

UNIVERSITÉ DE NANTES
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
ÉCOLE DOCTORALE : *DROIT, ÉCONOMIE-GESTION, SOCIÉTÉS, TERRITOIRES*

Année 2010

N° attribué par la bibliothèque

!_!_!_!_!_!_!_!_!_!

THÈSE

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE NANTES

Discipline : Droit Privé

présentée et soutenue publiquement par

Virginie BOURON – CRÉMET

Le 6 Juillet 2010

LES MUTATIONS DU DROIT DE LA FILIATION FACE A L'ÉVOLUTION DE LA GÉNÉTIQUE

Directeur de thèse : Monsieur Raymond LE GUIDEC

JURY

Monsieur Thierry GARÉ

Professeur à l'Université de Toulouse I

Madame Frédérique GRANET-LAMBRECHTS

Professeur à l'Université de Strasbourg III - Robert Schuman

Monsieur Raymond LE GUIDEC

Professeur à l'Université de Nantes

Monsieur Philippe PÉDROT

Professeur à l'Université de Bretagne Occidentale - Brest

*A Jean-Frédéric, mon mari,
Maxence, Alexis, Stanislas et Joséphine, mes enfants*

*A Monsieur LE GUIDEC,
qui m'a fait l'honneur d'assurer la direction de cette thèse.*

**« LES MUTATIONS DU DROIT DE LA FILIATION FACE A
L'ÉVOLUTION DE LA GÉNÉTIQUE »**

La filiation recouvre plusieurs composantes : une composante biologique originaire et une composante sociologique. A la procréation s'ajoute le comportement, la relation réciproque de parent à enfant. Dans la plupart des cas, il y a une heureuse concordance entre filiation biologique et filiation sociologique : les parents qui élèvent l'enfant sont ceux qui l'ont fait. Mais vérité biologique et vérité sociologique peuvent se distinguer et s'opposer. Sous certaines conditions, les parents, par l'établissement légal de la filiation ne sont pas toujours les parents biologiques de l'enfant s'ils ont eu recours à la procréation médicalement assistée. Le droit de la filiation est un droit en perpétuel mutation et lié directement à l'évolution de la société. La thèse s'attachera à démontrer comment progressivement s'est opéré un déplacement des axes du droit de la filiation sous l'influence de la montée en puissance de la preuve génétique. Celle-ci permettant de révéler à tout un chacun sa filiation véritable a trouvé place au cœur du droit de la filiation entraînant par la même une certaine relativité des anciens moyens de preuve et générant un contentieux important. Néanmoins, la nécessité de responsabiliser se renforce pour que droit de la filiation conserve son sens, pour garantir l'intérêt de l'enfant. Alors que la filiation se doit d'être volontaire et responsable, il faut à tout prix protéger la stabilité et l'intérêt de l'enfant, et fonder la filiation sur une éthique de la responsabilité.

Mots clés : filiation, vérité biologique, vérité sociologique, volonté, preuve scientifique, expertise génétique, responsabilité, procréation.

**« CHANGES IN FILIATION LAW
IN THE FACE OF GENETIC EVOLUTION »**

Filiation is made up of several components ; a component of biological origin and a sociological component. Behaviour, the reciprocal relationship between parent and child, must be added to procreation. In most cases there is a happy correlation between biological filiation and sociological filiation; the parents bringing up the child are those who made it. But biological truth and sociological truth can be different and in opposition. Under certain conditions, the parents, through filiation in law, are not always the child's biological parents, if they have had recourse to medically assisted procreation. Filiation law is in perpetual mutation and directly linked to society evolution. This thesis will demonstrate how the principles of filiation law have been displaced under the growing influence of genetic testing. This, allowing everybody to trace one's true descent, has found its place at the heart of filiation law, leading to a certain neglect of the earlier types of evidence and generating great controversy. Nevertheless, the necessity of defining responsibility, becomes important so that the filiation law keeps its meaning: that is the protection of the child's welfare. When filiation must be voluntary and responsible, one must before all protect the stability and welfare of the child and found this filiation on an ethic of responsibility.

Key words : filiation, biological truth, sociological truth, will, scientific proof, genetic testing, responsibility, procreation.

INTITULE ET ADRESSE DU LABORATOIRE DE RATTACHEMENT

Institut de Recherche en Droit Privé
Faculté de droit
Chemin de la Censive du tertre
44313 NANTES cédex 03

Liste des sigles et abréviations

<i>Act.</i>	Actualité
<i>A.D.N</i>	Acide désoxyribonucléique
<i>AJ fam</i>	Actualité juridique famille
<i>Al.</i>	Alinéa
<i>AMP</i>	Assistance Médicale à la Procréation
<i>Art.</i>	Article
<i>Ass.</i>	Assemblée
<i>Ass. Nat.</i>	Assemblée Nationale
<i>Ass. Plén.</i>	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>B.O.</i>	Bulletin officiel du ministère de la justice
<i>Bull.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)
<i>C .</i>	Code
<i>c/</i>	Contre
<i>C. Cass.</i>	Cour de cassation
<i>C. civ.</i>	Code civil
<i>C.C.N.E.</i>	Comité Consultatif National d'Ethique
<i>C.E.</i>	Arrêt du Conseil d'Etat
<i>CECOS</i>	Centre d'Etude et de CONservation du Sperme
<i>C.E.D.H.</i>	Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
<i>Cf.</i>	Comparez
<i>Ch.</i>	Chambre
<i>Ch. Mixte</i>	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
<i>Ch.réun.</i>	Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
<i>Chr.</i>	Chronique
<i>C.I.B</i>	Comité International de Bioéthique (Unesco)
<i>Civ.</i>	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
<i>Civ.,1,2,3</i>	Arrêt de la Cour de cassation, 1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème} Chambres civiles
<i>C.J.C.E.</i>	Arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes
<i>CNAOP</i>	Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles
<i>CNRS</i>	Centre Nationale de la Recherche Scientifique
<i>Coll.</i>	Collection
<i>Com.</i>	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Comm.</i>	Commentaire
<i>Concl.</i>	Conclusions

<i>Contra</i>	Solution contraire
<i>Crit.</i>	Critique (note)
<i>C.pén.</i>	Code pénal
<i>C. pr. pén.</i>	Code de procédure pénale
<i>C. santé publ.</i>	Code de la santé publique
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Defrénois</i>	Répertoire général du notariat
<i>Doct.</i>	Doctrine
<i>Dr et pat</i>	Droit et patrimoine
<i>Dt fam.</i>	Revue juridique droit de la famille
<i>Ed.</i>	Editions
<i>Fasc.</i>	Fascicule
<i>FIV</i>	Fécondation in vitro
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>GPA</i>	Gestation pour autrui
<i>Hebdo.</i>	Hebdomadaire
<i>HLA</i>	Human Leucocytes Locus Antigen
<i>IAD</i>	Insémination artificielle avec donneur
<i>Inf.</i>	Information
<i>Infra.</i>	Ci-dessous
<i>JCP</i>	Juris-Classeur périodique (semaine juridique)
<i>JCP éd. G.</i>	Juris-Classeur périodique, édition générale
<i>JCP éd. N.</i>	Juris-Classeur périodique, édition notariale
<i>J.O.</i>	Journal officiel
<i>Juris-CI. Civ.</i>	Juris-Classeur civil
<i>Juris-CI.proc.civ</i>	Juris-Classeur procédure civile
<i>Juris-Data</i>	Juris-Data, banque de données juridiques, édition du juris-Classeur
<i>Jurispr.</i>	Jurisprudence
<i>L .</i>	Loi
<i>Lég.</i>	Législation
<i>LGDJ.</i>	Librairie générale de jurisprudence
<i>LPA</i>	Les petites affiches
<i>Mél.</i>	Mélanges
<i>n .</i>	Note
<i>n°</i>	numéro
<i>NCPC</i>	Nouveau code de procédure civile
<i>Obs.</i>	Observations
<i>OMS</i>	Organisation Mondiale de la Santé
<i>ONU</i>	Organisation des Nations Unies

<i>op.cit.</i>	Cité précédemment, ouvrage précité
<i>Ord. Prés.</i>	Ordonnance rendue par le président du tribunal de grande instance
<i>p .</i>	Page
<i>pan.</i>	Panorama
<i>RJPF</i>	Revue juridique personne et famille
<i>PMA</i>	Procréation Médicalement Assistée
<i>préc.</i>	Précité
<i>Prés.</i>	Président
<i>PU.</i>	Presses Universitaires
<i>PUF.</i>	Presses Universitaires de France
<i>Rapp</i>	Rapport
<i>Rect.</i>	Rectificatif
<i>Rép. min.</i>	Réponse ministérielle
<i>Rép.civ.</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Rép.pr.civ.</i>	Répertoire de procédure civile Dalloz
<i>Req.</i>	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev.dr.san.soc.</i>	Revue trimestrielle de droit sanitaire et social
<i>Rev.fr.aff.soc.</i>	Revue française des affaires sociales
<i>RJFP</i>	Revue juridique personne et famille
<i>RTD Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RID comp.</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RRJ Droit prospectif</i>	Revue de la recherche juridique Droit prospectif
<i>S .</i>	Recueil Sirey
<i>s .</i>	Suivants
<i>Sect.</i>	Section
<i>Somm.</i>	Sommaires
<i>Somm. comm.</i>	Sommaires commentés
<i>Supra.</i>	Ci-dessus
<i>TGI</i>	Tribunal de Grande Instance
<i>Unesco</i>	United Nations Educational Scientific and Cultural Organization
<i>v .</i>	Voir
<i>Vol.</i>	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : UNE PROGRESSIVE TRANSFORMATION DU DROIT DE LA FILIATION

TITRE I - DE LA MODIFICATION DES MOYENS DE PREUVE

CHAPITRE I : L'EXPERTISE GENETIQUE AU CŒUR DU DROIT DE LA FILIATION

CHAPITRE II : LA RELATIVITE DES ANCIENS MOYENS DE PREUVE

TITRE II - VERS UN NOUVEAU DROIT DE LA PROCREATION FONDEE SUR UNE FICTION LEGALE

CHAPITRE I : UNE FICTION JURIDIQUE EN MATIERE D'ASSISTANCE MEDICALE
A LA PROCREATION

CHAPITRE II : LA POSSIBILITE DE RECHERCHER SES ORIGINES GENETIQUES :
FICTION OU REALITE ?

DEUXIEME PARTIE : LA NECESSITE DE FONDER LE DROIT DE LA FILIATION SUR UNE ETHIQUE DE LA RESPONSABILITE

TITRE I - UNE FILIATION VOLONTAIRE

CHAPITRE I : UNE VOLONTE «CREATRICE»

CHAPITRE II : UNE VOLONTE «DESTRUCTRICE» :
UNE LIMITE A CETTE RESPONSABILISATION DE LA FILIATION

TITRE II - UNE FILIATION RESPONSABLE

CHAPITRE I : LA STABILITE DE LA FILIATION

CHAPITRE II : LA SECURITE DE LA FILIATION

CONCLUSION GENERALE

BIBLIOGRAPHIE
INDEX ALPHABETIQUE

TABLE DES MATIERES

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS	6
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION	18
PREMIERE PARTIE : UNE PROGRESSIVE TRANSFORMATION DU DROIT DE LA FILIATION	31
TITRE I - DE LA MODIFICATION DES MOYENS DE PREUVE	34
CHAPITRE I : L'EXPERTISE GENETIQUE AU CŒUR DU DROIT DE LA FILIATION	37
SECTION 1 : LA NECESSITE DE REFORMER	38
Sous-section 1 - L'AVENEMENT NECESSAIRE DE LA LOI	41
§1 - La nécessité d'une réforme de la loi	42
<i>A- Le contexte avant la réforme</i>	43
<i>B- L'urgence de réformer</i>	47
§2- Les aspects révolutionnaires de la loi : égalité et vérité	48
<i>A- Une loi d'égalité</i>	48
1°- Une égalité des droits et des devoirs	48
2°- La légitimation pour tous	49
<i>a) La légitimation par mariage</i>	50
<i>b) La légitimation par autorité de justice</i>	50
<i>B- Une loi de vérité biologique, sociologique</i>	51
Sous-section 2 – L'APPLICATION JURISPRUDENTIELLE DE LA REFORME	53
§1- La priorité de la recherche de la vérité	55
§2- Les insuffisances de la réforme	59
SECTION 2 – L'EVOLUTION DU DROIT DE LA FILIATION	61
Sous-section 1 – LE DECLIN DES POUVOIRS DU JUGE	63
§1- L'évolution du rôle du juge face à la preuve scientifique de la filiation	64
§2- L'expertise biologique de droit en matière de filiation	66
Sous-section 2 – LA NOUVELLE EVOLUTION DU DROIT DE LA FILIATION	69
§1- Un droit unitaire de la filiation	70
<i>A- L'unification du droit de la filiation</i>	71
<i>B- La simplification du droit de la filiation</i>	73
§2- L'établissement de la filiation maternelle	77

CHAPITRE II : LA RELATIVITE DES ANCIENS MOYENS DE PREUVE	81
SECTION 1 - LA FRAGILITE DES ANCIENS MODES DE PREUVE	82
Sous-section 1 - LE TITRE	83
§1- Conditions du titre	83
§2- Objet de la preuve	84
§3- Force probante	86
Sous-section 2 – LA RECONNAISSANCE VOLONTAIRE	88
§1- Les conditions de la reconnaissance	89
§2- Les effets de la reconnaissance	93
<i>A- L'établissement de la filiation</i>	93
<i>B- La contestation de la filiation</i>	95
Sous-section 3 - LA POSSESSION D'ETAT	97
§1- La notion et le régime de la possession d'état avant 2005	99
§2- Le maintien et l'encadrement de la possession d'état par l'ordonnance de 2005	102
<i>A- Les conditions de la possession d'état</i>	103
<i>B- Les effets de la possession d'état</i>	105
SECTION 2- LA FRAGILITE DES PRESOMPTIONS DU CODE CIVIL	108
Sous-section 1- LE REcul DES PRESOMPTIONS	111
§1- La présomption de paternité avant l'ordonnance de 2005	111
§2- L'affaiblissement de la présomption de paternité depuis 2005	118
Sous-section 2- LE DECLIN DES FINS DE NON RECEVOIR	121
§1- Le déclin des fins de non recevoir	123
§2- Le maintien de certaines actions	126
<i>A- La fin de non recevoir à l'action en recherche de maternité</i>	126
<i>B- La fin de non recevoir en cas de filiation incestueuse</i>	129
CONCLUSION	130

CHAPITRE II : LA POSSIBILITE DE RECHERCHER SES ORIGINES GENETIQUES : FICTION OU REALITE ?	177
SECTION 1- LA RECHERCHE DE LA VERITE DE LA FILIATION A TOUT PRIX EST UNE REALITE	180
Sous-section 1- UNE «ARME» AU SERVICE D'UN CONTENTIEUX	181
§1- Les actions aux fins d'établissement de la filiation	181
A- <i>L'action en recherche de maternité</i>	181
B- <i>L'action en recherche de paternité</i>	182
§2 - Les actions en contestation de la filiation	184
A- <i>L'action en contestation de la maternité</i>	184
B- <i>L'action en contestation de la paternité</i>	184
C- <i>L'action en contestation de la possession d'état</i>	185
Sous-section 2- UN MOYEN DE PRESSION AU SEIN DES FAMILLES	186
Sous-section 3- LES MOYENS A METTRE EN ŒUVRE	186
§1 – La recherche par l'examen des sangs	186
§2 – La recherche ADN	187
SECTION 2- L'IMPOSSIBILITE DE CETTE RECHERCHE ET LES LIMITES LEGALES	188
Sous-section 1- LA NECESSITE DU MOTIF LEGITIME DEPUIS LE 28 MARS 2000	189
§1- La qualification du motif légitime	189
§2- L'étendue des pouvoirs des juges	192
Sous-section 2- LE CAS PARTICULIER DE LA RECHERCHE POST MORTEM	193
Sous-section 3- LE SECRET DES ORIGINES EN CAS DE AMP EXOGENE ET D' ACCOUCHEMENT SOUS X	195
§1- L'impossible parenté entre l'enfant et le donneur anonyme	195
§2- Une fiction juridique en cas d'accouchement sous X	197
CONCLUSION	201

DEUXIEME PARTIE :	
LA NECESSITE DE FONDER LE DROIT DE LA FILIATION SUR	
UNE ETHIQUE DE LA RESPONSABILITE	202
TITRE I - UNE FILIATION VOLONTAIRE	208
CHAPITRE I : UNE VOLONTE «CREATRICE»	212
SECTION 1- UNE VOLONTE INITIALE « CREATRICE » :	
UN ENGAGEMENT PARENTAL	213
Sous-section 1 - LE SENS DE L'ENGAGEMENT PARENTAL, FONDATEUR DE LA FILIATION	213
§1- Les manifestations de l'engagement parental initial	214
A- <i>La présomption de paternité</i>	216
B- <i>La reconnaissance</i>	218
1° La reconnaissance maternelle	220
2° La reconnaissance paternelle	221
§2- L'engagement réalisé	225
A- <i>L'existence d'une possession d'état</i>	225
B- <i>Une possession d'état inexistante</i>	227
Sous-section 2- QUE DEVRAIT ÊTRE CET ENGAGEMENT PARENTAL ?	228
§1- Le reflet exact de la réalité	229
§2- Vers une certaine irrévocabilité	231
Sous-section 3 - QU'EST-IL EN REALITE ?	232
§1- Le cas spécifique des filiations de complaisance ou mensongères	233
§2- Le cas particulier de l'accouchement sous X	236
SECTION 2- UNE MODIFICATION DU SENS DE LA FILIATION ?	239
Sous-section 1 - L'ENFANT DEVRAIT ÊTRE L'ABOUTISSEMENT D'UN CHEMINEMENT	240
Sous-section 2 - L'ENFANT DEVIENT L'OBJET D'UNE SATISFACTION PERSONNELLE	242
§1- La notion du droit à l'enfant : le cas spécifique de la AMP	242
§2- Instrumentalisation de la filiation par la preuve biologique	245
A- <i>La fiabilité de la preuve biologique</i>	246
B- <i>La contestation de la filiation par convenance</i>	247

CHAPITRE II : UNE VOLONTE «DESTRUCTRICE» : UNE LIMITE A CETTE RESPONSABILISATION DE LA FILIATION	248
SECTION 1- FONDEMENTS ET MISE EN ŒUVRE DE LA VOLONTE DESTRUCTRICE	249
Sous-section 1 - L'AVENEMENT ET LA FORCE DE LA PREUVE BIOLOGIQUE REMETTANT EN CAUSE LA FILIATION	250
Sous-section 2 - L'EVOLUTION JURISPRUDENTIELLE ET LEGISLATIVE DE CETTE AUTONOMIE DE LA VOLONTE PARENTALE	253
§1- L'évolution de la notion de désaveu de paternité	254
§2- La contestation de la paternité ou de la maternité <i>par ses auteurs</i>	256
SECTION 2- LES LIMITES A CETTE VOLONTE "DESTRUCTRICE"	259
Sous-section 1 - L'OBLIGATION DE DEFINIR CLAIREMENT LE DROIT D'AGIR DES PARENTS	260
Sous-section 2 - AU NOM DU RESPECT DU STATUT JURIDIQUE DE L'ENFANT	261
CONCLUSION	264
TITRE II - UNE FILIATION RESPONSABLE	266
CHAPITRE I : LA STABILITE DE LA FILIATION	269
SECTION 1- LA PROTECTION DE L'INTERET DE L'ENFANT	270
Sous-section 1- LA QUESTION DU STATUT DE L'ENFANT DANS SA FAMILLE	273
§1- Le statut de l'enfant en général	273
§2- Le cas spécifique du statut de l'enfant issue d'une procréation médicalement assistée	274
Sous-section 2 - ENFANT OBJET DE DROIT OU SUJET DE DROIT ?	278
§1- Enfant objet de droit ?	278
§2- Enfant sujet de droit ?	280
Sous-section3- LA QUALITE POUR AGIR ET LES DELAIS D'ACTION	280
§1- Les personnes compétentes	281
§2- Les actions envisageables	282
§3- L'évolution des délais pour agir : reflet de cette protection de l'intérêt de l'enfant	282
SECTION 2- VERS UNE CERTAINE IRREVOCABILITE DE LA FILIATION ?	284
Sous-section 1 - LA PRISE EN COMPTE DE LA POSSESSION D'ETAT : UN RENFORCEMENT DE LA FILIATION VECUE	286

Sous-section 2 - LE RENFORCEMENT DE CELLE-CI DANS L'ORDONNANCE DE 2005	286
Sous-section 3 - LA NECESSITE D'UN APPORT SUFFISANT DE GARANTIES LEGALES	288
CHAPITRE II : LA SECURITE DE LA FILIATION	290
SECTION 1- LA RECHERCHE ABSOLUE DE LA VERITE	291
Sous-section 1 - LES DISPOSITIONS DE LA CONVENTION INTERNATIONALE	292
§1- Le droit à la connaissance des origines	293
§2- Mise en œuvre du principe	294
Sous-section 2 - LA TENTATION DE LA PREUVE GENETIQUE DANS LE STRICT CADRE D'UN PROCES	296
§1- La preuve biologique pour contester une filiation	297
§2- L'impossibilité de cette preuve en dehors d'un procès	298
Sous-section 3 - L'EXEMPLE ET L'INFLUENCE DES LEGISLATIONS ETRANGERES	299
§1- L'exemple allemand en faveur d'un fondement biologique de la filiation	300
§2- Les autres législations	304
SECTION 2- LES LIMITES A CETTE RECHERCHE ABSOLUE	305
Sous-section 1 - LES MEFAITS DU TOUT GENETIQUE	306
§1- Quant à la stabilité de l'enfant lui-même	308
§2- Quant à l'équilibre familial	309
Sous-section 2 - LE RESPECT DE LA VERITE SOCIOLOGIQUE	309
§1- Une vérité à part entière	309
§2- Un véritable reflet de la filiation réelle	310
Sous-section 3 - LA FILIATION EST DISTINCTE DE LA PROCREATION	310
§1- La filiation est un fait social de nature symbolique s'inscrivant dans une généalogie	310
§2- La procréation est uniquement un fait biologique	311
§3- D'où une impossible assimilation	312
CONCLUSION	314
CONCLUSION GENERALE	316
BIBLIOGRAPHIE	321
INDEX	353

INTRODUCTION

1- *« Il n'est pas un jour sans que quelque chose, ne serait-ce que le fait même qu'il existe, ne vienne rappeler à l'homme qu'il n'est pas le fruit du hasard. Ce constat est universel et réel. Il s'agit ici, non du questionnement philosophique sur son existence dont d'éminents auteurs se sont déjà fait l'écho, mais de sa matérialité biologique en tant qu'être humain. Face à cette interrogation, c'est tout naturellement qu'il est porté à penser à ceux qui lui ont donné le jour ou qu'il croit être tels : ses parents »*, cette réflexion de Jean Briand Mboutouzeh¹ est très pertinente et nous interroge à la fois sur le sens de la filiation en elle-même et sur la notion plus spécifique de parenté.

Depuis tout temps, le droit considère l'enfant dans son enracinement familial, que l'on appelle plus spécifiquement **le lien de filiation**. L'enfant est bien le fils ou la fille de tel ou tel, signifiant sa filiation. A la base du lien de filiation se trouve cette communauté de sang qui permet à tous de se reconnaître et s'identifier parmi les siens. Cette idée est aussi développée par Madame Dominique Fenouillet²: *« Pour le commun des mortels, la filiation est le plus souvent associé à l'idée de lien biologique : être le fils ou la fille de tel ou telle, c'est être né des œuvres de ce père ou de cette mère, avoir été enfanté par lui ou elle.*

Le droit est plus complexe. Il reçoit, certes, la filiation biologique, encore appelée en doctrine la filiation charnelle : le lien de sang, lorsqu'il est établi, rattache l'enfant à l'auteur en question (père ou mère), et, plus généralement aux parents et alliés de cet auteur. Et cette insertion dans une famille confère à l'enfant des droits et des devoirs ». Cette parenté en ligne directe produit des effets juridiques : vocation successorale, charge tutélaire, obligation alimentaire... Pour François Terré et Dominique Fenouillet³, cette parenté en ligne directe, *« Ne confère pas, à proprement parler, un statut complet ; et surtout, elle suppose établie au préalable, entre les personnes concernées, la chaîne des filiations. C'est donc surtout et avant tout le lien de filiation qui fonde la parenté en ligne directe ».*

Avec une approche plus sociologique de la filiation, il faut considérer que la filiation intègre deux dimensions, c'est à dire le lien du sang et le lien affectif (l'affection, l'attachement, le vécu). Pour pousser la réflexion plus loin, nous pouvons dire que c'est bien dans cet objectif là que l'on fait des enfants, c'est pour s'y attacher, le désir de chacun de se prolonger au delà de sa propre vie par la parenté. C'est par celle ci que s'établit entre les êtres humains, une continuité. Ce ne sont pas les lois qui sont à la base

¹ Mboutouzeh JB., Les incidences de la science médicale sur la filiation, Thèse, Lille, 2003.

² Fenouillet D., droit de la famille, Cours Dalloz, 2^{ème} édition, 2008.

³ Terré F, Fenouillet D., les personnes- la famille- les incapacités, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005

de la notion même de parenté mais bien cet aspect humain de la parenté. Les lois sont venues par la suite pour très justement tenter d'encadrer ces rapports premiers de rattachement, la société se doit de nommer et d'encadrer cet ensemble de relations, de sentiments, d'obligations. Et c'est justement ce lien qui attache l'enfant à son père et à sa mère que la loi qualifie de lien de filiation, de filiation à proprement parlée.

2- Quand doit-on considérer que le mot « *filiation* » a fait partie du droit ? Ce mot est entré tardivement dans le droit canonique (puis dans le droit civil). Le concept, selon le Doyen Carbonnier, a été influencé à l'origine par une vision théologique des rapports du Christ à Dieu, du fils au père dans la trinité. Ce qui explique une orientation première (et particulièrement persistante) de l'analyse juridique vers la réalité relationnelle plutôt que biologique.

C'est à l'époque du droit intermédiaire et du code civil que dans le cadre de la filiation apparaît au sujet des rapports entre parents et enfants une réglementation sur l'établissement de la filiation légitime et admet la règle traditionnelle (art 312 du code civil) suivant laquelle le mari est de droit le père des enfants de sa femme (« *pater is est* » *quem nuptiae demonstrant* »). Il est certain qu'à l'époque du code Napoléon, la vérité biologique ne jouait pas un rôle déterminant comme fondement de la filiation. Le législateur ne se préoccupait pas directement de la vérité biologique et privilégiait l'institution du mariage et la filiation légitime⁴.

Cependant, et Madame Fenouillet de nous le rappeler « *le droit ne reçoit pas exclusivement le lien de sang : la filiation juridique peut également être artificielle et se construire en l'absence de lien biologique* ». En effet, depuis quelques années, il est admis, dans certaines conditions, que les parents, par l'établissement légal de la filiation, ne sont pas toujours les parents biologiques de l'enfant, ayant eu recours à la procréation assistée. Nous le développerons ultérieurement en détail.

3- S'il est certain que la vérité biologique n'était pas un critère d'établissement de la filiation à l'époque du code civil, il faut constater que cette preuve scientifique a progressivement évolué en fonction de l'avancée des recherches conduites. Les avancées spectaculaires de la science du vivant et de la technique ont, en matière de biologie et de génétique, bouleversé les données et les structures élémentaires de la parenté et de la famille. Dans une société de plus en plus tournée vers la recherche de ses origines génétiques et disposant de moyens scientifiques de plus en plus performants et fiables à la portée de tous, le droit de la filiation a dû intégrer d'inévitables modifications. C'est à partir des années 50, que l'on a tout d'abord eu recours à **l'examen comparé des sangs** qui permettait ainsi d'obtenir une preuve très sûre de l'absence de lien de

filiation : en cas d'incompatibilités entre les groupes sanguins des intéressés. Il ne s'agissait à l'époque que d'une preuve négative de la paternité. Dans la majorité des cas, la preuve par l'examen des sangs, apportait tout au plus un aspect de la « non exclusion »,⁵ sans toutefois affirmer la paternité certaine.

La seconde étape déterminante a été l'apparition de **l'empreinte génétique**. Mais qu'est-ce que la génétique ? C'est (du grec « *genno* » : donner naissance) la science qui étudie les fonctions chimiques inhérentes à une espèce particulière de molécules appelée gène. Une de ses branches, la génétique nouvelle ou mendélienne, s'intéresse à la transmission des caractères héréditaires entre des géniteurs et leur descendance. Ce terme regroupe un nombre important de disciplines, la plupart associée à la biologie. Cette science génétique va se trouver au service du droit de la filiation dans le sens où elle va permettre à tout individu de connaître ses origines génétiques de manière fiable à quasiment 100 % par le biais de l'expertise génétique.

Comme l'empreinte digitale, l'empreinte génétique est la marque unique de chaque individu, et plus précisément, c'est une portion de la molécule d'acide désoxyribonucléique (ADN) dont la séquence spécifique à chaque individu permet son identification avec une certitude absolue. La biologie moléculaire, ayant pour objet l'étude de l'hérédité, s'est développée dès la fin de la 2^{ème} guerre mondiale. Elle a été marquée en 1944 par la découverte, grâce aux rayons X, de l'acide désoxyribonucléique, plus couramment nommé ADN. Il s'agit du composant des chromosomes, le support moléculaire des gènes porteuses de caractères spécifiques et transmissibles. L'empreinte génétique indique avec un risque pratiquement inexistant d'erreur (99,99999%), la filiation d'un individu. En effet, il est désormais toujours possible, à partir de l'analyse d'une cellule quelconque d'une personne d'éditer son code génétique. Ce code unique permet d'établir de quels auteurs un individu est issu ou non par comparaison avec les codes génétiques de ces derniers.

La partie de la recherche génétique qui nous intéresse est celle qui permet d'effectuer un rapprochement entre deux individus au vu de leurs propres codes barre génétique et ainsi pouvoir confirmer ou infirmer les relations existantes entre eux, et particulièrement l'éventualité d'un lien de parenté ou de filiation. Nous pouvons nous demander quelles vont être alors les répercussions de l'emploi du profil génétique dans le contentieux de la famille, notamment lors de la recherche de la filiation où les véritables parents peuvent être désignés de façon quasi certaine ?

4- Concernant le droit de la filiation, celui-ci n'a attendu ni le code civil, ni l'essor des techniques récentes d'exploitation des connaissances génétiques pour évoluer. En effet,

⁴ Gobert M., *Réflexions avant une indispensable réforme du droit de la filiation*, JCP éd. G., 1968, 1,2207.

⁵ Bottiau A., *Empreintes génétiques et droit de la filiation*, D., 1989, chr.,39^{ème} cahier.

bien avant le code civil, le droit romain distinguait déjà les enfants naturels et les enfants légitimes. C'était le jeu de la **présomption « pater is est... »** qui permettait d'établir la paternité légitime. François Terré et Dominique Fenouillet constate que « *La présomption était alors conçue à la fois comme une obligation et comme un droit par le mari, seul qualifié pour agir en désaveu(par tous moyens de preuve et sans condition de délai). La filiation naturelle ne produisait effet, à l'égard du père, que par l'effet de l'adrogation, donc avec le consentement du fils ; du côté maternel, en revanche, elle produisait, du moins à l'origine, les mêmes effets que la maternité légitime. Sous l'influence du christianisme, la distinction évolua pour aboutir, au détriment des enfants naturels, à une véritable inégalité que le droit du Bas-Empire permit de contourner par la légitimation, permettant à un enfant naturel d'acquérir la qualité d'enfant légitime. Sous l'Ancien droit, la fondation d'une famille ne procédait en principe que de la filiation légitime ; et si la filiation naturelle pouvait facilement être établie, elle ne conférait aux « bâtards » qu'un simple droit à aliments. Le droit intermédiaire, pourtant gagné par l'idée d'égalité, ne sut pas la consacrer dans la filiation⁶ : il accrut les droits des enfants naturels mais rendit plus difficile l'établissement du lien de filiation (loi du 12 brumaire An II). »*

5- Le Code civil a été la première tentative de codification de règles et de coutumes jusqu'alors disparates.

Le Code civil était inspiré par la conception patriarcale de la famille de Bonaparte et attaché à protéger les institutions. Ce dernier, devait tout en améliorant la condition des enfants naturels, renouer avec l'Ancien droit, en manifestant à l'encontre de l'illégitimité une hostilité, plus ou moins profonde selon que l'enfant était un enfant naturel simple ou qu'il était issu de l'adultère ou de l'inceste⁷.

En 1804, la référence et la norme était l'institution du mariage, et la filiation se trouvait sous la dépendance de celui-ci : elle n'avait pas d'autonomie institutionnelle. Il en résultait une inégalité évidente et intense entre les enfants que l'on qualifie de légitimes (à savoir ceux issus d'un couple marié) et les enfants naturels (ceux issus d'un couple non marié). En cas de filiation naturelle, il existait divers cas de figure :

- **l'enfant naturel simple**, celui né d'un homme et d'une femme non mariés mais qui auraient pu l'être, aucun obstacle légal ne s'opposant à leur union⁸ ;

⁶ Colloque La révolution et l'ordre juridique privé, Rationalité ou scandale, Orléans, 1986.

⁷ Granet F., La légitimité de l'enfant, voir sur la présentation de cette distinction dans le Discours préliminaire de Portalis, v. in Le discours et le code, Portalis, Deux siècles après le Code Napoléon, Litec, 2004.

⁸ Le Guidec R et Labrusse-Riou c., Filiation naturelle, Rép. civ. avril 1996.

- **l'enfant adultérin à son père (a patre) ou à sa mère (a matre)**, si l'un ou ses deux parents étaient, à l'époque de sa conception, engagés dans les liens du mariage avec une tierce personne⁹ ;
- et enfin **l'enfant incestueux** si ce dernier était né d'un père et d'une mère dont le mariage était prohibé par la loi pour cause de parenté et d'alliance¹⁰.

Cette politique législative entraînait de graves conséquences dans le domaine juridique. Dans la mesure où les enfants légitimes étaient les seuls à disposer de droits pleins, alors que les enfants naturels issus de parents non mariés n'avaient que des droits diminués et même pire, les enfants adultérins, voire incestueux étaient totalement rejetés et ne jouissaient d'aucun droit¹¹.

L'objectif étant bien de défendre avant tout l'institution du mariage mais aussi la possession d'état.

En effet, lors de la rédaction du code civil en 1804, l'impossibilité technique d'accéder à la vérité biologique et la volonté de privilégier la famille légitime avaient conduit à **fonder le droit de la filiation sur un système de présomption** (cf. supra) intégrant la possession d'état comme élément majeur pour qualifier une filiation. **La possession d'état** d'enfant légitime ou naturel est une présomption légale. A partir d'un ensemble de faits connus, c'est-à-dire les éléments constitutifs de la possession d'état, la loi déduit l'existence du fait inconnu, « *le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir* » (art 311-1 du code civil). La plupart du temps, la possession d'état coïncide avec la filiation légalement établie mais il n'en demeure pas moins que parfois, un individu peut jouir d'une possession d'état d'enfant sans filiation légale ou en contradiction avec celle-ci.

D'après l'art 311-2 du code civil, les principaux faits qui établissent une possession d'état sont : le nom, le traitement et la réputation (en latin, « **nomen** », « **tractatus** » et « **fama** »).

Selon un auteur¹²: « *la possession d'état témoigne d'une vérité dite « sociologique » qui n'est pas pour autant aujourd'hui exclusive de toute « vérité » biologique, bien au contraire* ».

6- L'évolution de la société dans ses dimensions économiques, idéologiques et scientifiques des deux derniers siècles a profondément transformé et complété le

⁹ Le Guidec R et Labrusse-Riou c., Filiation naturelle, Rép. civ. avril 1996.

¹⁰ Bénabent A., droit civil, La famille, Litec, Paris, 11^{ème} édition, 2003.

¹¹ Bénabent A., droit civil, La famille, Litec, Paris, 11^{ème} édition, 2003.

¹² Jourdain-Fortier C., « Les « enfants de la nature » au XXI^{ème} siècle : la possession d'état à l'épreuve de l'expertise biologique », Dr fam., juillet-août 2003, p. 17.

système de 1804, l'individu devant prendre le pas sur le social. Depuis la fin du XIX^{ème}, on constate une influence individualiste et libérale. Dans une société individualiste, chacun se sent le droit de pouvoir connaître ses propres origines génétiques ainsi que celles de ses propres enfants sans pour autant se préoccuper des effets sur sa famille ou celle supposée être la sienne !

Cette tendance libérale s'est lentement manifestée en matière de filiation :

- autorisation de la recherche de paternité naturelle (loi du 16 novembre 1912),
- légitimation de certains enfants adultérins et incestueux (L 7 novembre 1907, L 30 décembre 1915, L 25 avril 1924),
- augmentation des droits des enfants naturels ...

7- Mais surtout cette évolution a été marquée par la **loi révolutionnaire du n°72-3 du 3 janvier 1972¹³, dont le Doyen Carbonnier est l'inspirateur**, celle-ci étant caractérisée par le principe de l'égalité entre enfants légitimes et naturels. Cette loi procède à une refonte globale de l'institution. Celle-ci visait à considérer tous les enfants comme égaux quels que soit leur statut : légitime ou naturel. En effet, il faut constater que malgré les réformes progressives précédemment citées, le droit maintenait entre les deux filiations une inégalité critiquée. L'objectif de la loi était que plutôt que de maintenir des cadres sociaux fermés, n'était-il pas plus utile de faire en sorte que la filiation soit surtout vraie avec le lien du sang et aussi mettre en avant la filiation affective avec la possession d'état. Pour le Doyen Carbonnier, ce qui importe c'est moins le mariage que rattacher l'enfant à ses parents. Nous sommes là précisément dans le contexte de la vérité sociologique. Un certain équilibre est proposé par la loi. Nous assistons au début de la preuve scientifique dans le domaine de la filiation et la progressive considération de la génétique dans la filiation. Parallèlement à ce droit de la filiation transformé on assiste à une évolution de la génétique elle-même dans le sens d'une connaissance parfaite, plus on avance dans l'étendue de la recherche scientifique plus on a envie de percer les mystères de la paternité.

Cette loi a également été la manifestation de la rencontre entre le droit de la filiation traditionnel et l'avancée de la génétique. En effet, cette loi de 1972, a pris parti en voulant faire de la vérité le critère principal d'établissement de la filiation biologique. D'où un affrontement entre cette recherche de la vérité et la connaissance parfaite de la génétique dont on dispose.

Cette loi va provoquer une véritable rupture par rapport à l'ordre ancien. Le Doyen Carbonnier a été d'une influence considérable sur sa mise en place. Cette dernière

¹³ loi n°72-3, 3 janvier 1972

était très attendue, il était nécessaire de réformer¹⁴. Cette réforme de la filiation était inscrite dans le vaste mouvement qui a conduit à la rénovation, titre par titre, des dispositions du code civil relatives au droit de la famille. En effet, depuis 1804 la société avait bien changé ! Inspirée du droit comparé et de l'histoire du droit, cette loi a profondément bouleversé sur le fond le droit de la filiation¹⁵.

Puis par la suite, il y a eu de nombreuses réformes du droit positif français. Cette réforme juridique avait accompagné celles d'autres Etats voisins, comme l'Angleterre (family law reform act, loi de 1969 sur la famille), l'Allemagne (loi allemande du 19 août 1969). A l'époque, comme nous venons de l'évoquer, la filiation était fondée sur un système de présomptions ou en usant de la possession d'état. En effet, par exemple, il était encore inconcevable que tel enfant n'avait pas pour père le mari de sa mère, mais au contraire un tiers. Cela était inenvisageable dans la société de l'époque ou tout au moins inavouable (époque des « *secrets de famille* »)!

La grande réforme de 1972 a été suivie de nombreuses modifications du droit positif, comme la loi du 25 juin 1982 (cf. supra) et la loi du 8 janvier 1993 qui ont égalisé le régime probatoire de la recherche judiciaire de la maternité légitime et de la maternité naturelle. L'ouverture de l'action en recherche est subordonnée à un début de preuve : des présomptions ou des indices graves doivent exister. Tous les modes de preuves (y compris, les divers tests biologiques) sont admis. Il faut y voir une libéralisation de la preuve, tout au moins quant à la forme de celle-ci. En matière de recherche de paternité naturelle la loi du 8 janvier 1993 a étendu le système probatoire (qui jusqu'alors n'était réservé qu'à la maternité) en prévoyant à l'art 340 du Code civil que la preuve de la paternité naturelle ne peut être rapportée que s'il existe des présomptions ou des indices graves. C'est là que vont intervenir les expertises biologiques comme mode de preuve de la paternité naturelle. Il revient au juge d'ordonner ces expertises. Depuis cette loi, il n'y a plus de limitation légale pour les cas d'ouverture. La preuve biologique peut s'intégrer à cette liberté de la preuve. Avec cette libéralisation de la preuve, les juges du fond faisaient de plus en plus appel aux expertises biologiques pour trancher les conflits de filiation. Une limite à l'utilisation de la preuve génétique étant une filiation protégée par la possession d'état, cette dernière entraînant une certaine irrévocabilité de la filiation.

8- Enfin **cette évolution instituée en 1972 a été confortée par** une seconde loi fondamentale en droit de la filiation : **l'ordonnance du 4 juillet 2005 qui** met totalement fin à la distinction entre filiations légitimes et naturelles. Désormais il n'existe plus qu'une filiation unique pour renforcer ce souci d'égalité. Elle a également renforcé la notion de vérité en droit de la filiation. Cette vérité pouvant se manifester de deux

¹⁴ Sur le Projet de loi voir : Savatier., « Le Projet de loi sur la filiation, mystique ou réalisme ? », JCP éd. G., 1971, I, 2400 et 2403.

¹⁵ Terré F, Fenouillet D., les personnes- la famille- les incapacités, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005.

manières : d'une part par le biais de la vérité sociologique et son expression à travers la possession d'état. Et d'autre part par le biais de la vérité biologique avec l'utilisation des différents tests génétiques. Il est évident, nous ne pouvons en douter que cette vérité biologique s'est vue renforcée avec l'évolution des dernières techniques scientifiques et la fiabilité des tests génétiques. Cependant la loi a mis des barrières et autorisé le repoussement de la génétique dans des cas spécifiques. En raison de l'essor de cette volonté de recherche de la vérité biologique de la filiation et de l'ampleur des procès en cours, il était devenu nécessaire de faire une nouvelle réforme pour faire face à ce contentieux grandissant dans lequel la sécurité de la filiation et la stabilité de l'état des personnes semblaient de plus en plus mal ancrées.

En effet, et en particulier **dans un arrêt du 28 Mars 2000 la Cour de cassation a estimé et énoncé le principe**¹⁶ selon lequel **l'expertise génétique était de droit en matière de filiation**. Nous ne pouvons que constater une augmentation du nombre des arrêts, et, assister à un réel problème de sécurité du lien de filiation pour l'enfant. La Cour de cassation, était très sensible à l'application bien comprise de la loi de 1972. La Cour de cassation est le juge suprême pour toute l'évolution de la filiation. Alors que la filiation se doit d'être volontaire et responsable, il faut à tout prix faire en sorte de **protéger la stabilité** de ce lien **et protéger l'intérêt de l'enfant**. Dans ce souci de stabilité, le législateur a supprimé la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle de façon à aboutir à **un régime unique**, à la fois quant à l'établissement des filiations et quant à leur éventuelle contestation.

9- Le droit ne peut faire abstraction d'une réflexion plus vaste et touchant d'autres secteurs telles que la philosophie, l'éthique, la médecine et la psychologie, qui plus est dans le cadre d'une réflexion sur la génétique au service du droit. Tous ces débats se rattachent naturellement à **la bioéthique** qui vise à déterminer le cadre médical et juridique dans lequel doit s'inscrire toute démarche scientifique. Nous ne manquerons d'ailleurs pas de faire régulièrement référence aux lois sur la bioéthique (composées de 3 textes) adoptées en juillet 1994 après une longue réflexion législative commencée en 1992, réformées en 2004 et actuellement en discussion, avec pour objectif une nouvelle réforme courant 2010.

10- En pratique, l'enjeu réel de l'impact de la génétique en droit de la filiation repose sur la **sécurité et la stabilité** nécessaires du lien de filiation. Plus que jamais à l'heure d'aujourd'hui l'homme maîtrise la génétique. Cette considération de la génétique est

¹⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, RTD. Civ., avril juin 2000, 17. P. 304 ; Filiation 72, p. 13, Dr. fam., juin 2000, note P. Murat ; J.C.P. éd G, n° 43-44, 25 octobre 2000, p. 1967, note Marie-Christine Monsallier- saint-Leux ; D., 2000, n° 35, p. 731, note Thierry Garé ; D., 2001, n° 18, p. 1427, Note Hélène Gaumont Prat ; D., 2001, n° 12, p. 976, note Frédérique Granet.

apparue peu à peu, au fil des découvertes scientifiques de plus en plus poussées, repoussant toujours plus loin nos limites et nos certitudes sur la connaissance du mécanisme de la vie, permettant à cette dernière d'échapper aux domaines du divin ou du surnaturel où on la reléguait traditionnellement.

Avec ce choix nouveau, l'homme est maintenant en mesure de rechercher par différents moyens sa vérité biologique. Les applications jurisprudentielles sont très favorables à la recherche de cette vérité de plus en plus certaine car le juge a tendance face à un contentieux à accorder de plus en plus d'importance à cette preuve absolue qu'est le recours à l'expertise génétique. Ce recours permet de passer d'un certain degré d'incompatibilités des groupes à celle de la certitude. Avec la certitude de la filiation biologique, il est très tentant d'admettre qu'il faut permettre à tout un chacun qui le souhaite de rechercher ses origines.

11- La loi de 1972 est cependant allée trop loin dans cette voie, risquant de remettre en cause l'ensemble du droit de la filiation mis en place depuis cette date. Il n'est pas étonnant alors que le législateur ait souhaité apporter un certain rééquilibrage avec l'ordonnance de 2005. Cette dernière est très sensible à la connaissance de la génétique mais ne néglige pas pour autant cette autre notion fondamentale qu'est la possession d'état. L'équilibre est ainsi construit dans l'intérêt des familles. Pourtant, le débat sur cette opportunité de la recherche de ses origines continue de prospérer : pourquoi se priver d'une possibilité offerte facilement par la science contemporaine ?

12- Il y a depuis 2009 un point de rencontre entre un désir certain de stabilisation de la filiation et en même temps une aspiration constante à la connaissance. Prenons pour illustrer nos propos l'exemple de l'action en recherche de maternité. L'exemple le plus caractéristique vient de la loi du 16 janvier 2009 permettant désormais une action en recherche de maternité en présence d'un accouchement sous X décidé par la mère à la naissance.

Toute l'évolution du droit de la filiation correspond à la confrontation entre la filiation avec tout ce qu'elle signifie (filiation réelle, vécue, place de l'attachement à l'enfant) et la possibilité qu'il y aurait à tout instant de rechercher ses origines au-delà de la filiation. Sous l'impulsion de la connaissance de cette filiation, la nécessité de la responsabilité se renforce.

13- Il y a une véritable ambiguïté quant à savoir comment cet accès à la vérité, par le biais de l'expertise génétique, pourra assurer une sécurité du lien de filiation. Cette évolution de la connaissance génétique est totalement maîtrisée aujourd'hui, et c'est à partir de là

que l'on peut s'interroger sur les incidences sur la filiation, notamment sur la construction et la reconstruction du droit de la filiation. Il s'agit de canaliser la génétique au titre de la filiation. Il résulte nécessairement du tout biologique une menace remettant en cause le lien sociologique, affectif que traduit la possession d'état. Il est indispensable, dans ce cadre, de poser des limites afin de protéger et sauvegarder les intérêts de l'enfant. Il faut aller vers **l'idée d'une procréation volontaire et responsable**, particulièrement dans le cas très spécifique de la procréation assistée. Plus largement, le développement de la génétique au service de la filiation devra être conduit avec un souci permanent de préserver les intérêts de la personne humaine. En effet, la parenté est-elle purement et simplement dérivée de la génétique ? ou y a-t-il autre chose ? Quid de la notion réelle de parent ? Le parent n'est-il pas celui qui élève et s'occupe de l'enfant ?

14- Alors que nous prônions un droit à la recherche de la vérité à tout prix avec le nouveau droit de la procréation, on ne peut que constater une contradiction : en effet, celui-ci est basé sur une fiction imposée par la loi ! En effet, en cas de procréation médicalement assistée avec donneur, il s'agira d'occulter la vérité biologique, l'anonymat du don étant la règle. On ne peut plus dans ce cas parler de vérité ! Qu'en est-il alors de la possibilité de rechercher ses origines génétiques ?

Il y a bien,

- d'un côté cette volonté à tout prix de rechercher ses origines génétiques, sa filiation véritable, facilitée par le biais des techniques scientifiques,
- et d'un autre côté, l'apparente négation de cette recherche et la nécessaire protection des personnes (non divulgation de l'identité en matière de procréation médicalement assistée ou accouchement sous X).

La problématique tient dans cette contradiction structurelle, est au cœur de cet affrontement entre recherche de la vérité et limites apportées :

- d'un côté il est permis, voire même recommandé de rechercher sa filiation véritable, l'ordonnance de 2005 facilitant en elle-même cette recherche de la vérité biologique, cette connaissance de la vérité. Il a même été créé un conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) avec la loi de 2002. Nous avons les moyens de rechercher les origines, ne pourrait-on pas fonder l'établissement de la filiation sur la connaissance de la génétique ? L'environnement tend à faire du tout génétique.
- et d'un autre côté le législateur met des limites et autorise le repoussement de la génétique.

D'où cette interrogation sur la place de la génétique pour construire ou reconstruire la filiation ? La génétique est bouleversante et perturbatrice du sens de la

filiation. Quelle place faire à la génétique pour l'établissement de la filiation ? La loi du 16 janvier 2009 essaye de tenir un équilibre , elle semble accentuer la possibilité de rechercher ses origines (délais allongés, accouchement sous X).

Il faut certainement retrouver les deux sens de la filiation : depuis 1972, la génétique est totalement accessible mais elle ne peut pas être le seul paramètre au risque d'être excessive. La filiation affective, la filiation du cœur doit aussi être respectée, d'où le renforcement du rôle de la possession d'état. C'est la génétique qui interpelle le droit de la filiation. C'est elle qui a fait évoluer le droit de la filiation. L'évolution du droit de la filiation depuis 1972 est bien liée à l'évolution de la génétique, d'où sans aucun doute la nécessité de réagir mais en gardant un certain équilibre. Or la doctrine et la jurisprudence sont partagées. Il est nécessaire de responsabiliser justement ce lien de parenté, ce lien qu'est la filiation.

15- Comme nous venons de le constater, le droit de la filiation est un droit qui est sensible et évolue en fonction de son environnement, de la société en général. De ce fait, de par l'évolution des techniques scientifiques, tout particulièrement de la recherche génétique, nous avons pu constater des mutations de ce droit de la filiation. Tel sera l'objet de notre étude.

16- Il s'agira tout d'abord :

→ d'envisager cette **progressive transformation du droit de la filiation** notamment quant au domaine de la preuve pour arriver vers un nouveau droit de la procréation basé sur une fiction imposée par la loi, ce sera l'objet de la première partie de cette démonstration. Il s'agira de démontrer tout d'abord quelle a été l'évolution du droit de la filiation en fonction et à cause de la génétique. Le déplacement des moyens de preuve en cas de contentieux de la filiation avec le recul du système des présomptions et l'anéantissement des fins de non recevoir. Nous démontrerons également comment nous sommes arrivés à un nouveau droit de la procréation fondé sur une fiction imposée par la loi dans le cas notamment de l'assistance médicale à la procréation. Mais également dans le cas spécifique de l'accouchement sous X où jusqu'à la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009, il existait une fin de non recevoir à l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous X. Enfin nous verrons comment la jurisprudence et le législateur, face à cette montée en puissance de la recherche génétique de la filiation, imposeront des limites à la fois jurisprudentielles et légales. En effet, ce tout génétique peut-être dévastateur et c'est la raison pour laquelle le législateur considère qu'il faut limiter ce nouveau pouvoir qu'est la génétique et

responsabiliser les parents. C'est d'ailleurs ce que nous envisagerons en seconde partie de cette thèse.

- Nous envisagerons ensuite **la nécessité de fonder la filiation sur une éthique de la responsabilité**. Nous affirmerons ici la nécessité de mettre en place une filiation volontaire tout d'abord, mais aussi une filiation responsable, l'objet de notre seconde partie.

17- Cet aspect volontaire de la filiation est une évidence dans la mesure où la maîtrise de la procréation, notamment avec la contraception, justifie que l'on impute aux auteurs génétiques de l'enfant la charge de ce dernier qu'il s'agisse de filiation charnelle ou artificielle.

Nous étudierons ainsi les diverses manifestations de l'engagement parental, créateur de filiation. C'est ainsi que, nous verrons en quoi l'on peut dire qu'il y a eu progressivement un déplacement des axes de la filiation, une modification du sens de la filiation. L'enfant aboutissement d'un cheminement est devenu l'objet d'une satisfaction personnelle. Nous constaterons l'apparition d'une notion nouvelle, à savoir celle du « *droit à l'enfant* ». Nous verrons également comment cette montée en puissance de la génétique peut-être dévastatrice et comment le législateur a voulu responsabiliser les parents. Tout d'abord, en renforçant la stabilité de la filiation par une protection toute particulière de l'intérêt de l'enfant. Puis par une protection plus importante de la sécurité de la filiation en limitant la recherche absolue.

PREMIERE PARTIE :

**UNE PROGRESSIVE TRANSFORMATION
DU DROIT DE LA FILIATION**

18- L'évolution du droit contemporain de la filiation ne peut se comprendre et s'analyser sans tenir compte d'éléments extérieurs fondamentaux tels que les transformations liées aux découvertes en matière scientifique et les recherches génétiques. La perspective de cette première partie rend cause de la filiation avec la connaissance de la génétique. De fait, analyser les mutations du droit de la filiation face à l'évolution de la génétique conduit nécessairement à nous interroger :

- dans un premier titre, sur les modifications du domaine de la preuve : ce qui revient à étudier les différents modes de preuves utilisés en matière de filiation. Nous verrons en quoi la révolution génétique a fait de **l'expertise scientifique la « reine des preuves »** dans le contexte particulier des conflits de la filiation et comment les modes de preuves d'origine, à savoir le titre et la possession d'état, ont progressivement été délaissés, sans toutefois être totalement abandonnés dans la mesure où l'expertise génétique ne peut jouer un rôle que dans le cadre du contentieux de la filiation. En effet, comme nous le verrons et le devinons, les méthodes scientifiques contemporaines ont bouleversé les données du problème : il est désormais possible de faire la preuve absolue de la paternité comme celle de la maternité biologique. Mais comme le disent P. Malaurie et H. Fulchiron¹⁷, « *Il serait inimaginable de soumettre tous les enfants à de tels contrôles : cette police scientifique des filiations serait contraire à tous les principes de notre droit, et, tout simplement, à la dignité humaine* ». En effet, et fort heureusement, la filiation est le plus souvent paisiblement établie, dès la naissance, par titre ou possession d'état : le droit se contente alors du voulu ou du vécu, présumant qu'ils correspondent à la vérité biologique. En revanche, lorsque la filiation est discutée en justice, le droit se montre plus sourcilleux et procède, du moins en principe, à la recherche de la vérité biologique¹⁸.
- A partir de là, nous verrons dans un deuxième titre les raisons pour lesquelles nous pouvons penser qu'il y a interdiction légale de rechercher la vérité de la filiation :
 - tout d'abord nous analyserons l'existence d'une fiction juridique en matière d'assistance médicale à la procréation,

¹⁷ Malaurie P, Fulchiron H., la famille, Defrénois, 2^o édition, 2006 .

¹⁸ Terré f, Fenouillet D., Les personnes- la famille- les incapacités, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005.

- puis nous pourrions nous interroger sur l'aspect réel ou fictif de cette possible recherche de ses origines génétiques. Cette première partie nous permettra de comprendre comment le droit de la filiation au regard de l'évolution de la société s'est transformé, d'en dégager les limites actuelles et les raisons des réformes récentes pour en arriver à la nécessité de fonder la filiation sur une éthique de la responsabilité.

TITRE I

DE LA MODIFICATION DES MOYENS DE PREUVE

19- Ces modifications du droit de la filiation en matière de preuve sont intervenues sous l'influence de différents facteurs extérieurs.

➔ Nous démontrerons tout d'abord comment l'**expertise génétique** a été placée au **cœur du droit de la filiation en cas de conflits de filiation**. Comment ce paramètre nouveau qu'est le progrès scientifique est venu bouleverser les attitudes face à la filiation¹⁹. Ces découvertes nouvelles telles que les groupes sanguins et l'ADN donnent le jour à de nouvelles perspectives : l'homme a désormais le pouvoir de maîtriser sa propre procréation et de certifier son hérédité²⁰. Si de tout temps, la faveur fût donnée à une vérité bien tempérée, les prouesses de la science et de la technologie relancent, par le triomphalisme, la question de l'absolutisme. En effet, le principe de la filiation véritable constitue dans l'ordre des exigences fondamentales, la maxime du droit de la filiation²¹. Nous aborderons ainsi pour comprendre ce nouveau droit de la filiation :

- les éléments jurisprudentiels confortés par des éléments légaux. Dès 1972, le législateur et la jurisprudence ont accordé une certaine prééminence à la vérité biologique.
- Nous verrons quelles modifications et évolutions de la loi ont nécessairement accompagné cette jurisprudence. Cette étude nous permettra de comprendre les raisons de cet affaiblissement progressif des autres moyens de preuve, à savoir le titre et la possession d'état. Dans cette perspective, il faut souligner le refoulement des présomptions du code civil, le déclin des fins de non-recevoir dans le cadre particulier des conflits de filiation, l'élargissement des possibilités de contester la paternité légitime, les contestations des reconnaissances mensongères. Cet affaiblissement ne vaut qu'en ce qui concerne la preuve contentieuse, et l'adage classique conserve toute sa valeur en dehors des instances judiciaires, qui ne sont heureusement pas le lieu le plus fréquenté par les familles.

➔ Nous comprendrons alors **les raisons et la nécessité de modifier la loi** en matière de filiation dans le domaine spécifique de **la recherche de ses origines génétiques**. Mais bien entendu, il ne s'agira pas de généraliser car bien

¹⁹ Lequette Y., « Code civil, les défis d'un nouveau siècle », Defrénois., aout 2004, doc. art. 37991, p. 1055.

²⁰ Nicolau G., L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation, Thèse, Bordeaux I, 1998.

²¹ Siffrein-Blanc C., La parenté en droit civil français, Thèse, Aix-Marseille, 2008.

heureusement les conflits en matière de filiation ne concernent que 3% de ceux relatifs au droit de la filiation.

La filiation est le plus souvent paisiblement établie, dès la naissance par l'effet de la loi, par reconnaissance, par titre et enfin par possession d'état : le droit se contente d'apprécier la volonté et la vie des parents supposés, présument qu'ils correspondent à la vérité biologique. L'expertise génétique ne sera demandée qu'en cas de contestation, quand la filiation sera discutée en justice et que les autres moyens de preuve, comme la possession d'état qui sélectionne encore les actions en respectant certains délais, ne pourra pas être prise en compte. En effet, il n'a pas été institué d'action générale tendant à faire coïncider partout et toujours le rapport de droit avec la vérité biologique. Même dans notre société qui prétend mettre en avant le fait biologique, le législateur accorde une place au caractère purement sociologique et culturel du rapport entre générations. Cependant voulant satisfaire tout le monde, consacrer une chose et son contraire, le législateur et la jurisprudence ont ensemble privé l'établissement de la filiation de références et de cohérences entre ses différentes composantes²².

²² Labrusse-Riou C., « Le désinvestissement du législateur : le flou des références légales », in familles et justice, justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, Actes du Congrès international organisé par le centre de Droit de la famille de l'université catholique de Louvain, Bruxelles 5-8 juillet 1994, (dir), Marie -Thérèse Meulders-Klein, Bruyant Bruxelles, LGDJ Paris, 1997, p. 28.

CHAPITRE I : L'EXPERTISE GENETIQUE AU CŒUR DU DROIT DE LA FILIATION

20- Longtemps axé sur la paix des familles et enfermé dans le cadre du mariage, le droit de la filiation semblait inattaquable. **Jusqu'aux années soixante**, le droit de la famille reposait sur des valeurs morales fortes et non contestées comme le mariage, la réprobation de la sexualité en dehors de celui-ci, ou la puissance maritale et paternelle. L'arrivée de l'enfant était la suite logique du mariage, on ne pouvait imaginer ou tout au moins révéler à cette époque un enfant hors mariage. **Le mariage était le pivot du système social et juridique.** La double considération de la cohabitation des époux et de la fidélité présumée de la femme rendaient plausible la paternité réelle du mari²³.

Mais **la révolution des mœurs** est venue fissurer et affaiblir ces fondations en prônant la liberté. Alors beaucoup de repères ont été perdus : il était difficile de savoir ce qui était autorisé et ce qui ne l'était pas. Cette révolution des comportements et de la pensée collective s'est accompagnée d'**un important progrès scientifique** en matière de génétique. Il a été rendu possible, tout d'abord, avec la découverte des analyses sanguines, d'apporter la non paternité. **Puis** avec une plus grande fiabilité et une preuve positive quasi incontestable, grâce à **l'ADN**, de définir les liens de parenté ou non entre deux individus. Au vu de cette évolution scientifique de plus en plus d'individus ont saisi les tribunaux à la recherche de la vérité en matière de filiation et de paternité : certains auteurs ont d'ailleurs utilisé l'expression d'« *une frénésie de la jurisprudence* ».

21- Il fallait, face à cette évolution scientifique et ces réactions importantes jurisprudentielles, faire évoluer le droit et l'adapter aux techniques nouvelles. C'est le Doyen Carbonnier qui, en rédigeant le texte, devenu **la loi du 3 janvier 1972**,²⁴ a opéré une **véritable révolution** fondée sur la recherche d'une plus grande justice, dans un souci d'**égalité entre les enfants** (qu'ils soient légitimes ou naturels) **et tournée vers la vérité.** Les valeurs qui fondaient l'ancien système sont bouleversées : à la hiérarchie des filiations est substituée l'égalité ; contre les fictions du droit antérieur, la loi nouvelle entend « *faire triompher la vérité* »²⁵.

²³ Cadou E., « la biologisation du droit de la filiation », mémoire DEA droit privé, 1992-1993, p. 1 et suiv.

²⁴ Sur le Projet de loi, v. Cornu., « La naissance et la grâce » (à propos du Projet de loi sur le filiation), Dalloz, 1971, chr., .165; Mazeaud., « une famille dans le vent: la famille hors mariage », Dalloz, 1971, chr., 99. ; sur la loi, v. Massip, Morin, Aubert., « la réforme de la filiation », préface Carbonnier, 3^{ème} éd., 1976.

²⁵ Foyer J., Rapport sur le Projet de loi n°1624 sur la filiation.

- Cette **loi de 1972**, a profondément bouleversé sur le fond le droit de la filiation. La jurisprudence a été foisonnante et la Cour de cassation considérait traditionnellement que la décision d'ordonner ou non une mesure d'instruction relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond, sauf dans les cas où cette expertise était imposée par les textes en vigueur (ancien article 340-1,3° du Code civil, par exemple). D'ailleurs comme nous le précise Anne Bottiau²⁶, « *la Cour de cassation dans son rapport annuel de 1987*²⁷, invite d'ailleurs les juges du fond à recourir aux moyens que donne la science moderne pour établir la vérité des filiations ». En effet, les tribunaux, peu sensibles aux dangers d'un système qui présente de nombreux avantages, semblent très attachés à la généralisation de la preuve scientifique à tous les domaines du droit de la filiation. Cette loi préfère la réalité à la fiction, la loi de 1972 estime que l'intérêt de l'enfant est d'avoir pour père son véritable père, qu'il soit légitime ou naturel. La jurisprudence est allée plus loin dans ce sens, en autorisant très largement la contestation de la paternité légitime. Nous présenterons cela dans une première section.
- Puis c'est par un **arrêt du 28 mars 2000** (cf. réf. supra) que la Cour de cassation a énoncé le principe selon lequel : « *l'expertise génétique est de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* »²⁸. Il s'en est suivi beaucoup d'arrêts allant dans ce sens, et il allait à nouveau être nécessaire de réformer le droit de la filiation. Nous analyserons dans une deuxième section cet arrêt de principe du 28 mars 2000 et la réforme opérée par l'ordonnance **du 4 juillet 2005**. Bien que cette ordonnance constitue un véritable bouleversement, elle ne réalise pas une complète refonte du droit de la filiation²⁹. En effet, en laissant de côté un certain nombre de questions, elle ne réalise par la restructuration dont la matière avait besoin, c'est ce que nous analyserons.

SECTION 1 - LA NECESSITE DE REFORMER ?

22- **La notion classique de la filiation date du Code civil de 1804**. Elle repose sur un certain nombre de définitions dont il est possible de tirer les conséquences sur le terrain de la preuve. Le Code civil de 1804 dans le domaine de la filiation a oscillé entre une certitude (la maternité) et un mystère (la paternité).

²⁶ Bottiau A., « Empreintes génétiques et droit de la filiation », D., 1989, Chr., 39^{ème} cahier.

²⁷ Rapport annuel de la Cour de cassation 1987, la documentation française, p.135

²⁸ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, D., 2000 n°35 p 731 note T. Garé ; Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, D. 2001 n° 12 p 976 note F. Granet

²⁹ Massip J., « Le nouveau droit de la filiation », Defrénois., 2006, 6, art. 38303.

La preuve positive de la maternité était déduite de l'accouchement. C'était une certitude car à cette époque, celle qui enfantait était nécessairement la mère biologique de l'enfant (nous étions encore bien loin des laboratoires !). La preuve positive de la paternité était impossible. En effet, en l'état de la science au XIX^{ème} siècle et jusqu'à une époque assez récente, il n'existait aucun moyen de prouver objectivement, naturellement, scientifiquement la paternité. Tout **le droit de la filiation reposait sur le mariage et la légitimité qui en découlait.**

Compte tenu de l'indigence des preuves scientifiques, on comprend que l'établissement de la filiation ne pouvait **reposer** sur des certitudes mais seulement sur des présomptions, même si le droit les élève au rang de preuve. C'est le mariage qui entraînait la légitimité en faisant naître **la présomption « pater is est »**. Le seul moyen de la faire tomber était le désaveu.

Le code Napoléonien de 1804, comme le dit Monsieur Maboutouzeh dans sa thèse, « *attaché à protéger l'entité familiale et son homogénéité, ne favorisait guère la mise à jour de filiations illégitimes. La force de la règle était telle que la paix de famille et l'ordre social primaient sur la manifestation de la vérité du lien de filiation paternelle. Durant un siècle et demi, le droit français va donc fonctionner sur l'idée que la sécurité de la fiction est préférable à l'insécurité de la vérité biologique. Il faudra attendre la loi du 3 janvier 1972 pour voir ces considérations ramenées à plus de justice* »³⁰. Au XIX^{ème} siècle, la famille est la clé de voûte de la société. On ne la conçoit pas en dehors du mariage. L'enfant naturel, et pire encore, celui conçu par des parents eux-mêmes engagés dans les liens sacrés du mariage, n'a aucune reconnaissance sociale, on parle même à l'époque de « *bâtardise, d'enfant du pêché !* ».

Le droit de la filiation de 1804 se construit sur des présomptions et des idées influencées par les mœurs. La sécurité de la fiction l'emportait sur l'insécurité de la réalité scientifique :

- tout d'abord, **la présomption de maternité** (« *mater semper certa est* ») qui découle de l'accouchement.
- **La présomption de paternité** qui découle d'une présomption légale : « *pater is est* » *quem nuptiae demonstrant*», l'enfant né pendant le mariage a automatiquement pour père le mari de la mère. A laquelle s'ajoute deux autres éléments relatifs à **la durée de la grossesse** et **la période légale de conception**. Cette présomption est quasi irréfutable car seul le mari peut la contester par le biais du désaveu de paternité.

³⁰. Maboutouzeh J., Les incidences de la science médicale sur la filiation, Thèse, Lille, 2003.

23- Progressivement les bouleversements culturels et sociaux accompagnés des progrès de la science médicale et biologique ont profondément modifié les données de fait de la filiation. Un paramètre nouveau est ainsi venu bouleverser les attitudes face à la filiation : le progrès scientifique³¹. Nous sommes parvenus à une certaine fiabilité de la filiation : non seulement la maternité reste toujours aussi certaine, mais la paternité l'est devenue à son tour. Le législateur a été progressivement amené à **fonder la filiation en 1972** sur deux piliers : égalité, vérité.

L'effet principal de cette évolution scientifique majeure a été de générer une augmentation de demandes en justice en cas de contentieux de filiation. La jurisprudence fait apparaître cette impatience de recherche de la vérité maintenant que celle-ci est scientifiquement possible. Les tribunaux enthousiasmés par les possibilités offertes par ces nouvelles techniques, ont contribué à l'élargissement de son domaine d'application. Les premiers jugements faisant état du recours à des modes de preuves scientifiques en matière de droit de la filiation remontent à 1937. Il s'agissait alors d'examens comparés des sangs qui ne pouvaient entraîner qu'une preuve négative de la paternité.

24- La conséquence de ce possible examen du sang fût une augmentation des demandes en recherche de paternité naturelle. La différence existant entre les enfants légitimes et naturels n'était pas sans causer de problèmes. Cette différence de traitement social par le droit était bien souvent à l'origine des demandes en revendication ou en contestation, puisque avec cette distinction les enfants naturels n'avaient pas les mêmes droits que les enfants légitimes.

25- La réforme de 1972 était donc très attendue : elle s'est inscrite dans un vaste mouvement qui a conduit à la rénovation, titre par titre, des dispositions du Code civil relatives à la famille. Cette loi se place au nom des grandes réformes qui, depuis 1964, ont transformé le droit de la famille. Inspirée du droit comparé et de l'histoire du droit, cette loi a profondément bouleversé sur le fond le droit de la filiation. Elle a été motivée par : les critiques adressées au droit antérieur tel qu'il résultait du Code de 1804, des modifications législatives apportées à celui-ci et des interprétations jurisprudentielles.

Cette loi, comme nous le verrons ultérieurement, se révélera être une loi empreinte d'égalité et de vérité. Globalement, on peut considérer que cette loi a voulu faciliter la recherche de la vérité. Cela d'ailleurs à l'inverse de ce qui se passait avant où, de manière parfois hypocrite et mensongère, l'on masquait celle-ci en imposant des présomptions mensongères, en interdisant la recherche de la filiation notamment lorsque celle-ci était adultérine. Le mensonge était caractérisé notamment lorsque la présomption « *pater is est* » couvrait des enfants qui n'étaient pas du mari et, empêchait

³¹ Lequette Y., « Code civil, les défis du nouveau siècle », Defrénois., aout 2004, doct. Art . 37991, p. 1055.

d'établir la véritable filiation. Le désaveu qui aurait permis de découvrir la vérité était soit impossible, soit refusé par le mari, animé par la haine ou la rancœur. Certains auteurs ont même considéré que l'on se trouvait dans le cadre particulier de la légitimité de rancune³². Ce mensonge a été consacré juridiquement, notamment lors de l'arrêt Mouchotte en 1961. Cette jurisprudence a reconnu au mari le droit de revendiquer, comme enfant légitime, l'enfant de sa femme malgré la reconnaissance d'un tiers et ce, même lorsque sa paternité était douteuse, voire lorsqu'il était convaincu de sa non-paternité³³. Ce choix volontaire du mensonge par les juges a été approuvé par Monsieur Mazeau, dans le contexte de l'affaire Mouchotte. En commentant un arrêt rendu par la cour de Paris le 30 avril 1954³⁴, il considérait: « *comme la Cour de Paris, nous préférons le mensonge* ». Mais lorsque l'on parle de vérité, il faut entendre:

- vérité biologique (le fait de la paternité et de la maternité physique),
- vérité sociologique (le comportement des parents tel qu'il est constaté par l'opinion, c'est-à-dire la possession d'état) et là, nous verrons que cette loi renforcera, « *exaltera* » le rôle de la possession d'état.

C'est l'avènement de cette loi de 1972, que nous étudierons dans une première sous-section.

²⁶- Mais face à ces recherches contentieuses croissantes, le lien de filiation fut rudement mis à l'épreuve. La stabilité familiale risque d'être perturbée et parfois, comme le dit l'adage : « *toute vérité n'est pas bonne à dire* ».

C'est cette importante jurisprudence et les limites qui en découlent que nous étudierons dans une deuxième sous-section.

Sous-section 1 L'AVENEMENT NECESSAIRE DE LA LOI

²⁷- La loi de 1972 est due en grande partie au Doyen Carbonnier ; le Code de 1804 en matière de filiation n'était plus adapté au contexte de l'époque où le nombre d'enfants naturels ne cessait d'aller croissant et où ce statut devenait de moins en moins tabou et voyait normalement le jour. Le Projet de loi a été présenté à l'assemblée nationale en avril 1971. Le projet et la loi elle-même, ont au titre des travaux préparatoires, tiré profit des enseignements de l'histoire, du droit comparé et notamment du droit allemand, et de la sociologie à travers les enquêtes et sondages réalisés à cet effet.

³². Gobert.,. « Reflexions pour une indispensable réforme du droit de la filiation », JCP éd. G., 1968, I, 220, n° 20.

³³ RTD.Civ., 1961, 659, observations Desbois ; JCP éd. G., 1961, II, 12125.

³⁴ JCP éd. G., 1954, II, 8204.

28- A l'époque, cette loi était très attendue, mais comme l'exprime le Professeur Murat dans sa thèse³⁵ peu de lois ont été aussi malmenées par les juges que la loi du 3 janvier 1972 relative à la filiation : le professeur Murat considérait que : « *la preuve n'est plus à faire que l'esprit de la loi a balayé la lettre des textes et les constructions prétoriennes qui ont renouvelé le droit de la filiation ont mis en évidence le pouvoir des juges, un pouvoir de création du droit, dont on a d'ailleurs contesté qu'il appartient au magistrat* ». Il pense que l'objectif principal de cette loi, qui est née en plein essor de la preuve scientifique, de l'aveu même de son rédacteur³⁶, est « *d'attribuer à chacun son véritable rapport de filiation* ».

Dans son rapport sur le Projet de loi n°1624 relatif à la filiation (et ayant abouti à la loi du 3 janvier 1972), Monsieur Jean Foyer déclarait que l'un des objectifs majeurs de la loi en préparation était de « *faire triompher la vérité* »³⁷. D'après le Professeur Murat (cf. supra), les mutations qui ont permis la réforme sont de deux ordres : d'une part, l'évolution des mentalités avait rendu anachronique le statut de l'enfant naturel, d'autre part les progrès de la science qui permettaient d'éliminer une partie des « *faux pères* » bien avant la loi de 1972³⁸, autorisaient que la loi approchât d'un peu plus près la vérité biologique en tenant compte des possibilités nouvelles. Cette loi novatrice ne peut être comprise sans une double étude. La première concernera **la nécessité de cette loi** dans le contexte législatif et jurisprudentiel de l'époque face à l'évolution des mentalités. La seconde sera consacrée aux aspects révolutionnaires de cette loi à savoir, **l'émergence des principes nouveaux d'égalité et de vérité** en droit de la filiation.

§1 - La nécessité d'une réforme de la loi

29- Dans le contexte du Projet de loi n°1624 sur la filiation déposé le 2 avril 1971, Monsieur Foyer critique tant dans son rapport écrit, qu'en séance publique, la « *rigueur d'ancien testament* » du système du Code civil, humiliant pour l'enfant naturel. L'intéressé est un ardent défenseur des nouveaux principes qui vont voir le jour lors de la mise en place de la loi du 3 janvier 1972. Se prononçant en faveur de l'égalité civile, « *principe fondamental de notre ordre juridique, bien plus, principe fondamental de notre civilisation* », il recourt aux catégories du droit canonique pour justifier la modification du droit existant : « *l'irrégularité de la naissance procède, pour parler d'une distinction qui fût celle du droit canonique, ex defectu et non point ex vitio. Elle procède de l'absence de*

³⁵ Murat P., L'autonomie de la volonté et le pouvoir du juge dans l'établissement des liens de famille, Thèse, Lyon III, 1991.

³⁶ Carbonnier J., « Essais sur les lois », Defrénois, 1979, p. 106.

³⁷ Foyer J., Rapport sur le projet de loi n°1624 relatif à la filiation, p. 27

³⁸ C'est la loi du 15 juillet 1955, qui a fait entrer dans le code civil l'examen des sangs comme preuve négative constituant une fin de non-recevoir à l'action en recherche de paternité(cf ancien art 340-1 du code civil).

mariage imputable aux père et mère ; elle ne procède point d'un vice dont l'enfant serait coupable ; il est intolérable de le punir »³⁹. D'après Monsieur Foyer, « l'enfant n'est pas responsable de son statut d'enfant naturel, inférieur à celui de l'enfant légitime et il préconise le principe de l'égalité entre ces deux catégories d'enfants, d'autant plus que l'évolution des mœurs accorde désormais, dans les années 70, une place de plus en plus reconnue à l'enfant naturel. Il n'est plus acceptable de placer l'enfant naturel dans une situation d'infériorité ». Le système d'avant 1972 était très critiquable car très injuste. En effet, la faute des parents coupables d'avoir entretenu des relations sexuelles hors mariage était de moins en moins comprise par une société de plus en plus permissive dans le domaine de la morale sexuelle et on pouvait se demander si l'immoralité n'était pas plutôt dans l'hypocrisie de l'ignorance du lien de filiation qui dispensait les auteurs de l'enfant naturel de leurs devoirs envers celui-ci.

³⁰- Il devenait plus que nécessaire de rendre justice aux enfants nés hors mariage, et c'est cette volonté qui attira l'attention sur l'hypocrisie engendrée par le système qu'énonce Eléonore Cadou dans son mémoire⁴⁰ : « *la faveur portée à l'enfant légitime aboutissait au maintien de situation qui, bien qu'artificielles et fondées sur le mensonge, étaient préférables au rétablissement de la vérité* ». Une refonte totale du droit de la filiation était nécessaire, et ce fut l'objet de la loi de 1972. Il fallait rompre avec la morale du code civil, qui voulait « *au nom de la garantie essentielle de la pureté du foyer domestique, et du bon ordre des familles, que les crimes contre la morale soient ensevelis dans l'obscurité et le silence* » tels sont les propos de Demolombe repris par Eléonore cadou dans son mémoire.

A- Le contexte avant la réforme

³¹- Longtemps, la filiation a exclusivement dépendu d'un acte volontaire du chef de famille. L'évolution a tout d'abord consisté à passer d'une filiation voulue à une filiation fondée sur le sang⁴¹. Cette évolution est surtout apparente à l'égard de la paternité, à cause de son caractère mystérieux. En effet, à Rome une distinction, imposée par la nature, opposait la maternité et la paternité. Il n'existait qu'une maternité par le sang⁴². Au contraire, la paternité est passée d'une compréhension purement volontaire, l'agnatio, à une acceptation exclusivement fondée sur le sang, la cognatio⁴³. Selon l'ancien droit

³⁹ Rapport n° 1926 fait au nom de la commission des lois par Monsieur. Jean Foyer sur le Projet de loi n° 1624 sur la filiation, déposé le 28 juin 1971 notamment p.19 et p.32, et intervention en séance publique (JO, débats de l'assemblée nationale, séance 5 octobre 1971, p. 4273).

⁴⁰ Cadou E., La biologisation du droit de la filiation, Mémoire DEA droit privé, 1992-1993.

⁴¹ Malaurie P, Fulchiron H., La famille, Defrénois, 2^{ème} édition, 2006.

⁴² Siffrein-Blanc C., La parenté en droit civil français, Thèse, Aix Marseille III, 2008.

⁴³ Malaurie P, Fulchiron H., « Le pouvoir de la volonté », In problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux, (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n°914, p. 35. V. note n°86.

romain et jusqu'à un passé fort récent, le nouveau-né ne pouvait entrer dans sa famille que s'il avait été accepté par le chef de famille . En 1804, et jusqu'à un passé fort récent, la science ne permettait pas d'apporter des preuves suffisantes d'une filiation biologiquement certaine. En outre, la famille représentait une entité sociologique et économique, dont l'homogénéité devait être protégée quitte à se mettre en contradiction avec la vérité biologique⁴⁴. Dès lors dans ce contexte, il était normal que la famille repose en majorité sur une fiction, tendant à cristalliser plus une apparence qu'une réalité. Aussi, le droit de la filiation se construisit sur des présomptions et des idées influencées par les mœurs. La sécurité de la filiation l'emportait sur l'insécurité de la réalité scientifique⁴⁵.

Le plus important, à l'époque, était de bien faire la distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle en matière d'établissement et de mode de preuve de la filiation.

Tout le droit de la filiation reposait sur le mariage et la légitimité qui en découlait. Le mariage entraînait la légitimité en faisant naître la présomption *pater is est*. La loi était soucieuse de protéger l'institution du mariage, la stabilité des familles et la paix des foyers. L'enfant légitime était mieux traité que l'enfant naturel et tout était fait pour rattacher l'enfant à un couple marié, donc au mari de la mère et il fallait empêcher que ce rattachement soit remis en cause, fut-il, quand bien même, contraire à la vérité du sang. De plus, l'impossibilité de la science à apporter la preuve positive de la paternité, va servir longtemps cette ambition, au détriment quelquefois de la vérité biologique. Une grande partie de la filiation était à l'époque fondée sur l'hypocrisie et le mensonge.

32- L'avènement de la famille naturelle, le déclin du mariage entériné par la loi de 1975 puis 2004 libéralisant et facilitant le divorce, sont autant de facteurs liés à l'évolution de la société, à la libéralisation des mœurs qui vont favoriser le souci législatif de faire coïncider vérité biologique et filiation juridique. Pourtant, plusieurs textes de loi étaient déjà intervenus pour tenter un rapprochement des filiations, telle la loi du 2 juillet 1907 qui accorde la tutelle aux enfants naturels, puis le décret loi du 29 juillet 1939 qui rapproche la tutelle des enfants naturels de celles des enfants légitimes. Il faudra attendre la loi du 16 novembre 1912 pour que « *l'action en recherche de paternité soit ouverte et introduise une brèche en faveur de la vérité* »⁴⁶. Cependant le législateur, face aux réticences des parlementaires, a dû élaborer un système qui devait permettre d'éviter les actions abusives⁴⁷. Ainsi avant toute preuve au fond, le demandeur devait invoquer l'existence d'un des cinq cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité

⁴⁴ Boutard-Labarde M-C., réflexions sur la contestation de paternité légitime : analyse et prospective, RTD Civ., 1983, 479.

⁴⁵ Siffrein-Blanc C., La parenté en droit civil français, Thèse, Aix Marseille III, 2008.

⁴⁶ Siffrein-Blanc C., La parenté en droit civil français, Thèse, Aix Marseille III, 2008.

(Art 340 ancien du Code civil, « *La paternité hors mariage peut-être judiciairement déclarée : 1° Dans les cas de l'enlèvement ou du viol, lorsque l'époque des faits se rapportera à celle de la conception - 2° Dans le cas de la séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesses de mariage ou fiançailles - 3° Dans le cas où il existe des lettres ou quelques autres écrits émanant du père prétendu, propre à établir la paternité d'une manière non équivoque - 4° Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de conception en état de concubinage, impliquant à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues - 5° Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père* ») à défaut de quoi la procédure pouvait être bloquée paralysant ainsi l'accès à la vérité⁴⁸. C'est cette loi de 1912 qui ouvrit dans ces cas, l'action en recherche de paternité naturelle, le juge étant alors chargé de statuer en fonction de la conviction qu'il s'était forgé relativement à la paternité du défendeur. La loi de 1912, en permettant de rechercher la paternité naturelle, a fait de cette paternité une filiation qui pouvait être imposée. Selon le professeur Massip⁴⁹, la loi de 1912 avait réalisé un compromis en exigeant, dans la majorité des cas, une certaine acceptation à l'égard de l'enfant : « *l'aveu écrit de paternité était la reconnaissance sans la forme ; le concubinage était le mariage informel ; l'entretien de l'enfant était une esquisse de possession d'état* ». Ces cas témoignaient du fait qu'un rapport de filiation et une véritable parenté supposent un minimum d'intentionnalité et de relations humaines de caractère familial que la seule biologie ne déclenche pas nécessairement⁵⁰.

Jusqu'en 1955, la filiation adultérine n'était une source d'obligations pour le père que s'il avait fait une promesse volontaire d'aliments. la loi du 15 juillet 1955 a permis de lui imposer d'une manière générale une charge alimentaire (art. 342, al. 2, 3, 4, dans sa rédaction antérieure à 1972).

33- Cependant ces réformes n'étaient pas globales et générales. Elles n'étaient que partielles et toujours d'après Eléonore Cadou⁵¹, « *elles n'ont fait qu'accentuer l'incohérence du droit de la filiation* ». Une refonte totale de ce droit était donc devenue nécessaire, et ce fut l'objet de la loi du 3 janvier 1972.

34- Dans la jurisprudence, l'évolution des techniques scientifiques va progressivement remédier à cet état de fait. En effet, les études scientifiques faites depuis le début du

⁴⁷ Hauser J., La filiation, éd. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995, p. 56.

⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 1988, D., 1988, som ., p. 403, obs. Danièle Huet-Weiller.

⁴⁹ Colombet C., « quelques aspects de la loi du 8 janvier 1993 sur la filiation par le sang et sur le juge aux affaires familiales », In Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille : Liber amicorum, PU strasbourg, LGDJ, 1994, p. 59.

⁵⁰ Siffrein-Blanc C., La parenté en droit civil français, Thèse, Aix Marseille III, 2008.

⁵¹ Cadou E., La biologisation du droit de la filiation, Mémoire DEA droit privé, 1992-1993.

XX^{ème} siècle, avaient établi que la réaction du sang d'un individu à l'égard d'un autre individu était constante, de telle manière que l'on pouvait regrouper en quatre combinaisons principales et un certain nombre de sous groupes les combinaisons possibles. Pour Monsieur Rouast, ces observations ont permis d'apporter quelque lumière aux problèmes juridiques concernant la filiation, lorsqu'il s'agit d'établir qu'un enfant n'est pas issu du père auquel on voudrait le rattacher. L'analyse du sang peut ainsi fournir une preuve négative de la paternité lorsque la filiation maternelle est quant à elle certaine. La preuve négative a été admise par la jurisprudence et la législation de nombreux pays étrangers⁵². En France, son utilisation a été préconisée soit en matière de désaveu, soit en matière de défense face à une action en recherche de paternité.

C'est en 1937⁵³ que les juges usent pour la première fois de l'expertise sanguine pour vérifier une filiation. En 1949, et malgré les incertitudes quant à sa valeur de preuve⁵⁴, la Cour de cassation⁵⁵ décidait qu'une Cour d'appel, « *ne pouvait rejeter une demande d'expertise sanguine au seul motif que la théorie de la comparaison des groupes sanguins est encore discutée scientifiquement et n'a qu'une valeur provisoire* ».

Dans le cas d'espèce, pour les Messieurs Rouast et Carbonnier, et dans le cadre précis de l'action en recherche de paternité naturelle, la preuve est libre et de fait, la preuve scientifique trouve alors sa place. Le juge a en quelque sorte l'obligation d'ordonner l'expertise sanguine sollicitée par le défendeur. Le principe qui domine est celui de la liberté des preuves dans la cadre de l'action en recherche de paternité. La loi n'a réglementé que les preuves du demandeur, afin d'éviter tout abus, mais elle n'a apporté aucune limite aux preuves opposables par le défendeur. Cette solution, qui résulterait suffisamment du silence du législateur à cet égard, est confirmée par les pouvoirs qui sont donnés au juge, selon le Professeur Rouast, par le nouvel article 340 du Code civil : « *la paternité peut être judiciairement déclarée* ». En aucun cas la loi n'a dit que la paternité « *devait* » être déclarée dans ces cas précis. C'est au juge de se faire sa propre opinion en fonction des preuves que le demandeur lui apporte conformément au texte de loi. Le juge ne peut pas refuser ces différentes preuves »⁵⁶. Enfin, en 1955 **la méthode hématologique devient un mode de preuve permettant d'exclure la filiation.**

⁵² Arnaud G., « La recherche de la filiation et la preuve scientifique par l'examen du sang », Rapport au Xème Congrès de l'union nationale des avocats, 1939 ; RTD. Civ., 1949, p. 346. Note. Barbier P « L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation ».

⁵³ Massip J., « La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire », in Droit de la filiation et progrès scientifique, p.51. et suivantes ; Trib. Civ. Nice, 17 oct. 1937 : D.H. 1938, 79 ; Trib. Civ. Marseille, 6 mai 1938 : D.H. 1938, 494 ; Rennes 31 mai 1939 : D.H. 1939, 429 .

⁵⁴ Gleber M-J., Le droit français de la filiation et la vérité, Thèse, Nancy, LGDJ, 1970, .p.204. et suivantes.

⁵⁵ Civ.1^{ère}, 25 juillet 1949, D.,1949 42^{ème} cahier . note. Carbonnier. p. 66 et suivantes et JCP, éd. G., 1949.5100-5102. Note Rouast.

⁵⁶ Planiol, Ripert et Rouast., Traité pratique de droit civil, Tome.II, n° 889 et 909 ; Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, Cours de droit civil, tome I, n° 490

35- Nous nous trouvons donc progressivement face à une possibilité de prouver négativement la filiation. Dès 1959⁵⁷, la Cour de cassation admettait que le juge était dans l'obligation de l'ordonner lorsqu'elle était de nature à établir une fin de non-recevoir à l'action en recherche de paternité. En revanche, lorsque l'examen ne constituait qu'un moyen de preuve au fond, le juge n'était pas tenu d'y recourir. De facto, l'expertise sanguine constituait une fin de non-recevoir à la déclaration judiciaire de paternité lorsqu'il excluait un tel lien.

Très attendue, la loi du 3 janvier 1972, n'a pas modifié fondamentalement le système. Elle l'a même confirmé en admettant plus largement le recours à l'expertise sanguine et à toute autre méthode médicale certaine propre à démontrer que telle filiation contestée n'est pas biologiquement exacte⁵⁸.

B- L'urgence de réformer

36- Le démographe Louis Roussel dans la « *famille incertaine* » a fort bien décrit l'évolution de la société de l'époque. « *A partir des années soixante et surtout des années soixante-dix, le modèle de la famille traditionnelle s'est peu à peu effrité sous le coup de l'augmentation des divorces, de la croissance de l'union libre et de l'augmentation du nombre des familles monoparentales. Tant que les naissances hors mariage demeuraient de l'ordre de 6 %, on pouvait maintenir la primauté des enfants légitimes, d'autant qu'un nombre important d'enfants naturels étaient par la suite légitimés par le mariage de leurs parents* ».

37- A partir du moment où le nombre des naissances hors mariage a augmenté et que les parents s'installaient de plus en plus en union libre, il n'était plus concevable que les enfants naturels ne reçoivent que la moitié de ce qu'ils auraient eu s'ils avaient été légitimes. L'opinion publique comprenait moins bien une inégalité juridique dont les enfants n'étaient pas responsables. Il s'agissait bien d'une volonté réelle des parents et cette inégalité pour les enfants n'étaient plus justifiée dans le contexte de l'époque.

38- Corrélativement à ces nouveaux modes de vie, à cette évolution sociologique, le progrès scientifique en matière de recherche des origines avait profondément modifié les données de fait de la filiation. La possibilité quasi fiable de connaître, en cas de doute, ses véritables géniteurs se devait d'être accessible, mais un encadrement juridique était aussi nécessaire afin d'éviter d'éventuels abus et de fragiliser la filiation. Comme nous l'avons déjà constaté, les tribunaux, depuis 1937, jugeaient de nombreuses affaires en matière de recherche scientifique de paternité naturelle. Légiférer devenait donc une

⁵⁷ Civ.1^{ère} .13 janvier 1959 ; .JCP.1959,.II,.10970.

nécessité. En effet l'étude des décisions rendues dans ce domaine, nous ont révélé une constante : l'attrait des nouveautés scientifiques pour les juges.

§2 - Les aspects révolutionnaires de la loi : égalité et vérité

A- Une loi d'égalité

³⁹- Ce principe de l'égalité des filiations est un des grands principes de la loi du 3 janvier 1972. Ce principe est énoncé à l'article 334 ancien du Code civil. L'égalité des enfants commande les effets de la filiation en 1972.

1°- Une égalité des droits et des devoirs

⁴⁰- Un des principes fondamentaux et révolutionnaires de cette loi est la mise en place d'un principe d'égalité entre les enfants issus du mariage ou non de leurs parents. Toute filiation peut-être juridiquement établie. Ce principe d'égalité a surtout permis de réviser l'ensemble des règles relatives à l'établissement de la filiation sur le fondement de la vérité. La loi de 1972 va instituer un principe d'égalité des droits et des devoirs de tous les enfants. C'est ce que prévoyait l'ancien article 334 du Code civil en 1972 : « *l'enfant naturel a, en général, les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère...* ». Le principe d'égalité entre les enfants était donc posé quelle que fut la qualité de la filiation (légitime ou naturelle), et quelle que fût la qualité de la filiation naturelle (filiation naturelle simple, adultérine ou incestueuse)⁵⁹. Le législateur a donc donné une filiation à certains enfants qui en étaient privés et une famille à tous.

⁴¹- Cependant, cette assimilation n'était pas totale, cette égalité était tempérée par une certaine supériorité de la famille légitime à différents égards. L'égalité se heurte à deux obstacles : le premier est constitué par l'absence de mariage entre les parents, le second procède de la volonté de protéger le conjoint victime de l'adultère et les enfants légitimes.

Pour reprendre, Messieurs Malaurie et Fulchiron, « *soucieux de ménager des transitions, soucieux également de préserver le modèle de la famille légitime, le législateur opéra ce que Monsieur Carbonnier⁶⁰ appela une « transaction sans gloire ».*

⁵⁸ Mboutouzeh.JB., Les incidences de la science médicale sur la filiation en droit français, Thèse, Lille, 2003.

⁵⁹ Raynaud P., Les deux familles : réflexions comparatives sur la famille légitime et la famille naturelle, in Mélanges de Juglard, LGDJ, 1986, p. 63.

⁶⁰ Carbonnier J., Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant et le couple, Tome 2, 21^{ème} édition, PUF, Thémis droit privé, 2002.

Les restrictions envisagées ne tenaient pas « à une infériorité congénitale » : elles résultaient d'un heurt fortuit, sur l'échiquier familial, entre l'enfant naturel et les victimes de l'adultère ». Notamment en matière de succession ou l'enfant adultérin n'avait pas les mêmes droits que l'enfant légitime : dans les successions « *ab intesta* », l'enfant né hors mariage venait bien à la succession, mais ne recevait que la moitié de ce qu'il aurait eu s'il avait été légitime, lorsqu'il était en concurrence avec le conjoint survivant (ancien art 759 du Code civil) ou avec les enfants issus du mariage auquel l'adultère avait porté atteinte (ancien article 760 du Code civil) ; face à eux, l'ascension de l'enfant adultérin s'arrête à l'état qu'avait, avant 1972, l'enfant naturel simple⁶¹. De même en matière de nom patronymique et d'administration légale et de tutelle, l'enfant légitime avait plus de droits que l'enfant naturel. En effet, ce dernier prenait le nom de son père légitime et bénéficiait de l'intégralité de la succession, tel n'était pas du tout le cas pour l'enfant naturel auquel on ne reconnaissait pas de totale existence légale.

2°- La légitimation pour tous

42- Un autre aspect de cette égalité se manifeste par la possibilité, à l'époque, d'effectuer une légitimation. La légitimation est un bienfait de la loi qui permet à un enfant né hors mariage d'être assimilé pour l'avenir à un enfant légitime. Elle permet à un enfant d'accéder à une légitimité qui ne résulte pas des conditions de sa naissance. Celle-ci existait déjà avant la loi de 1972, mais uniquement dans le cadre du mariage des parents. En effet, cette légitimation par le mariage des parents a presque toujours été une constante de notre droit ; le droit romain, le droit canonique, l'ancien droit et le droit moderne l'avaient toujours connue. Une famille en création ne devait pas supporter les erreurs du passé. Puis progressivement, la jurisprudence l'a étendue aux enfants adultérins en admettant une légitimation post nuptias par décision judiciaire. La loi de 1972, élargit encore le cercle des bénéficiaires de l'institution et créa, à côté de la légitimation par mariage, la légitimation par autorité de justice⁶². Ainsi la loi de 1972 permit à tous les enfants d'être légitimés, y compris les enfants adultérins. Encore fallut-il qu'il n'y ait pas de conflit de paternité.

43- Il nous paraît intéressant de distinguer clairement les conditions et les effets de la légitimation par mariage d'une part, puis ceux de la légitimation par autorité de justice d'autre part.

⁶¹ Tisserand., « L'enfant adultérin : chronique d'une mort annoncée », JCP éd. N., 1993, I, 53.

⁶² Terré F, Fenouillet D., Les personnes- la famille- les incapacités, Précis Dalloz, Paris, 7ème édition, 2005 p.800.

a) *La légitimation par mariage*

44- L'ancien article 331 du Code civil prévoyait trois conditions lorsqu'il y avait légitimation par mariage subséquent :

- tout d'abord le mariage des parents,
- puis la constatation régulière de la filiation,
- et enfin, son antériorité au mariage. Dans ces cas, le mariage intervenait après la naissance et les parents avaient reconnu l'enfant avant ou au moment du mariage.
- Les parents pouvaient également envisager une autre légitimation par mariage dans le cas d'une légitimation post-nuptias, laquelle était possible une fois la célébration effectuée si les parents reconnaissaient l'enfant, pourvu qu'un jugement constate la possession d'état d'enfant commun depuis la célébration du mariage. La mère avait la possibilité de contester la paternité légitime en usant de l'ancien article 318 du Code civil, si cette dernière se remariait avec le vrai père de l'enfant aux fins de légitimation.

b) *La légitimation par autorité de justice*

45- La nouveauté de la loi du 3 janvier 1972 fût la légitimation par autorité de justice. Il s'agit d'une légitimité hors du cadre du mariage des parents. Admise à l'époque par de nombreux droits étrangers, elle suscita en France de vives et injustes critiques. On lui reproche surtout de ruiner l'institution du mariage, en détournant de celui-ci des parents naturels qui y auraient eu recours, pour légitimer leurs enfants, en l'absence de légitimation par autorité de justice. Pour Monsieur Terré et Madame Fenouillet, *« l'argument qui ne confère au mariage que sa fonction légitimante et assigne à tort aux concubins cette seule volonté légitimante lorsqu'ils régularisent leur union, ne vaut pas grand chose. Il méconnaît en outre que cette légitimation n'est pas offerte au bon vouloir des parents, mais suppose que le mariage soit impossible, ce qui, a priori exclut les légitimations par autorité de justice « de simple convenance » ».*

46- Dans le cas de la légitimation par autorité de justice prévue par la loi de 1972, il faut respecter de strictes conditions : les juges sont chargés du contrôle de ces conditions à savoir :

- l'impossibilité de mariage,
- la possession d'état d'enfant naturel à l'égard du parent qui réclame la légitimation,

- le consentement du conjoint,
- et enfin la viabilité de l'enfant.

