique : la recherche sur l'embryon enfin autorisée », *gaz. pal.* 2004, n° 224, pp. 2-5 ; J.-C. GALLOUX, « La loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *RTD com.* 2004, pp. 708-712 ; P. ÉGÉA, « Commentaire de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *RJPF* 2004, n° 9, pp. 6-9 ; J.-R. BINET, « La loi relative à la bioéthique. Commentaire de la loi du 6 août 2004 », *dt. fam.* octobre 2004, n° 10, pp. 6-11 ; A. DORSNER-DOLIVET, « De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 », *JCP* 2004, n° 44, pp. 19-49-1955.

2005

Ordonnance n° 2005-759, du 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation, *JORF* 2005, n° 156, p. 11159 ; D. MONTAUX, « Réforme simplificatrice du droit de la filiation », *JCP N.* 2005, pp. 1341-1343 ; I. CORPART, « La filiation sur ordonnance ou l'abolition des inégalités : commentaire de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 », *gaz. pal.* 2005, n° 236, pp. 2-7 ; G. MARRAUD DES GROTTES, « Ordonnance portant réforme de la filiation », *RLDC* 2005, n° 19, pp. 39-40 ; J. HAUSER, « Des filiations à la filiation », *RJPF* 2005, n° 9, pp. 6-11 ; A.-M. LEROYER, « Ordonnance n° 2005-759, 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation », *RTD civ.* 2005, n° 4, pp. 836-843 ; F. MONÉGER, « Brèves remarques sur le droit international privé touché par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *dt. fam.* octobre 2005, n° 10, pp. 7-11 ; P. SALVAGE-GEREST, *dt. fam.* 2005, n° 11, pp. 7-10 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC* 2005, n° 21, pp. 34-39 ; J. VASSAUX, « Filiation : Premières vues sur la réforme du droit de la filiation : Ordonnance n° 2005-759, 4 juillet 2005 », *JCP N.* 2005, n° 47, pp. 1911-1917 ; N. BAILLON-WIRTZ, « Filiation : l'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance : Présentation de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JCP N.* 2005, n° 49, pp. 2020-2024 ; O. MATOCQ, « Le rapport d'expertise biologique dans le droit de la filiation deviendra-t-il le passage obligé ? », *dt. fam.* 2006, n° 1, pp. 23-24 ; J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », *degrénois* 2006, n° 1, pp. 6-35 ; H. FULCHIRON, « Égalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit français de la filiation », *dt. & pat.* 2006, n° 146, pp. 44-52.

2006

Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *JORF* 24 mars 2006, n° 71, p. 4475.

Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006, relative à l'immigration et à l'intégration, *JORF* 25 juillet 2006, n° 170, p. 11047.

2007

Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *JORF* 6 mars 2007, n° 55, p. 4215 ; J. ROCHEFED, « Autorité parentale-Prévention de la délinquance », *RTD civ.* 2007, pp. 408-412 ; P. MURAT, « L'actualité juridique et judiciaire de la famille en 2007 », *gaz. pal.* 2008, n° 345, pp. 35-42 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Mars 2006-mars 2007 », *D.* 2007, n° 21, pp. 1460-1468 ; H. FULCHIRON, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *gaz. pal.* 2009, n° 340, pp. 15-19 ; J.-M. LHUILLIER, « Information préoccupante et signalement : la mise en œuvre des textes issus de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 », *RDSS.* 2010, pp. 947-958.

2009

Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 relative à la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, *JORF* 18 janvier 2009 ; A. GOUTTENOIRE, « La ratification de l'ordonnance relative à la filiation : une réforme de la réforme », *lexbase Hebdo* janvier 2009 n° 334 ; Th. GARÉ, « Réforme de la filiation. A propos de la loi du 16 janvier 2009 », *JCP* 2009, n° 6, pp. 7-9 ; Th. GARÉ, « Réforme de la filiation. A propos de la loi du 16 janvier 2009 », *JCP N.* 2009, n° 7, pp. 8-10 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC* 2009, n° 58, pp. 37-41 ; J. MASSIP, « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *degrénois* 2009, n° 6, pp. 591-603 ; G. VIAL, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », *dt.fam.* avril 2009, n° 4, études n° 18, pp. 9-15 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009, chr. n° 14, pp. 966-971 ; A. GOUTTENOIRE, « L'actualité du point de vue de l'enfant », *gaz.pal.* 2009, n° 340-342, pp. 30-34 ; J.-D. SARCELET et C. BOHUON, « Filiation et famille : une vérité qui dérange », *D.* 2009, chr. n° 43, pp. 2876-2881 ; Cl. NEIRINCK, « Est-il possible d'être le grand-parent d'un enfant sans filiation établie ? » *RDSS* 2010, n° 4, pp. 735-747.

Ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009 prise en application de l'article 35 de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives, *JORF* n° 0101 du 30 avril 2009, p. 7327, texte n° 27.

2010

Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JORF* n° 0033 du 9 février 2010, p. 2265 ; A. LEPAGE, « Inscription de l'inceste sur mineurs dans le Code pénal », *JCP* 2010, n° 7, p. 339 ; S. DETRAZ, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *gaz. pal.* 2010, n° 62, pp. 10-13 ; A.-M. LEROYER, « Inceste », *RTD civ.* 2010, n° 2, pp. 381-385 ; O. BALDES, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *droit pénal* 2010, n° 4, pp. 24-26 ; I. CORPART, « Les incidences de l'inscription de l'inceste dans le Code pénal (commentaire de la loi n° 2010-121 du 8 février 2010) », *RJPF* 2010, n° 6, pp. 8-12 ; A. GOUTTENOIRE et Ph. BONFILS, « Droits de l'enfant », *D.* 2010, n° 29, pp. 1904-1912 ; M. DOURIS, « La loi n° 2010-121 du 8 février 2010, tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux : une évolution symbolique en droit des mineurs », *RRJ* 2011, pp. 435-446 ; A. GOUTTENOIRE, « L'inconstitutionnalité de l'inscription de l'inceste sur mineur dans le Code pénal », *lexbase hebdo* 2011, n° 457 ; G. DELORS, « L'inceste dans le Code pénal : de l'ombre à la lumière, l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal », *RSC* 2010, p. 599 ; Ph. BONFILS, « La loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RSC* 2010, p. 462 ; A. BOURRAT-GUEGUEN, « Commentaire de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal », *dt. fam.* 2010, étude n° 15, pp. 25-28.

2011

Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JORF* du 8 juillet 2011, n° 0157 p. 11826 ; J.-R. BINET, « La bioéthique à l'épreuve du temps », *JCP* 2011, pp. 1410-1411 ; A.-M. LEROYER, « Droit des personnes », *RTD civ.* 2011, pp. 603-610 ; Ch. BYK, « Bioéthique », *JCP* 2011, pp. 1449-1455 ; A.-L. LONNÉ, « Présentation de loi de bioéthique du 7 juillet 2011 », *lexbase hebdo* juillet 2011, n° 449 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « La protection de la vie humaine dans la loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011 », *RJPF* septembre 2011, pp. 8-17 ; A. KAHN, « La loi bioéthique – Réflexions sur l'éthique et la morale », *D.* 2011, n° 30, p. 2104 ; D. VIGNEAU, « Les dispositions de la loi bioéthique du 7 juillet 2011 relatives à l'embryon et au fœtus humain », *D.* 2011, n° 32, p. 2224-2230 ; N. BAILLON-WIRTZ, « Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : le choix d'un relatif *statu quo* », *RLDC* octobre 2011, n° 86, pp. 37-40 ; H. GAUMONT-PRAT, « La loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique et l'encadrement des neurosciences », *LPA* novembre 2011, n° 231, pp. 10-19 ; A. CHEYNET de BEAUPRÉ TERRASSON de FOUGÈRES, « La révision de la loi relative à la bioéthique », *D.* 2011, n° 32, pp. 2217-2224.