B- Une loi de vérité biologique mais aussi sociologique

⁴⁷⁻ Le droit antérieur à 1972, comme nous l'avons déjà souligné, était injuste et hypocrite. En effet, on ne pouvait rechercher la filiation véritable en imposant des présomptions mensongères ou en interdisant la recherche de la filiation notamment lorsque celle-ci était adultérine. Cette vérité, c'est d'abord la vérité biologique, c'est-à-dire le fait de la paternité et de la maternité physique.

Mais aussi, nous parlons également de la vérité sociologique, c'est-à-dire du comportement des parents tel qu'il est constaté par l'opinion (la possession d'état) et ce sont ces dernières vérités, correspondant à des réalités personnelles et familiales ou à des nécessités individuelles et sociales, qui viennent tempérer parfois même écarter la recherche de la vérité biologique. Ce principe de vérité de la filiation n'est pas inscrit dans le Code civil mais constitue depuis 1972, une des « *directives principales* » du droit de la filiation. **La vérité** sur laquelle le législateur veut fonder la filiation est donc, à la fois **biologique, affective et sociologique**.

Si la paternité et la maternité sont des réalités biologiques, il est nécessaire, pour le bien de l'enfant, qu'elles soient encore des réalités affectives : ainsi, lorsque la vérité biologique est douteuse ou contestée, prédominance est reconnue à la réalité affective si elles ne coïncident pas ; si elle correspond à la vérité biologique douteuse ou contestée, elle la renforce au contraire : c'est ce qui explique le rôle considérable reconnu à la possession d'état qui n'est pas seulement un rôle probatoire mais acquisitif⁶³.

⁴⁸⁻ Pourquoi une telle importance a-t-elle été donnée à la vérité biologique ? C'est sans doute le résultat de l'évolution de deux facteurs : le recul du mariage comme modèle de vie en famille et l'accès scientifique de plus en plus fiable à la vérité biologique. En 1972, la recherche de la vérité biologique constituait une directive mais non un impératif. La loi se contentait parfois de simples vraisemblances et en cas de conflit de filiation, l'ancien article 311-12 du Code civil, recommandait de déterminer « *par tous moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable* », la possession d'état n'intervenant « *qu'à défaut d'éléments suffisants de conviction* ». Toutes les preuves étaient acceptées. Aux juges de se forger leur propre opinion pour la recherche de la vérité la plus vraisemblable.

⁶³ Bénabent A., Droit civil, La famille, 11^{ème} édition, Litec, 2003.

49- Une limite est à reconnaître quand même à cette recherche, certaines vérités étaient interdites, comme la filiation incestueuse, ou canalisées par des cas d'ouvertures, des fins de non-recevoir ou de strictes conditions, comme en témoignait l'ancien article 318 du Code civil.

Une autre limite concernait également l'enfant légitime qui bénéficiait d'une protection toute particulière eu égard à son titre, celui-ci par la combinaison de son titre (acte de naissance) et sa possession d'état, voyait sa filiation inattaquable quand bien même on aurait pu prouver le caractère biologiquement mensonger de sa filiation.

50- Pour que la vérité puisse voir le jour, différentes dispositions furent mises en œuvre :

- Certaines étaient positives, comme l'ouverture plus large à l'établissement de la filiation. En effet, dans le contexte particulier de la filiation naturelle, nous en sommes arrivés à la suppression de la prohibition de l'établissement de la filiation adultérine et incestueuse. Les conditions d'établissement de la filiation restent cependant rigoureuses, la reconnaissance est volontaire ou forcée et demeure indispensable. L'action en recherche de paternité naturelle reste soumise à un régime très strict.
- D'autres furent négatives, afin de faire disparaître les filiations fictives (notamment la présomption de paternité légitime) ; On assistait à un rétrécissement de la présomption « pater is est ». Dans le domaine de la preuve, on élargit les moyens de contester la présomption « pater is est », avec le désaveu de paternité. La liberté de la preuve de la non paternité a vu le jour et n'est plus enfermée dans un système de preuves légales. Il est possible de prouver (avec la loi de 1972) la non paternité par tous moyens, le désaveu est assoupli ; nous allons ouvrir à d'autres que le mari la contestation de la paternité légitime.

Les présomptions supportent désormais la preuve contraire. L'article 311, al. 3 ancien du Code civil rend recevable la preuve contredisant les présomptions concernant la durée de la grossesse et le moment des conceptions. L'article 312 , al. 2 ancien du Code civil, permet au mari de « *désavouer l'enfant en justice s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père* ». Innovation assez intéressante car antérieurement le mari ne pouvait désavouer l'enfant conçu dans le temps du mariage que s'il justifiait d'un éloignement ou d'un accident qui avait pu empêcher la cohabitation charnelle des époux.

Sous-section 2 L'APPLICATION JURISPRUDENTIELLE DE LA REFORME

51- En 1972, les expertises biologiques (sanguines) ont joué un rôle important en matière de recherche de paternité. L'étude des décisions rendues en la matière révèle une constante : **l'attrait des nouveautés scientifiques pour les juges**. En effet, la loi du 3 janvier 1972 avait incontestablement accru leur importance en faisant de la vérité un des principes fondamentaux du droit de la filiation, de telles expertises pouvaient être utilisées en matière de filiation légitime (désaveu, contestation de paternité, conflit de filiation de l'article 334-9 du Code civil). A l'époque, pour Monsieur Massip, *« voici déjà venu le temps où se trouve en passe d'être réalisée l'anticipation du Doyen Carbonnier: de l'analyse des sangs ... On escompte qu'après avoir été employée à exclure, elle pourra un jour ou l'autre, servir à désigner, ce qui mettra dans la détermination des paternités une certitude inouïe »*⁶⁴.

52- Les demandeurs vont se présenter pour tenter de clarifier principalement des situations de filiations (naturelles) douteuses. Soumises à une sorte de théorie générale de la procédure, les actions relatives à la filiation obéissent en outre à des règles de preuves communes. Il faut cependant reconnaître que les actions en justice à fin d'établissement de la filiation maternelle ou paternelle ont pendant longtemps suscité une très grande méfiance. La question a été pendant longtemps de savoir comment démontrer la vérité, ou tout au moins s'assurer de la plus grande vraisemblance possible, de la filiation revendiquée. Les individus avaient peur des abus et des scandales.

L'évolution de la recherche en matière scientifique, confortée par l'évolution des mentalités et des comportements, est un des éléments déclencheurs de ces différentes demandes. Nous assisterons progressivement à une banalisation de ces actions. Dans la mesure où les possibilités offertes par la preuve scientifique vont croissantes, force pour nous est de constater une augmentation des demandes d'expertises génétiques dans le contexte particulier de la recherche des origines génétiques depuis 1972.

Au départ, la preuve scientifique sera la preuve par l'examen des sangs (cf. supra) puis, comme nous le verrons ultérieurement, nous arriverons à la preuve génétique à partir de 1985.

53- En pratique, il n'est pas étonnant que le progrès de la vérité biologique dans le droit de la filiation se traduise par une certaine libéralisation de la preuve. Cependant, il n'en demeure pas moins que ces différentes actions sont malgré tout du ressort de l'exception en matière de filiation. D'après Monsieur Terré et Madame Fenouillet (cf. supra), *« le*

⁶⁴ in Massip J, Morin, Aubert., « La réforme de la filiation », préface Carbonnier, 3^{ème} éd., 1976, p.11.

législateur est partagé entre la tentation d'ouvrir largement les actions, ce que justifieraient les progrès de la biologie, et au contraire la volonté de maintenir la paix des familles et plus encore aujourd'hui le souci de préserver la stabilité de l'état des personnes ».

54- C'est à celui qui intente une action qu'il appartient de prouver la réalité biologique qu'il allègue : c'est à l'individu qui exerce une action en réclamation d'état de prouver le lien de filiation réclamé ; c'est à celui qui conteste une filiation légalement établie d'établir qu'elle ne correspond pas à la réalité biologique.

55- Il y a des demandes de réclamation d'état mais aussi de contestation d'état en nombre sans cesse croissant. La détermination de la vérité biologique apparaît donc comme au cœur du procès, qu'il s'agisse de recherche de paternité ou de maternité, de contestation de paternité ou de maternité ou encore, de conflits de filiations⁶⁵. D'autant plus que cette preuve scientifique est tout à fait fiable, mais il nous paraît nécessaire, dans un souci protecteur des filiations existantes, de contrôler cette possibilité de remise en cause de filiation ou de recherche de filiation en son absence. De facto, il paraît important de s'interroger sur les éventuelles répercussions que cette volonté de recherche de la vérité à tout prix peut avoir sur l'équilibre et la stabilité familiale.

56- Le contentieux auquel peut donner lieu la filiation est d'une grande diversité. Lorsque l'on se trouve dans le cadre d'une action tendant à faire établir une filiation, nous nous trouvons dans le cadre particulier des actions en réclamation d'état. Nous sommes dans le cas de la revendication d'un état que l'on devrait avoir ou un état que l'on a perdu mais que l'on voudrait retrouver.

57- Qu'il s'agisse de l'action en recherche de maternité naturelle ou de paternité naturelle, nous sommes dans le cadre des actions en réclamation d'état. Ces diverses actions sont soumises à une même règle de preuve, mais aussi, à des règles de preuve distincte. Dans le cadre spécifique de la preuve scientifique au service de la recherche de la filiation, il était de jurisprudence constante avant 1972, que le régime de la preuve était libre. En effet, pour le juge, il était obligatoire de facto, d'ordonner l'expertise sollicitée par le défendeur.

58- Bon nombre d'actions en justice ont pour objectif de modifier un lien de filiation déjà existant. En effet, avant la loi de 1972, elle-même confortée par l'ordonnance de 2005, il n'y avait pas d'égalité entre filiation légitime et naturelle. Les enfants, issus de la filiation naturelle, bénéficiaient de droits inférieurs aux enfants issus d'une filiation légitime. Dans

un souci de reconnaître une filiation légitime plus favorable ou à l'inverse de dénoncer une filiation naturelle, certains ont agi en justice. C'est une des raisons pour laquelle, lorsque la preuve scientifique a fait son apparition en France, de nombreuses personnes ont voulu en abuser et un nombre considérable de procès en a découlé.

Nous étudierons :

- ➔ tout d'abord les différentes espèces nous présentant cette volonté de rechercher la vérité à tout prix,
- ➔ puis nous essayerons d'en tirer les limites et d'en cerner les dangers.

§1 - La priorité de la recherche de la vérité

⁵⁹- La loi du 3 janvier 1972 est entrée en application le 1^{er} août 1972. Elle a été motivée en grande partie par les critiques adressées au droit antérieur et en particulier au Code de 1804. En effet, l'évolution de la société était telle que la nécessité de l'adapter au nouveau contexte sociologique et scientifique était nécessaire. Elle a également été motivée par les modifications législatives apportées au droit antérieur ainsi que les interprétations jurisprudentielles.

⁶⁰- Avant 1972, le droit de la filiation était basé sur le mariage et la légitimité qui en découlait. Il n'était pas possible d'envisager une légitimité en dehors du mariage. Parfois il était possible de légitimer l'enfant mais uniquement à la suite du mariage des parents, postérieurement à sa naissance. Le mariage entraînait la légitimité en faisant naître la présomption « *pater is est* » par laquelle on considère que l'enfant a pour père légitime le mari de sa mère. Enfin, l'unique moyen de l'époque pour faire tomber cette légitimité était le désaveu, c'est-à-dire l'action par laquelle, le mari tente de prouver qu'il n'est pas le père de l'enfant de sa femme. C'était la seule action qui permettait de combattre la présomption de paternité.

⁶¹- Ce système aboutissait à l'hypocrisie et au mensonge. En effet, la présomption « *pater is est* » couvrait parfois des enfants qui n'étaient pas du mari et dont elle empêchait d'établir la véritable filiation. Pour Pierre Raynaud ⁶⁶, « *le désaveu qui aurait permis de découvrir la vérité était soit impossible, soit refusé par le mari animé par la haine ou par la rancœur* ». Certains auteurs ont même parlé de « *légitimité de rancune* » ! ⁶⁷

⁶⁵ Gridel., « Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993) D.,1994, chr., 191, spéc. p. 193 s

⁶⁶ Raynaud P., Droit civil des personnes et de la famille, la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation et la jurisprudence, DEA de droit privé général, 1976, les cours de droit.

⁶⁷ Gobert ., Réflexions pour une indispensable réforme de droit de la filiation. JCP éd. G., 1968, I, 220, n° 20.

62- La loi de 1972 a immédiatement donné lieu à un important contentieux et posé des questions d'interprétations auxquelles les tribunaux ont répondu de façon particulièrement audacieuse. La Cour de cassation se livra dans les années qui suivirent à une œuvre d'interprétation (constructive dirent les uns, destructrice dirent les autres). Poussant certains principes, celui de la vérité biologique surtout, au bout de sa logique, la jurisprudence a assez largement détruit les équilibres voulus par le législateur. La filiation légitime y a perdu sa sécurité et s'est largement alignée sur l'esprit des règles relatives à l'établissement de la filiation naturelle.

La loi de 1972 a fait tomber les barrières et désormais la preuve scientifique peut, en cas de contentieux de filiation, permettre la recherche de ses véritables origines génétiques. Les tribunaux ont vu le nombre de demandes augmenter de façon fulgurante et les juges, en quête de vérité, ont accepté sans limite ce mode de preuve. La loi de 1972 a admis le recours à l'expertise sanguine et à toute autre méthode médicale certaine, propres à démontrer que telle filiation biologiquement contestée n'est pas biologiquement exacte. Mais c'est surtout la jurisprudence postérieure qui s'est tout particulièrement chargée d'élargir le domaine des expertises sanguines, donnant ainsi une signification essentielle à la vérité biologique dans le procès relatif à la filiation.

63- L'apport jurisprudentiel le plus marquant concerne les actions en contestation de paternité légitime. La loi avait maintenu les ouvertures dans des limites strictes, mais la Cour de cassation a fait éclater ces restrictions en admettant, sur la base de l'absence de possession d'état d'enfant légitime :

- d'abord que l'enfant pouvait être valablement reconnu par un tiers et que le conflit de paternité serait tranché conformément à la vérité biologique (interprétation a contrario article 334-9 du Code civil)⁶⁸, l'absence de possession d'état d'enfant légitime permettait au père naturel de reconnaître un enfant légitime en titre, ce qui provoquait un conflit de paternité,
- puis que la contestation de paternité légitime était recevable à la demande de tout intéressé pendant 30 ans (interprétation a contrario et par analogie de l'article 322 du Code civil)⁶⁹. Ces jurisprudences ont donné lieu à de très importants commentaires⁷⁰, pour la plupart critiques. Elle témoignait aussi d'une interprétation particulière de la possession

⁶⁸ Cass, civ 1^{ère}, 9 juin 1976.D., 1976. 593, note. P. Raynaud ; JCP éd. G., 1976, II, 18494, note. G. Cornu.

⁶⁹ Cass civ 1^{ère}, 27 février 1985, 2 arrêts, D., 1985. 265, note. G Cornu ; Defrénois., 1985. 1283 note Grimaldi ; Gaz. Pal., 1985, I, 332, conclusions contraires Arpaillange.

⁷⁰ Art 334-9 a contrario ancien du Code civil. 1^{ère} civ., 25 novembre 1980, bull.civ, 1980, I, n° 304, p. 241 ; JCP éd. G., 1981, II, 19661, note Gilbert Paire ; cass. 1^{ère} civ., 9 juin 1976, D., jur., p. 593, note Pierre Raynaud ; JCP éd. G. 1976, II, 18494, obs. Gérard Cornu ; rép. Def., 1976, art. 31207, p. 1124, note Jacques Massip ; RTD Civ., 1976, p. 340, obs. Roger Nerson, « L'interprétation de l'art 334-9 du code civil par la Cour de cassation » ; RTD Civ., 1977, p. 752, obs. Roger nerson, « contestation de paternité légitime » ; Gaz. Pal., 1976, 2, doct., p. 656, note Gérard Champenois, « l'interprétation de l'article 334-9 du Code civil par la Cour de cassation ». V. également Raynaud Pierre, « L'interprétation a contrario de l'article 334-9 du Code civil », D.,

d'état de plus en plus considérée comme une présomption de vérité biologique susceptible d'être contestée à cet égard, même en l'absence de texte. Deux thèses principales s'affrontent : les uns, approuvés par la Cour de cassation soutiennent que si la reconnaissance de l'enfant d'une femme mariée est interdite quant cet enfant a une filiation légitime, déjà établie par la possession d'état, il en est autrement dans le cas contraire ; la filiation naturelle peut-être établie et si l'on admet pas que la présomption pater is est tombe automatiquement, s'ouvre un conflit de filiation, pour la solution duquel l'auteur de la reconnaissance, peut combattre la présomption de paternité légitime. Les autres, soutiennent une interprétation analogique : s'il est interdit de reconnaître un enfant dont la filiation est établie par la possession d'état, il doit en être de même si elle l'est par l'acte de naissance car dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'une filiation légitime, de la filiation d'un enfant bénéficiant d'une présomption de paternité légitime qui ne peut être combattue que par le mari dans le cadre du désaveu ou par la mère aux conditions de l'article 318 du Code civil.

⁶⁴ Commentant une décision de la Cour de Paris du 16 décembre 1976⁷¹, Monsieur Massip constate que « *la contestation de paternité à la requête de la mère, prévue par les articles 318 et suivants du Code civil, a été considérée comme une des grandes innovations de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation. En effet, la loi de 1972, par une innovation audacieuse, a permis à la femme adultère qui divorce et se remarie, de rattacher à la seconde union l'enfant qui jouirait néanmoins d'un titre et d'une possession d'état liés au premier mariage* ». Cependant, parmi les diverses conditions mises à l'exercice de cette contestation de paternité de son premier mari par son ex-épouse, figure l'exigence de son remariage « *avec le véritable père de l'enfant* ». Pour certains auteurs tels que Madame Huet-Weiller et Monsieur Hauser⁷², au moins en matière de filiation légitime « *l'article 318 du Code civil est la seule disposition qui se réfère expressément à la vérité de la filiation* ». Cette innovation a d'ailleurs eu un certain succès, comme en témoignent les nombreuses décisions publiées dans les annales judiciaires. Monsieur Massip a constaté que cette Cour (dans l'arrêt du 16 décembre

1975, chron., p. 257 ; Groslière Josette, « Les conflits de filiation de l'article 334-9 du Code civil : phénomènes ou épiphénomènes », D., 1978, chron., p.25 ; Vidal J., « L'enfant adultérin a contrario ! (portée du nouveau principe de la liberté d'établissement de la filiation adultérine) », JCP éd. G., 1973, I, 2539, n° 20. Art 322 a contrario ancien du Code civil. Cass. 1^{ère} Civ (2 arrêts), 27 février 1985, I, 332. Conclusions contraires Arpaillage ; JCP éd. G. , 1985, II, 20460, note Elisabeth Fortis-Monjal et Gilbert Paire ; Rep Def, 1985, art. 33620, p. 1283, note Michel Grimaldi. V. également Raynaud Pierre, « Le démantèlement de la présomption de paternité légitime(à propos des deux arrêts de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 27 février 1985) », D. ? 1985, chron, p. 205 ; Huet-Weiller danièle, « requiem pour une présomption moribonde (la contestation directe de la paternité légitime sur le fondement de l'art 322, al. 2 du Code civil) », D ;, 1985, chron, p. 123 ; Grimaldi Michel ., « Lacontestation de la paternité légitimeaprès l'interprétation a contrario de l'article 322 du Code civil », Gaz. Pal ., 1986, doct., p. 251. Les juges ne sauraient cependant se contenter de la preuve de l'absence de possession d'étatpour admettre le bien fondé de cette action. La preuve de l'impossibilité de la paternité du mari doit par la suite être rapportée, V. CA Aix 6^{ème} chambre., 23 mai 1995, Bulletin d'Aix, 1995-1, p. 143, obs. Annabel Quin.

⁷¹ Cour de Paris, 16 décembre 1976, Defrénois., 1977, p. 85. note. Massip, D., 1977, 133. note. Massip.

⁷² Hauser J, Huet-Weiller D., La famille, un traité de droit civil, Sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 1989, n°651.

1976) a pu se fonder sur les résultats particulièrement positifs d'une analyse biologique, et cela démontre l'importance que peut avoir dans tous les procès de filiation, le progrès des sciences biologiques.

Dans le cas d'espèce, les analyses biologiques constituaient des analyses sanguines. Celles-ci ont démontré l'impossibilité de la paternité mais elles ne peuvent pas prouver la certitude d'une paternité. Comme l'écrit Monsieur Massip, « *on ne pouvait aboutir pour le moment qu'à des conditions négatives* ».

La Cour de cassation, dans deux arrêts du 16 février 1977⁷³, a décidé que l'action en contestation de paternité était ouverte même si l'enfant a la possession d'état d'enfant légitime et même s'il n'a pas la possession d'enfant commun à l'égard du second ménage de la mère : l'enfant dont le jugement de divorce a confié la garde au premier mari de la mère peut ainsi être rattaché à son père par le sang : **c'est le triomphe de la vérité biologique sur la vérité sociologique**. Selon la Cour de cassation, l'article 318 du code civil permet à la mère de contester la paternité de son mari alors même que l'enfant aurait la possession d'état d'enfant légitime à son égard ; la solution est guidée par la reconnaissance, par cette même cour, de l'interprétation a contrario de l'article 334-9 du Code civil. En effet, si l'on devait exiger, pour que l'action des articles 318 et suivants soit recevable, que l'enfant ait la possession d'état à l'égard du second mari (et donc en soit dépourvu à l'égard du premier mari) ces textes seraient privés de toute portée véritable, puisque dans ce cas, l'article 334-9 interprété a contrario permet, même en l'absence de remariage et sans condition de délai de contester cette paternité.

Toutefois, la jurisprudence resta rigoureuse et exigea le remariage « *avec le véritable père* ». C'est à bon droit que les juges rejettent l'action intentée par le second ménage si l'expertise biologique démontre que l'enfant n'est issu d'aucun des deux maris successifs⁷⁴. Ici, la **jurisprudence** a mis en place **la notion de « filiation véritable »**.

⁶⁵ Dans un article de 1983, les Professeurs Nerson et Rubellin-Devichi⁷⁵ constataient également que l'une des caractéristiques les plus marquées de la jurisprudence relative au droit de la filiation « *est l'entrée en vigueur des preuves biologiques, dans tous les domaines : leur utilisation n'est certes pas une nouveauté, et il y a déjà plus de 5 ans que la Cour de Paris a fait appel à la démonstration de la paternité par l'examen des sangs* »⁷⁶ ; mais ce qui est nouveau, c'est la diversité des cas dans lesquels les expertises biologiques sont sollicitées et admises : il faut dire que, si « *c'est aux mentalités qu'est suspendu la force probante* », ainsi que le soulignait Monsieur le Doyen

⁷³ Civ. 1^{ère}, 6 février 1977, D., 1977, 328. note. Huet-Weiller ; Gaz. Pal., 1977, 2, 368, note. Massip ; J.C.P. 1977, II, 18663.

⁷⁴ Civ, 1^{ère}, 6 décembre 1983, D., 1984.337, note P. Raynaud.

⁷⁵ R. Nerson, J. Rubellin-Devichi, RTD Civ., 1983, p. 722 et 723.

⁷⁶ Hecht M., Essai sur quelques aspects des rapports entre droit privé et biologie, Thèse, Toulouse, 1980, p. 195 ; « l'expertise génétique, mode de preuve judiciaire de la paternité ».

Carbonnier⁷⁷ aujourd'hui, pour garder l'image évocatrice utilisée par l'éminent auteur « *les mentalités marchent d'un pas au moins aussi rapide que la science. Le résultat est qu'il devient de plus en plus facile d'acquiescer des certitudes quant à la filiation paternelle, que les individus le savent, et que c'est probablement l'une des raisons de la véritable prolifération du contentieux relatif à la filiation* ».

Dans une décision du Tribunal de grande instance de Fontainebleau en date du 21 décembre 1977⁷⁸, les juges ont estimé que « *le délai d'action de 6 mois à compter du mariage de la mère n'est pas d'ordre public et que l'action est recevable, malgré son expiration, si les parties sont d'accord pour ne pas l'invoquer* ». La Cour de Paris a enfin admis, le 11 juillet 1978⁷⁹, que « *l'action peut-être exercée par la mère après le décès du conjoint même si certains s'accordaient à penser que sa présence à ses côtés était nécessaire* ».

La jurisprudence est allée encore plus loin dans sa démarche de recherche de la vérité à tout prix. Dans un arrêt du 9 juin 1976⁸⁰, les juges recourant à la preuve scientifique ont fait tomber la paternité présumée du mari pour lui substituer une paternité naturelle, plus vraisemblable.

Par ces jurisprudences⁸¹, la vérité biologique et la vérité affective se mettent d'accord. Dans ces hypothèses, l'enfant n'a pas de possession d'état à l'égard du mari, cela permet donc d'effacer une paternité fictive.

§2 - Les insuffisances de la réforme

66- Comme nous l'avons vu, les éléments majeurs de la loi de 1972 furent :

- d'une part, de pallier à l'inégalité des filiations légitimes et naturelles,
- d'autre part, de « *faire triompher la vérité biologique* ».

L'étude des décisions rendues en matière de filiation nous a révélé une constante : l'attrait des nouveautés scientifiques pour les juges. La considération affichée pour la vérité biologique dans la loi de 1972 et bien plus encore dans sa jurisprudence interprétative nous montre l'impact certain de l'expertise biologique en droit de la filiation.

⁷⁷ Massip J, Morin, Aubert., « La réforme de la filiation », préface carbonnier, 3^{ème} éd., Defrénois., 1976, p. 11.

⁷⁸ TGI Fontainebleau, 21 décembre 1977, D., 1978. Chr., 223, Annexes IV.

⁷⁹ Cour de Paris, 11 juillet 1978, D., 1978, IR 397, obs. Huet-Weiller.

⁸⁰ Cour de cassation, 9 juin 1976, D., 1976. 593, note. Raynaud ; JCP II, 18494, note. Cornu.

⁸¹ TGI Pontoise, 18 juin 1975. Gaz Pal., 76, I ; TGI Dunkerque, 2 novembre 1977, D., 78, IR 181, Obs. Huet-Weiller.

67- **Au départ, la preuve scientifique n'était que négative.** A l'époque, la technique scientifique dont disposaient les juges et les parties était l'analyse hématologique et elle ne permettait pas de déterminer positivement la paternité. Ce qui rendait difficile bien souvent la preuve de la paternité naturelle.

Le législateur de 1972, tout en modernisant et élargissant les recours de la dite recherche, laissait subsister le double mécanisme imaginé en 1912 par les créateurs de l'action, à savoir : les 5 cas d'ouverture de l'article 340 du Code civil et les indices prévus à l'article 340-1 permettant de déduire la véritable paternité. C'est ainsi que la loi de 1972 ne prévoyait le recours à une méthode médicale certaine que comme fin de non-recevoir (article ancien 340-1 et 342-4 du Code civil) rendant par la même bien compte de ses limites. L'établissement positif de la filiation était impossible.

Mais à partir des années 70, ces dispositions ont été rendues toujours plus obsolètes par la conjonction de deux phénomènes : d'une part, la multiplication de relations sexuelles avec partenaire éphémère dépourvues d'engagement et de stabilité relationnelle constitutif des cas d'ouvertures à la recherche de la paternité, et d'autre part l'affinement constant des possibilités de certitudes scientifiques de filiation⁸².

Néanmoins les textes avaient permis d'élargir ce cadre en permettant la contestation de paternité par une interprétation a contrario des articles anciens 322, al. 2 et 334-9 du Code civil.

68- Cette vérité de la filiation s'impose donc à la fois aux juges et aux parties en quête de vérité. Mais tout cet édifice « *révolutionnaire* » construit depuis 1972 n'était pas sans faille, son équilibre était fragile, d'autant plus que les progrès de la science et la révolution des mentalités et des comportements allaient certainement modifier de nouveau le contentieux. Le législateur intervint une première fois en **1982** par la **loi du 25 juin** et fit de **la possession d'état d'enfant naturel un mode autonome d'établissement extrajudiciaire de la filiation naturelle.** Alors qu'il ne pouvait jusqu'alors résulter que d'une reconnaissance volontaire ou d'une action en justice, un troisième mode d'établissement a été institué, résultant de la simple possession d'état. Cette orientation jurisprudentielle en faveur de la vérité biologique était petit à petit devenue la règle en matière de détermination de la filiation véritable. En effet, la Cour de cassation, dans son rapport annuel de 1987⁸³, invitait les juges du fond « *à recourir aux expertises biologiques à titre de mesures d'instruction*⁸⁴, et que la précision de la

⁸² Khadija A., L'utilisation de la génétique dans l'administration de la preuve en droit de la filiation et en droit pénal, Thèse, Montpellier I, 2001.

⁸³ Rapport annuel de la Cour de cassation, la documentation française, 1987.

⁸⁴ Civ, 1^{ère}, 14 janvier 1990 ; bull. 46 ; Defrénois 1990, 690, obs. Massip ; Civ. 1^{ère}, 10 mai 1995 : bull. 199 ; Defrénois., 1996, art. 36272, p. 326. Massip.

technique des empreintes génétiques permettait d'apporter, sans risque d'erreur, la preuve de la paternité ».

Aussi, devant l'émergence jurisprudentielle de la vérité biologique, le législateur a décidé de modifier les textes. Il va donc compléter, préciser et de nouveau interpréter cette loi par le biais de la mise en place de la **loi du 8 janvier 1993**. Un éminent auteur⁸⁵ a résumé rétrospectivement la question posée : « *Les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle et les fins de non-recevoir ne représentaient plus une protection contre les procès abusifs, mais seulement une mine, bien exploitée, de procédés choquants pour rejeter une paternité encombrante* ».

⁶⁹⁻ Par la loi du 8 janvier 1993, le législateur **a libéralisé l'action en recherche de paternité naturelle** et admis explicitement la preuve par tous moyens, tout en limitant son admissibilité à une vraisemblance préalable. L'article 340, al. 2 dispose : « *la preuve ne peut être apportée que s'il existe des présomptions ou indices graves* ». Ces derniers éléments sont un préalable objectif et le Code civil est désormais expurgé des cas d'ouverture et des fins de non-recevoir en matière de recherche de paternité naturelle. Pour Messieurs Malaurie et Fulchiron, « *la jurisprudence entreprit un audacieux travail d'interprétation qui permit certes de répondre à des demandes nouvelles, mais ruina la cohérence des textes* ». Ces auteurs allant jusqu'à qualifier de « *révolution de palais* » dans le contexte de l'interprétation a contrario des art 334-9 et suivants du Code civil !

SECTION 2 – L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA FILIATION

⁷⁰⁻ Le droit de la filiation était en pleine mutation. Il devenait urgent d'adapter les preuves de la filiation à l'évolution par exemple des modes de vie et de suivre les différentes critiques constructives (rapport Dekeuwer-Defosse)⁸⁶ et appréciations effectuées par la doctrine et la jurisprudence. La preuve scientifique permettait de parvenir à de quasi-certitudes, c'était le résultat d'une évolution des techniques médicales et scientifiques.

⁷¹⁻ Tout d'abord dans les années 50, lors de la découverte des marqueurs sanguins, il était possible de prouver de façon assez sûre les liens de filiation entre deux individus,

⁸⁵ Rubellin-Devichi J., « une importante réforme en droit de la famille : la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 », JCP éd. G., 1993,I, 3659.

⁸⁶ Dekeuwer-Defosse F., Rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice. Paris, la documentation Française, coll rapports officiels, 1999.

mais ce n'était pas une technique d'une fiabilité totale (il y avait absence de lien de filiation lorsqu'il y avait incompatibilité des groupes sanguins des intéressés).

En 1972, le législateur a mis en place une loi d'égalité et faisant place à cette vérité scientifique. Puis avec la découverte de l'empreinte génétique⁸⁷ qui indique, avec une possibilité d'erreur minime voir quasi impossible, la filiation d'un individu est désormais totalement fiable. L'effort législatif intervenu en 1972 fut poursuivi par la loi du 8 janvier 1993. Quelle est cette méthode de l'empreinte génétique ?

A partir de l'analyse d'une cellule quelconque d'un individu, il est possible d'établir son code génétique. Or, ce Code qui lui est propre (le risque de rencontrer deux personnes ayant les mêmes caractéristiques génétiques est statistiquement inexistant) permet d'établir de quels auteurs elle est issue par comparaison avec les codes génétiques de ces derniers. Nous verrons ultérieurement lors de l'étude de la loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994⁸⁸, réformée en 2004 et actuellement en discussion, que cette pratique est juridiquement encadrée. Pour mettre en place ces diverses méthodes de recherches, la loi exige une décision judiciaire. C'est au juge saisi de l'action en constatation ou en contestation qu'il incombe d'ordonner cette mesure d'instruction. Mais ce rôle du juge (il s'agit ici de sa décision de recourir ou non à de tels modes de preuves) a été largement contesté et remis en cause.

72- La jurisprudence s'est engagée progressivement dans une sorte de **droit de fait à l'expertise biologique**. En effet, il était devenu régulier et sur l'insistance même de la Cour de cassation que les juges fassent appel aux expertises biologiques pour trancher les conflits de filiation. La Cour Suprême recommande en effet : *« que les juges du fond ne doivent jamais hésiter, dès lors du moins que l'on ne se heurte pas à une filiation protégée par la possession d'état, à recourir aux moyens que donne la science moderne pour établir la vérité des filiations »*⁸⁹ C'est dans un **arrêt du 28 mars 2000** que la première chambre civile de la Cour de cassation a posé **le principe** selon lequel **« l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder »**⁹⁰.

⁸⁷ A partir d'une cellule quelconque de l'organisme, on peut établir le code génétique, sous la forme d'un code barres. La méthode s'est développée en Grande-Bretagne à partir d'études réalisées par le Professeur Jeffreys de l'université de Leicester et publiées dans les années 1985 ; Bottiau A., « empreintes génétiques et droit de la filiation », D., 1989, chr., 39^{ème} cahier; Galloux., « L'empreinte génétique : la preuve parfaite ? », JCP éd. G., 1991, I, 3497 ; Rouger « Pour une présentation complète du déroulement de l'expertise, filiation et empreintes génétiques », A. J famille., mai 2003, 171.

⁸⁸ Massip J., « L'insertion, dans le code civil, de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », Defrénois, 1995, I, art. 35975, n°25.

⁸⁹ Rapport de la Cour de cassation, 1987, Paris, La documentation Française, 1988, p.135.

⁹⁰ Civ.1^{ère}, 28 mars 2000, JCP., 2000, II, 10409, Concl. Petit, note Montsallier-Saint Mieux, D., 2000, 731, note Garré, D., 2001, somm. 1427, obs. Gaumont-Prat, somm.2868, obs. Desnoyer ; Dr.fam., 2000,72, obs. Murat ; Defrénois., 2000, p. 769, obs. Massip, RTD civ., 2000, 304, obs. Hauser ; Le Gach-Pech, De Louis XVII à Z..., D., 2001, 404.

Nous étudierons dans une première sous-section cette évolution du rôle du juge et cette mise en place progressive d'une expertise biologique « *de droit* ».

73- Le droit de la filiation évoluant, il devenait nécessaire de le réformer à nouveau, et de l'adapter aux modes de vie contemporains. C'est par l'ordonnance du 4 juillet 2005 applicable au 1^{er} juillet 2006 que le droit de la famille va se modifier considérablement dans le domaine spécifique de la filiation. C'est ce que nous étudierons dans une deuxième sous-section.

Sous-section 1 LE DECLIN DES POUVOIRS DU JUGE

74- Antérieurement au 28 mars 2000, nous nous trouvions face aux pleins pouvoirs des juges en matière de preuve de la filiation et de recherche de la vérité biologique de cette dernière. C'est d'ailleurs ce que dénonçait dans sa thèse le Professeur Murat (cf. supra). On admettait que le juge n'était tenu d'ordonner une expertise sanguine que lorsque celle-ci était de nature à établir une fin de non-recevoir.

75- La première Chambre civile de la Cour de cassation avait par exemple rendu un arrêt le 8 juin 1999 dans lequel elle stipulait : « *attendu que la reconnaissance d'un enfant naturel est présumée être l'expression de la vérité et qu'il incombe à celui qui la conteste d'apporter la preuve de son caractère mensonger ; que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la Cour d'appel a refusé l'expertise, après avoir relevé que M. L., qui avait vécu pendant plusieurs années en concubinage avec Mme B..., ne fournissait aucun élément de preuve sérieux permettant de mettre en doute sa paternité ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision...* »⁹¹. Lorsque, comme dans l'arrêt précité, l'expertise ne constituait qu'un moyen de preuve au fond le juge n'était jamais tenu d'y recourir.

Le principe est celui de la liberté de la preuve. C'est le cas du droit de la filiation, chacune des parties pouvait réclamer une analyse biologique et les juges estimaient si cela était opportun ou non. Ils usaient ainsi de leur pouvoir souverain d'appréciation. Ils avaient également le pouvoir d'ordonner cette mesure d'office. Face à la prédominance de la vérité biologique, il devenait fondamental de savoir si une telle mesure devait s'imposer au juge ou s'il restait maître de l'ordonner. L'efficacité juridique de l'expertise biologique dans les procès relatifs à la filiation dépend du rôle du juge en la matière. S'il est totalement libre, dans son appréciation, son pouvoir de l'ordonner ou non sera discrétionnaire. L'importance de la place de la vérité biologique dépendra de son bon

⁹¹ Cass, 1^{ère} civ., 8 juin 1999, jurisdata, n°002436

vouloir⁹². En revanche, si un droit à l'expertise biologique peut lui être opposé, il sera tenu d'y procéder. La recherche de la vérité biologique devient alors la « *clé de voûte* » du droit de la filiation. Sous l'empire de la loi de 1972, le rôle du juge ne se présentait pas de manière uniforme.

76- Or en **mars 2000**, un **arrêt de principe** de la Cour de cassation va mettre fin à cette pratique et **limiter le rôle tout puissant du juge** par le biais d'un revirement jurisprudentiel. La solution dégagée par cet arrêt est venue bouleverser les pouvoirs du juge quant à sa capacité de diligenter une expertise biologique. Simple faculté laissée à sa discrétion, l'expertise biologique lui est désormais imposée. Cet arrêt marquera le **retour en force de la preuve biologique** en droit de la filiation. Cet arrêt de principe, rendu dans le cadre d'une action en contestation de reconnaissance paternelle, a été diversement accueilli⁹³. Il a rapidement été conforté par un arrêt allant dans le même sens en date du 30 mai 2000 pour une affaire similaire. L'attendu de principe rendu par la Cour de cassation dans ces différentes espèces, énonce que : « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* ». Le principe est que dans toutes ces actions relatives à la filiation, l'expertise biologique est de droit lorsqu'elle est réclamée par une des parties en demande comme en défense. Dans le cas où les juges du fond envisageraient d'écarter cette demande, ils doivent depuis cette jurisprudence, somme toute récente, motiver spécialement leur décision.

Nous verrons tout d'abord, comment le rôle du juge a évolué quant à l'acceptation des différents modes de preuve scientifique de la filiation, puis nous envisagerons de démontrer comment le plein pouvoir des juges se voit limité par la décision rendue dans l'arrêt de principe du 28 mars 2000.

§1 - L'évolution du rôle du juge face à la preuve scientifique de la filiation

77- Comme nous l'avons déjà dit à plusieurs reprises, la preuve scientifique permet aujourd'hui de parvenir à de quasi-certitudes. Ce terme de preuve scientifique, concerne à la fois la technique de l'examen comparé des sangs et celle plus récente des empreintes génétiques.

⁹² Siffrein-Blanc C., La parenté en droit civil français, Thèse, Aix Marseille III, 2008

⁹³ juris-data, n°0011227 ; LPA., 5 sept. 2000, p. 8, note N. Nevejans-bataille et 27 nov. 2000, p. 13, note C. Daburon ; JCP 2000, I, n°253, obs. C. Byk et II, n°10409 concl. C. Petit et note N. M.-C. Monsallier-Saint Mieux ; D., 2000, Jur.p. 731, note Garé ; Defrénois 2000, art. 37194, p. 769, obs. J. Massip ; RJPF 2000, n°5, p. 23, obs. J. Hauser ; gaz. Pal., n° du 10 au 12 sept 2000, p. 30, note J. Massip ; Dr. Fam., 2000, Comm. n°72, note P. Murat

En effet, le progrès des connaissances en biologie s'est avéré tel que les examens sanguins ont tout d'abord permis, par l'étude des groupes tissulaires HLA, d'augmenter les exclusions de paternité et de déterminer des probabilités positives de paternité de plus en plus élevées et qu'ensuite la méthode des empreintes génétiques portant sur l'examen comparé de l'ADN a abouti à une véritable certitude.

78- Pour la Cour de cassation, de façon traditionnelle, la décision d'ordonner ou non une mesure d'instruction relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond. Considération comportant cependant une limite : l'ancien article 340-1 du Code civil en vertu duquel, l'appréciation souveraine des juges du fond ne pouvait avoir lieu dans les cas où l'expertise était imposée par les textes en vigueur. Dans ces cas précis, les juges se devaient de respecter la lettre du texte.

79- Cette preuve de la filiation est sévèrement encadrée. C'est la loi bioéthique de juillet 1994 qui en est le gardien, d'ailleurs complétée par la loi du 24 mars 2005. L'article 16-11 du Code civil énonce :

- en matière pénale, que cette technique n'est envisageable que dans certains cas spécifiquement énumérés : pour une recherche scientifique, à des fins médicales, pour identifier un militaire décédé à l'occasion d'une opération conduite par les forces armées ou les formations attachées ou *« dans le cadre de mesures d'enquêtes ou d'instructions diligentées lors d'une procédure judiciaire »*,
- mais aussi en matière civile, où elle ne peut être réalisée *« 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 »*. De plus, le texte ajoute que depuis la réforme opérée par la loi du 6 août 2004 *« sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort »*.

La loi réserve ces techniques d'identification à des personnes agréées par l'autorité publique et inscrites sur une liste d'experts si l'expertise est diligentée dans le cadre d'une procédure judiciaire. La loi subordonne l'utilisation de ce mode de preuve à deux conditions : une décision de justice et le nécessaire consentement de l'intéressé.

80- Avant le 28 mars 2000, le juge n'était tenu d'ordonner une expertise sanguine que lorsque celle-ci était de nature à établir une fin de non-recevoir. En revanche, lorsque celle-ci ne constituait qu'un moyen de preuve au fond, le juge n'était jamais tenu d'y recourir. Cette solution avait cependant été bouleversée par la loi du 8 janvier 1993 qui avait supprimé les fins de non-recevoir en matière d'action en recherche de paternité et

d'actions à fins de subsides. Cette loi du 8 janvier 1993 avait modifié les règles applicables en matière d'action en recherche de paternité naturelle en abrogeant l'article 340-1 du Code civil lequel édictait des fins de non-recevoir. La loi a mis en place l'article 342-4 du Code civil relatif aux moyens de défense à une action à fins de subsides. Il n'y a donc plus d'hypothèse où l'expertise biologique tendrait à établir une fin de non-recevoir. Il en résultait un recul corrélatif de la preuve biologique qui, en tant que moyen de preuve au fond, devenait simplement facultative. Le juge semblait avoir le pouvoir souverain d'apprécier l'opportunité de cette mesure d'instruction.

81- La jurisprudence a progressivement consacré une sorte de droit à l'expertise biologique. La Cour de cassation a d'abord retenu qu'un juge ne pouvait rejeter une contestation en relevant qu'aucune contre-expertise n'avait été demandée par les parties alors qu'il lui appartenait d'ordonner d'office une telle mesure⁹⁴. En revanche, comme le disent Madame Fenouillet et Monsieur Terré, « elle considérait qu'il relevait du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond de rejeter une demande d'expertise génétique lorsque cette dernière présentait une chance négligeable d'aboutir à un résultat différent d'un examen des sangs préalablement ordonné ou encore lorsque les débats et les documents fournis établissaient le lien de filiation »⁹⁵.

La jurisprudence très attachée au principe de vérité avait déjà en 1997, précisément le 11 janvier 1997, dans une décision de la Cour de cassation⁹⁶, atténuée l'exigence de l'article 340 du Code civil. Elle avait considéré que la preuve de paternité pouvait être faite par tous moyens y compris par les présomptions et indices eux-mêmes. Les limites posées par la loi sont brisées par l'arrêt du 28 mars 2000.

§2 - L'expertise biologique de droit en matière de filiation

82- Dans ce spectaculaire revirement de jurisprudence de 2000, la Cour de cassation confère désormais aux **preuves scientifiques une place centrale**. Après avoir admis l'expertise biologique dans « l'intérêt essentiel des parties »⁹⁷, elle décide qu'elle est **de droit en matière de filiation**. Mais la Cour de cassation y a mis un bémol. Elle est de droit certes, « sauf » s'il existe un **motif légitime de ne pas y procéder**. C'est ce nouveau mot « sauf » qui va parfois permettre de ne pas procéder à l'expertise biologique. Mais comment qualifier le motif légitime ? Là encore, nous nous trouverons de nouveau face à **l'arbitraire du juge**. En réalité, il n'y a pas de qualification de ce

⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, RTD Civ., 1995, 871, Obs. Hauser.

⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, D., 1999, 651, Note Massip.

⁹⁶ D., 1997, p. 502, Obs. Massip ; D., 1998, p. 29, Obs. Granet.

motif légitime, cela s'envisagera au cas par cas. C'est dans ce sens que le plein pouvoir du juge va parfois se trouver limité.

⁸³⁻ Le sens qu'il convenait d'attacher à ce « *sauf motif légitime* », a été progressivement dégagé. Un tel motif est avéré lorsque la demande est dilatoire ou vexatoire, d'après la doctrine. Il en est de même si la personne qui doit subir l'expertise la refuse. Pour la Cour de cassation, il en est de même également si la demande est superfétatoire.

Cela a été le cas dans une recherche de paternité⁹⁸ où, suite aux résultats de l'examen sanguin, on pouvait conclure avec une quasi-certitude de la paternité. Les juges ont considéré que l'examen sanguin se suffisait à lui-même et en ont conclu à l'inutilité de la recherche d'ADN. Les juges doivent pouvoir juger de l'utilité ou non de l'expertise génétique. La certitude exclut l'expertise. Cependant, la Cour de cassation reste très exigeante quant à la motivation des juges, afin d'éviter que des juges ne s'abritent derrière la suffisance des autres preuves.

⁸⁴⁻ Madame l'avocat général Petit demandait à la Première Chambre civile de la Cour de cassation⁹⁹, « *adoptant la position de nombreux pays européens, de dire que le pouvoir discrétionnaire des juges du fond quant à l'appréciation d'une mesure d'instruction cesse lorsque le refus d'ordonner cette mesure fait obstacle à l'établissement d'un droit ou lorsqu'elle constitue l'unique moyen d'en rapporter la preuve* ».

L'affaire soumise à la Première Chambre civile, concernait un garçon né en octobre 1994, reconnu par le concubin de sa mère dans l'acte de naissance, celle-ci ayant plus tard formé une action en contestation de cette reconnaissance et sollicité, une expertise sanguine. La Cour d'appel avait rejeté la demande au motif que la mère ne rapportait pas la preuve de la stérilité de l'auteur de la reconnaissance et dès lors, qu'il n'y avait pas lieu de recourir à une expertise, laquelle ne pouvait être ordonnée en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve.

⁸⁵⁻ C'est dans cet arrêt du 28 mars 2000, que la Cour de cassation a cassé la décision au visa des articles 339 et 311- 12 du Code civil, ensemble l'article 146 du Nouveau Code de Procédure Civile, énonçant le principe selon lequel « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas l'ordonner* ». Autrement dit, l'expertise biologique s'entend pour les juges du fond comme un devoir, sauf « *motif légitime* ». Par cette décision rendue sous le visa de l'article 311-12 du Code civil, la Cour de cassation a entendu donner une portée générale à la solution tant du point de vue du

⁹⁷ CA Paris, 6 nov. 1997, JCP éd. G., 1998, I, n° 101, note J. Rubellin-Devichi ; JCP., 1998, II, n° 10113 et Gaz. Pal., 1997, 2, p. 703, note T. Garé ; D., 1998, Jur. P. 122, note P. Malaurie et somm. P. 161, obs. Gaumont-Prat

⁹⁸ Civ 1^{ère}, 12 juin 2001, D., 2001, n° 26, p. 2089.

domaine que de celui des moyens. En effet, elle accorde un champ d'application large à l'obligation faite au juge d'ordonner une expertise biologique. Ce droit ne semble pas se cantonner à la seule contestation de reconnaissance, mais semble s'étendre à tout le droit de la filiation¹⁰⁰. Ce principe a été repris également par un arrêt similaire du 30 mai 2000.

86- Les auteurs ont diversement réagi face à ce revirement spectaculaire de la Cour de cassation. Pour Madame Granet¹⁰¹, les arrêts du 28 mars 2000 et du 30 mai 2000, dont la solution n'était peut-être pas si attendue, sont venus relancer les discussions concernant les expertises en droit de la filiation. Cette discussion a d'autant plus d'impact qu'elle se situe peu de temps avant la révision des lois bioéthiques en 2004. Lesquelles lois ont ajouté dans le Code civil les articles 16-1 et 16-12, relatifs aux analyses par les empreintes génétiques en les soumettant à un régime juridique particulier par rapport aux expertises sanguines classiques. En ce qui concerne le domaine de la preuve en droit de la filiation, le présent arrêt vient s'inscrire dans une évolution importante et qui ne s'arrêtera pas là. Toujours pour Madame Granet, laquelle reprend également les avis de Monsieur Massip¹⁰², « *si les juges du fond écartent une demande d'expertise biologique, ils doivent désormais motiver spécialement leur décision* » et c'est peut-être sur les motifs d'un tel refus que l'on est conduit à s'interroger. Enfin, cette promotion de la preuve biologique rapproche le droit français des droits allemand et suisse, dans un contexte de promotion également du droit pour l'enfant à connaître ses origines.

87- Pour Monsieur Garé¹⁰³, « *comment ne pas voir que la formule retenue par la Cour de cassation, « l'expertise est de droit sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder » conduit simplement à déplacer le pouvoir d'appréciation du juge ? Le flou de la réserve introduite laisse le « droit à l'expertise » au risque de l'arbitraire du juge* ». D'après, Monsieur Garé, même si la doctrine considère que le juge pourrait refuser l'expertise lorsqu'elle présente par exemple un caractère vexatoire (mari voulant s'assurer de la fidélité de son épouse), ou dilatoire (demande d'expertise formée pour gagner du temps), ou encore lorsqu'il existe une autre expertise antérieure, dont les résultats paraissent suffisants, ces suggestions doctrinales ne lient pas le magistrat, et l'on se trouvera toujours face à l'arbitraire des juges. D'après cet auteur, ce nouveau « *droit à l'expertise biologique* », s'intègre fort mal dans notre droit de la filiation. Il considère que la possibilité de demander à tout moment une expertise semble bien

⁹⁹ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. n°103.

¹⁰⁰ Jourdain-Fortier C., « les enfants de la nature au XIX^{ème} siècle : La possession d'état à l'épreuve de l'expertise biologique », Dr fam., juillet-août 2003, p. 17 ; Murat P., « Expertise biologique de droit : une rafale d'arrêts » note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2005, (5 arrêts), Dr fam., juillet-août 2005, com. n° 182, p. 23.

¹⁰¹ « L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder » D., 2001, n°12. p. 976 Note F. Granet.

¹⁰² Cass, civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Defrénois., 2000, Art 37194, p, 769 et suivantes note. J. Massip.

¹⁰³ Cass, civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, D., 2000.n° 35 p 731, note T. Garé.

condamner le régime de l'action en recherche de paternité. Monsieur Garé considère également que « *plus largement, le droit à l'expertise, c'est-à-dire la preuve certaine, risque d'aboutir à la remise en cause de toutes les règles qui, dans notre droit de la filiation, repose sur la vraisemblance plus que sur l'exactitude. Il en est ainsi notamment des présomptions et de la possession d'état. L'expertise biologique est aux antipodes de la possession d'état, faite d'apparence et de vérité affective. Et le nouveau droit à l'expertise risque d'aboutir à un recul de la possession d'état aussi bien dans sa fonction probatoire que dans son rôle d'établissement* ». Monsieur Garé propose que les juges décident qu'« *il y a, en matière de possession d'état, un motif légitime à ne pas recourir à l'expertise* ». En ce domaine tout est une question de délais et nous verrons notamment que depuis l'ordonnance de 2005 les délais protègent ce qui a été acquis par possession d'état et empêchent des expertises à outrance ! Monsieur Garé s'opposant totalement à ce droit à l'expertise considère : « *est-il bien raisonnable de prolonger les ravages de la vérité des filiations par un droit à l'expertise biologique?* ».

Sous-section 2 LA NOUVELLE EVOLUTION DU DROIT DE LA FILIATION

⁸⁸- Comme nous venons de le démontrer, la filiation est en constante évolution et ne cesse de se modifier pour s'adapter à l'évolution de la société. C'est en effet la prise en compte des questions les plus actuelles qui a inspiré la réforme mise en place et ayant vu le jour par une ordonnance du 4 juillet 2005 applicable au 1^{er} juillet 2006, modifiant certains éléments du texte de 1972. Cette volonté de modifier le droit de la filiation s'était déjà fait pressentir lors du dépôt du rapport Dékeuwer-Défossez¹⁰⁴ en 1999. L'objectif majeur de la réforme était de simplifier et d'unifier la matière. L'ordonnance a apporté un droit unitaire de la filiation (on oublie toutes distinctions qui n'existent plus dans les textes). Dans l'esprit d'uniformisation, le droit d'établissement est le même pour tous, même s'il subsiste des différences.

⁸⁹- L'ampleur des décisions jurisprudentielles : selon les statistiques de la justice, plus de 3 000 affaires ont été engagées en 2002, par des pères, des mères ou des enfants majeurs, dont 1 100 actions de recherche en paternité. Les lois de 1972 et 1993 complétées par celles de 2001 et 2002, n'ont cessé d'ébranler ce droit de la filiation. Une nouvelle réforme était nécessaire. Pour Madame Dekeuwer-Defossez, il fallait modifier les délais dans un souci d'uniformisation : un délai de 5 ans après la majorité de l'enfant mais pas de 10 ans « *c'est trop, explique-t-elle ; Un homme âgé de 65 ans risquerait d'être poursuivi par un fils de 28 ans dont il ignore l'existence* ». Cependant, dans notre

société captivée par la science, il est utopique de vouloir nier l'influence des expertises biologiques. L'enfant ne naît pas ex nihilo. Il faut lui reconnaître le droit à la vérité autant que possible.

90- L'évolution des mœurs et le progrès scientifique ont contribué, à faire évoluer le droit vers une filiation fondée sur la vérité biologique. Les lois du 3 janvier 1972 et du 8 janvier 1993, supprimant les cas d'ouverture à l'action en recherche de paternité naturelle et les fins de non-recevoir qui y faisaient obstacle, ont été décisives dans ce mouvement. Par un arrêt du 28 mars 2000, la Cour de cassation a énoncé le principe selon lequel l'expertise biologique est de droit en matière de filiation. Plus récemment encore, et ce dans une série de sept arrêts du 14 juin 2005, la Première Chambre civile de la Cour de cassation réaffirme cette jurisprudence et précise le régime de l'expertise biologique¹⁰⁵. La preuve biologique dans le contentieux de la filiation a pris une place irréfutable. En effet, l'expertise biologique a été mise au premier rang des preuves dans le contentieux en matière de filiation en raison de sa grande fiabilité probatoire. Cependant, il ne faut pas oublier que toute preuve aussi parfaite soit-elle se doit d'être encadrée afin de protéger les droits de la personne et la paix des familles¹⁰⁶.

Le droit nouveau mettra en place une filiation unifiée et simplifiée. Nous verrons ce qu'il faut penser de la vérité biologique face à la filiation voulue et vécue.

§1 - Un droit unitaire de la filiation

91- L'ordonnance du 4 juillet 2005 a largement unifié, et en conséquence simplifié, le droit spécial des actions relatives à la filiation. Sous l'empire de la loi de 1972, tout dépendait du point de savoir si l'enfant était légitime ou naturel, si l'action portait sur la paternité ou la maternité, si elle tendait à établir ou à contester la filiation, et, dans ce cas, si elle avait été établie par titre et ou possession d'état. Tout d'abord, nous envisagerons la complexité du droit de la filiation de l'époque et son unification par le législateur. Nous verrons ensuite, comment le droit a été simplifié. Nous constaterons que sur ce dernier point de vue la doctrine et les auteurs du droit en la matière sont assez divisés.

¹⁰⁴ Dekeuwer-Defosse F., *Rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, la documentation française, 1999.

¹⁰⁵ RJFP 2005-11/36, obs. T. Garé

¹⁰⁶ Scapel C., « Que reste-t-il de la paix des familles après la réforme du droit de la filiation ? », JCP éd G., 1976, I, 2757.

A- L'unification du droit de la filiation

92- La réforme mise en place en 2005 est le prolongement de la loi de 1972 et de celle de 93, dans le sens où nous allons vers **l'égalité des filiations légitimes et naturelles**. Désormais, il n'y a plus qu'**une seule et unique filiation**. On ne parle plus de filiations légitimes et naturelles. Cette réforme s'est d'ailleurs peut-être inspirée du droit allemand et de la réforme du 16 décembre 1997 (loi allemande portant réforme du droit de la filiation entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1998). L'innovation de la loi allemande porte sur l'abandon de la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle. Cet abandon répond au désir de ne plus faire aucune distinction entre les enfants selon leur naissance. Comme le constate Eva Wenner, « *le droit allemand¹⁰⁷ pourrait sembler timide à l'observateur étranger. Ce serait oublier que le droit allemand, en matière de filiation et d'autorité parentale, avait un retard considérable qu'il convenait de rattraper* ». Que penser du système français où la fin de la distinction filiation légitime / filiation naturelle date de 2005 ! Il semble que la France soit parmi les derniers pays européens à se réformer en matière de droit de la filiation.

93- En France, antérieurement à la réforme, c'était la qualité du couple parental qui entraînait l'attribution d'un qualificatif aux enfants qui en étaient issus. Depuis le 1^{er} juillet 2006, l'indifférence est la règle, on ne fait plus de distinction. Le mariage n'est plus le principe fondateur de la famille. Le droit de la filiation n'était plus en phase avec la société de la fin du XX^{ème} siècle. C'est la raison pour laquelle il fallait envisager de légaliser les droits des enfants quelle que soit leur filiation et leur parenté.

94- Le principe d'égalité est inscrit dans le Code civil à l'article 310 : « *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* ».

Le nouveau droit de la filiation s'appuie sur la réalité des familles (parfois désunies ou recomposées), en mettant à l'écart l'ancienne frontière bâtie sur la situation conjugale, au profit d'un traitement égalitaire des parents et d'une distinction plus nette entre la filiation établie automatiquement par l'effet de la loi et celle établie par la volonté des père et mère.¹⁰⁸

95- L'unification du droit de la filiation découle de cette égalisation des filiations. Mais il y a une limite à ce principe d'unification, celle-ci demeure malgré tout relative dans la mesure où la présomption de paternité ne jouera que pour la filiation paternelle des

¹⁰⁷ Wenner E., « Actualité : la réforme du droit de la filiation en Allemagne », *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, tome XLV, 1997, p. 109.

enfants issus d'un couple marié. Nous présumons que l'enfant a pour père, le mari de sa mère. Cela ne vaut pas dans le cas d'un couple parental non marié.

⁹⁶- On avait déjà ressenti cette volonté d'unification de droit en matière d'autorité parentale en 2002 lors de la mise en œuvre de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Depuis 2002, on parle d'autorité parentale conjointe et unitaire. C'est un droit commun. L'ordonnance de 2005 va continuer dans le sens d'un droit unitaire comme l'égalité était déjà acquise. Cette réforme était nécessaire techniquement et sociologiquement, surtout après que l'on eut commencé à s'attaquer, par les lois du 3 décembre 2001 sur les successions et du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, à une réécriture égalitaire des effets de la filiation qui laissait curieusement à la traîne le droit de la filiation lui-même, pourtant cause première¹⁰⁹. Il convenait de supprimer cette terminologie obsolète, en restructurant le dispositif d'établissement de la filiation, sur la base de critères plus pertinents. Une nouvelle architecture du droit de la filiation se met en place : fixant les quatre modes d'établissement du lien juridique :

- l'effet de la loi,
- la reconnaissance,
- la possession d'état constatée par un acte de notoriété,
- le jugement.

⁹⁷- Dans la mesure où l'on ne parle plus de filiation légitime et naturelle mais désormais d'une filiation en général, le procédé de la légitimation a été supprimé, mais son effet à l'égard des enfants nés antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme justifie que nous l'exposions brièvement.

Il existait deux types de légitimation :

- La légitimation par mariage, celle-ci pouvait résulter du mariage des parents de l'enfant après la naissance de celui-ci. Elle entraînait une mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant, l'enfant acquérait les droits et les devoirs de tout enfant légitime.
- A côté de la légitimation par mariage, il y avait la légitimation par autorité de justice, celle-ci permettait à l'enfant de devenir légitime en l'absence du mariage de ses parents. Cette légitimation était prononcée en justice par le Tribunal de grande instance. Le tribunal était saisi par requête, par l'un des deux parents ou les deux conjointement (article 333 ancien du Code civil). Il fallait que le mariage

¹⁰⁸ Montoux D., « Réforme simplificatrice du droit de la filiation », JCP éd. N., 2005, 1341.

¹⁰⁹ Murat P., « Dossier spécial filiation avant lecture », Dr fam., septembre 2005.

soit « *impossible entre les deux parents* ». Il fallait que l'enfant ait « *à l'endroit du parent qui requiert* » la légitimation « *la possession d'état d'enfant naturel* ».

On ne voulait pas bâtir une légitimité sur une filiation non vécue. Le tribunal, chargé de la légitimation, statuait en fonction de l'intérêt de l'enfant. Il appréciait l'opportunité de la légitimation au regard de la situation familiale et personnelle de tous les intéressés.

98- L'unification apparaît également dans les conditions d'établissement de la filiation maternelle. L'article 311-25 du Code civil dispose que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance établit la filiation à son égard. Cette indication demeure toutefois facultative et il y a libre choix pour la mère d'accepter ou non que son nom figure dans l'acte. La mère non mariée n'aura plus à reconnaître l'enfant dont elle a accouché. L'unification ici apparaît dans la mesure où on ne tient plus compte de la situation conjugale, mais nous tirons les conséquences de la matérialité de l'accouchement.. C'était une des mesures les plus attendues depuis l'arrêt Marckx c/ Belgique de la cour EDH¹¹⁰, lequel avait été repris dans un jugement du Tribunal de grande instance de Brives et un arrêt de 2006 qui avait rendu compte de la jurisprudence Marckx dans notre Droit. L'arrêt Marckx reconnaît le droit à l'enfant d'avoir une vie « *familiale normale* » et impose corrélativement aux états de réformer leur législation de telle manière qu'elle n'entrave pas l'établissement de liens juridiques entre l'enfant et sa mère et a fortiori entre l'enfant et son père.

B- La simplification du droit de la filiation

99- A l'aube de 2005, le droit de la filiation se trouve en pleine mutation. La loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004, habilitant le gouvernement à simplifier le droit par voie d'ordonnance, et la décision du Conseil Constitutionnel du 2 décembre 2004 imposent au gouvernement de moderniser rapidement le droit de la filiation (actualités sociales hebdomadaires).

100- Pour Madame Fenouillet¹¹¹ le choix de légiférer par ordonnance est une erreur : « *Il faut déplorer le dévoiement de cette procédure dans une matière aussi essentielle que la filiation : comment admettre que la définition de ce lien familial élémentaire, hautement symbolique et qui participe à la constitution du lien social, ait été soustraite aux débats*

¹¹⁰ CEDH, 13 juin 1979, aff. 6833 /74, série A, n°31. CEDH Marckx c/ Belgique série A, n°31, 13 juin 1979, In les grands arrêts de la cour européenne des droits de l'homme, Frédéric Sudre, Jean-Pierre Marguenaud, Joël Andriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire et Michel Levinet, PUF droit, coll. Thémis, « Les grands arrêts de la jurisprudence », 2007, p. 495, n° 49. L'ordonnance du 4 juillet 2005 modifie les règles d'établissement de la filiation maternelle en fonction des principes posés par la cour.

démocratiques? ». Il restera à noter le Projet de loi de ratification en date du 15 janvier 2008 qui apporte des modifications d'ampleurs diverses.

101- Pour Madame Dekeuwer-Deffossez, il devenait urgent d'adapter les preuves de la filiation à l'évolution des modes de vie et de tenir compte des critiques constructives proférées par la doctrine. La complexité du droit de la filiation avait déjà été maintes fois démontrée dans le rapport Théry en 1998 et dans la commission présidée par le Professeur Dekeuwer-Deffossez en 1999. C'est la raison pour laquelle le gouvernement a autorisé la modification du droit par voie d'ordonnance.

102- Pour Monsieur Hauser, « *le droit méritait cette révision à la recherche d'un juste équilibre entre l'établissement et la contestation des liens de filiation* » et pour Monsieur Huret « *tout en respectant un souci de simplification le droit étant compliqué en matière de filiation. Il s'agissait également d'en profiter pour le simplifier* ».

Madame Gouttenoire considère que « *l'ordonnance, dans son œuvre simplificatrice, a traduit en termes procéduraux les modifications substantielles du droit de la filiation. Les actions relatives à la filiation ont été profondément bouleversées par la réforme dans le sens d'une meilleure lisibilité et d'une plus grande cohérence mais également d'un renforcement de la stabilité de la filiation, socialement et affectivement vécue, y compris lorsqu'elle ne correspond pas à la vérité biologique¹¹²* ». Cependant, beaucoup d'auteurs sont divisés quant à la réelle simplification apportée par ces principes.

103- Nous pouvons considérer, eu égard aux différentes modifications apportées par l'ordonnance, qu'il y a bien **une réelle simplification**, ne serait-ce qu'**en termes de délais**. Il semblerait même que la durée du délai ait un sens, une cohérence quant à l'action envisageable et que ces derniers tiennent bien compte du souci de **l'intérêt de l'enfant** et de **la stabilité de sa filiation**. A ce sujet, il est intéressant de voir que la preuve génétique peut-être largement utilisée dans la mesure où elle intervient dans le délai fixé.

104- Pour le Professeur Dekeuwer-Deffossez ¹¹³ la mesure emblématique et véritablement innovante de l'ordonnance, qui est la suppression de la distinction entre les filiations légitimes et naturelles, n'a pas toutes les vertus simplificatrices escomptées ; qu'on le veuille ou non, le fait que les parents soient mariés ou non avant la naissance de l'enfant

¹¹¹ Fenouillet D., Droit de la famille, Cours Dalloz, 2^{ème} édition, 2008, p. 284.

¹¹² Gouttenoire A., « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », Dr fam., janvier 2006, p. 20 et suivantes.

¹¹³ Dekeuwer-Deffossez F., « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple » RLDC 2005/21.878.

a une incidence sur sa situation. Pour l'auteur, cette simplification n'est qu'« *un trompe l'œil* ». Cela est notamment vrai en matière de présomption de paternité.

Pour le Professeur Murat, « *Oui le droit de la filiation est simplifié : on ne peut le nier. Et pourtant, on nous a déjà prévenu : « le nouveau droit de la filiation, pas si simple ! » Mais c'est seulement que malgré les efforts, toute loi est en soi naturellement imparfaite : la simplification en droit est un mythe ou un leurre, comme on voudra : tôt ou tard, les difficultés rattrapent celui qui doit se frotter aux réalités, mettre en œuvre, qualifier, interpréter* »¹¹⁴. Pour cet auteur¹¹⁵, cette simplification est bien réelle et s'exprime de trois manières :

- Tout d'abord, une **simplification de l'accès au droit**. Cette réforme oblige à une réécriture de la loi, qui est salutaire par l'effort de rationalisation que l'exercice implique : le droit de la filiation devrait « désormais répondre sans hésitation à l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ».
- Pour ce qui concerne le contentieux de la filiation, il y a une **simplification du régime procédural** : la réforme entraîne l'abrogation de nombreuses dispositions qui étaient lettre morte et permet ainsi une recomposition simplifiée des actions relatives à la filiation. Pour le Professeur Murat, le point le plus significatif, touche la contestation de la filiation : « en l'état du droit positif, note le rapport au Président de la République, neuf actions différentes permettent de contester un lien de filiation légalement établi qui obéissent à des régimes différents quant à leurs titulaires et délais, lesquels varient de six mois à quarante huit ans ». L'ordonnance va supprimer les dix-sept articles concernant la contestation de la filiation pour n'en créer que trois hormis, l'action à fins de subsides.
- Enfin le dernier élément de **simplification** concerne **les formalités pour les familles** : il s'agit de l'établissement de la maternité hors mariage puisque désormais l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance suffit à établir la filiation maternelle sans qu'il y ait lieu de faire une reconnaissance de l'enfant. La filiation maternelle hors mariage s'aligne sur celle en mariage. Nous constatons aujourd'hui le principe de la généralisation par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance. Le mariage n'est plus la condition sine qua non.

¹⁰⁵- Cependant, tout en étant réelle, cette simplification, n'est pour le Professeur Murat qu'une façade, car les objectifs de la loi sont plus substantiels que formels : il s'agit d'une refonte globale du droit de la filiation. Il y a deux mots d'ordre qui se dégagent de cette ordonnance : égalité des filiations et sécurité de la filiation.

¹¹⁴ Murat P., « Dossier spécial filiation avant lecture », Dr fam., Janvier 2006.

¹¹⁵ Murat P., « La filiation simplifiée », Dr fam., septembre 2005, p. 4

Pour le Professeur Salvage-Gerest¹¹⁶, cette ordonnance de 2005 s'inscrit dans une vaste entreprise de simplification du droit. Pour cet auteur, il est sûr qu'elle a supprimé quelques irritants « casse-tête » en uniformisant le régime des actions, et qu'elle a fait un «toiletage» utile en abolissant les légitimations post-nuptias et par autorité de justice déjà tombée en désuétude. Ceci sans parler de l'importante portée symbolique que revêt la suppression des notions même de « *légitimité* » et d'« *illégitimité* » des citoyens français.

106- Cette loi se veut **simplificatrice** mais également **protectrice de l'enfant**. Tout d'abord, il faut respecter le **principe chronologique**, c'est-à-dire, que pour établir une nouvelle filiation, il faudra que la première soit détruite dans les conditions admises par la loi. Ce système est particulièrement protecteur pour l'enfant. Toute filiation déjà établie a plus de puissance et de valeur. Pour assurer la sécurité juridique et éviter qu'un enfant ne soit doté de deux parents légaux dans la même ligne, l'article 320 du Code civil, prévoit 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* ». Cette faveur à la filiation établie la première, ne dépendant ni de la qualité des filiations en cause (à savoir en, ou hors mariage), ni des modes d'établissement utilisés (acte de naissance, présomption de paternité, reconnaissance, possession d'état), vaut à l'égard de la reconnaissance comme à l'égard de n'importe quel mode d'établissement du lien. De ce fait, celui qui souhaite souscrire une reconnaissance doit au préalable contester la filiation déjà établie puis, si la contestation est acquise faire une reconnaissance aux fins d'établir une nouvelle filiation. Antérieurement à l'ordonnance de 2005, c'était la loi de 1972 qui s'appliquait, confortée et modifiée par la loi de 93. Le système probatoire mis en place par la loi de 93 hésitait entre libéralisme et restriction. On ne pouvait recevoir l'action tendant à établir la filiation que s'il existait des « *présomptions ou des indices graves...* ». On ne pouvait saisir la justice que s'il existait un début de preuve, seule comptait la « *vraisemblance* » de la filiation alléguée. Le bien fondé de l'action ne pouvait être examiné qu'à l'issue. Nous étions bien loin de l'actuel statut protecteur. La recevabilité de l'action n'est plus soumise à une condition préalable de vraisemblance. La seule exigence posée par les textes est la preuve de la vérité biologique et l'absence de toute fin de non-recevoir spéciale.

107- Dans cet esprit protecteur, il faut également constater les modifications effectuées dans le domaine de la contestation de la filiation : dans la logique d'un droit unitaire, les délais sont raisonnables et adaptés, d'application générale ce qui simplifie le droit de la filiation. L'abréviation des délais est un facteur important de sécurité et de stabilité de

¹¹⁶ Salvage-Gerest P., « la reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », Dr fam., janvier 2006, études, p.13 et suivantes.

l'enfant et de paix des familles. Le législateur de 1972 avait beaucoup de considération pour la filiation vécue, ce qui explique pourquoi il avait rompu avec le droit antérieur et soumis les actions à la prescription extinctive trentenaire (ancien article 311-7 du Code civil). L'ordonnance a donc repris le principe mais raccourci le délai qui est désormais de 10 ans (article 321 du Code civil). Le point de départ du délai étant, soit « *le jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame* », soit « *le jour où elle a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté* ». D'après l'ordonnance ce délai est suspendu pendant la minorité de l'enfant. Si l'enfant veut agir lui-même, il le pourra jusqu'à ses vingt-huit ans.

§2 - L'établissement de la filiation maternelle

¹⁰⁸⁻ L'ordonnance ne modifie en rien les fondements et les modes d'établissement de la maternité. Ces derniers deviennent cependant concurrents et ne dépendent plus du statut juridique de la femme qui accouche. La maternité, lien juridique qui rattache un enfant à sa mère, s'impose avec une totale certitude grâce à la grossesse et à l'accouchement. Cependant, le droit français depuis le Code civil ne se contente pas de l'accouchement et exige une volonté réelle de la mère, c'est-à-dire l'acceptation du statut de mère. Avant l'ordonnance, la filiation d'un enfant né d'un mariage s'établissait automatiquement par l'indication, dans son acte de naissance de la qualité d'époux de ses parents. L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant né hors mariage ne suffisait pas à établir la filiation à son égard.

¹⁰⁹⁻ Désormais, avec l'article 311-25 du Code civil, **la désignation de la mère, dans l'acte de naissance de l'enfant**, qui cependant demeure facultative, **établit la filiation à son égard**. La mère non mariée n'aura plus à reconnaître l'enfant dont elle a accouché. L'ordonnance de 2005 tire les conséquences de la matérialité de l'accouchement. L'accouchement demeure le point de départ indispensable mais non suffisant de la maternité. Sans accouchement, pas de mère. La reconnaissance maternelle n'a plus lieu d'être.

Comme nous l'avons précisé cette inscription du nom de la mère dans l'acte de naissance n'est pas obligatoire : la règle exprimée à l'article 57 du Code civil demeure inchangée. L'identité de la femme qui a accouché peut-être connue mais cette dernière, mariée ou célibataire, peut refuser de figurer dans l'acte de naissance de l'enfant. Il n'est pas exigé non plus pour échapper à cette désignation que l'accouchement soit secret et anonyme. Selon Madame Neirinck¹¹⁷, ceci explique pourquoi l'article L. 244-4, 1°, du

¹¹⁷ Neirinck C., « la maternité », Dr fam., janvier 2006, études, p.9 et suivantes.

Code de l'Action Sociale et des Familles, qui établit une distinction entre les enfants dont « *la filiation n'est pas établie* » (mère dont l'identité est connue sans que la filiation ait été établie) ou « *est inconnue* » (par exemple à la suite d'un accouchement secret), a été conservé sans modification. L'article 311-25 a donc une valeur supplétive et ne joue qu'à défaut de volonté contraire de la part de la femme qui a accouché. L'accouchement sous X se présente comme une faculté discrétionnaire reconnue à la mère d'accoucher anonymement .

110- La désignation de la mère, dans l'acte de naissance, établit que la mère de l'enfant en question est la femme dont l'identité est indiquée. Cela prouve que telle femme a accouché à telle heure et à tel endroit. Il faut que l'identité de la femme figure sur l'acte de naissance. En son absence l'acte ne produira aucun effet à l'égard de la mère. La seule désignation dans l'acte suffit. Ce n'est plus la volonté matrimoniale de fonder une famille qui justifie la désignation automatique de la mère mais sa seule inscription dans l'acte de naissance, inscription faite à partir de la preuve médicale de l'accouchement, indépendamment de toute autre considération. Peu importe la personne ayant déclaré la naissance à l'officier d'état civil, il peut s'agir du père, d'un tiers ayant assisté à l'accouchement et ce sera bien souvent un représentant de la maternité. La maternité sera ainsi bien souvent établie sans aucune manifestation de volonté de la part de la mère (sauf le cas où elle aurait déclarée vouloir accoucher sous X), si du moins elle n'est pas mariée. Nous considérons ainsi que la maternité se fonde pour l'essentiel sur la vérité biologique, puisque l'acte de naissance se borne à prendre en compte que les déclarations du témoin qui a assisté à l'accouchement. Ces déclarations, dont la véracité est attestée par le certificat médical, qui doit être produit par le témoin, et établit que telle femme ait accouchée d'un enfant en tel lieu et à telle heure¹¹⁸.

111- Pour Madame Montoux (cf. supra), cette mesure de simplification est importante : « *en supprimant une formalité mal comprise, elle évitera qu'une proportion non négligeable d'enfants n'ait pas de filiation maternelle établie avec certitude, par simple méconnaissance de la loi* ». En effet, la loi de 1972 avait en son article 319 du Code civil, admis que: « *la filiation des enfants légitimes se prouvent par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil* ». A l'inverse, et c'était là bien la difficulté, l'acte de naissance de l'enfant conçu et né hors mariage, ne suffisait pas à établir la maternité de la femme désignée dans l'acte comme étant celle qui avait accouché de l'enfant. Cette règle représentait pour la filiation en quelque sorte le souvenir d'une époque où la maternité hors mariage était honteuse et se cachait, d'où l'exigence d'une manifestation de volonté solennelle et explicite de la mère. Mais dans une société où le nombre de naissances hors mariage va croissant et où l'union libre est de plus en plus fréquente,

cette règle était devenue dépassée et discutable. Pour Dominique Fenouillet, « *on pouvait y voir la conséquence de l'absence d'engagement parental: à la différence d'un couple marié, qui s'est engagé, au moment du mariage, à assurer ensemble la direction matérielle et morale de la famille, à pourvoir à l'éducation des enfants et à préparer leur avenir, le couple non marié n'est lié par aucun engagement parental; de ce point de vue, il n'est pas absurde que le droit souhaite un engagement explicite des auteurs de l'enfant, et notamment de la mère, et refuse de faire produire effet au seul acte de naissance, qui se contente de prouver le fait de l'accouchement, mais ne porte aucune promesse à l'égard de l'enfant. La différence de traitement pouvait ainsi procéder d'une réprobation morale dépassée ou d'une conception « volontariste » et pas seulement « biologique » de la filiation* ».

Le problème de la loi antérieure, c'est d'ailleurs ce que soulignait Madame Montoux, est qu'en l'absence de connaissance de cette particularité de la loi et de ses dispositions par la mère, si celle-ci ne faisait pas de déclaration de reconnaissance solennelle de son enfant, sa filiation à son égard n'était pas établie. L'enfant se voyait privé de filiation maternelle. Il n'y avait donc pas égalité des filiations.

Cependant, une limite à cet effet de la loi pouvait être reconnue dans la mesure où lorsque l'enfant avait une possession d'état à l'égard de la mère cela permettait de prouver sa filiation. L'article 337 ancien prévoyait : « *l'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance lorsqu'il est corroboré par la possession d'état* ». De même, l'article 336 du code civil, disposait que « *la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père* ». En interprétant ce texte a contrario, la doctrine et la jurisprudence, considéraient que la reconnaissance souscrite par le père produisait effet à l'égard de la mère et établissait la maternité naturelle, si l'acte « *indiquait* » la mère et si cet indice était conforté par l'« *aveu* » de celle-ci.

La loi du 5 juillet 1996 avait renforcé l'information des parents. En effet, lors d'une reconnaissance l'officier d'Etat Civil devait informer son auteur de ce que la filiation naturelle s'établissait séparément à l'égard de chacun des parents. De facto chacun devait donc reconnaître son enfant séparément et l'acte devait porter mention en ce sens.

¹¹²⁻ L'ordonnance de 2005 a également prévu **la reconnaissance prénatale** en son article 316 et cela pour répondre aux vœux des initiateurs de la réforme qui souhaitaient favoriser **l'établissement volontaire précoce et sûr du lien de filiation**. Ainsi, lorsque la filiation n'est pas établie automatiquement par l'effet de la loi, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité et de maternité, faite avant ou après la naissance.

¹¹⁸ D. Fenouillet, Droit de la famille, Cours Dalloz, 2^{ème} édition, 2008, p. 302 et 303.

Cette reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur. Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu de l'officier d'Etat Civil ou par tout autre acte authentique. Dans tous les cas, la reconnaissance donne un caractère divisible à la filiation établie, peu importe le statut juridique de la mère mariée ou célibataire. L'ordonnance de 2005 tente de favoriser le caractère bilatéral dans les filiations hors mariage en consacrant la pratique des reconnaissances anté-natales (art 316 al. 1 du Code civil). La femme peut très bien refuser que son nom figure dans l'acte de naissance de l'enfant, puis se ravisant elle peut à tout moment reconnaître l'enfant.

La mère peut également reconnaître l'enfant avant la naissance, cet acte prénatal ne produira d'effet qu'en matière de dévolution du nom ; après la naissance, il permettra à la mère qui ne figure pas sur l'acte de naissance de prouver la filiation.

En matière d'établissement contentieux de la maternité, l'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché, l'article 325 du Code civil dispose: « *A défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 326. L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché* ». Et l'article 326: « *Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soient préservés* ». Etant précisé, comme le souligne Madame Montoux, que la fin de non-recevoir tirée de l'accouchement secret est conservée. Toute solution contraire aurait porté atteinte à la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines personnelles. Elle aurait de plus excédé les termes de l'habilitation. Les actions se prescrivent par 10 ans depuis l'ordonnance de 2005. Elles sont suspendues durant la minorité donc l'enfant pourra agir jusqu'à ses 28 ans.

113- En choisissant le mode d'établissement de la maternité, la mère décide du moment où celle-ci est établie, ce qui peut avoir une incidence considérable sur la paternité. Pour Madame Neirinck¹¹⁹, « *il est particulièrement significatif d'observer que le législateur, dans les hypothèses d'une recherche ou d'une contestation judiciaire de la maternité, ne raisonne qu'en termes de filiation divisible, que la mère soit ou non mariée, comme si ces actions n'avaient jamais aucune incidence sur la paternité. La liberté donnée aux femmes dans l'établissement de la maternité conforte la filiation nouvelle dans son unicité mais, favorisant un statut d'enfant toujours divisible, elle brouille tous les repères familiaux* ». Enfin Madame Neirinck considère que « *c'est sur ces constats que l'on peut affirmer que l'ordonnance de 2005 refonde la maternité, lui octroyant une dimension nouvelle* ».

¹¹⁹ Neirinck C ., « La maternité », Dr fam., Janvier 2006, étude p. 9 et suivantes.

CHAPITRE II : LA RELATIVITE DES ANCIENS MOYENS DE PREUVE

¹¹⁴- Depuis des siècles, le droit distingue parmi les enfants issus d'un rapport charnel de leurs père et mère, ceux dotés d'une filiation légitime (c'est-à-dire une filiation dans ou par mariage) et ceux rattachés à leurs auteurs par un lien de filiation naturelle (filiation hors mariage). La filiation est le plus souvent paisiblement établie, et ce fort heureusement, dès la naissance, par titre ou possession d'état.

En effet, à l'époque du Code Napoléon, en l'état de la science, l'affirmation d'un droit de la filiation fondée sur la réalité biologique relevait d'un mythe, ce qui expliquait l'importance donnée à la possession d'état et aux présomptions.

Puis face à la montée en puissance des découvertes scientifiques en matière génétique, ces différents éléments de preuves du Code civil, comme nous l'avons déjà précisé plus haut, vont progressivement perdre de la vitesse face aux nouveaux modes de preuves scientifiques.

¹¹⁵- Dans une première section, nous constaterons **la fragilité des anciens modes de preuve à savoir la possession d'état et le titre;**

Puis dans une seconde section, nous envisagerons comment **la loi de 1972, confortée par la loi du 8 janvier 1993¹²⁰**, a été un élément **déclencheur du déclin des présomptions et des fins de non-recevoir du Code civil de 1804.**

¹¹⁶- Nous constatons que, malgré tout, la possession d'état est un mode de preuve de la filiation. Elle garde encore une certaine puissance. Comme le précise le Professeur Bénabent¹²¹, « *la vérité a deux aspects en droit de la filiation, ce n'est pas seulement une vérité biologique mais également une vérité sociologique* ». En effet, si la paternité et la maternité sont des réalités biologiques, il est nécessaire pour le bien de l'enfant qu'elles soient encore des réalités affectives : ainsi, lorsque la vérité biologique est douteuse ou contestée, prédominance est reconnue à la réalité affective si elle ne coïncide pas. Si elle correspond à la vérité biologique douteuse ou contestée, elle la renforce au contraire. C'est ce qui explique le **rôle considérable reconnu à la possession d'état** qui n'est pas seulement un **rôle probatoire**, mais encore un **rôle acquisitif**. Pour Monsieur Bénabent (cf. ref. supra), « *la preuve parfaite, sur le plan biologique, que la médecine*

¹²⁰ Loi n°93-22 du 8 janvier 1993. D., 1993, lég.p.179

¹²¹ Bénabent A, Droit civil, La famille, Litec, Paris, 11^{ème} édition.

moderne permet d'obtenir avec l'empreinte génétique, ne résout pas tous les problèmes et ne peut être accueillie qu'avec une certaine prudence ».

SECTION 1 - LA FRAGILITE DES ANCIENS MODES DE PREUVE

¹¹⁷⁻ En 1948, le Doyen René Savatier s'interrogeait : « *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 ?* ». ¹²² Une telle méthode existe aujourd'hui. Le degré de certitude atteint par la preuve scientifique, avec les tests génétiques, la situe à l'apogée d'une évolution, amorcée avec la réforme de 1972, confirmée par des interprétations jurisprudentielles excessives, qui fait de la vérité biologique la vérité fondatrice première du droit de la filiation. Confrontés à un tel mode de preuve, les mécanismes prévus par le Code civil pour donner cohérence à la matière, semblent voués à des fortunes diverses. Les uns risquent de se trouver réduits, voire détruits, les autres amplifiés ¹²³. Nous pouvons ainsi dire que, face à la flambée de la preuve scientifique, des répercussions sur les autres modes de preuve, à savoir la possession d'état et le titre, semblaient inévitables.

¹¹⁸⁻ Le titre, acte authentique (acte de l'état civil, acte notarié) a par lui-même valeur et force probante.

Posséder un état, c'est jouir en fait du titre et des avantages qui lui sont attachés et en supporter corrélativement les charges. De même que la possession d'un droit consiste en l'exercice de fait des prérogatives de ce droit indépendamment du point de savoir si l'on est ou non titulaire du droit en question. De même la possession d'état consiste à exercer en fait, les prérogatives de cet état indépendamment du point de savoir si l'on en est vraiment titulaire. La possession d'état, mode de preuve initial en droit de la filiation, conservera malgré tout et ce, au delà de la preuve génétique, une certaine puissance et ceci dans un souci de stabilité de la filiation et de protection de l'état de l'enfant. La possession d'état est au centre du débat judiciaire. Son existence ou son absence sera déterminante pour apprécier la recevabilité de l'action en justice ainsi que le révèle le contentieux de la filiation. Il est possible de demander à un tribunal de constater son existence (action en constatation de la possession d'état) ou de la contester (action en contestation de la possession d'état). Nous constaterons ultérieurement que, dans le texte nouveau de l'ordonnance de 2005, nous tenons compte

¹²² Savatier R.. « le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie ». D., 1948. p 33.

¹²³ Guidicelli., Génétique humaine et droit : à la redécouverte de l'homme, Thèse, Poitiers. 1993.

de la durée de la possession d'état pour envisager ou non une remise en cause de la filiation et la pratique des tests génétiques, dans un souci de stabilité et de sécurité de la filiation. Enfin, il est important de constater que souvent la possession d'état est le reflet de la vérité biologique. En effet celui qui se comporte comme étant le père ou la mère est réellement le père ou la mère biologique de l'enfant.

119- Ces deux éléments sont des modes d'établissement non contentieux du lien de filiation. Dans une première sous-section, nous proposons d'étudier les éléments constitutifs du titre, puis dans une deuxième sous-section la reconnaissance volontaire et enfin dans une troisième sous-section, nous envisagerons les éléments constitutifs de la possession d'état ainsi que la formalisation de celle-ci depuis l'ordonnance de 2005.

Sous-section 1 LE TITRE

120- Le titre est un acte juridique devant répondre à des conditions bien précises, avoir un objet et être un élément de preuve de la filiation véritable. C'est le mode d'établissement classique de la filiation.

§1 - Conditions du titre

121- **Le titre** est un **acte juridique** par lequel nous reconnaissons un type de filiation pour une personne. Il s'agit d'un **texte écrit**, sur déclarations faites, devant un officier d'Etat Civil ayant **valeur probante** et faisant **foi jusqu'à la preuve contraire**. Il fait état de la filiation volontairement déclarée. C'est un acte authentique (acte de l'état civil, acte notarié) qui offre à l'enfant une preuve pré-constituée de sa filiation.

Ce mode d'établissement du lien de filiation, résulte de l'obligation faite par la loi aux parents ou aux médecins de procéder aux déclarations de naissance de leurs enfants, en application des articles 55 et 56 du Code civil. Le titre est à lui seul un moyen de preuve tout puissant. A défaut de titre, notre droit a prévu une possibilité d'établir la filiation par possession d'état.

122- L'acte de naissance est un passeport que la loi délivre à chacun de nous dès son entrée dans la société. Ce titre lui permet effectivement d'identifier ce nouveau venu, par ses nom et prénom, date, lieu de naissance, et inversement permet à ce dernier de

s'identifier, de se situer par rapport à sa filiation¹²⁴. L'acte de naissance est dressé dans les trois jours de l'accouchement. A défaut un jugement sera nécessaire (article 55 du Code civil). Peu importe les circonstances de l'établissement de l'acte, peu importe l'identité des personnes effectuant la déclaration auprès de l'officier de l'Etat Civil et au vu desquelles l'acte de naissance a été établi, cela peut-être le père ou tout autre personne ayant constaté l'accouchement (article 56 du Code civil). C'est grâce à cet acte de naissance que l'on pourra prouver la maternité et par le jeu des présomptions, la paternité en mariage (cf. infra). Pour autant si la première fonction de l'acte de naissance doit être impérativement respectée, telle n'est pas le cas de la seconde. En effet, en France le système laisse aux parents la maîtrise des indications relatives à la filiation, leur offrant la liberté de garder le silence. Le Code civil en son article 56 exige que cette déclaration ait lieu dans les trois jours, sous peine de sanction pénale mais il ne dit rien quant à une éventuelle obligation de déclaration de filiation. La déclaration de naissance confère à un enfant une identité civile, à la différence d'une éventuelle déclaration de filiation qui lui attribuerait un lien de filiation avec ses auteurs. En réalité, ces derniers ne sont soumis à aucune obligation de décliner leur identité¹²⁵.

§2 - Objet de la preuve

¹²³⁻ L'acte de naissance est le support d'une manifestation d'intention. D'après l'article 311-25 du Code civil « *la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ».

Cela nous apporte quelques précisions notamment quant à l'objet de la preuve. Cette désignation de la mère dans l'acte de naissance établit que cette dernière est la femme dont l'identité est indiquée. Cela prouve que la femme a bien accouché d'un enfant au lieu et date indiqués. Il faut que l'identité de la femme soit bien spécifiée dans l'acte, à défaut, l'acte ne produira aucun effet à l'égard de la mère.

La maternité se fonde ainsi sur la vérité biologique dans la mesure où l'acte de naissance, reprend les déclarations du témoin qui a assisté à l'accouchement, déclaration dont la véracité est attestée par le certificat médical. Il doit être présenté par l'auteur de la déclaration. Il établit que telle femme a accouché à telle heure et à tel endroit de tel enfant. L'acte de naissance est la preuve d'un lien biologique. Il constitue bien cette preuve de la parenté biologique, plus justement la preuve de l'accouchement. Puisque désormais les nouvelles techniques scientifiques permettent de détacher la mère génétique de la mère gestatrice, la parenté biologique devient elle aussi divisée. Sur ce

¹²⁴ Hirsoux E., La volonté individuelle en droit de la filiation, Thèse, Paris II, 1988 ; Quidelleur M., Guide pratique de l'état civil, 3^{ème} éd. Coll. Les indispensables, 2003, n°1 et s.

¹²⁵ Siffrein-Blanc C., la parenté en droit civil français, Thèse, Aix-marseille III, 2008.

point le droit français a clairement affiché sa position, en affirmant que la femme gestatrice est la mère, sous entendu la mère juridique mais aussi en quelque sorte la mère biologique. Au final, il semble intéressant de constater comme Caroline Siffrein-Blanc que « *l'acte de naissance est une manifestation d'intention doublée d'une preuve de la parenté biologique* »¹²⁶.

¹²⁴- Pendant longtemps, l'acte de naissance constitua seulement la preuve de la maternité en mariage. La loi de 1972, en son article 319, disposait que: « *la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil* ». Pour la filiation hors mariage, la désignation de la mère dans l'acte de naissance ne suffisait pas. L'établissement de la filiation maternelle supposait une démarche particulière (la reconnaissance) ou l'existence d'une possession d'état. Nous comprenons par là, qu'il s'agissait de laisser le libre choix à la mère d'assumer sa maternité hors mariage et c'était elle-même qui devait s'avouer comme mère de l'enfant. La maternité hors mariage, tout comme la paternité hors mariage, n'étaient pas bien vus. Il fallait une réelle démarche volontaire de la mère. L'acte de naissance dans ces cas spécifiques ne suffisait pas. Malheureusement, la mère ne savait pas forcément qu'elle devait faire cette démarche de reconnaissance et dans ce cas, l'enfant pouvait se voir privé de filiation maternelle. La loi de 1972 avait cependant organisé deux possibilités d'établir cette filiation par la suite :

- d'une part avec l'article 337 du Code civil qui prévoyait que: « *l'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance lorsqu'il est corroboré par la possession d'état* »,
- d'autre part, en interprétant a contrario l'article 336 du Code civil, on admettait que la reconnaissance paternelle, si elle portait l'indication de la mère et était corroborée par l'aveu de celle-ci, établissait la filiation maternelle.

Pour le Professeur Fenouillet¹²⁷, cette non indication automatique de la filiation maternelle est en quelque sorte la conséquence du non engagement parental initial, « *le couple non marié, n'est lié par aucun engagement parental; de ce point de vue, il n'était pas absurde que le droit souhaite un engagement explicite des auteurs de l'enfant, et notamment de la mère, et refuse de faire produire effet au seul acte de naissance, qui se contente de prouver le fait de l'accouchement, mais ne porte aucune promesse à l'égard de l'enfant...* ». La maternité légitime différait dans son établissement, mais non dans ses effets, de la maternité naturelle. Dans une société où l'union libre est devenue banale, nous ne pouvons qu'envisager la remise en cause des principes de cet article.

¹²⁶ Siffrein-Blanc C., La parenté en droit civil français, thèse, Aix-marseille III, 2008.

¹²⁷ D. Fenouillet, Droit de la famille, Cours Dalloz, 2^{ème} édition, 2008, p. 302 et 303.

¹²⁵- Il est intéressant de voir comment ce moyen de preuve va être interpellé par la connaissance de la génétique et comment l'ordonnance de 2005, confirmée par la loi rectificative du 16 janvier 2009, a mis fin à cette différence, de plus en plus difficile à justifier, avec la mise en application de l'article 311-25 du Code civil, « *la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* » Cet article était très attendu, surtout depuis 1979, année de l'arrêt Marckx c/ Belgique de la cour EDH (CEDH, 13 juin 1979, aff. 6833/74, série A, n° 31). C'est l'application de la règle « *mater semper certa* » déjà largement appliquée à l'étranger. L'article 325 du Code civil redéfinit la maternité comme résultant de l'accouchement. Madame Dekeuwer-Defosse se semble regretter que les donneuses d'ovocytes ne soient toujours pas reconnues comme « *mères* » par l'ordonnance¹²⁸. Pour les Professeurs Terré et Fenouillet, cette solution a l'avantage de la simplicité pratique. Elle a certes l'inconvénient de fonder implicitement la filiation juridique sur le lien biologique. Puisque l'acte de naissance ne prouve que l'accouchement et que cette preuve suffit au droit pour désigner la femme indiquée comme mère. En revanche, en ce qui concerne le père, ce dernier doit continuer de se déclarer, la présomption de paternité ne s'appliquant pas au compagnon de la mère en cas de paternité hors mariage, alors qu'elle continue à s'appliquer à l'égard du mari de la mère. La réforme introduit donc une différence entre le père et la mère : la biologie désigne la mère, mais le père lui, doit se déclarer. Ces auteurs regrettent que désormais la maternité juridique puisse être établie, hors contentieux, sans volonté explicite ou vécu quotidien, sur la seule preuve de l'accouchement.

¹²⁶- Toutefois cette indication de la mère dans l'acte de naissance n'est pas obligatoire, l'accouchement sous X est toujours prévu par le Code civil permettant à la mère le secret de son identité (article 326 du Code civil). La mère peut exprimer sa volonté de non accueil de l'enfant. Cependant, depuis la loi de ratification du 16 janvier 2009, la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous X est supprimée.

§3 - Force probante

¹²⁷- Sous le régime de la loi de 1972, la force probante de l'acte était relativement limitée quand le titre n'était pas renforcé par la possession d'état. Quand le titre n'était pas conforté par la possession d'état, il n'avait pas une grande portée probatoire. Nous pouvions contester la filiation légitime. L'ancien article 322 du Code civil disposait : « *nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de*

¹²⁸ Dekeuwer-Defosse F., « le nouveau droit de la filiation : pas si simple », RLDC 2005/21.878.

naissance ». A contrario, on en déduit, que la non-conformité du titre et de la possession d'état ouvrait une action en contestation de paternité légitime au profit, notamment mais non exclusivement, du mari de la mère¹²⁹, action obéissant au droit commun des actions relatives à la filiation. L'ancien article 334-9 du Code civil disposait : « *toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état* ». Interprété a contrario, il stipulait que l'enfant pouvait être reconnu par un tiers, lorsque l'enfant ne bénéficiait pas de la possession d'état d'enfant légitime. L'hypothèse était celle d'un enfant conçu ou né pendant le mariage, dont l'acte de naissance indiquait le nom de la mère et celui du mari, nous pouvions donc faire jouer la présomption « *pater is est* ». Mais s'il n'avait pas de possession d'état à l'égard du mari, on pouvait en déduire que sa filiation paternelle pouvait être suspecte. Or, s'il était reconnu par un tiers, cette reconnaissance était-elle valable? L'enfant était-il rattaché à l'auteur de la reconnaissance ou au mari de la mère?

128- Au lendemain de la promulgation de la loi de 1972, les défenseurs de l'a contrario, invoquaient la substitution souhaitable d'une paternité naturelle hautement probable à une paternité légitime vraisemblablement fictive (liée à l'absence de possession d'état). Sinon pourquoi l'enfant serait-il dépourvu de possession d'état ? Sans doute fallait-il considérer qu'en l'absence de titre consolidé par la possession d'état, la paternité du mari était bien douteuse.

129- La Cour de cassation, après une controverse d'une grande ampleur doctrinale, avait admis la validité de la reconnaissance¹³⁰. Il en découla un conflit de paternité et les juges avaient du trancher le conflit en choisissant la paternité « *la plus vraisemblable* ». Bien souvent dans la plupart de ces cas d'espèces, la paternité réelle était bien la paternité illégitime.

130- En faveur de la solution de la Cour de cassation, on avait invoqué les avantages de la « *vérité* » en raison du caractère très douteux qu'avait alors la présomption « *pater is est* ». Si le père s'était réellement senti père de l'enfant, il l'aurait traité comme le sien or tel ne fut pas le cas de l'espèce. Dans ce type d'affaire, il fallait mieux privilégier la paternité réelle mais illégitime. Pourquoi rattacher cet enfant à un mari qui n'était pas et ne voulait pas être le père ?

131- Certains n'étaient pas d'accord avec cette décision de la Cour de cassation et ont opposé le fait qu'il fallait mieux assurer la sécurité et la stabilité de l'enfant. Quoiqu'il en soit, **l'ordonnance de 2005** a totalement reconsidéré la question. Elle **distingue la**

¹²⁹ Paris, 24 janvier 1978, Defrénois., 1979, I, 85, RTD Civ 1979,786,obs. Nerson et Rubellin-Devichi.

¹³⁰ Cass, civ, 9 juin 1976, D.1976.593, note Raynaud.

conformité ou non du titre et de la possession d'état. La contestation du titre est désormais possible, mais son exercice est strictement encadré. Le législateur a également ajouté que l'action est fermée lorsque la filiation s'appuie sur une possession d'état conforme ayant au moins duré 5 ans (article 333 al 1 et 2 du Code civil). La loi nouvelle du 16 janvier 2009 introduit une exception en faveur du ministère public. Désormais, même en cas de possession d'état de 5 ans conforme au titre de naissance, le ministère public pourra contester le lien de filiation, notamment en cas de fraude. L'action en contestation du ministère public est soumise au délai de droit commun de 10 ans¹³¹.

Sous-section 2 LA RECONNAISSANCE VOLONTAIRE

¹³²⁻ **La reconnaissance est la déclaration**, faite par **acte authentique** (acte de l'état civil, acte notarié ou aveu judiciaire) par laquelle **une personne déclare tel enfant comme sien et s'engage à assumer les responsabilités** en découlant. La reconnaissance est une manifestation certaine de volonté, elle est considérée comme un mode volontaire de rattachement. D'après l'article 316 du Code civil, « *la reconnaissance est un acte par lequel, spontanément et librement un homme ou une femme se reconnaît père ou mère d'un enfant* ». La volonté des parents s'exprime dans un choix initial capital : reconnaître ou ne pas reconnaître. La reconnaissance a une double nature, et si nous voulons reprendre Ambroise Colin dans un article célèbre¹³², elle présente même un caractère mixte : elle est à la fois un aveu (une confession) et un acte juridique (une admission). Elle est un engagement dans le futur, un acte de volonté unilatéral destiné à déclarer le lien de filiation, à faire entrer l'enfant dans une famille. Pour reprendre le Professeur Murat dans sa thèse : « *la doctrine souligne le « biphysisme » fondamental de l'institution qui tiendrait à la fois de la confession et de l'admission* ». Le Doyen Carbonnier résumait ainsi la pensée générale : « *si l'on fait le bilan, la reconnaissance semble participer de deux natures. Cependant, l'idée de confession paraît prépondérante, et peut-être en progrès (avec le recul général du volontarisme, outre que l'institution de l'adoption ayant pris un développement propre, on éprouve moins le besoin d'un pseudo adoption)* ». Traditionnellement réservée à la filiation hors mariage, elle constituait le titre par excellence des enfants naturels.

¹³³⁻ Pour le Professeur Murat, « *l'esprit de la loi de 1972 qui érige la vérité biologique en principe directeur de l'ensemble du droit de la filiation et le fait que l'exactitude d'une reconnaissance puisse en pratique toujours être vérifiée grâce aux modes de preuves*

¹³¹ Garé T., « Réforme de la filiation : à propos de la loi du 16 janvier 2009 », JCP éd.G., n° 6, 4 février 2009.

scientifiques qui ont imposé un ordre qui met mieux en évidence le rapport entre la déclaration de volonté et l'aveu ainsi que la différence des fonctions que l'on était jadis incapable de séparer radicalement faute de pouvoir rapporter avec certitude la preuve de la paternité : il est devenu aujourd'hui plus évident que l'acte de volonté n'est qu'un moyen au service de l'établissement d'un fait, la filiation biologique, et que la loi dispose désormais d'un arsenal technique à la hauteur de ses prétentions ». Ici, nous pouvons dire que le droit de la filiation s'est trouvé modifié grâce à l'augmentation des possibilités de mode de preuves scientifiques, notamment la preuve génétique et la recherche de l'ADN. Celles-ci présentent un caractère de fiabilité très important.

¹³⁴- L'ordonnance de 2005 a fait évoluer cette reconnaissance ; cette première s'inscrit dans une vaste entreprise de « simplification du droit »¹³³. La reconnaissance volontaire est devenue le second mode d'établissement légal du lien, sans limiter en rien son domaine aux enfants conçus et nés hors mariage (article 310-1 du Code civil). Dans l'ordonnance de 2005, la reconnaissance reste un mode non contentieux d'établissement des filiations, tout comme le titre et la possession d'état. Pour Madame Salvage-Gerest¹³⁴, destinée principalement à établir la paternité hors mariage, elle peut être utilisée par les mères, mariées ou non, à défaut d'acte de naissance indiquant leur nom, mais aussi de façon inattendue, par les pères mariés en cas d'exclusion de la présomption de paternité. Pour cet auteur, il en résulte une confusion d'autant plus grande qu'elle peut toujours être prénatale.

¹³⁵- Nous envisagerons en premier lieu les conditions de la reconnaissance puis, nous en analyserons les effets.

§1 - Les conditions de la reconnaissance

¹³⁶- Pour qu'il y ait reconnaissance, il faut que celle-ci vienne de la volonté réelle de son auteur. La reconnaissance doit émaner d'une volonté intègre, non viciée par tout élément juridique extérieur. Le droit n'admet pas que cette volonté puisse s'exprimer sans respecter un certain formalisme assez strict, propre à assurer, selon la norme, la réflexion des auteurs de la reconnaissance et la sécurité juridique indispensable à l'état des personnes. La volonté de l'auteur de la reconnaissance doit donc se couler dans un cadre formaliste.

¹³² Colin, « La protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », R T D Civ., 1902, 257.

¹³³ Meyer-Gast M., « la simplification du droit »: RRJ., 2005, p. 1183.

¹³⁴ Salvage-Gerest P., « La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », Dr fam., janvier 2006. Etudes. p. 13.

137- Cette démarche libre par laquelle on affirme sa paternité ou sa maternité vient de la Révolution française. Dans l'ancien droit, on établissait la filiation maternelle par le simple fait de la naissance (« *mater semper certa ...* »). Le père pouvait avouer l'enfant, sinon il s'exposait à une action de la mère. Cet aveu donnait à l'enfant un droit aux aliments mais ne constituait pas en lui-même un moyen d'établir la filiation à son égard. Les révolutionnaires firent de la reconnaissance le mode privilégié d'établissement de la filiation des enfants naturels à condition cependant, qu'ils ne fussent pas le fruit d'un adultère¹³⁵.

138- Le Code Napoléon fit de la reconnaissance le seul mode de preuve de la filiation paternelle naturelle.

139- La loi de 1972, à son tour fit de la reconnaissance un mode d'établissement de la filiation naturelle parmi d'autres. C'était un mode d'établissement privilégié de la filiation à la fois paternelle et maternelle. La loi de 1972 avait maintenu ce rôle de volonté individuelle dans l'établissement de la filiation naturelle. Il ne faut pas oublier de préciser que la reconnaissance n'avait aucune place en matière de filiation légitime. Mais le souci de vérité biologique a suscité quelques modifications.

140- L'ordonnance de 2005 a bouleversé le système : dans la mesure où il n'y a plus qu'un seul type de filiation. Nous en déduisons qu'elle s'applique autant aux enfants issus de couples mariés que non mariés. L'ordonnance de 2005 a fait de la reconnaissance un mode d'établissement volontaire de la filiation maternelle comme paternelle. Le nouveau droit de la filiation, avec la reconnaissance, fait place à la filiation voulue.

141- En ce qui concerne la reconnaissance maternelle, il arrive que le nom de la mère non mariée ne figure pas dans l'acte de naissance de l'enfant. Ceci traduit le souhait de cette dernière. Cette hypothèse est autorisée par l'article 57 du Code civil. L'article 316 du Code civil prévoit la possibilité pour la mère, en cas de repentir, de faire une reconnaissance maternelle lorsque la filiation n'est pas établie par l'acte de naissance.

Mais pour Madame Salvage-Gerest, il apparaît alors une conséquence imprévue: « *la reconnaissance n'aura effet qu'à son égard, ce qui ne peut s'analyser que comme une exception à l'indivisibilité de la filiation dans le mariage que pourtant, le maintien de la présomption de paternité avait certainement pour but de conserver* ». C'est le mari qui, par la suite, devra reconnaître l'enfant. L'ordonnance de 2005 magnifie la volonté maternelle. La mère peut totalement et de sa propre initiative s'affranchir de son statut

¹³⁵ Malaurie P, Fulchiron H., La famille, Defrénois., 2^{ème} édition, 2006.p. 460.

juridique de femme mariée. La maternité est définitivement détachée du mariage et la présomption de paternité ne joue que si la femme concernée le veut bien¹³⁶. Faut-il y voir une nouvelle pierre dans le jardin de l'égalité des sexes ? L'avenir nous le dira peut-être.

¹⁴²- La liberté de la reconnaissance se heurte depuis l'ordonnance de 2005 au principe chronologique: à partir du moment où la filiation est établie, on ne peut la contredire par l'effet d'une reconnaissance ultérieure. Cette disposition est prévue par l'article 320 du Code civil: « *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* ».

Il faut tout d'abord contester en justice la première filiation. Cette reconnaissance ne pourra intervenir que par la suite. Cette précaution met l'enfant à l'abri des conflits de filiation. Ici encore, le principe de sécurité de la filiation, qui était le « *leitmotiv* » du rapport Dekeuwer-Deffosez proposant réforme de la filiation en 1999 (cf. supra), se voit assuré. Il vise à renforcer la stabilité juridique du lien de filiation. Il est même apparu, dans l'esprit des rédacteurs de l'ordonnance, susceptible de prévenir tous les conflits de filiation¹³⁷. Comme le signalent Messieurs Le Guidec et Chabot : « *Cela évitera les hypothèses, confinant à l'absurde, dans lesquelles la filiation de l'enfant se trouve établie simultanément à l'égard de deux hommes et de deux femmes* ». ¹³⁸

¹⁴³- L'article 316, dans son alinéa 1^{er}, considère que « *la reconnaissance peut-être faite avant ou après la naissance* ». L'ordonnance a codifié la pratique des reconnaissances prénatales et maintenu la présomption de paternité. Par conséquent, si la mère est mariée, la présomption de paternité peut, à la naissance et à l'extrême, désigner un homme différent de celui qui a procédé à une reconnaissance prénatale de l'enfant.

Le projet de la loi de ratification de l'ordonnance prévoit que l'officier de l'état civil, s'il constate, lors de l'établissement de l'acte de naissance de l'enfant, que les indications relatives au père ne correspondent pas à celles figurant dans une reconnaissance prénatale, porte dans l'acte les indications fournies par la personne venant déclarer la naissance (à savoir le mari) et non celles contenues dans la reconnaissance prénatale. Par la suite, l'officier de l'état civil devra contacter le Procureur de la République et l'avertir du problème, afin qu'il saisisse le Tribunal de grande instance. Cette juridiction aura alors pour souci de régler cette incohérence de fond. Nous pouvons penser que la filiation retenue sera celle qui paraît la plus vraisemblable, en particulier si elle s'appuie sur une expertise biologique. La preuve scientifique permettra

¹³⁶ Neirinck C., « La maternité », Dr fam., janvier 2006, p. 9 et suivantes.

¹³⁷ Dionisi-Peyrusse A., « la sécurisation de la filiation paternelle par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 », D., 2006, chr., 612.

aux juges de trancher. La filiation retenue sera la filiation biologique. La preuve scientifique se trouvera au cœur du débat et sera là pour trancher, sur la filiation la plus vraie au sens biologique du terme.

Pour Madame Vial¹³⁹, bien que le Projet de loi prévoit que l'acte de naissance devra mentionner le nom du mari en qualité de père et non celui de l'auteur de la reconnaissance, cette solution ne donne, en définitive, préférence ni à l'un, ni à l'autre. La priorité accordée à la paternité du mari et au jeu de la présomption « *pater is est* » n'est que provisoire. Cette solution semble conforme à la réforme du 4 juillet 2005, en répondant ainsi au principe d'égalité des filiations.

Madame Montoux (cf. supra) nous précise que, « *Pour répondre aux vœux des initiateurs de la réforme qui souhaitent favoriser l'établissement volontaire précoce et sûr du lien de filiation, le nouvel article 316 du Code civil apporte des précisions utiles en matière de reconnaissance prénatale. Cette reconnaissance anténatale, qui était jusque là réservée aux enfants à naître hors mariage est désormais possible également aux enfants nés en mariage. Si la reconnaissance vient du père, il faut que ce dernier précise le nom de la mère : ceci constituant l'unique manière d'identifier l'enfant* ». Pour Madame Salvage-Gerest, qui rejoint également la pensée de Madame Dekeuwer-Deffossez,¹⁴⁰ « *On risque d'assister à une surenchère de reconnaissances prénatales destinées à assurer la dévolution du nom* ».

Avec la loi de ratification du 16 janvier 2009, l'article 336-1 du Code civil précise désormais la procédure applicable devant l'officier d'état en cas de conflit de filiation paternelle. D'après le texte nouveau « *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* ». Ce texte nouveau s'inspire de la volonté d'éviter qu'un couple marié se trouve empêché de faire jouer la présomption de paternité du mari au seul motif qu'un autre homme, ayant été ou se prétendant l'amant de la mère, aurait fait une reconnaissance paternelle préalable. Ce n'est pas le mari qui engagera l'action en justice mais le parquet (cf. réf supra T. Garé).

¹⁴⁴ Cette reconnaissance doit être souscrite par acte authentique comme le prévoit l'article 316 du Code civil. Elle n'établira de lien qu'entre celui qui l'a faite et son enfant.

¹³⁸ Le Guidec R, Chabot G., Filiation, 4^o contestation, Rep. Civ. Dalloz, octobre 2008.

¹³⁹ Vial G., « Réforme de la filiation : les surprises du projet de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », Dr fam., février 2008, Etudes, p. 8.

La reconnaissance peut s'effectuer pour tout type de filiation avec néanmoins une simple impossibilité : le cas de la filiation incestueuse. Nous ne pouvons établir de double établissement de la filiation incestueuse. Un seul des deux liens, paternel ou maternel, pouvant apparaître, la reconnaissance d'un enfant issu de l'inceste est impossible si la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre auteur.

Prenons pour exemple cette jurisprudence de la Première Chambre civile de la Cour de cassation¹⁴¹ : « *la requête en adoption présentée par le demi-frère de la mère biologique contrevient aux dispositions d'ordre public édictées par les articles 334-10 (ancien) interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu* ». L'adoption ne permet pas de contredire l'interdit de l'inceste¹⁴². L'ordre public l'emportera sur toute « *reconnaissance incestueuse* » mise en avant par les procréateurs.

¹⁴⁵- Cette reconnaissance est totalement libre et c'est en ce sens qu'elle permet, à n'importe quel homme, de reconnaître n'importe quel enfant, dans la mesure bien entendu où ce dernier n'aurait pas de filiation paternelle déjà établie. Bien souvent, nous nous trouvons face à des reconnaissances mensongères - mais cela dans l'intérêt de l'enfant - où l'ami de la mère reconnaît l'enfant de sa compagne de façon à lui donner un père. Ces « *reconnaissances de complaisance* », constituent ce que d'aucuns appellent « *l'exception culturelle française* ». Et la Cour de cassation estime que ces reconnaissances mensongères ne constituent pas un faux pénalement punissable.

§2 - Les effets de la reconnaissance

¹⁴⁶- La reconnaissance établit la paternité ou la maternité de l'homme ou de la femme qui la souscrit. Mais ce lien est susceptible d'être attaqué en justice.

A- L'établissement de la filiation

¹⁴⁷- La reconnaissance est un acte juridique ayant valeur déclarative et qui, de surcroît, est irrévocable. Par ce terme, « *irrévocable* », il faut entendre que son auteur ne peut la rétracter par sa seule volonté. Il s'agit de protéger l'enfant des caprices de ses parents et lui assurer de facto une plus grande stabilité : « *une telle reconnaissance (d'enfant*

¹⁴⁰ Dekeuwer-Deffosse F., « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple », RLDC 2005/21.878., « La course au nom va être plus enragée que jamais ».

¹⁴¹ Civ, 1^{ère}, 6 janvier 2004, D., 2004, 362, conclusion Sainte Rose, note Vigneau.

¹⁴² Guibert N., « L'adoption d'une fillette née d'un inceste en cassation » Le Monde, 4 décembre 2003.

*naturel) étant un acte irrévocable, son auteur ne peut se rétracter par une simple dénégation, même formulée avec accord de la mère ».*¹⁴³

Elle a également, nous l'avons dit, une valeur déclarative dans la mesure où le lien de filiation lui préexiste. Il ne s'agit que de reconnaître un lien de filiation existant déjà à l'origine. Ce n'est pas un acte constitutif puisque qu'elle a un aspect probatoire. Au contraire, c'est un acte rétroactif. Peu importe la date de la reconnaissance, les effets de la filiation remontent au jour de la naissance¹⁴⁴.

148- Afin d'éviter les conflits de paternité, la loi considère qu'un enfant ne peut faire l'objet de reconnaissances successives venant de personnes du même sexe. Pour pouvoir reconnaître un enfant ayant déjà été reconnu, il faut au préalable démontrer l'inexactitude de la première reconnaissance. Il faut respecter le principe du chronologique. L'ordonnance de 2005 a conforté cette idée dans l'article 320 du Code civil. Le droit veille à informer l'autre auteur de l'enfant afin qu'il puisse exercer une action en contestation. Le Projet de loi de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 adopté par le Sénat le 15 janvier 2008 tente de préserver, par ailleurs, les droits du père légitime. Le Projet de loi de ratification de l'ordonnance, pour éviter que le principe de priorité chronologique ne s'applique, empêche le mari de la mère de faire jouer sa paternité en cas de reconnaissance prénatale par un tiers. A cet effet, ce projet a d'ailleurs prévu de créer un nouvel article 336-1: « *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 vue 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* ». Pour Madame Fenouillet, cette solution serait la bienvenue car elle éviterait qu'une reconnaissance prénatale erronée ou faite de mauvaise fois ne prive l'enfant de son vrai père (le mari de la mère) si celui-ci ne prenait pas l'initiative, à la naissance de l'enfant, d'agir en contestation de cette reconnaissance¹⁴⁵. Comme nous l'avons vu (cf. supra), la loi de 2009 a validé cet article du Projet de loi de 2008.

149- Dans certains cas, la reconnaissance est impossible. C'est le cas des enfants dont la filiation est déjà établie à l'égard d'une tierce personne, ainsi que ceux dont la filiation est prohibée. En ce qui concerne la filiation établie à l'égard d'une tierce personne par le jeu des règles légales, à savoir le respect de l'ordre chronologique des déclarations, dans l'hypothèse où l'enfant aurait fait l'objet d'une reconnaissance anténatale, il y a conflit de

¹⁴³ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 1995, Defrénois., 1996, article 36354, n° 44, obs. Massip.

¹⁴⁴ Cass.civ.1^{ère}, 29 juin 1977, D., 1977, IR, 436, obs Huet-Weiller : « la reconnaissance d'un enfant étant déclarative de filiation, ses effets remontent au jour de la naissance ».

filiation à faire trancher en justice (cf. supra). En ce qui concerne la filiation prohibée, il s'agit le plus souvent du double établissement de la filiation incestueuse (cf. supra).

B- La contestation de la filiation

¹⁵⁰- Comme tout acte juridique, la reconnaissance peut être anéantie par contestation ou par annulation. La solidité de cette reconnaissance apparaît cependant toute relative. Pour Messieurs Malaurie et Fulchiron, à reconnaissance facile, filiation fragile : « *Cette fragilité de la filiation, accentuée par l'accès à la preuve biologique, a suscité l'inquiétude du législateur. Ne vaut-il mieux pas que l'enfant n'ait pas de filiation paternelle, plutôt qu'une filiation mensongère qui peut-être remise en cause à tout moment ? Si le prétendu père s'est occupé de l'enfant comme un père pendant de nombreuses années, ne faut-il pas fermer l'action plus rigoureusement qu'auparavant ? Certes, on risque d'enfermer la paternité dans un mensonge mais l'exigence de stabilité de la filiation ne l'emporte-t-elle pas sur les aléas de la vie ou les amours changeantes ?* ». Nous retrouvons en filigrane la notion déterminante de l'intérêt de l'enfant qui prime sur celui des déclarants, nous y reviendrons.

Le Professeur Murat dans sa thèse en 1991, considérait que « *il faut bien avouer que c'est l'action en contestation de la véracité qui est le plus fréquemment entreprise, prouvant encore une fois que l'essentiel de la reconnaissance se cristallise dans l'élément probatoire de la filiation et non dans l'acte de volonté* ». Sous l'empire de la loi de 1972, il suffisait de démontrer par tous moyens la fausseté de la présomption qu'établissait la reconnaissance. Cela se produisait en cas de divorce. Le délai était à l'époque de 10 ans, suffisamment long pour ne pas assurer de stabilité des filiations et rendre la filiation assez fragile en cas de conflits conjugaux. Le père ayant ainsi effectué une reconnaissance de complaisance pouvait totalement se décharger de son obligation. De même, la mère ayant changé de compagnon pouvait remettre en cause également cette reconnaissance. Pour le Professeur Murat, que nous rejoignons dans cette idée, cette situation peut paraître choquante, « *les prescriptions de l'article 339 alinéa 3 sont en effet peu efficaces pour lutter contre les contestations de reconnaissance mensongère puisque la conjonction du titre et de la possession d'état ne paralyse pas l'action de l'autre parent* ». De même Madame Huet-Weiller, faisait observer : « *Les reconnaissances de complaisance étant généralement des reconnaissances paternelles souscrites par le concubin ou le futur mari de la mère et à sa demande, il est quelque peu choquant que cette dernière puisse agir pendant trente ans pour faire annuler un acte, certes mensongé, mais dont elle est généralement l'instigatrice* ».

¹⁴⁵ Fenouillet D., Droit de la famille, Cours Dalloz, 2^{ème} édition, 2008, p. 311 et suivante.

151- La réforme de 2005 a profondément modifié le système en créant un système plus restrictif, en réduisant les délais durant lesquels les auteurs peuvent agir. La reconnaissance doit par ailleurs être envisagée en relation avec la possession d'état qui peut la conforter ou au contraire entrer en conflit avec elle.

152- Désormais, la reconnaissance est ouverte dans l'hypothèse où la possession d'état est conforme au titre, à l'enfant, à son père ou à sa mère et celui qui se prétend le parent véritable (article 333 du Code civil). Le délai pour agir est de 5 ans à compter du jour où la possession d'état a cessé. Antérieurement, le délai pour agir en contestation était de 10 ans dans cette hypothèse. La possession d'état de 5 ans empêche totalement toute action en filiation pour qui que ce soit. Autre élément novateur de la loi et permettant d'assurer cette stabilité de la filiation ; passé ce délai de possession d'état conforme, aucune action en contestation ne sera désormais recevable par quiconque. C'est un gage de sécurité de la filiation. Ici, même la preuve absolue que constitue l'expertise génétique ne pourra briser la muraille juridique dressée pour protéger la famille ainsi constituée.

153- Une autre hypothèse existe lorsque la reconnaissance n'est pas confortée par la possession d'état, l'article 321 du Code civil prévoit que l'action peut-être engagée par toute personne qui y a un intérêt dans les 10 ans du jour où la personne a été privée de l'état contesté. Cette action est suspendue à l'égard de l'enfant pendant sa minorité. Le délai antérieurement trentenaire a été largement réduit. Ceci toujours en vertu du principe de sécurité de la filiation. Il faudra prouver par tous moyens (ici la preuve génétique constituera réellement le pivot central du système) que la filiation, ainsi déclarée, ne correspond pas à la réalité biologique. Le ministère public, quant à lui, se réserve le droit d'intervenir lorsque certains indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblables cette reconnaissance ou en cas de fraude à la loi (article 336 du Code civil). Ce droit d'agir du ministère public est strictement encadré par l'ordonnance de 2005.

154- Par ailleurs, dans le cas de consentement donné à une procréation médicalement assistée, l'article 311-20, al2 dispose que: « *Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la PMA ou que le consentement a été privé d'effet* ». Lorsque dans le cas particulier de la procréation médicalement assistée, le père ne reconnaît pas l'enfant, la mère peut engager la responsabilité de son ancien compagnon en lui réclamant des dommages et intérêts et parallèlement entreprendre une action en vue d'établir la paternité.

¹⁵⁵- Enfin, la reconnaissance comme tout acte juridique, peut être frappée de nullité. La nullité est absolue en cas de vices de forme de la reconnaissance. La nullité est relative, en cas :

- d'insuffisance de volonté ou en cas d'établissement antérieur d'une filiation qui n'a pas été contestée (article 320 du Code civil),

et

- de violation de l'interdiction d'établir le double lien de filiation incestueuse.

En effet, comme la filiation est prohibée, nous ne pouvons pas l'établir, il y a inefficacité de la reconnaissance.

Dans le cas d'un vice de fond, la personne ayant effectué la reconnaissance n'a pas compris la portée de sa déclaration en l'émettant. La jurisprudence considère que la reconnaissance effectuée avec un intégrité mentale douteuse n'a pas de valeur juridique et entraîne donc la nullité, tout comme les causes de la nullité générale des actes juridiques.

Sous-section 3 LA POSSESSION D'ETAT

¹⁵⁶- Cette notion nous intéresse particulièrement. Ce mode de preuve reflète une autre vérité, sociologique et affective. Avec cette notion, on quitte les certitudes de la preuve biologique « *pour pénétrer dans le flou in quantifiable des liens du cœur, qui se tissent au fil du temps* »¹⁴⁶. La possession d'état constitue l'un des modes de preuves de la filiation, puisqu'elle permet, à elle seule, de prouver l'existence d'un lien de filiation et par la même elle, permet de pallier le défaut de titre¹⁴⁷. **Posséder un état, c'est jouir en fait du titre et des avantages qui lui sont attachés et en supporter corrélativement les charges.** La possession d'état, d'après le Professeur Murat : « *C'est la montée spontanée « du fait au droit »*¹⁴⁸, *la conversion du fait en droit* ». De même que la possession d'un droit consiste en l'exercice de fait des prérogatives de ce droit indépendamment du point de savoir si l'on est ou non titulaire du droit en question. De même, la possession d'état consiste à exercer, en fait, les prérogatives de cet état indépendamment du point de savoir si l'on en est vraiment titulaire. Posséder une chose, c'est exercer sur elle les prérogatives du propriétaire qu'on le soit juridiquement ou non. Dans le cas précis de la possession d'état d'enfant, il faut que l'individu ait été reconnu

¹⁴⁶ Rubellin devichi J., droit de la famille, éd. Dalloz, coll. dalloz Action 2001-2002, p. 447, n° 1216 ; Bénabent A., Droit civil, la famille, Litec 11^{ème} éd., 2003, p. 375, n°571.

¹⁴⁷ Mirabail S., « les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation : discordances et anachronismes », D., 2000, chron, p. 146.

¹⁴⁸ Murat P., « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », Dr fam., Janvier 2006, études 5, p. 17 et suivantes.

comme enfant dans la société et dans sa famille. Très vite par sa structure essentiellement élastique et malléable, la possession d'état va susciter des incertitudes et se prêter à des abus au point qu'elle a pu être qualifiée de notion encombrante¹⁴⁹. Il est certain qu'elle est aujourd'hui un pivot du droit de la filiation, mais cependant elle apparaît comme métamorphosée, complexifiée afin de pallier les incohérences du droit de la filiation¹⁵⁰.

157- La possession d'état d'enfant a, malgré la relative incertitude de la notion et le large pouvoir d'appréciation que la constatation de son existence confère au juge, une importance essentielle et grandissante en matière de filiation légitime ou naturelle¹⁵¹. Lorsque l'on se trouve dans le contexte d'une filiation vécue, il s'agit de possession d'état. C'est la traduction juridique de l'importance accordée à la filiation domestique puisqu'elle permet de contester la parenté en titre. La composante domestique a pris un poids accru à travers les transformations des liens à l'enfant et la fragilité des couples : le « *vrai parent* » est plus que jamais celui qui l'élève.

158- Bien souvent et, fort heureusement, la possession d'état correspond à la vérité biologique. Le père de l'enfant correspond bien génétiquement à celui qui se comporte comme père vis-à-vis de celui-ci. La plupart des possesseurs sont des propriétaires plutôt que des voleurs. La plupart de ceux qui en fait possèdent un état ont, en droit, un état conforme. Mais parfois, ce n'est pas le cas et la possession d'état diffère de la réalité biologique. Dans cette hypothèse, le juge va en tenir compte et considérer l'existence d'une vérité sociologique à côté de la vérité biologique. Pour Monsieur Murat, « *en prenant en compte la vérité socio-affective, la filiation vécue, la possession d'état joue un rôle de contre poids aux vérités individuelles et à la biologie qui risquent sinon de faire régner la tyrannie* ». C'est en ce sens que nous pouvons considérer que **la possession d'état**, dans ce contexte de contentieux de filiation, **joue un rôle de sécurité**. Qu'il ait pour origine, un établissement allégé ou un constat négligé de la possession d'état, l'accès à la vérité sociologique apparaît, face aux certitudes apportées par la science, des plus surprenants¹⁵².

159- Cette notion est instrumentalisée afin de devenir tantôt la meilleure alliée de la vérité biologique¹⁵³, tantôt l'outil de stabilité du lien de parenté, voire un outil d'opportunité. Les deux modes d'établissement non contentieux de la filiation que sont le titre et la

¹⁴⁹ Rubellin-Devichi J., « La possession d'état . une notion devenue encombrante ? », RTD Civ., 1986, p. 586.

¹⁵⁰ Siffrein-blanc C ., La parenté en droit civil français, Thèse Aix-Marseille III, 2008.

¹⁵¹ Terré F. et Fenouillet D., Les personnes- la famille- les incapacités, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005, p. 656.

¹⁵² Grignon P., « La possession d'état d'enfant métamorphose d'une notion », LPA., 13 décembre 1999, n°247, p. 6.

¹⁵³ Grignon P., « La possession d'état d'enfant métamorphose d'une notion », LPA., 13 décembre 1999, n°247, p. 6.

possession d'état, peuvent être facilement remis en cause par les techniques de plus en plus performantes de la preuve scientifique . En effet, pour le droit, la filiation découle de trois composantes que sont :

- le titre légal, par nature la vérité officielle,
- la possession d'état, la filiation vécue quotidiennement, ouvertement,

et enfin,

- la vérité biologique.

Mais comme nous l'avons déjà signalé, le lien de filiation semble bien souvent et malheureusement menacé par les ruptures et les recompositions familiales. Ces différents familiaux n'ont fait que fragiliser les liens de filiation et générer une instabilité. Ce qui s'est manifesté par une avalanche de procès.

¹⁶⁰- De plus, ce droit est bouleversé par les progrès de la science. C'est la raison pour laquelle Madame Dékeuwer-Défossez envisageait de le reconstruire lors de la présentation de son rapport pour rénover la famille en 1999. Il fallait adapter ce droit de la filiation aux mutations et aux progrès de la recherche en matière scientifique et particulièrement génétique. Ceci afin d'éviter une remise en cause de la stabilité et de la sécurité de la filiation face à des demandes trop importantes et non fondées de recherche génétique dans le cadre de l'établissement ou, la contestation de la filiation.

¹⁶¹- Ceci a été réalisé par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Pour le Professeur Murat¹⁵⁴, « *sans remettre en cause les rôles hérités de la loi de 1972 et pour répondre à son objectif général de sécurité et de stabilité des filiations, l'ordonnance du 4 juillet 2005 retouche les règles concernant la possession d'état en clarifiant la notion, en accentuant le formalisme du constat et en encadrant légalement les actions* ».

§1 - La notion et le régime de la possession d'état avant 2005

¹⁶²- L'article 311-1 du Code civil définit la notion. **La possession d'état d'enfant « s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir ».**

¹⁵⁴ Murat P., « l'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », Dr fam., janvier 2006, études 5. p. 17 et suivantes.

L'article 311-2 reprend les trois notions traditionnelles à savoir :

- le nomen (le nom),
- le tractatus (le traitement),
- la fama (la renommée).

L'article stipule d'abord le nom, le fait que l'individu a toujours porté le nom de ceux dont on le dit issu permet de faire présumer le lien de parent. Porter le nom qui correspond à l'état que l'on prétend avoir. Puis le tractatus, c'est-à-dire la façon dont il a été traité par ceux qui se disent ses père et mère. Comment, en cette qualité, ils ont pourvu à son éducation, à son entretien et à son établissement. C'est ce qui nous paraît être l'élément essentiel de la filiation sociologique, à savoir le comportement des parents vis-à-vis de leur enfant. Et enfin la fama, c'est-à-dire la façon dont la société, l'entourage, reconnaît l'enfant, le fait d'avoir été considéré par la famille et le public comme ayant l'état dont on se prévaut.

¹⁶³ Il n'est pas nécessaire que tous les éléments soient réunis pour admettre qu'une possession d'état est constituée. D'autres éléments peuvent intervenir pour qualifier la possession d'état, par exemple, la déclaration de l'enfant à l'état civil.¹⁵⁵

Il suffit qu'il y ait une réunion suffisante de faits indiquant le rapport de filiation et de parenté¹⁵⁶. Ce sont les juges qui retiendront un faisceau d'indices destiné à établir ou non la réalité de la possession d'état, cela relève de leur pouvoir souverain d'appréciation¹⁵⁷. La Cour de cassation contrôle par ailleurs la notion de possession d'état¹⁵⁸.

Pour permettre l'établissement du lien de filiation la possession d'état doit présenter certaines qualités. La loi de 1972 exige que celle ci soit continue, c'est-à-dire que les éléments de fait indiquant le rapport de filiation doivent être habituels, suffisamment pour correspondre à une situation normale.

¹⁶⁴ La loi de 1972 a accru le rôle de la possession d'état en matière de filiation légitime, ce qui était une manière directe de mettre en exergue l'importance de la volonté dans le droit de la filiation. Puis la loi de 1982 l'a également augmenté en matière de filiation naturelle.

¹⁵⁵ TGI Béthune, 24 avril 1974, D., 1974, 635, note Huet-Weiller.

¹⁵⁶ Civ. 1^{ère}, 5 juillet 1988, D., 1989, 398, Conclusions Charbonnier.

¹⁵⁷ La preuve des faits dont la réunion établit la possession d'état peut se faire par tous moyens, dont les juges du fond apprécient souverainement la force probante. Civ. 1^{ère}, 11 juillet 1988, Bull. Civ. I, n°238.

¹⁵⁸ Civ. 1^{ère}, 12 juin 1990 : Bull. civ. I, n° 157(caractère suffisant des éléments caractérisant la possession d'état).

¹⁶⁵- Cet accroissement résulte, en premier lieu, des dispositions des articles 313, alinéa 2, et 313-1 du Code civil : « *L'existence d'une possession d'état d'enfant légitime permet de faire jouer la présomption de paternité dans des hypothèses où elle est écartée. Lorsque l'acte de naissance n'indique pas le nom du mari, l'existence d'une possession d'état à l'égard de ce dernier permet de suppléer à l'insuffisance du titre et de faire preuve de la légitimité* »¹⁵⁹.

¹⁶⁶- En second lieu, l'interprétation a contrario développée par la jurisprudence à propos notamment de l'article 334-9 du Code civil, a également renforcé de manière très sensible l'importance de la possession d'état. L'interprétation a contrario fait de la possession d'état une preuve non plus seulement subsidiaire et n'intervenant qu'à défaut de titre, mais toujours nécessaire pour conforter l'autorité du titre.

¹⁶⁷- La possession d'état est définie aux articles 311-1 et 311-2 anciens du code civil. La possession d'état d'enfant légitime se caractérise, outre la réunion des éléments nécessaires à son existence, par le fait qu'elle doit rattacher l'enfant indivisiblement à ses père et mère (article 321). La possession d'état doit exister simultanément à l'égard du père et de la mère. Dans le cas où celle-ci n'existerait qu'à l'égard d'un seul parent, elle ne pourra être retenue comme preuve de la filiation légitime. En effet, si elle n'existe qu'à l'égard d'un seul des époux, alors, elle n'est pas possession d'état légitime, mais possession d'état naturel.

¹⁶⁸- La loi de 1972 en son article 311-3 avait prévu que la production d'un acte de notoriété suffisait à prouver l'existence de la possession d'état. Comme tout moyen de preuve, la possession d'état peut être contestée. Cet acte de notoriété constatant la possession d'état, délivré par le juge des tutelles, ne fait foi que jusqu'à la démonstration d'une preuve contraire. En effet, il n'est rien d'autre qu'un mode de preuve de la possession d'état¹⁶⁰. En prouvant la possession d'état, il prouve un fait à partir duquel la loi présume un lien de filiation. D'autres faits sérieux peuvent être invoqués pour contredire la possession d'état.

¹⁶⁹- Pendant longtemps, en matière de preuve de la filiation naturelle, la possession d'état n'a eu aucun rôle direct. C'est tout d'abord la loi du 15 juillet 1955 qui a fait de la possession d'état une preuve judiciaire autonome de la filiation maternelle naturelle. Puis la loi de 1972, en admettant que la possession d'état, lorsqu'elle corrobore les indications de l'acte de naissance, constitue un mode de preuve extrajudiciaire de la filiation

¹⁵⁹ Labrusse-Riou C, Le Guidec R., Filiation légitime, Rép. Civ. Dalloz, Avril 1996.

¹⁶⁰ Paris, 3 octobre 1995, D., 1996, somm, 151, Note Granet.

maternelle naturelle. Comme le précisent les Professeurs Labrusse-Riou et Le Guidec¹⁶¹, c'est avant tout **la loi du 25 juin 1982** qui a parachevé l'évolution en la matière, en faisant **de la possession d'état un mode d'établissement à part entière de la filiation naturelle**. Pour ces auteurs, il est d'ailleurs remarquable qu'avant même l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 1982, la Cour de cassation s'était autorisée à reconnaître l'établissement de la filiation naturelle par la seule possession d'état. Elle avait affirmé que l'article 334-8 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi de 1982, ne faisait pas obstacle à la constatation de la possession d'état d'enfant naturel, d'où résulterait une présomption légale relative à la filiation (Cass. Ass. Plén. 9 Juillet 1982, Bull. civ. n°4, D.1982.151, note J.L ; Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} déc. 1982, Bull. civ. I, n°347, D. 1983.573, note E. Agostini).

¹⁷⁰⁻ Filiation légitime et filiation naturelle découlent donc toutes deux de la possession d'état¹⁶². Cependant, la possession d'état d'enfant naturel est divisible. Elle tisse séparément la filiation maternelle et la filiation paternelle. A l'inverse de la filiation légitime, elle ne peut empêcher l'établissement d'une autre filiation naturelle. Elle a donc par là même, une force moindre que la filiation légitime. En cas de conflit de filiations, outre ce rôle probatoire autonome, ce sera bien souvent la vérité biologique qui l'emportera, qu'il s'agisse de filiation légitime ou naturelle.

¹⁷¹⁻ Comme nous l'avons constaté, la possession d'état a acquis, depuis 1972, un rôle considérable. Mais le flou de la notion suscite de nombreuses difficultés d'appréciation pratique et fait naître le risque que, sous couvert de possession d'état, les juges n'exercent un contrôle d'opportunité sur les changements d'état, mêlant ainsi raisonnement juridique et intérêts divers, de la mère, de l'enfant¹⁶³... L'encadrement opéré par la réforme du 4 juillet 2005 est bienvenu, même s'il modifie le concept de possession d'état en accentuant « *l'aspect formel* » et en entamant « *l'aspect factuel* ».

§2 - Le maintien et l'encadrement de la possession d'état par l'ordonnance de 2005

¹⁷²⁻ La loi du 3 janvier 1972 avait concédé à la possession d'état une place de choix, conforme à l'inspiration sociologique de l'auteur de la réforme. La loi du 23 juin 1982, en admettant qu'elle suffisait à établir la filiation naturelle et la loi du 8 janvier 1993, en prévoyant l'inscription en marge de l'acte de naissance, d'une possession d'état constatée par acte de notoriété, avaient accentué encore le rôle de cette « *filiation*

¹⁶¹ Labrusse-Riou C, Le Guidec R., Filiation naturelle, Rép. Civ. Dalloz, Avril 1996.

¹⁶² Thery I., « La possession d'état d'enfant naturel : grâce ou illusion ? », JCP.ed. G., 1984, I, 3135.

¹⁶³ Terré F, Fenouillet D., Les personnes- les incapacités- la famille, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005.

sociologique ». L'ordonnance du 4 juillet 2005 a quelque peu inversé la donne en subordonnant l'effet probatoire de la possession d'état à sa constatation judiciaire.

173- Pour le Professeur Murat¹⁶⁴, on reconnaît à la possession d'état trois fonctions :

- La première, est une fonction probatoire du fait biologique, dans un contentieux relatif à la filiation : faute de pouvoir accéder à la quasi certitude donnée par les expertises biologiques, un fait connu (l'apparence que donne la possession d'état) permet de tirer un fait inconnu (le lien biologique). Il considère que la jurisprudence ayant tout fait pour donner à l'expertise biologique une application maximale, le domaine d'application de possession d'état comme preuve contentieuse est résiduel.
- La seconde est une fonction probatoire autonome du lien juridique lui-même. Il considère que le constat de la possession d'état doit rester un mode subsidiaire d'établissement des filiations.
- Et enfin la troisième, est une fonction de confortation du lien de filiation. Il considère que la prise en compte de la possession d'état est un moyen de sécuriser la filiation en la stabilisant par l'apparence.

A- Les conditions de la possession d'état

174- Les nouveaux articles 311-1 et 311-2 du Code civil définissent la possession d'état et ses caractères. Il ne s'agit que d'une modernisation et d'une clarification.¹⁶⁵ Ces caractères existants déjà antérieurement à l'ordonnance. La possession d'état suppose « *une réunion suffisante de faits qui révèlent le rapport de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir* » (article 311-1, al 1^{er}). Pour le Professeur Dekeuwer-Deffossez¹⁶⁶, cette réécriture du texte ne constitue qu'« *une mise en ordre : ainsi le nom porté par l'enfant arrive-t-il désormais en dernière position, ce qui prend acte du fait qu'il peut être le résultat de circonstances fortuites* ». L'intégration de l'entretien de l'enfant dans les éléments de la possession d'état ne fait que consacrer une jurisprudence bien assise. Pour Monsieur Murat, « *le mouvement général est aujourd'hui à la déconnexion entre le nom et la filiation. Si bien que la nomination n'a plus qu'un rôle secondaire et aléatoire dans l'indication du rapport de filiation. En revanche, le tractatus est au cœur de ce rapport. C'est l'élément essentiel de la possession d'état : le droit fonde avant tout une filiation sociologique sur les*

¹⁶⁴ Murat P., « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », Dr fam., janvier 2006, études 5, p. 17 et suivantes.

¹⁶⁵ JO 6 juillet 2005, p. 11155.

¹⁶⁶ Dekeuwer-Deffossez F., « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple », RLDC 2005/21.878, p. 34 et suivantes.

comportements respectifs des parents et de l'enfant, comportements qui doivent correspondre aux rapports habituels de parents à enfant ».

¹⁷⁵⁻ Il est plus intéressant de relever que l'article 311-2 énonce désormais que « *la possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque* ». Le caractère continu de la possession d'état n'a rien de nouveau, dans la mesure où la loi de 1972 exigeait déjà une possession d'état continue. Par continuité, il convient de comprendre que les éléments de fait indiquant le rapport de filiation doivent être habituels, suffisamment pour correspondre à une situation normale. En revanche, les qualités de « *paisible, publique et non équivoque* », autrefois exigées en doctrine et jurisprudence malgré le silence des textes issus de la loi de 1972, sont explicitement requises depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005. Ces éléments mis en lumière pourraient constituer le point d'accroche du contentieux. « *L'équivoque pourra être plaidée quand le parent prétendu a ignoré l'existence de l'enfant ou encore quand plusieurs possessions d'état se concurrent. Le caractère non paisible pourra aussi être évoqué si l'on tente de contourner, à l'aide de la constatation de la possession d'état, l'impossibilité d'adopter relative au recours à une mère porteuse* », pour Monsieur Murat¹⁶⁷.

La loi précisait autrefois dans son article 321 qu'« *il n'y a de possession d'état d'enfant légitime qu'autant qu'elle rattache l'enfant indivisiblement à ses père et mère* ». L'ordonnance a supprimé ce texte, la filiation n'est plus légitime ou naturelle, elle est un lien entre un auteur et son enfant.

¹⁷⁶⁻ En réalité il n'y a pas de réelle modification quant à la notion de possession d'état. L'ordonnance traduit les éléments déjà dégagés par la doctrine et la jurisprudence. La nouveauté concerne en réalité la constatation de la possession d'état et la preuve de celle-ci.

La possession d'état est un fait à partir duquel la loi présume le lien de filiation. Mais en tant que fait, c'est aussi un élément qui doit être prouvé. La question est de savoir comment le prouver ?

La réforme accentue la « formalisation » de la possession d'état. Monsieur Murat¹⁶⁸ considère que « *l'ordonnance réalise un changement de cap : si la possession d'état demeure bien pour l'avenir un mode non contentieux d'établissement de la filiation, la délivrance d'un acte de notoriété devient l'exigence minimale de l'efficacité de ce mode d'établissement. La vertu probatoire de la possession d'état dépend désormais d'une constatation formelle préalable, soit a minima par un acte de notoriété (article 317 nouveau), soit plus lourdement par un jugement (art 330 nouveau) ».*

¹⁶⁷ CA Rennes, 4 Juillet 2002, comm. 142 obs Murat.

Le Professeur Fenouillet considère quant à lui, « *que subordonner ainsi l'effet de filiation produit par la possession d'état à une telle constatation judiciaire, a l'avantage de sécuriser cette preuve et d'empêcher les manœuvres et les mensonges que la possession d'état permettait autrefois. Mais elle modifie l'essence de la possession d'état dont l'aspect « factuel » décline avec l'essor d'un certain formalisme* ». En elle-même la possession d'état ne confère pas juridiquement l'état, seule sa constatation permet de créer le lien. On ne part plus uniquement des faits pour constater l'état. Il faut respecter le nouveau formalisme, à savoir la constatation par acte de notoriété.

Nous constatons bien en l'espèce, une mutation, voire une transformation de la possession d'état dans le domaine précis de la filiation.

B- Les effets de la possession d'état

¹⁷⁷- Le rôle de la possession d'état a considérablement évolué et l'ordonnance de 2005 a restreint ce rôle. **La possession d'état constitue désormais un mode autonome d'établissement du lien.** Elle peut établir indifféremment, la paternité ou la maternité, en ou hors mariage.

¹⁷⁸- La nouveauté de 2005, en cas de filiation hors contentieux, est que cette constatation de la possession d'état devra être établie dans un **acte de notoriété, cela afin de sécuriser la preuve.** Sous la loi de 1972, cet acte était possible mais ne présentait aucun caractère obligatoire.

¹⁷⁹- La délivrance de l'acte peut-être demandée par l'enfant ou par chacun des parents. Elle ne peut être demandée que dans un délai bien précis, à savoir 10 ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée. Une fois le délai passé, il sera malgré tout possible de demander judiciairement la constatation de la possession d'état, dans un délai de 10 ans à compter du jour où la personne a été privée de la filiation invoquée, lequel délai étant suspendu à l'égard de l'enfant pendant sa minorité.

¹⁸⁰- Il est également prévu par l'ordonnance que l'acte pourra être délivré malgré le décès du parent prétendu. Le projet de ratification de l'ordonnance voté par le Sénat, le 15 janvier 2008, prévoyait que la délivrance de l'acte de notoriété doit être réalisée dans un délai de 5 ans à compter du décès du parent prétendu. Or, la loi du 16 janvier 2009 prévoit, dans son nouvel article 330 du code civil, comme par le passé mais, en supprimant le renvoi à l'article 321, à 10 ans le délai pendant lequel la possession d'état

¹⁶⁸ Murat P., « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », Dr fam., Janvier 2006. Etudes 5, p. 17 et suivantes.

peut être constatée. De plus, s'agissant du point de départ de ce délai, l'article 330 nouveau mentionne, outre la cessation de la possession d'état, le « *décès du parent prétendu* ». Ce point de départ témoigne de l'idée que la possession d'état peut se poursuivre après le décès, si l'enfant continue de se comporter et reste considéré comme l'enfant du défunt. Mais il s'agira inévitablement d'une possession d'état lacunaire, faute de réciprocité.

181- Normalement l'acte de notoriété n'est en lui-même sujet à aucun recours. Cependant, en vertu de l'article 335 du Code civil, lorsque la filiation est établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété, « *toute personne qui y a un intérêt peut agir dans un délai de 5 ans à compter de la délivrance de l'acte* ». Nous nous trouvons bien loin du délai trentenaire antérieur à l'ordonnance, ceci étant le reflet de cette volonté de sécuriser la filiation. Passé 5 ans, la loi rendait inattaquable la filiation vécue, peu importe si elle diffère de la filiation biologique. La filiation devient invulnérable ou incontestable. Une limite sérieuse est ainsi apportée à la preuve génétique. La supériorité de la filiation sociologique sur la filiation biologique est plus vite acquise qu'antérieurement. Nous constatons ici que le droit de la filiation ne s'en remet pas à la supériorité de la preuve génétique. Bien au contraire, il est modifié. Les délais sont raccourcis et ceci dans un souci de stabilité. En effet, lorsque l'état a été constaté pendant un délai désormais restrictif de 5 ans, il n'est plus possible de contester. Nous voyons ici la limite de la preuve génétique. Cependant, depuis la loi de 2009, dans un souci d'harmonisation, le délai de 10 ans a été étendu à la contestation de la possession d'état établie par acte de notoriété (cf. supra)¹⁶⁹

Est-ce à dire que l'on peut désormais, dans ce souci de stabilité du lien et de protection de l'intérêt de l'enfant, considérer que la possession d'état, reflet de la filiation sociologique l'emporte sur la preuve génétique, fruit de l'évolution du progrès scientifique ? Il n'y a en fait que dans le cas d'une possession d'état de 5 ans que la vérité biologique n'a pas gagné de terrain alors qu'elle en a gagné ailleurs, puisque toute filiation peut-être contestée. Pour Madame Dekeuwer-Deffosse « *qu'est-ce qu'une possession d'état de 5 ans face à la certitude d'une non paternité biologique acquise par le moyen d'un kit vendu sur Internet ? Il serait illusoire de penser que le législateur de demain n'aura pas à répondre, à nouveau, à ces angoissantes questions* ».

182- La loi du 16 janvier 2009 modifie le délai, la contestation pourra désormais être exercée pendant un délai de 10 ans.

¹⁶⁹ C. civ., art. 335 mod ; L. n° 2009-61, art. 1^{er}, II, 10.

183- Qu'en est-il de la contestation de la filiation établie par titre et possession d'état ? L'ordonnance a tout d'abord limité précisément les personnes pouvant agir : ceci est prévu par l'article 333 du Code civil. L'intérêt à agir ne suffit plus en lui-même. La filiation ne peut être contestée que par l'enfant, ou l'un de ses père et mère, ou celui qui se prétend le parent véritable. Ceci afin d'éviter qu'une personne quelconque, qui y trouverait un intérêt (par exemple successoral), vienne perturber l'équilibre familial. La protection de la stabilité de la filiation passe par la restriction des personnes pouvant agir. L'intérêt à agir ne joue plus. La loi nouvelle de 2009 a ajouté, nous l'avons vu, le ministère public.

La protection de la stabilité de la filiation passe par la restriction dans le temps du droit à exercer l'action. Lorsque la filiation est établie par un titre corroboré par une possession d'état conforme de plus de 5 ans à compter de son établissement (soit à partir de la naissance ou de la reconnaissance si elle est ultérieure), l'action est fermée à tous. La filiation conforme au vécu pour l'enfant devient ainsi incontestable. La loi du 16 janvier 2009 considère qu'elle ne serait pas opposable à l'action en contestation que le ministère public souhaiterait exercer.

184- La portée de la réforme est considérable, le lien de filiation est moins facile à détruire. Lorsque la filiation est établie par titre corroboré par la possession d'état cela jouera en la faveur des enfants issus de couples non mariés, puisque la voie de la contestation sera fermée au bout de 5 ans. Avant, il fallait 10 ans de possession d'état conforme à la reconnaissance. En revanche, cela fragilise les enfants de couple mariés puisqu' avant il n'y avait aucun délai. Lorsqu'il y a absence de conformité entre le titre et la possession d'état la filiation sera plus rapidement incontestable, à savoir au bout de 10 ans. Il est certain que cela est beaucoup plus court que le délai trentenaire antérieur et, passé ce délai le lien de filiation ne pourra plus être remis en cause. Enfin, en ce qui concerne la contestation de la possession d'état constatée par acte de notoriété, le délai ne sera plus de trente ans mais également de 10, ce qui réduira d'autant la période où la contestation est possible.

185- L'encadrement temporel des actions relatives à la filiation résulte de l'abaissement du délai de prescription de droit commun à 10 ans au lieu des trente ans prévu par le droit antérieur. Ce dernier était incontestablement excessif. L'ordonnance a unifié les délais des différentes actions. Il n'existe plus, mis à part le délai de droit commun, qu'un délai de 5 ans encadrant l'action en contestation de la filiation fondée :

- soit sur une possession d'état constatée par un acte de notoriété,
- soit un titre conforté par une possession inférieure à 5 ans¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Gouttenoire A., « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », Dr fam., janvier 2006, Etudes, p. 20 et suivantes.

Dans ce cas précis de possession d'état corroborée par un acte de notoriété, les délais étant plus courts qu'avant pour agir en cas de volonté de contestation de la filiation, nous pourrions en déduire que la preuve génétique pourra moins facilement s'exercer. Dans le cas de la possession d'état accompagnée par un acte de notoriété, la génétique aura réellement peu de place. Nous constatons que l'on se souciera peu de la génétique. Au départ, la mise en place de la preuve de la filiation repose sur une présomption de vérité qui permet de ne pas rechercher d'autres manières. La génétique est acceptée mais elle est couverte par la loi. L'accès à l'expertise génétique fort heureusement ne concerne qu'une infime partie de la population. Bien souvent la présomption de vérité correspond à la vérité vraie, d'où l'inutilité de la recherche génétique.

SECTION 2- LA FRAGILITE DES PRESOMPTIONS DU CODE CIVIL

¹⁸⁶⁻ « Si la maternité peut se prouver par l'accouchement, la paternité est beaucoup plus difficile à établir. Pendant des millénaires, elle ne fut susceptible que de preuves indirectes. La preuve de la paternité était la résultante d'une équation à deux inconnues : la date de la conception et l'auteur de la génération. Aucun de ces faits ne pouvait être directement démontré ; il ne pouvait être établi qu'au moyen de faits inconnus, d'où la loi tirait une induction, par des présomptions : la paternité se construit ainsi sur des présomptions ». ¹⁷¹ Le droit de la filiation de 1804 s'est construit sur un système de présomptions et des idées influencées par les mœurs. Le droit de la filiation ne pouvait reposer que sur des présomptions d'autant plus qu'il n'était reconnu que la filiation dans le mariage. La présomption principale était : « *pater is est* » L'enfant avait pour père et reconnu comme tel, le mari de sa mère. La sécurité de la fiction l'emportait sur l'insécurité de la réalité scientifique.

Désormais, les mentalités ayant évolué, les modes de vie s'étant transformés et les parents n'étant pas toujours unis par les liens du mariage, cette présomption n'était plus en mesure de s'appliquer systématiquement. Elle continue d'exister mais, comme nous l'avons présentée, elle est désormais en perte de vitesse face aux autres modes de preuve de la filiation, et en particulier celui de la preuve biologique.

¹⁸⁷⁻ Cependant, ce n'est pas parce que le modèle familial à l'heure actuelle ne repose plus sur le mariage que la recherche génétique devient la norme, le passage obligatoire dans

¹⁷¹ Siffrein-blanc C., La parenté en droit civil français, Thèse, Aix-Marseille III, 2008.

l'établissement de la filiation. Il faut comprendre que ce mode de preuve, héritage des progrès en matière de recherche scientifique, n'est qu'un moyen de preuve comme un autre au service du droit de la filiation.

188- Nous pouvons constater que jusque dans les années 70, la proportion des naissances hors mariage est restée stable. Les enfants naturels représentaient moins de 6% des naissances. Par la suite, la courbe des naissances hors mariage n'a cessé de s'élever. De fait, les cas où la présomption « *pater is est* » pouvait s'appliquer étaient moins importants. On parle de fragilités des présomptions du Code civil non pas parce que la preuve génétique va venir remplacer ce système de présomptions légales mais bien plus parce que ce mode d'établissement de la filiation concerne de moins en moins de couples. Il va falloir s'adapter à ces nouveaux modes familiaux qui s'inscrivent et s'intensifient de plus en plus au sein de la société française. C'est ainsi que Madame Danielle Huet-Weiller¹⁷² souligne que « *lorsqu'il est opéré un rapprochement logique entre le droit et les données biologiques, il s'agit bien d'un rapprochement mais pas d'une adéquation* ».

189- Cependant, il ne faut pas oublier de mettre une limite, un frein à cette avancée de la preuve génétique. Pour reprendre une thèse développée par certains auteurs¹⁷³ « *Si la filiation juridique se fondait exclusivement sur la vérité biologique, le droit de la filiation n'existerait pas : le système juridique qui se donnerait pour unique ambition de doubler le lien du sang d'un lien juridique ne se préoccuperait que de déterminer la filiation biologique ; et s'agissant d'un fait susceptible d'une preuve scientifique quasi certaine, il suffirait de n'édicter qu'une seule et unique règle de preuve, déterminant les modalités de réalisation des expertises génétiques à la naissance de chacun ; chacun verrait ses caractéristiques génétiques fichées et l'utilisation d'ordinateurs permettrait aisément d'attribuer à chacun le sien* ». Nous ne pouvons que constater, tout comme ces auteurs, le caractère totalement surréaliste d'un tel système. Sans exagération, un tel type de « *modus operandi juridique* » relèverait même du domaine de la science fiction. Le droit français de la filiation est bien loin de prôner un tel principe. La preuve génétique est au service du droit de la filiation en matière de contentieux et fort heureusement chaque naissance ne génère pas un conflit relevant d'un contentieux de filiation. Quoiqu'il en soit l'utilisation de la génétique reste malgré tout l'exception et ne devient en aucun cas la règle en matière d'établissement de la filiation.

¹⁷² Huet-Weiller D., « Vérité biologique et filiation . Le droit français ». in « Droit de la filiation et progrès scientifiques ». sous la direction de C Labrusse et G Cornu, éd. Economica, 1982, p. 11.

¹⁷³. Terré F, Fenouillet D., Les personnes- la famille- les incapacités, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005. p. 600.

190- A côté de la présomption de paternité, il y avait également les présomptions relatives à la date de la conception. L'article 311 ancien du Code civil, antérieur à la loi de 1972, considérait qu'il s'agissait d'une présomption irréfragable, n'admettant donc pas la preuve contraire. La loi de 1972 a modifié le texte en ajoutant un alinéa 30 prévoyant une présomption réfragable, dans un souci de vérité conforme à l'esprit de la loi nouvelle de l'époque. La nouveauté de cette époque révolue tient au fait que le juge peut à la demande des parties ou même d'office ordonner une expertise médicale tendant à préciser la date de la conception. Cependant, eu égard aux décisions de justice des années 70, contemporaines de la loi, il semblerait que ces derniers n'aient pas facilement recours à la possibilité qui leur est offerte. On peut s'interroger sur cette réticence des juges alors que la loi le leur permet !

191- Un des objectifs majeurs de la loi de 1972 était la reconnaissance de la preuve scientifique. Le droit doit permettre à la vérité de s'exprimer, et justement les techniques génétiques progressivement le lui permettent. En effet, la loi de 1972 a fait place à la preuve scientifique de la non-paternité : « *si le père prétendu de l'enfant établissait par un examen des sangs ou toute autre méthode médicale certaine qu'il ne pouvait être le père de l'enfant* ». Il y avait là un jalon dans l'attente des progrès futurs de la science, mais la preuve scientifique ne pouvait être que négative. C'est par la loi du 8 janvier 1993 que le pas décisif vers la preuve scientifique a été accompli. Cette dernière proclame que désormais la paternité hors mariage ne peut être prouvée « *que s'il existe des présomptions ou des indices graves* ». Désormais, pour reprendre Jacques Foyer¹⁷⁴, la preuve de la paternité s'articule en deux temps :

- il faut tout d'abord que l'action soit recevable en raison des indices et des présomptions qui peuvent être constitués par les anciens cas d'ouverture de l'article 340,

mais, ces indices graves étant admis,

- la paternité peut-être établie par tous moyens (preuves scientifiques, examen comparatif des sangs, empreintes génétiques ou preuves juridiques, aveu, témoignages).

Cette loi du 8 janvier 1993 a entraîné la suppression des fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité et l'action à fin de subsides. Le système de preuve est devenu quasiment libre et de facto les anciens modes de preuve se sont vus progressivement dépassés. C'est la démonstration que nous envisagerons dans cette partie.

¹⁷⁴ Foyer J., « La notion de filiation en droit » in L. Khaïdat, Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation, Ramonville, coll. Erès, 1995.

¹⁹²- Dans une première sous-section nous verrons comment la vérité scientifique a fait perdre de la force probante aux présomptions du Code civil, puis dans une deuxième sous-section, comment ce renouveau législatif, commencé en 1972 et conforté en 1993, a entraîné le déclin des fins de non-recevoir et la fin de l'art 340 du Code civil.

Sous-section 1 LE REcul DES PRESOMPTIONS DU CODE CIVIL

¹⁹³- Comme cela a déjà été souligné à plusieurs reprises, **l'empreinte génétique devient, en matière de filiation, la reine des preuves**. Pour Anne Bottiau¹⁷⁵, le but du législateur de 1972 atteint, la méthode certaine de l'établissement de la filiation existe. On peut y recourir dans la mesure où le législateur a fait sauter un certain nombre de verrous entravant l'accès à la vérité en refoulant les présomptions et en assouplissant les fins de non-recevoir. Il ne faut pas nier que l'affirmation de la vérité biologique influe sur la force de la présomption de paternité. Les empreintes génétiques créent la certitude. Si elles peuvent cependant écarter, il est vrai en fait plus qu'en droit, la présomption de paternité de l'art 312 du Code civil, il ne faut pas pour autant oublier qu'elles peuvent aussi la conforter. C'est en ce sens que nous pouvons dire que la présomption seule, effectivement, est en perte de vitesse face à la force probante de la preuve scientifique. Mais, dans un premier temps, la preuve scientifique est là aussi pour affirmer encore plus la force d'une réelle présomption. Enfin, l'ordonnance de 2005 modifiera l'article 312 du Code civil en matière de présomption de paternité légitime. Le nouvel article en fera une présomption de paternité réservée à l'enfant conçu ou né dans le mariage de ses parents. Mais nous constaterons, là encore, le déclin de la force de cette présomption dans un second temps.

§1 - La présomption de paternité avant l'ordonnance de 2005

¹⁹⁴- « ***Pater is est quem nuptiae demonstrant*** », pierre angulaire de la légitimité, la présomption de paternité permit longtemps de rattacher l'enfant au mari de la mère et par là même, de lui donner une filiation, la seule qui comptât, une filiation légitime.

D'où vient cette présomption de paternité du mari de la mère ? A Rome, dans l'Antiquité, seule la filiation maternelle résultait d'une donnée biologique. La filiation paternelle était pur acte de volonté juridique du « *pater familias* ». C'est au II^{ème} siècle après J.-C. qu'un édit de Trajan a imposé un lien juridique de filiation vis-à-vis du mari de la mère¹⁷⁶. C'est à partir de ce moment là qu'est née la présomption de paternité du

¹⁷⁵ Bottiau A., « empreintes génétiques et droit de la filiation », D., 1989, chr., 39^{ème} cahier, p. 271 et s.

¹⁷⁶ Boucher-Ducasse A-S., Le mensonge en droit de la filiation, Thèse, Lyon III, 2001.

mari. En 1804 on se trouvait bien dans le cadre de la protection de la famille légitime et du mariage. La structure sociale fondamentale est maintenue, à savoir la famille légitime où l'enfant a obligatoirement pour père, le mari de sa mère.

La présomption de paternité est une règle de fond à cette époque car la famille est un socle sur lequel la société se fonde et se développe. Sans doute sous la forte influence de la personnalité de l'empereur, il n'appartenait cependant qu'au mari de dénoncer l'infidélité de sa femme en désavouant l'enfant. La réforme du 3 janvier 1972 supprima ce monopole en reconnaissant également à la mère le droit d'agir en contestation après remariage avec le vrai père de l'enfant. C'était à la mère elle-même de dénoncer son infidélité. Nous imaginons aisément les réticences sociétales offertes par cette possibilité juridique ! La jurisprudence par deux a contrario, célèbres et audacieux, amplifia le déclin de la présomption en reconnaissant à des tiers le droit légitime de contester directement ou indirectement la paternité du mari de la mère : comme le souligne Monsieur Terré et Madame Fenouillet¹⁷⁷, « *l'adultère n'est plus, à cet égard, une affaire exclusivement conjugale mais peut-être dénoncée par des tiers* ».

¹⁹⁵⁻ De nos jours, la légitimité n'est plus la règle mais cette présomption existe toujours. Nous pouvons déduire par le seul effet de la loi la paternité du mari, c'est un effet du mariage. Pendant longtemps, la question a été de savoir s'il s'agissait toujours d'une règle de fond ou d'une règle de preuve. Nous verrons qu'avec la loi de 1972, il s'agissait d'une règle de preuve. Or il semble que depuis l'ordonnance de 2005 ce soit une règle de fond au même titre que la certitude de la maternité de la mère (« *mater semper certa* »).

¹⁹⁶⁻ La loi de 1972 dans son article 312 précisait que l'enfant avait pour père le mari de sa mère. Le droit positif français utilise la technique des présomptions. Il déduit la filiation, surtout la filiation paternelle, d'éléments de fait ou de droit. Il s'agissait dans le cas de l'enfant issu d'un couple marié d'une présomption de paternité légitime. Cet article a maintenu le principe de la paternité légitime qui existait déjà mais a limité le domaine d'application de la présomption et en a facilité la contestation. Cela avait été décidé lors de l'élaboration de la loi de 1972 afin de découvrir des filiations fictives et de permettre de rétablir la vérité. Le droit de la filiation n'est pas exclusivement ordonné à la découverte de la vérité biologique mais fait aussi leur place à la découverte d'autres éléments.

¹⁹⁷⁻ La présomption de paternité ne concerne que le cas de la filiation en mariage. Comme nous l'avons déjà expliqué, l'article 312 de la loi de 1972 avait d'ailleurs repris cette règle traditionnelle : « *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* ». Avec

¹⁷⁷ Terré F, Fenouillet D., Les personnes- la famille- les incapacités, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005. p. 746

l'ordonnance de 2005, le mariage conserve toujours un avantage spécifique relativement à la paternité : la réforme a maintenu au profit de « *l'enfant conçu ou né pendant le mariage* » la présomption de paternité du mari de la mère (nouvel article 312 du Code civil). Antérieurement à l'ordonnance, cette présomption était une présomption de paternité légitime. Désormais, il s'agit d'une présomption de paternité du mari de la mère, le qualificatif « *légitime* » étant retiré du langage juridique.

198- D'où viennent cette présomption et sa force ? Le mariage emporte les devoirs de communauté de vie et de fidélité. Il est aisé d'en déduire que l'enfant issu du mariage est né des œuvres du mari de la mère. Le droit, en se référant d'une part à la date de naissance de l'enfant et d'autre part à la durée de la gestation, détermine la date présumée de la conception. Si cette date est située pendant le mariage de la mère, le droit présume que l'enfant est des œuvres du mari et la présomption de paternité s'applique. Malgré tout et ce depuis longtemps, nous constatons une certaine souplesse en matière de date. Déjà en 1930 dans la célèbre jurisprudence Degas¹⁷⁸, on avait étendu la présomption de paternité légitime au profit de l'enfant conçu avant le mariage mais né pendant. Pour les juges de la Cour de cassation, on considère que cet enfant de par le mariage de ses parents est légitime depuis l'origine, « *ab ovo* », comme le soulignait la doctrine de cette période. La loi de 1972 a consacré l'interprétation bienveillante de la jurisprudence Degas. Il existe trois sources de légitimité :

- la conception en mariage,
- la naissance en mariage,
- la gestation en mariage.

La présomption de paternité doit se combiner avec les présomptions de l'article 311 relatives à la durée légale de la grossesse. De facto, est rattaché de plein droit au mari de la mère, l'enfant né plus de 180 jours après la célébration du mariage (durée minimum de la grossesse) et moins de 300 jours avant la dissolution du mariage (durée maximum de la grossesse). Dans ces trois cas bien précis, nous considérons que l'enfant est légitime et nous appliquons la présomption de paternité. Cependant avec l'évolution de la recherche scientifique, il faut constater un certain allègement de la force probante de cette présomption. Le respect de la vérité biologique, tel qu'il avait été envisagé par la loi de 1972, implique logiquement que lorsqu'une filiation a été légalement établie, la possibilité d'en contester l'exactitude existe. Néanmoins, depuis 1972, il existe une volonté réelle de favoriser la recherche de la vérité biologique.

¹⁷⁸ Civ, 8 janvier 1930, DP 1930. 1. 51.

199- Dans quels cas la génétique va-t-elle intervenir dans le domaine de la présomption de paternité ? Lorsque le père voulait remettre en cause cette présomption de paternité légitime, contester cette paternité légitime, il pouvait agir en désaveu de paternité : tous les moyens de preuve étaient recevables dans ce type de contentieux. Il s'agissait pour l'individu concerné de faire prévaloir sa vérité sur la fiction. Il s'agissait d'une action en contestation de la filiation légitime mais sans établissement d'une autre filiation. Sous l'empire du Code civil, la présomption de paternité ne pouvait être combattue que par le père lui-même par le biais de l'action en désaveu de paternité.

La loi de 1972 a assoupli ce désaveu, la preuve de la non paternité pouvant alors se faire par tous moyens. La loi est même allée beaucoup plus loin en ouvrant à d'autres que le mari la contestation de la paternité légitime. Elle a maintenu le désaveu marital tout en le doublant d'une contestation de paternité offerte au deuxième mari ainsi qu'à la femme. La preuve génétique se trouvait au cœur des moyens de preuve, car elle pouvait éliminer ou confirmer la paternité génétique. La preuve génétique pouvait venir apporter la preuve contraire d'une disposition juridique bien installée. La génétique se trouvait ainsi au service du droit. C'est en ce sens que l'on peut dire ici que la génétique est un élément qui a fait évoluer, qui a modifié le droit de la filiation puisque cette paternité légitime peut être remise en cause par le biais de l'utilisation de la technique des empreintes génétiques.

200- Il existait également un autre moyen de contester une présomption de paternité sans avoir pour but d'établir une nouvelle filiation. Il s'agissait de l'interprétation a contrario de l'article 322 du Code civil ancien. Cet article stipule que « *nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession d'état conforme à son titre de naissance* », si l'on raisonne a contrario comme l'ont fait les juges de l'époque, la contestation de paternité est recevable quand la possession fait défaut. Pour Madame Rubellin-Devichi¹⁷⁹, « *en ce qui concerne le lien paternel de filiation, il est toujours possible de faire établir la paternité du père véritable étant donné que la paternité peut se prouver par tous moyens* ». Dans un arrêt du 6 avril 1993¹⁸⁰, les juges en utilisant l'interprétation a contrario de l'article 322 du Code civil ancien ont pu apporter la preuve de la non paternité d'un mari, d'après un examen comparatif des sangs. Pour les juges ces expertises témoignent de facto d'une certaine garantie de fiabilité.

201- Cette contestation de paternité légitime, cette possible remise en cause de la présomption « *pater is est* », avec pour objectif de faire établir une nouvelle filiation, pouvait se faire sur le fondement de l'art 334-9 ancien du Code civil : « *toute*

¹⁷⁹ Rubellin-Devichi J., « Le droit, les pères et la paternité », Rev.dr. san. Soc., 1988, p. 425 in rapport présenté au colloque père et paternité dans la France d'aujourd'hui, Ministère des affaires sociales et de l'emploi.

reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par possession d'état ». A contrario, les commentateurs de la loi de 1972 en sont arrivés à la conclusion que si la filiation légitime n'est pas établie par la possession d'état, c'est-à-dire si elle l'est par l'acte de naissance et seulement par lui, l'enfant peut être valablement reconnu par un tiers ou peut être judiciairement déclaré enfant d'un tiers. Cette contestation de paternité légitime basée sur l'interprétation a contrario de l'article 334-9 du Code civil ancien a été repoussé par le TGI de Paris le 13 mai 1975. Il a refusé la contestation de paternité du mari fondée sur l'absence de possession d'état. En revanche, cette interprétation a été retenue par les juges dans d'autres décisions telles que celles du TGI d'Arras (6 novembre 1976), du TGI de Pontoise (18 juin 1976), voire d'un arrêt de la 1^{ère} Chambre civile en date du 9 juin 1976 ...

En ce qui concerne cette contestation de paternité légitime à l'époque de l'avènement de la loi de 1972, Monsieur Pierre Raynaud¹⁸¹ nous expose les deux thèses qui s'affrontaient pour admettre ou non cette éventuelle contestation de la présomption « *pater is est* » : « *les uns, approuvés par la Cour de cassation soutiennent que si la reconnaissance de l'enfant d'une femme mariée est interdite, quand cet enfant a une filiation légitime déjà établie par possession d'état, il en est autrement dans le cas contraire, la filiation naturelle peut-être établie et si l'on n'admet pas que la présomption « pater is est » tombe automatiquement, s'ouvre un conflit de filiation, pour la solution duquel l'auteur de la reconnaissance peut combattre la présomption de paternité légitime* », « *les autres soutiennent une interprétation analogique, s'il est interdit de reconnaître un enfant dont la filiation légitime est établie par la possession d'état, il doit en être de même si elle l'est par l'acte de naissance car dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'une filiation légitime, de la filiation d'un enfant bénéficiant d'une présomption de paternité légitime qui ne peut être combattue que par le mari dans le cadre du désaveu ou par la mère aux conditions de l'article 318* ». Cette dernière thèse est soutenue par Madame Salvage-Gerest. Cette interprétation, a contrario, va générer bien des conflits de paternité.

202- Quel type de preuve allons-nous rencontrer pour ce type de conflits ? L'art 311-12 ancien prévoyait la preuve par tous moyens. C'est sur cette base que la cour de Riom, innovant pour l'époque de façon remarquable, a ordonné une expertise sanguine. La preuve scientifique va donc progressivement modifier le système des preuves de la filiation. Comme nous l'avons déjà présenté précédemment, par le biais de l'expertise génétique, nous allons progressivement arriver à une preuve scientifique totalement

¹⁸⁰ TGI Paris, 6 avril 1993, D., 95. Somm 114, Note Granet.

¹⁸¹ Raynaud P., Droit civil des personnes et de la famille, la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation et la jurisprudence, DEA droit privé général, 1976, les cours de droit.

fiable. Les juges de la 1^{ère} Chambre civile, le 28 mars 2000, vont décider dans un arrêt de principe que l'expertise génétique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un moyen légitime de ne pas y procéder¹⁸².

De même, l'expertise génétique peut servir au père afin de faire rétablir sa présomption de paternité dans les deux cas où elle se trouve écartée, à savoir lorsque l'enfant a été conçu en période de séparation légale ou lorsque l'acte de naissance ne désigne pas le mari en qualité de père et que l'enfant n'a pas de possession d'état à son égard. La présomption de paternité peut retrouver ses effets en vertu d'un jugement rendu à l'issue d'une action prévue par l'article 329 du Code civil. La preuve de la paternité du mari doit être faite et elle résulte alors d'une expertise biologique comme l'a admis la Cour de cassation.

203- Un important courant jurisprudentiel et doctrinal considère qu'en l'absence de possession d'état corroborant une filiation légalement établie, cette filiation semble assez suspecte. Le Conseiller Massip considère qu'en l'absence de possession d'état d'enfant légitime, la reconnaissance du père naturel est valide mais n'entraîne pas automatiquement l'élimination de la présomption « *pater is est* ». Il y a conflit de filiation et les juges vont trancher en fonction de la filiation la plus vraisemblable.

Citons pour exemple une décision en date du 22 avril 1997¹⁸³, en l'espèce, fondée sur les articles 311-12 et 334-9 du Code civil. En présence d'un conflit entre une possession d'état d'enfant naturel et un titre d'enfant légitime, les juges doivent rechercher quelle est la paternité la plus vraisemblable, sans exiger de l'enfant la preuve de la non-paternité du mari de la mère. En revanche certains auteurs, comme Messieurs Vidal, Champenois et Raynaud, ne se ralliaient pas à la thèse de Monsieur Massip et critiquaient l'interprétation a contrario de l'article 334-9 du code civil ancien.

Jusqu'à l'avènement de l'ordonnance de 2005, venue apporter des modifications substantielles, dans les textes et notamment l'ancien article 334-9 du Code civil, cette interprétation a contrario était admise par la jurisprudence et la majorité de la doctrine. Cette interprétation allant dans le sens de la loi de 1972 où l'on voulait faire rechercher la vérité des filiations à tout prix.

Citons encore cet arrêt de la 1^{ère} Chambre civile en date du 2 mars 1982¹⁸⁴. En l'espèce, la paternité du mari sera exclue par le résultat de l'examen comparé des sangs, alors que le taux de probabilité en faveur de la paternité de l'auteur de la reconnaissance était cependant élevé. Les juges du fond ont apprécié souverainement quelle était la

¹⁸² Civ 1^{ère}, 28 mars 2000, D., 2000, 731, note Garé.

¹⁸³ Civ, 1^{ère}, 22 avril 1997, D., 1998, Somm 27, obs. Granet.

¹⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 2 mars 1982 : bull. civ. I, n°94.

paternité la plus vraisemblable, pour trancher le conflit de filiation existant entre le mari et l'auteur de la reconnaissance.

Dans une décision d'un autre tribunal en date du 4 juin 1974, au vue d'une reconnaissance insuffisante du second mari de la mère avec pour objectif de renverser la présomption de paternité du premier mari, les juges ont estimé qu'il était nécessaire d'établir une preuve convaincante de la paternité de celui qui entendait légitimer l'enfant. Il fallait prouver que le second mari était le père véritable. En l'espèce, les juges ont cherché la filiation la plus vraisemblable par tous moyens de preuve. Parmi ces moyens, les plus fiables reposent sur les moyens scientifiques et pour l'époque, il s'agit quasi exclusivement des analyses sanguines. De même, dans une autre décision de la Cour de Paris en date du 16 décembre 1976¹⁸⁵, les juges ont pu se fonder sur les résultats particulièrement positifs d'une analyse biologique. Jusqu'à ce que la preuve génétique existe, seule réside la possibilité des analyses sanguines. Elles ne pouvaient apporter qu'une preuve négative de la filiation, mais en aucun cas une certitude. Avec l'avènement des méthodes de preuve fiable, c'est tout le droit de la preuve de la filiation qui est transformé. Pour ce qui nous intéresse, la possibilité de contredire la présomption de paternité.

²⁰⁴- Cette interprétation a contrario permet d'effacer une paternité généralement fictive pour rattacher l'enfant à celui qui l'a reconnu. Cette possibilité, par le système de cette interprétation a contrario, de remettre en cause la présomption « *pater is est* » correspond à un élargissement de la contestation de paternité légitime. L'effet final recherché est de permettre le plus souvent possible l'établissement de la vérité biologique. Ici encore, force est de constater comment la preuve scientifique a pu influencer sur la valeur et le caractère de cette présomption du code civil en cas de conflits de filiation.

²⁰⁵- En dehors de ces cas particuliers de contentieux de filiation, la règle « *pater is est* » demeure la règle. Celle-ci a d'ailleurs été confortée par l'ordonnance de 2005. Le droit civil en dehors de tout contentieux de la filiation refuse catégoriquement le droit d'accès à la preuve biologique en vertu des dispositions des lois bioéthiques de 2004. L'accès à la vérité est un monopole judiciaire et le juge a un pouvoir souverain d'appréciation. Nous pensons que cette recherche biologique, notamment dans le domaine du renversement spécifique de la présomption « *pater is est* », est le fondement d'un nouveau droit de la filiation.

¹⁸⁵ Cour de Paris, 16 décembre 1976, Defrénois., 1977, p. 85., Note Massip, D., 1977, 133 note Massip.

§2 - L'affaiblissement de la présomption de paternité depuis 2005

206- Comme nous venons de le voir, la présomption de paternité du mari, telle quelle apparaît à l'article 312 du Code civil, semble peu affectée par la réforme. Son domaine subit peu de bouleversements. En revanche, pour reprendre les propos de Madame Granet-Lambrechts¹⁸⁶, « *les dispositions relatives à sa force et donc aux modalités de contestation de la paternité du mari s'inscrivent en rupture tant avec les considérations du code civil qu'avec la jurisprudence bâtie sur la loi de 1972* ».

Il n'en demeure pas moins que si bouleversements il y a, ceux-ci se trouvent dans la force de la présomption, c'est-à-dire dans les conditions imparties pour la renverser. L'histoire de cet adage est celle d'un long déclin, jusqu'à ce que l'ordonnance du 4 juillet 2005 aligne les actions tendant à le détruire sur le droit commun des actions en contestation de la filiation paternelle. Nous comprendrons aisément qu'autrefois, faire tomber la présomption de paternité consistait à révéler l'adultère de la mère. Ceci n'était pas très honorable et socialement lourd de conséquences. C'est pourquoi, bien souvent, on préférerait accepter cette présomption dans l'intérêt de la paix des familles et celui de l'enfant : la moralité était sauve. Cette présomption est une présomption simple – rappelons que c'est la règle en matière de présomption – et qu'elle pourra être remise en cause par la preuve contraire. La preuve de la non paternité pouvant se justifier par tous moyens, progressivement la preuve scientifique s'imposera aux juges et aux parties (cf. supra). Ils vont progressivement substituer cette preuve scientifique, qui fût d'abord hématologique puis génétique, à toutes les preuves traditionnelles. Les premières preuves touchées vont être les présomptions du Code civil, comme la présomption de paternité légitime.

207- Mais doit-on pour autant considérer que nous nous trouvons face à la fin de ces présomptions ? Il nous semble opportun, à ce titre, de créer une règle nouvelle qui pourrait être : « *pater certus est* ». La présomption de l'article 312 du Code civil devient dérisoire face à la fiabilité de la preuve scientifique, tant dans son rôle de désignation que dans son rôle d'exclusion. Mais cet affaiblissement ne vaut qu'en ce qui concerne la preuve contentieuse. L'adage classique conserve toute sa valeur en *dehors* « *des sentiers judiciaires* », qui ne sont heureusement pas le lieu fréquenté par toutes les familles ! En réalité, ce sera seulement lorsque apparaîtra un conflit en matière de filiation que nous pourrons nous tourner vers la preuve scientifique et remettre peut-être en cause la paternité.

¹⁸⁶ Granet-Lambrechts F., « La présomption de paternité », Dr fam., janvier 2006, études, p. 11.

208- Cependant, il existe deux cas où la présomption de paternité est écartée exceptionnellement, alors que l'enfant a été conçu ou est né pendant le mariage de ses parents.

Il s'agit de l'hypothèse où l'enfant a été conçu pendant une période de séparation légale, c'est-à-dire au cours d'une procédure de divorce ou de séparation de corps. La loi de 1972 avait cependant considéré que lorsque l'enfant avait la possession d'état d'enfant légitime, la filiation sociologique effaçait le doute que la crise conjugale avait introduit et le mari de la mère redevenait donc père présumé. A charge pour lui ou un autre de contester cette paternité. L'ordonnance de 2005 a maintenu cette possibilité de restauration de la présomption de paternité : l'enfant doit avoir la possession d'état à l'égard de chacun des époux et pas de filiation établie à l'égard d'un tiers (article 313 al 2). En effet, il va de soi que l'enfant conçu en pleine crise conjugale et reconnu par un autre est présumé ne pas être du mari de sa mère mais bien d'un tiers. C'est ici que pourra intervenir la recherche de la paternité grâce aux tests génétiques.

Le second cas où l'on écartera la présomption de paternité, sous la loi de 1972, repose sur les dispositions de l'article 313-1. Il s'agit ici du cas de l'enfant inscrit à l'état civil sans indication du nom du mari et n'ayant de possession d'état qu'à l'égard de sa mère. Dans l'ordonnance de 2005, qui a en quelque sorte repris le droit antérieur mais en le re-précisant, pour que la présomption de paternité ne s'applique pas il faut d'une part que l'enfant soit inscrit sans désigner le père, et également que l'enfant n'ait pas de possession d'état à l'égard de son père. Cette dernière condition précise est obligatoire. Il faut que l'enfant ait été conçu pendant une période de séparation légale.

Enfin, le Projet de loi de ratification de l'ordonnance modifie la portée de la présomption de paternité du mari de la mère. L'article 313 l'exclut dans deux cas :

- en cas de séparation de droit,
- en cas de non désignation du mari de la mère en qualité de père dans l'acte de naissance.

Cependant, la plupart du temps en cas de conflit de paternité, priorité sera donnée à la recherche scientifique de la filiation à condition que l'on soit dans les délais et conditions fixés.

Comme l'avait prédit le Projet de loi de 2008, la loi du 16 janvier 2009, dans son nouvel article 314 précise cependant que : « *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* ». Pour Monsieur Garé (cf. supra) : « *cette condition nouvelle est bienvenue ; elle est destinée à prévenir d'éventuels conflits de paternité* ». De plus, l'article 315 donne au mari, dont la présomption de paternité a été écartée « *la possibilité de reconnaître l'enfant dans les conditions prévues aux articles*

316 et 320 ». Toujours pour Monsieur Garé, et nous le rejoignons dans ce propos : « *la volonté est ici marquée de faciliter l'établissement de la paternité du mari* ».

209- L'un des objectifs principaux de l'ordonnance de 2005 était de mettre de l'ordre devant le nombre excessif des actions destinées à contester l'état d'un enfant. Comme nous l'avons déjà démontré, l'ordonnance a simplifié le droit de la filiation. Le mari prouvera comme il peut qu'il n'est pas le père. Comme le précise Madame Dekeuwer-Defosse¹⁸⁷ « *le primat de la vérité biologique est clairement établi. Le blocage des filiations légitimes par la possession d'état conforme a vécu, et l'amant pourra dorénavant arracher l'enfant au mari en prouvant sa paternité, malgré une éventuelle possession d'état. Il n'en est que plus dommage que le régime de la preuve biologique n'ait pas été précisé, si ce n'est par la loi bioéthique du 6 août 2004 interdisant la recherche d'identification par empreintes génétiques après le décès* ».

210- Il reste une limite à cette recherche de la « vraie » filiation : les délais. Ceux-ci varient selon que l'enfant jouit ou non d'une possession conforme au titre. Lorsque la paternité du mari est établie par titre corroboré par une possession d'état, elle pourra être contestée et annulée selon les mêmes modalités que la reconnaissance paternelle corroborée par la possession d'état, sur demande de la mère, de l'enfant, du mari ou même du prétendu père véritable, cela dans les 5 ans de la cessation de la possession d'état. Il faut également préciser que lorsque la possession d'état, accompagnée du titre a duré plus de 5 ans, aucune contestation et remise en cause ne sera possible. Le lien de filiation ne pourra plus être contesté. L'action est donc réservée et assujettie à une prescription plus brève. Au delà du délai, il ne sera plus possible de contester la paternité du mari.

En revanche, lorsque la filiation sera établie par un titre nu, non conforté par la possession d'état, tout intéressé sera recevable à la contester dans le nouveau délai de droit commun de 10 années à compter de la naissance. Dans l'une ou l'autre des situations, la preuve de la non paternité du mari ne sera admissible que si l'action est recevable, comme prend soin de le rappeler l'alinéa 2 de l'article 310-3 du Code civil. Le tribunal ne pourra ordonner une expertise biologique que s'il conclut à la recevabilité de l'action¹⁸⁸.

211- Enfin, pour reprendre Madame Dekeuwer-Defosse (cf. : supra) « *la vérité biologique a incontestablement gagné du terrain, puisque toutes les filiations peuvent être contestées nonobstant une éventuelle possession d'état, pendant les 5 premières années*

¹⁸⁷ Dekeuwer-Defosse F., « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple », RLDC 2005/21.878.

¹⁸⁸ salvage-Gerest P., « la reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », Dr fam., janvier 2006, Etudes.

de l'enfant, le législateur a résolument tourné le dos à une conception purement génétique de la filiation, au profit d'une véritable institution juridique ». Mais à l'instar de Madame Dekeuwer-Defossez, nous pouvons nous demander si « dans un monde où, de plus en plus, chacun semble soumis à son destin génétique, cette politique sera tenable à terme ? Est-on même certain que l'impossibilité de contester des filiations dont on sait qu'elles sont fausses, par exemple en cas de reconnaissance de complaisance, soit véritablement conforme à l'intérêt de l'enfant ? Mais qu'est-ce qu'une possession d'état de 5 ans face à la certitude de la non paternité biologique acquise par le moyen d'un kit vendu sur Internet ? ! ».

Sous-section 2 LE DECLIN DES FINS DE NON-RECEVOIR DU CODE CIVIL

212- D'après l'article 60 du décret du 20 juillet 1972, codifié au nouveau Code de Procédure Civile, « constitue une fin de non-recevoir, tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans examen au fond pour défaut de droit d'agir ».

En matière de filiation naturelle, pour éviter d'exposer aux prétoires des demandes scandaleuses ou injustifiées, le Code civil avait institué plusieurs fins de non-recevoir pour rejeter les demandes ainsi faites.

213- La loi de 1972 les avait dans l'ensemble maintenues, tout en en modifiant les caractères et les effets. Il s'agissait de l'inconduite notoire de la mère, du commerce avec un autre individu ou de la certitude de la non-paternité du défendeur (impossibilité physique d'être le père prouvée par un examen des sangs ou tout autre méthode médicale certaine) qui constituaient des moyens de défense. Ils devaient être présentés « *in limine litis* » et ne laissaient guère de liberté au juge. Ce dernier devait, même s'il était convaincu de la paternité du père prétendu, rejeter la demande sans procéder à un quelconque examen au fond. La loi de 1972 avait donc instauré une fin de non-recevoir à l'établissement de la filiation naturelle tirée de la preuve biologique de la non paternité.

214- La loi de 1993, quant à elle, a modifié profondément la loi de 1972 en mettant fin au double mécanisme des cas d'ouverture et de fins de non-recevoir. Elle a supprimé ces fins de non-recevoir, eu égard à leur caractère obsolète face au résultat très performant de la preuve scientifique. En effet, le progrès des recherches scientifiques a permis

d'accroître la pression exercée par la vérité biologique voulue par le législateur. D'autres explications ont été avancées à l'appui d'un changement législatif radical¹⁸⁹ :

- l'évolution des mœurs (notamment la multiplication de relations sexuelles éphémères, dont la preuve dans le cas d'un procès se traduit par une fin de non-recevoir à toute action en recherche de paternité, ce qui laisse la femme dans une situation de grand dénuement qu'elle a en partie contribué à établir),
- la volonté de mettre le droit français en harmonie avec la convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990.

Cette loi de 93 a également supprimé, nous l'avons précisé, les cas d'ouverture à l'action en recherche de paternité naturelle prévus par l'article 340 du Code civil de la loi de 1972.

²¹⁵⁻ Pour comprendre l'actuelle remise en cause des fins de non-recevoir, il faut en dresser tout d'abord l'historique. Avant la loi de 1972, la paix des familles et la stabilité de la filiation étaient privilégiées. Le législateur avait multiplié les fins de non-recevoir constituant autant d'obstacles à la manifestation de la vérité. Avec l'avènement de la loi de 1972, on visait l'accès à la vérité dès que cela était possible. Il devenait donc logique, dans cet objectif, de réduire les fins de non-recevoir. Il était devenu nécessaire de supprimer les anciens freins. De plus, la preuve scientifique était de plus en plus fiable et les demandeurs de plus en plus importants. A compter de cette période, nous allons assister à un déclin des fins de non-recevoir dans le droit de la filiation, jusqu'à leur disparition en 1993. En effet, la loi de 1993 marque la disparition des fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle. Il est apparu, à cette date, que l'approche juridique de la preuve de la paternité devait être modifiée. L'analyse de l'ADN dénonce le père, de sorte qu'en droit, il s'agit de déclarer la paternité de celui qui se trouve désigné comme le géniteur grâce à la méthode des empreintes génétiques. En conséquence, le législateur de 1993 a pu abroger les 5 cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle. Pour atteindre l'objectif visé par la loi de 1972, à savoir la preuve scientifique à tout prix, il fallait envisager la suppression ou le déclin de ces fins de non-recevoir.

²¹⁶⁻ Le Projet de loi de la commission Dekeuwer-Defossez avait envisagé l'élargissement de l'action en recherche de paternité naturelle en supprimant la démonstration préalable de l'existence des présomptions et indices graves. Depuis l'arrêt du 28 mars 2000, les juges ordonnent quasi systématiquement une expertise génétique. Celle-ci est, pour ainsi dire, devenue de droit (bien entendu en cas uniquement de contentieux de filiation), il

¹⁸⁹ De Benalcazar S., Pacs, mariage et filiation: étude de la politique familiale, tome 27, collection de thèses, Defrénois., 2007, p. 202.

s'agit de connaître la vérité biologique et de renforcer les pouvoirs d'investigation des juges du fond.

²¹⁷⁻ Nous verrons tout d'abord, la suppression de ces actions, puis, dans un second temps, nous constaterons, que dans un cas précis, certaines fins de non-recevoir sont maintenues.

L'existence des fins de non-recevoir constitue le principal obstacle aux actions tendant à établir le véritable lien de filiation. En effet, en coupant court aux débats, la fin de non-recevoir protège le secret et empêche la vérité d'apparaître.

§1 - Le déclin des fins de non-recevoir

²¹⁸⁻ Dans les cas de l'action en recherche de paternité naturelle, ce sont des moyens de défense qui permettaient au défendeur, le prétendu père, s'il réussissait à les établir, de faire déclarer la demande non seulement irrecevable mais mal fondée. Pour le législateur, ce qui caractérise la fin de non-recevoir, c'est qu'elle interdit l'examen du fond en empêchant qu'il soit abordé lorsqu'elle est présentée en début d'instance, et en arrêtant les débats lorsqu'elle est invoquée en cours d'instance. La fin de non-recevoir est là pour faire en sorte de protéger la vérité, si par exemple elle n'est pas bonne à dire ou perturbatrice...

Il est aisé de comprendre que **le législateur avant la loi de 1972**, cherchait en priorité à protéger la paix et la stabilité des familles. Il s'agissait de figer juridiquement un lien de filiation résultant d'un engagement et ainsi interdire toute contestation lorsque le lien de filiation résultait d'une volonté affirmée ou réaffirmée d'insérer l'enfant et de l'accepter au foyer. Cependant, ce système n'allait pas vraiment au bout de sa logique, puisqu'il n'appliquait pas le même régime à l'enfant naturel. En effet, la reconnaissance corroborée par une volonté d'insérer l'enfant pouvait, malgré tout, être contestée pendant un délai de 10 ans. Aussi d'un côté, le caractère volontaire et socio-affectif du lien de filiation justifiait l'établissement d'une fin de non recevoir, de l'autre côté, la vérité biologique triomphait¹⁹⁰. C'est la raison pour laquelle **les fins de non-recevoir** étaient **facilement pratiquées**. **En 1972**, le but du législateur fut de faire **trionpher la vérité**. Il fallait de facto envisager de **réduire ces fins de non-recevoir**, entraves à la liberté de la preuve notamment scientifique. Le principal obstacle aux actions tendant à établir le véritable lien de filiation était bien l'existence de ces fins de non-recevoir. Seul leur suppression ou leur déclin permettait d'assurer l'objectif visé par la loi de 1972.

¹⁹⁰ Siffrein-Balnc C., La parenté en droit civil français, Thèse, Aix-Marseille III, 2008.

219- Depuis 1972, nous assistons à leur déclin donnant priorité à la découverte scientifique de la vérité des liens de filiation. Le déclin des fins de non-recevoir se manifeste dans la loi de 1972 dans le but de faire concorder au maximum la filiation juridique d'un enfant et la vérité biologique. Le législateur avait parfois supprimé des fins de non-recevoir constituant des obstacles à la réalisation de cette idée.