2013

Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* 2013, n° 0114, p. 8253 ; Cl. NEIRINCK, « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 9-12 ; A. BATTEUR, « A propos du projet de mariage pour tous : le maintien dans le Code civil du double sens du mot parent est un impératif juridique ! », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 12-15 ; A. MIRKOVIC, « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 18-21 ; A. MIRKOVIC, « La situation juridique des enfants élevés par des personnes de même sexe », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 22-23 ; J. HAUSER, « Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par préterition et procrastination », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 24-27 ; S. PARICARD, « Mariage homosexuel et filiation. Quelques mots de droit comparé », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 2-31 ; H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous en droit international privé : le législateur français à la peine », *dt. fam.* janvier 2013, pp. 31-36 ; A. GOUTTENOIRE, « La loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : enfin ! », *lexbase hebdo* 2013, n° 528 ; I. CORPART, « Le mariage pour tous et ses incidences sur le nom », *RJPF* 2013, n° 6, pp. 17-18 ; E. POULIQUEN, « Loi dite Mariage pour tous : les articles du Code civil modifiés », *RLDC* 2013, n° 105, pp. 43-48 ; H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP* 2013, n° 23, pp. 1123-1133 ; C. PÉRÈS, « L'article 6-1 du Code civil : heurts et malheurs du titre préliminaire », *D.* 2013, n° 20, pp. 1370-1373 ; J. HAUSER, « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets) », *JCP N.* 2013, pp. 31-42 ; M.-Ch. LE BOURSICOT, « Nouveaux mariés de même sexe : l'adoption de l'enfant du conjoint plus aisée que l'adoption conjointe », *RJPF* 2013, n° 7, pp. 31-35 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Le rayonnement de l'alliance après la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *LPA* juillet 2013, n° 133, pp. 59-68 ; A.-M. LEROYER, « La loi numéro 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.* 2013, n° 25, pp. 1697-1705 ; M. GRIMALDI, « Brèves réflexions sur la loi instituant un mariage pour tous », *degrénois* 2013, pp. 719-722 ; J. COMBRET, « Couples entre personnes de même sexe : se marier ou ne pas se marier ? Regards d'un praticien », *degrénois* 2013, pp. 723-730 ; G. CHAMPENOIS, « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 », *degrénois* 2013, pp. 731-736.

Loi n° 2013-673 du 26 juillet 2013 relative à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État, *JORF* 27 juillet 2013, n° 0173, p. 12556 ; A. GOUTTENOIRE, « Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État : le législateur satisfait aux exigences du Conseil constitutionnel », *lexbase hebdo* 2013, n° 539.

Décrets

Décret n° 98-815 du 11 septembre 1998 portant publication de la Convention sur la protection des enfant et la coopération en matière d'adoption internationale, fait à La Haye le 29 mai 1993 et signée par la France le 5 avril 1995, *JORF* n° 212 du 13 septembre 1998, p. 13997 ; B. STURLESE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *JCP N.* 1994, pp. 353-362 ; N. MEYER-FABRE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *RCDIP* 1994, pp. 259-296 ; B. STURLESE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *JCP* 1993, pp. 427-436.

Circulaires

Circulaire de la Direction des affaires civiles et du sceau, « Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *BOMJ* 30 septembre 2006, n° 103, p. 10.

Circulaire de politique pénale du 19 septembre 2011, relative à la vigilance et à la lutte contre les dérives sectaires, *BOMJL* 2011, n° 2011-09 du 30 septembre 2011, p. 2.

Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, *BOMJL* 2011, n° 2011-11 du 30 novembre 2011, n° 16, p. 10.

Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse- Etat civil étranger, *BOMJ* 2013.

Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), *BOMJ* 31 mai 2013, n° 2013-05, p. 10.

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros de page)

A

Abandon, 31, 62, 183, 203, 212, 475
Accouchement anonyme et secret, 367, 475, 482

Acte d'enfant sans vie, 39

Administrateur *ad hoc*, 424

- Pouvoir, 429
- Rôle, 427

Adoption, 211

- Adoptabilité, 251, 253
- Consentement de l'enfant, 271
- Consentement parental, 222, 163
- Détournement, 233, 238, 239
- Histoire, 203
- Internationale, 224, 233
- Kafala, 256
- Origines, 247
- Plénière ou simple, 254, 269

Autorisation parentale, 496

B

Boîtes à bébé, 334, 450

C

Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), 486

Commission internationale de l'état civil (CIEC), 109

Connaissance des origines, (*voir Origines*)

Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP), 495

Convention de La Haye, 239, 258

D

Discernement, 276, 435, 496, 499

E

État civil, 31, 41, 45

Exequatur, 163, 239, 553

Expertise génétique, 90, 341, 348, 355, 360

F

Filiation

- Artificielle, 91, 147, 151, 152
- Conflit négatif, 104, 174
- De fait, 242, 261, 533
- Divisible, 162
- Génétique, 201, 339
- Histoire, 65, 203, 302, 341, 476
- Mensongère, 98, 99, 130, 545
- Polygonéique, 104, 181, 287 322, 337, 353, 397, 503
- Priorité chronologique, 100
- Renonciation, 475
- Sociologique, 304