220- Ici, force est pour nous de constater que le droit de la filiation, en particulier dans le domaine des fins de non-recevoir, a subi des modifications liées à l'évolution et à l'avènement de la preuve scientifique. L'évolution des mœurs et le progrès scientifique ont contribué à faire évoluer le droit vers une filiation fondée sur la réalité biologique.

A partir de 1972, nous observons un déclin très net des fins de non-recevoir dans le droit de la filiation, allant jusqu'à leur disparition dans la loi de 1993¹⁹¹. Les lois du 3 janvier 1972, instaurant la fin de non-recevoir à l'établissement de la filiation naturelle tirée de la preuve biologique de la non-paternité, et du 8 janvier 1993, supprimant les cas d'ouvertures à l'action en recherche de paternité naturelle et les fins de non-recevoir qui y faisaient obstacle, ont été décisives dans ce mouvement¹⁹². Le principal obstacle résidait dans ces fins de non-recevoir. En ce sens, nous pouvons réellement parler de mutation du droit de la filiation face à l'évolution de la génétique comme nous cherchons à en produire la démonstration.

221- En cas de filiation naturelle, l'action en recherche de paternité naturelle est ouverte à l'enfant conçu et né hors mariage et qui n'a pas été reconnu par son père et n'a pas de possession d'état à son égard. C'est une action qui vise à faire établir en justice la filiation naturelle. Dans l'action en recherche de paternité naturelle et dans l'action à fins de subsides (ouvrant une action alimentaire aux enfants adultérins et incestueux auxquels l'action d'état était fermée), on considérait **deux types de fins de non-recevoir** tirés des articles 340 et suivants du Code civil. A savoir :

- celles tirées de **la non paternité du défendeur**,
- celles tenant à **la conduite de la mère durant la période de conception**.

222- Les premières fins de non-recevoir se fondaient sur la certitude que le défendeur ne pouvait être le père de l'enfant, article 340-1^o,2^o,3^o du Code civil. C'est une fin de non-recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle. Cette fin de non-recevoir antérieure à 1972 et non modifiée par la loi de 1972 a toujours constitué un moyen de défense au fond, malgré la qualification retenue par le législateur. Cette fin de non-recevoir date de la création de l'action en recherche de paternité, soit de la loi du

¹⁹¹ Heno B., « Le déclin des fins de non-recevoir dans le droit de la filiation », JCP éd. G., 1975, I, 2706.

16 novembre 1912. Elle résulte de l'impossibilité physique de cohabitation ou de l'analyse sanguine négative : l'action devait être rejetée si le père prétendu, pendant la période légale de la conception, « soit par suite d'éloignements, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père ». Puis la loi du 15 juillet 1955 a ajouté « si le père prétendu établit par un examen des sangs, qu'il ne peut être le père de l'enfant » et enfin la loi de 1972 a ajouté « toute autre méthode médicale certaine¹⁹³ ». Nous voyons bien ici en quoi l'évolution de la science influence la qualification de la fin de non-recevoir. Cette admission par les tribunaux de la preuve de la non paternité par l'examen des sangs date de 1937¹⁹⁴. Le juge était tenu d'ordonner une expertise sanguine avant tout débat au fond si celle-ci était sollicitée par le défendeur. On constate que ces fins de non-recevoir, tirées de la non paternité, n'empêchent pas le débat au fond mais au contraire le rendent indispensable. Ces fins de non-recevoir tirées de la non paternité du défendeur apparaissent en fait comme des défenses au fond dès 1972. Elles ont disparu en 1993.

223- Les secondes concernent la conduite de la mère. Il s'agit de l'inconduite de la mère durant la période légale de conception. Cette inconduite pouvant revêtir tout un panel de gravité, aussi le législateur envisagea plusieurs hypothèses: il s'agira de la pluralité d'amants, de l'inconduite notoire et de la débauche.

L'inconduite notoire était constituée quand la mère se livrait à la prostitution ou, sans aller jusque là, se livrait à la débauche. C'était seulement la notoriété de vie dissolue de la mère qui était prise en compte.

Avant 1972, la pluralité d'amants, dès que le défendeur en rapportait la preuve, interdisait la poursuite de l'action.

224- **La loi du 8 janvier 1993** est venue changer totalement les conditions de la recherche de paternité naturelle. Elle marque **la disparition des fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle**. De façon paradoxale, cette loi élargit l'action en recherche de paternité naturelle, en supprimant cas d'ouverture (l'action pouvait donc être exercée en dehors des situations qu'envisageait jusque là l'article 340) et fins de non-recevoir alors que, dans le même temps, elle restreignait la recherche de maternité, en consacrant une nouvelle fin de non-recevoir, tenant au fait que la mère en question avait choisi d'accoucher sous X (anc. Art. 341 et 341-1)¹⁹⁵.

Cette loi apporte aux règles procédurales des modifications substantielles auxquelles les progrès scientifiques ne sont pas étrangers. L'innovation de la loi tient

¹⁹² Pascal A, Trapero M., Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2004.

¹⁹³ Paris, 4 juillet 1978, D., 1978, 401, obs. Huet-Weiller.

¹⁹⁴ Trib. Civ. Nice . 1937. D.,II, 1938, I, 79.

dans le fait qu'elle a tout simplement supprimé les cas d'ouverture et, par voie de conséquence, les fins de non-recevoir qui entravaient la preuve de la paternité. Elle a simplifié la recherche de la paternité au profit de l'enfant. Le législateur n'a pas voulu malgré tout laisser une liberté totale de preuves. Il a prévu, dans l'article 340 du Code civil alinéa 2 deux conditions alternatives nécessaires : « *La preuve ne peut-être rapportée que s'il existe des présomptions ou des indices graves* ».

§2 - Le maintien de certaines actions

225- Si la loi de 1993 a mis un terme aux fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle, il reste néanmoins une fin de non-recevoir qui subsiste à l'ordonnance de 2005. C'est la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité liée à l'accouchement sous X.

A- La fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité

226- Ce maintien de l'accouchement sous X, fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité, est en France une question fortement polémique. La France, pays largement conservateur, est l'un des derniers pays à accepter l'accouchement sous X. **La loi du 8 janvier 1993 a consacré l'accouchement sous X** en donnant une nouvelle dimension à l'accouchement secret. En votant cette loi, pour certains qualifiée de « *fourre-tout* »¹⁹⁶, le législateur poursuivait plusieurs objectifs. Il s'agissait, entre autre de moderniser le droit de la filiation face à l'avancée des progrès des analyses biomédicales.

Cette loi de 1993 a été votée dans l'urgence. La loi sur l'accouchement sous X fait partie intégrante de ce qui avait été voté dans la précipitation, même si l'idée de légiférer sur ce thème était dans l'air depuis longtemps.

227- Pour la première fois, l'accouchement secret a une incidence sur l'établissement de la filiation, ce texte élevant **une fin de non-recevoir à la recherche en maternité naturelle**. Les articles 341 et 341-1 du code civil, prévus par la loi du 8 janvier 1993, attribuent à la mère le droit de conserver le secret sur son identité, mais surtout, d'instaurer une fin de non-recevoir à l'établissement judiciaire de la filiation maternelle. Selon l'article 341-1 du Code civil, « *lors de l'accouchement, la mère peut demander que*

¹⁹⁵ Fenouillet D., Droit de la famille, Cours dalloz, 2^{ème} édition, 2008.

¹⁹⁶ Nierinck C., « L'accouchement sous X : le fait et le droit », JCP. éd., G,1996, doctrine, étude, n°15 p. 149 et suivantes.

le secret de son admission et de son identité soient préservées ». L'action elle-même est désormais interdite. La nature de la protection accordée à la mère a changé : « *même si, nonobstant, les précautions prises lors de la naissance, l'enfant né sous X parvenait à établir l'identité de sa génitrice, celle-ci ne pourrait jamais devenir sa mère* ». L'article 341 ne vise que la recherche en maternité naturelle¹⁹⁷. Cette solution vise à privilégier la volonté des femmes et à multiplier le nombre d'enfants adoptables ; Elle a été généralisée par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Cette dernière, en son article 325, n'a pas effectué de modifications particulières sur ces dispositions : « *la recherche de maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 326* », ce dernier précisant que lors de l'accouchement, la mère peut demander le secret de son identité. C'est une disposition particulière pour la mère étant donné que depuis 1993 les fins de non-recevoir n'existent plus en matière d'action en recherche de paternité naturelle.

228- La loi du 16 janvier 2009 a mis en place l'abrogation de cette fin de non-recevoir. Quel a été l'argument des rédacteurs des travaux préparatoires à la loi ?

Il semblerait que ce soit la discrimination entre hommes et femmes engendrée par l'interdiction de rechercher la filiation maternelle. Il est vrai que le législateur de 1993, en permettant à la mère de rester anonyme et de se mettre à l'abri de toute action en recherche de maternité, a, dans le même temps, supprimé le bénéfice d'une telle possibilité au père, en abrogeant toutes les fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité. Le père, en cas d'accouchement sous X, ne peut pas établir sa filiation vis-à-vis de l'enfant. Il interdit de manière indirecte l'établissement de la paternité. Une Cour d'appel¹⁹⁸ avait statué en ce sens alors qu'elle avait du se prononcer sur la nature juridique d'une reconnaissance prénatale : « *en accouchant de façon anonyme, la mère d'un enfant a voulu que celui-ci ne puisse jamais être rattaché juridiquement à l'intimé (au père). Ainsi, cet enfant n'a aucune filiation juridique connue. Il est donc impossible de faire coïncider l'acte de naissance de cet enfant avec l'acte de reconnaissance établi par l'intimé, dans lequel il déclarait être le père de l'enfant qui devait naître d'une dame X, alors que l'enfant est né de mère inconnue* ».

229- Le père et la mère ne sont pas traités sur le même pied d'égalité. La loi de 2009 modifie l'article 325 en supprimant les mots « *sous réserve de l'application de l'article 326* » : l'accouchement sous X ne constituerait plus une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité.

¹⁹⁷ Abravanel-Jolly S., « La protection du secret en droit des personnes et de la famille », tome 10, collection des thèses, Défrénois., 2005. p. 81.

¹⁹⁸ CA Riom, 2^{ème} chambre, 16 décembre 1997, JCP G., éd 1998, II, 10147, note T. Garé.

Nous voyons bien ici que malgré la volonté du législateur de mettre à égalité les différents types de filiation (anciennement légitime et naturelle), il subsiste malgré tout, et ce à plusieurs niveaux, des différences :

- d'une part, nous constatons que le régime de la présomption de paternité subsiste pour l'homme dans le cas de la filiation d'un couple marié,
- d'autre part, une autre différence existe ainsi que nous venons de le démontrer dans le cas de l'accouchement sous X où la femme qui bénéficie d'une action en fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité alors que celle-ci a disparu pour l'action en recherche de paternité.

L'idée d'égalité pour tous n'est pas encore totalement acquise en droit de la filiation Française.

D'ailleurs pour le Professeur Thierry Garé, « **la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009** a entériné cette éventualité en supprimant la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité dans les cas d'accouchement sous X, au risque de marginaliser le recours à cette alternative »¹⁹⁹. Pour cet auteur, « cette suppression vise à prévenir une éventuelle condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme »²⁰⁰.

²³⁰⁻ Pour Madame Vial, « l'accouchement anonyme trouve traditionnellement son fondement dans la faveur accordée à la médicalisation de l'accouchement et à la survie de l'enfant ; Mais le but de la différence de traitement entre le père et la mère, autrement dit la raison du maintien de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité, pourrait aussi reposer sur les effets que cette fin de non-recevoir engendre sur l'accès de l'enfant à la connaissance de ses origines. La suppression de la fin de non-recevoir pourrait donc venir bouleverser les équilibres réalisés par la loi du 22 janvier 2002 en encourageant la réversibilité du secret de l'identité de la mère ». Comme cet auteur, nous considérons que « ne se trouvant plus à l'abri de l'établissement de son lien de filiation, la mère pourrait refuser de révéler son identité à l'enfant, qui se verrait ainsi privé non seulement de l'établissement de sa filiation, mais encore de l'accès à ses origines ».

Monsieur Garé (cf. ref. supra) se demande si « cela ne risque pas de détourner de l'accouchement sous X les quelques 700 femmes qui y recourent chaque année ? L'argument a été avancé par plusieurs parlementaires. Le rapporteur à l'assemblée nationale a rétorqué que si, de jure, la recherche de maternité était ouverte, de facto « l'enfant ne saura pas contre qui diriger son action »... Rien n'est moins sûr, dans la

¹⁹⁹ Garé T., « Réforme de la filiation, dans propos de la loi du 16 janvier 2009 », JCP éd. G., n° 6, 4 février 2009, actualité 59, p. 7 et suivantes.

²⁰⁰ De Richemont H., Rapport du Sénat n°145.

mesure où bien des personnes, à commencer par le père, pourront révéler à l'enfant le nom de sa mère et rendre ainsi inopérant l'article 326 du Code civil. Et l'on peut craindre que le non respect de la promesse faite à la mère favorise les abandons sauvages, voire pire... » Tout comme Monsieur Garé, nous pouvons craindre que cette mesure favorise aux abandons sauvages comme en Allemagne, avec les « *boîtes à bébé* ».

231- Quelle est la finalité de ce secret réalisé par l'accouchement sous X instituant une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité ? Pour certains auteurs, « *cette possibilité offerte à la mère est considérée comme un droit fondamental de la femme né de la liberté individuelle et du droit subjectif de se rattacher ou non un enfant* »²⁰¹. Pour ses défenseurs, le droit pour la mère d'accoucher sous X s'inscrit parmi les libertés fondamentales de la femme. La finalité d'accoucher sous X s'inscrit dans le choix qu'a la mère de se rattacher l'enfant qu'elle porte.

B- La fin de non-recevoir en cas de filiation incestueuse

232- Le législateur érige une fin de non-recevoir à l'établissement d'un lien de filiation avec le parent biologique en cas de filiation incestueuse. Cette « *victime indirecte* »²⁰² ne peut établir un lien légal qu'avec l'un de ses deux parents pour ne pas faire apparaître au grand jour le caractère incestueux de la filiation. Cette règle qui peut paraître hypocrite reste fondée sur la considération de l'intérêt de l'enfant, au moins en théorie²⁰³.

²⁰¹ Rubellin -Devichi J., « Droits de la mère et de l'enfant : Réflexions sur les formes d'abandon », RTD. civ., 1991, 695-704.

²⁰² Corpart I., « L'inceste en droit français », Gaz. Pal., 1995, 2, Doc, p. 888, spéc, p. 891.

²⁰³ Roy O., « Filiation légale et réalités familiales : accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant », LPA., 12 juin 1998, n°70 doct, p.17.

CONCLUSION

²³³- Comme nous l'avons constaté lors de l'étude de ce premier titre, la seconde moitié du XIX^{ème} siècle a connu une spectaculaire avancée de la biologie et de la génétique.

Tout d'abord, les découvertes scientifiques ont rendu possible la preuve de la non-paternité ou celle de la non-maternité grâce à l'examen comparatif des sangs. Ce pouvoir négatif des expertises sanguines demeure un acquis important mais la science est allée plus loin avec la technique des empreintes génétiques qui repose sur l'étude génétique de la cellule d'un individu. Cette technique constitue la preuve absolue puisque la fiabilité est proche de 100 %. Les empreintes génétiques permettent, plus que l'analyse sanguine, la découverte de la vérité biologique de la filiation, par l'établissement d'une preuve positive ou négative dans le cas particulier du contentieux de la filiation. Nous observons **un déplacement des axes du droit de la filiation**. Désormais, **le droit a coutume de s'appuyer sur la biologie**. S'il y a conflit, on va se tourner automatiquement vers les expertises génétiques, de façon à prouver en justice une justification de cette filiation. La libéralisation a fait voler en éclat le système en mettant l'intention comme le fondement de la filiation. Cette intention se manifeste dans le projet parental (par exemple en matière de PMA (cf. infra)). Désormais, nous pouvons considérer que le droit de la filiation est un droit de la culture. Ce nouveau visage de la filiation est entré dans les mœurs. Jusque dans les années 50, on se reposait sur les fictions du droit, ce n'est désormais plus le cas. La génétique a fait évoluer le droit de la filiation, elle en a déplacé les axes.

Cependant, il ne faut pas oublier que le droit civil, en dehors du contentieux de la filiation, refuse catégoriquement le droit à l'accès à la preuve biologique en vertu des dispositions des lois bioéthiques.

²³⁴- Il va de soi que cette affirmation de la vérité scientifique influe sur la force des autres moyens de preuve à savoir, les présomptions et les fins de non-recevoir. Celles-ci sont notamment en nette disparition depuis la loi de 1993, avec cette toute dernière suppression de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité, dans le cas de l'accouchement sous X. Nous pouvons nous demander si la réforme des lois bioéthiques, prévues en 2010, ne va pas supprimer l'accouchement sous X, d'autant plus que la récente loi du 16 janvier 2009 a mis fin à la fin de recevoir à l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous X ?

TITRE II

VERS UN NOUVEAU DROIT DE LA PROCREATION FONDEE SUR UNE FICTION LEGALE

235- « *Le droit de la famille ne doit pas seulement s'adapter aux mœurs. Il doit permettre à une nation de survivre ; s'il n'y parvient pas il est mauvais* » écrivait en entête de son premier ouvrage Philippe Malaurie en 1987. Le droit de la filiation est un des pans essentiels du droit de la famille. Comme nous venons de le démontrer dans le titre I, il est en pleine mutation du fait de la révolution des biotechnologies du XX^{ème} siècle. Comme le dit Madame Frédérique Granet-Lambrechts²⁰⁴, « *nous sommes aujourd'hui à la croisée des chemins. « Conception à l'ancienne »²⁰⁵, conception par procréation médicalement assistée avec ou sans tiers donneur de gamètes ou d'embryons, adoption : il y a plusieurs chemins pour accéder à l'enfant (pour exercer un droit à l'enfant)* ». Du droit de la filiation et des lois bioéthique dépendent un choix de société. « *Il est d'autant plus grave* » souligne Madame Granet-Lambrechts, « *qu'il est sans doute irréversible. Les générations à venir se retourneront sur nous pour en juger* ».

236- Nous venons de nous efforcer de démontrer que la révolution biotechnologique affecte profondément l'histoire du droit de la filiation. Le droit de la filiation est bien souvent étroitement dépendant d'une idéologie et d'une politique législative familiale liée aux mœurs.

Le Code Napoléon de 1804 était entièrement dominé par le mariage et la filiation légitime. Au XX^{ème} siècle, à partir des années 30 (notamment depuis la célèbre jurisprudence Degas qui a étendu le domaine de la présomption de paternité aux enfants conçus avant le mariage mais nés pendant ce dernier (cf. supra)), est apparue une nouvelle idéologie, individualiste préoccupée par l'intérêt de l'enfant, parallèlement à la faveur maintenue pour le mariage. Il en est résulté une extension délibérée de la filiation légitime (telle était la conception de l'intérêt de l'enfant), même au prix d'un mensonge, la jurisprudence préférant la plupart du temps « *fabriquer de faux enfants légitimes* » !

237- Les mentalités et les techniques médicales de plus en plus fiables n'ayant de cesse d'évoluer, le droit de la filiation a nécessairement subi des mutations. Les textes du Code civil étaient de plus en plus dépassés et nécessitaient d'être réformés. Ce sera chose faite avec la loi du 3 janvier 1972 dont le Doyen Carbonnier était à l'origine et qui avait pour souci la découverte de la vérité de la filiation.

²⁰⁴ Granet-Lambrechts F., rapport Français, Colloque international de l'institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit, mars 1995.

²⁰⁵ Selon l'expression de J Rubellin-Devichi, JCP éd G., 1991, I, 3505, n°27.

238- Grâce aux considérables progrès de la génétique à l'époque, nous avons réussi à percer les secrets des alcôves les mieux gardés et lever le mystère de la paternité.

Tout d'abord nous avons pu affirmer la preuve négative de la paternité puis les techniques évoluant nous sommes allés jusqu'à pouvoir dire : « *le père c'est obligatoirement lui !* ». Les expertises d'identification génétique ont permis de désigner le géniteur réel.

239- Puis de nouveau, le droit français de la filiation voulant se mettre en harmonie avec la Convention de New York notamment l'article 12, la loi de 1993 a vu le jour. Cette dernière a supprimé : les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle ainsi que les fins de non-recevoir pouvant jusque là être opposées au demandeur. Libéralisation probatoire des actions en recherche de filiation naturelle ou de maternité légitime et, création d'une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité lorsque la mère a demandé à bénéficier de l'accouchement sous X.

240- Enfin, la dernière grande réforme de la filiation a été réalisée par la voie de l'ordonnance du 4 juillet 2005. Celle-ci a mis fin à la distinction entre les différents types de filiation légitime et naturelle pour ne créer qu'une unique filiation relativement équitable eu égard aux situations réelles. Elles visent à obtenir une égalité juridique des enfants. La vérité biologique progresse encore mais le droit fait de plus en plus place à la filiation voulue et vécue. Comme nous l'avons déjà analysé, avec cette ordonnance, nous avons une filiation unifiée, simplifiée.

241- A côté de la filiation par rapport charnel, le droit fait sa place à la filiation artificielle, par volonté juridique. Parfois, le droit considère que tel homme ou telle femme, tout en n'ayant aucun lien biologique avec l'enfant, sont les parents de ce dernier, en construisant un lien de filiation juridique fondé sur la volonté de se comporter comme tel. Dans ce type de filiation, nous trouvons l'adoption et la procréation médicalement assistée. C'est cette dernière, en particulier, qu'il nous appartient d'étudier ici. Nous passerons donc sur le rapport de filiation lié à l'adoption, ceci n'étant pas dans notre sujet de réflexion.

242- Durant les trente dernières années, les progrès scientifiques ont permis à l'homme de maîtriser partiellement le processus de la procréation. Ce sont ces connaissances qui ont conduit à la mise en œuvre des techniques de reproduction artificielle (insémination artificielle, fécondation in vitro, ...) fréquemment utilisées depuis 1980. A partir des années 1970-1980, pour satisfaire le désir d'enfant de certains couples, ces techniques furent de plus en plus utilisées. C'est ainsi que les CECOS (Centres d'Etude et de COnservation du Sperme), créés en 1974, fêtèrent, en 1984, pour leur 10^{ème}

anniversaire, leur 10 millièmes grossesses. C'est ainsi que naquit également la célèbre Amandine, le « *premier bébé éprouvette français* ». C'est ainsi, encore, que Zoé vint au monde à Melbourne, en 1984, après réimplantation, dans l'utérus maternel, d'un embryon conservé par congélation²⁰⁶.

²⁴³- Les pouvoirs publics se sont rapidement aperçus que l'assistance médicale à la procréation posait de nombreux problèmes juridiques²⁰⁷. Ces progrès considérables de la biologie rejaillissent sur le sens de la filiation et, plus largement, sur les structures de la famille. On peut en arriver parfois à se poser la question fondamentale : « *que signifie vouloir un enfant ?* ».

Pour résoudre ces problèmes, deux lois importantes furent votées le 29 juillet 1994. Tout d'abord, la loi n° 94-653 relative au respect du corps humain et la loi n°94-654 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. Votées en 1994, ces lois bioéthiques ont été révisées en 2004 et doivent l'être à nouveau durant l'année 2010.

²⁴⁴- Alors que nous vivons une époque fondée sur la recherche de la vérité à tout prix, nous nous trouvons dans le contexte de procréation assistée face à un phénomène inverse. Nous allons plutôt chercher l'anonymat, cacher la véritable filiation.

Dans un premier chapitre, nous essaierons de démontrer, que ces techniques de procréations nouvelles semblent mettre en place une fiction juridique. Dans un second chapitre, nous étudierons l'éventualité de la recherche de ses origines génétiques.

²⁰⁶ Terré F, Fenouillet D., Les personnes- la famille- les incapacités, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005.

²⁰⁷ Granet F., L'enfant conçu par procréation médicalement assistée et les projets de loi sur la bioéthique, in Mélanges D. Huet-Weiller, 1994, p. 219 ; Kaiser P., « Les limites morales et juridiques à la procréation artificielle », D., 1987, Chr., 189 ; Raymond G., « La procréation artificielle et le droit français », JCP éd G., 1983, I, 3114 ; Rubellin-Devichi J., « Les procréations assistées : état des questions », RTD Civ., 1987, 457.

CHAPITRE I : UNE FICTION JURIDIQUE EN MATIERE D'ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCREATION

²⁴⁵- « *Avoir un enfant quand je veux, si je veux* ». Ce slogan, scandé par les premières bénéficiaires des pratiques anticonceptionnelles, a fait entrer la volonté en force dans le droit de la filiation, dans le sillage du contrôle de la procréation²⁰⁸. L'assistance médicale à la procréation est l'auxiliaire de la procréation naturelle. Le choix opéré par le législateur est politique. Il inspire l'ensemble des conditions d'accès à la procréation médicalement assistée.

²⁴⁶- La procréation avec tiers donneur a pour premier principe d'être réservée aux couples hétérosexuels dont l'infertilité a été médicalement constatée. Ces derniers doivent répondre à trois obligations :

- être vivants,
- en âge de procréer,
- et vivre ensemble (article 152-2 du Code de la Santé Publique).

C'est le caractère médical de la procréation qui est une condition de licéité de l'opération. Ce caractère médical de la procréation est largement contrôlé pour en permettre son accès.

²⁴⁷- Le second principe retenu par le législateur est celui de l'anonymat et de la gratuité du don de gamètes et d'embryons. L'anonymat est la clé du dispositif légal²⁰⁹. C'est ici qu'apparaît la contradiction majeure avec la filiation charnelle. Alors que le droit de la filiation prône la recherche de la vérité à tout prix, nous sommes bien, en droit de la procréation face à une contradiction :

- La filiation établie grâce à la procréation médicalement assistée par donneur dite exogène (apport de forces génétiques étrangères à l'un des membres au moins du couple), ne permet nullement de rechercher la filiation d'origine. Bien au contraire, il s'agit de masquer les identités.
- En revanche, dans le cas de procréation médicalement assistée endogène, à savoir avec les gènes du couple, on se retrouve dans le champ d'application normal du droit de la filiation de droit commun à savoir la possibilité de rechercher ses origines génétiques.

²⁰⁸ Brisset C., *Le primat du biologique, in quinze millions d'enfants à défendre. Ils sont la prunelle de nos yeux*, Paris, Albin Michel, 2005.

²⁴⁸⁻ Force pour nous est de constater que nous sommes face à une fiction en matière de procréation assistée exogène. Nous abordons désormais de nouvelles questions liées aux origines. Les naissances médicalement assistées bouleversent nos représentations.

En 1994, au moment des projets des premières lois bioéthiques, Monsieur Malaurie²¹⁰, dans une chronique à propos de ces projets de loi sur la bioéthique, analysait les effets pervers du droit. Il considérait que le droit positif de la filiation reposait sur trois principes :

- tout d'abord, « *la filiation repose sur la vérité biologique* » (loi du 8 janvier 1993),
- l'enfant a le droit de connaître ses origines (Convention de New York, 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant),
- et enfin tous les enfants, légitimes ou naturels, sont égaux (article 334-2 du Code civil).

Or, il constatait que « *l'insémination artificielle avec donneur bouleverse radicalement ces principes (projet, article 311-20 du Code civil). Le droit de la filiation devient incohérent. La filiation artificielle est soumise à un régime discriminatoire. Sont abandonnés deux cents ans d'efforts difficiles pour qu'il n'y ait plus plusieurs catégories d'enfants : ils devraient, pourtant, être tous les enfants de Dieu, égaux devant la loi, qu'ils aient été naturellement ou artificiellement procréés* ». C'est d'ailleurs cette incohérence, cette fiction, ce manque de transparence que nous allons tenter de démontrer dans une première section, puis, dans une deuxième, nous envisagerons le cas particulier de la fiction également en matière d'accouchement sous X où là aussi, nous nous trouvons face à un secret organisé.

SECTION I - LA PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE EXOGENE ET LA MISE EN PLACE D'UNE FICTION JURIDIQUE

²⁴⁹⁻ Les techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP) ont eu pour objectif de permettre à des couples, ne pouvant pas l'envisager avant, de devenir parents. Les progrès de la biologie et de la médecine n'ont pas encore permis de trouver une thérapeutique efficace de la stérilité masculine et de la stérilité féminine qui sont, pour beaucoup de couples, une épreuve difficile à supporter.

²⁰⁹ Nicolas-Maguin M-F., Droit de la famille, collection repères découvertes.

²¹⁰ Malaurie P., « L'homme être juridique », D., 1994, 13^{ème} cahier, chr.

Biologistes et médecins ont été incités à porter remède à la stérilité en substituant aux rapports sexuels impossibles ou inféconds des procédés techniques susceptibles de permettre la naissance d'un enfant aux couples qui le désirent²¹¹. En effet, l'infertilité reste en France la principale motivation qui guide leur utilisation. La réglementation française n'envisage d'ailleurs pas d'autres applications de ces techniques.

L'assistance médicale à la procréation est régie par le code de la santé publique, mais la filiation de l'enfant issue de cette procréation médicalement assistée a été aménagée dans le code civil.

Sous section 1 L'ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCREATION (AMP) EN DROIT FRANÇAIS ET SES LIMITES

²⁵⁰⁻ Avant d'étudier cette notion de procréation et la filiation qui en découle, il paraît nécessaire de présenter les différents types de procréation assistée et de connaître les conditions d'accès à cette technique de procréation.

²⁵¹⁻ Tout d'abord, il faut distinguer la filiation de l'enfant issu d'une AMP avec recours aux gamètes du couple de celle de l'enfant issu d'une AMP avec recours aux gamètes d'un donneur anonyme ou aux embryons d'un couple anonyme.

Dans le premier cas, l'enfant sera celui du couple ayant reçu l'AMP. Il n'y a aucun problème puisque la filiation juridique de l'enfant sera en harmonie avec sa filiation biologique. En principe, dans ce cas, l'intervention médicale est seulement destinée à aider « *un peu* » la nature. Elle va remédier aux anomalies qui peuvent empêcher une procréation naturelle.

Tout autre est **la filiation de l'enfant issu de gamètes extérieures au couple parental. La filiation juridique ne correspond pas avec la filiation biologique.** Les difficultés juridiques engendrées par l'utilisation de ce procédé sont autrement plus sérieuses que celles soulevées par une AMP avec gamètes du couple demandeur.

Pendant longtemps, dans le cadre de l'insémination artificielle avec donneur, on s'est interrogé sur la légitimité de cette insémination qui était très contestée par la doctrine. Et ici encore, les implications de cette technique vis-à-vis du droit de la filiation ne sont pas étrangères à l'appréciation que l'on porte, au fond, sur la légitimité du procédé²¹². L'enfant est en réalité l'enfant biologique d'un des membres du couple et du donneur. Il y a bien un problème de filiation juridique. Les nouvelles techniques

²¹¹ Kayser P., « Les limites morales et juridiques à la procréation artificielle », D., 1987, chr., 193.

²¹² Kayser P., « Les limites morales et juridiques à la procréation artificielle », D., 1987,chr., 193.

procréatives, mêlant parents biologiques et donneur, obligent à revoir l'approche biologique du droit de la filiation²¹³.

252- Il existe bien à côté de la filiation biologique d'autres manifestations de la vérité de la filiation à savoir, la possession d'état, la reconnaissance mensongère ou non, l'adoption sur lesquelles repose la filiation sociologique.

En matière d'assistance médicale à la procréation, le droit a opté pour une autre solution : **l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation doit être l'enfant du couple qui a eu recours à cette AMP**. En donnant le consentement, les parents acceptent d'être les parents juridiques de l'enfant. Il s'agit d'une **acceptation juridique de la filiation**. Il ne peut y avoir aucun lien de filiation à l'égard des donneurs de quelque façon que ce soit.

253- Cette assistance médicale à la procréation permet de faire venir au monde des enfants avec l'aide de la médecine et de la société. Il est légitime que cette dernière s'en préoccupe. C'est la raison pour laquelle les assistances médicales à la procréation ne sont pas toutes autorisées et doivent répondre à certains critères que nous nous proposons d'étudier tout d'abord. Puis, nous envisagerons quelles sont les assistances médicales à la procréation que notre droit français, pour le moment, refuse. Enfin nous essaierons, au regard des législations des autres pays, notamment européens, de voir quels autres choix législatifs ont été faits. Quelles sont alors les perspectives d'évolution que nous pouvons envisager pour la France ? Là encore, notre propos démontrera que, l'évolution des techniques médicales a pu influencer la mise en place de nouvelles mesures législatives et faire évoluer notre droit de la filiation. Ce dernier est en perpétuel mouvance au gré des évolutions des techniques médicales, qu'il s'agisse de génétique ou de recherche sur les méthodes de procréation.

§1 - Les conditions de l'assistance médicale à la procréation autorisée

254- La procréation médicalement assistée exogène fait appel aux gamètes extérieures au couple afin de déboucher sur une fécondation in vitro ou sur une insémination artificielle avec donneur. La technique de la fécondation in vitro perturbe largement le droit de la filiation.

En effet, en permettant de concevoir un enfant dans un milieu totalement artificiel, elle aboutit à une dissociation importante du processus de la conception. Ici, la

²¹³ Dreiffus-Netter F., « La filiation des enfants issus de l'AMP avec donneur », centre de documentation multimédia en droit médical, 2004, www.droit.univ-paris5.fr/cddm/.

fécondation devient indépendante de la gestation. L'enfant, s'il est bien porté par celle désirant être mère, est alors génétiquement totalement étranger au couple ainsi en mal d'enfant. L'enfant appelé de cette manière à la vie a deux « *mères différentes* » :

- une mère « *génétique* » celle dont l'ovule a permis la conception,
- une mère « *gestatrice* » celle qui l'a porté en elle et a accouché.

A- Les techniques autorisées

²⁵⁵- L'article L. 2141-1 du Code de la Santé Publique accepte : « *les pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle* » ainsi que « *toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel* ». Il y a un large contrôle étatique des auteurs de l'assistance médicale. La loi n'autorise que certaines interventions médicales et restreint l'accès à l'assistance médicale à la procréation. Il est nécessaire que cette pratique s'effectue dans **un encadrement scientifique et juridique très contraignant** et uniquement dans des établissements habilités à cet effet. Ce procédé est réalisé sous la responsabilité de spécialistes compétents. Madame Dreifuss-Netter nous précise que dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation avec donneurs, des agréments et autorisations spécifiques doivent être obtenus pour les activités de recueil, traitement, conservation et cession de gamètes issus d'un don (articles L 1244-5 et R 1244-1 CSP), qui ne peuvent être exercées qu'au sein d'organismes et établissement de santé sans but lucratif, ce qui, en l'état actuel des choses, ne concerne, sauf exception, que le secteur public. En revanche, aucune autorisation ou agrément n'est requis pour procéder à l'insémination artificielle avec les gamètes acquis auprès d'un centre autorisé. ²¹⁴

B- Les couples bénéficiaires

²⁵⁶- L'assistance médicale à la procréation est la réponse à la demande parentale d'un couple. Cette assistance ne peut bénéficier qu'à des couples présentant certaines caractéristiques et exprimant une « *demande parentale* ». L'article L. 2141-2 du Code de la Santé Publique le prévoit comme tel.

Cette demande parentale est exprimée auprès d'une équipe médicale pluridisciplinaire. Cette rencontre avec le corps médical a pour objectif de s'assurer de la volonté du couple, de les informer oralement et par remise d'un dossier guide des

²¹⁴ Dreifuss-Netter F., « L'assistance médicale à la procréation avec donneur », centre de documentation multimédia en droit médical, février 2008.

questions d'ordre médical et juridique. La confirmation de la demande doit respecter des conditions de délai et de forme prévues à l'article L. 2141-10, al3 et 4 du Code de la Santé Publique. Parfois, il peut y avoir refus dans l'intérêt de l'enfant – bien que ce dernier soit encore au stade du projet virtuel - et une demande de délai supplémentaire.

257- Cette demande parentale présente une solennité supplémentaire dans le cas de l'intervention d'un tiers donneur ou de l'accueil d'un embryon. Le droit renforce les conditions de l'accueil du consentement comme le prévoit l'article 311-20 du Code civil. Il est indispensable que le couple receveur prenne bien conscience de l'impossibilité, par la suite pour quelque raison que ce soit, de contester la filiation ou d'établir un lien de filiation avec le donneur. Il s'agit vraiment d'un consentement éclairé qui ressort bien du formalisme de cette demande parentale. Pour l'accueil de l'embryon, celui-ci est régit par le Code de la Santé Publique et doit également répondre à des exigences strictes.

258- Cette demande parentale devient caduque indépendamment de la volonté de ses auteurs dans le cas du décès de l'un des membres du couple, du dépôt d'une requête en divorce ou de la cessation de la communauté de vie. Dans ce cas, dans la mesure où cet événement intervient avant la procréation médicalement assistée, le consentement devient de facto privé d'effet. Par voie de conséquence, cette demande parentale n'a plus lieu d'être et doit être annulée.

De même, cette procréation assistée, pour une raison qui ne regarde que les demandeurs, peut être annulée sans que cette annulation soit justifiée. Cette demande d'annulation par écrit, antérieure au fait même de la procréation médicalement assistée n'a pas à être justifiée. Dans ce cas le consentement devient privé d'effet.

259- Nous pouvons en déduire que cette demande est exclue aux célibataires. Ici, il existe une différence avec l'adoption qui, elle, sera acceptée pour ces derniers. Comment comprendre cette distinction entre l'adoption et la procréation médicalement assistée ? Dans le cas de l'adoption, il existe bien un enfant et celui-ci doit trouver des parents. Il est certain qu'il y va, malgré tout, de son intérêt d'avoir au moins un parent plutôt que pas du tout. En revanche, dans le cas de la procréation médicalement assistée, l'enfant n'est pas conçu. Cela reviendrait à accepter la solution du parent célibataire de faire un enfant seul, ce qui en soi paraît totalement aberrant et totalement exclu. Dans cette hypothèse, il s'agit de faire venir au monde un enfant dans un intérêt uniquement d'adulte. Il ne peut y avoir de place pour l'intérêt de l'enfant dans la mesure où celui-ci n'existe même pas. Le but est bien ici dénué de tout fondement ce qui n'est pas le cas de l'adoption où, malgré tout, ce sera l'intérêt de l'enfant qui l'emportera.

Ce couple doit répondre à certains critères, chacun doit :

- être vivant,
- en âge de procréer,
- marié ou ensemble depuis au moins deux ans et consentant préalablement au transfert d'embryon ou à l'insémination.

C'est ce qui est prévu par l'article L. 2141-2 du Code de la Santé Publique. Depuis la réforme de la loi du 6 août 2004, « *font obstacle à l'insémination ou au transfert d'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* ».

§2 - Le refus français de certaines techniques

²⁶⁰- Certaines techniques concernant la maternité sont prohibées par la loi. Il s'agit des mères porteuses, des mères de substitution, des mères de remplacement, des « *surrogate mothers* », ... de la maternité de substitution ainsi que de la gestation pour autrui.

²⁶¹- **L'article 16-7 du Code civil annule « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui »**. Dans un article du journal « *Le Monde* » du 11 juin 1980, la presse avait commencé à relater comment à Louisville, dans le Kentucky, un médecin avait fondé en 1979 la « *surrogate parenting associates* » pour aider les femmes stériles à louer des mères, des ventres et des utérus de remplacement. Il précisait comment un couple de Français avait choisi sur dossier une mère porteuse qui avait été inséminée avec le sperme du mari. Encore, cet article abordait comment la naissance de la petite Vanessa, le 21 juillet 1982, s'était passée avec si peu de problèmes qu'il était fortement question de lui donner un petit frère grâce à la même mère porteuse américaine. Le journal « *Le Monde* » considérait alors en l'état du droit et des pratiques de fait que cette institution des mères porteuses avait cessé d'être en France une « *perspective futuriste* ». Quel allait être le point de vue des tribunaux, des juristes et du législateur face à ces nouvelles techniques de procréation quelques peu délicates sous l'angle de l'éthique ?

²⁶²- En effet, l'important développement des procréations assistées a très vite attiré l'attention des juristes et des politiques. Ils se sont tout d'abord demandés s'il fallait légiférer sur la question. Encore une fois, ici, les évolutions des techniques médicales, ici

les techniques de procréation évoluant, ces innovations influencent et modifient le droit de la filiation.

Dans le domaine des maternités pour autrui ou de substitution, les tribunaux ont tout d'abord agité avec prudence. Ils ont été confrontés à des problèmes délicats. Il leur a fallu les résoudre par le biais de l'utilisation du droit commun des personnes, des contrats et de la responsabilité. La Cour de cassation s'est rapidement prononcée par la négative en approuvant une Cour d'appel d'avoir décidé qu'était « *illicite une association ayant pour objet de favoriser de telles maternités, compte tenu tant de l'indisponibilité du corps humain que de l'indisponibilité de l'état des personnes* »²¹⁵. La mère renonce par avance à sa future qualité de mère et ces conventions sont nulles en application de l'article 1128 du Code civil qui dispose : « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de convention* ». Pour Madame Poisson Drocourt²¹⁶, la formule peut prêter à contestation, mais nous comprenons bien que le contrat entre la mère de substitution et le couple tend à faire de l'enfant une chose à livrer. Or c'est un être humain qui est promis. L'enfant ne saurait être traité comme une chose.

Dans un arrêt du 31 mai 1991 l'Assemblée plénière de la Cour de cassation²¹⁷ a jugé que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ». En l'espèce, pour la Cour, il s'agissait d'un détournement de la procédure d'adoption : « *viole les articles 6 et 1128 du Code civil, l'arrêt qui prononce l'adoption plénière d'un enfant, alors que cette adoption est l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil dans son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère* ». Par la suite, la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation en 1994 a statué dans le même sens. Cependant cette solution, retenue par la Cour de cassation en 1991, suscita de grandes réactions en doctrine, où elle fût largement contestée. Certains auteurs regrettèrent que la Cour se soit ainsi fondée sur l'indisponibilité du corps humain, un tel principe étant selon eux, inexistant en droit positif²¹⁸. Pour Messieurs Sériaux et Kayser²¹⁹, cette solution retenue par la Cour semblait se justifier dans la mesure où, « *d'une part, cette convention entraîne la grossesse de la mère et la touche donc au plus profond d'elle même, d'autre part, parce qu'elle porte un enfant à venir, traité comme une marchandise devant être livrée à l'issue de la fabrication* ».

²¹⁵ Civ, 1^{ère}, 13 décembre 1989, D., 1990, 273, rapport J. Massip, JCP éd. G., 1990, II, 21526, note A. Sériaux.

²¹⁶ Civ, 1^{ère}, 9 décembre 2003, D., 2004, JP, 1998, note. E. Poisson Drocourt, « Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption ».

²¹⁷ Ass. Plén., 31 mai 1991, D., 1991, 417, rapport Y. Chartier, note D. Thouvenin

²¹⁸ Gobert, réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, RTD Civ. 1992, 513, n°25.

²⁶³⁻ Dans un arrêt de la première chambre civile, la Cour de cassation avait rejeté un pourvoi au motif que « *la maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du Code civil et, aujourd'hui, de son article 16-7, réalise un détournement de l'adoption, que les juges du fond ont donc refusé à bon droit de prononcer* ». En l'espèce, Mr et Mme X se sont mariés le 15 décembre 1962. Un enfant est né de leur union le 11 novembre 1966. 20 ans après, le 4 juillet 1987, est né un autre enfant, Sarah, issue d'une convention de maternité pour autrui. Une amie du couple, ou supposée telle, a offert de se faire inséminer par les gamètes du mari, de porter l'enfant et de l'abandonner à sa naissance, afin que celui-ci soit reconnu par le mari et adopté par sa femme. Le 28 janvier 1999, Mme X a introduit une requête en adoption plénière de la jeune Sarah, que les juges du fond n'ont pas acceptée. La plaignante s'est donc produite en cassation. La Cour a rejeté le pourvoi.

Ces solutions jurisprudentielles ont été reprises par le législateur. Il a mis fin à ces pratiques tout d'abord par loi de 1994 et conforté de nouveau son dispositif par celle de 2004. Ces lois sont très conservatrices. La France est un pays fortement attaché au symbolisme embryonnaire. Il est peu probable que les nouvelles lois sur la bioéthique remaniées pour 2010 reviennent fondamentalement sur ces principes même si le débat continue au sein même des mouvements intellectuels féministes. Le débat récent animé par Mesdames Agasinski et Badinter en témoigne.

A- La maternité pour Autrui

²⁶⁴⁻ La plupart des pays étrangers ont adopté des modes opératoires juridiques sensiblement différents de notre modèle français. Il est probable que tout en s'en inspirant la France maintienne sa position relativement fermée vis-à-vis de la possible acceptation de la maternité pour autrui.

1°- La législation en France et à l'étranger

²⁶⁵⁻ Jusqu'à présent, l'exclusivité du lien maternel s'imposait par la force des choses, en ce sens qu'il n'y avait pas de doute quant à l'identité de la mère. Envisagée dans la perspective de la nature, la maternité résultait de l'accouchement. Or, comme l'explique Caroline Siffrein-Blanc, « *les pistes ont été brouillées par la confrontation de la nature, du droit et de la science et tout particulièrement avec l'assistance médicale à la procréation et les progrès de la biologie* ». Dans tous les états européens, celle qui porte

²¹⁹ Sériaux, Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ?, D., 1985, chr., 59, Note JCP 199101, II, 21526 ; Kayser, Les limites morales et juridiques à la procréation artificielle, D., 1987, chr., 193.

l'enfant puis lui donne naissance est désignée comme la mère sur les registres des naissances²²⁰. Le problème existe lorsque l'on se trouve dans le cas de la maternité de substitution. Nous pouvons imaginer deux situations :

- d'une part, nous constatons que le régime de la présomption de paternité subsiste pour l'homme dans le cas de la filiation d'un couple marié ;
- soit la mère porteuse assume seulement la gestation et il s'agit en ce cas des gamètes du couple,
- soit la mère porteuse porte un enfant qu'elle a elle même conçu²²¹.

La jurisprudence saisie de ces questions délicates, s'est montrée très stricte. Elle a tout d'abord annulé et dissous les associations qui avaient pour objet de permettre ce type de conception. Puis un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 31 mai 1991²²², a cassé et annulé un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait prononcé l'adoption d'une fillette par une femme mariée en jugeant que « *la convention par laquelle une personne s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* », cela impliquant un détournement de l'adoption. A la suite de cette jurisprudence, le législateur est venu consacrer l'interdiction de la pratique des mères porteuses par l'article 16-7 du Code civil : « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Toute action allant à l'encontre de ce principe est lourdement sanctionnée. Il s'agit d'une prohibition de principe. L'article 16-9 du code civil, considère qu'il s'agit d'une nullité absolue, d'ordre public. Le Code Pénal, en son article 227-12, prévoit des peines pour le fait de s'entremettre en vue d'une gestation pour le compte d'autrui. Dans un avis n°3 du 23 octobre 1984, le Comité Consultatif National d'Éthique s'est prononcé défavorablement sur la maternité de substitution, dès lors qu'elle pouvait servir des intérêts mercantiles et susciter l'exploitation matérielle et psychologique des femmes.

²⁶⁶⁻ Cette pratique, totalement prohibée en France, est cependant autorisée dans de nombreux Etats. Elle favorise ce qu'il est possible d'intituler en quelque sorte le « *tourisme procréatif* ».

²²⁰ Granet F., « La maternité : entre les certitudes de la nature et les troubles de la biologie, quelles réponses du droit ? », RRJ Droit prospectif, 2004, n° 4 p. 2681 ; Laroque M., « Les règles juridiques d'établissement non conflictuel de la paternité et de la maternité », In vérité scientifique, vérité psychique et le droit de la filiation, Actes du colloque IRCID-CNRS des 9, 10 et 11 février 1995, sous le haut patronage de Monsieur Pierre Mehaignerie, garde des sceaux ministre de la justice, (dir) Lucette Khaïat, éd. Erès, 1995, p. 67.

²²¹ Atias C., « Le contrat de substitution de mère », D., 1986, p. 67.

²²² Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, D, 1991, p. 417, rapp. Yves Chartier ; JCP éd. G, 1991, II, 21752, note François Terré ; Rép Def, 1991, p. 948, obs. massip ; RTD civ, 1991, p. 517, obs. Danièle Huet-Weiller.

A l'étranger, il existe trois types de régimes juridiques relatifs à la gestation pour autrui :

- certains Etats interdisent par principe la gestation pour autrui (Allemagne, Espagne, Italie, Suisse),
- tandis que d'autres, sans interdire expressément cette pratique, mènent une politique de dissuasion à travers la mise en place d'obstacles civils et pénaux (Belgique, Danemark, Pays-Bas),
- enfin, certains pays (Canada, Royaume uni, Grèce et certains états des Etats-Unis) autorisent la gestation pour autrui tout en l'encadrant strictement.

Aucune solution n'a été prévue par le législateur Français pour donner une existence juridique et un lien de filiation aux enfants nés grâce à cette technique de procréation. **Le droit français interdit la gestation pour autrui** notamment **en raison du principe fondamental selon lequel l'accouchement détermine la filiation maternelle**. La loi de 1994 avait réglementé la filiation par procréation médicalement assistée, la loi de 2004 a fixé une énumération limitative afin de limiter le recours à la procréation médicalement assistée avec donneur.

²⁶⁷⁻ Cependant, confronté aux solutions étrangères, le droit français est appelé à évoluer dans un avenir proche. En effet, en décembre 2007, plusieurs Sénateurs (Michèle André, Alain Million et Henri de Richemont) ont proposé de légaliser la maternité pour autrui ou maternité de substitution, c'est-à-dire les mères porteuses. Lors d'une conférence de presse, le 25 juin 2008, un premier rapport a été présenté. Le groupe du Sénat envisage d'autoriser cette technique qui se pratique dans de nombreux pays étrangers et voisins mais il propose de l'encadrer de manière stricte :

- la femme devrait se trouver dans l'impossibilité de mener une grossesse à terme ou de la mener sans danger pour sa santé ou pour celle de l'enfant à naître,
- réserver cette pratique aux couples stables et hétérosexuels, après examen psychique et physique donnant lieu à agrément, avec obligations que les gamètes proviennent au moins d'un des deux membres du couple. Les ovocytes ne peuvent provenir de la mère porteuse,
- autoriser comme mère porteuse seules des femmes qui ont au moins un enfant et sont domiciliées en France,
- reconnaître le droit au repentir de la mère porteuse qui pourrait décider de garder l'enfant dans un délai de trois jours. Mais cette dernière condition suscite déjà des contestations.

²⁶⁸⁻ D'ores et déjà de nombreuses voix se sont élevées pour contester globalement ce projet. Les raisons ne manquent pas en effet de prévoir que cette mesure provoquerait des désordres sociaux.

Les femmes recrutées pour prêter leur utérus en vue d'une grossesse dont l'enfant sera retiré dès la naissance sont exposées à une frustration majeure durant la grossesse et au moment de l'accouchement. Leur dignité ne peut-être qu'offensée par l'instrumentalisation de la personne, indissociable de la fonction gestatrice ; la compensation financière ne peut les honorer de façon satisfaisante. Enfin, connaissant les aléas à toute maternité, la question d'un avortement peut subvenir et la liberté de la mère de substitution est en jeu.

²⁶⁹- Les enfants nés de la sorte sont privés du lien qui les attache à la femme qui les a conçus en son sein. Plus grave, ils ont été fabriqués par une volonté extérieure à eux et de ce fait, instrumentalisés au profit du désir de leurs parents intentionnels. Atteinte à la dignité, à leur liberté, ils ignoreront de qui ils sont. Les enfants perdront, de ce fait, la notion de leur ascendance dont nous savons à quel point chaque personne est attachée.

Les parents intentionnels (nouvelle catégorie) risquent d'être confrontés à des problèmes psychologiques imprévus. Il convient aussi de prévoir l'ensemble des répercussions sur la famille, celle du couple intentionnel et celle de la mère de substitution.

Cela revient à poser la question de savoir à qui appartient réellement l'enfant. Mais c'est oublier que l'enfant n'appartient à personne, car il est totalement indisponible. En revanche, il faudra débattre à qui revient de l'élever et l'histoire encore courte des conflits survenant maintes fois montre que l'enfant peut être l'objet de contestations très âpres dont il est la victime.

²⁷⁰- Cette interdiction française rendant nul tout type de convention avec mère porteuse, même si elle est d'ordre public, est largement malmenée en droit et en fait. En pratique, les sanctions existantes ne suffisent pas à dissuader les couples dans l'impossibilité d'avoir un enfant d'aller pratiquer ce type de service à l'étranger.

Que veut dire réellement la nullité de la convention? La mère de substitution peut rester la vraie mère. La jurisprudence est très ferme, la convention est nulle mais elle est quand même exécutée. Nous allons lui interdire de produire effet. Il n'y aura donc pas de possibilités d'établissement de la filiation entre la mère commanditaire et l'enfant. Seule la filiation paternelle, par la reconnaissance volontaire et la déclaration de naissance, est établie. La Cour de cassation a considéré que la mère porteuse peut garder l'enfant en invoquant la nullité absolue du contrat qui l'unit au couple²²³.

²⁷¹- En effet, pour le droit français, hors du cadre naturel de l'accouchement, la filiation doit être établie par jugement et les mères « *commanditaires* », mêmes si elles sont

reconnues par le droit du pays de naissance de l'enfant, rencontrent de grandes réticences des tribunaux pour faire reconnaître par le droit leur « maternité ». La Cour de cassation a interdit les mères porteuses en déduisant ce caractère illicite des principes généraux du Code civil.

La Cour de cassation a tout d'abord estimé que les associations ayant pour but de faire se rencontrer les couples demandeurs et les mères porteuses sont illicites par leur objet.²²⁴

272- C'est la raison pour laquelle des enfants conçus de la sorte lorsqu'ils reviennent sur le territoire Français se trouvent dépourvu de la possibilité d'établir leur filiation maternelle²²⁵. Dans un arrêt d'octobre 2007²²⁶, le débat a été relancé, le juge a interdit la transcription d'un acte de filiation d'une opération effectuée à l'étranger, le lien de filiation n'est pas validé en France. Se pose alors de nouveau la question de l'intérêt de l'enfant, sur laquelle nous reviendrons plus en détail ultérieurement. Il appartient aux tribunaux de résoudre ce type de difficulté dans le meilleur intérêt des parties en présence. Ainsi, le 25 octobre 2007 la Cour d'appel de Paris a bravé le tabou en validant la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissances américains de jumelles nées en Californie de mère porteuse. La Cour d'appel avait désigné la femme française comme mère des enfants.

273- En France, la question de l'intérêt de l'enfant n'est pas retenue dans ce type de contexte. En revanche la Convention de New York tient compte de cette toute puissance de la notion d'intérêt de l'enfant. Dans cet arrêt d'octobre 2007, où il s'agissait d'enfants nés en Californie avec des parents commanditaires, le parquet avait demandé l'annulation en France. La Cour d'appel de Paris a rejeté cette demande et elle ajoute que de toute façon, elle n'aurait pas rejeté la transcription au nom de l'intérêt de l'enfant. La solution Française va dans le sens de la validité des jugements pour maternité de substitution réalisée à l'étranger au nom de l'intérêt de l'enfant.

Madame Aude Mirkovic²²⁷ de nous rappeler : « *qu'en ce qui concerne précisément l'intérêt de l'enfant, la Cour d'appel de Paris, le 25 octobre 2007 avait estimé que la « non transcription des actes de naissances aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants* ». La cour prendra pourtant le contre pied de cette position dans la

²²³ Cass. Civ I, 9 décembre 2003, bull n°52.

²²⁴ Cass. Civ I, 13 décembre 1989, bull n° 387.

²²⁵ TGI créteil, 30 septembre 2004, Rev. Dalloz 2005, 476. Dans cette hypothèse, l'anonymat ou secret de la part des parents se double de conséquences juridiques graves, l'interdiction de l'établissement de la filiation.

²²⁶ CA Paris, ch. 1, sect. C, 25 Octobre 2007, n° 06/00507 : jurisdata n° 2007- 344059 ; Dr fam., 2007, alerte 87 ; AJF 2007, p. 478, obs. F. Chénéidé ; RTD Civ., 2008, p. 93 obs J. Hauser ; D., 2008, p. 1371, obs. F. Granet-Lambrechts ; D., 2008, p. 1435, obs. H. Gaumont-Prat.

²²⁷ Mirkovic A., « La transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une mère porteuse américaine sur les registres de l'état civil français doit être annulée », JCP éd. G., n° 26, 22 juin 2009, p. 17 et suivantes.

décision de la Cour d'appel de Paris du 6 février 2009.²²⁸ Ici elle illustre l'ambiguïté de la référence à l'intérêt de l'enfant car la règle posée dans l'intérêt de l'enfant en général peut se retourner contre tel enfant particulier. Pour cette auteur, il semblerait que « *tout le droit de la filiation en est là et la prohibition de la maternité pour autrui est loin d'être la seule hypothèse d'un tel conflit. S'il peut sembler conforme à l'intérêt de l'enfant de régulariser au regard du droit français son état civil, en réalité cela desservirait l'intérêt de l'enfant en général car, si la loi pouvait être contournée à l'étranger sans conséquences, la prohibition cesserait d'être dissuasive et donc d'être protectrice : C'est la convention de mère porteuse qui est contraire à l'intérêt de l'enfant et non le refus de transcription* » (Proc. Rep. devant TGI Lille, 22 mars 2007).

Madame Marjorie Brusorio-Aillaud²²⁹ considère également que « *donner plein effet à une convention interdite en France, au motif qu'elle est légalement conclue à l'étranger paraît difficilement admissible. La Cour de cassation ne peut ignorer l'article 16-7 du Code civil* ».

Comme Madame Mirkovic, nous pensons qu'il est délicat une fois les enfants nés de leur opposer à leur retour en France l'ordre public français, mais comment pourrait-il en être autrement ? L'ordre public n'aurait plus aucune efficacité s'il suffisait de se rendre à l'étranger pour pouvoir s'en affranchir et mettre les autorités françaises devant le fait accompli. Le système juridique perdrait de sa cohérence « *presque tout peut se faire quelque part sur la planète et, précisément, cette globalisation rend plus nécessaire la fermeté de l'ordre public français. La prohibition de la maternité pour autrui est loin d'être la seule concernée et c'est l'ordre public tout entier qui pourrait être contourné à l'étranger* ».

274- Il ressort de fait de ces différents éléments de réflexion, que les découvertes scientifiques et les possibilités qu'offre la recherche de nos jours, en particulier dans le domaine de la gestation pour autrui, puissent permettre des dérives dans la mesure où ces pratiques ne sont pas légalisées en France.

Nous pouvons à juste titre nous interroger sur les perspectives d'évolution de notre législation au regard des législations étrangères et des pratiques en matière de gestation pour autrui.

²²⁸ CA Paris, 1^{ère} ch., section C, 26 février 2009, n°071/18559 : jurisdata n° 2009. 000867.

²²⁹ Brusorio-Aillaud M., « Refus de transcrire les actes de naissance d'enfants issus d'une convention de mère porteuse conclue à l'étranger », JCP éd G., 7 janvier 2009, p.10.

2°- Les perspectives d'évolution en droit français

275- Quelles sont les perspectives d'évolution?

En décembre 2007 (cf. supra), un groupe de travail Sénatorial a envisagé la légitimation de la maternité de substitution. Cette légitimation est envisagée comme possible si la maternité de substitution est soumise à un encadrement exigeant. L'idée est que toutes les causes d'infertilité doivent être traitées de la même manière. Les conditions sont strictes. Il y a :

- la nécessité d'une infertilité,
- la nécessité d'une gratuité,
- la force des liens du couple, l'interdiction des gamètes de la mère porteuse,
- la domiciliation en France (lutte contre le tourisme procréatif),
- une autorisation judiciaire,
- un suivi psychologique.

Si le législateur envisage la légitimation de la maternité de substitution, il va de soi que l'ordonnance sur la filiation devra subir de nouveau des modifications, puisque dans cette dernière, la loi de la filiation est la loi de la mère. Or le recours aux mères porteuses fait planer le doute sur l'identité réelle de la mère. La structuration de la jurisprudence actuelle va dans le sens de la validation des bonnes maternités de substitution. Nous trouvons la reconnaissance du lien de filiation a posteriori au nom de l'intérêt de l'enfant.

276- Le droit doit évoluer pour tenir compte des intérêts en présence. Il faut accompagner les nouvelles pratiques, les contrôler. La position du droit français est dogmatique. Il y a un interdit de principe. Il peut céder face à une question supérieure et en l'espèce, il s'agit de l'intérêt de l'enfant. Nous constatons que l'attitude intraitable de la Cour de cassation commence à susciter des réserves chez les juristes les plus opposés aux mères porteuses : « *Certes, priver de filiation maternelle des enfants peut, dissuader les couples d'avoir recours à cette aide à la procréation, mais semble excessif au regard de l'intérêt de l'enfant* » admet le Professeur Murat.

Certains proposent que ces mères puissent, a minima, adopter les enfants. La Revue Générale de Droit Médical de 2004²³⁰ a publié un article prônant une réforme de la loi. C'est une première en la matière. La position de son auteur Valérie Depadt-Sebag n'a plus rien de marginal. « *On constate que des pays ont réussi à encadrer ces pratiques de*

²³⁰ Depadt-Sebag V., « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du code civil relatif à l'interdiction de la gestation pour autrui » revue Générale de droit médical, 2004/3.

façon intéressante, qu'il y a manière d'éviter les dérapages, connus dans les années 80, avec des mères porteuses qui ne voulaient plus donner l'enfant à des couples qui ne voulaient plus le recevoir », écrit Laurence Brunet, juriste à Paris I. Le législateur finira par « revenir sur ces interdits fulminants édictés dans les années 80 »²³¹. Il est donc probable que notre système juridique intègre le contrat sur la gestation pour autrui. Par contre, il ne nous semble pas que cela se produira à l'occasion des prochaines réformes des lois bioéthiques. C'est trop tôt.

277- Ici encore, nous voyons comment l'évolution des techniques médicales peut influencer le droit de la filiation. Ce dernier est obligé de s'adapter aux nouvelles évolutions au risque sinon de dévier et d'entraîner des comportements n'allant pas dans le sens de l'intérêt de l'enfant. Avant d'envisager toute validité sur les mères porteuses, il est crucial qu'une réflexion éthique et neutre se fasse en tenant compte de tous ces éléments. Le droit interne est en tout état de cause amené à évoluer dans la mesure où il se situe sous l'influence du droit européen dont la conception, toujours plus extensible de la notion de la vie familiale, permet d'y faire entrer l'enfant issu d'une maternité de substitution et le couple bénéficiaire.

278- Nous pouvons également nous demander si à l'inverse, cette législation nouvelle envisagée, n'aura pas plutôt des effets néfastes, si ce type de pratique totalement en dehors de toute idée de procréation naturelle n'est pas dénué de fondement. Qu'est-ce qu'être mère ? Toutes les bases de la procréation ne sont-elles pas remises en cause ? En effet, comme nous l'avons déjà souligné, la maternité de substitution est une aide à la procréation qui est totalement différente des autres aides. Elle est contraire aux principes du droit de la filiation selon lesquels la mère est celle qui a accouché. Prouver la maternité, c'est prouver l'accouchement. Or dans le cas précis des mères porteuses, cette preuve ne peut plus s'appliquer.

Enfin si comme les Etats-Unis, le Canada ou bien encore certains pays européens à l'instar de la Belgique, autorisent la maternité de substitution et les mères porteuses, la France voulait s'aligner sur cette ligne de conduite, il faudrait alors remettre en cause bon nombre de principes du Code civil !

Encore une fois Madame Mirkovic (cf. ref. supra), et nous la rejoignons dans ce raisonnement considère que « *la prohibition d'ordre public de la maternité pour autrui est posée par la loi pour protéger les individus autant que la société et permettre le contournement à l'étranger de l'ordre public le priverait de toute efficacité. La mission d'information sur la famille et les droits des enfants estime que l'adoption de l'enfant par la femme demanderesse doit rester impossible et qu'autoriser explicitement l'adoption*

²³¹ Grosjean B., « frémissements du côté de la justice », libération, 13 octobre 2004(extraits).

d'un enfant né d'une gestation pour autrui serait une incitation à contourner l'interdiction de cette pratique²³². Les juges ne peuvent transcrire les actes étrangers sans ruiner la cohérence du système juridique et, plus grave encore, sans priver les enfants de la protection que ce système a pour but de leur assurer ».

279- La question centrale reste celle de l'intérêt de l'enfant. Peut-on invoquer l'article 12 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui protège le droit de fonder une famille ? Question délicate que de savoir si l'on peut faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession des droits reconnus par la loi à la future mère. En mars 2005, la Cour d'appel de Rennes²³³ a estimé que l'intérêt supérieur de l'enfant est de demeurer avec la mère apparente d'une convention de mère porteuse plutôt qu'avec sa mère biologique considérée par l'enfant comme sa marraine.

Faut-il en arriver comme aux Etats-Unis, ou la Cour de l'Ontario, au mois de janvier 2007, puis la Cour de Pennsylvanie au mois d'avril 2007, ont admis qu'un enfant pouvait avoir trois parents ?²³⁴ ! Vers quelle situation tout à fait délirante et bien loin de nos références Françaises allons-nous ! Cette situation incroyable risque-t-elle de bousculer nos références françaises ?

B- Le clonage : une dérive du génie génétique ?

280- Pour l'avenir proche, **une dangereuse dérive du génie génétique se prépare : le clonage humain. Le clonage consiste en la reproduction d'un individu à partir de l'une de ses cellules inséré dans un ovule dont le noyau a été supprimé.** Monsieur Gilles Raoul-Cormeil²³⁵ nous rappelle que « *le premier clonage* » par transfert de noyau a été réalisé en 1952 chez la grenouille *Rana pipiens*. Il a fallu attendre 1984 pour réussir le clonage reproductif du premier mammifère. C'est la naissance de la brebis Dolly qui a révélé au grand public ces avancées de la recherche biotechnologiques. Si cette manipulation scientifique du vivant était appliquée avec le même succès à l'homme, elle ouvrirait de nouvelles perspectives potentiellement inquiétantes pour l'espèce humaine. C'est en juillet 1996 que furent réalisés les premières expérimentations sur un animal, le clonage d'un animal à partir d'une cellule embryonnaire. Il s'agissait de la brebis Dolly, une brebis clonée à partir d'une cellule prélevée sur une brebis adulte. Puis, fin 1998, les recherches génétiques ont permis de cultiver à partir d'embryons humains des cellules

²³² Rapport A. N. n° 2832, 25 janvier 2006, rapport fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants n° p. 180.

²³³ CA Rennes, 1^{er} mars 2005, BICC n° 435.

²³⁴ New York Time, 16 juillet 2007.

dites « *totipotentielles* », c'est-à-dire capable d'engendrer n'importe quel gène en vue de développer, non seulement un nouvel embryon, mais également un fœtus complet et un nouveau né intégral. Quelques médecins aux USA, en Corée du Sud et en Italie, sont prêts à pratiquer cette dérive du clonage humain. Tout comme Monsieur Raoul Cormeil, nous pensons que la société ne pourra pas demeurer sans réaction face à ces novations scientifiques !

281- Le Comité Consultatif National d'Éthique a été saisi. Par un avis du 22 avril 1997, il a considéré que :

- d'une part, le clonage était contraire à l'article 16 du Code civil qui affirme la dignité de la personne (or le clonage instrumentalise la personne créée en appelant à la vie un sujet doté de telle ou telle qualité donc en traitant la personne comme un moyen et non pas comme une fin en soi) et le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie (le clonage est souvent utilisé pour disposer d'un embryon temporaire qui sera une réserve de cellules pour un enfant malade, permettra la fabrication d'un médicament...).²³⁶
- D'autre part, le clonage méconnaissait la protection que les articles L. 2141-1 et suivants du Code de la Santé Publique octroyaient alors à l'embryon, notamment à l'article L. 2141-3 prévoyant qu'un embryon ne peut être conçu *in vitro* « *que dans le cadre et selon les finalités d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 2141-2* » c'est-à-dire pour « répondre à la demande parentale d'un couple ».
- Enfin, il violait l'article 16-4 du code civil car il modifiait le mode de reproduction de l'espèce humaine, constituait « *une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes* » et conduisait à « *la modification des caractéristiques eugéniques ... dans le but de modifier la descendance* ».

282- C'est dans un avis n° 58 du 12 juin 1998 que l'interdiction du clonage explicite fût exprimée clairement par le Comité Consultatif National d'Éthique. Des réactions de ce type ont vu le jour aux quatre coins de la planète devant cette pratique nouvelle révolutionnaire et inacceptable. C'est ainsi que l'Assemblée Générale des Nations Unies réagit le 9 décembre 1998 dans la Déclaration Universelle sur le Génome Humain et les Droits de l'Homme. L'article 11 de cette déclaration de principe dispose: « *Des pratiques qui sont contraires à la dignité humaine, telles que le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains ne doivent pas être permises. Les états et les organisations internationales compétentes sont invités à coopérer afin d'identifier de telles pratiques et*

²³⁵ Raoul-Cormeil G., « Clonage reproductif et filiation : la chaîne des interdits » JCP éd G., n°13, 26 mars 2008, p.13 et suivantes

de prendre, au niveau national ou international, les mesures qui s'imposent, conformément aux principes énoncés dans la présente déclaration ». Un protocole additionnel à la Convention Européenne sur les Droits de l'Homme et la bio médecine fût également signé à Paris le 4 avril 1997: « *Est interdite toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort* ».

283- Les lois bioéthiques révisées en 2004 ont formellement interdit la pratique du clonage quel qu'il soit malgré le débat pouvant exister concernant la distinction à effectuer entre le clonage reproductif ou encore procréatif et le clonage thérapeutique. L'article L. 2151-2 du Code de la Santé Publique interdit : « *La conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite* ».

284- Ici encore, nous voyons bien en quoi les avancées en matière de génétique et recherches médicales peuvent faire évoluer le droit et en particulier le droit de la filiation. Quelle filiation envisagée pour un enfant issu d'un clonage procréatif ! Jusqu'où la science peut-elle aller sans tomber dans le domaine de l'interdit et du socialement acceptable ?

Quelles dérives possibles peuvent être envisagées ? Cette question sera-t-elle à l'ordre du jour de la prochaine révision des lois bioéthiques ?

Sous-section 2 L'ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCREATION : UN MENSONGE ORGANISE ?

285- Nous pourrions penser que l'assistance médicale à la procréation pour les couples est identique à l'adoption. Ils acceptent cette méthode et cet enfant est comme le leur. Mais le droit n'a pas retenu ce lien avec l'adoption. Il a en quelque sorte construit un mensonge organisé, à savoir, faire comme si les membres du couple étaient les vrais parents.

286- Ce choix politique a été influencé par la pratique des CECOS, nous y reviendrons. Il s'agissait d'assurer la paix des familles, la paix du couple et de la famille de ce couple ainsi que la paix des donneurs et la famille des donneurs.

Derrière cette question de la filiation, se cache celle de la parenté (qu'est-ce qu'un parent ?), de la parentalité (quel rôle pour les personnes qui gravitent autour de l'enfant ?) en matière de PMA (qu'en serait-il de la levée de l'anonymat ?).

287- Le droit consacre deux choses essentielles :

²³⁶ Terré F, Fenouillet D., les personnes, la famille, les incapacités, précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition Dalloz, 2005.

- d'une part, les membres du couple, ce sont les parents demandeurs de la PMA,
- et d'autre part, les donneurs qui se trouvent totalement en dehors n'ont aucun lien juridique à leur égard.

Quatre grandes règles ont été posées par le droit :

- Tout d'abord, le couple va devoir établir sa filiation dans des conditions différentes de ceux qui procréent normalement. Il s'agira d' **une démarche volontaire**, ils doivent faire les démarches eux-mêmes. Ils seront les parents.
- **La loi a mis en place une réaction contre celui qui n'a pas volontairement établi sa filiation.** Le législateur a moyen d'agir contre celui qui n'a pas établi sa paternité. Pour l'enfant et la mère, ce sera en réparation de préjudice subi. De même une action en justice permettant de faire judiciairement déclarer la paternité de l'homme devra être engagée. Cependant, la femme peut ne pas agir pour établir la paternité mais peut demander des dommages et intérêts pour le préjudice subi. Le juge prononcera la paternité, car telle est la loi et elle s'appliquera dans toute sa force dans ces cas d'espèce.
- **La filiation établie sera définitive.** En effet, le consentement à l'AMP interdit toute autre action relative à la filiation sauf dans deux cas spécifiques. C'est notamment le cas particulier du consentement qui avait été privé d'effet (prenons pour exemple les cas de divorce, de décès, ...) ou lorsque l'enfant n'est pas issu de l'AMP (hypothèse du « *troisième homme* »). Pour ces différents cas, toute la difficulté résidera dans la démonstration de la preuve du consentement privé d'effet.
- Il n'y aura **aucun lien juridique établi à l'égard du ou des donneurs.** La loi n'impose pas aux couples de dire à leur enfant qu'il est né d'une AMP. C'est de toute façon l'anonymat qui est prévu par la loi. L'article 16-8 du Code civil pose **le principe de l'anonymat** de celui qui fait don d'un élément de son corps : « *Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur* ». L'anonymat **légal** est ainsi organisé de manière à supprimer tout moyen d'identification du géniteur.

²⁸⁸- Ce dispositif aura deux incidences :

- d'une part, la filiation à l'égard du donneur ne pourra jamais être établie,
- d'autre part, aucune action en responsabilité ne pourra être exercée à l'égard du donneur en cas par exemple de découvertes à la naissance de tares, de maladies.

Cette coupure avec la filiation biologique paraît ici bien plus radicale que dans le cas de l'adoption plénière puisque intervenant avant la conception, elle ne substitue pas

une filiation sociale à une filiation biologique originellement établie, mais ignore totalement cette dernière, à l'égard de la personne qui n'est pas membre du couple.²³⁷

289- Lorsque nous regardons le droit, nous avons le sentiment que les règles en matière de PMA ne tiennent pas compte de l'intérêt de l'enfant mais plutôt de celui du couple, lien traditionnel de la famille et de la parenté. Selon les textes, ces pratiques, répondent à un objectif unique : « *remédier à la stérilité d'un couple* ». Pourtant elles mettent en jeu un tiers : l'enfant. Qui se soucie de lui ?

Pour reprendre les propos du président du Comité Consultatif National d'Éthique, Didier Sicard, en 2003, « *En succombant à la toute puissance scientifique qui nous incite à combattre la stérilité à tout prix, nous avons tendance à en oublier le fruit. On est bien loin de l'enfant roi. Aujourd'hui, c'est le désir des adultes qu'on sacralise. Tout se passe comme si ce désir d'enfant suffisait à assurer magiquement son avenir. Or, certaines techniques d'AMP font courir des risques au bébé qui va naître. Il est urgent de se poser la question : doit-on toujours satisfaire les désirs de parentalité, même s'ils s'apparentent parfois à des fantasmes, alors que les techniques employées font courir des risques à l'enfant auquel elles permettent de donner le jour ? Où est l'intérêt de l'enfant ?* »²³⁸

290- L'enfant n'est pas un objet que l'on peut s'offrir, jeter ou exiger, dans la précipitation et l'inconscience ! Il s'agit d'inscrire la filiation dans une logique de secret auquel l'enfant ne peut pas accéder. La France s'est dotée d'un système législatif qui en matière d'assistance médicale à la procréation avec donneurs (insémination artificielle avec donneur, fécondation in vitro avec donneur, dons d'ovocytes, dons d'embryons) a fait de la filiation biologique un secret juridiquement protégé par la loi. **Tout donneur de gamètes reste dans un anonymat total** pour le couple qui y recourt ainsi que pour l'enfant à venir. C'est ainsi que **l'enfant né grâce à un donneur ainsi que celui né sous X ne peut accéder à ses origines biologiques**. Ce sont l'administration et les instances médicales qui conservent les informations sur ces personnes. Les lois bioéthiques ont fait le choix de rattacher la filiation des enfants nés avec la participation des donneurs de gamètes à la filiation charnelle et non à la filiation fondée sur la volonté, à l'instar de la filiation adoptive. Pour Madame Geneviève Delaisi de Parseval, psychanalyste, « *cette décision de rendre anonymes les donneurs de gamètes a ainsi créé artificiellement un secret de famille, de filiation* ». ²³⁹ Pour cette psychanalyste :

²³⁷ Delaisi de Parseval G., « *Enfant de personne* », édition O. Jacob, Paris, 1994, p. 34. : C'est ce qui fait dire à G. Delaisi de Parseval que, dans la PMA, contrairement à l'adoption, « la circulation des enfants est remplacée par la circulation des substances ».

²³⁸ « La réflexion éthique s'impose » *l'express*, 16 janvier 2003, propos recueillis par Jacqueline Remy, dossier « *Acharnement procréatif : où est l'intérêt de l'enfant ?* »

²³⁹ Delaisi de Parseval G., « *Reconnaître le besoin de transparence sur les origines* » in « *le secret des origines* », Sciences humaines, n°101, janvier 2000, p.35.

« Tout secret de famille a des effets pervers. Sa définition est, comme le montre l'expérience des thérapies familiales, un savoir commun non partagé : chacun sait qu'il y a un non-dit, mais chacun ne sait pas que l'autre le sait. Il existe de bons secrets qui protègent, et de mauvais qui tuent. Or, ces informations dissimulées sur la filiation, et détenues par quelqu'un d'autre que par le sujet lui-même, sont parmi les plus mortifères des secrets ».

291- Ce qui va tout à fait à l'encontre des règles classiques du droit de la filiation tel qu'il existe à l'heure actuelle. Tout au moins nous pouvons imaginer que là encore la pensée va évoluer face au contexte scientifique et qu'une nouvelle loi verra le jour en éclaircissement de ces situations. Les prochaines lois bioéthiques nous en diront peut-être plus ?

Dans une logique actuelle de transparence en matière de filiation, les tests génétiques risquent de faire exploser le système. Il génèrera des situations somme toutes traumatisantes pour l'enfant. Nous sommes bien loin de l'intérêt de l'enfant pourtant en vogue à l'heure actuelle.

292- Nous envisagerons tout d'abord d'analyser le principe de filiation retenu par le législateur dans le cas d'une procréation avec donneur, puis nous en déduirons les conséquences, à savoir l'impossible contestation pour enfin en constater les limites et les perspectives d'évolution via le prisme de la législation étrangère.

§1 - Quelle filiation en cas de AMP exogène ?

293- En cas de **procréation médicalement assistée exogène**, le législateur a mis en place, **une filiation imposée**. Que faut-il entendre par là ? Le couple demandeur doit tout d'abord assumer ses responsabilités et il est impossible d'agir en responsabilité envers le donneur. La réalité biologique de celui-ci n'existe plus. Le droit a réalisé un montage juridique dans lequel une fois l'enfant né, le donneur n'a plus lieu d'exister. Il s'agit d'aligner ce type de procréation sur une procréation charnelle.

Bien entendu, cela ne s'appliquera que si l'enfant est bien issu de cette assistance médicale et que le consentement n'a pas été privé d'effet. Si tel n'est pas le cas, la contestation et le recours aux divers moyens de preuves, notamment scientifique, sera possible, l'enfant n'étant pas en réalité le résultat de la procréation médicalement assistée.

²⁹⁴- Le père qui a donné son consentement à cette assistance médicale à la procréation se voit obligé de reconnaître son enfant. Il s'agit d'un acte volontaire et responsable. On établira la filiation sur une base volontaire et toute référence génétique sera exclue. L'article 311-20 du Code civil considère 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* ». L'ordonnance de 2005 rajoute : « *En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331 du Code civil* ». Il s'agit de pallier l'abstention d'un homme qui a consenti à la procréation mais ne reconnaît pas l'enfant. Décider de recourir à la technique médicale de la procréation assistée est un acte mûrement réfléchi dont les membres fondateurs du couple demandeur doivent avoir conscience. Cela nous permet de comprendre la solennité de l'engagement d'une telle procréation et en cas de refus d'assumer ses responsabilités. La paternité sera judiciairement déclarée et ce dernier engagera sa responsabilité à l'égard de la mère et de l'enfant.

De même dans le cas d'une maternité avec don d'ovocyte, la maternité ne se définit pas par la génétique²⁴⁰ nous rappelle Madame Mirkovic : « *... et c'est pourquoi dans le cadre de la procréation médicalement assistée avec donneur, la donneuse d'ovocyte ne peut pas être déclarée mère de l'enfant : aucun lien de filiation ne peut être établie entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. La mère ne peut être que la femme qui a bénéficié du don d'ovocyte et mis l'enfant au monde* ». Cette auteur, nous la rejoignons dans cette idée, considère que « *le recours à la procréation médicalement assistée avec donneur est justifiée par le fait que le lien génétique est secondaire au profit de la gestation et de la mise au monde de l'enfant. Admettre le contraire dès lors qu'il s'agit de gestation pour autrui serait incohérent* ». Il y a volonté d'établir une filiation entre la receveuse des ovocytes et l'enfant à naître. Ce don étant anonyme nous ne pourrions rechercher son auteur comme il en est également le cas lors de don de sperme. La mère est celle qui accouche. La donneuse d'ovocyte n'a en réalité aucun rapport de filiation sociologique quel qu'il soit avec l'enfant, d'aucune manière que ce soit une recherche de filiation ne pourra être envisagée, **le contrat est basé sur l'anonymat du don.**

²⁹⁵- Ici, nous retrouvons le **caractère volontariste de la filiation**. Il s'agit réellement de faire comme si le père juridique était le père biologique et nous nions totalement l'existence du père biologique, celui-ci n'ayant plus aucune existence juridique. Celui qui a voulu être père ou mère, alors que naturellement cela n'était pas possible, doit en assumer toutes les conséquences. Nous mesurons ici le caractère volontaire et sérieux de

²⁴⁰ Mirkovic A., « La transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une mère porteuse américaine sur les registres de l'état civil français doit être annulé » JCP éd G., n° 26, 22 juin 2009, p. 18.

la mise en place de ce type de procréation et de filiation. C'est un acte engageant son **entière responsabilité**.

La technique médicale permettant cette procréation a totalement aménagé le droit de la filiation qui normalement est soucieux de rechercher la vérité biologique pour en faire un droit spécifique dans le contexte particulier de la procréation exogène. On constate bien cette influence des techniques de PMA sur le Droit de la filiation²⁴¹.

²⁹⁶- En ce sens, nous parlons de filiation mensongère. Dans le cas de l'anonymat du don, puisque c'est une filiation juridique, elle ne découle pas directement du fait biologique mais est construite de toute pièce par le droit. C'est un artifice juridique totalement créé par le droit. Ici, le mensonge est créateur de droit !

²⁹⁷- Cet anonymat du don repose sur le principe de non patrimonialité et de non commercialisation du corps humain. C'est un principe d'ordre public. C'est l'article 16-8 qui impose l'anonymat. Celui-ci a pour conséquence de protéger le donneur. La justification de ce principe tient en la solidarité collective, une vision humaniste de préserver l'équilibre familial, une vision utilitariste avec un moyen de limiter le risque de pénurie du don de sperme et enfin une protection contre les trafics ou l'exploitation mercantile.

²⁹⁸- Ce recours à des donneurs de gamètes suscite des interrogations fondamentales aussi bien pour le couple receveur que pour le donneur. Il modifie les fondements de la paternité et conduit à l'éclatement de la notion de filiation. Pour Madame Delaisi de Parceval : « *Le don d'embryon anonyme est un déni de filiation* ». ²⁴² Pour Madame Dreifuss-Netter : « *mêlant parents biologiques et donneurs, les nouvelles techniques procréatives obligent à revoir l'approche biologique du droit de la filiation* ». ²⁴³ Nous verrons ultérieurement quelles sont les limites de cet anonymat du don et les discussions qui en découlent.

Ces questions ne se posent pas dans le cas de la PMA endogène où l'on se trouve dans le contexte classique du droit de la filiation et de son application.

²⁴¹ Massager N., « les droits de l'enfant à naître (le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de PMA sur le droit de la filiation. Etude de droit civil), Thèse, droit Belge, 1997.

²⁴² « Don d'embryon : danger. L'expérimentation hasardeuse de cette méthode pourrait avoir des conséquences catastrophiques », Geneviève Delaisi de Parceval, Pauline Tiberghien, Libération, 23 septembre 2004.

²⁴³ Dreifuss-Netter F., l'assistance médicale à la procréation avec donneur, centre de documentation multimédia en droit médical, 2004, www.droit.univ-paris5.fr/cddm/.

§2 - L'impossible contestation de la filiation en matière de AMP exogène

299- Le mari qui a consenti à ce que sa femme soit inséminée artificiellement avec donneur ou qui a fait l'objet d'un don d'embryon peut-il ultérieurement former avec succès une action en désaveu de paternité ?

300- C'est un engagement commun que prennent les époux ou les concubins de renoncer aux voies de droit normalement ouvertes aux fins de contester une filiation non biologique ou de réclamer une filiation qui l'est. Cette interdiction d'agir en une quelconque contestation dépasse la seule personne des futurs parents qui se sont « engagés ». C'est en effet, tous ceux que la loi autoriserait normalement à introduire les actions mentionnées qui se voient empêchés de le faire²⁴⁴.

301- Depuis les lois bioéthiques (1994 et révisées en 2004), l'enfant issu d'une PMA exogène bénéficie d'une super filiation, à l'abri de toutes actions de contestation.

La filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée s'enracine dans le consentement donné à l'assistance à la procréation. Il limite considérablement les contestations ultérieures.

Les textes sont silencieux sur la maternité. Cela s'explique aisément. Les parlementaires ont considéré qu'il n'y avait pas de difficultés « dès lors que l'on considère que la femme qui porte l'enfant et accouche est la mère ».²⁴⁵ Ce principe selon lequel « l'accouchement fait la mère » a été traité comme une présomption de maternité. Cette attitude donne un fondement biologique à la maternité liée à une procréation médicalement assistée.

§3 - Les limites au principe et perspectives d'évolution

302- L'enfant, issu d'une procréation médicalement assistée exogène, ne pourra voir sa filiation imposée au demandeur d'enfant si ce dernier parvient à établir qu'il est issu de l'adultère de la mère. L'article 311-20 du Code civil, repris par l'ordonnance de 2005 considère que : « Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet ». C'est ainsi que le TGI de Paris, dans une

²⁴⁴ Byk C., « La loi relative au respect du corps humain », JCP éd G., n°39.

décision en date du 2 septembre 1997, a levé l'interdiction de contestation de la filiation²⁴⁶ : « pour l'application de la disposition de l'article 311-20 prévoyant que l'action en contestation redevient possible lorsqu'il est « soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée », une vraisemblance suffit ; il n'est pas nécessaire d'apporter la démonstration absolue de cette situation, ce qui dispense à ce stade de la procédure, d'ordonner une expertise ».

Si la preuve peut être rapportée que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée mais d'une infidélité. Nous retombons dans le droit commun de la filiation.²⁴⁷

303- La **première génération d'enfants nés grâce à un don anonyme de sperme** est aujourd'hui adulte. Une infime minorité d'entre eux conteste la règle du secret qui a entouré leur procréation. Ils demandent **la levée de l'anonymat du donneur**. Cette règle, qui jusqu'ici allait de soi a déjà volé en éclats dans un certain nombre de pays occidentaux. En France, on estime qu'il y a eu environ 50 000 naissances depuis 1973, date de la création des CECOS, venant d'un don de gamètes, sperme ou ovocytes.

304- Les spécialistes de l'assistance médicale à la procréation, qui au début des années 70 offrirent l'anonymat en gage de garantie éthique à une société encore très hostile à ce mode de conception, se voient aujourd'hui reprocher ce principe fondateur.

Lors de la création par le Professeur Jacques Davis du premier CECOS, l'Institution médicale était totalement hostile à ce mode de contournement de la stérilité. Pourtant, malgré tout, cela se pratiquait déjà clandestinement depuis longtemps dans les cabinets de gynécologie.

Le Professeur David a voulu officialiser et encadrer cette pratique, en posant des règles éthiques extrêmement sévères, dont celle de l'anonymat. Le problème, c'est que la loi a fait comme si les donneurs n'existaient pas. Or la réelle difficulté réside dans cette existence indéniable !

Cependant, il faut quand même savoir que cet anonymat n'existe nullement au sein des CECOS puisqu'ils détiennent des dossiers contenant l'identité des donneurs²⁴⁸. Les CECOS savent également quel donneur a permis une procréation pour tel receveur, ce qui peut offrir un jour l'éventualité d'une traçabilité. Il s'agit en fait d'un anonymat

²⁴⁵ Bignon J., Rapp au nom de la commission des lois constitutionnelles, 31 mars 1994, doc. Ass. Nat, n°1062, p. 57.

²⁴⁶ TGI, Paris, 2 sept. 1997: LPA., 16 Nov. 1998, note Hénaff.

²⁴⁷ Neirinck C., « Le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée », LPA., 14 décembre 1994, n°149.

²⁴⁸ Nicolau G., « L'influence des progrès de la génétique », Thèse, Bordeaux, 1989 ; « Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique » Dr fam., 2001, chr., n°2

relatif. Il ne concerne que l'attribution du don : « *le donneur est un distributeur transparent de produit génétique* ». ²⁴⁹

305- **La société Française** est à l'évidence **tirillée**, jusque dans ses textes de loi, entre deux conceptions de la filiation :

- la filiation biologique (laquelle serait favorable à la levée de l'anonymat des donneurs),
- la filiation d'intention (plus favorable de facto à garder l'anonymat des donneurs).

Il est certain que cette génération d'enfants conçus grâce au don est là pour, peut-être, nous montrer les conséquences psychologiques de cette occultation de la réalité biologique. Cela sera sans doute à l'ordre du jour des discussions de réforme des lois bioéthiques en 2010 mais, de là à opter pour la levée de l'anonymat, les débats et les avis seront sans doute divergents. Une fois de plus l'avancée scientifique est là pour faire bouger les principes juridiques et le droit doit s'adapter.

306- Que décideront les membres du Comité Consultatif National d'Éthique, les scientifiques, les juristes et enfin les politiques lorsqu'il sera question de réviser ces lois bioéthiques de 2004 dans le domaine de l'anonymat du don ? Mais en imaginant une levée de l'anonymat, comment traduire alors juridiquement la filiation ? Un père, oui, mais lequel ? Le père biologique ou celui qui a fait don de sperme ? Voir un père sociologique eu égard à la possession d'état ? Il semble que la question est loin d'être réglée et que la difficulté est loin d'être dépassée. Nous pensons que le père réel est bien celui titulaire de la possession d'état, sociologiquement défini comme élevant l'enfant et reconnu comme tel.

307- Cependant, psychologiquement, comment, pour un enfant devenu adulte assumer cette double filiation, car en réalité il y a bien double filiation ! Doit-on se rapprocher d'un régime juridique identique à celui de l'adoption ? A savoir une disparition de la filiation d'origine et création d'une filiation adoptive ? Cependant l'assimilation n'est pas vraie car dans l'adoption il y a eu abandon, une blessure profonde qui peut revenir tout au long de la vie. Or dans le cas de l'enfant né d'une AMP, il n'est pas l'enfant de personne, l'enfant dont on ne veut pas, bien au contraire il est l'enfant totalement désiré, l'enfant né chez un couple qui l'attend.

308- Mais se pose une autre interrogation, difficile, car dans le cas de l'adoption, l'enfant est totalement étranger au couple. En revanche, dans le cas d'une IAD (Insémination

²⁴⁹ Avis n°10 du comité consultatif national d'éthique, 24 novembre 2005, « accès aux origines, anonymat et secret de la filiation ».

Artificielle avec Donneur) ou d'une fécondation in vitro avec donneur, l'enfant a un réel lien de filiation biologique avec l'un de ses parents, d'où la nécessité d'envisager un régime proche de l'adoption mais en gardant le particularisme de la procréation médicalement assistée avec donneur.

Faut-il envisager une modification du statut de l'adoption afin d'y intégrer la spécificité des enfants issus des procréations médicalement assistées ? Ou alors carrément créer un troisième type de filiation différent de la filiation par les sangs et de la filiation adoptive, une filiation de troisième génération qui aurait un statut à part entière, que l'on pourrait envisager d'appeler la filiation médicalement assistée ?

309- La question se pose également dans le cas du transfert d'embryon conçu avec les gamètes d'un autre couple. Dans ce cas il s'agit d'une fécondation in vivo ou alors la fécondation in vitro d'un embryon conçu grâce aux spermatozoïdes d'un tiers ou grâce aux ovules d'une femme étrangère au couple receveur. La mère est celle qui accouche alors dans ce cas qui est la mère juridique, qui est le père juridique, qui sont les parents ? Là aussi, nous pouvons nous rapprocher de la filiation adoptive tout en devant tenir compte de la présence de la mère « *gestatrice* » !

310- La question est loin d'être réglée et les lois bioéthiques supposées intervenir en 2010 ne vont-elles pas, eu égard aux problèmes juridiques, éthiques, philosophiques et politiques, générés par cette question sensible voir le jour au final dans un délai plus lointain que les 5 années envisagées initialement en 2004 ? Cependant, un décret instituant un « *Comité de Pilotage des Etats Généraux de la Bioéthique* », prévu au premier semestre 2009, a été adopté le mercredi 26 novembre 2008 en Conseil des Ministres. Il sera chargé d'organiser l'événement, et le Député UMP Jean Léonetti en assurera la présidence. D'ici fin 2010, il doit aboutir à une révision de la loi relative à la bioéthique datant du 6 août 2004. L'avenir nous dira si ces délais de révision seront tenus !

311- Comment cet anonymat tendant à établir un secret juridiquement protégé sur l'auteur biologique de la procréation est-il admis à l'étranger ?

Depuis le 1^{er} mars 1985, la législation suédoise permet à l'enfant conçu par insémination artificielle avec gamètes d'un tiers de se faire communiquer des renseignements relatifs au donneur, renseignements contenus dans le registre de l'hôpital dans lequel la procréation a été assistée. C'est le premier pays à avoir levé l'anonymat. Mais que se passe-t-il concrètement en Suède ? Il n'y a aucune étude, aucune information disponible. Aujourd'hui, les conséquences de ce choix restent donc

méconnues. Un problème est cependant déjà identifié : cette levée de l'anonymat renforce le secret car il est à parier que les suédois cacheront le fait qu'il y a eu PMA.

Alors, à choisir qui est le plus acceptable, quelles en sont les conséquences psychologiques ? Nous pensons que dissimuler la PMA fait peser un secret très lourd sur les familles. La loi n'impose pas aux parents de dire à leur enfant qu'il en est issu. Le problème nous semble en amont de faire comprendre à l'enfant la difficulté pour les parents de leur procréation, le cheminement des parents et l'attente de cet enfant. Cacher la PMA est un secret très lourd.

312- La fécondation avec tiers donneur conduit à une situation presque impossible à assumer éthiquement : « *Soit on opte pour le mensonge sur l'origine en transformant le secret en tabou, pris en charge par les parents, soit on accède au droit de l'enfant à connaître sa véritable origine s'il le souhaite, et il risque de se retrouver devant un père qui n'en est pas un* ». ²⁵⁰ Dans son avis n° 90 (cf. supra), le Comité Consultatif National d'Éthique se demande : « *Si l'injustice que constitue pour l'enfant une tromperie sur son identité conceptionnelle doit-elle être tolérée pour lui éviter un traumatisme qu'il ne pourrait supporter ?* ». Le débat actuel considère que l'on va vers une levée de l'anonymat du don, tout au moins la possibilité pour l'enfant par la suite d'avoir accès à ses origines personnelles comme dans le cas de la loi sur l'accouchement sous X (nous y reviendrons ultérieurement).

313- Un autre problème existe relatif à cet anonymat du don pour l'enfant en particulier. Ce dernier sait que les CECOS possèdent des éléments sur le donneur et on lui en refuse l'accès. Or pour ces enfants, si quelqu'un doit bien être destinataire de ce type d'informations, ce sont bien eux.

314- Dans un avis ²⁵¹ du 24 novembre 2005, il est possible de distinguer une légère évolution du Comité Consultatif National d'Éthique sur la notion du secret des modes de conception. Nous envisageons le système du « *double guichet* » ou « *double gate* », c'est-à-dire la possibilité offerte aux donneurs ou donneuses de gamètes du choix d'un don anonyme ou non, et parallèlement pour les couples bénéficiaires le même choix entre gamètes obtenus ou non dans le cadre de l'anonymat, pourrait paraître être une voie pour le libre choix.

Le Comité Consultatif National d'Éthique a été conduit à s'interroger sur les questions éthiques posées par le secret et l'anonymat de la filiation, dans une situation

²⁵⁰ Folcheid D., Wunenburger J-J., La vie commençante, in Folcheid.d, Feuillet le Mintier B., Mattei J-F., Philosophie, éthique et droit de la médecine, PUF, 1997, p. 205.

²⁵¹ Avis n° 10 du comité consultatif national d'éthique, 24 novembre 2005, « accès aux origines, anonymat et secret de la filiation ».

croissante de paternité et de maternité dissociées. Il propose un véritable débat de société sur les limites du principe de l'anonymat avec la possibilité de connaître ses propres origines, notamment en matière de procréation.

315- Ailleurs, et notamment dans des pays voisins, l'anonymat n'est pas nécessairement la règle. En réalité, si l'on observe bien, nous pouvons considérer qu'il y a deux systèmes de valeurs qui s'affrontent :

- d'un côté, et c'est la conception française, un principe qui défend à tout prix le respect de la vie privée des individus adultes et érige l'anonymat des donneurs en règle absolue, même si la loi stipule qu'aucune filiation ne peut être établie entre donneur et enfant,
- d'un autre côté, un second système de valeurs qui défend le droit absolu de l'enfant à avoir accès, à sa majorité, aux données relatives à son ascendance, ou sur ce qu'on peut en savoir. Ce système envisage une éventuelle levée de l'anonymat quand toutes les parties sont consentantes. Il s'agit des lois suédoises, suisses, néerlandaises, australiennes, et de plusieurs états canadiens et américains. Illustrons ces propos par un exemple britannique où, en 2002, une association humanitaire, Liberty, avait saisi la Haute Cour de Londres au nom d'une femme de 30 ans et d'une fillette de 6 ans qui souhaitaient connaître leur père biologique. En juillet 2002, s'appuyant sur l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme portant sur le respect de la vie privée, le Juge Scott Baker avait estimé : « *qu'un enfant né par procréation artificielle grâce à un donneur est en droit, comme n'importe qui, de se forger une image de son identité* ». ²⁵²

316- Dans d'autres pays - tel le Royaume Uni depuis 2005 - il y a levée récente de l'anonymat mais nous n'avons pas le recul suffisant pour en analyser les conséquences.

En Norvège, le donneur de sperme ne peut rester anonyme. En Irlande c'est le double guichet qui est institué mais par exemple, la Belgique jusqu'à ce jour maintient le principe de l'anonymat comme la France.