G

Gestation pour autrui, 45, 151, 163, 233, 238, 239, 536

Grands parents, 194, 369 479

I

Incapacité, 120, 277, 389

Identification de l'enfant, 37, 48

- Accouchement anonyme et secret, 183, 373

- Déclaration de naissance, 41, 49
- Par le père, 104, 174, 187, 194, 382

Intérêt de l'enfant, 389

- Intérêt abstrait, 404
- Intérêt concret, 404, 528
- Intérêt révélé, 163, 410, 414
- Intérêt supérieur, 411

K

Kafala, 256

M

Mère porteuse (Voir gestation pour autrui)

O

Origines, 251, 265 360, 382, 475

P

Parole de l'enfant

- Adoption, 271
- Droit de se taire, 433
- Enfant écouté, 277, 431
- Enfant entendu, 280, 438

Présomption de paternité, 87, 94

Preuve

- Possession d'état, 90, 133, 304
- Présomption irréfragable, 145, 545
- Présomption simple, 88, 98, 116, 130
- Preuve génétique, 201, 341, 355, 379

Procréation médicalement assistée, 463, 471, 489

- Inceste, 518
- Mère porteuse, 151, 163, 559
- Présomption de paternité, 91
- Reconnaissance obligatoire, 145

Q

Qualité pour agir

- Action de l'enfant, 295, 304, 334, 353, 387, 491
- Action des grands parents, 369
- Action du parent prétendu, 422

R

Reconnaissance, 325

- Impossible, 522, 559
- Maternelle, 151, 201
- Mensongère, 130
- Obligatoire, 145
- Mineur parent, 120
- Prénatale, 101, 187

Représentation, 295, 389, 419, 395, 389, 405

S

Secret, 172, 364, 475

- Dossier médical, 491
- Filiation maternelle, 366
- Filiation paternelle, 98, 355, 360
- Secret professionnel, 463

Subsides, 341, 468, 525

V

Vérité, 326, 462

- Exactitude génétique, 201, 339, 341, 355
- Vérité affective, 163, 306

Veto, 280

Table des matières

INTRODUCTION.....	1
Partie I : La liberté parentale d'établir la filiation.....	23
Titre I – Le rattachement automatique de l'enfant à une famille.....	29
Chapitre I – L'enregistrement de l'enfant comme droit préalable à l'établissement de la filiation.....	31
<i>Section 1 - La reconnaissance du droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance.....</i>	<i>35</i>
Paragraphe I – L'accès de l'enfant à la personnalité juridique.....	37
Paragraphe II – L'enregistrement de l'enfant entre les mains d'autrui.....	41
<i>Section 2 – La mise en œuvre du droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance.....</i>	<i>47</i>
Paragraphe I - Les obstacles à l'enregistrement de l'enfant	48
Paragraphe II - La déclaration judiciaire de la naissance de l'enfant.....	55
Chapitre II – Les effets de l'enregistrement sur la filiation.....	61
<i>Section 1 – Les effets du nom de la mère dans l'acte de naissance</i>	<i>65</i>
Paragraphe I – L'évolution de l'établissement de la filiation par l'acte de naissance.....	66
Paragraphe II – La filiation maternelle automatique.....	78
<i>Section 2 – La mention du nom du père dans l'acte de naissance.....</i>	<i>85</i>
Paragraphe I – La mention du nom du père en cas de mariage.....	87
Paragraphe II – La naissance de l'enfant hors mariage.....	96
Titre II – Le rattachement volontaire de l'enfant à une famille.....	111
Chapitre I - La reconnaissance de l'enfant.	113
<i>Section 1 – La volonté parentale de reconnaître l'enfant encadrée.....</i>	<i>115</i>
Paragraphe I – La volonté, support apparent de la retranscription de la filiation de l'enfant.....	116
Paragraphe II – La volonté, moyen constitutif d'une filiation imparfaite.....	129
A – La reconnaissance mensongère, une filiation de fait.....	130
B – La reconnaissance de procréation artificielle, une filiation obligatoire.....	145
<i>Section 2 – La volonté parentale de reconnaître l'enfant empêchée.....</i>	<i>169</i>
Paragraphe I – L'information du père dans l'intérêt de l'enfant.....	172
Paragraphe II – L'identification de l'enfant dans son intérêt.....	183
Chapitre II – L'adoption de l'enfant.....	203
<i>Section 1 – L'adoption : un droit de l'enfant.....</i>	<i>211</i>
Paragraphe I – Un droit pour l'enfant privé de sa famille.....	212
Paragraphe II – Un droit conditionné par le consentement de ses parents.....	220
A – Le nécessaire contrôle du consentement parental.....	221
B – L'impossible contrôle du consentement parental à une convention de femme porteuse.....	233
<i>Section 2 – Les droits de l'enfant dans l'adoption</i>	<i>247</i>
Paragraphe I – La détermination de l'intérêt de l'enfant.....	250
A – Les formes préférables de l'adoption.....	251
B – Le recueil légal d'un enfant étranger.....	256
Paragraphe II – Le droit de l'enfant de connaître ses origines.....	265
Paragraphe III – Le droit de participer à la procédure d'adoption.....	271