Comme le conclut le Comité Consultatif National d'Éthique, jamais la filiation (les filiations ?) n'a été autant interrogée qu'au moment où elle est soumise à des intervenants multiples ! Comme nous l'avons déjà souligné, nous observons un déplacement des axes du droit de la filiation. Le droit s'appuie sur la biologie et la libéralisation. Il fait voler en éclats ce système en mettant l'intention comme le fondement de la filiation.

²⁵² Boltanski C., « don de sperme : plus d'anonymat outre-manche » Libération, 26 janvier 2004.

SECTION 2 - UNE FICTION JURIDIQUE EN MATIERE D'ACCOUCHEMENT SOUS X

317- L'accouchement sous X ou la maternité secrète s'inscrit dans une tradition historique, légitimée par le fait qu'il s'agit d'assurer la survie des nouveau-nés et d'aider les mères en difficulté à accoucher dans des conditions sanitaires décentes. Il s'agit **pour la mère d'accoucher sans décliner son identité**. Il s'agit bien de cacher un des liens de filiation, de mettre sous secret un des éléments de la filiation de l'enfant. C'est en ce sens que l'on peut parler de montage juridique en matière d'accouchement sous X. Nous nous efforcerons de démontrer cette fiction.

318- Cette possibilité d'accoucher sous X est une particularité de notre législation française. Nous verrons comment ce droit s'est progressivement mis en place dans notre pays et comment cela se passe dans de nombreux pays étrangers, comme par exemple le Royaume- Uni et les Etats-Unis.

Sous-section 1 LE DROIT AU SECRET DE LA MERE

319- Le droit au secret de la mère est une particularité française par laquelle la mère qui souhaite accoucher dans l'anonymat a le droit de le faire. Nous analyserons ici l'évolution historique de cette notion spécifique et en comprendrons le particularisme.

§1 - Evolution historique de la notion juridique de l'accouchement sous X

320- L'accouchement sous X serait l'héritier de la pratique des tours qui permettait l'abandon anonyme d'enfant (sorte de tourniquets installés dans chaque hospice permettant le dépôt anonyme d'un nourrisson en vue de son recueil par des mains secourables), instituée sous l'égide de Saint Vincent de Paul. Lamartine voyait dans ce système qui permet « *d'abandonner un enfant sans que l'on puisse distinguer le visage de la mère pécheresse ...* » une ingénieuse invention de la charité chrétienne, « *ayant des mains pour recevoir, mais pas d'yeux pour voir, ni de bouches pour parler* ». ²⁵³

Puis, Saint Vincent de Paul créa, en 1638, « *l'œuvre des enfants trouvés* ». Cette dernière succéda à la pratique très ancienne des paniers placés à l'entrée des églises pour remédier à l'infanticide, dès le IV^{ème} siècle ainsi que celle des tours.

²⁵³ Verdier P., Le nouveau guide de l'aide social à l'enfance, éd. Le centurion, Paidos, 1987, p. 14.

L'accouchement secret est apparu ensuite lorsque l'Hôtel Dieu de Paris décide, en 1691, de permettre aux femmes d'accoucher secrètement en certains lieux, possibilité généralisée par la Convention du 28 juin 1793.

Par la suite, la jurisprudence admit que l'enfant puisse être déclaré à l'Etat Civil sans indication de son identité ²⁵⁴ avant que la loi du 7 février 1924 ne prévoit explicitement la possibilité d'un acte de naissance n'indiquant pas l'identité de la mère. En 1939, le Code de la Famille consacra la tradition de l'abandon accueil dans le secret, avant qu'un Décret loi du 2 septembre 1941, sur la protection de la naissance, ne légalise l'accouchement sous X en prévoyant la gratuité de la prise en charge de la mère. Faut-il voir dans ce texte une justification légale du comportement déviant de certaines femmes françaises soucieuses de se « débarrasser » du fruit de leurs amours interdits avec l'occupant allemand ?

³²¹- Traditionnellement centrée sur la prise en charge caritative d'enfants nouveaux nés, abandonnés afin d'éviter notamment l'infanticide, cette tradition d'assistance et de prise en charge des nouveau-nés s'est doublée d'une protection de la maternité secrète à travers divers textes comme le Décret loi du 2 septembre 1941, puis des dispositions à caractère sanitaire et social inscrites au Code de la Famille et de l'Aide Sociale.

³²²- **La loi n°93-22 du 8 janvier 1993** avait consacré l'accouchement sous X²⁵⁵ en donnant une nouvelle dimension à l'accouchement secret. L'accouchement sous X apparaît dans le Code civil (article 341-1 ancien du Code civil) : **« lors de l'accouchement la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soient préservés ».**

Le principe régissant cet accouchement sous X est celui de **la gratuité**, de **l'anonymat** et **du secret**. La mère peut donc refuser de décliner son identité lors de son admission pour accoucher dans les locaux hospitaliers. Ce droit au secret de la mère ne fermait nullement, même si cela pouvait paraître délicat, la possibilité par la suite pour l'enfant né sous X d'effectuer des recherches sur ses parents. En effet, les droits de la mère s'arrêtaient à cette possibilité juridique de taire son identité lors de son accouchement. Le droit prenant en compte tout d'abord l'intérêt de l'enfant considérait que, par la suite, rien n'empêchait l'enfant de rechercher sa mère biologique et de faire une action en recherche de maternité. Chose délicate dans la mesure où il n'y avait aucune preuve. La volonté de secret de la mère ne pouvait fermer l'action en recherche de maternité de l'enfant²⁵⁶.

²⁵⁴ Crim., 1^{er} juin 1844, S. 1844, 1, 670.

²⁵⁵ Sans toutefois consacrer cette appellation d'« accouchement sous X » qui est le fruit de la pratique : le dossier hospitalier de la parturiente ne porte en effet qu'une lettre « Mme X », JCP éd. G., 1993, III, 65905.

²⁵⁶ Nîmes, 21 mai 1987, RTDciv. 1990, 261, obs. Rubellin-Devichi.

323- Depuis la loi du 8 janvier 1993, cette action en recherche de maternité est fermée. Elle n'est plus possible lorsque la mère a demandé avant son accouchement que le secret soit préservé. Cela est prévu à l'article 326 du Code civil. La loi du 5 juillet 1996 relative à l'adoption s'est efforcée d'atténuer le caractère irréversible et absolu des dispositions organisant l'accouchement anonyme et la remise d'enfants aux services de l'aide sociale.

324- Un grand nombre de rapports entre 1998 et 1999 concernant l'accouchement sous X ont été déposés. Celui de la sociologue Irène Théry, celui de la commission d'enquête parlementaire présidée par Laurent Fabius et enfin celui de la juriste Françoise Dekeuwer-Defosse. Chacun de ces rapports se prononçait pour l'abolition ou, tout au moins, pour l'aménagement de l'accouchement anonyme.

Citons par exemple le rapport de la Commission Droit et Famille remis le 14 septembre 1999 au Ministre de la Justice. Il s'est penché sur les ambiguïtés de l'accouchement sous X (rapport Dekeuwer-Defosse, cf. supra). Ce rapport prend position en faveur de la reconnaissance du désir de connaître ses origines par l'aménagement légal de la levée du secret relatif à la filiation biologique de l'enfant.

L'Académie de Médecine répond à ces différents plaidoyers par un rapport publié en avril 2000. Il milite au contraire pour le maintien de l'accouchement sous X, celui-ci permettant d'éviter des accouchements clandestins ou des infanticides.

325- Ces différents rapports ont abouti à **la loi récente du 22 janvier 2002**²⁵⁷ relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat²⁵⁸. L'objectif de cette loi est de s'inscrire dans la tendance actuelle de faciliter la recherche des origines génétiques. En conservant la possibilité d'accoucher sous X, cette loi tend à limiter les obstacles légaux et administratifs opposés à l'accès aux origines personnelles. De plus, elle **institue un Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles** (CNAOP). Ce dernier est destiné à favoriser, sur demande d'un enfant devenu majeur, le rapprochement des parties concernées et à résoudre des dilemmes dans des situations difficiles.

Cependant, cette possibilité d'accès à ses origines personnelles est sans effet sur la filiation puisqu'il est prévu à l'article L 147-7 du Code de l'Action Sociale et des Familles qu' « *il ne fait naître, ni droit, ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit* ». C'est toute la traçabilité de la filiation qui est organisée. En premier lieu, il y a le recueil des informations. La mère est également informée qu'elle peut lever ultérieurement le secret de son identité à tout moment.

²⁵⁷ Gaumont Prat H., « La réforme du 22 janvier 2002 et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003 », Dr fam., mai 2003.

²⁵⁸ JO 23 janvier 2002.

³²⁶- La Cour européenne des droits de l'homme a rejeté, le 13 février 2003²⁵⁹ à Strasbourg, la requête d'une personne de 37 ans, abandonnée avec demande de secret et adoptée par la suite, qui alléguait que le secret de sa naissance et l'impossibilité qui en résultait pour elle de connaître ses origines constituaient une violation de ses droits garantis par l'article 8 de la Convention et une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention.²⁶⁰ Le droit au respect de la vie privée de la femme qui accouche a été clairement affirmé. Cet arrêt est venu conforter la position de la législation française du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat. Dans cet arrêt, la loi du 22 janvier 2002 s'efforce d'assurer équitablement la conciliation entre la protection du secret de la mère et la demande légitime de l'enfant concernant ses origines. La France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs.

§2 - Le particularisme français face aux autres législations

³²⁷- **L'accouchement sous X est une réelle particularité du droit français.** Avant la réforme de 2002, de violentes campagnes avaient été menées en faveur de la suppression pure et simple de l'accouchement sous X.

Les défenseurs de la suppression de l'accouchement sous X arguaient de deux éléments :

- Tout d'abord un argument juridique fondé sur le texte de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant dont l'article 7 énonce: « *l'enfant est enregistré aussitôt après sa naissance et a, dès celle-ci, le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ».
- L'autre fondement de l'argumentation repose sur un élément psychologique. La connaissance des origines est indispensable à la construction harmonieuse de la personnalité de l'enfant et de l'adolescent. Elle représente une exigence naturelle qui ne saurait lui être refusée.

³²⁸- Face à cette argumentation, l'Académie Nationale de Médecine considère que la législation actuelle en faveur de l'accouchement sous X tient compte de la détresse de la

²⁵⁹ CEDH, gr. Ch. 13 février 2003, Odièvre c/ France : D., 2003, IR, 739 ; chr., 1240, par Mallet-Bricout. ; JCP éd. G., 2003, II, 10049, note Gouttenoire-Cornut et Sudre ; I, 120, étude Malaurie ; Gaz. Pal., 2005. 408, note Royant.

²⁶⁰ Avis n°90 Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation, comité consultatif national d'éthique.

mère ainsi que de la protection de l'enfant. La loi sauvegarde l'enfant en diminuant le nombre de complications survenant au cours de grossesses non surveillées. Elle diminue le nombre d'accouchements dans la clandestinité. Pour cette Académie, si la loi était supprimée, cela obligerait nombre de Françaises en détresse à accoucher anonymement hors de nos frontières comme cela se passait avant pour l'avortement, et comme le font actuellement beaucoup de femmes belges, suisses et algériennes qui viennent accoucher sous X en France²⁶¹.

329- En effet, la France est le seul pays d'Europe, avec le Luxembourg, à organiser le secret. Les pays d'Europe où nous constatons une inexistence absolue de l'accouchement sous X sont des pays où le fondement biologique est le fondement majeur, quasi exclusif, à savoir des pays comme les pays scandinaves, germaniques, anglo-saxons, les pays de l'Est du Nord. Dans ces pays, le rôle biologique de la filiation est très évident.

Alors que dans des pays marqués par le droit romain comme la France, une place plus grande est donnée au socio-affectif, d'où le rôle de la possession d'état même si l'on parle de plus en plus de la recherche de la vérité biologique de la filiation. Les pays romanistes semblent préférer une conciliation classique entre certaines considérations différentes : réalité, fiction et volonté en matière de filiation. C'est la raison pour laquelle la France est encore un des derniers défenseurs de l'accouchement sous X .

330- En Espagne, à l'occasion d'un recours en cassation, le Tribunal Suprême (arrêt du 21 septembre 1999) a décidé que l'article 47 de la loi sur l'Etat Civil qui permettait à une femme non mariée de conserver l'anonymat lors de son accouchement et à l'officier de l'Etat Civil d'inscrire dans l'acte de naissance la mention « *né(e) de mère inconnue* » est inconstitutionnel²⁶². L'article 167 du règlement d'application de la loi sur l'Etat Civil, qui énumérait les mentions obligatoires de l'acte de naissance (dont le nom de la mère) autorisait toutefois le personnel médical à se retrancher derrière le secret professionnel pour respecter l'anonymat souhaité par la femme lors de son accouchement. Pour tenir compte de l'arrêt du Tribunal Suprême, ce texte a été modifié et un règlement du Ministère de la Justice du 10 novembre 1999 prévoit de nouveaux formulaires de déclaration de naissance imposant diverses indications concernant la mère (nom, filiation, domicile, ...) ainsi que ses empreintes digitales.

²⁶¹ Henrion R., « Un nouveau Projet de loi à l'examen à l'assemblée nationale. Ne supprimons pas l'accouchement sous X » Le figaro, 30 mai 2001

²⁶² Granet F., « Convergences et divergences des droits européens de la famille », Dr fam., hors série décembre 2000, p.6.

331- En matière d'accouchement sous X, la France est le pays qui suscite le plus de complexité et de paradoxes.²⁶³

Il y subsiste une lacune assez grave à propos d'une situation douloureuse dont la pratique révèle que ce n'est pas une hypothèse d'école²⁶⁴ même si elle demeure rare heureusement. Lorsque le père de l'enfant l'a reconnu avant la naissance et quand la femme enceinte, après rupture survenue pendant la grossesse, accouche sous X, qu'elle ait souscrit aussi ou non une reconnaissance prénatale, il est pratiquement impossible de faire le lien entre le nouveau-né et le père quoique la paternité soit légalement établie.²⁶⁵ Dans un délai utile de deux mois suivant la naissance, au terme duquel l'enfant peut-être placé en vue de son adoption, cet homme aura toutes les difficultés à se faire remettre son enfant. L'article 351 al 2 du Code civil prévoit : « *lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, il ne peut y avoir placement en vue de l'adoption pendant un délai de deux mois à compter du recueil de l'enfant* ». Et l'article 352 de continuer en précisant : « *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 ...* ». C'est en ce sens que les juges ont pu décider de l'inefficacité de la reconnaissance prénatale effectuée par le prétendu père d'un enfant né sous X pour se voir restituer son enfant après son placement²⁶⁶.

332- A été cassé le 7 avril 2006 l'arrêt qui « *déclare irrecevable la demande de restitution formée par le père, auteur d'une reconnaissance prénatale d'un enfant né ultérieurement d'un accouchement « sous X », donne effet au consentement du Conseil de Famille à l'Adoption et prononce l'adoption de l'enfant, alors que, l'enfant ayant été identifié par le père naturel à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant 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 consentir valablement à l'adoption de l'enfant, ce qui relevait du seul pouvoir de son père naturel* ». Le secret de l'identité de la mère rendant très difficile l'établissement de la filiation paternelle, la loi de 2002 a inséré un article 62-1 selon lequel : « *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 dates et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant* ».

²⁶³ Frank R., « La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille », RID. comp., 1993, p. 635.

²⁶⁴ CA Riom, 16 déc. 1997 : JCP éd. G., 1998, II, 10147, note T. Garé ; Dr fam., 1998, comm. n°150, note Murat.

²⁶⁵ F. Granet référence supra n° 210

²⁶⁶ Nancy, 23 février 2004, D., 2004. 2249, note Poisson Drocourt cassé par Civ. 1^{ère}, 7 avril 2006, bull. civ. I, n°195 ; R. p. 467 ; D., 2006, IR, 1065, obs. Gallmeister ; D., 2007, Pan, 1461, obs. Granet-Lambrechts ; JCP éd G., 2006, I, 199, n°1s., obs. Rubellin-Devichi ; Defrénois., 2006, 1127, obs. Massip ; Gaz. Pal., 2006. 3210, note Guittet

333- C'est l'ordonnance de 2005, qui en ouvrant la reconnaissance paternelle au père en mariage, a permis à ce dernier de faire établir sa paternité nonobstant l'accouchement sous X décidé par sa femme. Un conflit entre le père biologique et la famille ayant recueilli l'enfant dans le cadre d'une procédure d'adoption n'est toutefois pas exclu en raison du délai qu'il faudra bien souvent d'une part au père pour rechercher son enfant, d'autre part au Procureur de la République pour retrouver ce dernier. C'est d'ailleurs ce qui s'était produit dans la décision en date du 7 avril 2006 (cf. supra).

334- Citons une autre jurisprudence selon laquelle, « *ayant 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* ». ²⁶⁷ De même, l'action en restitution d'un enfant placé en vue de son adoption ne tendant pas à établir un lien de filiation, l'identification par empreintes génétiques, conformément à l'article 16 du Code civil, ne peut pas être recherchée dans le cadre d'une telle action engagée par le prétendu père alors que l'enfant est né d'un accouchement anonyme (TGI, Cusset, 10 avril 1997).

335- Une limite peut être posée au principe dans le cas d'une identification du père véritable avant le consentement à l'adoption. En ce cas d'espèce, c'est le père qui pourra faire agir son droit à revendiquer la paternité de son enfant. Dans l'hypothèse inverse, l'adoption aura lieu et fermera toute possibilité pour le père de récupérer son enfant biologique. En effet, il est prévu par l'article 62 de la loi de 2002 que le ministère public aide le père à retrouver son enfant. Mais comme nous venons de le préciser, en cas d'identification tardive, l'enfant est placé. Ce délai relativement court consenti à la femme pour revenir sur sa décision d'abandon, est actuellement fixé à deux mois. Il n'est pas sans poser de difficultés. Dans son avis n° 90 (cf. supra) le Comité Consultatif National d'Ethique considère qu'en effet d'un côté, il facilite l'adoption et protège l'enfant, à un moment crucial de sa vie, de la perception d'un abandon effectif. De l'autre, il ne laisse peut-être pas un délai de réflexion suffisant qui permette à la mère de changer son attitude. Cette situation privilégie l'enfant pour ne pas le laisser, pour des raisons juridiques, dans une situation de vide affectif.

336- Le 10 janvier 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, qu'en cas d'accouchement anonyme, le délai de rétractation de deux mois par la mère pour demander la restitution de son enfant est raisonnable. En l'espèce, une jeune femme avait accouché sous X, le 18 février 2002. Elle avait voulu reprendre son enfant le 25 juillet 2002, alors que le délai de rétractation était expiré. Elle s'était heurtée à un

²⁶⁷ Riom, 16 décembre . 1997, D. 1998. Somm. 301, obs. Bourgault-Coudeville ; D., 1999, somm, 198, obs. Granet ; JCP éd G., 1998, II, 10147, note Garé.

refus et l'action qu'elle avait intentée d'abord devant le Tribunal, puis devant la Cour d'appel et enfin la Cour de cassation, avait été vaine. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, la requérante avait prétendu que la décision des juridictions françaises était contraire à l'article 8 de Convention Européenne des Droits de l'Homme qui protège le droit au respect à la vie privée et familiale. Mais son recours a été rejeté, la Cour considérant que « ... le délai prévu par la juridiction française vise à atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisants entre les intérêts en cause ... ».

337- La France et le Luxembourg connaissent le secret. Des pratiques semblent exister en Italie et en Espagne, mais il est très différent de tolérer des situations marginales et d'organiser le secret. Dans la plupart des législations modernes, l'indication du nom de la mère, mais aussi du père est au contraire obligatoire. Certains pays, comme la Norvège par exemple, estiment que ce doit être aussi le cas après procréation médicalement assistée.²⁶⁸ En effet, comme le soutient Pascale Boucaud, la thèse de l'anonymat a vécu à l'heure où la génétique explose. Il semble presque évident que cet accouchement sous X qui tend malgré tout à perdurer en France, va rapidement se faire dépasser et s'aligner sur les pratiques européennes. Une première avancée a déjà eu lieu en 2002 avec la création du Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP). Quelle sera la prochaine étape réglementaire ?

338- Le 25 janvier 2006, dans son rapport, la Mission Parlementaire d'Information sur la Famille (créée en 2005 par le Président de l'Assemblée Nationale) suggère de remplacer l'accouchement sous X (exclusivité française toujours visée par la Cour européenne des droits de l'homme) par l'accouchement dans la discrétion, qui existe lui dans de nombreux pays. Cela permettra aux enfants nés ainsi de demander à connaître leurs origines dès l'âge de 18 ans et même d'autoriser l'enfant mineur à effectuer lui-même sa démarche s'il a atteint l'âge de discernement et si ses représentants légaux sont d'accord²⁶⁹.

²⁶⁸ Boucaud P., « on sait qu'avec l'importance de la génétique cette connaissance sera demain admise pour tous ; la thèse de l'anonymat a vécu », journal du droit des jeunes, n° 174, avril 1998

²⁶⁹ Sullerot E., « pilule sexe et ADN, 3 révolutions qui ont bouleversé la famille », fayard, p. 287.

Sous-section 2 LE DROIT DE L'ENFANT A CONNAITRE SES ORIGINES

§1 - Le droit d'identité de l'enfant

339- Les défenseurs du droit à la recherche des origines revendiquent le droit pour toute personne de connaître sa filiation, ses filiations. Pour ces défenseurs, les enfants amputés de leur filiation vivent ce manque avec un fort sentiment de souffrance. Les enfants ou les adultes en quête de filiation ne revendiquent pas l'amour ; ils en ont heureusement le plus souvent trouvé dans leur famille d'adoption ; ni d'hériter, au sens financier et matériel. Leur quête est une quête d'identité.²⁷⁰ Ce droit de l'homme est fondé sur deux principes généraux universellement admis : le droit au respect de l'identité et l'indisponibilité de l'état des personnes.

340- La filiation, qu'est-ce que c'est ? De celui qui engendre, de celui qui transmet le nom et de celui qui élève, de qui sommes-nous le fils ou la fille ? Il n'y a pas à choisir. Nous avons besoin d'être au clair avec chacune de ces filiations. Pour certains enfants, ces filiations sont complètement éclatées. Le problème ne peut-être « *résolu de façon complètement satisfaisante si le choix opéré consiste à nier une part de vérité* », écrit Odile Roy²⁷¹. Pour Pierre Verdier et Nathalie Margiotta (cf. ref. supra n° 222), il n'y a pas à « *opposer filiation biologique et filiation affective, puisque l'enfant a besoin des deux pour vivre* ».

341- Pour Madame Evelyne Sullerot, la famille est instituée par la parenté alors qu'elle était auparavant instituée par le mariage. Le couple parental a le pouvoir de conférer à l'enfant, par l'établissement de sa filiation, son identité sociale et ses droits à hériter des biens de ses parents.

Le droit d'identité de l'enfant passe par le droit à la filiation. La filiation va déterminer l'identité des enfants, leur condition pendant la minorité, les droits et les devoirs de leurs père et mère et de leurs grands-parents, les subsides, les pensions, les droits de successions, etc.

342- Cependant, et nous l'avons souligné plusieurs fois dans cette étude, en matière de filiation, l'adage populaire selon lequel « *toute vérité n'est pas bonne à dire* » conserve toute son acuité. Restons sur cette interrogation. Il y a certes un droit à l'identité mais ce dernier doit se dévoiler en fonction des circonstances.

²⁷⁰ Verdier P, Margiotta N., « Le droit à la connaissance de ses origines : un droit de l'homme. Pour en finir avec l'accouchement sous X et le secret de la filiation », Paris, Ed jeunesse et droit, 1998.

²⁷¹ LPA., n°70, 12 juin 1998.

§2 - Des engagements internationaux bafoués

³⁴³- La Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Odièvre²⁷² contre France, relatif à l'accouchement sous X relève que l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel au titre duquel figurent : « *l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle soit, par exemple, l'identité de ses géniteurs* ». Avec la loi de 2002, la France facilite l'accès à la recherche des origines biologiques. La Cour considère que la loi française ne fait pas obstacle à la recherche de maternité et ne permet pas de manière absolue l'accès à des données identifiantes sur la mère en cas d'accouchement sous X. De facto, la loi française n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme (EDH). Dans cette espèce, il s'agissait d'une personne dotée d'une filiation adoptive qui recherchait une autre personne, sa mère biologique, qui l'avait abandonnée dès sa naissance et avait expressément demandé le secret de celle-ci. La Cour souligne l'importance de concilier les intérêts contradictoires. « *L'expression « toute personne » de l'article 8 s'applique à l'enfant comme à la mère* ». D'un côté il y a le droit à la connaissance des origines, lequel trouve son fondement dans l'interprétation extensive du champ d'application de la notion de vie privée, et de l'autre, l'intérêt de la femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées. La Cour se trouve en l'espèce, en présence de deux intérêts privés difficilement conciliables, qui touchent d'ailleurs non une adulte et une enfant, mais deux adultes jouissant chacune de l'autonomie de sa volonté ; En conséquence, la Cour a jugé que le système français, issu de la loi du 22 janvier 2002, visant à rapprocher les points de vue sans exercer aucune contrainte n'était pas incompatible avec la Convention au regard de la marge d'appréciation laissée en cette matière aux Etats.

³⁴⁴- A côté de ce droit à l'identité de l'enfant, il ne faut pas oublier l'article 7 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant selon lequel, l'enfant a le droit, dans la mesure du possible, de « *connaître ses parents et être élevé par eux* ».

Le législateur français ne peut certes pas se prévaloir de la réserve « *dans la mesure du possible* » pour créer lui-même une impossibilité purement juridique d'accès à la connaissance des parents. Il semblerait intéressant de déterminer ce que la Convention entend par « *parents* ». Nous constatons que le mot « *parent* » est associé au groupe verbal « *être élevé par* ». Il s'agit sans doute des parents au sens noble du terme, ceux qui disposent de la possession d'état et pas forcément des réels géniteurs.

C'est en s'appuyant sur cet article, d'application immédiate, que la Cour de cassation dans l'affaire du petit Benjamin²⁷³, a pu limiter à la mère l'accouchement sous X et donner à l'enfant le droit de connaître son père. Dans cet arrêt, la Cour de cassation n'a pas hésité à recourir aux règles du droit international. Elle affirme que selon l'article 7-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant applicable devant les tribunaux français, l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents. Le rejet du droit d'accès aux origines heurte donc désormais de front la Convention internationale sur les droits de l'enfant. Il en résulte donc logiquement que l'enfant a le droit de connaître son père tout comme sa mère d'ailleurs, malgré la demande de secret lors de sa naissance, la filiation est divisible. Cette référence à l'article 7-1 et la cassation prononcée en raison de la violation de ce texte, implique en toute logique que les dispositions interdisant l'accès aux origines sont « *anticonventionnelles* ».

345- S'agissant du droit d'établir sa filiation, la Cour de cassation adopte une position nuancée. Ainsi affirme-t-elle qu'une loi étrangère qui prohibe de façon générale l'établissement de la filiation paternelle hors mariage²⁷⁴ n'est contraire à l'ordre public français en matière internationale que si elle a pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation²⁷⁵ : c'est-à-dire que le respect des droits fondamentaux varie ici selon les liens que la situation présente avec l'ordre juridique français.

346- Dans le cas spécifique des parents, il faut respecter le principe de leur liberté individuelle. Se pose la question aujourd'hui du droit à établir sa descendance²⁷⁶. Mais parfois cet établissement est impossible : c'est le cas particulier du double lien de filiation en cas d'inceste ; c'est le cas également de la fermeture de l'action en contestation de filiation lorsque l'enfant dispose d'un titre et d'une possession d'état conforme ayant au moins duré 5 ans ; enfin de la même manière le placement en vue de l'adoption fait échec à l'établissement de la filiation : la règle peut-être opposée au père ou à la mère en cas d'accouchement sous X.

²⁷² CEDH, 13 Février 2003, Odièvre c/France, D.2003, 1240, n. Mallet-Bricout.

²⁷³ Cass. 1^{ère} civ, 7 avril 2006, D., 2006, jur, 22293, note Elisabeth Poisson-Drocourt, « valeur de la reconnaissance d'un enfant né sous X par son père » ; Dr fam., juin 2006, com. n° 124, p. 24, note Pierre Murat, « Affaire Benjamin : une cassation méritée mais bien confuse » ; Defrénois., 2006, art. 38423, p. 1127, note Jacques Massip, « Les droits du père en cas d'accouchement anonyme de la mère » ; RJPF, juin 2006, 6/38, p. 23, Marie-Christine Le Boursicot, « Filiation paternelle et adoption : quelle est la portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2006 ? ».

²⁷⁴ Tel est le cas notamment des pays qui s'inspirent du droit musulman classique.

²⁷⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 1993, bull. civ. 1, n°64. D., 1994, 66, n. J. Massip, et somm, p. 32, obs. Kerkhove.

²⁷⁶ Malaurie P, Fulchiron H., La famille, Defrénois, 2^{ème} édition, 2006. p. 360.

347- En cas de procréation assistée avec donneur, le principe d'anonymat, dont la transgression est pénalement sanctionnée, ne paraît guère compatible avec le droit reconnu à l'enfant par les conventions internationales de connaître ses origines²⁷⁷. Cependant, il existe quelques dérogations à cette règle pourtant stricte. C'est en particulier le cas que prévoit l'article 16-2 du Code civil : « *en cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci* ».

348- Cette possibilité de rechercher ses origines génétiques, confortée par l'idée que l'enfant a droit à son identité fait-elle partie du domaine de la fiction ou de la réalité ? Peut-on toujours rechercher ses origines génétiques ? Des freins ne sont-ils pas sciemment mis en œuvre ? Nous nous efforcerons de répondre à ces questions multiples dans un second chapitre.

²⁷⁷ Maguin M-F., « l'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réserve les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », D., 1995.,Chr., 75; H. Gaumont Prat, Dr fam., 1999, Chr. ,17.

CHAPITRE II : LA POSSIBILITE DE RECHERCHER SES ORIGINES GENETIQUES : FICTION OU REALITE ?

349- La possibilité, pour tous, de rechercher ses origines génétiques est devenue, il faut l'admettre, une réalité. Nous sommes bien loin des propos de Portalis : « *Hélas, (se plaignait l'éminent juriste dans ce monument du droit qu'est notre Code), nous venons d'asseoir solidement le père, père par sa volonté et la reconnaissance de la société, mais il ne pourra jamais prouver qu'il a engendré l'enfant que nous lui attribuons alors que la mère n'a pas besoin de ces assurances : son accouchement est une preuve évidente de sa maternité !* ». De même au cours des travaux préparatoires du Code Napoléon en 1803²⁷⁸, Portalis s'exclamait : « *La maternité est certaine, la paternité ne le sera jamais !* ».

350- Il s'avère que Portalis se trompait doublement : la science peut aujourd'hui désigner avec certitude le père génétique d'un enfant et la médecine peut permettre à une femme d'accoucher d'un enfant dont elle n'est pas la mère génétique²⁷⁹!

351- Cependant, les juristes français n'ont jamais montré le moindre empressement à l'égard de la science génétique. Ils aimait mieux, ils l'avouent, « *la preuve par les sangs* », fondée sur les groupes sanguins et les plaquettes HLA. Au moins, et nous pensons comme Madame Sullerot, « *la science donnait alors des quasi-certitudes, mais «quasi» seulement, et ils avaient leur mot à dire* ».

352- C'est la loi de 1972 qui a en quelque sorte cherché à moderniser le droit de la filiation en mettant en première ligne deux principes fondamentaux, à savoir:

- le principe d'égalité,
- le principe de vérité.

C'est ce principe de vérité qui veut que la filiation juridique s'élabore sur le lien biologique unissant l'enfant à son père et à sa mère. Enfin, et en reprenant encore Madame Sullerot, « *la loi de 1972 fit disparaître certains artifices de fausses filiations, mais elle opposa aussi une « vérité sociologique » (la volonté individuelle) à la « vérité biologique », forgeant ainsi un « flexible droit » (Jean Carbonnier) qui refusa de plier devant la biologie* ». Cette même loi va bouleverser les conceptions traditionnelles, en

²⁷⁸ Rubellin-Devichi J., « Père et paternité dans l'Europe d'aujourd'hui », Rev. dr. san. soc, avril juin 1992, p. 243.

renouvelant complètement la notion même de famille. Le projet de réforme, dû à la plume du Doyen Carbonnier, était fondé essentiellement sur des considérations de justice. Il fallait rompre avec la situation des enfants naturels simples et, plus encore, avec celles des enfants adultérins, qui étaient privés de droit, sans être responsables pour autant des circonstances de leur conception. Cette discrimination était du reste condamnée par l'opinion publique et se trouvait en contradiction avec les traités internationaux²⁸⁰(cf. supra).

353- Dans les années 70, tout d'abord grâce à la possibilité de rechercher ses origines et de connaître sa filiation réelle par un simple examen des sangs, les tribunaux recouraient en cas de litiges de filiation à cet examen des sangs et la vérité biologique nourrissait la jurisprudence. Cependant, les juristes et les lois qui allaient suivre ne tenaient pas à se rabaisser face à cette toute puissance de la preuve scientifique qui allait d'ailleurs par la suite exploser avec la preuve génétique. A l'époque, le législateur a voulu que l'enfant puisse être rattaché à ses véritables auteurs biologiques et que soit proclamée la vérité du sang. Ainsi une place importante était aussi faite à la vérité du cœur, la vérité sociologique ou vérité affective, qui s'expriment par la possession d'état, dont les effets ont été considérablement accrus. La loi de 1982 a d'ailleurs posé la possession d'état comme mode d'établissement autonome de la filiation naturelle. Puis, la loi de 1993 a fait surtout triompher la vérité biologique. C'est ainsi que la recherche de la vérité biologique à tout prix va exploser et que les tribunaux vont se trouver assaillis par des demandes très nombreuses. C'est, en ce sens, que nous pouvons parler de la mise en route d'une véritable révolution génétique.

354- Aux dangers que représentaient la technique scientifique, le droit n'apportait que des réponses partielles. De telle sorte que Madame Lenoir, dans le rapport demandé par le Conseil d'Etat sur la Bioéthique, qualifiait « *d'urgence législative* » l'adoption d'un texte réglementant le recours aux empreintes génétiques. C'est chose faite. La loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain apporte désormais des solutions claires aux difficultés suscitées par la technique²⁸¹.

355- Mais certaines limites que nous étudierons vont freiner cette expertise génétique à outrance. C'est le cas de l'article 16-11 du Code civil, introduit par cette loi bioéthique de 1994 relative au respect du corps humain, qui précise que l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques peut avoir lieu à des fins médicales ou de recherche scientifique ou bien, lors d'une procédure judiciaire.

²⁷⁹Sullerot E., « Pilule, sexe et ADN, 3 révolutions qui ont bouleversé la famille », p. 232.

²⁸⁰ V. notamment la convention européenne des droits de l'homme (non encore ratifiée par la France à cette époque) et CEDH 13 juin 1979, Marchx, RTD civ., 1979, 798, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi.

²⁸¹ Raymond G., Ombres et lumières sur la famille, Bayard, édition centurion p. 216 et suivantes.

356- En matière civile, le recours à cette méthode n'est possible qu'en « *exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou à la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou à la suppression de subsides* ». Ce texte ajoute que le consentement de l'intéressé est requis. Ce dernier doit être préalablement et expressément recueilli. La nécessité du consentement de l'intéressé permet d'écartier tout risque d'atteinte à la vie privée de la personne en évitant que la technique ne soit effectuée à son insu.

357- Enfin et nous l'étudierons en détail, par respect pour les défunts, il est prévu par l'ordonnance de 2005 que « *sauf accord express de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisé après sa mort* »²⁸².

358- Cette nécessité d'une décision judiciaire permet d'éviter les tests génétiques qui seraient sollicités par des particuliers par simple curiosité. La loi du 29 juillet 1994 n'autorisait la recherche des empreintes génétiques des personnes que dans le cadre d'un procès relatif à la filiation ou aux subsides. Cependant à cette époque, la loi de 1972 qui s'appliquait, allait dans le sens de la volonté de rechercher la vérité biologique de sa filiation. Pourtant, il est inutile de se voiler la face, Internet permet facilement aux particuliers de se procurer ces tests génétiques en dehors des sentiers judiciaires français !

359- Enfin, citons une autre limite à ces demandes de recherches génétiques à outrance, dans un arrêt de principe du 28 mars 2000, largement repris par la suite, les juges ont estimé que l'expertise génétique est de droit en matière de filiation sauf - et c'est l'exclusion introduite ici qui nous intéresse - s'il y a un motif légitime. Nous voyons bien qu'effectivement, il est possible de rechercher ses origines génétiques mais il y a malgré tout des freins mis en place par la loi d'une part et par la jurisprudence d'autre part, généralement dans un souci de protection de la famille.

360- Mais à côté de cela, la loi de 1993 a légalisé la pratique de l'accouchement sous X, empêchant ainsi à l'enfant naturel (rien n'est dit concernant l'enfant légitime à l'époque) de voir la maternité s'établir. L'ancien article 341-1 du Code civil (mis en place par la loi de 1993) et repris dans l'article 326 du Code civil actuel, considère : « *Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservée* ».

²⁸² CA. Paris, 6. Novembre 1997, (affaire Montand), D., 1998, 122, note P. Malaurie ; D., 1998, Sommaire, 161, obs. H. Gaumont Prat ; RTD Civ., 1998, 87, obs. J. Hauser. Accord donné par les héritiers du défunt, civ. 1^{ère}, 3 juillet. 2001, D., 2002. Somm. 2023, obs. F. Granet ; RTD Civ., 2001. 863, obs. J. Hauser.

Il y avait bien conflits entre deux droits subjectifs:

- le droit de l'enfant à connaître ses origines,
- le droit de la mère à ne pas faire connaître socialement sa maternité.

Dans ce cas précis, ainsi que celui de la procréation assistée avec donneur (PMA exogène), la recherche scientifique de la vérité ne pourra pas avoir lieu. L'accouchement sous X est bien la forme moderne de l'abandon d'enfant²⁸³. Une chose abandonnée n'a plus de propriétaire et de facto, nous ne pouvons pas rechercher ce qui n'existe pas ou plus. Dans le cas de l'accouchement sous X, il n'y aura plus possibilité de rechercher la mère si telle a été sa volonté. Cette volonté de la mère va aller au delà puisque le père, malgré une reconnaissance prénatale, aura beaucoup de difficulté à retrouver son enfant. Prenons pour exemple cette décision de la Cour de Riom²⁸⁴ « *par ailleurs, ayant 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* ».

³⁶¹- Cette révolution génétique va concerner, comme nous venons de le présenter, cette possibilité de recherche de la vérité de la filiation dans le cadre très spécifique du contentieux de la filiation.

³⁶²- Dans une première section, nous étudierons en quoi cette recherche de la vérité de la filiation à tout prix est une réalité. Puis, dans une deuxième section, nous verrons, que parfois, cette recherche dans certains cas est impossible. Nous approcherons ainsi les limites progressivement mises en place par la loi et la jurisprudence.

SECTION 1 - LA RECHERCHE DE LA VERITE DE LA FILIATION A TOUT PRIX EST UNE REALITE

³⁶³- Comme nous l'avons déjà souligné avec insistance à plusieurs reprises, pendant un temps certain, la procréation est restée un mystère biologique. Aujourd'hui, les preuves positives et négatives sont possibles. Cependant, il ne faut pas oublier que l'utilisation de la preuve scientifique n'est pas devenue une généralité en matière de filiation. Ce mode de preuve moderne n'est utilisé que dans le cadre bien spécifique du procès, lequel procès visant à contester une filiation établie ou à faire déclarer en justice une filiation non encore établie. Nous verrons tout d'abord comment l'utilisation de la preuve

²⁸³. Raymond G., Ombres et lumières sur la famille, Bayard, édition centurion p. 216 et suivantes.

²⁸⁴ Riom , 16 décembre 1997 : D., 1998, Somm, 301, obs. Bourgault-Coudeville.

scientifique est assimilable à une « *arme* » au service d'un contentieux. Puis, qu'il s'agit bien d'un moyen de pression au sein des familles pour enfin constater l'ampleur des moyens mis en œuvre.

Sous-section 1 UNE « ARME » AU SERVICE D'UN CONTENTIEUX

³⁶⁴- Selon la définition usuelle du mot : « *une arme* », c'est tout ce qui sert à attaquer ou à se défendre. Dans le contexte particulier du contentieux de la filiation, la preuve scientifique consiste bien dans la réunion de tous les éléments pouvant servir à attaquer (dénoncer) une fausse filiation ou à revendiquer un droit à la filiation (se défendre face à une filiation mensongère déjà établie). C'est en ce sens qu'il nous paraît opportun d'utiliser le mot « *arme* » dans le contexte précis du contentieux de la filiation.

³⁶⁵- En l'état du droit avant l'ordonnance de 2005, il y avait un foisonnement d'actions en justice envisageables. Il en existait 9 différentes pour contester un lien de filiation. La simplification de l'ensemble était donc une nécessité impérieuse²⁸⁵ ainsi que l'unification. C'est ce que nous nous sommes déjà efforcés de démontrer plus haut. En effet, rappelons que le rapport de présentation de l'ordonnance au Président de la République souligne qu'un équilibre a été recherché entre les composantes biologiques et affectives qui fondent le lien de filiation. Nous ne saurions réduire ce lien à la seule composante génétique. Par ailleurs, la modification du régime des actions a été rendu nécessaire aussi par le développement des moyens de preuve. Elle appelle une plus grande rigueur dans les délais afin de mettre l'enfant à l'abri des revendications tardives affectant la stabilité de son état. De fait, les délais ont été largement diminués.

§1 - Les actions aux fins d'établissement de la filiation

A- L'action en recherche de maternité

³⁶⁶- Dans le cas de l'action en recherche de maternité, lorsque cette action est recevable, la preuve de la maternité doit être rapportée. Cette action est très rare, il s'agit du cas des enfants abandonnés par leur mère à la naissance. Cela peut correspondre aussi à l'hypothèse où il y aurait eu supposition d'enfant ou substitution d'enfant à la naissance, voire enlèvement. Cette action est régie par l'article 325 du Code civil, repris par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Quels sont les cas d'enfants pouvant agir de la sorte ?

Tout d'abord, il s'agit des enfants n'ayant ni titre ni possession d'état d'enfant ou un titre inapte à établir un lien de filiation à l'égard de la mère à laquelle ils souhaitent être rattachés.

367- L'enfant doit prouver qu'il est bien celui dont sa mère a accouché :

- d'une part, que **la mère prétendue a accouché d'un enfant**,
- d'autre part **son lien d'identité avec cette mère**.

Dans le cas où il ne s'agit pas d'un accouchement sous X, la preuve de l'accouchement se fait par tout moyen et c'est en ce sens que nous pouvons en déduire que désormais l'utilisation de la preuve scientifique sera dominante. Le juge pourra effectivement ordonner une expertise biologique et en cas de refus du défendeur. Il pourra interpréter dans le sens d'une affirmation de la maternité biologique.

Enfin, la preuve est libre quant à l'identité avec l'enfant dont la mère a accouché. D'après l'ancien article 341 du Code civil, pour pouvoir prouver qu'il est bien cet enfant, il devait au préalable établir qu'il existait « *des présomptions ou des indices graves* » (ancien art 341 du Code civil), celles-ci rendant vraisemblable la maternité. Les juges ont un pouvoir discrétionnaire. Il leur appartient souverainement d'apprécier ces éléments de preuve rapportés par les demandeurs. De façon à supprimer des actions abusives, l'ordonnance de 2005 a supprimé l'existence de ces adminicules. L'enfant peut désormais prouver la maternité par tous moyens en utilisant entre autre la preuve scientifique. Le juge pourra ordonner une expertise biologique.

368- Nous voyons bien ainsi, comment les progrès scientifiques ont fait évoluer les moyens de preuve en droit de la filiation. Autrefois, on ne se basait que sur des présomptions et personne n'aurait eu l'audace de remettre en cause une filiation établie ou non. Maintenant, la fiabilité de la preuve scientifique est telle que nous pouvons l'utiliser aussi souvent que nécessaire, mais dans le cadre strict d'une impérieuse autorisation préalable.

B- L'action en recherche de paternité

369- Les progrès scientifiques ont considérablement modifié les données du problème en cas de volonté d'établissement de la filiation en permettant dans de nombreux cas, l'identification du géniteur. La vérité biologique de la filiation est accessible.

²⁸⁵ Garé T., « L'ordonnance portant réforme de la filiation », JCP éd ; G., 2006, I, 144.

370- En ce qui concerne l'action en recherche de paternité, la preuve positive de la paternité peut-être aujourd'hui rapportée. Il s'agit alors d'**utiliser la vérité biologique de façon positive pour rechercher le géniteur de l'enfant et le déclarer père.** Cette preuve positive de la paternité avait tout d'abord été envisagée par la loi du 8 janvier 1993. Elle considérait que celle-ci pouvait se faire et de facto elle avait supprimé les cas d'ouvertures et les fins de non-recevoir. Le demandeur devait établir l'existence de présomptions et d'indices graves. Pour les juges de la Cour de cassation ces présomptions et indices graves pouvaient être le résultat des expertises biologiques.

Cette solution, envisagée par la Cour de cassation et reprise par le législateur dans l'ordonnance de 2005, paraît s'inscrire dans la tendance actuelle où la recherche de ses origines biologiques et le droit pour l'enfant de revendiquer la possibilité d'établir sa filiation avaient été prévus par la Convention Européenne des Droits de l'Homme et interprétée de façon similaire par cette même Cour. Cette dernière affirme bien de manière constante, et nous l'avons déjà à plusieurs reprises spécifié, ce droit pour l'enfant d'établir sa filiation²⁸⁶. L'enfant est désormais totalement titulaire de ce droit hors du contexte spécifique de la procréation médicalement assistée (cf. supra). Le demandeur ne rencontre plus d'obstacle pour faire la preuve de sa paternité. **Cette preuve de la vérité biologique est devenue nécessaire et suffisante.**

371- Ici encore, nous voyons bien en quoi l'évolution des progrès scientifiques et les recherches dans le domaine génétique peuvent permettre à tout un chacun d'avoir la possibilité de rechercher ses origines génétique. De plus, suite aux diverses tendances jurisprudentielles, comment le législateur a fait évoluer le droit pour donner au demandeur la possibilité d'utiliser légalement la preuve génétique.

372- Le droit français a certainement pris exemple sur d'autres droits européens et en particulier sur celui allemand pour lequel la paternité est une notion essentiellement biologique. Le droit français, quant à lui, a plutôt une vision volontariste de la paternité. Cependant, l'évolution des deux pays tend à les rapprocher autour de principes à valeur supra nationale, comme la non discrimination des enfants et le droit d'avoir une filiation établie. La réforme allemande du Droit de l'Enfance du 16 décembre 1997, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1998, s'inscrit dans cette tendance²⁸⁷. Elle a unifié le droit de la filiation en tenant compte du droit de l'enfant à la connaissance et à l'établissement de ses origines.

²⁸⁶ Gouttenoire A., « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », Dr fam., janvier 2006, p. 21.

²⁸⁷ Wenner E., La filiation paternelle en droit comparé allemand et français : la loi allemande relative à la filiation du 16 décembre 1997- un modèle pour le droit français ? , Thèse, Toulouse I, 2000.

373- Par la suite, un groupe de travail sous la présidence de Madame Dekeuwer-Defosse s'est réuni en France pour réfléchir à une réforme d'ensemble de la filiation. Depuis 1999, nous allons vers cette possibilité de rechercher facilement ses origines et faire établir notamment sa véritable filiation paternelle. Cette tendance a pris forme en droit français dans la loi de 2002 sur la possibilité d'accès à ses origines personnelles et l'ordonnance de 2005 déjà citées.

Par le biais des analyses génétiques, la mère pourra obtenir l'établissement d'une filiation dont le père ne voulait pas. On s'éloigne en fait progressivement, dans ce cadre précis, de la filiation volontariste dans le domaine de l'établissement et la contestation de la filiation paternelle.

§2 - Les actions en contestation de la filiation

374- Pour Monsieur Courbe, c'est principalement dans le domaine de la contestation de la filiation que « *l'œuvre de simplification réalisée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 est la plus spectaculaire* », qu'il s'agisse de la contestation de maternité ou de paternité.

A- L'action en contestation de la maternité

375- **La maternité peut être contestée en prouvant que la mère n'a pas accouché**, l'article 332 alinéa 1^{er} du Code civil le prévoit. Depuis l'ordonnance de 2005, il y a obligatoirement indication du nom de la mère dans l'acte de naissance. Pour que l'on puisse envisager une contestation de la maternité, il faut qu'il s'agisse de supposition ou de substitution d'enfant. **Le moyen de preuve est libre**. Il suffira de procéder à une expertise biologique dans la mesure où celle-ci est de droit depuis l'arrêt du 28 mars 2000. Cela est confirmé par l'article 310-3 du Code civil : « *la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action* ».

B- L'action en contestation de la paternité

376- D'après l'article 332 du Code civil, la paternité peut être également contestée. Il suffit de **rapporter, par tous moyens, la preuve que le mari n'est pas le père de l'enfant ou que l'auteur de la reconnaissance ne l'est pas**. L'expertise biologique étant de droit, la vérité de la filiation doit donc pouvoir être établie et ce, dans un souci de stabilité de la filiation de l'enfant.

C- L'action en contestation de la possession d'état

377- Depuis l'ordonnance de 2005, la filiation est légalement établie par la possession d'état, dès lors que celle-ci est constatée dans un acte de notoriété ou lors d'un jugement.

L'article 335 du Code civil permet la contestation de la filiation établie par la possession d'état, constatée dans un acte de notoriété « *par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire, dans le délai de 5 ans à compter de la délivrance de l'acte* ». L'action est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime.

378- Le Ministère Public peut agir en cas de suspicion de fraude. La circulaire du 30 juin 2006 prévoit que ce dernier peut intervenir pour contester la filiation lorsque l'acte de notoriété a été sollicité afin de contourner les règles légales interdisant d'établir la filiation, notamment en cas de fraude aux règles régissant l'adoption ou interdisant la gestation pour le compte d'autrui. Comme le précise Monsieur Courbe, « *en pratique cette action sera le plus souvent exercée par les cohéritiers d'un enfant qui se prévaut d'un acte de notoriété pour revendiquer ses droits dans la succession de son père* ». ²⁸⁸

La Cour de cassation considérant que l'expertise biologique est de droit, à l'exception de motif légitime, l'usage de la preuve biologique pour contester la filiation établie par la possession d'état doit être admis. C'est d'ailleurs ce que prévoit la circulaire du 30 juin 2006.

379- Dans le cas d'une possession d'état constatée par jugement, pour que l'expertise biologique puisse être ordonnée il ne faut pas que celle-ci ait déjà été abordée et tranchée par le jugement. En effet, l'autorité de la chose jugée s'oppose en ce cas à toute remise en cause. Cependant, dans un souci de stabilité de la filiation, le législateur a considéré qu'au-delà d'un délai de 10 ans la filiation ne peut plus être contestée par quelques moyens que ce soit, même la preuve biologique.

380- Ici nous retrouvons les idées de stabilité et de protection de l'intérêt de l'enfant que nous développerons ultérieurement. En revanche, si le jugement n'a statué que sur les éléments et les qualités de la possession d'état, il est alors possible d'utiliser l'expertise génétique de manière à éliminer toute incertitude sur la filiation de l'individu.

²⁸⁸ Cass. 1^{ère} Civ, 19 sept. 2007, D., 2008, Pan, 1374, obs. F. Granet-Lambrechts.

381- A nouveau, il est aisé de constater en quoi cette possibilité d'utiliser la preuve biologique devient courante dans le procès en matière de filiation. Nous voyons bien comment l'évolution des moyens de preuve peut jouer sur le droit de la filiation.

Sous-section 2 UN MOYEN DE PRESSION AU SEIN DES FAMILLES

382- L'utilisation de la preuve scientifique est devenue une éventualité qui dépasse le strict cadre d'un procès et qui est désormais devenu un moyen de pression au sein des familles.

Cette valorisation du principe de vérité est avant tout une conséquence logique de consécration de la vérité scientifique par la certitude que l'on peut tirer de l'expertise biologique.

383- La vérité biologique est une réalité déterminante pour établir la filiation qui ne l'est pas normalement par le titre ou la possession d'état. Lorsque la responsabilité d'une filiation n'est pas assumée en fait, la preuve biologique est un moyen justifié d'imposer au géniteur récalcitrant les conséquences de ses actes. C'est en ce sens que nous pouvons parler de moyen de pression dans la mesure où la fiabilité est totale.

Cette utilisation de la preuve biologique doit malgré tout être effectuée dans un cadre légal et autorisé.

Sous-section 3 LES MOYENS A METTRE EN ŒUVRE

§1 – La recherche par l'examen des sangs

384- Les premiers moyens de preuve développés furent la technique de l'examen des sangs. Cette technique repose à l'origine sur la découverte, par Georges Mendel, des lois de transmission des caractères héréditaires. Elle a été ponctuée par la découverte d'autres procédés biologiques qui ont progressivement améliorés ses résultats. Tout d'abord, la mise en évidence par Landsteiner du premier marqueur de l'hérédité à partir des groupes sanguins A, B, O, va lui permettre de faire un saut qualitatif et prendre une place importante dans la recherche de paternité. En effet, suite à cette découverte, les allemands vont, en 1905, modifier leur Code civil et y introduire la notion de « *vérité du sang* » comme principe pouvant être pris en compte dans la détermination de la filiation. Par la suite, il y aura la découverte du suédois Essen Möller et sa formule de

détermination du calcul de la probabilité de paternité. Mais la découverte la plus révolutionnaire sera celle faite en 1953 par Dausset. Il s'agit de la découverte du système d'histocompatibilité tissulaire, plus connu sous le nom du *groupe* « *Human Leucocytes Locus Antigen* » (HLA - marqueurs sanguins). Ces derniers vont permettre, grâce à la multiplication des marqueurs biologiques, d'exclure une paternité avec une probabilité tout à fait acceptable.²⁸⁹

385- Scientifiquement, **la méthode consiste à comparer les caractéristiques sanguines de ce qu'il est convenu d'appeler le trio final : l'enfant, la mère et père prétendu** afin de déterminer si le père envisagé est bien le père biologique.

386- Cependant, la **fiabilité de la méthode n'est pas totale**. Ceci explique parfois la réticence de certaines juridictions concernant son utilisation. Par la suite, la science a découvert la méthode des empreintes génétiques dont la fiabilité est totale.

§2 – La recherche ADN

387- Considérée comme une **méthode révolutionnaire**, c'est sans aucun doute l'aspect technique en matière d'identification des personnes qui matérialise l'expression « **empreintes génétiques** » dans le domaine de la filiation. Grâce à la connaissance scientifique des données relatives au génome humain, le profil génétique d'une personne peut être établi avec certitude. La méthode dite des « *empreintes génétiques* » repose sur l'analyse de l'acide désoxyribonucléique, plus connu sous le nom d'ADN, contenu dans les cellules et plus particulièrement ses séquences codantes permettant de décrypter la signature génétique.²⁹⁰

388- En matière civile, dans le domaine de la filiation, cette preuve est devenue **la reine des preuves depuis la loi de 1972 prônant la recherche de la vérité de la filiation à tout prix**. Elle permet de déterminer avec exactitude si le père présumé est le géniteur de l'enfant ou non. Non seulement nous sommes à même de faire la preuve négative de la paternité mais également la preuve positive de celle-ci. Cette détermination n'était pas possible avec le système des marqueurs sanguins.

²⁸⁹ Maboutouzeh J-B., Les incidences de la science médicale sur la filiation en droit français, Thèse, Lille, 2003.

²⁹⁰ Lavergne., Données scientifiques, méthodes d'évaluation et vision d'ensemble de l'utilisation du profil génétique, in L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme, sous la direction de Henneau-Hublet et Knoppers, 1997, p. 24; Mangin, Ludes, Pfitz., « Apport des techniques de biologie moléculaire à l'identification des victimes de catastrophes », revue médecine et droit, n°13, 1995, p. 13.

389- Après une démonstration d'absence de paternité par la comparaison des groupes sanguins, à l'occasion d'un contrôle de filiation, la complétude de la méthode des empreintes génétiques permet, aujourd'hui, de mesurer l'impact des progrès de la science biomédical sur la preuve de la filiation.

Aujourd'hui l'expertise biologique, dans le cadre du contentieux de la filiation, est pour les juges du fond un devoir, **sauf « motif légitime de ne pas y procéder »** ou impossibilité d'y recourir par voie légale. Le conflit relatif à la filiation doit être tranché en faveur de **la filiation la plus vraisemblable** et le recours à l'expertise génétique est le meilleur moyen pour déterminer la vérité biologique. Cette force donnée aux liens de sang valorise le principe de vérité de l'établissement de la filiation.

390- Cependant, la France ne va pas aussi loin que l'Allemagne. Cette dernière prévoit la contrainte pour la réalisation des expertises destinées à faire établir la vraie filiation. Le législateur français encadre largement ces actions.

SECTION 2 - L'IMPOSSIBILITE DE CETTE RECHERCHE ET LES LIMITES MISES EN PLACE PAR LA LOI

391- Cette possibilité de rechercher ses origines nous paraît être une réalité totale à laquelle il ne peut y avoir aucune possibilité de ne pas s'y soumettre. Elle est en réalité, parfois du domaine de la totale fiction, et de facto ne pourra pas avoir lieu.

C'est le cas notamment :

- de la nécessité de l'existence du motif légitime (suite à un arrêt de cassation en date du 28 mars 2000),
- ou bien encore de l'impossibilité de la recherche post-mortem (notamment depuis le scandale de l'affaire Yves Montand).
- C'est également le cas de l'impossible recherche des origines génétiques en cas de procréation médicalement assistée exogène avec donneur (le secret de l'identité de ce dernier sera préservé),
- enfin, c'est le cas de l'accouchement sous X où la mère décide de cacher son identité et de fait, l'enfant ne pourra connaître sa mère génétique.

Sous-section 1 LA NECESSITE DU MOTIF LEGITIME DEPUIS LE 28 MARS 2000

³⁹²⁻ Les empreintes génétiques sont en principe les auxiliaires du procès de filiation. La preuve scientifique ne parle pas en dehors des prétoires. Nous ne pouvons pas normalement, à titre privé, effectuer seul et de notre propre initiative une recherche de nos origines génétiques. Seul le juge saisi du fond peut ordonner cette expertise au vue des éléments de l'espèce.

³⁹³⁻ Avant 2000, l'expertise était toujours facultative pour le juge en particulier. Depuis que les lois de 1993 avaient supprimées les fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle. Le Conseiller Massip souhaitait que l'expertise soit de droit dans certaines hypothèses. L'arrêt du 28 mars 2000 vient se ranger à ses arguments (cf. supra).

³⁹⁴⁻ La Cour de cassation dans un arrêt de principe, en date du 28 mars 2000, a considéré que « *l'expertise génétique est de droit, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* ». Les juges se trouvent désormais face à l'interprétation de ce motif légitime. A ce stade de la réflexion intervient également la question de l'étendue des pouvoirs d'interprétation du juge dans des procès de ce type où les juges du fond sont amenés à apprécier cette question fondamentale du motif légitime. Dans cette affaire, un enfant avait été reconnu dans un acte de naissance par une personne qui prétendait être son père. Un an plus tard la mère engage une action en contestation de reconnaissance et sollicite une expertise sanguine. La Cour d'appel de Paris la déboute au motif qu'elle ne rapporte pas la preuve du caractère mensonger de la reconnaissance et qu'une expertise médicale ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve. L'arrêt est par la suite cassé. Par un attendu de principe, la Cour de cassation énonce en effet que « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* ». Autrement dit, cette expertise pour les juges du fond s'entend comme un devoir, sauf « *motif légitime* ».

§1 - La qualification du motif légitime

³⁹⁵⁻ Le revirement qui avait eu lieu **le 28 mars 2000** dans cet **arrêt de principe** de la Cour de cassation avait été majoritairement approuvé par la doctrine. La Cour de cassation avait décidé que « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* ». Nous nous

trouvons face à une configuration de la filiation où la vérité domine le débat. Cette solution sera confirmée par un arrêt du 29 mai 2001²⁹¹.

396- Le 24 septembre 2002 a été rendu, par la Cour de cassation, le premier arrêt sur la question du motif légitime à ne pas procéder à une expertise génétique en matière de filiation. En l'espèce, les juges du fond ont estimé que **les présomptions et les indices graves** qu'ils avaient relevés étaient suffisants, en eux-mêmes, pour établir la paternité naturelle du père prédécédé, sans qu'il soit nécessaire de rechercher d'autres éléments de preuve et notamment de faire droit à la demande d'expertise, superfétatoire en l'occurrence. **Les juges ont ainsi caractérisé le motif légitime** de ne pas y satisfaire et ont justement rejeté la demande d'expertise sanguine présentée par la défenderesse, fille de l'auteur prédécédé.²⁹²

397- La règle est bien posée. Mais alors, quel est le contenu de l'exception ? Pour reprendre Monsieur Garé, *« la question a d'abord excité la sagacité de la doctrine qui devait conclure que constitue un motif légitime à ne pas procéder à une expertise la demande formée à des fins purement dilatoires »*²⁹³ ou encore la demande formée à des fins vexatoires pour le conjoint, le mari voulant, au moyen d'une expertise de curiosité, s'assurer que les enfants de son épouse sont bien issus de ses œuvres²⁹⁴.

398- Quant à la jurisprudence, dans l'arrêt que commente Monsieur Garé, deux ans après le revirement, elle commence à fournir de précieuses indications sur les circonstances qui justifient le rejet de la demande d'expertise.

399- C'est la raison pour laquelle dans un arrêt du 12 juin 2001, la Cour de cassation a-t-elle précisé qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner une nouvelle expertise lorsque la précédente avait été suffisamment précise pour éclairer le juge²⁹⁵. Dans cette décision, le juge a pu la refuser par une décision spécialement motivée puisqu'il existait un motif légitime de ne pas y procéder. En effet, une expertise biologique avait déjà été ordonnée et avait donné des résultats fiables qui pouvaient être exploités par le juge. En la matière, il n'existe pas de hiérarchie entre les preuves scientifiques de la filiation. En l'espèce, une demande d'expertise biologique portant sur l'ADN peut-être refusée par le juge dans la mesure où cet examen ne permettrait pas d'obtenir une certitude de paternité supérieure à celle obtenue avec l'examen des sangs préalablement ordonné.

²⁹¹ Cass. 1^{ère} Civ., 29 mai 2001 : bull. civ. I, n°152 ; JCP G 2001, IV, 2336.

²⁹² Cass. 1^{ère} Civ, 24 septembre 2002, JCP n°14, 2 avril 2003, p. 61 note T. Garé.

²⁹³ Cass. 1^{ère} Civ, 12 janvier 1994 : Defrénois 1994, art. 35845, n°53.

²⁹⁴ Cass. 1^{ère} Civ, 28 mars 2000 : RJPF 2000, n°5, p. 38, note J. Hauser.

²⁹⁵ Cass. , 1^{ère} Civ., 12 juin 2001 : RJPF 2001, n°10, p. 35 ; Defrénois 2001, p. 1355, note J. Massip ; revue droit de la famille 2002, comm. n° 2, obs. P. Murat.

Examen dont il n'est pas sérieusement contesté qu'il présente le caractère d'une méthode médicale certaine.

400- De même, il y a un motif légitime à ne pas recourir à l'expertise lorsqu'il existe suffisamment d'éléments de fait démontrant ou excluant le lien de filiation²⁹⁶.

401- Enfin dans un arrêt du 22 novembre 2001, les juges de la Cour d'appel de Nîmes ont jugé que : « *le souci de protéger la stabilité du lien de filiation établie par la possession d'état* » constitue un motif légitime à ne pas procéder à l'expertise.²⁹⁷ L'existence de ce motif légitime réside dans la nécessaire protection de la paix des familles. Il s'agit :

- d'une part de prohiber l'inceste,
- d'autre part, de protéger toute filiation déjà solidement établie.

En effet, il est impossible d'établir le double lien de filiation de l'enfant qui serait l'affirmation juridique de la relation incestueuse de ses auteurs. De fait, un enfant incestueux dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'un de ses auteurs ne pourra pas invoquer un droit à l'expertise biologique car celle-ci serait contraire à l'article 334-9 du Code civil.

Sont également touchés par cette interdiction :

- les enfants déjà pourvu d'une filiation paternelle non contestée,
- les enfants pourvu d'une filiation largement confortée par la possession d'état,
- enfin les enfants issus d'une procréation assistée avec donneur.

402- Dans ces différentes hypothèses qui constituent des limites au règne de la toute puissance de la preuve scientifique, l'expertise biologique ne pourra être effectuée de droit car elle contreviendrait à une prohibition légale, empêchant d'établir un lien de filiation, destinée à protéger la stabilité de la famille. C'est ainsi que le juge pourra se délier de son obligation de principe de faire procéder à une expertise biologique.

403- S'il y a motif légitime, c'est que la filiation est avérée et il n'y a pas besoin de l'expertise génétique. Dans les arrêts précités, les juges ont retenu la notion de motif légitime, reflet de l'absence de doute pour les juges.

En revanche, s'il y a un quelconque doute, il y aura recherche par le biais de l'expertise génétique dans la mesure où l'on prône ce droit à la vérité depuis la loi de 1972. Là encore, hors le cas du motif légitime nous voyons bien comment la preuve par la science va s'opérer.

²⁹⁶ Cass. 1^{ère} Civ, 5 févr. 2002 : RJPf 2002, n° 5, p. 38.

²⁹⁷ CA Nîmes, 22 nov. 2001 : jurisdata n° 2001-175063.

§2 - L'étendue des pouvoirs des juges

404- Depuis l'arrêt de mars 2000, **l'appréciation du motif légitime, pour refuser le recours à l'expertise, fait l'objet d'un contrôle étroit de la Cour de cassation.** Si l'expertise est de droit en matière de filiation, elle n'est pas systématique, surtout lorsqu'il ne s'agit pas d'un conflit de filiation. Ainsi, il n'y a pas de motif légitime d'y procéder dans le cadre d'une action en constatation de possession d'état (art 334-8 du Code civil), lorsque par ailleurs, tous les éléments de preuve sont rapportés au sens de l'article 311-1 du Code civil (Cass. 1^{ère} civ., 17 oct.2000) ou lorsque les adminicules constituent également des indices suffisamment graves et concordants pour constituer la preuve de la paternité naturelle de l'auteur décédé ...²⁹⁸

405- En reprenant les propos de Monsieur Favier, « *on peut définir par exclusion, le domaine de l'expertise dans les actions en matière de filiation : elle est de droit mais le juge peut l'écartier s'il dispose d'éléments suffisants pour statuer (NCPC, art 144) ou que soit constaté une impossibilité (qu'il faut se garder d'invoquer dans le cas de toutes les hypothèses d'expertise post mortem), le refus d'une des parties de se soumettre à l'expertise (NCPC, art 11) ou le caractère manifestement infondé de la demande (NCPC, art 145) ».*

406- **La solution dégagée par l'arrêt du 28 mars 2000 vient bouleverser les pouvoirs du juge quant à ses capacités à diligenter une expertise biologique.** Simple faculté laissée à la discrétion du juge, l'expertise biologique lui est désormais imposée. Cette décision de 2000, bien qu'innovante, s'inscrit malgré tout dans le courant amorcé par la loi de 1972 qui fait de la vérité biologique une notion clef du droit de la filiation²⁹⁹. L'efficacité accordée à la preuve biologique dépend du rôle accordé au juge pour prescrire de telles mesures. Notre droit est sur ce point en perpétuelle évolution. En effet, lors de l'avènement de la loi de 1972, marquant le triomphe de la preuve biologique et l'utilisation à outrance de la preuve scientifique, le rôle du juge n'était pas uniforme. L'article 340-1 du Code civil, concernant l'action en recherche de paternité naturelle, prévoyait que la preuve par le défendeur de sa non paternité, par quelques examens que ce soit, était une fin de non-recevoir à cette action. Dans ces cas, l'expertise était obligatoire pour le juge. Il ne pouvait en aucun cas faire jouer son pouvoir souverain d'appréciation. En revanche, en ce qui concerne les autres actions

²⁹⁸ Favier Y., « En matière de contentieux de la filiation, l'expertise est de droit sauf motif légitime », JCP éd.G., n°26-27 juin 2001, p. 1273, chr. ,I. 332.

²⁹⁹ Conditions du droit d'accès à la preuve scientifique en matière de filiation, 10409, JCP éd. G., n° 43-44, 25 octobre 2000, p. 1967. Note Marie –Christine Monsallier-Saint Mleux.

relatives à la filiation, l'expertise biologique était facultative et le juge pouvait exercer son pouvoir souverain d'appréciation.

407- La Cour de cassation a manifesté un grand intérêt pour la preuve scientifique. D'une part, elle a exercé un contrôle sur les conditions dans lesquelles les juges du fond ordonnent de telles mesures. Elle a également estimé que les juges du fond sont dans l'obligation d'ordonner une telle mesure, si l'on peut imaginer que les résultats obtenus seront de nature à établir avec certitude le lien de filiation. Cette expertise médicale a été mise au premier rang des preuves dans le contentieux en matière de filiation en raison de sa grande fiabilité probatoire. Cependant, toute preuve, aussi parfaite soit-elle doit être encadrée afin de protéger les droits de la personne mais également la paix des familles³⁰⁰. Cependant, face à ce triomphe de la vérité biologique et à son utilisation quasi systématique par le juge, il faut noter les limites du caractère impératif pour le juge de diligenter un tel examen, en faisant référence à l'existence d'un motif légitime de ne pas y procéder (cf. supra). Ceci nous amène à nous interroger sur le cas particulier de la recherche post-mortem, cette dernière a suscité de virulents et passionnants débats.

Sous-section 2 LE CAS PARTICULIER DE LA RECHERCHE POST MORTEM

408- La question de savoir si le juge peut, ou non, ordonner ce type de mesure n'est certes pas nouvelle et sujette à polémique. Autrefois, pour parvenir à des résultats satisfaisants et fiables, le prélèvement post-mortem devait être effectué très peu de temps après le décès, alors qu'aujourd'hui, un simple échantillon de tissu prélevé plusieurs années après la mort permet d'aboutir à des résultats très probants. C'est en considération de ces progrès scientifiques que la question de l'admissibilité de l'expertise post-mortem a suscité de nombreuses réactions tant doctrinales, jurisprudentielles, que législatives. Soit la volonté biologique prime et le décès n'empêche pas sa recherche. Soit la volonté prédomine et pose ainsi une limite définitive à la vérité biologique. Le choix entre ces deux ordonnancements a été successivement opéré, en apparence de manière lisible et cohérente. Pourtant, il demeure des incohérences non résolues³⁰¹.

La possibilité de rechercher les empreintes génétiques d'une personne décédée a connu un important retentissement médiatique lors de l'affaire Montand. Une jeune femme prétendant être la fille naturelle d'un célèbre acteur, avait demandé et obtenu en justice l'exhumation du défunt, afin de procéder à une expertise génétique susceptible d'établir la filiation.

³⁰⁰ Scapel C., « que reste-t-il de « la paix des familles » après la réforme du droit de la filiation ?, JCP éd. G ., 1976, I, 2757.

³⁰¹ Siffrein-blanc C., La parenté en droit civil français, Thèse, Aix-Marseille, 2008.

Un juge avait apprécié les preuves apportées par une jeune fille (Aurore Drossard) qui se prétendait être la propre fille d'Yves Montand et par la mère de celle-ci (Gilberte Drossard). Afin de corroborer son opinion, le juge avait demandé à ce que soit effectué le test des empreintes génétiques. Le chanteur et acteur avait refusé de s'y soumettre. Refus, qui en jurisprudence anglo-saxonne, équivaut à un aveu, ce que n'ignorait pas le juge français. La jeune fille remporte son procès le 6 septembre 1994 par un jugement déclarant la paternité de Monsieur Montand. Malheureusement ce dernier était décédé depuis le 9 novembre 1991, après avoir refusé de se prêter à une expertise sanguine sollicitée par la demanderesse. Sa famille légitime entendait demander une expertise génétique. Quelques années plus tard, l'exhumation et l'expertise sur le corps de l'acteur eurent lieu.

Les juges, en contrevenant au respect du corps humain, tranchèrent en faveur de la vérité biologique³⁰². Le décès ainsi que le refus ne constituaient pas un obstacle à la manifestation de la vérité³⁰³ tant que l'accord de la famille était recherché. Au terme d'une longue démonstration, Monsieur Catala³⁰⁴ avait conclu : « *qu'il fallait laisser au juge le pouvoir... d'ordonner les expertises qu'il estime nécessaires à l'établissement de la vérité, compte tenu des intérêts en présence et fût-ce au prix d'une exhumation* ».

409- Dans cette affaire³⁰⁵ très médiatisée en 1997, l'expertise avait eu lieu sur le corps exhumé de l'acteur, 6 ans après son décès, alors que celui-ci n'avait pas donné son accord de son vivant. Le problème du consentement avait été posé à la Cour d'appel de Paris lors de cette action en recherche de paternité visant Yves Montand. Constatant qu'une « *certitude ne pourrait reposer que sur l'étude des cellules ou de tissus prélevés sur le corps d'Yves Livi, à supposer que l'ADN soit encore de bonne qualité six ans après le décès de l'intéressé* », elle avait ordonné l'exhumation de la dépouille du chanteur, bien qu'il ait refusé de son vivant de s'y soumettre. « *C'est donc de ses ossements et, contre sa volonté, qu'on extrait ce qu'il faut d'ADN pour finalement débouter la demanderesse, conserver la succession et ridiculiser la justice* », pour Madame Sullerot (ref. supra) !

410- Cette polémique autour de l'affaire Montand est venue influencer le projet de loi relatif à la bioéthique. Cette mesure avait suscité un tel émoi, qu'un amendement

³⁰² Peltier L., « une proposition de loi tendant à interdire l'identification d'un défunt par ses empreintes génétiques dans une action en recherche de paternité », RRJ droit prospectif, 2000, n°1, p. 35.

³⁰³ Mirabail S., « Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation : discordances et anachronismes », D., 2000, chr., p. 146.

³⁰⁴ Catala P., « la jeune fille et le mort », Dr. Fam., 1997, p. 12.

³⁰⁵ Paris 6 novembre 1997, Rec. Dalloz 1998 J.122, note PH. Malaurie ; JCP éd.G., 1998, I, 101, n°3 obs. J. Rubellin-Devichi ; Defrénois., 1998 p. 314, obs. J. Massip ; RTD Civ., 1998, p. 87.obs. J. Hauser ; Catala P., « La jeune fille et le mort », Dr fam., 1997, p. 12.

parlementaire a, depuis, interdit les recherches génétiques sur les défunts lorsqu'ils ont, avant leur mort, refusé un prélèvement³⁰⁶.

Le législateur de 2004, a entendu ne pas consacrer la doctrine et la jurisprudence les plus libérales sur la question des prélèvements post mortem, non plus que la doctrine la plus prohibitive, pour préférer une voie moyenne, également proposée en doctrine. Le législateur a réaffirmé la nécessité de respecter la paix et la volonté des morts. C'est en ce sens que nous pouvons dire que dans ces cas particuliers, il n'y aura aucune possibilité d'effectuer une recherche de ses origines sur la personne d'un défunt si ce dernier s'y était opposé de son vivant.

411- L'ordonnance a confirmé cette impossibilité de procéder à une expertise génétique post mortem : « Sauf accord express de la personne manifesté de son vivant, aucune identification génétique ne peut être réalisée après sa mort ».

Sous-section 3 LE SECRET DES ORIGINES EN CAS DE PMA EXOGENE ET D'ACCOUCHEMENT SOUS X

412- L'accouchement sous X comme l'anonymat du don de gamètes ont toujours suscité un lot important d'interrogations et de débats passionnés en particulier dans la doctrine, compte tenu de leur anormalité procréative. Un des thèmes cher aux auteurs est celui de la nécessaire question de l'anonymat entre l'enfant et celui qui a fait don de ses gamètes. L'accouchement sous X quant à lui met en place une fiction juridique, elle aussi nécessaire.

§1 - L'impossible parenté entre l'enfant et le donneur anonyme

413- Selon l'article 311-19 du Code civil, « *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. Aucune action en responsabilité ne peut-être exercée à l'égard du donneur* ».

414- Deux règles posées mettent en exergue **cette impossibilité de rechercher ses origines génétiques**. Elles démontrent que la possibilité de rechercher ses origines

³⁰⁶ Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, Paris, Lexis Nexis Litec coll. Carré droit, 2005, pp. 23-25.

génétiques n'est, en réalité, pas totalement exacte et relève parfois du domaine de la fiction.

En effet, il y a **impossibilité d'établir un lien de parenté entre l'enfant et le donneur**. Il y a irrecevabilité de toute action en responsabilité dirigée à l'encontre du donneur³⁰⁷. Le géniteur ne peut pas être le père légal : il doit être et demeurer juridiquement un étranger pour l'enfant. Comme le précise Madame Granet : « *Tel est, en droit de la filiation, le corollaire du principe de l'anonymat absolu et perpétuel du donneur, principe qui est lui-même une application particulière de la règle de l'anonymat des dons d'éléments du corps humain* ».

« *C'est dans ce contexte que l'article 311-19 du Code civil* » nous précise cet éminent auteur, « *dresse un interdit général, absolu et définitif à l'établissement volontaire ou judiciaire de tout lien de filiation entre l'enfant et le donneur* ». La vérité génétique est définitivement occultée. Un choix de politiques législatives sociale et familiale emporte outre des conséquences psychologiques, des incidences d'ordre médical et sanitaire puisque ni l'enfant, ni ses parents légaux, ni son médecin traitant, ni des tiers ne peuvent obtenir des informations identifiantes sur le donneur, même si par exemple l'enfant a besoin d'une greffe d'organe. Les médecins n'auront accès qu'à des données médicales non identifiantes permettant de réaliser toute intervention médicale et chirurgicale, lorsque cela présente un intérêt pour la santé de l'enfant.

⁴¹⁵ Lors de la mise en place des lois bioéthiques de 94, une des raisons invoquée pour justifier l'anonymat était que l'on craignait de tarir les dons, la perspective pour un donneur de se retrouver un jour face aux fruits de ses gamètes pouvant être troublante³⁰⁸.

En Suède, lors de la levée de l'anonymat des donneurs de sperme, l'effet immédiat provoqué par le nouveau dispositif a été de réduire le nombre de ces donneurs. D'après une étude daté de 1995³⁰⁹, il semblerait que cela n'a pas duré et que le nombre de donneurs n'a, par la suite, cessé d'augmenter. Cependant, concernant la question de l'anonymat des donneurs, en Suède, le profil du donneur a changé. Il s'agit d'homme plus mûr et agissant davantage par altruisme et esprit militant. La Suède n'est pas la France. Pour le moment il n'est pas question de levée l'anonymat du don dans un pays où malgré cette montée de la recherche des origines génétique nous cultivons un esprit de défense du secret. Il ne faut pas oublier malgré tout que mises à part la Suède et la Suisse, cet anonymat du don fait quasiment l'unanimité dans la plupart des pays.

³⁰⁷ Frédérique Granet., « Secret des origines et promesse de filiation », LPA., 2 octobre 1996, n°119, p. 5.

³⁰⁸ Louis Pécha A., Premières journées Brestoises sur la paternité, Le droit actuel de la paternité.

³⁰⁹ Nau J-Y., « la nouvelle génération des donneurs de sperme suédois », Le Monde, 24 et 25 septembre 1995.

Cependant, il faut reconnaître que ce principe d'anonymat, dont la transgression est pénalement sanctionnée, ne paraît guère compatible avec le droit reconnu à l'enfant par les conventions internationales de connaître ses origines.³¹⁰

416- Comment justifier de nos jours cet anonymat du don en France ? La raison fondamentale avancée, pour justifier l'anonymat du donneur, est qu'il ne serait bon ni pour l'enfant, ni pour ses parents, ni pour le donneur et sa famille que le secret soit levé.

Pourquoi ? un auteur répond ainsi à cette question : « *Nous pensons que cette crainte repose sur un malentendu ; on craint la place que le géniteur pourrait prendre dans l'esprit et la vie de l'enfant, au détriment peut-être du père institué. C'est en fait parce que l'on est encore imprégné de l'idée que le vrai père est le père biologique et que le géniteur est perçu comme une menace. Ramenons-le à sa vraie dimension, et l'on aura plus de raison de le cacher ! il faut ici, comme en matière d'adoption, et comme dans la filiation charnelle biologiquement mensongère, marteler que le vrai père est celui qui élève l'enfant pour que l'on soit capable, un jour, de donner à l'enfant accès à son origine, s'il le souhaite. On peut regretter que le législateur n'ait pas, au moins, permis ce choix à ceux qui se sentent capables de l'assumer* ».

§2 - Une fiction juridique en cas d'accouchement sous X

417- La **loi de 1993 ayant fait entrer pour la première fois l'accouchement sous X dans le Code civil**, a aussi donné à cette vieille institution des allures surprenantes. Loin de se limiter, comme auparavant, à tenir secrète l'identité de la femme, elle crée une fiction légale d'après laquelle l'accouchement est réputé n'avoir jamais eu lieu. Acte inexistant, aboli définitivement une fois écoulé le délai légal de deux mois pendant lequel la femme peut reconnaître son enfant, l'accouchement sous X a pour résultat qu'un enfant naît sans qu'à sa venue au monde corresponde aucun acte procréatif réalisé sur quelque humain que ce soit.

418- Comme nous l'avons déjà souligné, **l'accouchement sous X permet à une femme de mettre au monde un enfant sans décliner le secret de son identité et de son admission**. L'enfant ne pourra jamais agir en recherche de maternité. L'accouchement anonyme de la mère est une **fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité**. Ce qui d'ailleurs n'est plus le cas depuis la loi du 16 janvier 2009, nous y reviendrons ultérieurement.

³¹⁰ Maguin M-F., « 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., 75.

419- Cette fiction a pu sembler monstrueuse. Elle était pourtant indispensable pour interdire toute action en recherche de maternité, compte tenu du fait qu'en droit français, est mère biologique la femme qui accouche³¹¹. Le droit pose que le fait d'accoucher d'un enfant est en soi générateur de droits et d'obligations juridiques. Le lien entre la mère et l'enfant ne peut être cassé en droit qu'à la condition de faire comme si l'accouchement n'avait jamais eu lieu. De facto, la mère est certaine que son identité ne sera jamais révélée, mais de surcroît au cas où elle le serait qu'aucune filiation ne pourra être établie entre elle et l'enfant qu'elle a fait naître.

420- Pour Madame Jacob (cf. ref. supra), « *cette institution n'est plus une technique d'abandon d'enfants dans la discrétion mais un acte d'une nature différente. Les procédures mises en place pour y avoir accès, ainsi que les nouvelles conséquences juridiques que l'on en tire font que la fiction du non accouchement acquiert une efficacité propre indépendamment de toute recherche judiciaire ultérieure de maternité. La femme devient le sujet d'un non acte ou plutôt d'un autre acte que celui de l'accouchement proprement dit par lequel elle évite une naissance, et non plus une technique lui permettant d'abandonner un enfant dans la discrétion. Cette institution agit, à la différence de la maternité secrète d'autrefois, comme une technique de contraception juridique, une forme d'avortement dans lequel la fiction du non-accouchement semble trouver une place différente de celle pour laquelle elle avait été inventée à l'origine* ».

421- Cette possibilité de recourir à l'accouchement sous X a été largement critiquée dans la mesure où elle occasionne une discrimination entre les femmes et les hommes. Ces derniers peuvent se voir toucher par une action en recherche de paternité. De même, il semblerait que ce texte soit contraire à la Convention des Nations Unies et tout particulièrement à son article 7. Ce dernier considère que tout enfant doit pouvoir voir sa filiation établie, tout enfant a le droit de connaître ses parents «*dans la mesure du possible*».

En permettant à la mère, au moment de la naissance de rester anonyme, le droit français ne paraît pas tout à fait conforme à l'article 30 de la Convention de La Haye de 1993. En effet, cet article exige des états qu'ils veillent à conserver les informations détenues 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. Ils doivent également assurer à l'enfant ou à son représentant, l'accès à ces informations, avec les conseils appropriés dans la mesure, précise le texte, de la loi de leur état.

³¹¹ Jacob M., « Naître sous X », revue savoirs et clinique, février 2004, n°4 pp. 41-42.

422- Cette loi de 1993 a également eu comme attaque, le fait d'avoir institué une nouvelle discrimination puisqu'elle n'édicte pas cette fin de non-recevoir à l'établissement de la maternité légitime. En effet, au départ ce dispositif ne concernait que les mères naturelles, les mères légitimes ne pouvant pas accoucher sous X.

Mais par la suite, la jurisprudence a étendu aux mères légitimes cette possibilité d'accouchement anonyme et ce dispositif a été validé par la Cour européenne des droits de l'homme notamment dans l'arrêt Odièvre c/ France (cf. supra). La Cour a jugé que la loi du 22 janvier 2002, sur l'accès aux origines personnelles, s'efforce d'assurer équitablement la conciliation entre la protection du secret de la mère et la demande légitime de l'enfant concernant ses origines. Il y a un compromis entre le droit de la mère au secret et le droit de l'enfant à la connaissance de son histoire³¹².

423- **Un conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) a été créé** et placé près du Ministre des affaires sociales. Il est **destiné à organiser une procédure de levée du secret lorsque les pères et mères consentent à son annulation**. La loi pose le principe de la concordance nécessaire des volontés de l'enfant et de ses parents pour que le secret de l'identité de ces derniers puisse être levé. De part cette loi, nous avons essayé de faire en sorte que la plupart du temps le principe de « *la possibilité de connaître ses origines* » puisse avoir réellement lieu : faire en sorte que le secret de l'identité soit levé s'il y a concordance d'accord entre les protagonistes.

424- Pour Monsieur Courbe,³¹³ « *cette loi a recherché un équilibre entre des préoccupations antagonistes difficilement conciliables. Il n'est pas sûr par ailleurs que le principe d'anonymat posé par les lois bioéthiques (art 16-8 du Code civil) pour l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation soit compatible avec les dispositions de cette législation, laquelle offre une illustration nouvelle du phénomène de procéduralisation du droit* ».

425- Cette possibilité d'accoucher sous X va d'une part à l'encontre du droit du père de voir sa paternité reconnue, et d'autre part de la possibilité pour l'enfant de voir sa filiation paternelle établie. Certaines décisions des juridictions du fond ont décidées que la reconnaissance prénatale du père prétendu s'est trouvée privée de toute efficacité du fait de la décision de la mère d'accoucher sous X et de dissimuler à celui-ci tous les éléments permettant de retrouver l'enfant : « *admettre le contraire reviendrait à violer le droit à l'anonymat reconnu par la loi à la mère* ». ³¹⁴

³¹² Mallet-Bricout B., JCP éd G., 2002, I, 119 ; Rubellin-Devichi J., Dr fam., 2002. Chro., 11 ; Gaumont Prat H., Dr fam., 2003, chro., 14.

³¹³ Courbe P., droit de la famille, Sirey université, 5^{ème} édition 2008, p. 361.

³¹⁴ CA Nancy, 23 février 2004, D., 2004, Somm, 1422, obs. F. Granet- Lambrechts ; JCP éd G., 2004, II, 10073, note M. Garnier ; Dr fam., 2004, n°48, note P. Murat.

Cependant, avec la nouvelle loi de 2002, le représentant du ministère public essaiera de venir en aide au père s'il souhaite voir établi sa paternité en recherchant le lieu et la date de l'accouchement permettant de retrouver l'enfant. Ici encore, la loi nouvelle fait en sorte que, dans ce cas précis les pères puissent pouvoir assurer leur paternité à l'inverse de la mère s'ils le souhaitent. La seule responsabilité ouverte au père d'un enfant né sous X est d'en réclamer la restitution dans le délai ouvert par l'art 351 du Code civil (deux mois) et de prouver, dans ce délai, l'identité entre l'enfant reconnu et l'enfant né sous X. Le père peut établir la filiation directement avec l'enfant mais il ne saurait la prouver sur la base de sa relation avec la femme qui a accouché. Cet événement a été effacé par la loi.³¹⁵

⁴²⁶⁻ Enfin, il est toutefois utile de préciser que cette possibilité offerte aux femmes d'accoucher sous X pourra permettre à celles se trouvant dans une situation de grande détresse de ne pas recourir à l'avortement. Ayant mené intégralement leur grossesse, l'enfant sera par la suite soumis à l'adoption. De même, elle pourra également éviter les avortements douteux lorsque le délai pour le pratiquer est dépassé. L'accouchement sous X occupe une place particulière dans le droit et l'imaginaire collectif car il est à la fois révélateur de situation de grande détresse et catalyseur de sentiments de réprobation et d'opprobre.

Nous pouvons nous interroger justement sur le devenir de cet enfant depuis **qua la loi du 16 janvier 2009 a mis un terme à la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous X**. Comme nous l'avons déjà évoqué, n'allons-nous pas de nouveau retourner vers la pratique des abandons sauvages ? Doit-on considérer dans ce cas précis qu'il s'agit d'une avancée ou d'un retour en arrière ?

⁴²⁷⁻ En conclusion, **la France est l'un des derniers pays à autoriser cet accouchement sous X**. Qu'en sera-t-il dans les années à venir sachant qu'il y a déjà eu une grande avancée avec la création de la CNAOP ? Cette évolution semblant inéluctable et il est probable qu'à moyen terme cet anonymat sera levé.

³¹⁵ La filiation paternelle étant cependant difficile à établir dans les faits, notamment si la femme refuse d'informer le père, la loi du 22 janvier 2002, qui a prétendu obtenir un compromis sur la question de l'accouchement sous X, a établi que « si la transcription de la reconnaissance 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 dates et du lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant » (art 62-1 CC).

CONCLUSION

428- Les progrès scientifiques ont permis à l'Homme de maîtriser totalement le processus de la procréation et lui ont également permis d'obtenir des certitudes sur sa filiation. En effet, l'accent doit être mis sur **le double caractère**, à la fois **volontaire et biologique, du lien de filiation**. Mais cette nouveauté n'est pas sans effet sur notre droit français comme nous nous sommes efforcés de le démontrer tout au long de ce titre II.

429- L'Homme peut désormais totalement maîtriser la conception de sa descendance. De plus, de part l'explosion des techniques de procréation assistée, tous les désirs d'enfants peuvent être assouvis. Mais cela n'est pas sans danger. Les techniques utilisées sont strictement encadrées. Cependant, et c'est ce que nous nous sommes efforcés de démontrer, dans une société recherchant avant tout une filiation la plus fiable possible et la plus réelle possible, nous nous trouvons face à une contradiction. En effet, en dehors de la conception médicalement assistée endogène il faut cacher la filiation biologique véritable de l'enfant. Élément surprenant, eu égard à la tendance actuelle qui s'attache à rechercher des origines et découvrir la filiation biologique véritable. **L'institution de la filiation est soumise à une double pente** : celle de **la tyrannie du biologisme** d'un côté et celle de la **tyrannie des volontés privées** de l'autre³¹⁶.

430- Dans le domaine précis du contentieux de la filiation, **cette preuve empreinte de certitude régule le contentieux de la filiation**. Elle a **modifié l'attitude des juges et incité le législateur à des réformes visant à faciliter l'établissement de la vérité**, en particulier depuis 1972. En effet, depuis cette époque la volonté de révéler et de rechercher la vérité biologique de la filiation a totalement explosé. Mais il ne faut pas faire abstraction de l'enfant et toujours légiférer, juger en fonction de son intérêt et respecter la stabilité familiale de ce dernier. Or la nature institutionnelle du système est remise en cause par la montée de l'individualisme et l'inappétence pour l'intérêt de l'enfant. En effet, ce qui est indisponible est parfois abandonné à la libre volonté des parents ; ce qui est interdit est parfois « *ridiculisé* ». L'enfant, quant à lui, apparaît comme un objet de droit qui voit son intérêt prédéfini par avance de manière objective. Il faut envisager de **fonder la filiation sur une éthique de la responsabilité des parents**. C'est d'ailleurs ce que nous allons envisager dans la deuxième partie de notre étude.

³¹⁶ Siffrein-Blanc C., La parenté en droit civil français, Thèse, Aix-Marseille III, 2008.

DEUXIEME PARTIE :

**LA NECESSITE DE FONDER LE DROIT DE
LA FILIATION SUR UNE ETHIQUE
DE LA RESPONSABILITE**

431- Toute l'évolution du droit français de la filiation consiste à admettre de plus en plus facilement son établissement purement biologique. C'est en effet grâce à l'évolution des progrès scientifiques que l'on peut vérifier avec une grande sûreté, la réalité biologique du lien de filiation et que l'expertise biologique est devenue le mode de preuve privilégié des procès relatifs à la filiation, influençant par la même le sens du droit de la filiation dans son ensemble. Cependant, la biologie n'est qu'un instrument qui permet de connaître avec certitude celui, ou plus rarement celle, qui a donné la vie à cet enfant et qui a ainsi une dette envers lui.

432- Madame Dekeuwer-Defosse³¹⁷ dans un rapport demandé par le gouvernement en 1999 considère que suite à la montée en puissance de la découverte scientifique, on ne peut que préconiser une éthique de la responsabilité dans la procréation, celle-ci offrant certainement un meilleur fondement au droit de la filiation, que la biologie ne saurait le faire à elle seule.

Cette éthique de la responsabilité se mettra en place en tenant compte de la valorisation de l'établissement volontaire de la filiation,

- par la conservation de l'engagement comme fondement des filiations reposant sur une procréation assistée avec donneur,
- par l'absence de privation arbitraire dans l'établissement d'une filiation,

et enfin,

- par une meilleure prise en compte de l'enfant in utero. Ce dernier point ne sera pas étudié, ce n'est pas le sujet de notre réflexion.

433- Il s'agira de démontrer ici comment cette mutation du droit de la filiation, cette modification de son sens s'est effectuée dans un contexte profondément lié à la montée en puissance de la génétique. Tout le sens de la volonté qu'elle soit positive ou négative va se trouver dans cette notion d'éthique de la responsabilité. Selon Madame Gross³¹⁸, il s'agit de fonder le droit de la filiation non plus sur le primat du biologique, mais sur une éthique de la responsabilité en valorisant l'établissement volontaire de la filiation. Cette volonté dans la filiation pouvant bien entendu, être positive mais également négative.

³¹⁷ Dekeuwer-Defosse F. , Rapport de la commission : rénover le droit de la famille, Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, La documentation française, Rapports officiels, Paris, 1999.

³¹⁸ Gross M., L'homoparentalité , éd. PUF, que sais-je ? 2005, p. 108.

434- Pour reprendre le Doyen Carbonnier, « *Fonder un lien de parenté est un acte de volonté, parce que c'est un acte de responsabilité* »³¹⁹. En quelque sorte, établir une filiation ne peut se dissocier de la volonté paternelle ou maternelle de créer ce lien, que ce soit de façon charnelle ou artificielle. En effet, il est toujours possible et nous l'avons vu de se détacher de ce lien, soit dès le départ auquel cas le lien n'existera pas, soit par la suite, en cas de contentieux de la filiation.

Quel lien détermine la continuité généalogique : lien génétique ou lien volontaire ? Le droit doit répondre à cette question car la société ne peut, au risque de se dissoudre, laisser dans l'anomie un fait aussi essentiel que son existence même³²⁰. Si l'on veut bien admettre que la filiation doit permettre l'insertion effective de l'enfant dans une famille, il semble que seule l'association des deux éléments, biologique et volontaire, donne à la filiation le pouvoir de remplir une telle fonction³²¹. Aussi, lorsque les deux vérités coïncident, et elles le sont le plus souvent, nul doute qu'il s'agisse là d'une filiation qui mérite l'investissement sociale ; Cependant parfois, il existe des situations où les composantes se dissocient et le droit est obligé de prendre parti. « *Tel est le dilemme de notre temps, où simultanément monte en puissance front contre front, l'empire des gènes et celui des sentiments, la connaissance objective des lois de l'hérédité et l'approfondissement de l'objectivité* »³²². Quoiqu'il en soit, à moins de privatiser les règles d'établissement de la filiation, ce qu'aucune société ne pourrait se permettre à moins de sombrer dans « *le chaos* », il faut choisir sur quoi fonder la loi, et avec elle, le statut³²³.

435- Le maintien des filiations non corroborées par la biologie se trouve largement lié à la stabilité du couple parental : ni l'enfant, ni le parent en titre, n'ont assez rapidement la garantie que la situation ne sera pas remise en cause à l'occasion d'un différent. Le droit de la filiation ne saurait se réduire à enregistrer, au nom de l'absence de véracité biologique, l'anéantissement de toutes les filiations qui ont été un temps légalement reconnues. Il est nécessaire d'assurer un équilibre certain entre le lien du sang, le lien vécu et la volonté individuelle. **C'est la raison pour laquelle, au delà de cette parenté volontaire, il est nécessaire d'assurer une parenté responsable fondée sur une éthique de la responsabilité.** C'est d'ailleurs ce qu'a proposé Madame Dekeuwer-Defosse en 1999 dans un rapport demandé par le gouvernement. Dans un monde où le couple est de plus en plus fragile, il s'agit de se demander qui le droit veut-il nommer comme parent, et quelle valeur faut-il conférer à la dimension affective et aux liens de sang ? Il s'agit de mettre en place une vérité juridique au delà des chaos des

³¹⁹ Carbonnier J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^{ème} éd., LGDJ, 1992, p. 237.

³²⁰ Gebler M.-J., *Le droit français de la filiation et la vérité*, Thèse, Nancy, LGDJ, 1970.

³²¹ Fenouillet D., *La filiation plénière, un modèle en quête d'identité*, mélanges F. terré, Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, p.509.

³²² Meulders-klein M.-T., *La personne, la famille, le droit, trois décennies de mutations en Occident*, 1999, Bruylant, LGDJ.

vérités éclatées, c'est-à-dire pour reprendre un auteur³²⁴ « de reconstituer des masques pour la personne démasquée et divisée, tout en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et de la nécessaire stabilité du système de la parenté ». Aussi pour ce même auteur, « lors de contentieux, les règles de la filiation ne doivent pas être engagées isolément, elles doivent être rattachées au principe selon lequel l'institution de la parenté a pour finalité d'insérer un enfant dans une famille. Dès lors en cas de dissemblance des composantes, le contentieux de la filiation doit être encadré par cette éthique de la responsabilité. Ainsi, le respect de la parole donnée doit être moralement supérieur à la défausse du sang et la relation de principe avec le sang doit pouvoir être écartée pour préférer un engagement solennel d'insertion de l'enfant dans un système. **Le droit de la filiation doit ainsi plus radicalement résister aux tentations de la technique et de la science, en renforçant l'idée que la filiation est avant tout un lien social. Il est bien évident que ce terme de responsabilité doit ici être entendu dans son sens éthique et non pas comme la responsabilité civile. Il s'agit d'une certaine moralité de la responsabilité** ».