Partie II – Le droit de l'enfant d'établir sa filiation.....	291
Titre I – L'action de l'enfant vers sa famille.....	295
Chapitre I – Le rattachement juridique de l'enfant à sa famille.....	299
<i>Section 1 – La détermination des parents de l'enfant.....</i>	<i>301</i>
Paragraphe I – La filiation sociale de l'enfant.....	302
Paragraphe II – La filiation génétique de l'enfant.....	325
<i>A – Le droit de l'enfant à la retranscription de sa filiation génétique.....</i>	<i>326</i>
1 – La reconnaissance de la vérité génétique en droit international.....	327
2 – La preuve de la vérité génétique en droit français.....	339
<i>B – Les libertés parentales de faire obstacle à l'action de l'enfant.....</i>	<i>355</i>
1 – La liberté de consentir au prélèvement sanguin.....	356
2 – La liberté d'accoucher de manière anonyme et secrète.....	364
<i>Section 2 – L'exercice de l'action par l'enfant mineur.....</i>	<i>387</i>
Paragraphe I – Le principe de la représentation de l'enfant par ses parents.....	389
<i>A – Les mécanismes d'élaboration de la « loi » parentale.....</i>	<i>389</i>
<i>B – La nature juridique de la « loi » parentale.....</i>	<i>404</i>
Paragraphe II – La représentation du mineur par un administrateur ad hoc.....	424
Paragraphe III – La participation de l'enfant à la procédure de recherche de sa filiation.....	431
Chapitre II – Le rattachement factuel de l'enfant à sa famille.....	447
<i>Section 1 – La détermination du droit de l'enfant de connaître ses origines.....</i>	<i>461</i>
Paragraphe I - Le droit de l'enfant à savoir face à la rétention parentale d'information.....	462
Paragraphe II - Le secret organisé par la loi face au droit de l'enfant à savoir.....	471
<i>A – La procréation médicalement assistée avec tiers donneur.....</i>	<i>471</i>
<i>B – La renonciation anonyme et secrète à l'enfant.....</i>	<i>475</i>
<i>Section 2 – L'exercice du droit de l'enfant de connaître ses origines.....</i>	<i>485</i>
Paragraphe I - La commission d'accès aux documents administratifs.....	486
Paragraphe II - Le Conseil national d'accès aux origines personnelles.....	495
Titre II – L'action impossible de l'enfant vers sa famille.....	505
Chapitre I – Les limites tenant à l'identification des origines de l'enfant.....	507
<i>Section 1 – La recherche d'une définition de l'enfant issu de l'inceste.....</i>	<i>509</i>
Paragraphe I – Les tentatives de définitions légale de l'inceste.....	513
Paragraphe II – L'impossible définition de l'inceste dans un système fondé sur la certitude génétique.....	517
<i>Section 2 – Les conséquences pour l'enfant de la qualification d'inceste.....</i>	<i>521</i>
Paragraphe I – La privation d'un double lien de filiation.....	522
Paragraphe II – Vers la prise en compte de l'intérêt concret de l'enfant.....	528
Chapitre II – Les limites tenant aux modalités de procréation de l'enfant.....	535
<i>Section 1 – L'établissement impossible de la filiation avec le tiers donneur.....</i>	<i>543</i>
<i>Section 2 – L'établissement impossible de la filiation en cas de gestation pour autrui.....</i>	<i>553</i>
Conclusion générale.....	569
Bibliographie.....	577
Index.....	635
Table des matières.....	639