⁴³⁶ En effet, la famille du début du XXI^{ème} siècle ne ressemble plus à celle de la création du Code civil. De nombreuses réformes ont eu lieu et la première loi majeure fût la loi de 1972 dont le principe fondamental a été la création du principe de vérité de la filiation et la recherche scientifique de celle-ci.

Force pour nous est de constater que nous sommes bien loin des présomptions du Code civil ! Grâce aux techniques scientifiques, il est désormais possible de découvrir la filiation biologique véritable.

⁴³⁷ La volonté parentale initiale va progressivement se fragiliser du fait de l'évolution des comportements couples et de la fréquence de plus en plus nette des recompositions familiales, des possibilités de remise en cause du couple de plus en plus accessible. La filiation apparaît sous un nouveau visage.

Le droit a du s'adapter à cette nouvelle politique familiale. C'est la raison pour laquelle en 1999 Madame Dekeuwer-Defosse a voulu laisser la possibilité de réformer la famille dans son rapport sur « *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps* ».

³²³ Meulders-klein M-T., réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant, Mélanges Huet-weiller, 1994, LGDJ.

³²⁴ Siffrein-Blanc C., La parenté en droit civil français, Thèse Aix-marseille, 2008.

En effet, elle considère que le droit civil et, tout particulièrement le droit de la filiation, est confronté à trois types d'évolution :

- une évolution sociale,
- une évolution biologique et médicale aboutissant aux avancées contradictoires que sont l'accès à la certitude de la filiation biologique et les procréations médicalement assistées,
- enfin, l'évolution juridique qui en découle de facto.

Le fil directeur de son groupe de travail repose sur **la priorité donnée à l'égalité et à la stabilité des filiations.**

⁴³⁸- Cette fragilisation de la filiation va se concrétiser par une augmentation des actions en contestation du lien de parenté : actions en contestation, en désaveu et en reconnaissance d'enfant légitime ou naturelle ayant pour seul objectif de satisfaire le désir parental au mépris de l'intérêt de l'enfant. Ce dernier va également apparaître dans le domaine de la procréation médicalement assistée. En effet, du fait de l'évolution des techniques en matière de procréation le sens de la filiation tel qu'il existait lors de la rédaction du Code civil se voit transformé et l'enfant devient l'objet d'une satisfaction personnelle et non l'aboutissement d'un cheminement. « *Un enfant à tout prix* » est la devise nouvelle.

Dans ces différents cas, qu'il s'agisse de rompre un lien de filiation largement ancré, de vouloir un enfant à tout prix, l'intérêt de l'enfant se trouve rapidement bafoué. Il y a nécessité de mettre en place une filiation volontaire mais ayant le souci du respect de ses engagements et de la pratique de la légalité, d'où la **nécessité d'un engagement parental initial et volontaire largement analysé et compris.**

⁴³⁹- A côté de cette volonté parentale, il ne faut pas perdre de vue l'idée également essentielle de **la nécessité d'une filiation responsable.** Il s'agit, et c'est d'ailleurs ce qui ressort du rapport de Madame Dekeuwer-Deffossez, de responsabiliser la filiation au sens éthique du terme. Il faut considérer que la biologie et les progrès médicaux ne sont que des instruments au service de la filiation. **L'engagement responsable est le fondement des filiations que ce soit dans le domaine de la procréation charnelle ou celui de la procréation médicalement assistée.** Il faut considérer ce grand principe de la responsabilité de ses actes.

⁴⁴⁰- Nous constaterons que l'influence des législations étrangères n'est pas sans influencer le cours de l'évolution française de la législation en matière de filiation ainsi que le comportement des individus vis-à-vis de celle-ci. **L'objectif prioritaire de notre droit,**

depuis la mise en place des différentes réformes déjà largement citées, réside dans le souci de la stabilité de la filiation et sa sécurité par le biais de la protection de l'enfant.

Nous verrons comment l'intérêt de l'enfant peut être compris autrement que dans la recherche absolue de cette vérité. Et c'est en ce sens que nous pouvons considérer que la filiation se doit d'être responsable. Nous l'analyserons dans un second titre.

TITRE I

UNE FILIATION VOLONTAIRE

441- En matière de filiation, la volonté des parents joue un rôle grandissant. Nous parlons d'**une volonté « créatrice »**, lorsqu'il s'agit d'établir un lien de maternité ou de paternité par des procédés tels que l'indication du nom du mari lors de la déclaration à l'état civil, l'établissement d'une reconnaissance, la constitution d'une possession d'état d'enfant légitime ou naturelle lorsque cette distinction existait encore avant l'ordonnance de 2005.

442- Nous pouvons également parler d'**une volonté « destructrice »**, lorsque la loi ou la jurisprudence admet la possible contestation de cette filiation. Qu'il s'agisse de l'établissement initial, ou non, de la filiation, de la contestation de la filiation, c'est toujours un acte volontaire des parents qui existe dès l'origine. C'est la raison pour laquelle nous pouvons considérer que la volonté parentale a un rôle essentiel en droit de la filiation.

443- C'est justement pour cette raison et les possibles risques de déviance qui en découlent qu'il importe que des freins soient posés face à cette totale liberté parentale. Les limites sont nécessaires pour sauvegarder au mieux cette idée de responsabilité de la filiation. La volonté parentale doit être respectée mais nécessairement encadrée pour éviter certaines dérives. En 1991, Madame Catherine Philippe³²⁵ pensait qu'il « *serait paradoxal, en cette fin de siècle qui a vu la consécration des droits de l'enfant, de laisser jouer sans limite l'autonomie de la volonté des parents. Lorsque le statut juridique d'un enfant (et tout ce qu'il implique sur le plan personnel et social) est en cause, il importe de bien définir le domaine au sein duquel les parents ont la faculté d'agir* ».

L'ordonnance de 2005 est venue apporter des réponses à ces questions d'une part, en **simplifiant** et d'autre part, en **unifiant notre droit de la filiation**. Aujourd'hui, il est impossible d'accorder une totale autonomie à la volonté parentale.

444- A l'évidence, les parents ont à l'origine la possibilité de choisir ou non d'avoir un enfant. Il faut rappeler ici que les parents peuvent décider, par exemple, s'ils considèrent qu'ils ne peuvent accueillir cette potentialité d'enfant, d'utiliser une méthode de contraception (qui empêchera en quelque sorte l'hypothèse même de toute filiation). Il existe bien une **responsabilité qui doit être rattachée directement au risque de la conception**. Dans la mesure où les parents ont conçu l'enfant et qu'ils l'ont mis au monde, ils sont redevables envers ce dernier, obligations qui doivent d'autant plus

s'imposer aujourd'hui, que les moyens contraceptifs permettent au couple d'éviter la conception.

Dominique Youf³²⁶ écrit ceci : *« l'enfant n'est pas une chose qu'on produit, dont on détient de ce fait la propriété, et qu'on peut aliéner. Il est une personne qui possède la dignité de tout être humain et subit une situation causée par les personnes à l'origine de sa naissance. Si chacun, en particulier, n'est nullement obligé à l'égard de tout enfant qui vient de naître, en revanche le couple qui a conçu l'enfant est tenu de remplir ses obligations à son égard »*. A partir du moment, où un couple par une rencontre des volontés consent à l'acte charnel, il doit être tenu de toutes les conséquences pouvant s'y attacher et plus spécifiquement de l'éventuelle conception d'un enfant. La responsabilité de la naissance est partagé dans l'accomplissement de l'acte sexuel³²⁷. Il faut bien cependant prouver, qu'il y a bien un rapport de causalité, entre la relation intime et la naissance, et c'est ici qu'intervient la recherche génétique de la filiation. En reprenant les propos de Caroline Siffrein-Blanc, on peut dire qu' *« en somme, indépendamment de toute faute, il faut charger les géniteurs d'une responsabilité de plein droit sur le fondement du risque »*. Madame Dekeuwer-deffosse³²⁸, dans son rapport, défend elle même ce principe: *« dans une société où chacun doit répondre du moindre fait préjudiciable à autrui, on comprendrait mal que fût consacré le refus généralisé de reconnaître une dette quelconque à l'égard de l'être humain qu'on a engendré »*.

Le droit français autorise de pratiquer une interruption volontaire de grossesse (possibilité admise en droit français depuis la loi Veil de 1976) lorsque la mère ne souhaite pas assumer cette maternité.

Par la manifestation de leur volonté souveraine, les parents peuvent également décider de l'existence juridique de ce dernier, que ce soit la déclaration de celui-ci à l'Etat Civil, la déclaration de leur identité et le rattachement de leur enfant. A l'inverse l'enfant peut très bien naître sous X et ne pas connaître de fait, l'identité de ses parents.

445- Cette double alternative existant pour les parents, il faut admettre qu'une fois le choix opéré, puisque malgré tout il y a bien un choix possible d'existence physique et juridique de l'enfant, au nom du respect du statut juridique de l'enfant, la volonté

³²⁵ Philippe C., « volonté, responsabilité et filiation », D., 1991, chr., 7^{ème} cahier.

³²⁶ Youf D., Penser les droits de l'enfant, PUF, coll. Questions d'éthique, 2002, p. 69.

³²⁷ CA Aix en Provence, 17 janvier 2006, Bulletin d'Aix, 2006, n°3, p. 40, obs. Anaïs Gabriel, « L'impossibilité pour le père de refuser sa paternité » ; Cass. 2^{ème} civ., 12 juillet 2007, Dr fam., septembre 2007, com, n°171, note Sylvie Rouxel, « Absence d'utilisation d'un moyen de contraception et défaut de responsabilité de la mère à l'égard du père » ; RJPF, décembre 2007, 12/31, p. 22, note Isabelle Corpart, « La mère qui poursuit un egrossesse sans le consentement du père et lui réclame des aliments ne commet pas de faute ». V. Hauser Jean, « Une pilule difficile à avaler : comment Ima conception entre dans le champ conceptuel et la contraception dans le champ contractuel, et vice versa ! » obs. sous CA Paris, 31 octobre 2002 et Ca Paris 5 décembre 2002, RTD civ., 2003, p. 279 : « Un enfant ne peut être privé d'une contyribution réelle et suffisante aux seuls motifs que le comportement de sa mère lors de la conception a été imprudent et que le père refuse d'assumer les conséquences des risques pris sans précaution ».

destructrice ne devrait pas avoir de place. Le problème tient au fait qu'à l'heure actuelle cette volonté destructrice existe malgré tout. C'est d'ailleurs pour faire face à cet état d'esprit que l'on protégera l'intérêt de l'enfant au delà de la possibilité, pour tous, d'établir juridiquement sa filiation. Pour Madame Philippe, une fois ce choix opéré, *« l'engagement pris serait ainsi valorisé, il s'assimilerait à celui effectué lors d'une adoption et l'enfant se trouverait de ce fait doté d'un statut stable conférant le droit à ses origines, à une identité civile, à un patronyme, à des aliments ... »*.

446- A l'heure actuelle, si le droit positif que nous connaissons se justifie par un engouement excessif, mais compréhensible, pour la vérité biologique au vu des progrès scientifiques. Nous constatons cependant que le statut juridique de l'enfant risque de se modifier au gré des modifications de la vie affective des parents de l'enfant. Pour Madame Labrusse-Riou,³²⁹ le titre *« exprime plus qu'une preuve et inclut un acte de parole engageant son auteur envers l'enfant »*.

447- Nous sommes à même de penser que **la filiation** ne peut être fondée seulement sur des faits (biologiques ou comportementaux) mais **doit être fondée surtout sur l'idée d'engagement**. C'est ce terme « d'engagement » qui devrait être le maître mot dans l'établissement de la filiation. Pour reprendre les propos de Dominique Thouvenin³³⁰: *« Il n'existe ni vraies, ni fausses filiations, mais des états juridiques qui dépendent largement des choix des parents et qu'il n'y a donc de variation dans cet état que s'ils le remettent en cause »*.

En effet, il paraît difficile de ne fonder la filiation que sur des faits personnels. Dans notre société ceux-ci peuvent à tout moment prendre fin et de ce fait, l'enfant se trouve dépourvu de sa filiation, celle-ci pourra, si son auteur le désire, être remise en cause.

448- Nous étudierons tout d'abord, dans un premier chapitre, cette volonté « *créatrice* » se manifestant en particulier dans cet engagement parental initial et dans un souci de respect du statut de l'enfant et de son intérêt. Puis lors du second chapitre, nous analyserons l'autre aspect de cette volonté parentale se manifestant dans son aspect « *destructeur* » et analyserons en quoi cela peut nuire à l'intérêt de l'enfant et ne pas être une volonté basée sur une éthique de la responsabilité.

³²⁸ Dekeuwer-Defosse F., rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, la documentation française, 1999.

³²⁹ Labrusse-Riou C., la vérité et le droit, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXXVIII, 1987, p. 118.

³³⁰ Thouvenin D., « Les filiations ne sont ni vraies, ni fausses mais dépendent des choix des parents », LPA., 3 mai 1995, n°53, p. 93 et suivantes.

CHAPITRE I : UNE VOLONTE « CREATRICE »

449- Pour Dominique Thouvenin « *La filiation se définit habituellement comme le lien de parenté qui unit un enfant à ses parents. C'est un lien juridiquement organisé, impliquant certaines modalités sociales de rattachement, sachant que les règles de filiation relèvent de l'ordre du symbolique, dans la mesure où le droit contribue à construire les représentations sociales* ».

450- La création de ce lien a pour origine une décision parentale volontaire, laquelle peut être remise en cause par les parents en fonction de l'évolution de leur propre lien. Nous pouvons reprendre une citation de J.J Rousseau³³¹ : « *S'ils continuent de rester unis ce n'est plus naturellement, c'est volontairement, et la famille elle-même ne se maintient que par convention* ». Si le lien de filiation se crée désormais, c'est plus parce qu'il y a à la base une décision volontaire de la part des parents, une sorte de convention, qu'il est automatiquement facile de défaire notamment en usant de la preuve scientifique de la filiation.

La connaissance scientifique ayant largement évolué depuis une quarantaine d'année, il est certain que notre droit en a lui-même profité, permettant, dans le cadre d'un contentieux, au gré des évolutions des liens parentaux, de pouvoir remettre en cause les liens de filiation.

451- En réalité, il faut bien dissocier la procréation et la filiation et considérer qu'il n'existe pas de vraies ou de fausses filiations mais des états juridiques venant du choix parental effectué par des parents. C'est d'ailleurs en ce sens que l'on peut comprendre pourquoi, par exemple, en matière de procréation médicalement assistée avec donneur, l'identité de ce dernier est préservée et c'est volontairement que le lien de filiation (certes non biologique ici) s'établira entre le père juridique et son enfant. Là, nous comprenons ce que nous pouvons considérer comme étant une ambiguïté. Il s'agit bien d'une volonté « *créatrice* » de lien de filiation mais ne correspondant pas systématiquement à la vérité biologique de cette filiation. Or, la loi de 1972, née en pleine explosion de la recherche génétique, prônait cette recherche scientifique de la vérité de la filiation. A l'heure actuelle, le problème est que les relations devenant de plus en plus éphémères, les parents n'ont pas conscience de la gravité de l'engagement initial qu'ils prennent, la priorité étant désormais donnée à leur satisfaction parentale.

⁴⁵²- Nous analyserons tout d'abord, dans la section 1, ce que veut traduire cet engagement parental, ce qu'il devrait être et ce qu'il représente en réalité. Puis, dans la section 2, nous verrons en quoi l'on peut dire qu'il y a une modification du sens de la filiation.

SECTION 1 - UNE VOLONTE INITIALE « CREATRICE » : UN ENGAGEMENT PARENTAL

⁴⁵³- Volonté et filiation se sont largement transformées depuis la création du Code civil. Nous allons par la suite le démontrer. Nous avons progressivement assisté à un **affaiblissement de l'indivisibilité légale de la filiation** (effet légal du mariage) et à une **augmentation du rôle des conventions se manifestant par une indivisibilité conventionnelle de la filiation** (loi de 94, 2004 et bientôt 2010 ?, PMA ...). En effet, soit le mariage va créer la filiation, soit c'est par choix (exemple des procréations médicalement assistées, l'adoption...) que va se mettre en place un lien de filiation. Pour reprendre Monsieur Hauser³³²: « *Si l'on épure la question de la filiation de toutes ses subtilités juridiques, on s'aperçoit qu'elle se ramène finalement dans nos sociétés modernes à deux interrogations liées : Comment devient-on l'enfant d'un homme ou d'une femme ? Comment devient-on l'enfant d'un homme et d'une femme ?* ».

Sous-section 1 LE SENS DE L'ENGAGEMENT PARENTAL, FONDATEUR DE FILIATION

⁴⁵⁴- Toutes **les règles non contentieuses d'établissement de la filiation sont fondées sur des rencontres de volonté** :

- soit un mariage, symbole du consentement des époux,
- soit la reconnaissance expression de la volonté du père et de la mère,
- enfin la demande d'adoption devant le Tribunal de grande instance exprimant la volonté d'adopter l'enfant.

Le lien de filiation naît de cette démarche volontaire des auteurs du lien. C'est toujours sur l'expression des volontés que sont fondés les liens de filiation. En effet, la filiation ne peut être fondée sur des faits (biologiques ou comportementaux) mais doit

³³¹ Rousseau, le contrat social, Livre I, chap. 2.

³³² « Un nouveau né : l'enfant conventionnel ? », J. Hauser, D., 1996, 21^{ème} cahier, chr., p. 182 et suiv.

être fondée sur l'idée d'engagement. En 1979 René Théry³³³ disait ceci : « *qu'il s'agisse de filiation légitime ou adoptive, la paternité se fonde sur un engagement public qui la fait entrer dans l'ordre des réalités morales et institutionnelles* ».

§1 - Les manifestations de l'engagement parental initial

455- L'engagement parental initial consiste, au préalable, à accepter l'idée de devenir les parents de l'enfant qui s'annonce et avoir conscience de ce que cet engagement recouvre dans le domaine de la responsabilité vis-à-vis de l'enfant.

456- En ce qui concerne l'engagement au niveau maternel, il se manifeste tout d'abord par l'acceptation, par la mère, de son nouveau statut lors de la désignation automatique de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant. En effet, il est prévu à l'article 311-25 du Code civil 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* ». Cet acte de naissance est la preuve normale de la maternité. En effet, avant l'ordonnance de 2005 dans la législation antérieure, résultant de la loi de 1972, l'acte de naissance ne suffisait pas à prouver la maternité naturelle. Il fallait que la mère reconnaisse son enfant et, en cas de non connaissance de cette procédure, l'enfant pouvait se voir privé de filiation maternelle notamment en l'absence de possession d'état vis-à-vis de la mère.

A l'inverse, la non reconnaissance n'était pas obligatoire lorsque, comme l'indique l'ancien article 319 du Code civil, « *l'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance lorsqu'il est corroboré par la possession d'état* ». L'ordonnance de 2005 admet l'acte de naissance comme preuve de la maternité, que la mère soit engagée dans les liens du mariage ou non. L'acceptation de son enfant par acceptation de l'indication de son nom dans l'acte de naissance.

Cette modification effectuée par l'ordonnance de 2005 était attendue depuis un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme de 1979³³⁴ qui avait condamné cette discrimination résultant de l'obligation faite à la femme non mariée de reconnaître son enfant, alors que, comme aujourd'hui, la filiation de la femme mariée était faite automatiquement. Le seul moyen pour la mère de se soustraire à cet engagement serait de taire son identité lors de l'accouchement et pratiquer ce que l'on appelle un « *accouchement sous X* ». En effet depuis la loi de 1993, qui a d'ailleurs sur le sujet été reprise dans l'ordonnance de 2005, et précisément dans son article 326, « *lors de*

³³³ Théry R., « Véritable père et paternité vraie », JCP éd G., I, doct, 1979, 2927.

³³⁴ C.E.D.H 13 juin 1979, Marckx c/Belgique, AFDI 1980.317, obs. Pelloux ; JDI 1982.183, obs. P. Rolland ; serie A n°31, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par F. sudre, J.P. marguenaud, J. Andriantsimbazovina, A.Gouttenoire, et M. Levinet, PUF coll Thémis 30 ed 2005 n°48.

l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservée ». C'est ainsi que la mère peut refuser d'établir un lien de filiation maternelle avec l'enfant dont elle accouche.

457- Le fait de ne rien dire laisse présumer qu'elle a conscience de l'engagement qu'elle prend et qu'elle l'accepte en connaissance de cause. Depuis l'ordonnance de 2005, cette indication de la mère représentatif de son engagement parental maternel est identique qu'il s'agisse d'une filiation en ou hors mariage. Il n'y a plus lieu de faire de distinction. Le droit civil tente de devenir de plus en plus égalitaire en matière de filiation, nous l'avons déjà démontré. Ceci se comprend par le fait qu'il y a, aujourd'hui, plus de naissances hors mariage qu'au sein du mariage. Le droit doit s'adapter à l'évolution des comportements et des modes de vie.

458- Aujourd'hui la filiation hors mariage connaît une évolution majeure dans une société où le mariage a longtemps décliné. Si l'on s'en réfère aux chiffres annoncés par Monsieur Courbe³³⁵ :

% des enfants nés hors mariage

1965	1979	1990	1998	2000	2003	2004	2007
6 %	10 %	30 %	41 %	43 %	45 %	47 %	50.5 %

Des lois datant de 1972 doivent nécessairement, eu égard à cette évolution fulgurante de certaines pratiques de notre société, s'adapter aux nouveaux modèles de relations parents / enfants, sans toutefois remettre en cause la base de notre droit de la filiation, une adaptation passant par une unification. Comme nous l'avons déjà démontré, une simplification était devenue plus que nécessaire.

459- L'acte de naissance est devenu un titre établissant le lien de filiation. Nous sommes à même de considérer que le fondement biologique de la filiation se trouve conforté par cette réforme du texte opérée en 2005. L'acte de naissance ne renseignant en effet que sur la maternité biologique.

460- En ce qui concerne l'engagement paternel, second cas d'établissement de la filiation par l'effet de la loi, dans le cas particulier d'un couple marié, la présomption de paternité continue de s'appliquer. L'enfant a pour père le mari de sa mère. Dans le cas d'un couple non marié, il y aura nécessité d'effectuer une reconnaissance pour mettre en place le lien de filiation.

³³⁵ Courbe P., Droit de la famille, sirey université, 5^{ème} édition, 2008.

A- La présomption de paternité

461- La manifestation de l'engagement paternel est établie par effet de la loi. Le père est présumé être le mari de la mère. L'article 312 du Code civil considère en ces termes remaniés par l'ordonnance de 2005 que « *L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ». Cet établissement de la filiation paternelle est réservé aux enfants issus du mariage unissant leur père et leur mère. Ceci est en quelque sorte une exception au principe selon lequel il y a égalité entre les filiations et plus de distinction entre ces dernières. Si l'on continue à appliquer cette exception au principe d'égalité des filiations paternelles c'est pour continuer à donner son sens au mariage.

Le mariage est un engagement initial, fondamental, personnel, réciproque et public par lequel les époux acceptent de vivre ensemble et d'élever ensemble les enfants issus de leur union. L'article 213 du Code civil l'expose en ces termes: « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* ». Cette présomption est souvent énoncée sous sa forme originaire : « *pater is est* », *quem nuptiae demonstrant* », c'est-à-dire « *le père est celui que le mariage désigne* ».

En théorie et comme Monsieur Courbe³³⁶ le propose, « *Il faudrait démontrer que le mari de la mère a réellement conçu l'enfant. Cette preuve positive, longtemps impossible, peut aujourd'hui être faite scientifiquement. Toutefois, elle ne peut être exigée systématiquement en pratique, en l'absence de contentieux : la paix des familles doit être respectée* ». La présomption de paternité du mari est un effet du mariage. Selon une expression de Monsieur Carbonnier: « *le cœur du mariage* » ne saurait être remis en cause sans faire perdre à cette institution son sens et sa valeur.

En effet, nous pouvons considérer que l'engagement paternel initial est pris dès le moment où il consent à s'engager dans les liens du mariage. D'après cet engagement, les enfants issus de cette union seront les siens. La filiation future est déjà établie dès le premier engagement fondamental. Il s'agit d'une présomption de vérité qui cadre bien avec les principes fondamentaux d'établissement de la filiation, dans l'intérêt même de l'enfant issu du mariage. En ce sens nous pensons que : « *La présomption participe de la finalité même du mariage* »³³⁷.

462- L'application de la présomption de paternité suppose la désignation du mari de la mère en qualité de père dans l'acte de naissance de l'enfant. Si le mariage de la mère

³³⁶ Courbe P., Droit de la famille, Sirey université, 5^{ème} édition, 2008, p. 330.

³³⁷ Le Guidec R, Chabot G., Filiation, modes extrajudiciaires d'établissement, Répertoire civil, encyclopédie Dalloz, 2009, p. 20.

désigne le père, c'est à la condition que son mari soit formellement indiqué comme étant le père de l'enfant. Le droit positif de la filiation déduit cette filiation paternelle d'éléments de fait et de droit. La réalité du lien de filiation paternelle n'est pas directement établie mais déduite d'autres éléments, à savoir, la maternité et le mariage de la mère au moment de la conception. En principe, seule la conception en mariage devait entraîner l'application de la présomption. Ce n'est qu'à compter de cette date que les devoirs du mariage sont instaurés. Il est donc possible de considérer que l'enfant conçu par la femme mariée est issu du mari.

Cependant une célèbre jurisprudence Degas en date du 8 janvier 1930, déjà citée, avait étendue la présomption de paternité légitime au profit de l'enfant conçu avant le mariage et né pendant celui-ci. La Cour considérait que cet enfant était légitimé « *ab ovo* », depuis le début de la relation entre ces deux époux. L'ordonnance de 2005 considère, quant à elle, que « *l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari* ». La contre épreuve de ce fondement de la paternité réside dans le fait qu'elle est parfois exceptionnellement écartée, les circonstances de fait permettant de douter de son bien-fondé : séparation légale ou de fait des époux. Ceci laissant bien évidemment présumer la possibilité que le mari ne soit effectivement pas le père de l'enfant.

⁴⁶³ Dans la récente loi du 16 janvier 2009 n° 2009-61³³⁸ ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005, cette idée d'engagement apparaît encore plus dans la mesure où le nouvel article 313 du Code civil considère 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 300 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 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation* ».

⁴⁶⁴ Lors de la préparation de cette nouvelle loi concernant la filiation et ratifiant l'ordonnance de 2005, le Sénat a proposé de permettre au mari, dont la présomption de paternité était écartée, de reconnaître l'enfant. Ce dispositif concerne principalement les couples mariés mais séparés de fait. En effet, si un enfant naît durant la séparation, la présomption de paternité est normalement écartée. Toutefois, le mari pourra désormais et, s'il estime qu'il est le père de l'enfant, reconnaître l'enfant sans avoir à saisir le tribunal.

³³⁸ 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, JO n°15 du 18 janvier 2009.

Il s'agit d'une avancée importante qui tient compte de la vie des familles. Une fois de plus, l'engagement du père, la volonté d'assumer sa paternité au delà de ses conflits de couple semble apparaître.

Le Sénat, lors des travaux de préparation de cette nouvelle loi modifiant quelque peu l'ordonnance de 2005, avait proposé le 6 janvier 2009 lors d'une deuxième séance³³⁹ que dans l'hypothèse où la présomption de paternité aurait été écartée suite à une séparation de fait, de donner la possibilité au mari, s'il estime être le père de reconnaître l'enfant sans avoir à saisir le tribunal. Cet élément a été retenu et prévu par la loi du 16 janvier 2009. Cependant, cette volonté n'est-elle pas fragile dans notre société ? N'apparaît-elle pas facile à remettre en cause ? D'autant plus que l'équilibre familial lui-même, indépendamment de la filiation, est bien souvent remis en cause dans notre société. Telle sera une des multiples questions à laquelle nous nous efforcerons de répondre ultérieurement. De plus, cette possibilité de reconnaître l'enfant ne va-t-elle pas aller au delà de la présomption de paternité et rendre cette dernière inutile ? N'allons-nous pas alors progressivement nous diriger vers la fin de la présomption de paternité ?

⁴⁶⁵ Nous voyons donc bien en quoi la filiation constitue un réel engagement, lequel ne pourra exister si la volonté d'être père n'est plus là. Nous étudierons ultérieurement en quoi cette présomption peut-être effectivement remise en cause lorsque, par exemple, le père ne se comporte pas du tout comme tel avec l'enfant et comment il est alors possible de le démontrer et d'écarter ainsi la présomption légale.

B- La reconnaissance

⁴⁶⁶ L'enfant dont les parents ne sont pas mariés ensemble au moment de la conception ou de la naissance, appelé traditionnellement enfant naturel, a une filiation divisible: elle peut être établie à l'égard d'un seul parent et distinctement pour chaque parent.

La reconnaissance est un acte volontaire par lequel le ou les parents s'engagent volontairement et sans contrainte envers leur enfant. C'est un acte juridique solennel, c'est un acte qui est libre. Il résulte de la seule volonté de son auteur. Il déclare vouloir considérer l'enfant désigné comme étant le sien, par le sang. C'est la raison pour laquelle, *« elle contient essentiellement de sa part un aveu et par là même,*

³³⁹ Assemblée Nationale, XIII^e législature, session ordinaire de 2008-2009, deuxième séance du mardi 6 janvier 2009, p. 19.

en conséquence du lien parental, un engagement à l'égard de l'enfant, du fait de la filiation légalement établie »³⁴⁰.

L'ordonnance de 2005 a reconnu la reconnaissance volontaire comme un mode d'établissement de la filiation. Cette généralisation de la reconnaissance, qui autrefois (avant l'ordonnance de 2005) ne concernait que l'établissement de la filiation naturelle, est un des aspects de cette unification du droit en ne faisant qu'une seule filiation et plus de distinction entre filiation légitime et filiation naturelle.

Cette reconnaissance volontaire étant un acte individuel, personnel, elle ne concerne que son auteur. La reconnaissance du père n'est pas subordonnée à l'accord de la mère : elle pourrait refuser son assentiment pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'enfant. Ce dernier pourrait se voir privé de sa filiation paternelle, par le fait de la mère, contrairement aux principes posés par les conventions internationales et notamment l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant.

La reconnaissance est un acte facultatif et non obligatoire. Peu importe les conditions de leur naissance, tous les enfants peuvent être reconnus. C'est une faculté non une obligation et c'est d'ailleurs ce qui permet de naître sous X. Dans ce cas, il n'y a pas de reconnaissance maternelle et la plupart du temps pas de reconnaissance paternelle possible non plus.

Les reconnaissances maternelles et paternelles sont indépendantes l'une de l'autre comme le prévoit l'article 316 du Code civil depuis l'ordonnance de 2005 : **« la reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur »**.

⁴⁶⁷- Il y a lieu de distinguer deux types de reconnaissances :

- la reconnaissance de maternité,
- la reconnaissance de paternité.

Il est nécessaire également d'effectuer une distinction concernant le moment de cette reconnaissance avant ou après la naissance de l'enfant. Ce dernier élément étant manifeste de la volonté de l'auteur de la reconnaissance. En effet, cette reconnaissance prénatale suppose que son auteur ait eu connaissance de la conception et de l'attente de cet enfant. Cela suppose donc que l'enfant soit conçu au moment même où elle est établie. Elle aura un effet déclaratif, depuis la conception de l'enfant, lui donnant ainsi une priorité par rapport à une reconnaissance post-natale. Nous constatons qu'en matière de reconnaissance c'est le principe chronologique qui s'applique³⁴¹. La reconnaissance prénatale sera normalement prioritaire face à la reconnaissance post-

³⁴⁰ Le Guidec R, Chabot G., Filiation, modes extrajudiciaires d'établissement, Répertoire civil, encyclopédie Dalloz, 2009.

³⁴¹ Neirinck C., « la maternité », Dr fam., janvier 2006, études, p. 11.

natale. D'ailleurs, en cas de conflit entre deux reconnaissances, les juges trancheront à l'aide de la preuve biologique, celle-ci étant la plus fiable. Cependant, afin d'éviter cette situation porteuse d'insécurité qu'est l'existence d'un double lien de filiation, on applique **le principe chronologique**. Conformément à ce dernier, **un lien de filiation ne doit pas pouvoir être établi sans que l'autre n'ait été au préalable contesté**. Concrètement, celui qui prétend établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant, ayant déjà une filiation, doit préalablement le contester et en obtenir l'annulation.

1° La reconnaissance maternelle

⁴⁶⁸⁻ La reconnaissance volontaire maternelle (ou paternelle) est le second mode d'établissement légal depuis l'ordonnance de 2005 et tout particulièrement l'article 310-1 du Code civil, sans limiter en rien son domaine aux enfants conçus et nés hors mariage. En effet autrefois, tout au moins sous l'empire de la loi de 1972, la reconnaissance ne concernait que l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels.

Cependant, nous pouvons considérer que cette reconnaissance de maternité est devenue inutile depuis l'ordonnance de 2005 dans la mesure où l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance suffit à établir la filiation à son égard.

Elle doit rester possible justement pour l'hypothèse où le nom de la mère ne figurerait pas sur l'acte de naissance de l'enfant, soit par la suite d'une erreur ou d'un acte de volonté de la mère, celle-ci décidant d'accoucher sous X. Toutefois, la mère, si elle le souhaite, devra pouvoir demander la restitution de son enfant dans un délai de deux mois à compter du jour où l'enfant a été recueilli par le service de l'aide sociale à l'enfance, comme le précise l'article 351 du Code civil. Il lui faut alors reconnaître l'enfant et c'est ici que nous voyons bien en quoi, dans de telles situations, somme toute particulière et éminemment délicate, la reconnaissance est bien un acte basé sur un acte de volonté individuelle. Ici dans le cas précis de l'accouchement sous X la mère peut revenir sur sa décision et décider de récupérer son enfant dans le délai imparti faisant une reconnaissance après la naissance. Il y aura bien, dans ces cas particuliers, manifestation de la volonté parentale maternelle. Cette reconnaissance est bien un acte personnel. L'enfant ne peut rechercher la responsabilité du parent, en l'occurrence ici la mère qui volontairement omet de le reconnaître.

⁴⁶⁹⁻ **L'ordonnance de 2005 met en exergue la volonté maternelle** qui était déjà un élément indispensable de la maternité : contraception, IVG, accouchement secret et anonyme, ... Tout ce qui tourne autour de la naissance dépend d'elle, y compris la désignation du père, comme en témoigne le contentieux de l'accouchement sous secret et anonyme. Cette pratique de l'accouchement sous X, particularité française, est la

manifestation d'un véritable droit de refuser la maternité. Cette pratique est faite pour les mères violées, abandonnées et, pour celles dont le compagnon ou le mari a donné son accord à l'abandon de l'enfant³⁴². Mais cette pratique est souvent détournée de sa fonction et elle peut aboutir à soustraire volontairement l'enfant des mains du père puisque le secret peut se trouver en opposition avec la volonté de ce dernier de prendre en charge l'enfant³⁴³. La mère peut ainsi totalement, et de sa propre initiative, s'affranchir de son statut juridique de femme mariée. La maternité est définitivement détachée du mariage et la présomption de paternité ne joue que si la femme concernée le permet.

Nous constatons ici comment depuis cette réforme, d'une certaine manière, le statut et la force de la présomption de paternité faiblit face à cette toute puissance maternelle. Nous pouvons même penser qu'un homme marié se voit dans l'obligation de reconnaître son propre enfant issu de son couple légitime ! Tout comme Madame Neirinck³⁴⁴ nous pouvons penser que le mariage en lui même n'a plus d'incidence sur la filiation. Il ne lui confère ni caractère indivisible, ni stabilité particulière. Cette totale liberté octroyée aux mères déséquilibre l'institution familiale, ce qui ne peut que lui nuire. Elle révèle surtout que le législateur contemporain est incapable d'imposer un modèle en la matière.

Depuis l'ordonnance de 2005 il est possible, pour la mère mariée, de reconnaître son enfant même si son nom ne figure pas dans l'acte de naissance de celui-ci. Par contre, il y a une conséquence : cette reconnaissance n'est alors valable qu'à son égard. Nous pouvons l'entendre comme une exception à l'indivisibilité de la filiation dans le mariage. Pourtant le maintien de la présomption de paternité avait pour but de la conserver.

Le père devra donc également reconnaître l'enfant, s'il souhaite que sa filiation soit établie.

2° La reconnaissance paternelle

⁴⁷⁰ Normalement si le père est marié, la reconnaissance de paternité est inutile. En effet, sauf exclusion prévue par la loi, la paternité est établie automatiquement.

Initialement, c'est-à-dire antérieurement à l'ordonnance de 2005, la possibilité de reconnaissance paternelle était prévue pour les pères non mariés. Il s'agissait de la reconnaissance paternelle pour tous les enfants nés hors mariage. Ces derniers ne bénéficiaient pas du principe de la présomption de paternité. Cette reconnaissance

³⁴² Leveneur L., « le secret des origines », Dr et patr., mars 2002, n° 102, p.10 ; Rubellin-Devichi J., « droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon », RTD civ., 1991, p. 695.

³⁴³ Hirsoux I., La volonté individuelle en droit de la filiation, Thèse, Paris II, 1988.

³⁴⁴ Neirinck C., « la maternité », Dr fam., janvier 2006, études, p. 11.

pouvait avoir lieu avant la naissance et constituait la manifestation évidente de la volonté d'assumer la paternité dès la conception de l'enfant. Elle pouvait être également postnatale et manifester, là encore, cette volonté de s'engager à l'égard de son propre enfant ou à l'égard de celui de sa compagne. Peu importe s'il s'agissait du sien ou de celui d'un autre mais pour lequel aucune reconnaissance n'avait eu lieu. Sinon c'est le principe du chronologique qui se met en place. C'est ainsi que nous parlons parfois de reconnaissance mensongère ou de reconnaissance de complaisance. Le caractère à la fois volontaire et personnel des reconnaissances est source d'insécurité du fait celles de complaisance ou mensongères qu'il autorise.

Dans son rapport en 1999, Madame Dekeuwer-Defosse avait évoqué deux pistes suivies par sa commission pour tenter de valoriser les reconnaissances : « *Valoriser l'acte lui-même par un surcroît de solennité ; valoriser sa signification en permettant autant que faire se peut un établissement conjoint de la filiation* ». L'ordonnance de 2005 a tenté de répondre partiellement à ces attentes et renforcer la responsabilité parentale devant le choix et la prise de décision d'un acte telle qu'une reconnaissance de filiation.

471- Le problème commence à se poser dans l'hypothèse où la mère tairait sa maternité, dans le cas d'un couple marié ou non. Il s'agirait en ce cas d'une reconnaissance contre la volonté de la mère. En effet, en l'espèce, le père dispose de la possibilité de reconnaître son enfant préventivement ou postérieurement à la naissance. Dans le cas particulier d'accouchement sous X, la Cour de cassation décide que l'usage par la mère de cette faculté n'a d'effet qu'à son égard et ne peut avoir pour conséquence de priver le père de ses droits et lui interdire d'établir, par une reconnaissance volontaire, la filiation paternelle de l'enfant. Conformément à la Convention de New York du 26 janvier 1990, relative aux droits de l'enfant, priver le père du droit d'établir par une reconnaissance volontaire sa paternité méconnaît le droit de l'enfant de connaître ses parents. En cas d'impossibilité pour le père de transcrire son identité et par la même sa reconnaissance sur les registres de l'état civil de son enfant, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le Procureur de la République. Ce dernier procèdera à la recherche des dates et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant. D'une manière générale, on peut dire que les droits accordés à la mère place l'homme sous sa dépendance³⁴⁵. Ainsi elle peut refuser que l'enfant lui soit rattaché et le père qui voudrait l'assumer s'en trouve empêché.

472- Dans cette hypothèse, les pères peuvent effectuer une reconnaissance prénatale. La jurisprudence admettait donc qu'une personne pouvait reconnaître un enfant simplement

³⁴⁵ Champenois M-P, Champenois G., « La preuve judiciaire de la maternité : quelques aspects de son évolution depuis la loi n°72-3 du 3 janvier 1972 », in Mélanges en hommage à François Terré, l'avenir du Droit, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 485.

conçu. Seulement cette reconnaissance était subordonnée à la naissance d'un enfant vivant et viable. Nous pouvons en quelque sorte expliquer ce principe par la théorie des obligations selon laquelle on admet qu'un acte juridique porte sur un objet futur (article 1130 du code civil). De même, cela permettait également au père naturel de faire reconnaître sa filiation face à celle du mari de la mère. A l'identique, comme l'évoque Madame Fenouillet³⁴⁶, « *Elle pouvait aussi permettre de prévenir le vide de filiation que le décès prématuré du père ou de la mère (les progrès médicaux permettent parfois de laisser la gestation se poursuivre malgré la mort cérébrale de la mère) risquait d'entraîner (ainsi en cas de maladie fatale)* ». Nous notons bien, ici encore, cette idée manifeste d'engagement pour contrecarrer un événement susceptible d'empêcher par la suite l'établissement automatique de la filiation. En simplifiant à l'extrême, il serait presque souhaitable de préciser, comme le dit l'adage populaire, que « *mieux vaut prévenir que guérir* ». Une reconnaissance antérieure à la naissance permet de garantir à l'enfant une filiation véritable.

473- En vertu du principe de chronologie, établi à l'article 320 du Code civil, la reconnaissance prénatale bénéficiant nécessairement de l'antériorité prévaudra en toutes circonstances. Ce qui malgré tout peut paraître parfois excessif s'agissant d'un acte ne présentant aucune garantie de véracité ni de sincérité.

474- Madame Pascale Salvage-Gerest note une autre ambiguïté de l'ordonnance dans le cas où cette reconnaissance aura effet si la filiation n'est pas établie par l'acte de naissance ou la présomption de paternité : « *Ceci présente une sorte de défaut car on serait alors en présence d'une reconnaissance sous condition suspensive de non établissement ultérieur d'une autre filiation qui la contredirait* ».

475- Il est intéressant de noter la puissance que nous accordons à la reconnaissance comme principe fondateur du lien de filiation puisque désormais le système des présomptions semble progressivement disparaître. Nous risquons d'assister à une surenchère de reconnaissances prénatales destinées à assurer la dévolution du nom. Que se passe-t-il si un mari fait une reconnaissance prénatale et qu'il se sépare de son épouse pendant sa grossesse et que l'enfant est finalement déclaré à l'état civil sans indication de son nom en qualité de père ? Devra-t-on considérer que la reconnaissance a définitivement établi sa paternité ou, au contraire, que la présomption ne joue pas ? Que devient la présomption de paternité face à ce principe de reconnaissance paternelle ?

Imaginons un mari craintif souhaitant procéder à une reconnaissance prénatale et que par la suite l'amant de la mère le reconnaisse aussi : dans ce cas nous nous

³⁴⁶ Fenouillet D., Droit de la famille, cours Dalloz, 2^{ème} édition, 2008.

trouverons face à un vrai conflit de paternité. C'est au Juge qu'il appartiendra de trancher.

A l'inverse, si l'enfant est reconnu de façon prénatale par l'amant de la mère, le mari vient par la suite déclarer l'enfant mais constate qu'il y a déjà eu une reconnaissance anticipée. Comment choisir entre les deux ? En application de l'article 336-1 du Code civil il y aura conflit de paternité et le conflit sera soulevé devant le Procureur de la République. N'allons-nous pas nous orienter alors vers une généralisation des reconnaissances quelle que soit la situation maritale ou non des époux et vers une fin de la présomption de paternité comme nous l'avons déjà évoquées ? Laquelle reconnaissance étant d'ailleurs plus manifeste d'un engagement parental véritable et conscient.

⁴⁷⁶- Quoiqu'il en soit, cette reconnaissance est bien la manifestation d'une volonté réelle de créer un lien de filiation quel qu'il soit.

Etant un acte juridique, la reconnaissance n'est valable que si elle remplit les conditions de sa validité. A savoir des conditions de forme et de fond tel que le consentement, la capacité, la nécessité d'un acte authentique (cf. supra). En dehors du respect de ces conditions, la reconnaissance n'est pas valable.

Par la reconnaissance, la filiation de l'enfant à l'égard de son auteur est légalement établie comme le précise les articles 310-1 et 316 du Code civil. Elle produit toutes les conséquences attachées à la filiation entre eux. La seule façon de remettre en cause la filiation établie par une reconnaissance serait de faire une action en contestation de filiation et bien entendu que cette dernière aboutisse. En effet, il faut considérer cette filiation par reconnaissance comme un acte définitif, du fait même de l'irrévocabilité de la reconnaissance. Normalement la volonté présente dans l'acte de reconnaissance entraîne l'impossibilité pour son auteur la remettre en cause. Ce principe d'irrévocabilité, cependant, donne lieu à discussion lorsque la reconnaissance figure dans un testament, acte révocable par nature.

⁴⁷⁷- Mais cet acte, cette volonté de départ au moment de la conception ou de la naissance de l'enfant a-t-il, dans l'absolu, vocation à durer ? Ou peut-il facilement être remis en cause par le comportement ultérieur de ses auteurs ?

§2 - L'engagement réalisé

478- Qu'il s'agisse de la filiation d'un enfant issu d'un couple marié et pour lequel il y a présomption de paternité ou qu'il s'agisse de l'enfant dont la filiation a été volontairement établie par reconnaissance, il y a bien eu, au départ, la manifestation d'un engagement parental, une initiative créatrice de volonté d'établissement de filiation. La question est de savoir si cet engagement sera pérenne ? La manifestation de cet engagement va-t-elle se renouveler en fonction du comportement des parents ?

A- L'existence d'une possession d'état

479- Si cet engagement parental se voit constamment renouvelé par le comportement des parents, il y aura expression de la possession d'état. La possession d'état, comme nous l'avons déjà souligné, désigne la filiation vécue.

Selon l'article 311-1 al. 1^{er} du Code civil, **la possession d'état suppose « une réunion suffisante de faits qui révèlent le rapport de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir »**. Nous pouvons de nouveau énumérer l'ensemble de ces faits :

- c'est tout d'abord le fait qu'ils soient réciproquement traités en parents et enfants,
- que tous considèrent l'enfant comme issu de ces personnes,
- qu'il porte le nom de celui ou ceux dont on le dit issu ...

En cas de contentieux, il appartient au juge d'apprécier la véracité de ces différents éléments. De même, comme l'a confirmé l'ordonnance de 2005 cette possession d'état doit être :

- continue,
- paisible,
- publique,
- et non équivoque.

La possession d'état est un fait à partir duquel la loi présume le lien de filiation. De la manifestation d'un élément de fait on construit un élément de droit et pour reprendre Monsieur Murat (déjà cité) « *la possession d'état est la montée du fait au droit* ». Le Doyen Cornu³⁴⁷ disait ceci : « *Etant avant tout la traduction ordinaire, l'expression normale, la manifestation même de l'état réel de l'intéressé, la possession*

d'état fonde une vérité sociologique dont la force essentielle est sa conformité générale à la vérité biologique ». Elle « n'oppose pas, mais conjoint les deux vérités. Loin d'être fondées sur une contre vérité biologique, elle est, en général, le reflet de la vérité sociologique ».

480- Dans l'hypothèse d'une filiation traditionnelle la plupart du temps la possession d'état, la filiation sociologique est en accord avec l'établissement de la filiation mis en place au moment de la naissance de l'enfant, à savoir celle biologique. Elle est toujours le reflet de cet engagement volontaire parental initial. Les parents élèvent l'enfant parce qu'il est le leur. Vérité biologique et vérité sociologique correspondent. Cette possession d'état est une filiation volontaire, affective, les parents voulant par leur comportement accueillir l'enfant, filiation vécue au jour le jour.

481- La **possession d'état est un mode autonome d'établissement du lien**. Cette solution résulte comme nous l'avons déjà énoncé du « *plerum que fit* » à savoir, la plupart du temps une filiation sociologique correspondant à la filiation biologique. Cependant, il arrive qu'elle contredise la vérité biologique : pour Madame Fenouillet, « *Si le droit la retient alors, c'est qu'il choisit de faire prévaloir l'affectif, la paix des familles ... sur le lien du sang* ».

Dans son rapport en 1999, Madame Dekeuwer-Defosse considérait que « *La possession d'état peut encore servir de contre poids à la vérité biologique. Une possession d'état suffisamment longue traduit une filiation sociale qu'il est légitime de mettre à l'abri d'une contestation faite au nom de l'absence de vérité biologique. C'est par ce biais que la dimension sociale de la filiation s'inscrit le plus nettement dans la filiation juridique* ». C'est en ce sens que nous pouvons considérer que l'engagement initial des parents conforté par une possession d'état constante ne peut être remis en cause au bout d'un certain temps, et cela dans un souci de stabilité pour l'enfant. C'est également en ce sens que des recherches biologiques ne pourront avoir lieu au nom du respect de l'enfant. Il y a bien une dimension sociale du lien juridique.

482- Mais parfois, malheureusement, la filiation sociologique est remise en cause car la possession d'état n'est plus là et/ou n'a pas été suffisamment présente pour confortée l'engagement parental initial. Cet engagement n'est plus là au mépris de l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi, **il est nécessaire de fonder la filiation sur une éthique de la responsabilité parentale et du respect du statut et de l'intérêt de l'enfant**. C'est ainsi qu'en particulier le père lorsqu'il accepte sa présomption de paternité, la reconnaissance qu'il effectue, doit avoir conscience de l'importance de l'engagement qu'il

³⁴⁷ Cornu G., Droit civil, La famille, 7^{ème} édition 2001, p. 333 note 15.

prend envers l'enfant qui s'inscrit dans sa lignée, dans sa filiation. Lequel engagement ne devrait pouvoir être révocable. Nous soutiendrons cette idée plus loin. En 1999, Madame Dekeuwer-Defosse, disait ceci : « *La vérité biologique, pilier d'un droit de la filiation non fondée sur l'adoption, ne doit pas occulter la dimension sociale du lien juridique : le droit de la filiation ne saurait se réduire à enregistrer, au nom de l'absence de véracité biologique, l'anéantissement de toutes les filiations qui ont un temps été légalement reconnues. Un rééquilibrage de notre droit positif est indispensable sur ce point* ». C'est ce qui a été d'ailleurs établi entre autre dans l'ordonnance de 2005, en limitant les personnes pouvant agir et en raccourcissant les délais d'action en contestation ou en revendication de filiation.

B- Une possession d'état inexistante

483- Parfois, malheureusement, il s'avère que cette possession d'état disparaît. Le lien de filiation au niveau sociologique du terme n'existe plus. La manifestation de l'engagement parental initial n'est plus là. L'instabilité affecte surtout le lien paternel, cela en raison de l'incertitude initiale existant au moment de la conception ou de la naissance.

La volonté peut rejeter le lien biologique, soit en contestant sa véracité, soit en refusant d'assumer les fonctions parentales.³⁴⁸

484- Avec l'avancée des techniques génétiques et des possibilités d'expertises biologiques, il devient de plus en plus fréquent, comme nous l'avons largement constaté, que des demandes de recherches de ses origines génétiques voient le jour dans le cas où l'un voire les deux liens de filiation seraient inconnus. De même, en cas de doute et la plupart du temps lorsque le couple parental ne s'entend plus, l'un des parents pourra demander à procéder à une expertise génétique.

485- Cependant le lien est fragile quand le couple parental ne tient plus. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance de 2005 ayant pour objectif d'assurer la stabilité de la filiation dans sa durée a largement réduit les délais pour agir. En effet désormais une possession d'état de 5 ans engage définitivement son auteur envers son enfant peu importe qu'il s'agisse d'une reconnaissance de complaisance ou non. **La protection de la stabilité de la filiation passe par la restriction temporelle de l'action.**

486- Lorsque la volonté initiale créatrice de la filiation n'existe plus et qu'il n'y a plus de possession d'état entre l'enfant et l'un ou ses deux parents, un conflit de filiation va

³⁴⁸ Nicolau, G. L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation, Thèse, Bordeaux I, 1988.

naître et générer un contentieux de filiation. La preuve biologique de la filiation sera le seul moyen la plupart du temps d'aboutir à une solution fiable et de déterminer la filiation véritable. Nous pouvons comprendre ici la fragilité à la fois du lien de filiation initial et de cet engagement parental dans une société où les relations sont éphémères. C'est la raison pour laquelle il est plus que nécessaire de renforcer encore la responsabilité de cet engagement parental initial. Des solutions de remises en cause trop facile de la filiation ne sont plus acceptables pour l'enfant. Les rapports de parenté ne doivent pas dépendre des désordres sentimentaux. C'est ce qu'a voulu mettre en place l'ordonnance de 2005.

Sous-section 2 QUE DEVRAIT ÊTRE CET ENGAGEMENT PARENTAL ?

⁴⁸⁷- L'engagement parental initial, manifestation de la volonté des parents d'assumer leur responsabilité envers l'enfant devrait ne pas pouvoir être remis en cause au risque de perturber l'équilibre de l'enfant. C'est la conscience de ce dernier et le renforcement de sa solennité qu'a mis en place l'ordonnance de 2005 essayant par la même de mettre en application les éléments de réflexion proposés en 1999 dans le rapport Dekeuwer-Deffossez (cf. supra).

⁴⁸⁸- Cet engagement initial devrait être le reflet exact de la vérité. Mais de quelle vérité voulons-nous parler ? Il nous semble qu'il s'agisse, au nom du respect de l'équilibre familial de l'enfant, de la vérité sociologique. Il est nécessaire de protéger ce dernier contre des recherches génétiques pouvant remettre en cause le statut de l'enfant dans sa famille à partir du moment où la possession d'état, expression de la vérité sociologique a duré pendant 5 ans. Doit-on de ce fait s'orienter vers une certaine irrévocabilité de cet engagement initial tenant à la gravité de l'engagement ? Faut-il laisser jouer sans limite l'autonomie de la volonté des parents ? Doit-on, dans un souci de respect de la convention des droits de l'enfant affirmant la nécessité pour tout un chacun de connaître ses origines génétiques, permettre la recherche éventuelle de la filiation génétique tout en protégeant le statut de l'enfant dans sa famille et sa stabilité ?

§1 - Le reflet exact de la réalité

489- Selon Madame Labrusse-Riou³⁴⁹: « *Le titre exprime plus qu'une preuve et inclut un acte de parole engageant son auteur envers l'enfant* ». La filiation est autre chose qu'un simple lien de sang qu'une série d'examen permet d'établir avec certitude en cas de contentieux et de doutes. Même si le plus souvent, et fort heureusement, filiation juridique et filiation biologique coïncident, la seconde n'est aucunement la condition d'existence de la première.

N'est-il pas possible d'appliquer cette règle en matière de filiation ? « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites* ». A partir du moment où le lien de filiation a été créé dans le respect de la légalité et en connaissance de cause, ne doit-on pas considérer que celui-ci, reflet de la réalité du moment de la naissance, doit le rester au delà des éventuels conflits familiaux ultérieurs et cela au nom de l'intérêt de l'enfant ? Dans une société où les progrès techniques ont donné à la biologie une force jadis inconnue, le lien légal doit se défendre contre une assimilation au lien biologique.

Peut-on assimiler l'enfant à un « *objet* » de droit ? L'enfant n'apparaît-il pas comme tel plus qu'un sujet de droit lorsqu'est invoqué soit un droit à l'enfant, soit un droit sur l'enfant ? C'est une question que se posait également en ces termes Monsieur Raynaud³⁵⁰ en 1988.

490- Lorsque la mère a accepté de faire figurer son nom dans l'acte de naissance de son enfant, cela suffit à prouver son lien de filiation maternelle vis-à-vis de l'enfant. Cette indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant date de l'ordonnance de 2005. Antérieurement, lorsqu'il y avait une distinction entre filiation légitime et naturelle, la mère naturelle devait effectuer la démarche volontaire de reconnaître son enfant alors que pour la mère légitime son lien de filiation était établi automatiquement. En tout état de cause, la mère est informée de sa démarche, elle a, et nous l'avons déjà à plusieurs reprises souligné, la possibilité de taire son identité. Il va de soi qu'à partir du moment où elle s'engage vis-à-vis de l'enfant cet engagement devrait par la suite se manifester au quotidien.

En ce qui concerne la filiation paternelle, nous sommes en présence soit de l'application de la présomption de paternité, soit de la reconnaissance. Dans l'un ou l'autre de ces cas de figure, la volonté parentale du père est manifeste, celui-ci s'est engagé et il doit maintenir cet engagement en jouant réellement au quotidien le rôle du

³⁴⁹ Labrusse-Riou C., La vérité et le droit, travaux de l'association Capitant, t. XXXVIII, 1987, p. 118.

³⁵⁰ Raynaud P., « L'enfant peut-il être objet de droit ? », D., 1988, 15^{ème} cahier, chr.

père vis-à-vis de l'enfant : la possession d'état en quelque sorte. Le comportement paternel vis-à-vis de l'enfant doit être à l'image de l'engagement paternel pris au départ.

⁴⁹¹⁻ Dans certains cas déjà prévus par la loi de 1972, cette présomption ne s'appliquera pas. C'est tout d'abord le cas de l'enfant conçu pendant une période de séparation légale. En effet, il est quasi certain, que dans ces cas particuliers, l'enfant a de fortes chances de ne pas être des œuvres du mari mais d'un autre, et nous ne voyons pas pourquoi, nous imposerions au mari d'assumer cet enfant alors que biologiquement, il n'est certainement pas le sien.

Il en va de même pour l'enfant inscrit à l'état civil sans indication du nom du mari. Cette volonté de taire le nom du mari n'est certainement pas anodine et mérite également de pas assimiler le père juridique au père biologique. Dans cette hypothèse il ne s'agit pas de la volonté paternelle, ce dernier n'étant peut-être pas au courant de la grossesse, mais bien de la volonté maternelle. La Cour de cassation avait jugé que l'expression « *l'indication du mari* » devait être comprise comme l'indication de celui-ci dans l'acte de naissance, « *en qualité de père* ». ³⁵¹ Le texte issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005 reprend cette formulation. Il retient les précisions apportées par la jurisprudence nous précise Monsieur Courbe ³⁵². La mère en taisant le nom du mari peut ainsi soustraire ce dernier et empêcher ainsi une possession d'état d'enfant de se constituer à son égard alors que peut-être il n'en était pas ainsi de sa volonté initiale.

⁴⁹²⁻ Mais parfois, même s'il s'agit du père réel de l'enfant, la mère ne souhaite plus l'associer. Dans ce cas, il sera peut-être envisageable de rectifier par le biais d'une expertise génétique, au sein d'un contentieux de la filiation. Le rétablissement judiciaire de la présomption de paternité passera par l'existence d'une expertise biologique positive. Elle aura à elle seule pour conséquence de rétablir les effets de la présomption de paternité. La volonté pour le père de la rétablir doit obligatoirement être demandée. Sinon en dehors d'une action en justice il n'est pas possible de la voir rétablie.

La récente Loi en date du 16 janvier 2009 a quelque peu modifié ce rétablissement de la présomption de paternité : « *Le mari dont la présomption de paternité a été écarté, peut reconnaître l'enfant* ». Ce dispositif concerne principalement les couples mariés mais séparés de fait. En effet, si un enfant naît durant la séparation, la présomption de paternité est écartée. Toutefois, le mari, s'il estime être le père de l'enfant pourra le reconnaître sans avoir à saisir le Tribunal. C'est une avancée importante. Elle s'inscrit bien dans cette logique de protection de la vie des familles.

³⁵¹ Civ. 1^{ère}, 3 juin 1980, Bull. Civ. I, n°169 ; D., 1981, 119, note Massip ; RTD civ., 1981.370, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi.

³⁵² Courbe P., Droit de la famille, Sirey université, 5^{ème} édition, 2008, p. 334.

Déjà la Circulaire du 30 juin 2006, dans un but de simplification du droit, accordait au mari la possibilité de reconnaître l'enfant lorsque sa présomption de paternité était écartée. Cette démarche évitait le recours à une action en justice.

493- Enfin il ne faut pas oublier l'hypothèse où il n'y aurait pas de possession d'état paternelle, car telle est la volonté de l'époux. Le mari s'est désintéressé de l'enfant depuis sa naissance ou l'a ignoré. D'une certaine manière, il s'agit probablement de l'hypothèse d'un enfant adultérin. En effet, le silence sur l'identité du mari dans l'acte de naissance, conjugué à une absence de possession d'état à son égard, laisse présumer que la paternité est très certainement improbable. En ce cas la volonté paternelle est de ne pas se préoccuper de cet enfant. Il n'y aura aucun lien de filiation créé à son égard, et ce dès l'origine.

494- Nous pouvons donc considérer qu'à partir du moment où il y a volonté d'établir un lien de filiation cela doit s'inscrire dans la durée, et être dans la mesure du possible, le reflet exact de la réalité.

§2 - Vers une certaine irrévocabilité

495- Donner la possibilité à tous de contester une filiation légalement et volontairement établie quand bon leur semble n'est pas acceptable dans un souci de protection des intérêts de l'enfant et de sa stabilité familiale. La multitude des actions en justice fleurissant dans les tribunaux depuis la loi de 1972 et, l'ouverture à la preuve scientifique, ainsi que l'avancée de la recherche en matière génétique, facilitant la contestation de la filiation, se doivent d'être largement encadrées.

496- Cependant, il est tout à fait acceptable de reconnaître cette possible contestation et faire tomber un lien de filiation au nom de l'absence de véracité biologique. Cependant, cette contestation ne doit être possible que dans des limites raisonnables. C'est ce qu'a tenté de mettre en place l'ordonnance de 2005.

Comme le disait dans son rapport de 1999, Madame Dekeuwer-Defosse, « *un tel système permet clairement d'afficher, que la dimension sociale du rapport de filiation, a une vocation légitime à tempérer la brutalité du fait biologique* ». Avec **l'ordonnance de 2005 la sécurité juridique a été renforcée**. La possession d'état ne peut permettre d'établir une filiation que si elle a été constatée par un acte de notoriété, délivré dans les 5 ans suivant sa cessation.

497- Les acteurs de la filiation, que ce soit en établissant volontairement un lien de filiation ou, en reconnaissant volontairement un tel lien, ne doivent pouvoir le remettre en cause trop facilement. Peu importe les modifications de leur vie familiale et sentimentale.

C'est la raison pour laquelle les reconnaissances de complaisance doivent être largement évitées, n'étant pas elles-mêmes le reflet de la réalité et correspondant à une situation familiale éphémère.

498- La filiation est le lien entre l'enfant et ses parents. Soit ce lien existe naturellement depuis l'origine et les parents l'acceptent soit, ils le refusent et ils s'engagent alors à ne plus revenir dessus au bout d'un certain temps. Soit ce dernier est créé de toute pièce par le droit (cas de l'adoption) mais les parents, dans cette hypothèse, s'engagent à ne pas revenir sur cette décision.

499- Cet engagement est trop grave pour ne pas tenir compte des effets en cas d'annulation ou de volonté nouvelle pour tenter de le remettre en cause.

Dans notre société, à tendance individualiste et personnelle, il est plus que nécessaire de faire prendre conscience de la responsabilité que prennent les parents lorsqu'ils s'engagent de quelque manière que ce soit envers un enfant.

Nous allons voir la particularité de certains engagements parentaux comme les filiations de complaisance et l'accouchement sous X. En effet, en cas de filiation de complaisance, le père reconnaît un enfant qu'il sait ne pas être le sien, à l'inverse en cas d'accouchement sous X, la mère souhaite cacher son identité et ne pas la révéler.

Sous-section 3 QU'EST-IL EN REALITE ?

500- Notre société, de plus en plus tournée sur elle-même, est bien souvent le théâtre de bon nombre d'instabilités parentales, d'engagements pris sans doute trop à la légère. Les enfants sont les prisonniers et les premières victimes de ces comportements parentaux. En effet, les couples se forment sans engagement réciproque réel, le nombre de familles recomposées explose. Depuis les années 70, les demandes de procès en filiation augmentent régulièrement, facilitées par la montée en puissance de la preuve scientifique. En effet, l'accès à la certitude quant à la paternité a constitué une révolution en matière de preuve, et bien au-delà, a eu effet sur la notion même de filiation. Ceci a entraîné une modification certaine et réelle du sens de la filiation !

501- Le législateur, en 2005, a légiféré par Ordonnance. D'une part dans un souci d'unification et de simplification du droit. D'autre part, dans un souci de protection de la

stabilité et de la sécurité de l'enfant, ainsi que de la nécessité de mettre en place une responsabilité parentale. Cette Ordonnance, nous l'avons déjà régulièrement soulignée, est dans le prolongement des lois de 72, 93, 2002 et 2004 sur la filiation ainsi que des lois de bioéthique de 1994 et 2004. Une nouvelle réforme de ces lois bioéthiques devrait d'ailleurs voir le jour normalement au cours de l'année 2010.

Cette Ordonnance du 4 juillet 2005 a réformé la filiation de manière équilibrée en tenant compte des évolutions majeures de notre société. Notamment l'augmentation des naissances hors mariage. Elles représentent désormais plus de la moitié du total des naissances. La réforme protège la famille, valeur fondamentale de notre société et constitue l'un des piliers de la nation.

502- Cependant, l'engagement parental dans le contexte familial actuel est bien souvent l'affirmation d'une fausse filiation dite encore « *filiation de complaisance* ». Cet engagement parental de départ résiste avec difficulté face à une instabilité parentale et familiale, difficile à inscrire dans la durée.

503- Enfin, parfois, nous nous trouvons face à un vide parental dans le cas particulier de l'accouchement sous X, encore bien présent dans notre société française, un des derniers pays à défendre ce principe. Nous étudierons successivement ces différentes réalités de l'engagement parental.

§1 - Le cas spécifique des filiations de complaisance ou mensongères

504- **Certaines reconnaissances**, pourtant conformes aux conditions de validité posées par la loi, **peuvent se révéler inexacts. En particulier lorsqu'il s'agit d'une reconnaissance de complaisance.** Dans ce cas précis, l'auteur de la reconnaissance a agi par intérêt ou générosité, tout en sachant pertinemment qu'elle ne repose pas sur la vérité biologique. L'auteur a pu agir par intérêt, par générosité mais aussi par erreur, dans la fausse conviction d'être le père. Le cas le plus fréquent est celui de l'homme qui épouse une mère célibataire et qui reconnaît l'enfant de celle-ci afin de permettre son intégration dans le nouveau foyer. Bien souvent ce type de filiation repose sur un équilibre bien fragile. Dans l'hypothèse où le père rompt ultérieurement avec la mère, il souhaitera le plus souvent se libérer de la reconnaissance. Ce jeu laissé à la volonté privée est un facteur accru d'insécurité de la filiation.

505- En 1998, Madame Irène Théry³⁵³ dans son rapport disait ceci : « *Dans les cas les plus dramatiques, qui se multiplient aujourd'hui, elle poussera un homme à la reconnaissance de complaisance d'un enfant par amour de la mère, puis la défera comme mensongère, si la paternité devient encombrante après une séparation du couple* ». Ce contentieux est d'ailleurs assez fréquent et important en France. Il représente en moyenne 1 500 actions par an.

Prenons pour exemple la possible manipulation de possession d'état³⁵⁴, celle-ci reposant essentiellement sur la façon dont les adultes considèrent et traitent l'enfant. Le parent désireux de contester la paternité aura la tentation de détruire la possession d'état existante. Des mères ont ainsi manœuvré pour rompre toutes relations entre l'enfant et leur ex-mari ou ex-compagnon, afin de rattacher l'enfant à un nouveau compagnon, qui n'est pas plus le géniteur que le précédent. Des pères légitimes, complaisants jusqu'à la rupture de leur mariage, ont cessé brutalement toute relation avec l'enfant devenu encombrant et coûteux, dans le seul but de rendre leur contestation recevable.

Cependant, la jurisprudence dans un souci de protection de l'enfant et de la stabilité de son état, refuse la contestation si la possession d'état s'est instaurée de façon suffisamment continue dans le passé, même si elle a cessé. La filiation de l'enfant ne doit pas être livrée au bon vouloir des adultes, lorsque ces derniers remettent en cause leurs engagements.

La volonté des adultes ne doit pas être maîtresse des filiations établies, pas même au nom de la vérité biologique.

506- La contestation de ces reconnaissances est d'autant plus facile avec la preuve scientifique. Ces actions qui, autrefois, étaient impossibles, le sont devenues avec l'évolution de la recherche scientifique et son application dans notre droit. Dans ce domaine particulier des reconnaissances mensongères ou de complaisance, nous constatons une évolution du droit notamment dans le domaine éventuel de la recherche de la vérité et dans la remise en cause de l'engagement pris au départ. La reconnaissance, bien qu'irrévocable, peut-être attaquée si un contrôle a posteriori rapporte la preuve de son caractère mensonger. Avant la réforme, l'auteur d'une reconnaissance d'enfant naturel pouvait contester sa propre reconnaissance pendant 10 ans. Pour Madame Théry, « *ceci est d'autant plus choquant quand la reconnaissance a été mensongère et conduit à une véritable déresponsabilisation* ».

³⁵³ Théry I., rapport, couple, filiation et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, 1998, O. Jacob et la documentation française.

³⁵⁴ Louis Pécha A., Premières journées Brestoises sur la paternité, Le droit actuel de la paternité.

507- Cette reconnaissance peut être contestée par quiconque, y compris par son auteur, si tel est son intérêt. Si certains tribunaux³⁵⁵ l'ont déclarée irrecevable dans cette contestation, la Cour de cassation³⁵⁶ n'a pas entériné une telle fin de non-recevoir. La question d'état en jeu dépassant les intérêts privés. Par la suite, lorsque la possession d'état avait duré 10 ans la contestation n'était plus possible³⁵⁷ (ancien art 339 du Code civil). Désormais, depuis l'ordonnance de 2005, le délai est passé à 5 ans de possession d'état confortant ainsi la reconnaissance. Dans un souci de protection des intérêts et de la stabilité de l'enfant, le droit restreint l'action pour protéger le lien affectif, dans l'intérêt de l'enfant, de l'adulte en cause, de la société.

Sous l'empire du droit antérieur, l'article 339 n'ouvrait l'action, si la possession d'état avait duré 10 ans depuis la reconnaissance, qu'à « *l'autre parent, l'enfant lui-même ou ceux qui se prétendent les parents véritables* ».

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2005, l'article 333 s'applique : « *Seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. La réforme de 2005 a donc sensiblement restreint l'action* ». ³⁵⁸

508- L'action en contestation d'une reconnaissance mensongère n'entraîne pas les mêmes conséquences que n'importe quelle action en contestation de filiation.

Pour Madame Fenouillet la jurisprudence considérait qu'en souscrivant une reconnaissance qu'il savait mensongère, l'intéressé avait pris l'engagement de subvenir aux besoins de l'enfant. Madame Huet-weiller³⁵⁹ considérait également : « *qu'une reconnaissance impose des obligations que n'accepteraient pas celui ou celle qui ne serait pas le véritable auteur de l'enfant* ». C'était en vertu de cet engagement que le faux père était censé avoir subvenu aux besoins de l'enfant. Dans le cas de demandes de restitution des sommes dépensées pour les besoins de l'enfant, la nullité de la reconnaissance ne pouvait fonder leur restitution. Les sommes n'étaient pas considérées comme indûment perçues, puisqu'elles n'étaient pas censées l'avoir été au titre d'un devoir d'entretien légal, inexistant, mais au titre d'une obligation prise par engagement volontaire. En exerçant l'action en contestation, l'auteur de la reconnaissance mensongère violait cet engagement, si bien qu'il engageait sa responsabilité et pouvait être condamné à des dommages et intérêts éventuels. Dommages et intérêts dus à l'enfant pour le préjudice qui en résulte³⁶⁰. Monsieur Bénabent³⁶¹ s'interroge d'ailleurs sur

³⁵⁵ Trib. Civ. Amiens, 20 mai 1949 : Gaz. Pal., 1949, 2, 105. Trib. Civ. Meaux, 11 janv. 1950 : JCP éd G., 1950, 5572, note J. Savatier. Bordeaux, 22 nov. 1950 : JCP éd G., 1950, 5936.

³⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 30 juillet. 1951 : JCP éd G., 1951, 6526, note J. Savatier. J. Savatier, Les légitimations de complaisance : D., 1950, chr., 9.

³⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 1982 : JCP., 1982, IV, 370.

³⁵⁸ Fenouillet D., Droit de la famille, Cours Dalloz, 2^{ème} édition, 2008, p. 322.

³⁵⁹ Hauser et Huet-Weiller, n°726. p. 473.

³⁶⁰ Paris, 28 mai 1959 : D., 1960, 10, note Savatier. Paris, 13 févr. 1975 : Gaz. Pal., 1975, I, 320, note Viatte. Cass. 1^{ère} civ., 4 mars 1981 : Bull. civ. I, n° 81, p. 68.

³⁶¹ Bénabent A., Droit civil, La famille, Litec, 11^{ème} édition, p. 439.

ce préjudice : « *L'enfant n'avait pas de droit à conserver un état inexact, et le préjudice véritable réside dans les changements successifs de cet état* ». D'après Madame Fenouillet, « *La doctrine avait suggéré l'extension de cette solution à la femme procédant en connaissance de cause à une reconnaissance mensongère ou éventuellement au père légitime s'abstenant de contester une paternité qu'il savait ne pas correspondre à la vérité biologique. L'action en contestation de reconnaissance s'inscrit dans le droit commun des obligations* ».

509- Ces différentes actions envisageables sont le reflet d'une croissante instabilité parentale. Comme le disait Monsieur Murat dans sa thèse : « *On connaît la fréquence des reconnaissances mensongères que révèlent souvent une contestation de leur auteur désireux d'échapper aux charges qu'il regrette d'avoir assumées par complaisance* ». La société a évolué, les rapports parentaux s'inscrivent de moins en moins dans la durée, et les engagements de filiation pris bien souvent trop à la légère, sont malheureusement largement remis en cause. Ceci explique le nombre croissant du contentieux dans ce domaine, lui-même facilité par la preuve scientifique et sa fiabilité. Dans ce cadre particulier de remise en cause de l'engagement parental initial, nous sommes bien loin de l'intérêt de l'enfant. La réalité affective et sociale est sacrifiée à la vérité biologique.

§2 - Le cas particulier de l'accouchement sous X

510- La paternité biologique peut se heurter au secret de la naissance demandé par la mère. La loi du 8 janvier 1993, votée après des débats difficiles sur ce point, consacre le droit de ne pas révéler son identité lors de l'accouchement dit « *accouchement sous X* » (art 341-1 C.civ.), et d'interdire, ainsi, toute recherche de maternité naturelle (art 341 C.civ.). Cependant, depuis janvier 2009, le législateur a mis fin à la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous X. En rendant l'identification de l'enfant impossible, la mère privera aussi, la plupart du temps, le père et l'enfant de la possibilité d'établir la filiation paternelle. En effet, le secret de l'identité de la mère rend très difficile, l'établissement de la filiation paternelle. Il n'y aura donc pas de lien maternel puisqu'aucun engagement créateur de filiation ne sera pris par cette dernière. De plus, il sera quasi impossible au père de faire établir son engagement parental, puisque celui-ci ne pourra connaître le moment de la naissance de son propre enfant. Nous sommes en présence d'un vide juridique puisqu'aucun établissement de filiation n'est possible, alors qu'il y a volonté de créer un lien de filiation par reconnaissance prénatale de la part du père.

L'accouchement sous X repose bien sur une volonté de la mère, il s'agit en quelque sorte pour reprendre une expression de Monsieur Raymond³⁶², d'une forme moderne d'abandon d'enfant (cf. autrefois le moyen du « *tour* »).

511- La loi du 22 janvier 2002 pour y remédier a inséré un article 62-1 dans le Code civil pour venir seconder les pères par l'intermédiaire du ministère public : « *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 dates et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant* ». Cependant cette disposition ne saurait résoudre toutes les situations.

512- **L'ordonnance de 2005, en ouvrant la reconnaissance paternelle au père en mariage, a permis à ce dernier de faire établir sa paternité nonobstant l'accouchement sous X décidé par sa femme.** Madame Fenouillet rappelle « *qu'un conflit entre le père biologique et la famille ayant recueilli l'enfant dans le cadre d'une procédure d'adoption, n'est toutefois pas exclu en raison du délai, qu'il faudra bien souvent, d'une part, au père pour rechercher son enfant, d'autre part au Procureur de la République pour retrouver ce dernier* ». ³⁶³

Il est aisé de reconnaître le pouvoir de la mère quant à l'établissement de la paternité et la possibilité qui lui appartient en cas d'accouchement sous X, d'empêcher au maximum, au père, la possible création de son lien de filiation, au delà de sa volonté d'engagement parental. Il s'agit d'**un droit de la mère de disposer de la paternité**. Normalement, le père peut reconnaître l'enfant dans un délai de deux mois précédant son placement pour l'adoption. « *La reconnaissance de paternité faite postérieurement au placement en vue l'adoption étant dépourvue d'effet, son auteur qui ne peut se prévaloir d'un lien de paternité établi, doit être déclaré mal fondé en sa demande de restitution de l'enfant* »³⁶⁴. Il est manifeste cependant, qu'il ne pourra jamais établir sa paternité, car il sera dans l'impossibilité de retrouver la trace de l'enfant et de procéder à son identification. La jurisprudence a pu considérer que la reconnaissance prénatale par un homme d'un enfant né de façon anonyme était sans effet direct, puisqu'elle concernait une femme qui selon la loi n'avait en l'occurrence jamais accouché.

³⁶² Raymond G., Ombres et lumières sur la famille, Bayard, édition Centurion, p. 216 et suivantes.

³⁶³ Dans ce conflit douloureux, la Cour de cassation s'est appuyée sur l'article 7, § 1, de la convention de New York sur les droits de l'enfant ainsi que sur les articles 335, 336, 341-1(anciens) et 348-1 et 352 pour préserver les droits du père biologique. Elle a jugé que le consentement à l'adoption donné par le conseil de famille, alors que la démarche du père était connue, était dépourvue d'efficacité, si bien que l'adoption ne pouvait être prononcée. Civ. 1^{ère}, 7 avr. 2006, Bull., n°195.

³⁶⁴ CA Grenoble, 9 juillet 2004, Juris-Data n°2004-244362 ; Dr fam, septembre 2004, com. n° 141, p. 26, obs. Pierre Murat « L'accouchement anonyme, le placement et les droits du père : suite »

L'affaire du « petit Benjamin »³⁶⁵ illustre tout à fait cette volonté exacerbée reconnue à la mère de disposer ainsi du lien de filiation paternel, nous rappelle Caroline Siffrein-Blanc³⁶⁶. En l'espèce, après avoir eu une relation amoureuse avec la mère de Benjamin, M. X a procédé à une reconnaissance anténatale en mars 2000 qui fût suivie le 14 mai 2000 par la naissance sous X de l'enfant. Alors que le père biologique de Benjamin effectuait des démarches, notamment auprès du Procureur de la République afin de retrouver son fils, ce dernier fût remis au service de l'aide sociale à l'enfance et placé en vue de son adoption en octobre 2000 chez les époux Z. L'ayant finalement identifié en janvier 2001, il forma une demande de restitution auprès du Conseil Général. Les époux Z ont alors demandé au Tribunal de grande instance de Nancy de faire prononcer l'adoption plénière de l'enfant. Il rejeta la requête en adoption au motif qu'il était de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par son père qui l'avait reconnu, et ordonna la restitution de l'enfant. La Cour d'appel, quant à elle, infirma le jugement. Elle déclara irrecevable la demande de restitution et prononça l'adoption plénière de l'enfant par les époux Z.

Par un arrêt du 7 avril 2006³⁶⁷, la première chambre civile de la Cour de cassation a cassé et annulé les arrêts de la Cour d'appel de Nancy au visa de l'article 7-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant et des articles 335, 336, 341-1, 348-1 et 352 du Code civil, aux « motifs que l'enfant ayant été identifié par M. X à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de sa naissance, de sorte que le conseil de famille des pupilles de l'Etat, 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 ». Le professeur Dekeuwer-Deffossez³⁶⁸ s'exprime ainsi : « l'établissement de la filiation maternelle est abandonnée au libre arbitre de la femme accouchée. Cette philosophie bafoue de plein fouet le principe d'indisponibilité de la filiation. La solution actuelle heurte l'idée que le rapport de filiation concerne deux individus et non un seul : remettre la maîtrise de ce lien entre les mains d'une seule partie prive l'autre d'un droit fondamental. Enfin, cette fiction conduit à consacrer une inégalité dans les règles relatives à la filiation paternelle, un père pouvant

³⁶⁵ TGI Nancy, 16 mai 2003, JCP éd. G., 2003, I, 148 n°2, obs. Jacqueline Rubellin-Devichi ; RJPF, novembre 2003, 11/36, p. 20, note Thierry Garé, « L'accouchement sous X n'efface pas les droits du père par le sang » ; D 2003, jur., p. 2117, obs. Frédérique Granet-Lambrechts « reconnaissance paternelle et accouchement sous X » ; Dr fam, 2003, com. n°88, note Pierre Murat, « imbroglio autour d'un accouchement anonyme : le père par le sang obtient la restitution de l'enfant placé en vue de son adoption ».

³⁶⁶ Siffrein-Blanc C., La parenté droit civil français, Thèse, Aix-Marseille III, 2008.

³⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 7 avril 2006, D., 2006, IR, p. 1065 ; D., 2006, jur., 22293, note Elisabeth Poisson-Drocourt, « valeur de la reconnaissance d'un enfant né sous X par son père » ; Dr fam, juin 2006, com. n°124, p. 24, note Pierre Murat, « Affaire Benjamin : une cassation méritée mais bien confuse » ; Défrenois, 2006, art. 38423, p. 1127, note Jacques Massip, « Les droits du père en cas d'accouchement anonyme de la mère » ; Gaz Pal, 3 au 5 septembre 2006, jur., p. 20, note Flavie Guittet, « L'efficacité de la reconnaissance prénatale d'un enfant né sous X »

³⁶⁸ Dekeuwer-Deffossez F., Rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aspirations de notre temps, la documentation française, 1999.

toujours être poursuivi, alors qu'une mère dispose d'une arme pour se mettre définitivement à l'abri ».

SECTION II - UNE MODIFICATION DU SENS DE LA FILIATION ?

513- « *Avoir un enfant quand je veux, si je veux* ». Ce slogan, a fait entrer la volonté en force dans le droit de la filiation, dans le sillage du contrôle de la procréation. Avec le développement des techniques d'assistance médicale à la procréation, cette planification des naissances s'est voulue maîtresse de la fécondation. Désormais, tout un chacun peut décider de concevoir un enfant même si naturellement il existe une impossibilité physique de le concevoir personnellement. Il suffit de faire appel à la procréation médicalement assistée. Volonté positive, au nom de laquelle les couples qui revendiquent un enfant attendent de la science un résultat, au prix de certains sacrifices³⁶⁹. Les progrès considérables de la biologie rejaillissent sur le sens de la filiation et, plus largement, sur les structures de la famille. Nous pouvons en arriver à nous demander, ce qui signifie de nos jours réellement, « *vouloir un enfant* » ?

514- Autrefois, la filiation dépendait étroitement du mariage. Le droit de la famille reposait sur des valeurs morales fortes et non contestées comme ce dernier, modèle de référence, la réprobation de la sexualité en dehors de celui-ci ou la puissance maritale et paternelle. Nous ne pouvions envisager la révélation au grand jour d'un enfant conçu en dehors de celui-ci. L'enfant était le fruit de l'union d'un homme et d'une femme engagés dans les liens du mariage. L'arrivée de l'enfant était attendue comme la suite normale du mariage. Or, la révolution des mœurs est venue fissurer et affaiblir ces fondations. Dans cette société où le mariage est en perte de vitesse, où les couples non mariés se multiplient, où les relations sont éphémères, l'enfant est-il toujours l'aboutissement d'un cheminement ?

515- L'enfant ne devient-il pas de plus en plus l'objet d'une satisfaction personnelle ? N'allons nous pas vers une autre notion, celle d' « *un droit pour tous à l'enfant* » avec l'aide des techniques de la procréation assistée ? L'évolution depuis les années 60 consiste à aller toujours plus loin dans la satisfaction immédiate du plaisir individuel. Notre société, sous l'influence des législations étrangères tant à s'orienter vers la notion de droit à l'enfant et, pour tous. D'où des demandes d'enfants par ces méthodes de

³⁶⁹ Brisset C., *Le primat du biologique*, in *Quinze millions d'enfants à défendre. Ils sont la prunelle de nos yeux*, Paris, Albin Michel, 2005, pp. 25-27.

procréation médicalement assistée parfois bien au-delà de l'âge de procréer pour certaines femmes. La volonté de concevoir des enfants par le biais de ces méthodes par la communauté homosexuelle, la légalisation des mères porteuses et de la gestation pour autrui, et tant d'autres demandes pour le moment non autorisées en France. Notre Droit est encore, et fort heureusement, protecteur de certaines valeurs fondamentales. La prochaine loi bioéthique en 2010 va-t-elle faire évoluer les choses dans le sens de l'acceptation de certaines méthodes jusqu'à ce jour prohibées ?

516- Nous allons, de même, progressivement vers une certaine instrumentalisation de la filiation par la preuve biologique. Force pour nous de constater sa fiabilité. Mais, il faut reconnaître la nécessité, par ailleurs, de protéger l'intérêt de l'enfant, la filiation vécue et la stabilité de ce dernier. Donner la priorité à la filiation sociologique sans totalement écarter la filiation biologique lorsque celle-ci diffère, tel est l'objectif du législateur.

Face à cette montée en puissance du « *tout biologique* » le législateur par le biais des lois bioéthiques et de l'ordonnance sur la filiation de 2005 revue en 2008, ratifiée en 2009, s'efforce de légiférer dans le sens d'une protection de la sécurité et de la stabilité de l'enfant dans le souci de la protection de ses intérêts. Nous verrons ainsi comment progressivement l'enfant est devenu l'objet d'une satisfaction personnelle.

Sous-section 1 L'ENFANT DEVRAIT ÊTRE L'ABOUTISSEMENT D'UN CHEMINEMENT

517- Jusqu'au début des années 60³⁷⁰, le droit de la famille reposait sur des valeurs morales fortes et non contestées :

- l'institution du mariage, modèle de référence voulu stable et durable,
- la réprobation de la sexualité en dehors du mariage,
- la puissance maritale et paternelle, ...

Ces grands éléments de l'ordre moral n'étaient pas seulement défendus par l'église catholique, mais également par les instituteurs laïcs de la III^{ème} république, par les juifs et par les protestants. La révolution des mœurs a bouleversé les fondations morales sur lesquelles reposaient ainsi l'architecture du droit de la famille.

518- La filiation se définit habituellement comme le lien de parenté qui unit un enfant à ses parents, le fruit de l'union d'un homme et d'une femme. L'enfant est en principe rattaché juridiquement à ses père et mère par un lien de filiation. Le droit de l'enfant c'est d'abord

³⁷⁰ Brunetti-Pons C., « réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », Dr fam., mai 2003, p. 10.

le Droit de la Filiation. La plupart du temps, le lien de filiation est la traduction juridique du lien biologique. Il résulte directement de la procréation charnelle voire artificielle.

519- Comme l'exprime Evelyne Sullerot³⁷¹ : « Depuis des millénaires, les hommes avaient compris que c'étaient eux, et non des esprits ou des Dieux, qui, en faisant l'amour, engendraient les enfants, que neuf mois plus tard, les femmes mettaient au monde, ces précieux enfants, ces continuateurs. Pour s'assurer de leur descendance, ils ont choisi des femmes pour être mères de leurs enfants, se sont « accouplés » avec elles au sens double du terme, en copulant avec elles et en formant des couples dont le but assigné était la reproduction. Le « couple parental », tellement remis en cause de nos jours, est antérieur de plusieurs millénaires au « couple amoureux ». Pour être sur de sa lignée, chaque homme a veillé à ce que la femme choisie pour être la mère de ses enfants ne puisse être sexuellement connue par d'autres hommes. Cette multiplication des couples parentaux a présenté l'immense avantage, pour l'espèce, de garantir la variété génétique, qui eut été bien moindre si seuls les mâles dominants avaient pu s'arroger un grand nombre de femmes et leur faire des enfants tous de même souche. Cette organisation en familles paternisées, si elle fût génétiquement favorable à l'espèce, le fût aussi culturellement, car elle a été à l'origine de toutes les grandes civilisations. Pour assurer leur descendance, les hommes ont solennisé, voire sacralisé, le lien homme/femme par le mariage ».

520- C'est ainsi que nous sommes à même de dire qu'il y a le couple au départ et l'enfant qui en est, en quelque sorte, le résultat. La filiation se créait par la volonté des parents et était naturelle. Puis progressivement, les médecins sont devenus les alliés des couples en mal d'enfants. La situation inégalitaire des hommes et des femmes face à la procréation naturelle est une donnée lourde mais dont nous pouvons, grâce à la médecine, se libérer. Droit à la santé, puis droit d'avoir des enfants quand nous voulons quand nous le désirons. C'est justement ici, qu'intervient notre réflexion, sans vouloir remettre en cause nullement la possible utilisation de la science dans la conception d'enfant. Un couple stable souhaite un enfant, or malheureusement la nature ne le leur permet pas. Il est tout à fait acceptable que la médecine dans la mesure de ses compétences viennent en aide à ce couple pour qui, l'enfant qui se laisse attendre trop longtemps, est une suite logique de leur union. Grâce à différentes techniques médicales (déjà citées) la science va aider ce couple à concevoir cet enfant. Celui-ci reste bien l'enfant du couple. Il est bien l'aboutissement d'un cheminement.

³⁷¹ Sullerot E., Pilule, sexe, ADN, 3 révolutions qui ont bouleversé la famille, Fayard, 2006.

521- Mais la question est tout autre lorsque ce couple va faire appel à des gamètes extérieures, lorsque le couple n'existe pas, ou n'est pas légalement reconnu. C'est ce que nous nous proposons d'étudier à présent.

Sous-section 2 L'ENFANT DEVIENT L'OBJET D'UNE SATISFACTION PERSONNELLE

522- Les progrès médicaux, en pleine évolution, ont permis d'envisager plusieurs modes de procréation se réalisant hors de toute relation charnelle. **L'assistance médicale à la procréation est une réponse médicale à un désir d'enfant.** Ces techniques d'aide médicale à la procréation ont presque trente ans. Elles sont le prolongement de la révolution initiée, 20 années auparavant, dans la maîtrise de la fertilité par la contraception. Le recours aux divers modes de procréation artificielle suscite pourtant toujours autant de questions. Nous pouvons nous interroger sur les répercussions que ces techniques de procréation artificielle ont entraînées sur le sens de la procréation d'un enfant ? Existe-t-il un droit à l'enfant ? Le sens de la filiation est à juste titre bouleversé, notamment, lorsque l'enfant est conçu à l'aide des forces génétiques de personnes auxquelles il n'est pas juridiquement rattaché. La technique de l'assistance médicale à la procréation est largement réglementée.

523- Les progrès médicaux, les recherches en matières génétiques ont permis l'identification d'une personne par son code génétique. Cela a permis l'avènement de la preuve biologique en droit de la filiation. C'est **avec cette preuve biologique** que nous pouvons penser que l'on se trouve bien face à une **modification du sens de la filiation par une instrumentalisation de la preuve biologique et par la même, de la filiation.**

§1 - La notion du droit à l'enfant : le cas spécifique de l'AMP

524- Médicalement, la procréation assistée, nous l'avons déjà largement étudiée dans notre première partie, consiste à :

- répondre à la demande parentale d'un couple,
- tenter de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué,
- enfin faire en sorte d'éviter la transmission d'une maladie présentant un facteur de gravité important.

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. Font obstacles à l'insémination ou au transfert d'embryon le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou la révocation du consentement.

525- Ces couples demandeurs attendent de la PMA une réponse médicale à leur attente. Elle s'analyse en un désir d'enfant. Pour Dominique Bellaïche-Attal,³⁷² gynécologue, « *la légitimité supposée et acceptée socialement de cette demande soutient l'existence d'un désir d'enfant inné chez une femme, mouvement le plus naturel du monde, que l'on ne remet pas en question ... Bref, avec ou sans cause, la stérilité n'est plus tolérée. Un terrain d'entente s'est dessiné : la rencontre réussie de la volonté de concevoir à tout prix et du discours médical semble communiquer et aller dans la même direction : l'illusion de placer la procréation sous contrôle médical dès que la grossesse tarde à s'annoncer et que le manque d'enfant se fait sentir, cause d'une douleur intense, vécue comme un préjudice qui réclame réparation* ». Cependant du désir légitime d'enfant au droit à l'enfant, le glissement est aisé !

Pour Monsieur Terré et Madame Fenouillet³⁷³, « *l'essor de la procréation assistée a, d'ailleurs, favorisé une nouvelle revendication face à la stérilité : celle du droit à l'enfant. Cette dernière expression est inacceptable. Elle tend à faire de l'enfant une chose, alors que l'être souhaité est une personne, soumise certes tant qu'elle est mineure à des pouvoirs, d'ordre familial ou autres, mais non à quelque propriété sujette à revendication* ». Cet avènement d'un nouveau droit subjectif qualifié de « *droit à l'enfant* » a été évoqué en 1991 dans un arrêt de l'assemblée plénière en date du 31 mai. L'assistance médicale à la procréation est en réalité une « *thérapeutique du désir* »³⁷⁴.

526- En effet comme ces auteurs, nous pouvons penser que le désir d'enfant et la demande de procréation assistée répondent bien à une demande relative à un droit. Nous allons progressivement et dangereusement de la notion de l'enfant « *sujet de droit* », à celle de l'enfant « *objet de droit* ». Monsieur Terré et Madame Fenouillet³⁷⁵ l'expriment ainsi : « *Car, si l'enfant souhaité ne peut, à proprement parler, faire l'objet d'un droit, il est tout à fait conforme à la nature qu'il puisse être l'objet d'un désir* ». Monsieur

³⁷² Bellaïche-Attal D., « quelle maîtrise de la procréation ? » Journal Français de psychiatrie, n°20, 2003, p. 4.

³⁷³ Terré F, Fenouillet D., les personnes, la famille, les incapacités, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005, p. 90.

³⁷⁴ Cadou E., La biologisation du droit de la filiation, in Labrusse-Riou C, Le droit saisi par la biologie : des juristes au laboratoire, L.G.D.J., Paris, 1996.

³⁷⁵ Terré F, Fenouillet D., Les personnes, la famille, les incapacités, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005.

Raynaud³⁷⁶ en 1988 s'exprimait ainsi : « A l'heure où, par un étrange paradoxe, des époux stériles recourent à la procréation artificielle pour se procurer un enfant que la nature leur refuse, tandis que la loi permet largement à une femme féconde d'interrompre la grossesse qui lui aurait donné un enfant par les voies naturelles, la question a été nettement posée de savoir si l'enfant est toujours une personne, sujet de droit, ou s'il n'est pas devenu une chose, objet de droit, si la distinction fondamentale entre le sujet et l'objet n'est pas abandonnée, ou du moins si le droit d'avoir un enfant (ou de ne pas en avoir) ne s'oppose pas à celui d'être un enfant ... C'est donc bien parce qu'il est une personne et dans la mesure où il l'est que l'enfant ne saurait être un objet de droit ».

527- Pour reprendre Monsieur Guidicelli³⁷⁷ dans sa thèse de doctorat, « Les progrès de la médecine ont apporté des réponses aux angoisses des couples stériles désireux d'avoir une descendance. Cette offre d'enfant s'est vite transformée en une exigence d'enfant, en un pseudo droit à l'enfant, enfant si possible parfait, à la naissance programmée et dont les parents, à défaut d'en déterminer l'intelligence, pourraient en choisir le sexe ». « On se croit sous le règne de la biologie », a écrit Michelle Gobert³⁷⁸, « parce que celle-ci a réussi à percer les mystères de la nature, alors que l'on est sous celui le plus absolu de la volonté. Les techniques proposent de suppléer la nature voire d'en recréer une autre, et l'homme les met et les mettra de plus en plus au service de sa volonté d'avoir un enfant ».

528- Nous pouvons penser qu'il n'est certes pas acceptable, comme le soutiennent ces auteurs de considérer qu'il existe un « droit à l'enfant ». Mais en revanche, **il existe bien un « Droit de l'Enfant »**. C'est cette dernière notion que nous souhaitons protéger en agissant dans l'intérêt de l'enfant. Il nous semble qu'actuellement ces notions sont en phase d'être confondues et cela ne nous paraît pas acceptable. Ce sont deux notions bien différentes. Il faut retenir l'idée du « Droit de l'Enfant » et non celle d'un « droit à l'enfant ». **L'enfant est un sujet de droit et mérite protection, il ne saurait se réduire à être un « objet de droit »**.

529- Pour Monsieur Guidicelli³⁷⁹, « c'est dans ce contexte où dominant convenance et individualisme que se situe la montée de la vérité biologique dont les empreintes génétiques constituent l'outil absolu. Avec les tests génétiques, on passe de l'exclusion à

³⁷⁶ Cadou E., La biologisation du droit de la filiation, in Labrusse-Riou C, Le droit saisi par la biologie : des juristes au laboratoire, L.G.D.J., Paris, 1996.

³⁷⁷ Guidicelli., Génétique humaine et droit, à la redécouverte de l'homme, Thèse, Poitiers, 1993.

³⁷⁸ Gobert M., « Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes » actes du colloque ,Génétique, procréation et droit, Lausanne 29 et 30 novembre 1985, publication de l'Institut suisse de droit comparé, Actes Sud, éd. Hubert Nyssen, 1985.

³⁷⁹ Guidicelli., Génétique humaine et droit : à la redécouverte de l'homme, Thèse, poitiers, 1993.

l'affirmation du lien de filiation. Cette fonction de désignation des empreintes génétiques projette le droit de la filiation dans une dimension jusqu'alors inconnue ». C'est d'ailleurs, en s'appuyant sur la réflexion de cet auteur, que nous pouvons effectivement penser qu'il y a bien une modification du sens de la filiation avec la montée en puissance de la génétique. Dans le cas particulier de la procréation médicalement assistée, il est plus que nécessaire d'encadrer ces techniques, afin d'éviter d'éventuelles dérives, que la science permettrait de réaliser. D'où l'importance des lois sur la bioéthique mises en place par le législateur en 1994, revues en 2004, et devant l'être de nouveau au cours de l'année 2010 !

§2 - Instrumentalisation de la filiation par la preuve biologique

530- La preuve biologique est en essor constant depuis sa mise en œuvre. L'évolution des connaissances scientifiques, au regard du droit, n'est pas sans contraintes et sans susciter de modifications à notre législation. C'est la raison pour laquelle, notre droit est en constante évolution. Les lois doivent être révisées pour s'adapter aux nouvelles contraintes et découvertes scientifiques. Il n'est pas certain cependant qu'une adaptation systématique de la loi soit nécessaire. Il est toujours possible de légiférer si besoin est.