LES DROITS DE L'ENFANT À L'ÉPREUVE DES DROITS PARENTAUX :

L'EXEMPLE DU RATTACHEMENT FAMILIAL DE L'ENFANT

Résumé en français

Les mutations profondes qui ont eu lieu dans notre manière de vivre : aspiration à l'égalité ; féminisme ; généralisation des familles recomposées ; acceptation sociale de l'homosexualité ; société de consommation ; dématérialisation et réappropriation de l'identité de l'individu sur les réseaux numériques... ont accompagné un changement radical de la manière de penser le rattachement familial de l'enfant. La mention du nom des parents dans l'acte de naissance ou la reconnaissance de l'enfant sont autant de supports dont le potentiel reste à explorer. Pour sa part, l'adoption est désormais fondée sur un lien plus abstrait de volonté qui exige de ne peut-être plus s'intéresser aux circonstances qui l'ont entourée. Enfin, en parallèle de la filiation génétique et de la filiation volontaire se dessine une nouvelle catégorie de filiation : le lien de filiation polygonéique, fondé sur le fait et mu par l'affection que l'on porte à l'enfant auquel il conviendra de donner un contenu juridique dans l'intérêt de l'enfant. Au delà de toutes ces formes d'appropriation générationnelle se pose dès lors la question de savoir où se trouvent les nouveaux droits de l'enfant. L'enfant a-t-il le droit à des parents en particulier ? Quels seront les critères d'égalité entre les enfants à l'avenir ? Quels bénéfices pourra-t-il tirer de ces évolutions ? Quelle doit-être la place de sa parole ? Plus que jamais il devient nécessaire de repenser un cadre juridique prévisible et stable pour le rattachement familial de l'enfant qui tienne compte du nouvel ordre public de la famille : les droits de l'enfant.

Mots-clés

abandon ; accouchement sous X ; acte de naissance ; adoptabilité ; adoption ; anonymat ; autorité parentale ; CADA ; CNAOP ; Comité international des droits de l'enfant ; droit de connaître ses origines ; enfant ; enregistrement ; état civil ; famille ; filiation ; génétique ; intérêt de l'enfant ; kafala ; mère porteuse ; mineur ; origine ; parole de l'enfant ; présomption de paternité ; procréation médicalement assistée ; protection de remplacement ; reconnaissance ; reconnaissance prénatale ; sexe ; tiers donneur ; trafic d'enfant

THE RIGHTS OF THE CHILD AGAINST PARENTAL ENTITLEMENTS :

THE EXAMPLE OF CHILDREN AFFILIATION TO THE FAMILY

Abstract

The profound changes in our way of life, (desire for equality, feminism, generalization of reconstituted families, social acceptance of homosexuality, consumer society, individuals' identity becoming immaterial on digital networks), have gone along with a radical change in the way of thinking of how children are affiliated to a family. The mention of both parents' names on a birth certificate, or the recognition of a child are two promising medium, yet to be examined. Concerning adoption, it is founded upon a more abstract link based on volition, meaning that it may no longer require to take into account the circumstances surrounding the adoption. Finally, parallel to genetic filiation and voluntary filiation, a new category of filiation is taking shape: polygoneic filiation (multi-parental filiation), which is based on facts and pushed by the affection felt for the child, and which will require a legal content in the best interests of the child. Beyond all these forms of belonging to a family, we can then wonder what will become new rights for children. Will a child have the right to have specific parents? What will be the criteria for equality between children in the future? What benefits will the child attain after these evolutions? What importance should be given to his/her views? More than ever, it will be crucial to re-examine an equable and predictable legal framework for family bonds which would take into consideration the new public order of the family: the rights of the child.

Keywords

adoption ; birth registration ; Committee on the Rights of the Child ; desertion of one's family ; family records ; family reunification ; general register ; know one's origins ; mother identity ; origin ; parental rights ; views of the child