531- Comme l'a dit très récemment Monsieur Jean-François Mattei³⁸⁰ dans un article de « *La Croix* » sur l'ABC de la bioéthique, « *Il faut cesser de réviser les textes tous les 5 ans* ». Concernant les lois bioéthiques, il considère que : « *Les lois de 1994 avaient été longuement et patiemment préparées par plusieurs années de réflexions et rapports successifs, ces lois étaient novatrices, elles modifiaient le Code civil. En 2004, je me suis rendu compte qu'une révision annoncée affaiblissait la portée et la force de la loi ... Je ne suis pas sûr que l'on ait bien mesuré l'écart entre les sujets à la mode et les valeurs fondatrices de notre société, validées par le conseil constitutionnel* ».

532- Comme le disait Eléonore Cadiou, nous assistons à une « *biologisation* » du droit de la filiation (cf. réf. supra). Il va sans dire que cet aspect nouveau depuis les années 70 ayant une large force probante, dans le domaine de la recherche des origines génétique, n'est pas sans conséquence sur notre droit. C'est ainsi que nous sommes à même de parler d'une modification du sens de la filiation. C'est ce que nous allons essayer de démontrer à présent.

³⁸⁰ Mattei JF., « *Il faut cesser de réviser les textes tous les cinq ans* » in *La Croix*, 9 mars 2009, dossier spécial l'ABC de la bioéthique.

A- La fiabilité de la preuve biologique

533- L'avancée scientifique et les problèmes qui en découlent, touchent le droit civil et plus particulièrement les règles concernant le droit de la filiation. Mais cette influence sur le droit est loin d'être unitaire. Bien au contraire, elle favorise des vérités et des conceptions contradictoires³⁸¹.

Gardien à l'origine de la famille légitime, aujourd'hui protecteur de l'enfant, le droit de la filiation a pour fonction de situer généalogiquement et socialement l'individu³⁸². L'ensemble des mécanismes du droit de la filiation, modifié successivement par la loi de 72 et l'ordonnance de 2005, opère logiquement un rapprochement entre le droit et les données biologiques. « *Un rapprochement pas une adéquation* », comme le soulignait Danielle Huet-Weiller³⁸³. Si les différentes réformes ont renforcé le poids de la vérité scientifique et biologique, elles ont conservé une large place à la vérité sociologique systématisée dans la possession d'état. D'ailleurs l'ordonnance de 2005 renforce le rôle de cette dernière ainsi que nous l'avons déjà souligné.

Pour Monsieur Guidicelli³⁸⁴, dans sa thèse « *Génétique humaine et droit, à la redécouverte de l'homme* », les questions posées par la méthode des empreintes génétiques « *s'inscrivent dans un large mouvement qui opère des transmissions de valeur au sein des axes de la filiation. Il a toujours fallu être deux pour donner la vie. Cette évidence reposait sur des institutions qui consacraient la famille, ou plus exactement une conception de celle-ci née de la vision judéo-chrétienne, comme cellule de base de notre société. Si la notion de famille demeure, elle connaît de nouveaux éclairages dus à l'évolution des mœurs et des sciences* ».

534- Les moyens scientifiques actuels offrent des instruments de preuve extrêmement fiables. Madame Granet³⁸⁵ lors du colloque international de l'institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit en 1995 disait ceci : « *Nous sommes aujourd'hui à la croisée des chemins. Conception à l'ancienne, conception par procréation médicalement assistée avec ou sans tiers donneurs de gamètes ou d'embryons, adoption : il y a plusieurs chemins pour accéder à l'enfant (pour exercer un droit à l'enfant?). Par ailleurs, son géniteur est dénoncé grâce aux expertises d'identification génétique : on sait la vérité sur la paternité. Du droit de la filiation et des lois sur la bioéthique dépendent un choix de société. Il est d'autant plus grave qu'il est sans doute*

³⁸¹ Guidicelli., *Génétique humaine et droit : à la redécouverte de l'homme*, Thèse Poitiers, 1993, op. cit. p. 153.

³⁸² Baudoin J-L et. Larusse-Riou C., « Produire l'homme de quel droit ? »

³⁸³ Huet-Weiller D., « Vérité biologique et filiation : le droit français », in « Droit de la filiation et progrès scientifique », sous la direction de C. Labrusse et G. Cornu, éd. Economica, 1982, p. 11.

³⁸⁴ Guidicelli., « *Génétique humaine et droit, à la redécouverte de l'homme* », Thèse, Poitiers, 1993.

³⁸⁵ Granet-Lambrechts F., rapport français, Colloque international de l'institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit, mars 1995.

irréversible. Les générations à venir se retourneront sur nous pour en juger. D'aujourd'hui dépend demain ».

En effet, ces évolutions scientifiques considérables, que ce soit dans le domaine de la procréation ou celui de la recherche biologique des origines génétiques, ont modifié considérablement le sens de la filiation. **Ces tests génétiques sont devenus les instruments d'un droit de savoir.**

Pour Madame Frédérique Dreiffus-Netter³⁸⁶, « *l'élargissement de l'accès aux empreintes génétiques pose des problèmes éthiques majeurs, du point de vue des libertés et de la protection de la vie privée, de l'intérêt de l'enfant, de la place de la famille dans la société. Les intérêts individuels doivent se concilier entre eux et avec l'intérêt social* ».

Cette preuve scientifique peut permettre très facilement la remise en cause de la filiation et cela par simple convenance.

B- La contestation de la filiation par convenance

⁵³⁵- Comme le précise Madame Sullerot³⁸⁷ : « *La famille n'obéit plus à la tradition ni même aux lois. Elle bouge et craque de l'intérieur, sous la poussée des désirs des individus qui se veulent autonomes* ». C'est la raison pour laquelle, grâce à la possibilité de la preuve scientifique, il est facile de remettre en cause un lien de filiation en cas de situations litigieuses. Les progrès considérables des méthodes scientifiques ont bouleversé la question de la preuve de la filiation. Heureusement, ces expertises biologiques ne sont réservées à la preuve de la filiation que dans ces situations litigieuses.

⁵³⁶- Bien souvent, nous l'avons déjà vu, c'est lorsque la situation familiale évolue que la demande de remise en cause de la filiation voit le jour. Doit-on admettre cette possibilité ? Le sens de la filiation ne se trouve-t-il pas modifié s'il est possible de le remettre en cause par simple convenance ? Que veut dire alors, établir un lien de filiation ? Est-ce la transparence d'une situation à un moment donné mais facile à remettre en cause ? Est-ce que le droit de la filiation doit être au service des intérêts individuels ou représentatif des intérêts de tous ? C'est ce que nous étudierons dans un second chapitre concernant cette volonté « *destructrice* » et les limites envisageables.

³⁸⁶ Dreiffus-Neitter F., « Preuve scientifique et droit de la filiation » in colloque « le droit des preuves au défi de la modernité », la documentation française, 2000.

³⁸⁷ Sullerot E., « Pilule, sexe et ADN, 3 révolutions qui ont bouleversé la famille », Fayard, 2006.

CHAPITRE II : UNE VOLONTE « DESTRUCTRICE » : UNE LIMITE A CETTE RESPONSABILISATION DE LA FILIATION

537- La preuve scientifique de la filiation a progressivement permis de remettre en cause assez facilement des situations de filiations douteuses ou non, tout au moins litigieuses. Il s'agit bien d'une volonté dans la mesure où cette remise en cause vient en général de l'auteur de la volonté « créatrice » du lien de filiation ou de celui qui a omis volontairement de manifester sa volonté « créatrice » du lien, au moment de l'établissement de la filiation. C'est donc bien en ce sens que nous pouvons parler de volonté « destructrice » du lien de filiation préalablement établi.

538- Afin de démontrer cette possibilité « créatrice » ou « destructrice » de la filiation à travers la pluralité des filiations à savoir, biologique, voulue et vécue, Monsieur Jean Hauser et Madame Danielle Huet-Weiller ³⁸⁸ disaient ceci : « Comme l'écrit si bien Monsieur le Doyen Cornu, «le droit de la filiation n'est pas seulement un droit de la vérité. C'est aussi, en partie, un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, des affections, des sentiments moraux, de l'ordre établi du temps qui passe ». Nous dirons que le droit de la filiation n'est pas seulement le droit de la filiation biologique : c'est aussi celui de la filiation voulue et de la filiation vécue. Même en dehors de l'adoption, la volonté y a toujours joué un rôle tantôt créateur, tantôt destructeur. Le caractère volontariste de la filiation s'est accentué à notre époque : en amont, par le contrôle des naissances qui fait de la filiation « une décision, un acte de responsabilité », en aval, par suite des réformes récentes du droit de la filiation : celui-ci attache des conséquences non négligeables aux indications portées dans l'acte de naissance, qui dépendent dans une large mesure, de la volonté de la mère et surtout, il exalte la filiation voulue au travers de la possession d'état ».

539- Cependant, il arrive qu'à un moment donné la situation du couple évolue, la filiation voulue ne correspondant plus à la filiation vécue et c'est en ce sens que, parfois il y aura bien une remise en cause de cette filiation initiale par un acte de destruction volontaire du lien, un désengagement de la responsabilité parentale initiale. C'est ainsi que nous pouvons comprendre le caractère volontaire de la remise en cause du lien de filiation.

³⁸⁸ Hauser J et Huet-Weiller D., Fondation et vie de la famille, Paris, LGDJ, 1993, pp. 201-203.

Dans une société comme la nôtre, sujette à des modifications des modèles parentaux assez fréquents, il n'est pas surprenant de constater une hausse régulière de la remise en cause de ces liens et la volonté « *destructrice* » qu'elle induit.

540- Nous tenterons d'analyser dans une première section, la mise en œuvre et les raisons de cette initiative destructrice, en constatant l'avènement et la force de la preuve biologique remettant en cause la filiation : quelles ont été les conséquences jurisprudentielles et l'évolution législative qui ont suivi. Puis, dans une seconde section, nous en constaterons les limites et essaierons de définir clairement le droit d'agir des parents, au nom de quels principes, ainsi que la défense de la nécessité du respect du statut juridique de l'enfant. Nous en arriverons à poser le principe de la nécessité de fonder la filiation sur une éthique de la responsabilité.

SECTION 1 - FONDEMENTS ET MISE EN ŒUVRE DE LA VOLONTÉ DESTRUCTRICE

541- **L'initiative destructrice du lien de la filiation vient d'un acte volontaire se concrétisant par une contestation du lien de filiation.** Il ne s'agit pas de constater un nouveau lien de filiation mais de remettre en cause un lien existant au préalable. Il s'agit bien d'un acte de volonté du parent, le plus souvent, ou émanant d'un tiers extérieur, même si cette seconde hypothèse a déjà été étudiée par ailleurs, ne s'agissant pas d'une volonté parentale stricto sensu.

C'est ainsi que nous sommes à même de considérer que la volonté destructrice se situe bien dans le cadre de la filiation volontaire dans la mesure où, parfois, il y a volonté de ne plus reconnaître ce lien de filiation initialement créé, lors de la manifestation de l'engagement créateur du lien. D'où l'importance de ce pouvoir de la volonté dans le droit de la filiation. Volonté à la fois « *créatrice* » et pouvant devenir « *destructrice* » par la suite.

542- La question ici est de savoir si cette volonté « *destructrice* » ne va pas à l'encontre des principes proposés par Madame Dekeuwer-Defosse dans son rapport sur la réforme du droit de la famille en 1999, dont le principe fondamental était la nécessité de fonder la filiation sur une éthique de la responsabilité : une filiation à la fois volontaire et responsable. Il est intéressant de s'interroger sur la portée de ce principe dans le cas d'une volonté destructrice. Comment comprendre la responsabilisation de la filiation ? Une remise en cause possible de la filiation instituée au départ est-elle admissible ?

543- Quand cette volonté « *destructrice* » peut-elle être la transparence d'un acte de responsabilité ? Quand cet acte s'inscrit-il dans une logique de protection des intérêts de l'enfant ? La destruction d'une filiation présente-elle le caractère d'une éthique de la responsabilité ? La preuve biologique est-elle au service de cette éthique de la responsabilité ? Il est nécessaire qu'il y ait un certain équilibre entre la stabilité de l'état et l'accès à la preuve biologique. C'est d'ailleurs ce qui a été envisagé par l'ordonnance de 2005, dans la droite ligne de ce qui avait été proposé par le rapport de réforme de 1999.

Sous-section 1 L'AVENEMENT ET LA FORCE DE LA PREUVE BIOLOGIQUE REMETTANT EN CAUSE LA FILIATION

544- Entrée discrètement dans le Code civil par le biais de l'action en recherche de paternité naturelle, la preuve scientifique a tout d'abord désigné la possibilité de l'examen des sangs, ceux-ci permettant en 1972 de conclure à une exclusion de paternité³⁸⁹. L'exacerbation de la vérité des liens du sang est avivée, tant par le développement des preuves scientifiques certaines du lien génétique, que par le déclin du mariage face aux autres formes de conjugalité et à l'affaiblissement de la présomption de paternité.

Madame Dreifuss-Netter³⁹⁰, nous rappelle que « *c'est dans ce contexte que se sont produites les célèbres créations jurisprudentielles élargissant, par une interprétation a contrario de certains articles du Code civil, le domaine des actions en contestation de paternité légitime* ».

545- Un peu plus tard, le perfectionnement et la généralisation des techniques fondées sur la comparaison des séquences d'ADN, introduisant un degré supplémentaire de certitude, devaient conduire le législateur à libéraliser, en 1993, l'action en recherche de paternité naturelle en supprimant les fins de non-recevoir remplacées par l'exigence de présomptions et indices graves.

546- Mais en 1994, lors du vote des lois dite de « *bioéthique* », des dispositions ont été adoptées et introduites aux articles 16-11 et 16-12 du Code civil afin de réglementer spécialement « *l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques* ».

Il ne fallait pas non plus que cette preuve scientifique aussi fiable soit-elle, soit utilisée à outrance sans respect de l'individu et en dehors du cadre spécifique du procès.

³⁸⁹ Dreifuss- Netter F., Preuve scientifique et droit de la filiation in colloque, le droit des preuves au défi de la modernité, la documentation Française, 2000.

³⁹⁰ Dreifuss- Netter F., Preuve scientifique et droit de la filiation in colloque, le droit des preuves au défi de la modernité, la documentation Française, 2000.

547- C'est ainsi que la preuve génétique est devenue la « *reine des preuves* » en droit de la filiation, de part sa certitude et son utilisation dans le cadre du contentieux de la filiation. Grâce à cette technique de l'identification par l'ADN, nous arrivons à des certitudes quant à la vérité biologique de la filiation. Pour Madame Dreifuss-Netter ces preuves scientifiques sont devenues les auxiliaires des procès en filiation. En effet celles-ci ne s'utilisent que dans le cadre du procès : « *la preuve scientifique ne parle pas en dehors des prétoires* ». Il n'est de force de la preuve scientifique que dans le cadre du contentieux.

548- La filiation est un lien de vérité mais de quelle vérité s'agit-il alors ?

L'enfant peut-être rattaché à ses parents de diverses manières. Dire « *c'est mon enfant* » cela veut à la fois dire « *c'est le mien* », mais aussi « *c'est le nôtre car nous sommes les auteurs de sa conception* ». Cela veut également dire « *c'est le nôtre car il s'agit de l'enfant que l'on aime, que l'on élève et qui se comporte comme notre enfant* ». Il a la possession d'état d'enfant vis-à-vis de ses parents. En ce cas précis, il s'agit bien d'une filiation non pas d'ordre biologique mais sociologique. Toute la question est de savoir jusqu'où l'amour pour cet enfant est susceptible de tenir et de ne pas être remis en cause.

549- Or dans notre société où l'individualisme et la satisfaction des intérêts personnels sont prépondérants, cette filiation sociologique devient de plus en plus fragile. Cela d'autant plus facilement que sa remise en cause et sa facilité de preuve avec la fiabilité de la preuve génétique sont importantes. Et c'est bien en ce sens, que nous pouvons considérer qu'il s'agit bien d'une **volonté, qui au départ se voulait « créatrice » d'un lien de filiation se voit par la suite « destructrice » de ce même lien de filiation établit à l'origine. L'enfant devient bien un « objet de droit », il n'est plus considéré comme un « sujet » à part entière.**

550- Cette volonté « *destructrice* » de la filiation avec l'utilisation de la preuve biologique ne peut s'exercer que dans le cadre d'une action en contestation de filiation et en respectant certains délais. Ce type d'action, de recherche ne peuvent se faire en dehors de toute juridiction. En conséquence, elles sont spécifiquement encadrées. C'est d'ailleurs dans ce domaine que l'œuvre de l'ordonnance de 2005 a été le plus spectaculaire : le père ou la mère peuvent remettre en cause leur engagement initial.

Dans un souci de protection de la stabilité de la filiation, l'article 333 du Code civil dispose : « *Lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par 5 ans à compter du jour où la possession d'état a cessé. Nul ne peut*

contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins 5 ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement ».

Le législateur face à une jurisprudence abondante, a entendu protéger l'enfant en raccourcissant le délai d'action en contestation. Tout un chacun doit avoir conscience de l'engagement sérieux et durable qu'il prend lorsqu'il établit une filiation.

De même, l'état de la personne étant indisponible, toutes ces démarches doivent être menées devant des Juges. L'examen des sangs et la technique des empreintes génétiques sont rigoureusement réglementés. L'article 16-11 du Code civil prévoit en effet qu'en matière civile, il ne peut être procédé qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le Juge saisi d'une action tendant à l'établissement ou à la contestation du lien de filiation. Tout cela réduisant les possibilités de poursuivre la « quête » de la filiation véritable. Du moins limite-t-on l'accès à une vérité biologique à tout prix.

551- Notre étude porte sur la contestation de la filiation pour laquelle il y avait eu au départ engagement parental initial à savoir l'engagement en qualité de père ou de mère. Cette protection de la stabilité de la filiation passe, comme le dit Madame Fenouillet³⁹¹, « *Par une restriction temporelle de l'action. La loi ferme l'action si la possession d'état a duré au moins 5 ans depuis la naissance ou la reconnaissance. C'est-à-dire que la loi ferme l'action si le titre et la possession d'état ont tous les deux existé en même temps pendant 5 ans ; la filiation devient de fait inattaquable* ». L'ordonnance de 2005, en modifiant les délais a renforcé la stabilité de la filiation. Celle-ci peut être détruite dans des délais largement raccourcis et l'intérêt de l'enfant se voit protégé.

Des délais trop importants pour la contestation de la filiation favorisaient une trop grande instabilité de l'état. C'est la raison pour laquelle Madame Dekeuwer-Deffossez dans son rapport de 1999 envisageait déjà une réduction de ceux-ci dans un souci de protection de la stabilité de l'enfant.

Madame Irène Théry³⁹² dans son rapport de 1998 considérait que « *La fonction du droit n'est pas simplement une fonction de gestion ou de contrôle des identités, mais d'abord une fonction symbolique, qui fait écho à la formule désormais célèbre de Pierre Legendre (1985), reprenant le commandement du Droit Romain Vitam Instituere : «Il ne suffit pas de produire de la chair humaine, encore faut-il l'instituer* ». Or, de façon croissante, l'institution de la filiation devient incertaine, fragile, incohérente, contradictoire, soumise à une double pente : celle de la tyrannie des volontés privées

³⁹¹ Fenouillet D., Droit de la famille, Cours dalloz, 2^{ème} édition, 2008.

³⁹² Théry I., Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, 1998, O. Jacob et la documentation française.

d'un côté, celle de la tyrannie du biologisme de l'autre. Ces deux pentes, paradoxalement, ne s'équilibrent pas mais se nourrissent ».

552- Il était nécessaire de réformer et c'est ce qu'a fait l'ordonnance de 2005 en encadrant spécifiquement la preuve scientifique et en limitant les acteurs et les délais pour agir en contestation de la filiation dans un souci du respect de l'enfant et de la stabilité de son état. En effet, comme le disait Irène Théry³⁹³ dans son rapport, « *la société ne sait plus très bien ce qu'elle nomme « un parent ». De là pour les enfants de notre temps une incertitude identitaire quant à leur appartenance, incertitude qui peut, pour certains d'entre eux, se traduire par une insécurité identitaire réelle : filiation abolie, pères successifs, changement de nom, de grands parents ... ».*

Cette tendance laissée à la volonté privée n'est pas sans conséquence sur l'insécurité de la filiation, Madame Théry dit encore ceci : « *Dans les cas les plus dramatiques, qui se multiplient aujourd'hui, elle poussera un homme à la reconnaissance de complaisance d'un enfant par amour de la mère, puis la défera comme mensongère, si la paternité devient encombrante après une séparation du couple ».*

553- Une limite cependant est à avancer à cette nécessité de stabiliser le lien de filiation, dans la mesure où il n'est pas toujours souhaitable de maintenir à tout prix des paternités forcées. Mais il était plus que choquant de voir comment la jurisprudence avait pu si largement ouvrir des actions en contestation, qu'il s'agisse des délais pour exercer, des motifs invoqués et des personnes pouvant agir.

554- En effet, comme nous l'avons déjà étudié dans la première partie de notre étude la jurisprudence n'a cessé d'abonder face à cette montée en puissance du tout scientifique. Revenons maintenant sur le domaine particulier de la contestation volontaire de l'engagement parental de la filiation par le moyen de la preuve scientifique.

Sous-section 2 L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE ET LEGISLATIVE DE CETTE AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ PARENTALE

555- Lors de l'établissement initial du lien de filiation, il n'est bien entendu procédé à aucun contrôle de la véracité biologique de celui-ci. La plupart du temps et fort heureusement la filiation juridique coïncide avec les liens du sang. En cas de volonté de remettre en cause ce lien initial, divers actions étaient et sont possibles, la jurisprudence évoluant régulièrement en la matière.

³⁹³ Théry I., Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, 1998, O. Jacob et la documentation française.

§1 - L'évolution de la notion de désaveu de paternité

556- Pour Monsieur Terré et Madame Fenouillet³⁹⁴, « *une vieille tradition latine, à laquelle certains sont encore attachés, faisait de la contestation de paternité un monopole du mari. C'est à lui et à lui seul que l'action fut longtemps réservée, contrairement au principe classique de procédure en vertu duquel toute personne ayant un intérêt né et actuel, direct et personnel, a qualité pour agir en justice. Il n'appartenait qu'au mari de dénoncer l'infidélité de sa femme en désavouant l'enfant* ». En effet, avant la réforme de 1972, l'autorité de la présomption de paternité était très grande. Le mari était le seul à pouvoir la contester par le biais de l'action en désaveu de paternité. Le mari avait, à lui seul, le monopole de cette action. Si bien que ni la mère, ni un tiers se présentant comme le véritable père de l'enfant, ne pouvaient renverser cette présomption.

557- Ce **désaveu de paternité** est une expression qui est techniquement réservée à « ***l'action intentée par le mari en vue de faire écarter le rattachement normal de l'enfant issu de sa femme*** »³⁹⁵. De fait, de part l'existence de cette action unique, il était à l'époque impossible de faire établir la véritable filiation de l'enfant.

558- Avec l'avènement des découvertes scientifiques et la possibilité de déterminer la filiation véritable, la législation a été contrainte d'évoluer. Tout d'abord, avec l'arrivée de la loi de 1972 qui permit de détruire plus facilement la paternité légitime fictive et de permettre de rattacher l'enfant à son véritable père. Cette recherche de la vérité biologique était l'objectif majeur de la loi de 1972. Monsieur Courbe nous rappelle que « *Elle passait donc par un affaiblissement de l'autorité de la présomption de paternité légitime. C'est pourquoi le législateur avait assoupli les conditions du désaveu de paternité (le terme de « désaveu » n'était utilisé que lorsque la présomption de paternité était renversé par le mari de la mère). Si une autre personne que le mari tentait de renverser la présomption de paternité, il s'agissait alors d'une « contestation »*. Cette dernière hypothèse n'intéresse pas notre réflexion dans la mesure où il s'agit de la volonté destructrice, comme une limite à cette volonté parentale initiale. En revanche le désaveu est bien une manifestation parentale de volonté de destruction du lien de filiation initial. Comment celui-ci a-t-il évolué sous la double influence de la jurisprudence et de la législation ?

³⁹⁴ Terré F et .Fenouillet D., Les personnes-la famille-les incapacités, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005.

³⁹⁵ Bénabent A., Droit Civil, La famille, Litec, Paris, 11^{ème} édition, 2003.

559- Reprenons Monsieur Terré et Madame Fenouillet³⁹⁶, « *Le désaveu de paternité n'était ouvert par le Code civil que dans de strictes conditions. Le mari devait généralement établir sa non paternité ; cette preuve étant difficile, le Code civil imposait en principe que soit démontré par le mari l'impossibilité physique de cohabitation, qui ne pouvait résulter que de son éloignement ou de son impuissance accidentelle pendant toute la période légale de conception ...* ».

Les faits permettant de désavouer étaient limitativement énumérés par la loi. Celle de 1972 a par la suite assoupli les règles applicables. Plusieurs éléments avaient inspiré les rédacteurs de la réforme. Tout d'abord et cela va de soi, les progrès de la science, ceux-ci permettant d'établir directement la non paternité d'un individu. En effet, la recherche de la vérité biologique impliquait que cette paternité légitime fictive puisse être plus facilement renversée afin de pouvoir rattacher l'enfant à son vrai père. C'est aussi lié à l'évolution du droit allant dans le sens d'une plus grande protection des enfants naturels voire adultérins.

Pour Madame Fenouillet³⁹⁷, « *Ce désaveu de paternité légitime était une action qui était ouverte au père (ou éventuellement à ses héritiers) pendant un bref délai de six mois (ancien art 316 du Code civil), l'action devant être exercée contre un administrateur ad hoc désigné par le juge des tutelles « en présence de la mère » (ancien art. 317 du Code civil). Son succès supposait que le père présumé « justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas...être le « père » de cet enfant (ancien art. 312, al. 2 du Code civil) ».* Madame Fenouillet, nous précise encore que « *Le père pouvait exercer non seulement le désaveu de droit commun en prouvant qu'il n'était pas le père (ancien art 314, al. 2 du Code civil), mais « même » exercer un désaveu dit « simplifié » : il lui suffisait alors de se prévaloir de « la simple preuve de la date de l'accouchement » (anc. Art. 314, al. 3). Cette date permettait en effet, grâce à la présomption légale relative à la gestation de déterminer la date de la conception, et établissait sans difficulté que l'enfant avait été conçu avant le mariage de sa mère, si bien que le mariage ne suffisait pas à le rattacher au mari de sa mère. Mais ce désaveu dit « simplifié » était fermé s'il était établi que le mari de la mère connaissait la grossesse avant le mariage ou qu'il s'était comporté comme le père après la naissance. Dans les deux cas, l'attitude du mari de la mère était une sorte d'acceptation de l'enfant à venir ou déjà né qui valait aveu de paternité ; il ne restait alors plus au mari de la mère que la voie du désaveu ordinaire, c'est-à-dire qu'il devait établir qu'il n'était pas le père de l'enfant* ». Il s'agissait et nous l'avons déjà évoqué d'une sorte de monopole marital.

³⁹⁶ Terré F et .Fenouillet D., Les personnes-la famille-les incapacités, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005.

³⁹⁷ Fenouillet D., Droit de la famille, Cours Dalloz, 2^{ème} édition, 2008.

Par la suite l'ordonnance de 2005 supprima ce désaveu simplifié et désormais la loi affirme sans distinction « *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ».

560- A coté de ce désaveu, il existe d'autres modes de contestation de la paternité par le père ou la mère.

§2 - La contestation de la paternité ou de la maternité par ses auteurs

561- Dans le cas d'un enfant ayant bénéficié d'une reconnaissance de paternité, cette reconnaissance est un acte de volonté privée. La filiation d'un enfant établie par reconnaissance est une filiation voulue présumant la vérité du lien créé³⁹⁸. Elle ne peut émaner que du père ou de la mère³⁹⁹. Comme Madame Bottiau⁴⁰⁰, nous pouvons dire que « *Telle est justement la raison pour laquelle il faut craindre de la voir un jour suspendue à la vérification préalable de sa paternité par l'homme ayant eu des relations intimes avec la mère pendant la période de conception, que cette vérification ait eu lieu avant ou après la naissance* ». C'est ici d'ailleurs que nous pouvons envisager la notion de reconnaissance de complaisance.

562- Prenons pour exemple une décision du Tribunal de grande instance de Strasbourg en date du 27 mai 1983⁴⁰¹ dans laquelle l'auteur d'une reconnaissance conteste cette dernière, 29 ans plus tard. Il s'agit d'un cas d'espèce dans lequel les auteurs ont utilisé la preuve par l'expertise sanguine dans le domaine de la contestation de reconnaissance. Dans ce cas, nous constatons bien l'influence de la loi de 72 dans une de ses manifestations évidentes, à savoir la place de la vérité biologique dans le droit de la filiation. L'expertise sanguine à l'époque avait une place de choix.

Cependant et c'est ici notre cas d'espèce, il ne s'agit que d'un moyen de preuve parmi d'autres. Rappelons ici qu'en 1983 le juge n'était pas obligé d'utiliser cette preuve s'il estimait que cela n'était pas nécessaire. En l'espèce, il y a eu reconnaissance par le père dix-neuf mois après la naissance de l'enfant. Cela ne saurait prouver le caractère mensonger de cette reconnaissance. L'enfant défenderesse fait observer qu'elle a toujours eu la possession d'état légitime. Ce n'est que 29 ans plus tard que l'action en nullité a été engagée, soit 22 ans après le divorce du demandeur et de sa mère. De plus, le refus de la mère appelée en intervention forcée de se soumettre à l'examen

³⁹⁸ Véron M., Volonté du père et reconnaissance d'enfant, RTD Civ., 1967, 521.

³⁹⁹ Elle est un aveu de filiation, confession de l'un et admission de l'autre.

⁴⁰⁰ Bottiau A, « Empreintes génétiques et droit de la filiation », D.,1989, chr., 39^{ème} cahier.

⁴⁰¹ TGI, Strasbourg, 3^{ème} chbre civile, 27 mai 1983, note D. Huet-Weiller.

hématologique ne suffit pas non plus à lui seul, à démontrer le caractère mensonger d'une reconnaissance. Les conséquences déduites du dit refus par le tribunal concerne non pas son auteur mais la défenderesse qui, elle, est étrangère à ce refus et n'a aucun moyen de passer outre.

563- Pour Madame Huet-Weiller, « cette décision est instructive quant au rôle que peut jouer l'expertise sanguine en matière de contestation de reconnaissance. Il va de soit en effet que, de tous les moyens de preuve qui s'offrent au demandeur, l'incompatibilité des groupes sanguins est le plus sûr et le plus efficace. Mais ce n'est quand même qu'un moyen de preuve. Aussi appartient-il au demandeur de le mettre en œuvre. Le juge n'a pas à prescrire d'office un examen des sangs. Il ne doit l'ordonner qu'en vue de fortifier des éléments d'application déjà existants justifiant dans une certaine mesure le bien fondé de l'action ». Toujours pour cet auteur, « Il peut refuser de le faire s'il s'estime suffisamment éclairé par d'autres preuves. Précisément dans notre cas d'espèce, il y a refus de se soumettre à l'expertise sanguine par la mère. Cette dernière, appelée en intervention forcée ne s'était pas rendue à la convocation. Mais la Cour de cassation a décidé que ce refus ne suffisait pas à lui seul à démontrer le caractère mensonger de la reconnaissance et le Tribunal de grande instance de Strasbourg a raison de penser que « malgré la nouvelle législation en matière de preuve, cette jurisprudence doit être maintenue » ». Reste à noter ici pour Madame Huet-Weiller, « le caractère extrêmement tardif de l'action engagée par l'ex-mari de la mère dans cette affaire (action introduite 29 ans après la reconnaissance et 22 ans après le divorce !) et le fait que, l'enfant dont la reconnaissance contestée avait permis la légitimation, prétendait avoir toujours jouit de la possession d'état d'enfant légitime ».

564- Il est évident de constater ici à quel point cette possibilité d'envisager une remise en cause de sa propre reconnaissance paraît incroyable et inacceptable tant d'un point de vue humain que juridique. La loi de 1972 prônait la vérité à tout prix mais, de telles décisions de jurisprudence nous éclairent sur les limites que malgré tout la jurisprudence a pu apporter à la loi face à cette volonté incroyablement destructrice, et ce en dehors de toute humanité.

Cette loi de 72 est née dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, marquée par le souci que la parenté corresponde encore plus à la réalité biologique. En effet, l'aboutissement de ce mouvement mené davantage par les positivistes que par les historiens du droit va aboutir effectivement à **la loi du 3 janvier 1972, qui fait du rattachement de l'enfant à ses parents biologiques un des principes fondamentaux du droit de la filiation.**

565- Cependant, ceux qui laissent une place suprême à la vérité biologique pour des raisons d'évidence n'hésitent pas à modérer leurs propos. Ils reconnaissent la nécessité de faire une place au vécu, aux valeurs qui limitent cette logique. Comme le dit Monsieur Cornu⁴⁰² « *Le droit de la filiation n'est pas seulement un droit de vérité. C'est aussi, en partie, un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, des affections, de sentiments moraux, de l'ordre établi, du temps qui passe, ensemble de données souvent contingentes, au dosage desquelles préside, sans note péjorative, le sens de l'opportunité et qui, dans la confluence des sources de la filiation, fait apercevoir, mêlée aux exigences naturelles supérieures (vérité, égalité) une politique de filiation* ».

566- Monsieur Courbe⁴⁰³ considère que « *La recherche biologique est bien l'objectif majeur de la loi de 1972* ». De fait, la paternité légitime fictive pouvait être facilement détruite afin que l'enfant puisse être rattaché à son véritable père. Cela passait donc par un affaiblissement de la présomption de paternité légitime. Mais postérieurement à la réforme, la Cour de cassation avait affaibli davantage la présomption. En procédant à une interprétation a contrario de certains articles, elle avait créé de nouvelles actions en contestation, ruinant la logique de la construction édifiée par le législateur. Monsieur Courbe de considérer : « *En définitive, l'édifice bâti par le législateur, en 1972, avait été sinon détruit par la Cour de cassation, du moins fortement ébranlé au nom de la vérité biologique. Dès lors, en effet, que l'enfant était dépourvu d'une possession d'état d'enfant légitime actuelle, l'action en contestation fondée sur l'article 322 a contrario rendait sans intérêt les autres actions. On comprend que ces créations prétoriennes aient pu faire l'objet de vives critiques, même si des justifications nouvelles éclairent des avantages demeurés jusqu'ici dans l'ombre. Mais les lois bioéthiques promulguées en 1994 affichaient des objectifs peu compatibles avec la recherche à tout prix de la filiation biologique, de sorte que le droit positif avait perdu de sa cohérence* ».

567- **L'ordonnance de 2005 a permis de garantir une certaine sécurité de la filiation** dans un contexte de ce type. En effet, à partir du moment où il y a titre ou reconnaissance et possession d'état de 5 ans, il n'y a plus de possibilité de contester la filiation. Cela permet en effet de responsabiliser la filiation et éviter de telles volontés « *destructrices* ». Cela permet également de **sécuriser une filiation qui, au-delà d'un certain délai, ne pourra plus être remise en cause**. C'est d'ailleurs en ce sens que nous pouvons parler de limites à cette volonté destructrice de la filiation.

⁴⁰² Cornu G., Droit civil, La famille, 7^{ème} édition, 2001.

⁴⁰³ Courbe P., Droit de la famille, Sirey université, 5^{ème} édition, 2008.

SECTION II - LES LIMITES A CETTE VOLONTE « DESTRUCTRICE »

568- La volonté « *destructrice* » de la filiation existe bien en droit de la filiation. Nous l'avons analysée. Dans un souci de sécurité et de stabilité de la filiation, il nous paraît opportun de comprendre en quoi cette volonté, certes existe, mais de quelle manière il est possible d'en délimiter les conséquences néfastes, pour l'enfant et pour l'équilibre familial.

Comment d'ailleurs cet encadrement de la volonté destructrice, à savoir cette volonté de contester une filiation déjà établie, s'est-il modifié, a-t-il évolué au cours du temps, au gré des évolutions jurisprudentielles et législatives ?

Nous essaierons, par là même, de comprendre en quoi le législateur a régulièrement réajusté ces délais de contestation afin de protéger au mieux les intérêts de l'enfant dont la filiation est remise en cause ou susceptible de l'être. C'est d'ailleurs dans le domaine de la contestation de la filiation que l'œuvre de l'ordonnance de 2005 a été le plus spectaculaire.

569- Antérieurement à cette ordonnance, il existait beaucoup de possibilités pour agir en contestation. Il fallait distinguer selon que la filiation était légitime ou naturelle, selon qu'il s'agissait d'une action en contestation de la maternité ou de la paternité, ... Le tout était d'une très grande complexité et manquait bien souvent de cohérence. L'intérêt de l'enfant n'était pas assez protégé face aux intérêts particuliers des adultes pas toujours responsables. Il devenait urgent d'encadrer.

570- En effet, dans un contexte sociologique où la volonté individuelle et la satisfaction personnelle prédominent, il est plus qu'important de bien encadrer cette volonté destructrice afin de protéger l'enfant des intérêts privés des adultes. L'enfant n'est pas un « *objet de droit* » mais bien « *un sujet* ». C'est à ce titre qu'il doit être respecté. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de définir clairement le droit d'agir des parents au nom du respect du statut juridique de l'enfant.

Sous-section 1 L'OBLIGATION DE DEFINIR CLAIREMENT LE DROIT D'AGIR DES PARENTS

571- L'ordonnance de 2005 sur la filiation a enfermé la contestation de la filiation dans des délais brefs pour assurer à l'enfant la stabilité de sa filiation. Cependant, Madame Mirkovic⁴⁰⁴ considère que « *Ces délais vont se retourner contre un certain nombre d'entre eux en les privant définitivement de leur « véritable filiation paternelle »* ».

En effet, une règle posée dans l'intérêt de l'enfant en général peut se heurter à l'intérêt de tel enfant particulier. Pourtant, si cela justifie de l'écarter, il n'y a plus de droit qui tienne car il n'est pas une règle du droit de la filiation qui ne soit susceptible, dans tel cas précis, de se heurter à l'intérêt de tel enfant. Madame Mirkovic de conclure : « *Il est bien naïf de prétendre que l'enfant ne doit pas payer le prix des erreurs des adultes et que la justice devrait, au nom de l'intérêt de l'enfant, écarter les règles impératives qui sont là précisément pour sa protection* ». Il est en effet préférable de faire en sorte de protéger au mieux les intérêts des enfants en général, au risque que dans certains cas particuliers, cela en desserve certains.

572- En matière de contestation de filiation, l'ordonnance prévoyait un délai court de 5 ans au delà duquel aucune contestation n'était possible. Cette action était prévue par l'article 335 du Code civil. Il posait une règle spéciale : lorsque la filiation était établie par possession d'état constatée par un acte de notoriété. Le délai de l'action étant de 5 ans à compter de la délivrance de l'acte. C'est d'ailleurs, en ce sens que nous pouvons parler de sécuriser la filiation dans la mesure où, au delà de ce délai, il n'y a plus de contestation possible. Antérieurement à l'ordonnance, la contestation était possible pendant un délai de 30 ans, sans distinguer s'il y avait ou non acte de notoriété.

573- Lors de la réforme de janvier 2009, à l'occasion de la ratification de l'ordonnance sur la filiation, est intervenue une modification très significative, et peut-être même contraire à l'esprit de l'ordonnance, du moins c'est que pense Madame Larribau-Terneyre⁴⁰⁵ : « *Le délai de contestation de la filiation établie par possession d'état est porté de 5 ans à 10 ans par l'article 335 nouveau alors que l'ordonnance de 2005 visait avec ce délai plus court de 5 ans, à la sécurisation plus rapide de la filiation établie par possession d'état. Mais le délai général de prescription étant de 10 ans, on comprend l'alignement ainsi opéré* ». Doit-on considérer que la sécurité de la filiation est de nouveau menacée ?

⁴⁰⁴ Mirkovic A., « Etat civil, mères porteuses : analyses de droit de la famille », JCP éd G., n°6, 4 février 2009, p. 37 et suivantes.

574- Cette contestation de paternité suppose que soit rapportée par tous moyens la preuve que le mari n'est pas le père de l'enfant ou que celui qui a fait établir une reconnaissance n'est pas l'auteur de l'enfant. L'expertise biologique, depuis le 28 mars 2000, étant de droit en matière de filiation, la vérité de la filiation doit pouvoir être établie, ce qui indirectement assure la stabilité de la situation de l'enfant.

Sous-section 2 AU NOM DU RESPECT DU STATUT JURIDIQUE DE L'ENFANT

575- C'est autour de l'enfant que s'organise le droit de la famille contemporain. Fruit de l'union d'un homme et d'une femme, l'enfant est, en principe, rattaché juridiquement à ses père et mère par un lien de filiation. **Le Droit de l'Enfant est donc avant tout le Droit de la filiation et plus précisément la protection de celui-ci au nom de son statut.**

576- L'enfant est un sujet de droit et c'est d'ailleurs à ce titre que le droit de la filiation se doit de le protéger. Le droit doit se préoccuper de la vie de l'enfant jusqu'à son accession à la majorité. A la différence de l'adulte, l'enfant mineur ne peut diriger seul sa vie. Sa faiblesse naturelle l'empêche de veiller lui-même à ses propres intérêts. Il doit de ce fait être protégé et éduqué afin de pouvoir parvenir, dans les meilleures conditions, à l'âge adulte. A cette fin, le droit confère à l'enfant mineur un statut juridique particulier adapté à sa faiblesse et régit ses relations avec ses parents, titulaires de l'autorité parentale et tenus d'une obligation d'entretien de leur enfant.

577- Cette action volontaire « *destructrice* », si elle obtient gain de cause, a pour effet d'annuler rétroactivement le lien de filiation. Cet anéantissement rétroactif du lien de filiation fait disparaître les diverses obligations d'entretien et de responsabilité rattachées à l'autorité parentale. Les tribunaux, en ces cas d'espèce peuvent, afin d'éviter une rupture définitive de l'enfant avec la personne qui prenait soin de lui, décider d'un droit de correspondance, d'un droit de visite. Par contre, il est impossible de fixer la résidence de l'enfant chez le parent pour lequel la filiation a été annulée.

Dans le cas particulier de la reconnaissance mensongère, l'enfant ayant subi un préjudice peut obtenir réparation auprès de l'auteur de la reconnaissance mensongère.

Il est plus que nécessaire de sauvegarder l'enfant, celui ci bénéficiant comme tout sujet de droit de la sauvegarde de ses intérêts.

⁴⁰⁵Larribau-Terneyre V., « Quatre ans après...Réforme à l'occasion de la ratification de l'ordonnance sur la filiation », Dr fam., n°2, février 2009.

578- Comme le dit Monique Gomar⁴⁰⁶, « le droit va permettre une objectivation de la responsabilité. Il va rendre la responsabilité effective et efficiente ; ce n'est pas seulement en tant qu'individu que l'homme se trouve engagé mais en tant que sujet libre, qui accepte une responsabilité solennelle à l'égard de l'autre et une responsabilité irrévocable à l'égard de l'enfant. Le droit officialise une éthique de la solidarité familiale reconnue comme communauté d'engagements, de traditions, de valeurs, affirmant la volonté d'aller plus loin ensemble dans la construction d'une œuvre commune ».

C'est notamment en raison de cette responsabilité créée par le lien de filiation que la volonté destructrice de celle-ci va se voir limitée.

579- En cas d'enfant conçu à l'aide de la technique de la procréation médicalement assistée avec donneur, il est de principe qu'il est interdit de contester un tel lien de filiation. La filiation est alors fondée sur l'engagement à cette procréation médicalement assistée. Le père de l'enfant ne pourra jamais remettre en cause cette filiation paternelle. Il ne pourra jamais y avoir de recherche de filiation de la part du donneur, puisqu'en France la règle de l'anonymat est de principe. La filiation issue de la procréation médicalement assistée est en quelque sorte un lien qui repose sur une fiction impérative. L'établissement de la filiation naît du consentement à la procréation assistée. L'homme lorsqu'il y a consenti ne peut pas par la suite la remettre en cause. Sa responsabilité sera engagée non pas sur le fondement biologique, mais sur le fondement de la volonté. A l'inverse pour la mère, à la différence du père, si elle ne reconnaît pas l'enfant, aucun procédé pour établir judiciairement une filiation maternelle, ni une quelconque responsabilité pour le non respect de sa promesse de filiation, n'a été prévu⁴⁰⁷. Ainsi, une femme ayant accepté la procréation médicalement assistée, pourrait accoucher anonymement, puisque rien ne s'y oppose. La loi en effet, ne prévoit aucune méthode d'établissement forcé de la filiation, ni aucune responsabilité de la femme qui refuse à l'enfant la filiation promise⁴⁰⁸.

Nous ne pouvons que critiquer cette différence entre l'homme et la femme dans ce contexte de consentement donné à la procréation médicalement assistée. Caroline Siffrein-blanc⁴⁰⁹ dit très justement : « Ainsi le système de parenté oscille entre une place prédominante de la logique de « volonté-responsabilité » et un triomphe de la « volonté-liberté ». La femme peut recourir à une filiation détachée de la composante biologique puis désirer, à son gré, échapper à sa maternité initialement voulue ; et tout cela dans le cadre d'un processus niant le lien biologique originel de la procréation. Dès lors, l'enfant

⁴⁰⁶Gomar M., « La nécessaire consécration du droit » in « problèmes politiques et sociaux, filiations : nouveaux enjeux », la documentation Française, n°914, juillet 2005.

⁴⁰⁷ Neirinck C., « le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée », LPA, 14 décembre 1994, n°149, p. 54.

⁴⁰⁸ Granet F., « Secret des origines et promesse de filiation, (Procréation médicalement assistée, filiation et connaissance des origines) », LPA, 2 octobre 1999, n°119, p. 5.

⁴⁰⁹ Siffrein-Blanc C., La parenté en droit civil français, Thèse, Aix-Marseille III, 2008.

né sous X n'aura ni père, ni mère juridique, ni biologique : un enfant de « nulle part » ; la contradiction a atteint ici son paroxysme ». Nous pouvons dans ce contexte, très particulier nous interroger sur le respect du statut juridique de l'enfant ?

CONCLUSION

580- Cette volonté d'établir un lien de filiation se manifeste par la possibilité offerte au responsable de la dite filiation de créer volontairement ce lien ou de le détruire volontairement au moment prévu pour son établissement. La Commission Dekeuwer-Deffossez considère qu'« *il est nécessaire de fonder la filiation sur une éthique de la responsabilité* » en considérant que cet engagement parental, se manifestant par cette volonté créatrice du lien, ne peut être facilement remise en cause au risque de modifier le sens de la filiation.

581- En effet, comme nous l'avons démontré, la volonté initiale créatrice correspond à un engagement parental établissant bien le lien de filiation, reflet du lien qui existe entre l'enfant et les titulaires de l'autorité parentale. Lequel lien engage leur responsabilité et ne peut être facilement remis en cause. Les parents en acceptant l'enfant comme le leur, en le reconnaissant comme tel, s'engagent envers lui et deviennent de facto titulaires de responsabilités et d'obligations à son égard. En souhaitant se dégager du lien, ils remettent en cause leur responsabilité de parents et de fait le sens de la filiation se trouve dénué de tout sens.

L'essence de la filiation étant de créer un rapport de droit entre parents et enfants, à partir du moment où ce lien, cet engagement cesse la filiation cesse de fait.

582- Du fait de la responsabilité découlant de ce lien, et de la gravité de l'engagement, il serait souhaitable que le désengagement ne soit possible que dans des cas très spécifiquement limités :

- lorsque la sécurité de l'enfant est en jeu,

ou

- lors de filiation de complaisance.

Il paraît opportun de dévoiler au grand jour la filiation véritable dans l'intérêt de l'enfant.

583- C'est la raison pour laquelle nous avons vu qu'il est obligatoire de définir clairement le droit d'agir des parents au nom du respect du statut juridique de l'enfant. Ce dernier est un « *objet de droit* » comme un autre. C'est à ce titre qu'il est nécessaire de le respecter.

Les parents doivent agir dans un souci du respect de l'intérêt de l'enfant tout en respectant également le droit établi et régissant le droit de la filiation. Ce droit ne cesse

d'évoluer au gré des modifications comportementales des individus, et ce, d'autant plus dans un climat propice à l'instabilité parentale et aux relations éphémères, n'ayant guère conscience du respect de l'enfant et de la sauvegarde de ses intérêts particuliers.

584- En matière de règle de preuve, il semble que la preuve génétique joue un rôle considérable dans cette possibilité de détruire et de faire une demande de destruction du lien de filiation. C'est en ce sens que nous sommes à même de considérer que la preuve biologique est parfois dangereuse. Pour illustrer notre propos, citons Monsieur Pierre Murat⁴¹⁰ : « *Là où la preuve biologique comme finalité première, comme horizon indépassable, comme seule référence est dangereuse, ce n'est pas tant en matière d'établissement forcé, car alors elle assoit définitivement un lien juridique sur une réalité peut-être pâle, mais au moins incontestable, c'est en matière de contestation, où elle détruit, au fil des aléas de la vie, un lien dont le fondement n'est pas uniquement biologique et qui peut avoir été investi par l'enfant, de surcroît sans s'assurer qu'un autre lien prendra la place ...* ».

585- Cependant, nous ne saurions omettre une limite à cette responsabilité dans le domaine de la filiation, à savoir la possibilité de détruire ce lien si l'intérêt de l'enfant lui-même est en jeu. Au nom de la protection de l'intérêt de l'enfant, il est cependant parfois préférable de détruire ce lien de filiation existant.

⁴¹⁰ Murat P., « L'expertise biologique en l'absence de présomptions et indices graves dans l'action en recherche de paternité : l'Assemblée plénière statue sur l'ancien régime », Dr fam., janvier 2008, commentaires p. 21 et suiv.

TITRE II

UNE FILIATION RESPONSABLE

586- « La loi n° 72-3 « sur la filiation » était la plus belle, la plus harmonieuse, et en même temps la plus révolutionnaire et la plus futuriste, si l'on peut dire, des lois dont les avant-projets ont été confiées au Doyen Carbonnier » estime un auteur⁴¹¹.

587- Dans son rapport demandé par le gouvernement en 1999, Madame Dekeuwer-Deffossez envisageait de fonder la filiation sur une éthique de la responsabilité. Cela ne pouvant se faire qu'en respectant, en assurant l'équilibre entre lien du sang, lien vécu et volonté individuelle. Elle considérait : « Les progrès scientifiques ont permis de vérifier avec une grande sûreté la réalité biologique du lien de filiation et l'expertise biologique est devenue le mode privilégié des procès relatifs à la filiation, influençant même parfois le cadre procédural et plus profondément le sens du droit ».

Madame Dekeuwer-Deffossez, nous l'avons déjà souligné, considère qu'une éthique de la responsabilité peut-être promue dans le droit de la filiation sur plusieurs plans : « par la valorisation de l'établissement volontaire de la filiation ; par la conservation de l'engagement comme fondement des filiations reposant sur une procréation assistée avec tiers donneur ; par l'absence de privation arbitraire dans l'établissement d'une filiation et enfin par une meilleure prise en compte de l'enfant in utero ».

588- Monsieur Murat⁴¹² en 2000 considérait qu'« Il se pourrait d'ailleurs que la responsabilité soit une ligne directrice qui permette de recomposer dans la cohérence un droit mis à mal par les bouleversements découlant de l'avancée des techniques ». En effet nous pouvons, comme cet auteur, considérer que ce principe de la vérité biologique ne peut à lui seul fonder le droit de la filiation en raison notamment de la reconnaissance des filiations par procréation assistée avec donneur. Pour Monsieur Murat, « Cette idée de responsabilité d'un individu à raison de ses actes est certainement plus opérante pour servir de principe général ». Il dit ceci : « Selon le cas de figure, tantôt les relations sexuelles, tantôt l'accord à l'assistance médicale à la procréation, tantôt même l'engagement découlant d'une reconnaissance de complaisance, pourront constituer les bases de la dette ». Il s'agit bien ici de l'idée d'une responsabilité individuelle, inhérente à chaque individu en fonction de ses actes et de ses engagements pris vis-à-vis de l'enfant. Comme le souligne encore si bien Monsieur Murat : « L'avantage tient dans une

⁴¹¹ Rubellin-Devichi J., « Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation », in Mélanges offerts à A. Colomer, Litec, 1993, p. 397 et suivantes, n°6

⁴¹² Murat P. « Le lien de filiation : vers la fin des filiations légitimes et naturelles », Dr fam., Hors série décembre 2000, p. 38 et suivantes.

grande neutralité par rapport à la situation juridique du couple : quelles que soit les circonstances de la procréation, l'auteur a des obligations envers l'enfant ».

589- **Cette idée de responsabilité dans la filiation débouche sur sa stabilité et sa sécurité.** C'est l'ordonnance de 2005 qui a le mieux répondu à cette demande de réforme de la filiation en ayant pour objectif de toujours aller dans le sens de la sécurité et de stabilité de la filiation, en mettant sur un même pied d'égalité l'ensemble des filiations à savoir en supprimant la distinction entre les filiations légitimes et naturelles. Cette ordonnance a été définitivement validée dans la loi de janvier 2009 sur la filiation avec quelques sensibles modifications.

La stabilité de la filiation passe par la nécessité d'assurer au mieux la protection de l'intérêt de l'enfant et le maintien de sa filiation d'origine le plus longtemps possible, voire toujours, question d'équilibre familial. Sa sécurité passant par une limite à la recherche absolue de la vérité surtout dans une société où la preuve génétique est prédominante, tout en sachant que cette recherche génétique est parfois nécessaire et allant dans le sens de la protection de l'intérêt de l'enfant.

590- En effet, il y a bien une dette d'éducation et de reconnaissance sociale du créateur envers celui qu'il a créé. Les parents ont en charge d'élever et d'éduquer leur enfant. Sa remise en cause ne doit pas être facile, toujours dans l'intérêt de l'enfant.

591- Nous analyserons tout d'abord dans un premier chapitre les manifestations de cette stabilité de la filiation puis nous aborderons dans le second en quoi cette stabilité nécessaire entraîne de facto une sécurité de la filiation.

CHAPITRE I : LA STABILITE DE LA FILIATION

592- La stabilité de la filiation, nous précisent Messieurs Raymond Le Guidec et Gérard Chabot⁴¹³ « a été un objectif de l'ordonnance du 4 juillet 2005 pour ne plus connaître la fragilité, éventuelle, telle qu'elle était apparue, et déplorée, dans l'application jurisprudentielle de la loi du 3 janvier 1972. En ce sens, l'intérêt de l'enfant souvent, la «paix» des familles justifient une meilleure stabilité de la filiation, sans écarter pour autant le fondement de la vérité biologique ».

593- **Cette nécessaire stabilité de la filiation passe par la protection de l'intérêt de l'enfant** et, pourquoi pas, par la nécessité de mettre en place une certaine irrévocabilité de la filiation. **La possession d'état** et l'installation de celle-ci dans une certaine durée permettent à l'enfant **une garantie de la stabilité de sa filiation**. En effet, la possession d'état lui permet de se protéger face aux volontés individuelles des adultes qui peuvent évoluer au fil du temps, et ayant pour but de remettre en cause la filiation existante. La possession d'état a bien existé et a été reconnue comme telle pendant une période donnée et elle garantira alors la stabilité de la filiation de l'enfant pour l'avenir.

594- Monsieur Murat⁴¹⁴ nous précise que : « *La Cour de cassation a tenté de juguler l'incidence des volontés individuelles des parents sur la constitution d'une possession d'état afin de conforter la stabilité de la filiation de l'enfant. Un des arrêts⁴¹⁵ les plus représentatifs de ce courant est sans doute celui qui a fermement décidé que « les effets d'une possession d'état exempte de vice ne peuvent être mis à néant par la seule décision du mari de la mère de cesser de traiter l'enfant comme son enfant légitime » ».*

595- Nous voyons bien en quoi la possession d'état, manifestation de la volonté des adultes vis-à-vis de leur enfant, est un élément permettant de garantir une certaine stabilité de la filiation.

596- Comme nous l'avons déjà démontré dans notre première partie, la possession d'état a progressivement vu son rôle se renforcer. Son délai a également évolué au cours du temps. Le comportement des parents à un moment donné, inscrit dans la durée, ne peut

⁴¹³ Le Guidec R, Chabot G., Filiation, modes extrajudiciaires d'établissement, Répertoire civil, Encyclopédie Dalloz, 2009, p.4.

⁴¹⁴ Murat P., « La PMA ne rend pas la filiation plus disponible », Dr fam., octobre 2000, commentaires p. 15 et suivantes.

⁴¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 15 juillet 1993 : JCP éd G 1994., II, 22352, note X. Lagarde ; D., 1994, somm, p. 115, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD Civ 1993., p. 806, obs. J. Hauser.

être remis en cause en cas de modification du couple parental et en fonction des aléas de la vie.

L'un des membres du couple ne peut cesser brusquement de traiter son enfant comme le sien alors qu'il l'avait toujours fait jusqu'alors. C'est la raison pour laquelle, face à l'évolution de la génétique, le rôle de la possession d'état s'est vu renforcé. C'est d'ailleurs l'ordonnance de 2005 qui, afin de sécuriser la filiation de l'enfant, a renforcé le rôle de la possession d'état et sa grande valeur probatoire en matière de filiation. La possession d'état est un mode autonome d'établissement de la filiation.

597- La possession d'état a un effet protecteur sur la filiation de l'enfant. Elle permet de protéger l'intérêt de l'enfant mais également d'éviter ainsi une trop facile remise en cause de la filiation. La possession d'état est un signe visible et vécu d'un lien d'affection, d'une famille aimante. En reprenant les propos de Monsieur Cornu⁴¹⁶ nous pouvons dire que « *La faveur de la loi est un hommage à la valeur en soi que représente la possession d'état, réalité de l'existence, tranche de vie dans la vie d'un homme. En quoi, cette faveur au moins n'est contestée par personne dans la politique de la filiation* ».

598- Nous analyserons tout d'abord comment se manifeste cette protection de l'intérêt de l'enfant par le biais entre autre de la possession d'état face notamment au développement du marché de la recherche génétique, de la preuve scientifique en matière de filiation, puis nous examinerons l'éventualité d'envisager au nom du respect de l'enfant, une irrévocabilité de la filiation. Elle ne peut de fait, être remise en cause, à l'exception de cas spécifiquement énumérés.

SECTION 1 - LA PROTECTION DE L'INTERET DE L'ENFANT

599- « *La maîtrise scientifique de la procréation, ayant entraîné le développement des techniques autorisant des certitudes auparavant inaccessibles sur la paternité, ainsi que la mise en lumière des filiations jadis maintenues dans l'ombre, a favorisé l'émergence de l'idée de l'enfant comme personne juridique, et dont l'intérêt est distinct de celui de ses parents* »⁴¹⁷, nous rappelle Monsieur Mboutouzeh dans sa thèse en 2003.

600- Aujourd'hui, l'intérêt de l'enfant est devenu une notion centrale, une sorte de nouveau principe du droit auquel nous nous référons à chaque fois qu'une décision le

⁴¹⁶ Cornu G., *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, pp. 38-39.

⁴¹⁷ Mboutouzeh JB., *Les incidences de la science médicale sur la filiation en droit français*, Thèse, Lille, 2003.

concernant doit être prise. Le droit contemporain postule, par principe, que l'intérêt de l'enfant est d'abord que sa filiation paternelle et maternelle soit établie vis-à-vis de ses parents par le sang. C'est d'eux dont il est issu. De fait, les parents doivent assumer les conséquences de cette mise au monde. Cependant, ce principe est parfois tenu en échec par le fait et le droit. De plus, la bilinéarité paternelle et maternelle n'est pas une règle absolue et se trouve parfois écartée, même si l'on tend à considérer que l'enfant aurait un « *droit à* » avoir un père et une mère⁴¹⁸.

601- Mais cette conception contemporaine de l'intérêt de l'enfant est source de contradictions juridiques qui rendent sa lecture difficile. Monsieur Carbonnier, inspirateur des principales réformes, notamment la loi de 1972 en droit de la famille, en avait déjà souligné le risque : « *L'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique* ». La plus grande difficulté aujourd'hui est de dire en quoi consiste cet intérêt de l'enfant. C'est en son nom que la jurisprudence tend à faire de la vérité biologique la règle de l'établissement de la filiation, et également que sont justifiés les nombreux obstacles juridiques à cette même vérité biologique.

602- Un proverbe Africain énonce que : « *Pour qu'un enfant grandisse, il faut tout un village* ».

L'actualité nous donne souvent l'occasion de réfléchir au statut de l'enfant dans nos sociétés mais également à ce que doit être le rôle de ses parents. Qui n'a jamais entendu ou même dit : « *C'est mon enfant, je fais ce que je veux* » ?

S'il est certain qu'en tant que parents nous sommes amenés à faire des choix arbitraires pour nos enfants, nécessairement, il faudrait que chaque jour nous nous rappelions que nous sommes « *responsables* » de nos enfants et non « *propriétaires* » de ces derniers. Or, tel est bien le problème de la société actuelle, les adultes ont tendance à considérer leur enfant comme un objet, lorsque celui-ci ne présente plus d'intérêt. Il est bon de le laisser tomber, ou à l'inverse de se l'approprier s'il devient intéressant. Les parents peuvent-ils, doivent-ils être les seuls décideurs pour leurs enfants ? Où sont les limites de leur autorité et comment les fixer ?

603- Dès lors qu'il y a contentieux, l'expertise génétique leur permet de pouvoir remettre en cause leur filiation. Si cela est réel, il y aura possibilité de modifier la filiation de l'enfant. C'est en ce sens également que nous pouvons considérer que cette idée de responsabilité n'est pas acquise par tous. La recherche scientifique peut permettre de changer la filiation d'un enfant. Ce n'est pas sans conséquence la plupart du temps. C'est

⁴¹⁸ Labrusse-Riou C., Filiation, généralités, Encyclopédie Dalloz, septembre 2009.

la raison pour laquelle, entre autre, nous pouvons affirmer que le droit de la filiation voit son sens modifié.

604- Il faut tenter, dans un souci de protection de l'intérêt de l'enfant en lui-même, de faire disparaître des esprits cette notion de propriété vis-à-vis de l'enfant. Sinon des dérives dramatiques continueront d'exister notamment à cause de la recherche de preuve scientifique de la filiation afin d'évincer ou de s'approprier un enfant. La preuve scientifique en ce sens modifie le sens même du droit de la filiation. Ce droit manque de cohérence.

605- A la différence de l'adulte, l'enfant mineur ne peut diriger seul sa vie. Naturellement faible, il ne peut veiller seul à la sauvegarde de ses propres intérêts. C'est la raison pour laquelle le droit confère à l'enfant un statut juridique particulier. Ce droit adapté à sa faiblesse présente et régit ses relations avec ses parents, titulaires de l'autorité parentale et tenus d'une obligation d'entretien de leur enfant. C'est en ce sens que l'on parle d'intérêt de l'enfant.

La loi encadre de plus en plus le droit des parents sur leur enfant. Ces derniers se doivent d'agir dans leur intérêt. Madame Josée Martin-Lassez⁴¹⁹, Avocat au barreau de Paris, dit ceci « *L'enfance est le tout d'une vie puisqu'elle nous en donne la clef . Le principe structurant de l'autorité parentale est désormais l'intérêt de l'enfant, défini comme la recherche de son développement harmonieux tant sur le plan physique, qu'intellectuel ou affectif. C'est l'« intérêt supérieur » qui prévaut sur l'intérêt des adultes puisque la Cour de cassation s'est ralliée à l'application en droit interne de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant* ».

606- Ce droit de la filiation se veut protecteur de l'intérêt de l'enfant. Or l'intérêt de l'enfant est toujours qualifié comme tel par les adultes. Ce qui amène à confronter les droits de l'enfant à l'intérêt pensé par les adultes.

L'enfant est trop jeune, inexpérimenté et la vision qu'il a de son intérêt n'est donc pas incontestable. Ce sont aux parents de faire respecter l'intérêt de l'enfant.

607- Cependant, il arrive parfois, c'est le cas notamment s'il y a contestation de la filiation, que l'intérêt de l'enfant soit en contradiction avec l'intérêt des adultes. Lors de ces situations précises, les adultes titulaires de l'autorité parentale ne sont plus à même de garantir la protection de l'intérêt de leur enfant. Il est alors possible, pour l'enfant, de s'exprimer à travers d'autres personnes. La loi est là pour garantir son intérêt.

608- Il s'agit en premier lieu, d'évoquer un texte international à savoir la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant. Cette dernière est là pour protéger ce statut juridique particulier de l'enfant. « *Affirmer les droits de l'enfant revient, en pratique, à définir les responsabilités des adultes. Il est du ressort de tous les adultes, des gouvernements et de la communauté internationale de créer et de maintenir des conditions permettant à la famille de protéger les droits de ses enfants* »⁴²⁰. C'est la Convention des Nations Unies qui, avec ses 54 articles, définit les Droits des Enfants.

609- La Convention est un texte original et novateur en 1989, tourné largement vers le XXI^{ème} siècle :

- tout d'abord, l'enfant est doté d'un statut qui lui permet d'être protégé et de bénéficier de diverses prestations, qui le protègent et le garantissent au sein de sa famille,
- l'enfant est une personne, un sujet de droit et non un objet de droit,
- L'enfant en tant que sujet de droit ne peut voir son statut remis en cause. C'est la raison pour laquelle, les lois sur la filiation apportent des précisions, sur les personnes ayant compétences pour agir et les délais d'actions en cas de conflits de filiation.

Sous-section 1 LA QUESTION DU STATUT DE L'ENFANT DANS SA FAMILLE

610- La question du statut de l'enfant dans sa famille peut être abordée de deux manières. En premier lieu, nous examinerons le statut de l'enfant en général, dans sa globalité, puis nous analyserons le statut de l'enfant en particulier, à savoir ici, dans le cas spécifique de la procréation assistée avec donneur. Ainsi que le cas très particulier de la gestation pour autrui (plus couramment appelé « *mères porteuses* »), non légalisée en France mais sujette à débat, avec la réforme des lois bioéthiques prévue début 2010.

§1 - Le statut de l'enfant en général

611- Dans notre société, le statut de l'enfant est profondément ambivalent. Reconnu comme « *sujet de droit* », devant être écouté et respecté en toutes circonstances, l'enfant est soumis de plus en plus tôt à des attentes très fortes des diverses institutions.

⁴¹⁹ Martin-Lassez J., « L'intérêt supérieur de l'enfant et la famille, états généraux du droit de la famille », Dr fam., janvier 2007, pp.25-26.

⁴²⁰ Unicef, Nations unies, 1989.

De nombreux progrès ont été accomplis, sociologiquement parlant, dans la considération des enfants. En effet la société, au travers de ses institutions éducatives et de protection, entend toujours agir dans l'intérêt de l'enfant.

⁶¹²- Dans une société où les couples sont fragiles, les familles instables et où les enfants sont de plus en plus au centre des conflits de leurs parents, en étant ballottés d'une famille à l'autre, il était indispensable pour le législateur de protéger la stabilité des filiations établies. Objectif délicat, car cela impliquait que soit nécessairement établies des règles particulières à la filiation, dérogoires au droit commun. **L'enfant est progressivement devenu le point central autour duquel le législateur a construit un nouveau droit de la filiation. Un droit de la filiation qui se veut plus protecteur de l'intérêt de l'enfant.**

§2 - Le cas spécifique du statut de l'enfant issue d'une procréation médicalement assistée

⁶¹³- Dans le cadre particulier de la procréation médicalement assistée se pose le problème largement polémique à l'heure actuelle du statut de l'enfant à travers la question de son humanité et de sa dignité, dans le cas spécifique de la gestation pour autrui. C'est d'ailleurs ce qu'expose Madame Sylviane Agacinski⁴²¹ dans son livre « *corps en miettes* ». Cette dernière s'insurge contre le recours aux « *mères porteuses* ». L'auteur écrit : « Certains disent « *j'ai rencontré des mères porteuses, elles vont bien* » ou « *j'ai rencontré des enfants nés ainsi, ils vont bien* »... Faudrait-il que les gens deviennent fous pour se poser des questions éthiques ? ». Le fond du problème, nous rejoignons Madame Agazinski dans ses propos, est celui du statut de l'enfant. Sommes-nous prêts à accepter qu'il devienne un « *produit fabriqué et marchand* » ? La question de l'enfant a tout prix devient un fait de société récurrent aujourd'hui. D'où des dérives importantes et faisant débat actuellement lors des états généraux sur la réforme des lois bioéthiques et la question de légaliser ou non les mères porteuses encore appelées « *la gestation pour autrui* ».

⁶¹⁴- Pour Madame Agazinski⁴²² : « Ce terme de *gestation pour autrui* est une formule mystificatrice qui isole la gestation et occulte l'accouchement, moment décisif et dangereux pour les femmes. Cela permet à des femmes sans utérus d'avoir « des enfants génétiques », mais aussi de fabriquer des enfants à la demande, comme en Californie. C'est de la procréation en miettes, comme le travail à la chaîne ».

⁴²¹ Agacinski S., *Corps en miettes*, café Voltaire, Flammarion 2009.

615- L'enfant devient bien ainsi l'objet d'un désir fou. La filiation perd tout son sens avec ces progrès scientifiques en matière de procréation. La loi ne peut encadrer des marchés dégradants. Notre droit ne permet pas que la chair, le corps soient une marchandise. Le respect du corps doit prévaloir sur les désirs individuels. Il y a un cercle vicieux entre les possibilités biotechnologiques et le désir d'enfant, doit-on considérer que « *la biologie permet de s'affranchir de la fatalité génétique; Après tout, la coïncidence entre la fonction reproductrice et la fonction parentale est peut-être appelée à disparaître* » ? C'est alors une perte totale du sens de la filiation. Pour Madame Agazinski: « *On assiste plutôt à une passion génétique, c'est la volonté de faire coïncider la parenté avec la biologie, de donner ses gènes à son enfant, qui explique le recours aux mères porteuses. Je ne conteste qu'une chose : l'instrumentalisation du corps d'autrui, qui, par ailleurs, aboutit à faire de l'enfant une marchandise. C'est une tentation anthropotechnique : l'homme veut être le fabricant de lui même* ». Nous voyons bien ici en quoi nous pouvons considérer que cette instrumentalisation de la filiation, rend l'enfant objet d'un désir et devient objet d'un droit, celui du droit d'avoir un enfant, un droit comme un autre. L'enfant devient bien objet de droit. Nous sommes bien loin d'un quelconque statut de l'enfant et qui plus est, protecteur de son intérêt !

616- Avec la gestation pour autrui, il s'agit bien de constater que nous nous dirigeons vers une modification du sens de la filiation, l'enfant n'étant plus (nous l'avons déjà vu), l'aboutissement d'un cheminement mais bel et bien la réponse à un désir qui ne peut naturellement s'assouvir. L'enfant n'est plus l'œuvre d'un acte d'amour entre un homme et une femme mais bien la réponse à une commande, c'est tout le sens de la filiation qui se trouve modifié. C'est en ce sens que nous pouvons affirmer que dans ce cas très spécifique, les modifications du droit de la filiation peuvent se faire sous l'impulsion des découvertes scientifiques. Que devient dans ces cas précis la question du statut de l'enfant ?

617- **La pratique de la gestation pour autrui entraînerait une contractualisation du droit de la filiation** et représenterait un pas de plus vers **la consécration d'un « droit à l'enfant »**, en transformant ce dernier en un simple produit du désir.

Madame Mirkovic, considère : « *L'enfant placé malgré lui au cœur d'un imbroglio biologique, psychique et juridique, devra pourtant s'en accommoder, pour trouver sa place et ses repères. Alors que l'adoption a pour but d'offrir une famille à celui qui en est privé ; la maternité suscite en elle-même cette situation dès lors délibérément acceptée et savamment orchestrée* ». L'auteur dénonce aussi les circonstances objectives imposées à l'enfant pour venir au monde sans remettre en cause l'amour qu'il recevrait

⁴²² « Sylviane Agazinski contre la femme outil », le point, 23 avril 2009 p. 84 et suivantes.

mais « les meilleurs intentions du monde ne peuvent changer ce qui est un fait : l'enfant est l'objet d'un contrat ... »⁴²³

En commentant l'arrêt du 17 décembre 2008, Madame Mirkovic⁴²⁴ considère que : « Dans un contexte où le droit est sollicité de toute part pour reconnaître les aspirations individuelles de chacun, la prohibition légale de la maternité pour autrui est perçue pour les couples demandeurs comme une option qu'ils s'estiment en droit de contourner et ce d'autant plus qu'ils n'ont que de bonnes intentions à l'égard de l'enfant à venir ; Pourtant, il ne s'agit pas d'une opération parmi d'autres mais d'une règle protectrice de l'enfant, objet d'un désir légitime mais qui peut dégénérer en désir à tout prix au détriment de l'enfant lui-même. La Cour de cassation vient de rappeler le sens et la portée de l'ordre public dans une matière où le bien des enfants est en jeu ».

⁶¹⁸- Un autre problème existe également dans le domaine spécifique de la procréation médicalement assistée exogène, c'est-à-dire avec des gamètes extérieures au couple parental. Où se trouve la question de l'intérêt de l'enfant ?

Comme Jacqueline Rémy⁴²⁵ : « S'il faut se réjouir de voir reculer les problèmes d'infertilité des couples, on doit s'inquiéter de l'aveuglement qui conduit certains à se lancer dans une course irrationnelle pour échapper aux contraintes de la nature, l'usure de l'âge ou la nécessité de l'accouplement. Mais il faut également s'interroger sur des techniques plus banales, autorisées en France dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation (AMP). Ces pratiques, selon, les textes, répondent à un objectif unique : «remédier à la stérilité d'un couple.».

⁶¹⁹- Pourtant, elles mettent en jeu un tiers, l'enfant : qui se soucie de lui ? En effet, cette tentation proposée par la science de pouvoir concevoir un enfant à tout prix, semble faire oublier à la plupart d'entre nous le fruit. L'enfant n'est plus au centre du débat en tant que personne à part entière. Aujourd'hui, c'est le désir des adultes qui est sacralisé. Tout comme Madame Rémy (cf. ref. supra) « Il est urgent de se poser la question : doit-on toujours satisfaire tous les désirs de parentalité, même s'il s'apparente parfois à des fantasmes, alors que les techniques employées font courir des risques à l'enfant auquel elles permettent de donner le jour ? Où est l'intérêt de l'enfant s'il naît dans des conditions fragilisantes ou s'il doit supporter à vie les séquelles prévisibles de pratiques dont on a insuffisamment évalué les risques ? ».

⁴²³ Le figaro, 01/07/08.

⁴²⁴ JCP, éd G., n° 64, février 2009, « mères porteuses : analyse de droit de la famille » cass 1^{ère} Civ, 17 déc 2008, p. 37.

⁴²⁵ « La réflexion éthique s'impose », propos recueillis par Jacqueline Remy, dossier « Acharnement procréatif : où est l'intérêt de l'enfant ? », l'Express, 16 janvier 2003.

620- Madame Geneviève Delaisi de Parseval⁴²⁶, considérait que : « *Un grand pas en avant serait accompli si le débat public ne se polarisait pas sur l'intérêt fantastique et indéniable de ces techniques pour la médecine de la reproduction et le génie génétique (accès direct à l'embryon), ni sur des intérêts et des enjeux professionnels du corps médical, ni non plus sur les intérêts personnels des couples, mais plutôt sur celui des enfants que l'on fait naître* ».

621- Madame Agazinski, sur la question des origines cite l'exemple d'un couple de femmes ayant fait un enfant par insémination artificielle avec un don de sperme. Elles disent « *On ne lui cachera rien, on lui dira qu'il a deux mères et que son père, c'est des « paillettes congelées* » ». Comment avec un tel discours un petit enfant peut-il se situer dans l'existence ? Comment un petit garçon peut-il aborder sa masculinité ? Quels sont ses repères familiaux ?

622- Dans un de ses rapports⁴²⁷, lors des Etats Généraux sur la révision des lois de la bioéthique en juin 2009 concernant l'assistance médicale à la procréation, le Conseil d'Etat considère qu'au nom de l'intérêt de l'enfant, il faut se prononcer contre l'élargissement des conditions de l'AMP aux femmes seules ou vivant en couple homosexuel. De même il s'oppose toujours, au nom du respect de ce statut, au transfert d'embryon post-mortem. Madame Bruggenau⁴²⁸, considère en effet que la raison de ces positions du Conseil d'Etat tient au fait que nous ignorons encore « *les effets psychologiques réels de l'absence d'ascendance masculine sur l'enfant. Il peut être envisagé une levée partielle de l'anonymat du don de gamètes au nom de l'intérêt de l'enfant* ».

623- La légalisation de la maternité pour autrui ne résoudrait pas les difficultés qu'elle entraîne, pour Madame Mirkovic⁴²⁹ : « *La maternité pour autrui ne désigne pas une mère de façon certaine mais plonge l'enfant dans une situation confuse dans laquelle il se trouve né de mère indéterminée. La prohibition de la maternité pour autrui est une règle protectrice de l'enfant, objet d'un désir légitime, mais qui peut dégénérer en désir à tout prix au détriment de l'enfant lui-même. La Cour de cassation vient de rappeler le sens et la portée de l'ordre public dans une matière où le bien des enfants est en jeu* ».

624- Dans le cas spécifique de la procréation assistée avec donneur, la protection de l'intérêt de l'enfant passe par le respect de la règle de l'anonymat du don dans notre

⁴²⁶ Delaisi de Parseval G., « Procréations artificielles et intérêt de l'enfant », revue études, février 1989.

⁴²⁷ Bruggenau M., « Rapport sur la révision des lois de bioéthique : des évolutions nuancées au nom de l'intérêt de l'enfant », Dr fam., Juin 2009.

⁴²⁸ Bruggenau M., « Rapport sur la révision des lois de bioéthique : des évolutions nuancées au nom de l'intérêt de l'enfant », Dr fam., Juin 2009.

société. L'article 311-19 alinéa 1^{er} du Code civil précise en effet qu'« *en cas de procréation médicalement assistée avec donneur, aucun lien de filiation ne peut-être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* ». Comme nous le précisent Messieurs Le Guidec et Chabot⁴³⁰ : « *Toute contestation en vue de l'établissement d'une nouvelle filiation au profit du donneur serait donc inutile. Dans le même esprit, l'article 311-20, alinéa 2, du Code civil énonce que le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit pareillement toute action aux fins de contestation de la filiation* ».

Nous retrouvons bien ici, les propos de Madame Dekeuwer-Deffossez, qui considérait en 1999 que l'idée de responsabilité passait par la conservation de l'engagement dans le cas de la procréation assistée avec donneur. **Il y a bien une responsabilité dans cette procréation assistée avec donneur :**

- **celle de l'auteur du don** qui s'engage à ne jamais divulguer son identité,
- **celle du receveur**, qui s'engage à ne jamais rechercher le donneur.

De toute façon, cette recherche est impossible **en France où l'anonymat est la règle.**

Sous-section 2 ENFANT OBJET DE DROIT OU SUJET DE DROIT ?

⁶²⁵⁻ L'enfant, nous l'avons vu a un statut particulier en droit de la filiation. Malheureusement de « *l'enfant sujet* » qu'il doit être, il devient « *l'enfant objet* », objet répondant au désir des adultes, et passant outre son statut et la protection de son intérêt. Cependant, nous constatons que le droit met tout en œuvre pour protéger ce statut et cet intérêt spécifique de l'enfant. C'est bien souvent par dessus les lois que les adultes veulent s'approprier ce nouveau type de « *marchandise* ». D'où un sens de la filiation largement modifié.

§1 - Enfant « objet de droit » ?

⁶²⁶⁻ De « *l'enfant objet* » en 1958, nous sommes passés en 1989 à « *l'enfant sujet* ». Pourtant le concept d'« *enfant objet* » subsiste malheureusement toujours en droit de la filiation.

Il s'agit ici de la question de l'enfant objet, phénomène largement constaté en droit de la filiation. Nous l'avons déjà dit, les dérives sont rapides et l'enfant, objet d'un désir fou devient une véritable marchandise. Nous prôtons de plus en plus ce « *droit à*

⁴²⁹ Mirkovic A., « Etat civil, mères porteuses : analyse du droit de la famille » JCP éd G., n° 6, 4 février 2009, p. 37, 10020.

l'enfant ». La technologie scientifique est là justement pour répondre à ces exigences nouvelles. C'est justement ici que se pose le cœur du débat. Nous pouvons nous interroger sur cette possibilité qu'a la recherche scientifique d'influencer la modification du droit, ici le droit de la filiation, en permettant de concevoir des enfants à tout prix ! Tout le sens de la filiation est remis en cause. On ne pense plus à l'enfant lui-même mais aux possibilités dont disposent les adultes pour concevoir de quelque manière que ce soit cet enfant, objet de leur désir, un droit leur appartenant. Un droit s'apparentant à un dû. Or il n'est pas bon de satisfaire tous les désirs de parentalité. La filiation est contrariée, révolutionnée ...

⁶²⁷⁻ Pour Monsieur Aldo Naouri⁴³¹, pédiatre, « *Avec la pilule, puis la loi Veil de 1974, la sexualité a été déviée de son potentiel procréatif. La volonté a pris le pas sur le désir inconscient dont elle peut annuler l'effet. L'enfant acquiert alors le statut de surproduit de la volonté parentale et se trouve inconsciemment assimilé aux produits de la société de consommation. Au point, par exemple qu'à défaut de pouvoir le faire certains se sentent le droit de revendiquer son obtention. Ce bouleversement anthropologique, nous commençons à peine à en percevoir les conséquences. Une réflexion sur la filiation devrait donc avant tout poser la question de ce que sont pour nous nos enfants. La grande révolution anthropologique de « l'enfant du désir », où l'a rappelé le philosophe Marcel Gauchet dans un article du débat (n°132, 2004) touche en fait toute forme de filiation, même la plus évidente et normale qui soit* ».

⁶²⁸⁻ La stérilité n'est plus tolérée, pour Dominique Bellaïche-Attal⁴³², « *Un terrain d'entente s'est dessiné : la rencontre réussie de la volonté de concevoir à tout prix et du discours médical semble communiquer et aller dans la même direction : l'illusion de placer la procréation sous contrôle médical dès que la grossesse tarde à s'annoncer et que le manque d'enfant se fait sentir, cause d'une douleur intense, vécue comme un préjudice qui réclame réparation* ». Doit-on comme cet auteur considérer qu'il s'agit d'un préjudice qui réclame réparation ? Toutes ces pratiques, selon les textes, répondent à un objectif unique : « *remédier à la stérilité d'un couple* ». Pourtant, elles mettent en jeu un tiers : l'enfant. Qui se soucie réellement de lui ? L'enfant n'est pas un objet que l'on peut s'offrir, jeter ou exiger, dans la précipitation et l'inconscience ? Les dérives sont faciles. Il est plus que nécessaire de ne pas succomber à la tentation des législations de certains pays plus progressistes et se lancer dans des techniques de procréation imprudentes. Les Etats Généraux de la Bioéthique œuvrent, il semblerait, en ce sens en cette période de révision des lois de 2004. L'enfant est bien un sujet de droit à part entière.

⁴³⁰ Le Guidec R, Chabot G., répertoire civil, encyclopédie Dalloz, filiation, 4^e contestation, 2008.

⁴³¹ La famille décomposée, revue Marianne, février 2007.

629- Au delà du phénomène de la difficulté de la conception, voire de son impossibilité, il y a le problème de la contestation de la filiation, de sa remise en cause. Si certains considèrent de fait l'enfant comme un objet susceptible d'être assimilé à une chose, ils estiment pouvoir s'en déposséder comme de n'importe quel bien de consommation. En effet, le droit civil ne connaît que les personnes (sujets de droit) et les choses (objets de droit). Il n'y a pas de troisième classification. Certains peuvent donc tenter par le biais d'une procédure contentieuse une remise en cause de la filiation. C'est en ce sens que l'on parle de l'« *enfant objet* » également. Mais fort heureusement, cette remise en cause, est certes possible, mais largement encadrée dans un souci de protection de l'intérêt de l'enfant, elle ne peut s'exercer en dehors des sentiers judiciaires.

§2 - Enfant « sujet de droit » ?

630- L'enfant est un « *sujet de droit* » à part entière. La Convention de 1989 sur les droits de l'enfant l'a énoncé. Titulaire de droit mais incapable, il doit être protégé. C'est la raison pour laquelle, en cas de volonté de contestation de la filiation, de remise en cause de sa stabilité et de sa sécurité, il y un encadrement strict concernant les personnes ayant compétences pour agir :

- la nécessité d'une procédure contentieuse,
- des délais à respecter (ces derniers évoluant toujours dans un sens plus favorables à l'enfant).

Sous-section 3 LA QUALITE POUR AGIR ET LES DELAIS D'ACTION

631- En cas de conflits de filiations, seuls certains peuvent agir en contestation et dans certains délais. Le législateur a toujours pour souci de respecter la protection de l'intérêt de l'enfant. Même s'il semble parfois que cet intérêt soit bien loin d'être respecté. Les actions en contestation visent à tenter de remettre en cause le lien de filiation, donc à priver un enfant de la filiation qui lui est reconnue pour lui en substituer une nouvelle. Il ne faut pas perdre de vue que dans ces cas particuliers où nous voulons remettre en cause la stabilité de la filiation, il y a déjà une filiation antérieurement établie.

632- **En vertu du principe de chronologie, prévu à l'article 320 du Code civil, et mis en place par l'ordonnance de 2005, nous pouvons établir une nouvelle filiation que si la première a été valablement remise en cause**, ceci afin de s'assurer une certaine sécurité et stabilité de la filiation. La plupart du temps, nous

⁴³² Bellaïche-Attal D., « quelle maîtrise de la procréation ? », Journal Français de psychiatrie, n°20, 2003, p.4.

pourrons utiliser l'expertise biologique comme moyen de preuve de la filiation considérée comme erronée.

C'est d'ailleurs ce principe de chronologie qui a pour vocation et aura assurément pour effet de favoriser, de renforcer la stabilité des liens de filiation. En effet, cette précaution avec le principe chronologique vise à mettre l'enfant à l'abri des conflits de filiation.⁴³³

Messieurs Le Guidec et Chabot⁴³⁴ nous rappellent que : « *C'est dire que le principe de chronologie impose le recours à une action en contestation chaque fois qu'une filiation établie devra être remise en cause : cela conforte, très généralement, la prééminence de la vérité biologique en droit de la filiation car, à l'évidence, l'anéantissement d'une filiation établie imposera le plus souvent la démonstration de l'inexactitude biologique d'un tel lien* ».

Ce principe de chronologie est présent afin d'assurer une certaine sécurité juridique et éviter de fait qu'un enfant se voit doté de deux parents légaux dans la même ligne. Cette faveur à la filiation établie la première pour Madame Fenouillet⁴³⁵ : « *qui ne dépend ni de la qualité des filiations en cause (en ou hors mariage ...), ni des modes d'établissement utilisés (acte de naissance, présomption de paternité, reconnaissance, possession d'état), vaut à l'égard de la reconnaissance comme à l'égard de n'importe quel mode d'établissement du lien. En pareil cas, celui qui souhaite souscrire une reconnaissance doit contester préalablement la filiation établie (à supposer que celle-ci soit possible), puis, en cas de succès de son action, souscrire une reconnaissance* ».

§1 - Les personnes compétentes

⁶³³- Les personnes ayant compétence pour remettre en cause une filiation sont les auteurs eux-mêmes, responsables de l'établissement initial de la filiation, à savoir l'un des père et mère. Est également compétent celui qui se considère comme parent véritable, à charge pour lui de prouver dans le cadre d'une procédure de contestation de filiation, sa réelle paternité. La preuve génétique est bien souvent le meilleur moyen.

En effet, la protection de la stabilité de la filiation passe par la restriction des personnes pouvant agir. Il ne suffit plus de se prévaloir de ce seul intérêt. L'action devient attitrée. Cela afin d'éviter qu'un tiers vienne perturber une situation familiale paisible, par exemple, pour une raison successorale.

⁴³³ Montoux D., « réforme simplificatrice du droit de la filiation », JCP éd N., 2005, 1341.

⁴³⁴ Le Guidec R, Chabot G., répertoire civil, encyclopédie Dalloz, filiation, 4^o contestation, 2008.

⁴³⁵ Fenouillet D., Droit de la famille, cours Dalloz, 2^{ème} édition, 2008.

§2 - Les actions envisageables

⁶³⁴- La remise en cause de la filiation peut se faire de différentes manières. La plupart du temps, en matière de contestation de filiation, la vérité biologique prendra le pas sur la vérité sociologique du lien de filiation.

Madame Gouttenoire⁴³⁶ nous précise que « *l'unification des actions relatives à la filiation, qui ne sont désormais plus distinctes selon la nature de la filiation, est le corollaire de la suppression des filiations légitime et naturelle. Elle aboutit en conséquence à une diminution du nombre d'actions existantes, laquelle est encore accentuée par l'abandon de certains particularismes au profit de la stabilité de la filiation. Mises à part les actions spécifiques en rétablissement de la présomption de paternité (C.civ., art 329) et en constatation de la possession d'état (C.civ., art 330) qui sont maintenues, les actions relatives à la filiation telles qu'elles résultent de la réforme sont désormais, pour l'essentiel, au nombre de quatre : l'action en recherche de maternité, l'action en recherche de paternité, l'action en contestation de maternité et l'action en contestation de paternité* ».

§3 - L'évolution des délais pour agir : reflet de cette protection de l'intérêt de l'enfant

⁶³⁵- Centrée sur l'intérêt de l'enfant, la réforme de 2005 doit tout d'abord permettre d'assurer la stabilité du lien de filiation. L'ordonnance de 2005 a mis en place un principe assez protecteur de l'intérêt de l'enfant : le principe du chronologie. Une filiation demeure tant qu'elle n'a pas été remise en cause. C'est l'article 320 du Code civil qui énonce 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* ». C'est ainsi que l'on protège l'enfant en empêchant la mise en place d'une autre filiation alors que la première n'est pas remise en cause. L'intérêt de l'enfant est devenu le critère déterminant.

⁶³⁶- Dans le sens toujours de l'intérêt de l'enfant, dans celui d'une meilleure lisibilité et d'une plus grande cohérence, mais également d'un renforcement de la stabilité de la filiation⁴³⁷, socialement et affectivement vécue, y compris lorsqu'elle ne correspond pas à la vérité biologique, les actions relatives à la filiation ont été profondément bouleversées. Ainsi, les délais se sont vus modifiés.

⁴³⁶ Gouttenoire A., « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », Dr fam., janvier 2006, études 6.

⁴³⁷ Gouttenoire A., « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », Dr fam., janvier 2006, études 6.

637- En ce qui concerne les délais et pour assurer la stabilité du lien de filiation, l'ordonnance du 4 juillet 2005 réduit fortement les délais de prescription des actions en contestation de filiation établie. En général, le délai de prescription est de 10 ans (C.Civ art 321) et non plus de 30 ans comme l'énonçait l'ancien article 311-7 du Code civil (loi du 3 janvier 1972). Et encore, nous rappellent Messieurs Le Guidec et Chabot⁴³⁸: « Ce délai se réduit à 5 ans quand il y a conformité du titre et de la possession d'état (C.Civ art 333) pouvant dans ce cas agir en contestation, l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable ». De même pour ces auteurs, la tendance à considérer que la vérité biologique puisse prendre le pas sur la vérité sociologique, « est loin d'être absolue et, en particulier, les nouveaux délais pour agir en matière de filiation pourraient bien interdire, dans certaines circonstances, la remise en cause de filiations sociologiquement fondées, mais dont l'exactitude biologique est contestable ».

Ils considèrent également qu'« afin de garantir au mieux la stabilité des liens de filiation, il faut sans doute convenir que le délai de prescription des actions en contestation de la filiation présente un caractère d'ordre public ». Pour ces auteurs, la sécurité des liens de filiation est principalement servie par la règle substantielle que constitue la prescription des actions en contestation. Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, la prescription de droit commun des actions relatives à la filiation est de 10 ans. Mais ce délai peut varier dans certaines hypothèses.

La protection de la stabilité de la filiation passe par la restriction temporelle de l'action en contestation de la filiation. Madame Fenouillet⁴³⁹ précise que : « La loi ferme d'abord l'action lorsque la possession d'état a duré au moins 5 ans depuis la naissance, ou la reconnaissance si elle a été faite ultérieurement. En bref, si titre et possession d'état ont tous deux existé en même temps pendant 5 ans, la filiation devient inattaquable. L'ordonnance accentue la stabilité de la filiation « en mariage », puisque l'action en contestation ouverte à la mère après remariage avec le vrai père pendant sept ans à compter de la naissance de l'enfant disparaît (art. 318 du Code civil), comme celle que le droit ouvrait, pendant trente ans, aux véritables parents en cas de supposition ou de substitution d'enfant. Elle fait de même pour la filiation « hors » mariage, puisqu'elle ferme l'action qui restait ouverte, autrefois, à l'enfant, aux père et mère de l'enfant, à son vrai parent (article 339 al 3 du Code civil), pendant le délai de droit commun de trente ans (art. 311-7 du Code civil).

La loi prévoit en outre que l'action ne peut plus être exercée lorsqu'un délai de 5 ans s'est écoulé depuis le jour où la possession d'état a cessé. Cette règle nouvelle fragilise la filiation « en mariage » puisque le titre qu'une possession avait conforté était

⁴³⁸ Le Guidec R, Chabot G., répertoire civil, encyclopédie Dalloz, filiation, 4^o contestation, 2008

⁴³⁹ Fenouillet D., Droit de la famille, cours Dalloz, 2^{ème} édition, 2008.

en principe incontestable (article 322 du code civil). Inversement, elle stabilise la filiation « hors mariage », qui jusque là ne devenait incontestable qu'au bout de trente ans, lorsqu'une possession conforme pendant 10 ans à la reconnaissance n'avait pas existé (article 339 du code civil). Preuve supplémentaire de ce que la filiation sociologique tempère l'impact de la vérité biologique en droit contemporain ».

Au nom de ce principe de l'intérêt de l'enfant, n'allons-nous pas vers une certaine irrévocabilité de la filiation ?

SECTION 2 - VERS UNE CERTAINE IRREVOCABILITE DE LA FILIATION ?

⁶³⁸⁻ *« Connue dans l'Ancien Régime, et précisément au Moyen Age dans le droit canonique lorsque les juridictions ecclésiastiques étaient compétentes en matière de filiation, la possession d'état permettait de présumer la filiation, notamment la paternité naturelle en cas de concubinage, ou de paralyser la contestation de la filiation. Dès la fin de l'ancien régime et plus encore dans le Code civil de 1804, la possession d'état ne fût admise qu'en matière de filiation légitime »⁴⁴⁰. Et, c'est vraiment la loi de 1972 qui a développé et renforcé son rôle. Le législateur souhaitant tenir compte du fait que le lien de filiation ne saurait être uniquement biologique mais qu'il existe également un lien affectif et sociologique, qui d'ailleurs, a été étendu à la filiation naturelle par la loi de 1982. Madame Rubellin-Devichi⁴⁴¹, considère qu'avec cette notion, nous quittons les certitudes de la preuve biologique « pour pénétrer dans le flou inquantifiable des liens du cœur, qui se tissent au fil du temps ».*

Comme l'écrivent Messieurs Le Guidec et Chabot⁴⁴²: *« A l'instar de la possession en droit des biens, la possession d'état désigne « l'exercice de fait, l'apparence d'un état ». La possession d'état est ainsi l'expression juridique de la vie de l'enfant avec ses parents. La réalité des faits constatés fonde leur considération au titre du droit de la filiation ».*

La possession d'état, d'après l'article 311-1 du Code civil est : *« Une réunion suffisante de faits qui révèlent le rapport de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir ».* Elle a été en constante évolution quant à sa force en droit de la Filiation. Cette possession d'état, nous l'avons vu est un fait à partir

⁴⁴⁰ Labrusse-Riou C., Filiation, généralités, encyclopédie Dalloz, septembre 2009. V aussi, Lefebvre-Teillard, Autour de l'enfant, Du droit canonique et romain médiéval du Code civil de 1804, 2008, Brill, spéc. P ; 185 et s ; L'influence du droit canonique sur l'apparition d'une présomption de paternité, in der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur, 2009.

⁴⁴¹ Rubellin-Devichi J., , Droit de la famille, éd. Dalloz, coll. Dalloz Action, 2001-2002, p. 447, n°1216.

⁴⁴² Le Guidec R, Chabot G., Filiation (2° modes extrajudiciaires d'établissement), Rep. Civ. Dalloz, janvier 2009.

duquel la loi présume le lien de filiation. Mais également en tant que fait, c'est un élément qui doit également être prouvé. Ainsi la possession d'état est appelée à assurer plusieurs fonctions essentielles dans le droit de la filiation. Elle joue alors plusieurs rôles :

- probatoire,
- créateur,
- et de consolidation.

C'est d'ailleurs ce dernier qui tend à assurer la stabilité de la filiation et par la même, la rendre irrévocable.

Cette notion, de par sa structure essentiellement élastique et malléable, va susciter des incertitudes⁴⁴³ et se prêter à des abus au point qu'elle a pu être qualifiée de « *notion encombrante* »⁴⁴⁴. Même si aujourd'hui nous considérons que c'est une notion clé, « *un pivot* »⁴⁴⁵ en droit de la filiation, c'est aussi une notion totalement métamorphosée, complexifiée afin de pallier les incohérences du droit de la filiation.

⁶³⁹ Depuis la loi du 3 janvier 1972, qui lui avait concédé une place de choix, conforme à l'inspiration sociologique de l'auteur de la réforme, la loi du 23 juin 1982, puis à nouveau celle du 8 janvier 1993, accentuèrent encore le rôle de cette « *filiation sociologique* » :

- la première en admettant qu'elle suffisait à établir la filiation naturelle,
- la seconde en prévoyant l'inscription en marge de l'acte de naissance d'une possession d'état constatée par acte de notoriété.

⁶⁴⁰ L'ordonnance du 4 juillet 2005 a quelque peu inversé la donne, en subordonnant l'effet probatoire de la possession d'état à sa constatation judiciaire. Ce faisant, elle a accentué le formalisme d'un mode de preuve dont l'essence autrefois était factuelle⁴⁴⁶. L'ordonnance maintient les principaux effets de la possession d'état qu'elle s'efforce de rendre plus fiable et mieux caractérisée.

Cette prise en compte de la possession d'état, entraîne bien un renforcement de la filiation vécue. N'oublions pas cependant que la possession d'état est un mode subsidiaire d'établissement de la filiation. Cette dernière n'intervient qu'en cas de défaillance des autres modes, à savoir la filiation par l'effet de la loi ou la reconnaissance.

Nous pouvons nous interroger sur la force de cette possession d'état et sa possibilité de rendre irrévocable un lien de filiation, dans le sens d'une certaine stabilité de la filiation, alliée de cette idée de responsabilisation de la filiation.

⁴⁴³ Terré F, Fenouillet D., Les personnes- la famille- les incapacités, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005.

⁴⁴⁴ Rubellin-Devichi J., « La possession d'état : une notion devenue encombrante ? », RTD civ., 1986, p. 56.

⁴⁴⁵ Groslière J., « La possession d'état pivot du droit de la filiation ou le danger d'une vérité sociologique », D. 1991, chron., p. 149.

Sous-section 1 LA PRISE EN COMPTE DE LA POSSESSION D'ÉTAT : UN RENFORCEMENT DE LA FILIATION VECUE

641- La loi du 25 juin 1982 a donné tout son essor à la possession d'état, en en faisant un mode autonome d'établissement de la filiation. Comme le précise Monsieur Murat⁴⁴⁷ : « La possession d'état, c'est la montée spontanée du fait au droit ». Il nous précise, que : « La possession d'état joue un rôle de contrepoids aux volontés individuelles et à la biologie qui risquent sinon de faire régner leur tyrannie ».

La possession d'état constitue l'un des modes de preuve de la filiation, puisqu'elle permet, à elle seule, de prouver l'existence d'un lien de filiation et de palier le défaut de titre.

642- La possession d'état est une filiation vécue. Elle mérite d'être considérée dans la mesure où la plupart du temps elle recouvre, au moins par présomption, la vérité biologique. C'est une filiation volontaire, affective, les parents voulant, par leur comportement, accueillir l'enfant. C'est une filiation vécue au jour le jour. C'est d'ailleurs ce qui explique l'importance de la possession d'état dans le droit de la filiation. La possession d'état exprimant le désir de se comporter comme parents vis-à-vis de l'enfant. Ce désir et ce comportement s'inscrivant dans la durée ne pourront, par la suite, plus être remis en cause. C'est une garantie de stabilité pour l'enfant, un aspect quasi irrévocable en droit de la filiation. La possession d'état ne sert pas qu'à établir la filiation, elle permet également de consolider le lien établi, d'où son renforcement dans l'ordonnance de 2005.

Sous-section 2 LE RENFORCEMENT DE CELLE-CI DANS L'ORDONNANCE DE 2005

643- Pour répondre à son objectif général de sécurité et de stabilité des filiations, l'ordonnance du 4 juillet 2005 retouche les règles concernant la possession d'état en clarifiant la notion, en accentuant le formalisme du constat et en encadrant légalement les actions. Elle a accentué le rôle de la possession d'état dans l'ensemble de la reconstruction du droit de la filiation. L'ordonnance en a fait un mode autonome et général d'établissement de la filiation, extrajudiciaire quand elle est constatée par un acte de notoriété ou judiciaire (C. civ. Art 330).

⁴⁴⁶ Fenouillet D., Droit de la famille, Cours Dalloz, 2^{ème} édition, 2008.

⁴⁴⁷ Murat P., « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », Dr fam., Janvier 2006, études 5.

Dans le domaine précis de la possession d'état, l'ordonnance de 2005 n'a effectué qu'une modernisation et une clarification.

⁶⁴⁴ Il ne s'agit en réalité comme l'écrit Monsieur Murat⁴⁴⁸ que d'une remise en ordre : « *Remise en ordre, d'abord parce que désormais un seul article est intégralement consacré aux éléments constitutifs de la possession d'état (C.civ. art 311 nouveau) alors qu'un autre s'intéresse exclusivement aux caractères que celle ci doit présenter pour être utile en matière de filiation (C.civ. art 311-2 nouveau), là où régnait précédemment un découpage plus flou (C.civ. art 311-1 et 311-2). Remise en ordre ensuite, parce que si nomen, tractatus et fama restent toujours les éléments clés, l'ordre en a été bouleversé pour tenir implicitement compte d'une hiérarchie des éléments : le nom qui était en tête de liste se trouve relégué en dernière position, laissant la place de tête au tractatus* ». Effectivement, le traitement constitutif de la possession d'état recouvre un élément volontaire, un autre intentionnel, qui doit être réciproque, et un dernier plus matériel. Les parents pourvoient spontanément, en tant que tels, à l'éducation et à l'entretien de l'enfant. Cette notion de traitement sera à apprécier individuellement en fonction de chacun des parents. C'est en ce sens que l'on parle d'une divisibilité de la filiation. D'une manière générale, avec l'ordonnance de 2005, toute filiation est désormais potentiellement divisible. La possession d'état, source de filiation, est également divisible, maternelle, paternelle.⁴⁴⁹

⁶⁴⁵ L'ordonnance du 4 juillet 2005 a renforcé le rôle de la possession d'état, conforté de surcroît par la loi du 16 janvier 2009 portant ratification de l'ordonnance. Messieurs Le Guidec et Chabot⁴⁵⁰ nous précisent que : « *Depuis la loi du 16 janvier 2009 portant ratification de l'ordonnance, la possession d'état à l'égard du mari de la mère permet de rétablir la présomption de paternité écartée en cas d'absence de désignation du mari en qualité de père dans l'acte de naissance ou en cas de conception lors d'une période de séparation légale (C. civ., art 314, réd. L. n° 2009-61 du 16 janv. 2009). Dans d'autres cas, la possession d'état renforce et protège la filiation initialement établie par titre. A cet égard, la stabilité de la filiation appuyée par la possession d'état est améliorée par l'ordonnance par rapport à celle qui était déjà retenue par la loi du 3 janvier 1972 ... La possession d'état demeure ainsi une clé du droit de la filiation : pour son établissement, véritable possession acquisitive de filiation, et pour la protection de la filiation établie, rempart substantiel à l'encontre de la contestation dans un souci de paix des familles, de paix sociale, et dans l'intérêt supposé de l'enfant* ».

⁴⁴⁸ Murat P., « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », Dr fam., Janvier 2006, études 5.

⁴⁴⁹ Le Guidec R, Chabot G., filiation, (2° modes extra judiciaires d'établissement), Rép. civil Dalloz, janvier 2009.

⁴⁵⁰ Le Guidec R, Chabot G., filiation, (2° modes extra judiciaires d'établissement), Rép. civil Dalloz, janvier 2009.

⁶⁴⁶- La stabilité de l'enfant sera ainsi protégée. C'est ainsi qu'en matière de contestation de filiation, lorsque la possession d'état est conforme au titre, l'action ne sera ouverte qu' :

- à l'enfant,
- à l'un de ses parents

ou

- à celui qui se prétend le parent véritable.

Si au bout de 5 ans, cette possession est toujours conforme au titre, expression de la filiation réellement vécue, elle ne sera plus attaquable. Il s'agit bien d'un gage de stabilité pour l'enfant et une manifestation de la responsabilité des parents vis-à-vis de ce dernier.

Sous-section 3 LA NECESSITE D'UN APPORT SUFFISANT DE GARANTIES LEGALES

⁶⁴⁷- **La réforme mise en place par l'ordonnance du 4 juillet 2005 a accentué le formalisme de la possession d'état.** En effet, cette preuve extrajudiciaire de la filiation était largement critiquée en raison de l'insécurité juridique que pouvait engendrer la prise en compte inopinée du fait brut⁴⁵¹. La société de plus en plus urbaine, plus anonyme, les familles décomposées et recomposées fleurissant de plus en plus, il est assez facile de découvrir des rapports de filiation connus à tel endroit et inconnus à tel autre, surgir brutalement. Monsieur Murat⁴⁵² rajoute : « *La possession d'état constitue alors, au gré des intérêts en jeu, un atout que l'on revendique ou que l'on tait soigneusement, créant des surprises désagréables, particulièrement en matière successorale où le lien est d'ailleurs parfois invoqué seulement à propos d'une succession collatérale, et parfois même plusieurs décennies après le décès du prétendu parent. Pour lutter contre ces inconvénients, la réforme accentue la « formalisation » de la possession d'état* ».

⁶⁴⁸- La vertu probatoire de la possession d'état dépend d'une constatation formelle préalable, soit a minima par un acte de notoriété, soit plus lourdement par un jugement. Comme le dit Monsieur Murat : « *L'ordonnance réalise un changement de cap : si la possession d'état demeure bien pour l'avenir un mode d'établissement non contentieux*

⁴⁵¹ Murat P., « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », Dr fam., janvier 2006, études 5.

⁴⁵² Murat P., « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », Dr fam., Janvier 2006, études 5.

de la filiation, la délivrance d'un acte de notoriété devient l'exigence maximale de l'efficacité de ce mode d'établissement. La vertu probatoire de la possession d'état dépend désormais d'une constatation formelle préalable, soit a minima par un acte de notoriété, soit plus lourdement par un jugement ».

649- En plus d'être suffisamment caractérisée, la possession d'état doit être de qualités multiples. L'article 311-1 du Code civil issu de la loi de 1972 ne mentionnait que l'exigence de la continuité de la possession d'état. L'ordonnance de 2005 a ajouté d'autres qualités comme le caractère paisible, public et non équivoque (C. civ. 311-2). En présentant ces autres qualités, l'ordonnance a consacré la jurisprudence. Elle exigeait que la possession d'état soit aussi exempte de vice, en transposant l'expression « *paisible, publique et non équivoque* » du droit des biens⁴⁵³.

⁴⁵³ Le Guidec R, Chabot G., Filiation, modes extrajudiciaires d'établissement, Répertoire civil, Encyclopédie Dalloz, 2009.

CHAPITRE II : LA SECURITE DE LA FILIATION

⁶⁵⁰- Doit-on considérer que la recherche absolue de la vérité est un élément de sécurité de la filiation ? Quelles sont les limites à cette recherche absolue, si facile grâce à la preuve par l'identification génétique ? La sécurité de la filiation ne doit-elle pas établir un juste équilibre entre, ce qui est du domaine de la filiation sociologique, et la nécessaire recherche des origines génétiques, à savoir la filiation biologique ? Cette tentation de la preuve scientifique, cette tentation de la vérité génétique si facile d'accès désormais ne présente-t-elle pas un danger malgré tout pour cette sécurité de la filiation ? La vérité est-elle toujours bonne à dire ? Ne faut-il mieux pas parfois préserver les situations des personnes ? Cette recherche de sécurité de la filiation en modifie-t-elle le sens ?

Autant de questions auxquelles nous nous efforcerons de répondre dans ce dernier chapitre de notre démonstration.

⁶⁵¹- Monsieur Murat⁴⁵⁴, considère en ce qui concerne la réforme introduite par l'ordonnance du 4 juillet 2005 que : « *Quoique réelle, la simplification est cependant une façade car les objectifs de la loi sont plus substantiels que formels : il s'agit bien d'une refonte globale du droit de la filiation, et d'une vraie réforme d'un des liens fondateurs de la famille, même si celle-ci s'inscrit dans une certaine continuité idéologique avec la loi de 1972. Deux mots d'ordre se dégagent : égalité des filiations et sécurité des filiations ... Le second mot d'ordre, la sécurité, touche en profondeur à la définition même du lien juridique de filiation en redéfinissant l'équilibre entre volonté, biologie, titre légal et préservation du vécu. La restauration de la sécurité du lien s'imposait en raison des désordres engendrés par la création prétorienne d'actions en contestation et par la grande disparité des délais d'actions qui pénalisait, de manière aujourd'hui incompréhensible, la filiation naturelle rendue plus instable* ».

Il considère que cette idée de sécurité « *se décline selon de multiples aspects techniques qui conduisent notamment à un encadrement plus fin des preuves de la filiation établie par possession d'état, en particulier pour assurer une meilleure sécurité juridique des liquidations successorales mais aussi, surtout, au durcissement des conditions de recevabilité des actions, afin de mettre l'enfant à l'abri de modifications tardives, affectant la stabilité de son état* ».

⁴⁵⁴ Murat P., « La filiation simplifiée » Dr fam., septembre 2005, p. 5.

652- Cette sécurité de la filiation doit composer avec l'accès à la vérité. Monsieur Murat⁴⁵⁵ de s'interroger là encore concernant l'accès à la vérité : « *On ne sait encore si elle n'imposera pas sa tyrannie à la faveur de quelques procès portés jusque devant la cour des droits de l'homme, car, après tout, la même histoire pourrait bien se rejouer à une variante près : qu'après que la Cour de cassation eut défigurée la loi de 1972 au nom de la vérité biologique, le même argument servît, cette fois au nom des droits de l'homme, à disjoindre le carcan que l'ordonnance essaie d'imposer à la vérité biologique. Qui sait ce que nous réserve l'avenir ?* ».

653- Cette sécurité de la filiation se doit de composer entre filiation biologique et filiation sociologique, dans un souci de stabilité de l'enfant et toujours en ayant pour objectif l'intérêt de ce dernier. La Convention Internationale des Droits de l'Enfant va dans le sens de la nécessité de la connaissance de ses origines pour tout un chacun. La facilité de la preuve par l'identification génétique génère de nombreuses demandes. Ceci entraîne des conséquences prétorienne, sans oublier l'influence de nombreuses législations étrangères en faveur de la recherche des origines génétiques comme facteur de sécurité de la filiation.

654- Dans une première section, nous analyserons les différentes manifestations de la recherche absolue de la vérité. Puis face à cette recherche absolue de la vérité, il paraît important de relativiser, et de voir en quoi le droit de la filiation limite en outre la vérité biologique par plusieurs règles de fond qui tiennent à des raisons d'intérêt général, ou d'intérêt privé, voire même des deux. Interviennent également des considérations morales, individuelles, sociales, familiales, affectives, de liberté et enfin de sécurité juridique.

Nous verrons dans une deuxième section ainsi en quoi, au nom de ces différentes considérations, cette recherche absolue de la vérité présente des limites.

SECTION 1 - LA RECHERCHE ABSOLUE DE LA VERITE

655- **Le droit moderne de la filiation est implicitement fondé sur le principe de vérité.** Le droit s'efforce de faire coïncider la filiation juridiquement établie avec la filiation existant dans l'ordre biologique. L'essor progressif de ce principe est lié à

⁴⁵⁵ Murat P., « Dossier spécial filiation : avant lecture », Dr fam. Janvier 2006, focus.

plusieurs raisons :

- tout d'abord la découverte de la preuve génétique qui rend plus facile la connaissance biologique de la filiation,
- le droit au bonheur et ce faisant il semblerait que la filiation biologique garantisse une place de choix à l'enfant dans une famille aimante,
- la procréation responsable qui fait que désormais la procréation est basée sur une idée de volonté responsable,
- enfin l'évolution des mœurs qui ne condamne plus certaines situations⁴⁵⁶.

⁶⁵⁶- La Convention Internationale des Droits de l'Enfant, proclamée par l'ONU le 20 novembre 1989 et ratifiée par la France en 1990, édicte que : « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a, dès celle-ci, droit à un nom et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ».

⁶⁵⁷- La France, notamment dans le domaine de l'accouchement sous X, ainsi que dans celui de la procréation assistée exogène est un des derniers pays à pratiquer la politique de l'anonymat. En ce qui concerne les actions en recherche de paternité et de maternité, elles ne sont possibles que dans le cadre strict d'un procès et largement encadrées. La tentation génétique est grande et de facto ses dérives également, susceptibles en droit français de remettre en cause la sécurité juridique de la filiation. Il semblerait que dans nombre de pays étrangers, cette recherche génétique de la filiation soit largement ouverte et couramment pratiquée en dehors des sentiers judiciaires. Nous avons compris que ces éléments ne seront pas sans influencer les prochaines réformes françaises. C'est d'ailleurs, en ce sens que nous pourrions dire que, les avancées de recherches génétiques ne sont pas sans influencer le sens de la filiation et les modifications qui en découleront.

Sous-section 1 LES DISPOSITIONS DE LA CONVENTION INTERNATIONALE

⁶⁵⁸- Un des piliers majeurs de cette Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant consiste à édicter un principe du droit à la connaissance de ses origines pour l'enfant. Néanmoins, des exceptions viennent tempérer la portée de ce principe.

⁴⁵⁶ Fenouillet D., Droit de la famille, Cours Dalloz, 2^{ème} édition, 2008.

§1 - Le droit à la connaissance des origines

659- La question de l'accès aux origines n'est pas récente. « *Cette curiosité, grosse d'imaginaire et de fantasmes nourris par le secret, est de tous les temps* »⁴⁵⁷.

L'acuité de la question tient à la triple impulsion :

- d'une évolution des mentalités,
- des progrès de la génétique,
- de l'évolution du droit.

Le processus de modernité est vécu et pensé comme dévoilement, refus affiché de dissimulation, passion de la transparence. Y faisant écho, nous assistons à une certaine « *mode de la recherche des origines familiales* » et à la mise en exergue d'un besoin de connaître ses origines face à une offre légale de secret dont les fondements sont propres à donner un autre sens à l'ensemble du système⁴⁵⁸.

Les tensions et les réticences à l'égard du secret tiennent à l'essor des progrès scientifiques. La maîtrise accrue de la procréation, l'accessibilité de la vérité biologique sont autant de facteurs favorisant l'évolution des mœurs qui viennent tarauder le droit pour qu'il soulève les masques.

L'orientation contemporaine du droit de la filiation en faveur de la vérité biologique, l'intérêt supérieur de l'enfant, principe dans l'ère du temps, le droit fondamental de connaître ses parents confortés par des normes internationales et notamment la Convention Internationale des Droits de l'Enfant.

Cette même Convention signée à New York le 26 janvier 1990 et ratifiée par la France (L. 2. Juill. 1990, Décr. 8 oct. 1990) en son article 7 reconnaît le droit qu'a tout enfant de connaître ses origines, ses parents « *dans la mesure du possible*». **L'article 7** énonce : « ***L'enfant est enregistré aussitôt après sa naissance et a, dès celle-ci, le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevés par eux*** ».

⁴⁵⁷ La mythologie grecque (Télémaque, Thésée), les légendes germaniques ont chanté la quête du père.

⁴⁵⁸ Khadija A., L'utilisation de la génétique dans l'administration de la preuve en droit de la filiation et en droit pénal, Thèse, Montpellier I, 2001.

§2 - Mise en œuvre du principe

⁶⁶⁰- Avec l'avancée de la recherche scientifique en matière génétique et la possibilité grâce à l'ADN de retrouver ses origines réelles génétiques, bon nombre de personnes vont se lancer dans des procédures de recherche de filiation. Cette Convention Internationale des Droits de l'Enfant en France se trouve freinée par :

- La nécessité d'agir dans le cadre d'un procès lors d'une recherche de filiation. L'impossibilité de le faire dans le cas de l'accouchement sous X, légalisé en France,
- En matière de procréation assistée avec donneur où, là encore, ce type de recherche ne pourra avoir lieu : l'anonymat étant la règle.

⁶⁶¹- En ce qui concerne la recherche de la filiation véritable, la législation française qui édicte l'anonymat des donneurs de gamètes ou la possibilité pour une femme d'accoucher sous X, entraîne des situations douloureuses pour de nombreuses personnes en quête de leurs origines qui doivent faire face à des « *secrets mortifères* »⁴⁵⁹.

Les lois bioéthiques de 1994 revues en 2004 sont de nouveau en discussion à l'occasion des débats sur les Etats Généraux de la Bioéthiques. Ces lois, venues consacrer et encadrer la mise en œuvre des PMA en posant les règles applicables à la filiation des enfants ainsi conçus, ont fait le choix du secret de l'identité du donneur. Pour certains auteurs, ce choix vide en partie, ce qui fondait le Droit de la Filiation refermé en 1972, et anéantit un des droits fondamentaux de l'enfant à connaître ses parents.

La loi du 22 janvier 2002 facilitant la recherche des origines à travers la création en 2002⁴⁶⁰, dans le cadre de l'accouchement sous X, du Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles et à l'accompagnement et l'information des femmes accouchant dans le secret, fait l'objet de nombreuses critiques. D'un côté, il y a les défenseurs de l'accouchement sous X et de l'autre ceux qui luttent pour le droit à la connaissance des origines dans le respect de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant.

⁶⁶²- De même avec l'avancée des techniques, la tentation est grande, en cas de contentieux, de tenter de rechercher ses origines génétiques, remettre en cause sa paternité ou sa maternité. Pour Pierre Verdier et Nathalie Margiotta⁴⁶¹, il est un droit pour tout homme de connaître sa filiation : « *Ce que nous revendiquons, c'est le droit pour tout homme de connaître sa filiation. Toutes ses filiations. Ce n'est pas une faveur, ce*

⁴⁵⁹ Delaisi de Parseval G., « le secret des origines », sciences humaines, n°101, janvier 2000, p. 35.

⁴⁶⁰ Décret 2002-781 du 03/05/2002 relatif au conseil national pour l'accès aux origines personnelles et à l'accompagnement et l'information des femmes accouchant dans le secret.

n'est pas un privilège, voire la transgression d'un interdit ; c'est simplement un droit ... Ce qui définit l'humain, ce n'est pas l'intelligence, le rire ou la parole, c'est la filiation, « un être qui ne parle pas, qui ne raisonne pas, qui ne rit pas, n'en est pas moins un homme dès lors qu'il est le fils d'un homme et d'une femme. Biologisme strict, ici, et de sauvegarde » ».

C'est un des premiers droits de l'homme que de savoir qui il est. C'est-à-dire de qui il vient. Pour ces auteurs, il ne peut dépendre du seul bon vouloir de l'adulte, d'établir ou non un lien de filiation à l'égard de son enfant. Chacun a besoin d'être au clair avec ses filiations, pour certains enfants, ces filiations sont éclatées. Le problème « *ne peut être résolu de façon complètement satisfaisante si le choix opéré consiste à nier une part de vérité* » écrit Odile Roy⁴⁶². Pour ces différents auteurs, ce n'est pas l'un ou l'autre mais l'un et l'autre. Pour eux, il ne faut pas opposer filiation biologique et filiation affective, puisque l'enfant a besoin des deux pour vivre.

⁶⁶³- Ceci est un vaste débat. Nous pouvons penser qu'effectivement dans certains cas la nécessité pour certains enfants d'avoir un éclairage sur leur filiation biologique véritable est indispensable. Maintenant, d'un fait particulier au droit en général, il n'y a pas qu'un pas, et en faire une généralité serait une erreur. Nous l'avons déjà dit : « *toute vérité n'est pas bonne à dire* » et au nom de l'intérêt de l'enfant la non divulgation de l'identité de l'un des parents, la non recherche de la paternité ou maternité véritable vaut mieux. Notamment en ce qui concerne la sécurité de sa filiation, cette dernière se traduit par sa stabilité.

⁶⁶⁴- Cependant, les moyens scientifiques sont là et les tribunaux, à la suite de la loi de 1972, reconnaissant la viabilité de la preuve scientifique de la filiation, furent envahis de demandes de recherches de filiation.

La possibilité offerte également par la toile au delà des frontières de notre pays est telle qu'au nom de ce respect de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant certains seraient volontaires pour outrepasser les frontières et effectuer des recherches génétiques afin de trouver la filiation véritable. Le droit français est très strict là-dessus. La recherche génétique de la filiation est juridiquement encadrée et les entraves à la loi largement réprimées. Du reste, nous pouvons imaginer aisément que ces recherches, affectant la stabilité de la filiation, mettent à mal une certaine sécurité de celle-ci et constituent en ce sens une certaine limite à l'application au pied de la lettre de cette Convention Internationale.

⁴⁶¹ Verdier P, Margiotta N., Le droit à la connaissance de son origine : un droit de l'homme. Pour en finir avec l'accouchement sous X et le secret de la filiation, Paris, éditions Jeunesse et Droit, 1998, pp. 41-43, 59-60.

⁴⁶² Roy O., LPA., 12 juin 1998, n°70.

665- Dans le domaine strict de l'accouchement sous X et de la non divulgation de l'identité de la mère, si tel est son souhait, la France avec le Luxembourg resterait un des derniers pays à organiser et pérenniser le secret.

Dans la plupart des législations étrangères, l'indication du nom de la mère, mais aussi celle du père, est obligatoire. Certains pays comme la Norvège par exemple, estiment qu'il doit en être de même en cas de procréation assistée exogène. Ce n'est pas le cas non plus en France⁴⁶³. Cependant, nous savons malgré tout qu'avec l'essor que prend la génétique à l'heure actuelle, cette connaissance sera prochainement admise pour tous. La question est justement de savoir si cela est judicieux ?

666- Pour certains, la France est un pays qui transgresse les engagements internationaux, mais justement ne le fait-elle pas au nom du principe du respect de l'intérêt de l'enfant et pour respecter une certaine responsabilité de la filiation par une sécurité de celle-ci passant par sa stabilité ? Les découvertes génétiques ne transforment pas encore complètement notre droit de la filiation, il garde encore un peu de son sens initial.

667- Pour Monsieur Murat⁴⁶⁴ : « *La sécurité doit composer avec l'accès à la vérité dont on ne sait encore si elle n'imposera pas sa tyrannie à la faveur de quelques procès portés jusque devant la Cour des Droits de l'Homme , car après tout, la même histoire pourrait se rejouer à une variante près : qu'après que la Cour de cassation eut défiguré la loi de 1972 au nom de la vérité biologique, le même argument servît, cette fois au nom des droits de l'homme, à disjoindre le carcan que l'ordonnance essaie d'imposer à la même vérité biologique. Qui sait ce que l'avenir nous réserve ?* ».

Sous-section 2 LA TENTATION DE LA PREUVE GENETIQUE DANS LE STRICT CADRE D'UN PROCES

668- L'état de la personne étant indisponible, les démarches de recherches de filiations en dehors des sentiers judiciaires ne peuvent avoir lieu. Ces démarches doivent nécessairement être menées devant les juges. L'examen des sangs et la technique des empreintes génétiques sont étroitement réglementés.

En matière civile, et c'est l'objet de notre réflexion, il ne peut être ordonné qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant à l'établissement ou à la contestation d'un lien de filiation (C. civ., art. 16-11). C'est la raison pour laquelle, nous pouvons considérer et nous l'avons d'ailleurs démontré, que la

⁴⁶³ Boucaud P., journal du droit des jeunes, n°174, avril 1998.

⁴⁶⁴ Murat P., « Dossier spécial filiation avant lecture », Dr fam., Janvier 2006, focus.

quête de la filiation véritable, la connaissance de la vérité biologique à tout prix, sont limitées.

§1- La preuve biologique pour contester une filiation

669- L'évolution du Droit de la Filiation a pris acte des progrès scientifiques. Aujourd'hui, il est de pratique courante d'utiliser les expertises dites biologiques afin de connaître de façon certaine, voire quasiment absolue, la réalité d'une filiation⁴⁶⁵. Cependant des limites peuvent être justifiées par des considérations d'utilité sociale, de paix des familles, d'intérêt de l'enfant, etc.

670- C'est d'ailleurs la jurisprudence de la Cour de cassation qui a tenu compte de ces avancées scientifiques et favorisé l'utilisation de la preuve scientifique dans de tels procès en filiation. Parallèlement à cette évolution de la preuve scientifique, la preuve sociologique de la filiation a également avancé de façon telle que la loi du 25 juin 1982 a institué la possession d'état comme mode autonome d'établissement de la filiation⁴⁶⁶. Cependant, et ce dans un souci de faire prévaloir la sécurité de la filiation, passant par sa stabilité, l'ordonnance de 2005, tout en n'écartant pas fort logiquement la vérité biologique, a fait prévaloir parfois la vérité sociologique.

671- Et justement, cette sécurité de la filiation passe parfois par la supériorité de la preuve sociologique, ne laissant pas de place pour la vérité biologique de la filiation.

La question de la place de la vérité biologique de la filiation en droit contemporain de la filiation pour Messieurs Le Guidec et Chabot est « *cependant plus complexe qu'il n'y paraît car elle ouvre la voie à quelque prospective. De l'importance, même relative, accordée à la vérité sociologique du lien de filiation, on s'achemine parfois vers la reconnaissance de nouvelles parentés, purement volontaires* ».

672- Il ne faut pas omettre que la cellule familiale est en pleine mutation. Les avancées revendiquées par les parents ou futurs parents sont nombreuses et ne doivent pas faire perdre de vue, nous l'avons énoncé, un élément essentiel en droit de la filiation, celui de l'intérêt de l'enfant au nom de sa sécurité. Ce dernier repose plus dans la stabilité que dans la vérité, dans la paix des familles, plus que dans l'explosion d'un nouveau contentieux familial.

⁴⁶⁵ Bimes-Arbus S., la preuve scientifique de la filiation, Thèse, Toulouse, novembre 1999.

⁴⁶⁶ Le Guidec R, Chabot G., filiation, modes extrajudiciaires d'établissement, Répertoire Civil, Encyclopédie Dalloz, 2009.

§2 - L'impossibilité de cette preuve en dehors d'un procès

673- Cette preuve doit se faire largement encadrer lors du procès sous couvert du juge. Il ne faut pas trahir l'esprit de la réforme, commencée en 2005, en accédant aux revendications d'un pseudo « *droit à l'enfant* » formulé par les candidats à l'adoption ou à la procréation médicalement assistée en dehors du cadre légal. La jurisprudence met souvent « *en relief des cas singuliers, déviants de quelque norme par une tare inédite. Ce qui excite la curiosité des médias, et par eux, un « voyeurisme de l'opinion »* »⁴⁶⁷.

674- Sans oublier toutes les dérives qui peuvent exister pour faire naître un enfant à tout âge, en défiant la mort, sans époux ou sans concubin, sans partenaire d'un autre sexe. Que faire face à des personnes qui outrepassent la loi et se rendent à l'étranger pour faire naître un enfant à n'importe quel prix ? Que faire face à la montée de ces recherches génétiques en dehors du cadre légal par le biais de ces agences distribuant des kits de recherches de filiation, à l'étranger, et pouvant être achetés sur Internet ?

675- Toutes ces dérives, ces détournements du droit doivent être sanctionnés, même si l'approche de l'intérêt de l'enfant semble dire le contraire. Comme Isabelle Corpart⁴⁶⁸, nous pouvons affirmer que : « *L'ordre public familial est en cause ; En décider autrement ouvrirait la porte à tous les débordements. Le droit est-il fait pour trouver des solutions à tous les cas particuliers ou doit-il réfléchir aux normes qui gouverneront demain les rapports de filiation? Des questions demeurent en suspens. L'enjeu est de taille* ».

Cependant le droit de savoir est réclamé par les justiciables. Ceux-ci ont du mal à comprendre que la loi leur refuse l'accès à une vérité désormais disponible⁴⁶⁹. Pour Madame Dreiffus-Netter : « *Le danger le plus grave est peut-être lié à l'illusion de la transparence qui n'est un espoir de liberté qu'après l'opacité du système soviétique. En son nom, en combinant les moyens techniques d'accéder à l'information et les moyens de la diffuser, on risque d'aboutir à une nouvelle forme de totalitarisme collectif. Sur un site Internet américain qui propose, moyennant une somme modique, de rechercher la personne de son choix et de fournir tous les renseignements la concernant (sa famille, ses revenus, son casier judiciaire, etc....) on peut lire un slogan : "You have a right to know". Si de telles dérives devaient gagner le continent européen, la satisfaction du besoin individuel de connaissance, fut-il légitime, pourrait bien nous placer sous le regard malveillant d'une multitude de Big Brothers tels que G. Orwell ne les avait même pas imaginés* ».

⁴⁶⁷ Carbonnier J., Droit Civil, la famille, Paris, 20^{ème} édition, 1999.

⁴⁶⁸ Corpart I., Filiations : nouveaux enjeux, la documentation Française, dossier n°914, juillet 2005.

⁴⁶⁹ Dreiffus-Netter F., « Preuve scientifique et droit de la filiation », in colloque « Le droit des preuves au défit de la modernité », 24 mars 2000, la documentation Française.

C'est la raison pour laquelle les recherches de filiation ne peuvent avoir lieu en dehors du cadre du procès. Il en va de la sécurité de la filiation, et c'est ici que nous voyons toute la grandeur de cette idée de responsabilité de la filiation, chère à Madame Dekeuwer-Deffosse.

⁶⁷⁶- Cependant, il est certain qu'au-delà de nos frontières le droit concernant la filiation et les différents moyens de l'établir, n'est pas le même. Notre droit n'est pas soumis justement à l'influence de ces législations extrêmes.

Sous-section 3 L'EXEMPLE ET L'INFLUENCE DES LEGISLATIONS ETRANGERES

⁶⁷⁷- Dans le domaine particulier du Droit de la Famille et particulièrement du droit de la filiation, le droit français et le droit allemand n'ont pas réagi de la même manière. Dans le domaine particulier de la génétique, où des progrès fulgurants furent réalisés par la science, les législateurs ont été obligés de se pencher sur des problèmes aussi nouveaux qu'essentiels, comme le bouleversement du droit de la filiation, dû à la possibilité aujourd'hui de connaître avec certitude, les origines génétiques d'un enfant. Le droit français et le droit allemand ont adopté le même principe de la vérité biologique, mais ils ne lui ont cependant pas donné la même portée⁴⁷⁰.

⁶⁷⁸- La réforme Allemande du Droit de l'Enfance (Kindschaftsrechtsreform) du 16 décembre 1997, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1998, s'inscrit dans une tendance de non discrimination des enfants et du droit d'obtenir une filiation établie. Elle a unifié le droit de la filiation en tenant compte du droit de l'enfant à la connaissance et à l'établissement de ses origines⁴⁷¹.

Alors que la France a une vision très volontariste de la paternité, l'Allemagne considère la paternité comme une notion essentiellement biologique.

Force pour nous est de constater que les droits français et germanique, bien que tous deux faisant partie de la même famille des droits romano-germaniques, caractérisés par leur origine romaine commune, s'opposent en réalité fortement. **Le droit allemand a érigé le principe de la primauté de la vérité biologique en absolu**, même si des évolutions récentes l'ont quelque peu infléchi. La France n'en a pas fait l'alpha et l'oméga de son droit de la filiation où le secret et la réalité sociologique ont encore leur place⁴⁷².

⁴⁷⁰ Frank R., « La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille », RID comp., 1993, p.635.

⁴⁷¹ Wenner E., « La filiation paternelle en droit comparé allemand et français : la loi allemande relative à la filiation du 16 décembre 1997, un modèle pour le droit français ? », Thèse, Toulouse, 2000.

⁴⁷² Lardeux G., « Droits civils français et allemand : entre convergence matérielle et opposition intellectuelle », RRJ. 2006-2.

§1- L'exemple allemand en faveur d'un fondement biologique de la filiation

679- Eva Wenner nous explique dans sa thèse de doctorat, que, en raison de son attachement aux liens du sang, le droit allemand a toujours suivi avec un vif intérêt les progrès scientifiques. Ce dernier eut très tôt recours aux expertises biologiques. Dans les années 40 déjà, les juges allemands utilisaient des expertises. Si bien que l'apparition des empreintes génétiques fut vécue comme la confirmation de la tendance biologique. Le recours très large à cette méthode ne pose en effet aucun problème aujourd'hui. Même si tout le monde connaît les dérives intervenues sous le troisième Reich. Le législateur allemand est tout à fait favorable à l'utilisation de ces méthodes. Cela d'ailleurs s'exprime par un encadrement léger des méthodes et par un recours parfois forcé à l'expertise.

680- Le droit allemand laisse totalement le champ libre au développement de la science et à l'utilisation des nouvelles techniques. Les expertises se déroulent selon des règles déontologiques et de manière souple.

Contrairement aux lois bioéthiques françaises, il n'y a aucune limite pour l'utilisation des expertises. Elles ont l'avantage d'être conçues par des spécialistes et de s'adapter aux progrès scientifiques et de recherche génétique.

L'existence d'un contentieux n'est pas la condition pour pouvoir procéder à ces expertises. Celles-ci peuvent avoir lieu indépendamment de tout contentieux, dans la mesure où tous les intéressés sont d'accord. En Allemagne ces expertises, en quelque sorte « *privées* », sont plutôt bien vues dans la mesure où elles servent à désencombrer les tribunaux.

Eva Wenner nous précise même qu'il n'est pas rare que l'homme consente à reconnaître l'enfant lorsqu'une expertise l'a persuadé de l'existence d'un lien biologique. A l'inverse, une expertise qui exclut la paternité épargne à l'enfant un procès voué à l'échec.

En contre partie le législateur allemand considère qu'à partir du moment où il y a un procès, le juge et les parties doivent activement rechercher la vérité.

681- La procédure allemande dans le cadre du contentieux de la filiation présente un caractère inquisitorial. Le juge doit tout mettre en œuvre pour rechercher la vérité par tous les moyens d'inquisitions possibles. Au nom des principes inquisitoire et de la

recherche d'office (Untersuchungsgrundsatz), il ordonne systématiquement une expertise biologique⁴⁷³.

Le droit allemand est malgré tout un des rares pays européens où l'on accepte la contrainte pour les examens biologiques. Pour ces juristes, il existe une réelle nécessité de connaître la filiation véritable.

Ce qui compte pour eux, c'est la vérité objective, la recherche de la vérité absolue. Contrairement à la France, si la personne est décédée et, peu importe qu'elle ait manifestée son intention ou non de son vivant de se soumettre éventuellement à une expertise génétique, celle-ci aura lieu d'office. Le juge fait alors procéder aux expertises sur les parents proches et il lui est même possible d'ordonner des prélèvements sur les cadavres.

682- Il existe une autre particularité du droit allemand, manifestation de cette recherche absolue de la vérité biologique de la filiation, qui est celle où, toutes les parties et même les tiers, doivent se prêter à l'expertise si nécessaire, pour la manifestation de la vérité biologique. Cette obligation de tolérer ou de subir est une particularité de ce droit. La recherche de la vérité biologique est un principe d'ordre public en matière de filiation, lequel principe peut mettre en échec les droits individuels. La personne à laquelle il est demandé de faire une expertise biologique pour découvrir ses liens de filiation avec une autre, ne peut s'y soustraire, sous peine de s'exposer à des condamnations, à des astreintes ou à des peines d'emprisonnement. Prenons l'exemple d'un homme qui a dû se soumettre à ce type d'expertise, afin de révéler sa paternité sur le propre enfant de sa fille. Ce dernier a dû se soumettre aux expertises aux risques d'encourir des poursuites pénales pour inceste et viol de sa fille⁴⁷⁴.

683- En droit français ce type de pratique semble totalement impossible dans la mesure où cela heurterait les principes de l'intégrité du corps humain et de l'intimité de la vie privée. Comme Eva Wenner, nous pensons que le droit de la filiation présente en Allemagne des analogies avec le droit pénal. Il met également en échec les libertés individuelles au bénéfice de l'intérêt général pour l'établissement de la vérité.

684- Le droit allemand exprime sa confiance dans le progrès scientifique et s'y adapte très facilement. Prenons pour exemple cette possibilité qu'il a également de pouvoir remettre en cause une décision prise si d'autres éléments de preuve viennent contredire les premiers. Peu importe qu'il y ait eu autorité de la chose jugée précédemment. Le § 641 i du Code de Procédure Civile (ZPO) dispose en effet que la décision doit être

⁴⁷³Frank R., « L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand », RIDC 4-1995 octobre décembre.

⁴⁷⁴ OLG Hamm 19 août 1992, FamRZ 1993, p. 76.

révisée « si le demandeur présente une nouvelle expertise qui seule ou en rapport avec d'autres procédés aurait conduit à une autre solution ». Il y a une grande confiance du droit allemand dans le progrès scientifique et la possibilité de rechercher à tout prix la vérité biologique.

685- Dans le cadre des procréations charnelles, la vérité biologique s'exprime toujours. Contrairement au droit français, il n'y a pas de possibilité d'organiser le secret comme c'est le cas pour l'accouchement sous X. Ce rejet traditionnel de cette institution par le droit allemand a été conforté par la reconnaissance d'un droit de nature constitutionnelle à l'enfant de connaître ses origines génétiques⁴⁷⁵, fondé sur le droit général de la personnalité (allgemeines Persönlichkeitsrecht⁴⁷⁶). C'est d'ailleurs au nom de ce principe que les modifications essentielles du droit allemand ont été opérées ces 20 dernières années. Même si le droit français a également été influencé par la vérité biologique de la filiation, il n'a pas reconnu un tel droit. Le Conseil Constitutionnel a, à l'inverse de son homologue allemand, jugé que les dispositions législatives tenant en échec l'accès aux origines biologiques n'étaient pas inconstitutionnelles⁴⁷⁷.

Madame Lardeux⁴⁷⁸, nous précise que c'est au sujet de l'établissement et de la contestation de sa filiation paternelle par l'enfant que le Tribunal Constitutionnel Fédéral (Bundesverfassungsgericht) a rendu deux décisions fondatrices en matière du droit à la connaissance de ses origines génétiques. Tout d'abord, par un arrêt du 18 janvier 1988⁴⁷⁹, cette juridiction décidait que l'enfant naturel pouvait contraindre sa mère à lui livrer l'identité de son père biologique⁴⁸⁰, droit fondé tant sur son droit général de la personnalité que sur l'article 6 alinéa 5 de la Loi Fondamentale selon lequel « la loi doit assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu'aux enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physique et moral et leur situation sociale ». Pour cet auteur une telle décision constitue une curiosité exclusivement allemande. Ensuite, par deux arrêts⁴⁸¹, le Tribunal de Karlsruhe jugeait contraires à la loi fondamentale les dispositions du BGB qui, en restreignant par trop la possibilité pour un enfant de contester la paternité du mari de sa mère, constituaient un obstacle inconstitutionnel à la recherche de son géniteur et à l'établissement subséquent de sa véritable filiation.

⁴⁷⁵ BverfG, 31 janvier 1989, BverfGE 79, 256 ; NJW 1989, 881, Ch. Enders ; F. Furkel, « Le droit à la connaissance de ses origines en République Fédérale d'Allemagne, RIDC 1997, p. 931. R. Frank, « Le centenaire du BGB : Le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la constitution et de la cohérence du système juridique, RIDC 2000, p. 819, spéc. p. 836 et 840.

⁴⁷⁶ Reconnu par le BGH dans un arrêt du 25 mai 1954 (BGHZ 13, 334) et fondés sur les droits constitutionnels à la dignité de l'homme (GG, art. 1 al. 1^{er}) et au libre épanouissement de sa personnalité (GG, art. 2 al. 1^{er}).

⁴⁷⁷ Décision du 27 juillet 1994, rendue dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des premières lois bioéthiques : D. 1995, 237, B. Mathieu.

⁴⁷⁸ Lardeux G., « Droits civils français et allemand : entre convergence matérielle et opposition intellectuelle », RRJ. 2006-2.

⁴⁷⁹ FamRZ 1989, 147.

⁴⁸⁰ F. Furkel (cf. ref. supra) p. 942.

⁴⁸¹ BverfG, 31 janvier 1989. BverfG, 26 avril 1994, BverfGE 90, 263.

⁶⁸⁶- Par la réforme allemande de 1997, le droit de contestation de la filiation paternelle a également été accordé à la mère légitime. Auparavant seule la mère naturelle était titulaire de ce droit. Le droit français par l'ordonnance du 4 juillet 2005 a connu la même évolution (art 33 à 335 du code civil).

Une loi du 23 avril 2004, a reconnu au père biologique le droit de contester la filiation paternelle juridiquement établie, s'il n'existe entre l'enfant et son père légal aucune relation socio-familiale (§ 1600 I 2, II et III nouveau). Cela correspond à notre possession d'état. Dans ce cas particulier, une place est faite à la vérité sociologique, chose rare en droit allemand caractérisé par le règne de la vérité biologique. Un seul bémol, manifestation de la différence entre le droit allemand et le droit français concerne les délais. En France, la filiation devient inattaquable au bout d'une possession d'état de 5 ans, gage d'une certaine sécurité juridique de la filiation. En Allemagne, ce délai ne se calcule pas en années mais est laissé à la libre appréciation du juge.

⁶⁸⁷- Dans le cadre de la procréation artificielle exogène l'opposition entre les deux systèmes est encore plus marquée. Comme l'énonce Madame Lardeux⁴⁸² : *« le droit français est marqué en ce domaine du double sceau du secret sur les origines biologiques de l'enfant et de la promotion de sa filiation sociologique. Le seul père connu et reconnu est l'homme, mari ou concubin de la mère, qui a donné son consentement à l'insémination. La réalité sociale se substitue à la vérité biologique comme fondement de la filiation »*.

⁶⁸⁸- Le droit allemand a récemment évolué, par une loi du 9 avril 2002 (KindRVerbG) en effet, le § 1600 IV BGB dispose : *« lorsqu'un enfant a été conçu par insémination artificielle hétérologue avec l'accord de l'homme et de la mère, ceux-ci ne sont plus autorisés à contester la paternité de ce dernier »*. Cette disposition a été adoptée dans l'intérêt de l'enfant. Il s'agit d'assurer la stabilité de sa parenté en exigeant des parents qu'ils restent fidèles à la responsabilité contractée librement à l'égard de leur enfant lorsque ces derniers ont volontairement eu recours à un procédé d'insémination artificielle. Cependant en Allemagne, l'action en contestation de paternité reste ouverte à l'enfant même dans ces cas précis.

⁴⁸² Lardeux G., « Droits civils français et allemand : entre convergence matérielle et opposition intellectuelle », RRJ. 2006-2.

§2 - Les autres législations

⁶⁸⁹- Dans ce domaine comme dans d'autres, force pour nous est de constater qu'il existe en Europe deux catégories de pays : les pays à tendance germaniste et les pays à tendance romaniste.

⁶⁹⁰- Dans ceux à tendance germaniste domine le fondement biologique de la filiation. Il n'y a peu ou pas de possession d'état. Le fondement biologique est le fondement majeur, quasi exclusif. C'est le cas des pays scandinaves, germaniques, anglo-saxons et du nord des pays de l'est :

- le rôle biologique de la filiation est très évident,
- l'accouchement sous X est inexistant,
- l'établissement de la filiation paternelle hors mariage quasi forcée,
- la possession d'état est inexistante.

⁶⁹¹- A l'inverse, dans les pays romanistes, une place plus grande est donnée au fondement socio-affectif. Il existe une problématique de recherche d'équilibre entre le fondement sociologique, affectif et le fondement biologique. C'est le cas notamment en France bien sûr, en Espagne, en Italie, et en Belgique. Une place plus importante est donnée :

- à la volonté (liberté du choix),
- à la réalité socio-affective (action avec des délais plus courts pour stabiliser la filiation, notion de possession d'état).

La France rappelle que l'accorde une place prédominante à la filiation désirée et vécue.

⁶⁹²- Dans le cas particulier de la maternité de substitution, fruit d'une évolution importante dans le domaine de la recherche scientifique et des manipulations génétiques, la France n'est pas le seul pays conservateur qui s'y oppose. L'Allemagne, l'Espagne, l'Italie et la Suisse appliquent ce principe également.

Les pays ne s'y opposant pas totalement que nous pouvons qualifier de pays « *intermédiaires* » sont la Belgique, le Danemark et les Pays Bas. Pour ces derniers, la mère est celle qui a accouché de l'enfant.

Les pays qui, en revanche, l'acceptent totalement sont le Royaume Uni, la Grèce le Canada à l'exception de la province francophile de Québec et les Etats Unis (l'exception de certains états).

⁶⁹³- Un dernier point peut être soulevé concernant une possibilité d'établir une filiation et un rapport de parenté entre deux personnes, non légalisé en France. Il s'agit de la PMA et des couples homosexuels. La France est totalement hostile à ce type de filiation. Mais cette attitude de la France n'est pas unanimement partagée. C'est d'ailleurs ce qui malheureusement favorise un tourisme procréatif. Madame Neirinck⁴⁸³ nous précise que : « *De nombreuses législations en Europe ont organisé la procréation médicalement assistée selon le schéma classique, c'est-à-dire comme un droit de la femme. Prenons pour exemple, la loi anglaise « Human Fertilisation and Embryology Act » de 1990 qui a réservé à la femme et à elle seule et non au couple, l'aide de la science. La procréation médicalement assistée y est présentée comme un service de traitement « en vue d'aider les femmes à porter des enfants ». La demande d'intervention doit émaner et ne peut émaner que d'une femme nécessairement âgée de moins de 55 ans, peu importe sa situation familiale, mariée, concubine, homosexuelle La même chose existe en Belgique où une femme seule peut obtenir facilement une insémination artificielle avec donneur anonyme. En ce qui concerne l'homosexualité masculine, ces derniers cherchent en France à contourner les mêmes dispositions, en ayant recours à une mère porteuse qui peut être recruté de manière illicite en dehors de France ».*

C'est cette divergence avec les pays voisins qui favorise le tourisme procréatif. Nous pouvons nous demander comme Madame Neirinck⁴⁸⁴, si : « *Être le parent d'un enfant qu'on n'a pas conçu est devenu une simple question d'argent, de possibilités financières et de contournement de la loi* ». Madame Neirinck se demande si finalement : « *Face à ce constat, on peut se demander s'il ne serait pas préférable d'ouvrir l'adoption et la procréation médicalement assistée à toutes les demandes ?* ». Nous ne la rejoignons pas dans ces propos.

SECTION 2 - LES LIMITES A CETTE RECHERCHE ABSOLUE

⁶⁹⁴- Si la recherche absolue de la vérité n'est pas ce qui caractérise totalement la France à l'inverse de certains pays européens à tendance germaniste, il n'en demeure pas moins que malgré tout, la législation française, dans le domaine précis du droit de la filiation,

⁴⁸³ Neirinck C., « La famille que je veux, quand je veux ? », Ramonville, Erès, 2003, pp. 51-55.

⁴⁸⁴ Neirinck C., « La famille que je veux, quand je veux ? », Ramonville, Erès, 2003, pp. 51-55.

évolue et se modifie au gré des innovations de la recherche scientifique dans le domaine particulier de la génétique. Les lois s'adaptent aux évolutions de la jurisprudence, des comportements de la société, sans oublier la réelle influence des législations des autres pays.

⁶⁹⁵- Il est certain que nous ne pouvons que constater les méfaits du « *tout génétique* », quant à la stabilité de l'enfant lui-même et quant à l'équilibre familial. Nous l'aborderons dans un premier temps. Il faut respecter la vérité sociologique. En second lieu, nous affirmerons que cette dernière est une vérité à part entière et un véritable reflet de la filiation réelle pour enfin considérer qu'elle est bien distincte de la procréation. La filiation est un fait sociétal de nature symbolique s'inscrivant dans une généalogie, alors que la procréation est un fait biologique, il va de soi que l'assimilation est impossible. Ce sera l'objet de notre troisième sous-section.

Sous-section 1 LES MEFAITS DU TOUT GENETIQUE

⁶⁹⁶- L'évolution des mœurs et les progrès scientifiques entraînent une évolution du droit vers une filiation de plus en plus fondée sur la réalité biologique⁴⁸⁵. Le mythe de la recherche de la filiation à tout prix se ressent de plus en plus en France sous l'impulsion des découvertes scientifiques. Il en est de même pour la volonté de concevoir un enfant à tout prix. Celle-ci a tendance à devenir un droit pour tous.

⁶⁹⁷- **La loi du 3 janvier 1972 reposait sur une conception probabiliste de la filiation. Or l'évolution scientifique a consacré, à côté de la vérité née de l'alliance, résultant de la présomption de paternité du mari, une place accrue à la vérité biologique fondée sur l'expertise génétique.** Les demandes d'expertises génétiques dans un but de contestation ou d'établissement d'une nouvelle filiation, n'ont cessé de croître depuis cette date. Le droit de la filiation a perdu de sa cohérence. Il était plus que nécessaire de réformer un droit qui n'était plus adapté aux nouvelles technologies et à l'organisation familiale de notre époque. Cette évolution scientifique a modifié le sens de la filiation. La grande réforme de 1972, en faisant triompher la vérité dans les rapports de filiation, présentait un danger en bouleversant cet ordre juridique qu'est la filiation.

⁴⁸⁵ Pascal A, Trapero M., « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », rapport annuel de la Cour de cassation pour 2004.

Etant toujours susceptible de réelle perversité, la vérité biologique produit des effets contraires à ceux attendus. C'est toute la sécurité et la stabilité de la filiation qui se voient remises en cause⁴⁸⁶.

698- C'est la raison pour laquelle l'ordonnance de 2005 a voulu redonner tout son sens au droit de la filiation, face à ces critères que sont la vérité biologique d'une part et la possession d'état d'autre part. Face à cette montée en puissance d'un droit complexe, en raison de l'avancée des progrès scientifiques, il s'agissait de garantir la sécurité du lien de filiation et la stabilité du statut de l'enfant. Les ruptures et les recompositions familiales entraînaient une fragilisation du lien de filiation, voire des conflits. L'existence d'une pluralité d'actions judiciaires ne faisait que l'amplifier.

699- Il est désormais possible de savoir avec une certitude quasi absolue si un adulte est ou non l'enfant d'une autre personne. Mais ce qui est possible est-il opportun ? Pour reprendre Jacques Foyer⁴⁸⁷ nous précisons que : « *Quieta non movere, il ne faut pas remuer ce qui est tranquille ; c'est dangereux pour cette notion vieillie, mais réelle, de la paix des familles* ». Ce dernier considère, nous le rejoignons dans cette opinion, que la filiation n'est pas un simple lien biologique, mais un tissu dense de relations quotidiennes d'amours, d'affections. Ils ne coïncident pas toujours avec ce que révèle la biologie. Les enfants adoptifs sont-ils moins aimés par les parents qui les ont voulus que les autres enfants dont la naissance a parfois été une surprise ?

Nous pouvons effectivement nous demander, comme Monsieur Foyer⁴⁸⁸, s'il est si nécessaire et indispensable de rechercher la vérité du sang à tout prix ? L'intérêt de l'enfant si cher aux juristes et hommes de loi y gagnerait-il ? Cette recherche à tout prix n'est-elle pas plutôt effectuée dans le sens de l'intérêt de l'adulte plutôt que dans celui de l'enfant ?

700- Cette recherche de la vérité biologique n'est en définitive recherchée que : « *quand la filiation donne lieu à l'exercice d'une action en justice soit pour l'établir (C. civ., art. 325 à 331), soit pour contester la filiation initialement établie, dans la mesure où l'action est recevable (C. civ., art. 332 à 337). La filiation se prouve alors, ou est contestée, « par tous moyens » (C. civ., art. 310-3), dont le recours à l'expertise biologique, « de droit en matière de filiation »*⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ Edelman B., L'accueil par le droit des vraies sciences, la personne en danger, Doctrine juridique, PUF.

⁴⁸⁷ Foyer J., La notion de filiation en droit in L. Kaïat, Vérité psychique, vérité scientifique et droit de la filiation, Ramonville, Erès, 1995, pp. 21-29.

⁴⁸⁸ Foyer J., La notion de filiation en droit in L. Kaïat, Vérité psychique, vérité scientifique et droit de la filiation, Ramonville, Erès, 1995, pp. 21-29.

⁴⁸⁹ Le Guidec R, Chabot G, filiation, modes extrajudiciaires d'établissement, Répertoire Civ, Encyclopédie Dalloz, 2009.

Elle a des effets négatifs quant à la stabilité de l'enfant lui-même mais également quant à l'équilibre familial en général.

§1 - Quant à la stabilité de l'enfant lui-même

701- L'enfant de par sa filiation fait partie intégrante de la famille. Peu importe la qualification de la filiation. Elle constitue les racines familiales qui permettent à l'enfant d'être identifié et individualisé, donc d'acquérir sa personnalité.

En effet, il existe différents types de filiation et très tôt, la distinction entre la famille par le sang et la famille créée en dehors des liens du sang s'est faite sentir. Rome distinguait entre « *l'agnatio* », parenté juridique et la « *cognatio* », parenté de sang. Monsieur Jean Gaudemet⁴⁹⁰ écrivait il y a quelques années : « *Ce sont deux types sociologiques d'organisation familiale, qui se cachent derrière ces termes. L'un qui considère la famille comme un groupe puissant, cohérent, organisé sous l'autorité d'un chef, auquel se réfère la notion de parenté. L'autre mettant au premier plan, les liens d'affection qui résultent normalement d'une communauté de sang, et d'origine mais qui n'impliquent ni les fortes cohésions sociales de la famille agnatique, ni une vie communautaire* ». L'enfant acquiert son identité et construit sa personnalité au sein de la famille. Si ces liens devenaient inexistantes, remis en cause, c'est tout son équilibre qui se verrait perturbé et de facto son identité. Il ne pourrait plus se reconnaître dans le groupe dans lequel il était censé se construire et acquérir sa personnalité.

Il est important de protéger l'intérêt de l'enfant et en particulier son droit à une filiation biparentale et stable.

702- Il ne s'agit pas pour autant d'empêcher l'utilisation de toute recherche dans le domaine de la génétique mais de l'encadrer de façon stricte avec toujours en ligne de mire, l'intérêt de l'enfant. C'est d'ailleurs ce que s'est efforcé de pérenniser le législateur avec l'ordonnance de 2005. C'est aussi, en ce sens, que nous pouvons dire qu'il y a une limite à cette recherche de la vérité absolue par le biais de l'expertise génétique au nom de l'intérêt de l'enfant.

⁴⁹⁰ Gaudemet J., Aspects sociologiques de la famille Romaine, cours de sociologie d'histoire du droit, Paris, 1963.

§2 - Quant à l'équilibre familial

703- L'équilibre familial s'organise autour du père, de la mère et de l'enfant. Si l'un de ces acteurs se retire de son rôle ou remet en cause sa ou la situation de l'un des membres de la famille, tout l'équilibre de la sphère familiale est rompu.

Sous-section 2 LE RESPECT DE LA VERITE SOCIOLOGIQUE

704- La vérité sociologique s'exprime au travers de la possession d'état. Elle constitue une notion importante dans notre droit contemporain de la filiation, en prenant en compte la vérité socio-affective, la filiation « *vécue* », la possession d'état joue un rôle de contrepoids aux volontés individuelles et à la biologie qui risquent sinon de faire régner la tyrannie.

§1 - Une vérité à part entière

705- La possession d'état est un mode d'établissement de la filiation à part entière. Celle de l'enfant joue un rôle essentiel en droit positif. Monsieur Bénabent⁴⁹¹, nous précise que : « *Tradition qui n'était pas inconnue du droit romain, la possession d'état dont les éléments constitutifs (nomen, tractatus, fama) avaient été dégagés par le Droit Canonique, perdit de son utilité sous l'Ancien Régime au fur et à mesure que se développaient les registres paroissiaux. Remise à l'honneur par la Révolution qui accordait un certain rôle à la possession d'état des enfants naturels, elle ne tient qu'une place réduite dans le Code civil de 1804, et ce d'autant plus que la jurisprudence manifesta à son égard une grande défiance. Rénovée par le législateur de 1972, elle joue désormais un rôle de premier plan, car elle a acquis une autre dimension : on ne lui demande plus de jouer le rôle d'une preuve du lien biologique, mais d'introduire dans la matière un élément sociologique. A la différence des présomptions relatives à la durée de la grossesse dont l'application tend à rechercher la vérité biologique, la possession d'état correspond à une vérité sociologique qui peut-être différente. Depuis 1972, chaque fois que des liens du sang sont trop douteux pour asseoir une filiation, la loi se réfère à d'autres liens, affectifs, tissés par la vie quotidienne, qui normalement constituent l'apparence de l'état d'un personne* ».

⁴⁹¹ Benabent A., Droit civil, La famille, Litec, Paris, 11^{ème} édition, 2003.

706- Cette vérité sociologique est le reflet de la situation vécue et des liens unissant l'enfant à ses parents. Depuis 1982, c'est un mode à part entière d'établissement de la filiation, nous l'avons dit.

§2 - Un véritable reflet de la filiation réelle

707- La possession d'état est la manifestation de la réalité quotidienne de l'enfant. Elle indique « *le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir* » (C. civ., art. 311-1). Elle est le reflet de la situation réelle.

708- Cette filiation vécue, véritable manifestation de la situation réelle peut apparaître soit comme un révélateur de la vérité biologique, soit à l'inverse, comme l'un des derniers remparts contre la vérité biologique⁴⁹².

Sous-section 3 LA FILIATION EST DISTINCTE DE LA PROCREATION

709- Le lien de filiation est défini par le dictionnaire Larousse comme : « *un lien qui unit un individu à son père et à sa mère* ». De façon sous jacente, il est entendu comme la résultante de la procréation de l'enfant par ses parents. Ainsi se dessinent les composantes de la filiation : la procréation qui engendre la parenté. Ces notions longtemps entendues au sens charnel, biologique ou encore naturel nécessitent aujourd'hui une approche différente. Au processus d'enfantement par les voies naturelles est substituée la volonté d'être parent.

§1 - La filiation est un fait social de nature symbolique s'inscrivant dans une généalogie

710- La filiation est une réalité socio-juridique. Elle ne repose jamais exclusivement sur le critère de la vérité biologique de l'engendrement. Le nom, repère de la filiation juridiquement reconnue, est constamment le support de l'identité de la personne. La filiation est l'inscription dans une cellule familiale, une lignée, une histoire familiale totalement indépendante de la procréation parfois.

711- La filiation est un lien de droit. Il se distingue de celui qui en est le support. Elle est en elle-même apte à se distinguer du lien charnel, du lien biologique. Ce rapport de droit

⁴⁹² Grimaldi., Defrénois., 1985, I, 1293, 101 ; obs. Hauser, RTD civ., 1993, 808.

peut se passer du lien biologique qui en est pourtant le support habituel, si nous nous fions au « *plerumque fit* ». « *Parce qu'elle est source de la parenté dont elle constitue le chaînon essentiel, la filiation apparaît en effet, avant tout, comme une institution sociale : c'est donc une création en partie artificielle qui combine nature et culture, qui tient compte des contraintes physiologiques mais en les soumettant à des manipulations et des choix d'ordre symbolique* » l'affirme Anne Batteur⁴⁹³.

712- Notre système de filiation est fondé, et nul ne peut en douter, sur un modèle généalogique, sous tendu par l'idée que la filiation est d'ordre biologique.

En effet, à la suite de la venue de l'enfant, le couple s'inscrit réellement dans une perspective familiale. C'est autour de l'enfant que s'organise le droit de la famille contemporain. Ce droit est, avant tout, le droit de la filiation.

713- La loi qui détermine les règles en matière de filiation. C'est à elle d'établir quel est ce lien de droit qui existe entre un enfant et son père et sa mère, et au delà de ses parents, avec ses ascendants. Ces derniers constituent ses origines familiales. Le lien de filiation enracine l'enfant dans « *l'intergénérationnel* » et lui permet de fonder son existence physique et psychique dans sa généalogie. Le législateur a toujours, en droit français, fondé la filiation sur le lien du sang. A tel point que la réforme du droit de la filiation, opérée par la loi du 3 janvier 1972, semblait ne laisser aucune place à la volonté. La filiation est la source de la famille à laquelle la loi et notre société accordent tant d'importance : « *La famille est une des valeurs essentielles sur lesquelles est fondée la société. C'est sur elle que repose l'avenir de la nation* » (loi du 25/07/1994 art 1).

714- Peu importe la qualification de la filiation. Elle constitue les racines familiales qui permettent à l'enfant d'être identifié et individualisé, donc d'acquérir sa personnalité.

La procréation quant à elle correspond à l'engendrement, c'est un fait biologique.

§2 - La procréation est uniquement un fait biologique

715- Pendant longtemps, le langage juridique a ignoré le mot de procréation. Elle était naturelle et le droit était surtout établi pour les situations pathologiques. L'unique façon de mettre au monde des enfants était de faire l'amour, ce qui du reste en dehors des

⁴⁹³ Batteur A., « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », LPA., 19 juin 2007, n°122 ; Hauser J, Huet-Weiller D., Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin La famille, Fondation et vie de famille, 2^{ème} édition., LGDJ, Coll. Traité, 1993, spéc. n°434, p. 201, à propos de l'articulation de la filiation biologique, de la filiation voulue et de la filiation vécue.

infractions sexuelles ne regarde nullement le droit. La procréation naturelle résulte de la rencontre d'un homme et d'une femme et de leurs gamètes : un spermatozoïde et un ovule. Pour aboutir, la procréation naturelle nécessite que s'établisse le lien sexuel entre l'homme et la femme. Cela explique que pour beaucoup, procréation et sexualité soient indissociables.

716- La rupture délibérée de ce lien caractérise toute médicalisation de la procréation et conduit à mettre entre les mains des médecins l'un ou l'autre des éléments participant au processus biologique de procréation.

La médicalisation de la procréation entraîne sa séparation de la sexualité et peut dissocier les différentes composantes de la filiation.

717- Aoudia Khadija⁴⁹⁴, dans sa thèse, nous rappelle : « *Qu'en droit, on ne parlait que de conception, de naissance, de filiation et plus tardivement d'insémination artificielle. Il y avait aussi l'adoption, peu pratiquée jusqu'à la guerre de 1914. Bien qu'elle ne soit pas une filiation charnelle, l'enfant adopté avait été, comme les autres, conçu naturellement* ». Là encore nous ne parlions pas de procréation.

718- Mais l'aggravation de la stérilité dans les pays industriels, le désir d'enfant et l'important développement de la biologie contemporaine ont bouleversé les données traditionnelles et naturelles. Avec les découvertes progressives de l'insémination artificielle, les congélations, les transferts d'embryons, la fivete ... nous pouvons désormais avoir des enfants en dehors de tout contact charnel, sans aucune relation sexuelle.

719- Aoudia Khadija, nous rappelle que : « *c'est avec les lois bioéthiques de 1994, que le mot procréation est entré dans le langage juridique* ».

§3 - D'où une impossible assimilation

720- Nous l'avons maintes fois répété, la filiation est le lien de droit qui unit l'enfant à sa mère (filiation maternelle) et à son père (filiation paternelle). Ce lien inscrit l'enfant dans un ordre généalogique, fonde la parenté et confère à l'enfant un état familial déterminé qui produit de nombreuses conséquences juridiques, tant extrapatrimoniales que patrimoniales⁴⁹⁵. Tout enfant dont la filiation est légalement établie entre, à l'égard de

⁴⁹⁴ Khadija A., L'utilisation de la génétique dans l'administration de la preuve en droit de la filiation et en droit pénal, Thèse, Montpellier I, 2001.

⁴⁹⁵ Fenouillet D., La filiation plénière, un modèle en quête d'identité, Mélanges F.Terré, p. 509.

son auteur, dans la famille de ce dernier (C. civ., art.310-1). Il ne faut pas confondre la filiation juridique et la filiation de fait. Cette dernière, non reconnue dans les conditions prévues par la loi, n'aura aucune incidence juridique.

721- La plupart du temps, le lien de filiation est la traduction juridique du lien biologique : il résulte directement de la procréation charnelle ou médicalement assistée. Mais parfois, en l'absence de lien biologique, le droit autorise, au moyen de l'adoption de l'enfant, la création d'un lien de filiation indépendant de la procréation et reposant sur la volonté. C'est d'ailleurs en ce sens que nous pouvons affirmer qu'il n'y a pas toujours d'assimilation possible entre filiation et procréation. Ce sont deux étapes indépendantes et pas toujours liées.

CONCLUSION

722- En 1999, la Commission Dekeuwer-Deffosseze considérait que, du fait de l'évolution de la société, il était plus que nécessaire de **fonder la filiation sur une éthique de la responsabilité**. Cette dernière passait à la fois **par le respect d'une certaine stabilité de la filiation et par celle d'une sécurité de la filiation**.

En effet, le recours de plus en plus fréquent, car de plus en plus facile, à la génétique avait retiré progressivement une partie de son sens à la filiation. Il était désormais nécessaire de la transformer en un acte responsable, stable et sécurisant pour l'enfant lui-même et ses parents.

723- Cette **stabilité**, peut se mettre facilement en place si nous respectons bien **la notion d'intérêt de l'enfant**, comme étant prioritaire à l'intérêt des adultes. Nous nous sommes d'ailleurs interrogés sur l'éventualité, au titre de ce respect de l'intérêt de l'enfant, de la possibilité de donner un caractère irrévocable à la filiation. **Il nous semble qu'une irrévocabilité totale du lien de filiation n'est pas envisageable**. En effet, parfois, il est préférable, justement au nom de l'intérêt de l'enfant, de remettre en cause le lien de filiation initial.

Cependant, il est important de spécifier que cette protection de l'intérêt de l'enfant passe par le respect de son statut et l'acceptation que celui-ci, à la différence de ce que certains pourraient considérer, est « *un sujet de droit* » à part entière et non « *un objet de droit* ».

724- Nous avons également constaté que **la stabilité de la filiation et sa sécurité passent par une prise en compte effective de la vérité sociologique : la possession d'état**. Cette dernière, d'ailleurs, a été renforcée par l'ordonnance de 2005 pour atténuer l'effet de la preuve génétique. Elle avait tendance à devenir la règle au détriment de la filiation voulue et vécue.

725- En effet, la recherche absolue de la vérité, même si elle peut en tenter plus d'un, n'est pas toujours conciliable avec une certaine sécurité de la filiation. Nous pouvons y voir ici une contradiction. Au nom du respect de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, tout un chacun a le droit de connaître ses origines et le secret, où le mensonge n'est pas acceptable.

D'ailleurs, cette recherche absolue de la vérité est le reflet de la législation des pays germanistes, très attachés à la clarté et à la transparence en matière de recherche des origines génétiques.

Ce qui ne semble pas être le cas de pays à tendance plutôt romaniste comme la France. Nous sommes un pays très conservateur et attaché à des valeurs certaines. C'est la raison pour laquelle la possession d'état a vu récemment son rôle et sa force en tant que moyen de preuve, renforcés.

De même, l'accouchement anonyme organisant le secret de la filiation est toujours autorisé et pratiqué en France.

L'identité des donneurs, en cas de procréation assistée exogène et la gestation pour autrui sont encore en France loin d'être autorisés. Très récemment d'ailleurs, début mai 2010, le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) a réitéré l'interdiction en France de la gestation pour autrui, dont le débat polémique avait largement animé les états généraux de la bioéthique en juin 2009. Nous pouvons penser que la réforme des lois bioéthiques fin 2010 maintiendra cette interdiction.

726- Cependant, la double influence de l'impact des législations étrangères et la montée en puissance du « *tout génétique* » risquent un jour prochain d'autoriser ces différentes pratiques, pour le moment illicites.

727- Enfin, il ne faut pas faire de confusion entre ce qui est du domaine de la filiation et ce qui ressort du domaine stricto sensu de la procréation. Ce sont deux notions totalement indépendantes. Il ressort de notre étude que **ce n'est pas parce que les technologies nouvelles permettent de réaliser des « prouesses » dans le domaine de la procréation, que pour autant nous devons totalement laisser la génétique modifier le sens du droit de la filiation et le rapprocher de la procréation.** Celui-ci est un droit où la volonté et la responsabilité doivent être prédominantes. La révolution génétique ne peut pas et ne doit pas mettre à plat tous les principes inscrits dans le Code civil, sous prétexte que la science peut faire des « exploits » !

728- Il est donc **nécessaire de poser des limites à cette recherche absolue afin de s'abstenir du « tout génétique », et laisser sa place à la filiation sociologique, en faisant place à cette responsabilité en droit de la filiation.** C'est la raison pour laquelle il est largement encadré, soumis à un régime juridique strict, enfermé dans des délais, ne pouvant être exercé que par des personnes spécifiques et respecter le cadre judiciaire pour toute tentative d'action.

CONCLUSION GENERALE

729- Les mutations du droit de la filiation face à l'évolution de la génétique ont fait l'objet de notre démonstration. Une large partie de notre étude fût consacrée au contentieux de la filiation et à l'utilisation de plus en plus importante de la preuve scientifique pour contester ou contredire une filiation, allant même parfois jusqu'à permettre de l'établir.

En effet, le contentieux de la filiation est le plus souvent dominé par la recherche de l'exactitude biologique de son lien. Lorsqu'il y a contestation d'une filiation, il y aura le plus souvent de dénouement judiciaire, qu'au moyen d'une expertise biologique. Cependant, de là à généraliser une généralité, il y a encore un cap à franchir. L'ordonnance sur la filiation de juillet 2005 a été là pour nous le prouver et favoriser malgré tout le lien sociologique de la filiation (possession d'état) afin d'assurer une certaine stabilité et sécurité de cette filiation.

730- A côté de cet aspect contentieux de notre étude, nous avons tenté de comprendre la contradiction apparente selon laquelle d'un côté, il y a bien cette recherche de la filiation par le biais de la preuve génétique et de l'autre, cette occultation de l'identité génétique dans les cas particuliers de l'accouchement sous X et des procréations médicalement assistées exogènes.

731- Dans une première partie, nous avons analysé la manière dont s'est manifestée progressivement cette transformation du droit de la filiation. Nous avons analysé les modifications des moyens de preuves de celle-ci. Avec l'évolution de la recherche scientifique, l'expertise génétique s'est trouvée au cœur des procès du droit de la filiation. C'est d'ailleurs la loi de juin 1972 qui en a fait la reine des preuves en matière de filiation puisque, cette loi favorisait sa recherche scientifique. Cependant cette loi, favorisant une vérité biologique de la filiation, n'en oubliait pas pour autant la vérité sociologique de la dite filiation.

En comparaison, nous pouvons affirmer que force pour nous a été de constater une certaine fragilité des autres moyens de preuve de la filiation mis à mal par la montée en puissance de la génétique. Nous avons remarqué une certaine relativité des anciens moyens de preuve face à cette force de la preuve génétique. Les anciennes présomptions du Code civil ont progressivement perdu de leur crédibilité.

732- L'engouement des particuliers s'est manifesté de façon très sensible et nous avons constaté un engorgement des tribunaux par des actions à outrance parfois au delà du possible. Il était plus que nécessaire de limiter les procès en nombre. Le droit de la

filiation commençait à perdre tout son sens et une ordonnance de juillet 2005, après une proposition de réforme envisagée par la Commission Dekeuwer-Deffossez en 1999, a vu le jour. Cette Commission envisageait de réformer le droit de la filiation en mettant en place un droit plus unitaire et surtout plus simple. Avec l'ordonnance, le législateur propose d'encadrer les demandes d'expertise génétique.

733- Progressivement, c'est un nouveau droit de la procréation qui s'est mis en place dans le domaine spécifique de la procréation médicalement assistée, suscitant une autre problématique :

- nous avons constaté d'un côté, l'explosion de la preuve génétique
- et
- de l'autre, l'existence d'une organisation juridique destinée à ne pas révéler l'identité génétique dans les cas particuliers de l'accouchement sous X et des procréations médicalement assistées.

Le législateur a en quelque sorte mis en place une fiction juridique dans le domaine particulier de la procréation médicalement assistée. Nous nous sommes même interrogés sur la possibilité de qualifier cette fiction de « *mensonge organisé* ».

734- Dans une seconde partie, nous avons analysé comment, suite à la proposition du rapport Dekeuwer-Deffossez, et après la réforme de l'ordonnance de 2005, il était nécessaire de fonder la filiation sur un éthique de la responsabilité.

Il s'agissait tout d'abord de comprendre pourquoi la filiation se devait d'être volontaire, et comment la responsabilité pouvait s'exercer, s'appréhender au travers de cette volonté. Elle se voulait tout d'abord « *créatrice* ». Cette option passant par la volonté créatrice de l'engagement parental. Mais cette dernière, sous certains aspects, n'entraîne-t-elle pas une modification du sens de la filiation, si l'on tient compte du cas spécifique de la procréation médicalement assistée et de l'instrumentalisation de la filiation par la preuve biologique ? De même apparaît ici la question polémique de l'enfant objet d'un désir personnel intense et devant nécessairement être assouvi.

Mais à côté de cette volonté « *créatrice* », il y a également une volonté « *destructrice* », pour laquelle, nous pouvons reconnaître qu'il s'agit en quelque sorte, d'une déresponsabilisation de la filiation.

Cependant, nous avons malgré tout constaté que cette volonté « *destructrice* » peut parfois présenter un caractère de responsabilité dans le cas où elle intervient au profit de l'intérêt de l'enfant, mais également comme garant de la protection de son statut.

735- Par la suite, nous avons analysé les différentes manifestations de cette responsabilité telles que l'avait proposée la Commission Dekeuwer-Deffossez, afin d'assurer une stabilité et une sécurité de la filiation en ayant toujours à l'esprit la nécessité de préserver l'intérêt de l'enfant.

736- Nous pouvons conclure en nous interrogeant sur les perspectives à venir de ce droit de la filiation qui ne cesse de se modifier sous la double impulsion de l'évolution de la recherche scientifique d'une part, et celle des modifications des comportements familiaux, de ses références, si chères à notre Code civil, d'autre part.

S'il est un droit qui est sensible aux modifications de la société, c'est bien celui de la famille ! Ce dernier se doit en permanence de s'adapter. Mais, en parallèle il doit être largement encadré, afin de limiter les déviances et les dangers que les nouvelles normes de la société, et les recherches scientifiques peuvent apporter. Il est certain que nous ne pouvons nier les évolutions et vivre en refusant le progrès. Mais l'éthique est garante du permis et préserve de l'interdit.

737- Comme nous l'avons constaté durant cette étude, le droit de la filiation a largement évolué depuis le début des années 1970. Il a du régulièrement s'adapter sous la triple impulsion de l'avancée de la recherche génétique, des découvertes scientifiques et des changements progressifs humains de la société.

738- Le droit actuel de la filiation est marqué par une plus grande lisibilité de celle-ci dans la mesure où la réalité biologique de cette dernière peut, clairement et de façon fiable, voir le jour. Cela a pour conséquence un éclaircissement des mystères de la filiation. La volonté à la fois de la jurisprudence et du législateur a été progressivement de conduire à une filiation responsable et sécuritaire avec, toujours en ligne de mire principale, le respect de l'intérêt de l'enfant en général.

Cependant loin de nous cette obligation de toujours dévoiler cette vérité génétique de la filiation. Notre thèse nous a amené à considérer qu'un choix était nécessaire entre cette recherche de la vérité biologique, l'éthique et la responsabilisation.

739- Nous voulons mettre en perspective ce vers quoi va tendre notre droit de la filiation dans les années à venir, nous pouvons penser que cette évolution n'échappera pas à la question encore de sa responsabilisation avec comme moteurs principaux :

- le tout biologique,
- le tout scientifique,
- la responsabilité.

Les trois idées maîtresses que sont la vérité biologique, l'éthique ou la responsabilisation continueront à n'en pas douter à constituer le fil directeur de la réflexion tant juridique que scientifique appliquée au droit de la filiation dans les années qui viennent.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS, COURS.

ALLAND D, RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003.

ATIAS C., *Droit civil, Les biens*, éd. Litec, 9^{ème} éd., 2007.

AUBRY C, RAU C., *Droit civil français, t. 9, Filiation*, par P. ESMEIN, 6^{ème} édition, 1953, Litec.

BENABENT A., *Droit civil, La famille*, Litec, Paris, 11^{ème} édition, 2003.

BERNARD C., *La paternité en droit français*, éd. La mouette, 2002, préface L. Leveneur.

BEUDANT R, LEREBOURS-PIGEONNIERE P., *Cours de droit civil français, t. 3, La famille*, par A. BRETON, 1936, éd. Rousseau et Cie.

BONNET V., *Droit de la famille*, éd. Paradigme, 2007.

BOULANGER F., *Droit civil de la famille, aspects internationaux*, 1990, Economica.

CARBONNIER J., *Droit civil I*, PUF, Paris, 1^{ère} édition, Quadrige, octobre 2004.

CARBONNIER J., *Droit civil- La famille*, Thémis, Paris, 20^{ème} édition, 1999.

CARBONNIER J., *Droit civil : La famille, l'enfant et le couple*, Tome 2, 21^{ème} éd., PUF, Quadrige manuels, 2004.

COLIN, CAPITANT, JULLIOT de la MORANDIERE, *Cours de droit civil, tome I*, n° 490.

CORNU G., *L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil, Cours de doctorat*, 1970-1971.

CORNU G., *Droit civil, La famille*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 7^{ème} édition, 2001.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF Quadrige, avril 2003.

COURBE P., *Droit de la famille*, Sirey université, 5^{ème} édition, 2008.

DAGOT M, SPIRETI P., *Le nouveau droit de la filiation*, 1972, Librairies techniques.

DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon, t. 5*, 4^{ème} édition, 1869-70.

FENOUILLET D., *Droit de la famille*, Cours Dalloz, 2^{ème} édition, 2008.

GAUDEMET J., *Aspects sociologiques de la famille romaine*, cours de sociologie du droit, Paris, 1963.

GOUTTENOIRE A, LEVINET M., Thémis, 30^{ème} édition, 2005, PUF.

GRANET F., « *Filiation naturelle. Recherche de paternité* », *Juris-Classeur civil*, Art. 340 à 340-7, fasc. 36.

GRANET-LAMBRECHTS F., « *Filiation naturelle. Recherche de maternité. Accouchement anonyme.* », Juris-Classeur civil, Art. 341 et 341-1, fasc. 38.

GRANET-LAMBRECHTS F., « *Possession d'état* », Rép. Civ. Dalloz.

HALPERIN J-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, coll. Droit fondamental, PUF, 1996.

HAUSER J et HUET-WEILLER D., *Traité de droit civil, sous la direction de J Ghestin, la famille, fondation et vie de famille*, 2^{ème} édition, LGDJ, coll. Traité 1993, spéc n°434, p. 201, à propos de l'articulation de la famille biologique, de la filiation voulue et de la filiation vécue.

HAUSER J, HUET-WEILLER D., *La famille, un traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 1989, n°651.

HAUSER J., *La filiation*, éd. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995.

HAUSER J., « *Filiation. Identification génétique. Procréation médicalement assistée* », Juris-classeur civil, Art 311-19 et 311-20.

HOLLEAUX G., *De la filiation en droit allemand, suisse et français : essai de droit comparé*, 1966, Cujas.

HUET-WEILLER D, LE GUIDE R., *Filiation naturelle*, Rép. Civ. Dalloz.

LABRUSSE-RIOU C., *Filiation, généralités*, Rép. Civ. Dalloz, septembre 2009.

LABRUSSE-RIOU C, LE GUIDE R., *Filiation légitime*, Rép. Civ. Dalloz.

LE GUIDE R et CHABOT G., *Filiation*, Rép. civil. Dalloz, janvier 2009.

LE GUIDE R, CHABOT G., *Filiation, modes judiciaires d'établissement*, Rép. Civil. Dalloz, octobre 2008.

LE GUIDE R, CHABOT G., *filiation, contestation*, Rép. Civil. Dalloz, octobre 2008.

MALAURIE P, FULCHIRON H., *La famille*, Defrénois, 2^{ème} édition, 2006.

MASSIP J, MORIN G et AUBERT J-L., *La réforme de la filiation*, 3^{ème} édition, 1976, Defrénois.

MEULDERS-KLEIN M-T., *La personne, la famille, le droit, 1968-1998, Trois décennies de mutations en Occident*, Préf. Gérard Cornu, 1999, Bruylant Bruxelles, LGDJ.

NICOLAS-MAGUIN M-F., *Droit de la famille*, collection repères découvertes.

PLANIOL, RIPERT, ROUAST, *Traité pratique de droit civil français, Tome II: La famille*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1952.

PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil, Principes généraux, Les personnes, La famille, Les incapables, Les biens*, 5^{ème} éd., Tome I, Paris, 1908.

RAYNAUD P., *La réforme du droit de la filiation*, cours de doctorat, 1971-1972.

RAYNAUD P., *Droit civil des personnes et de la famille, la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation et la jurisprudence*, DEA de droit privé général, 1976, les cours de droit.

RIGAUX F., *Les personnes, I. Les relations familiales*, 1971, Larcier.

ROUSSEAU J.-J., *Le contrat social*, livre I.

SAVATIER R., *La recherche de la paternité, étude pratique de législation et de jurisprudence*, 1927, Dalloz.

TERRE F., FENOUILLET D., *Les personnes- La famille- Les incapacités*, Précis Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2005.

VIGNEAU D., *Les imperfections des lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation*, Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, t. XLIV, 1996, p. 63.

II- OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES

ABRAVANAL-JOLLY S., *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, tome 10, collection des thèses, Defrénois, 2005.

AGACINSKI S., *Corps en miette*, café Voltaire, Flammarion, 2009.

ANDORNO R., *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Thèse, Paris, 1994.

ARDEEF-GARE I., *L'enfant sans filiation*, Thèse, Toulouse I, 1999.

BAQUE L., *L'aide médicale à la procréation; Etude comparée des législations européennes*, Thèse, Toulouse I, 1999.

BARANGER G., *Filiation et mariage, la structure familiale en mutation*, Thèse, Paris, 1972.

BAUDOIN J-L et LABRUSSE-RIOU C., *Produire l'homme, de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, 1987, PUF.

BIMES-ARBUS., *La preuve scientifique de la filiation*, Thèse, Toulouse, 1999.

BOUCHER-DUCASSE A-S., *Le mensonge en droit de la filiation*, Thèse, Lyon III, 2001.

BRISSET C., *Le primat du biologique*, in *Quinze millions d'enfants à défendre. Ils sont la prunelle de nos yeux*, Paris, Albin Michel, 2005.

CARBONNIER J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^{ème} éd., LGDJ 1992.

CADOU E., *La biologisation du droit de la filiation*, Mémoire DEA droit privé, 1992-1993.

CHAMPENOIS G., *Réclamation d'état et revendication d'enfant légitime*, Thèse Paris, 1971.

CLEMENT C., *Présomptions et fictions en droit de la filiation*, Thèse, Paris X, 2006.

COLOMBET C, FOYER J, HUET-WEILLER D et LABRUSSE-RIOU C., *La filiation légitime et naturelle, étude de la loi du 3 janvier 1972 et son interprétation*, 2^{ème} éd., 1977, Dalloz.

CORNU G., *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998.

DASTUGUE I., *La procréation artificielle. Droit à l'enfant et droit de l'enfant*, Thèse, Clermont I, 1987.

DALBIGNAT-DEHARO G., *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, Tome 2, 2004.

DE BENALCAZAR S., *Pacs, mariage et filiation: étude de la politique familiale*, tome 27, collection des thèses, Defrénois, 2007.

DEKEUWER-DEFFOSSEZ F., *Rapport de la commission : rénover le droit de la famille, Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps : rapport au garde des sceaux, ministre de la justice*, coll. Des rapports officiels, La documentation française, Paris, 1999.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F, CHOAIN C., *Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif*, LERADP, Septentrion, Presses universitaires Lille 2, 2005.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F, DONVAL A, JEAMMET P et ROULAND N., *Inventons la famille !*, éd. Bayard, Paris, 2001.

DELAISI DE PARCEVAL G et JANAUD A., *L'enfant à tout prix*, éd. Seuil, Paris, 1983 ; *Famille à tout prix*, 2008, seuil.

DELAISI DE PARCEVAL G et VERDIER P., *Enfant de personne*, éd. O. Jacob, 1994.

DELUMEAU J, ROCHE D (sous la direction)., *Histoire des pères et de la paternité*, 2000, Larousse.

DEMOULIN-AUZARY F., *Les actions d'état en droit romano-canonique : mariage et filiation (XIIème -XVème siècles)*, 2004, LGDJ.

DREIFFUS-NETTER, *Preuve scientifique et droit de la filiation in colloque, le droit des preuves au défi de la modernité*, la documentation française, 2000.

ELIACHEFF C., *La famille dans tous ses états*, Albin Michel, 2004.

FAURE J-M., *Le désir d'enfant à l'épreuve du droit*, Thèse, Montpellier, 1992.

FEUILLET-LIGER B (sous la direction de)., *Procréation médicalement assistée et anonymat*, Panorama international, 2008, Bruylant.

FOLCHEID D, WUNENBURGER J-J., *La vie commençante* in D. Folcheid, B. Feuillet Le Mintier et J-F Mattei, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, PUF, 1997, p. 205. .

FOURNIER-GRUMBACH I., *Présomptions et vérité en droit de la filiation*, Thèse, Montpellier I, 2002.

FOYER J., *La notion de filiation en droit* in L KAIAT, *Vérité psychique, vérité scientifique et droit de la filiation*, Vérité psychique, vérité scientifique et droit de la filiation, Ramonville, Erès, 1995.

GAMELIN-LAVOIS S et HERZOG-EVANS M., *Le droit des mères. La grossesse et l'accouchement*, éd. L'harmattan, coll. Justice au quotidien, 2003.

GAUDIN DE LAGRANGE E., *Les droits de l'enfant*, Mélanges Raynaud, 1985, Dalloz, p. 175 et suivantes.

GEBLER M-J., *Le droit français de la filiation et la vérité*, Thèse, Nancy, LGDJ, 1970.

GENY F., *Science et technique, en droit privé positif*, Troisième partie, Sirey, 1924.

GIUDICELLI ., *Génétique humaine et droit : à la redécouverte de l'homme*, Thèse, Poitiers, 1993.

GOASCOZ J-L., *Etude comparée de l'établissement des filiations légitimes et naturelles*, thèse, Rennes I, 1995.

GOBERT M., *Médecine, bioéthique et droit*, Economica, Paris, 1999.

GRANET-LAMBRECHTS F., *Les conflits de filiation depuis la loi du 3 janvier 1972*, Thèse, Strasbourg, 1981.

GRAULICH P., *Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime*, Thèse Liège, 1951.

GROSS M., *L'homoparentalité*, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, 2005.

HECHT M., *Essai sur quelques aspects des rapports entre droit privé et biologie*, Thèse, Toulouse, 1980.

HIRSOUX I., *La volonté individuelle en droit de la filiation*, Thèse, Paris II, 1988.

HUET-WEILLER D et HAUSER J., *Fondation et vie de famille*, Paris, LGDJ 1993.

KERMALVEZEN A et De DINECHIN B., *Né de spermatozoïde inconnu...*, Presses de la Renaissance, 2008.

KHADIJA A., *L'utilisation de la génétique dans l'administration de la preuve en droit de la filiation et en droit pénal*, Thèse, Montpellier I, 2001.

KNOPPERS B., *Les devoirs du médecin et la conception artificielle : une étude comparative des droits de France , du Québec et des pays de common law*, Thèse, Paris, 1984.

KREMER-MARIETTI A., *L'éthique*, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, 1999.

LAUTOUR J., *La possession d'état*, Thèse, Paris II, 1973.

LABRUSSE-RIOU C. (sous la direction de), *Le droit saisi par la biologie, des juristes au laboratoire: études pour le D.E.A de droit privé général*, L.G.D.J., Paris, 1996.

LEFEBVRE-TEILLARD A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, 1996, coll. Droit fondamental, PUF ; *Autour de l'enfant, Du droit canonique et romain médiéval au code civil de 1804*, Brill, Leiden, Boston, 2008.

LEQUETTE Y., *Observations sur le « nominalisme législatif en matière de filiation »*, Etudes offertes à Geneviève Viney, 2008, LGDJ.

MASSAGER N., *Les droits de l'enfant à naître (le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de PMA sur le droit de la filiation)*, Thèse, droit Belge, 1997.

MAZEAUD H., *le droit de la famille face au progrès de la science médicale*, Mélanges de Juglart, 1986, LGDJ, p. 45 et s.

MBOUTOUZEH JB., *Les incidences de la science médicale sur la filiation*, Thèse, Lille, 2003.

MEGARBANE A., *Empreintes génétiques et découvertes fortuites d'une fausse paternité*, Thèse, Paris V, 1997.

MEULDERS-KLEIN M-T., *Fondements nouveaux du concept de filiation*, Ann. dr. Université de Louvain, 1973, t. 33, n°4.

MEULDERS-KLEIN M-T., *Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant*, Mélanges D. Huet-Weiller, 1994, LGDJ.

MORGAND-CANTEGRI.,T, *La possession d'état d'enfant*, Thèse, Lille II, 1993.

MURAT P., *L'autonomie de la volonté et le pouvoir du juge*, Thèse, Lyon III, 1991.

NICOLAU G., *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Thèse, Bordeaux I, 1988.

NEIRINCK C., *La famille que je veux, quand je veux*, Ramonville, Erès, 2003.

PAPAGEORGIU-LEGENDRE A., *Filiation. Fondement généalogique de la psychanalyse*, 1990, Fayard.

QUIDELLEUR M., *Guide pratique de l'état civil*, 3^{ème} éd., coll. Les indispensables 2003.

RAYMOND G., *Ombres et lumières sur la famille*, Bayard, éditions centurion, 1999.

RAYNAUD P., *La présomption de paternité dans la jurisprudence récente*, Mélanges Roubier, 1961, LGDJ, t. 2, p. 217.

ROUSSEAU., *Le contrat social*, livre I, chap. 2.

SERVEL J-P., *La notion d'intérêt de l'enfant, Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, Thèse Aix-en-Provence, 1978.

SIFFREIN-BLANC C., *La parenté en droit civil français*, Thèse, Aix Marseille III, 2008.

SUDRE F, MARGUENAUD J-P, ANDRIANTSIMBAZOVINA J, GOUTTENOIRE A, LEVINET M., *Les grands arrêts de la cour européenne des droits de l'homme*, PUF coll. Thémis 30, édition 2005, n°48.

SULLEROT E, *Pilule sexe et ADN, 3 révolutions qui ont bouleversé la famille*, Fayard.

TACET P., *Le droit et la patrimonialité du corps humain*, Thèse, Paris VIII, 1998.

TERRE F., *L'enfant de l'esclave*, 1987, Flammarion.

TESTART J (sous la direction de)., *Le magasin des enfants*, 1990, Bourin ; *La procréation médicalisée*, 1993, Flammarion « Dominos » ; *Des hommes probables, de la procréation aléatoire à la reproduction normative*, 1999, Seuil.

THERY I., *Couple, filiation et parenté d'aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, 1998, O. Jacob et la documentation française.

VERDIER P., *Le nouveau guide de l'aide social à l'enfance*, édition Le Centurion, « Paidos », 1987.

VERDIER P et DUBOC M., *Retrouver ses origines, L'accès au dossier des enfants abandonnés*, 2^{ème}, éd. Dunod, coll. Enfances, 2002.

VIGNEAU D., « *Les imperfections des lois de juillet 1994 en matière de filiation* », Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse.

WENNER E., *La filiation paternelle en droit comparé allemand et français: la loi allemande relative à la filiation du 16 décembre 1997- un modèle pour le droit français?*, Thèse, Toulouse I, 2000.

WENNER E., « *Actualité : la réforme du droit de la filiation en Allemagne* », Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, tome XLV 1997.

YOUF D., *Penser les droits de l'enfant*, PUF, coll. Questions d'éthique, 2002.

Colloque *génétique, procréation et droit*, 18-19 janvier 1985, 1985, ed. Actes sud.

Colloque *Procréations artificielles, génétique et droit*, Lausanne, 1985, Institut Suisse de droit comparé, 1986.

Colloque *La réforme du droit de la filiation*, l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005, Brest 2 juin 2006.

Colloque *L'embryon, le fœtus, l'enfant. assistance médicale à la procréation (AMP) et lois bioéthique*, Paris, 17 mars- 17 avril et 16 mai 2008, éd. ESKA.

Génétique, procréation et droit, Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985, publication de l'Institut Suisse de droit comparé, Actes Sud, éd. Hubert Nyssen, 1985.

La gestation pour autrui, sénat, Les documents de travail, Série Législation comparée, janvier 2008.

Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, Paris, Lexis Nexis Litec, coll. Carré droit, 2005.

III- ARTICLES, CHRONIQUES JURIDIQUES, DOCTRINE

[ANCEL J-P.](#), « *table ronde. Le secret* », In vérité scientifique, vérité psychique et le droit de la filiation, Actes du colloque IRCID-CNRS des 9, 10 et 11 février 1995, sous le haut patronage de monsieur Pierre Méhaignerie, garde des sceaux ministre de la justice, (dir.) Lucette Khaïat, éd Erès, 1995.

[ANDORNO R.](#), « *Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ?* », RID comp. 1994, p. 141 et s.

[ANDRE S](#), [RUCKEBUSCH T](#), [SONGORO O](#), [TAMERLO F](#) et [VINCENT S.](#), « *Un souci de simplification* », In problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux, (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005.

[ARCAUTE M-J.](#), « *Le référé probatoire dans le droit de la filiation* », Dr fam., juin 1999.

[ASSIER-ANDRIEU L.](#), « *Le droit devant les nouveaux modes de procréation. Réflexions sur la logique des institutions.* », LPA., 1988, n° 141, p. 7.

[ATIAS C](#) et [DURY G.](#), « *Les paradoxes du réalisme biologique en matière de filiation (illustration arrêt du 16 novembre 1983) brève réplique* », JCP éd. G., 1984, I, Doctrine 3165et 3171.

[ATIAS C.](#), « *Le contrat de substitution de mère* », D., 1986. Chron. 67.

[AUBIN S.](#), « *Les droits du père face à l'accouchement anonyme* », LPA., 20 mars 2003, n°57.

BAILLON-WIRTZ N., « *L'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance. Présentation de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation* », JCP éd N., 2005, I, 1491.

BANDRAC M., « *Réflexion sur la maternité* », In mélanges Raynaud, Dalloz, Sirey, 1985.

BARBIER P., « *L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatif à la filiation* », RTD.Civ., 1949, p. 356.

BATTEUR A., « *Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005* », LPA., 19 JUIN 2007, n°122, p. 4.

BAUDOIN J-L et LABRUSSE-RIOU C., « *Produire l'homme de quel droit ?* »

BELLIVIER F, BRUNET L et LABRUSSE-RIOU C., « *La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ?* », RTD Civ., juillet septembre 1999, p.529.

BELLIVER F, NOIVILLE C., « *Les juges de Strasbourg et l'assistance médicale à la procréation : le contrat contre les droits de l'homme ?* », RDC., oct. 2007, 1321.

BERNIGOT S., « *Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères* », LPA., 3 mai 1995, n° 53.

BEVIERE F., « *L'assistance médicale à la procréation saisie par le droit* », In Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

BIGOT J., « *Indivisibilité ou divisibilité de la filiation après la réforme de la loi de 1972* » RTD Civ., 1977, p. 243.

BINET J-R., « *L'article 16-11 du Code civil relatif aux mesures d'expertise génétique post-mortem est d'application immédiate* », JCP éd.G., n°28-29, 9 juillet 2008, p. 40 et suivantes.

BINET J-R., « *Etablir une filiation post-mortem* », In Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

BOTTIAU A., « *Empreintes génétiques et droit de la filiation* », D., 1989, chr., 39^{ème} cahier.

BOULANGER F., « *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ?* », JCP éd. G., 1993. I. 3665.

BOUTARD-LABARDE M-C., « *Réflexions sur la contestation de paternité légitime : analyse et prospective* », RTD Civ., 1983. P. 457.

BOUVIER F., « *A la recherche de la paternité* » RTD Civ., 1990. P. 394.

BRISSET C., « *Le primat du biologique* », In Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

BRUGGENEAU M., « *Rapport sur la révision des lois de bioéthique : des évolutions nuancées au nom de l'intérêt de l'enfant* », Dr fam., juin 2009.

BRUNETTI-PONS C., « *Réflexion autour de l'évolution du droit de la famille (1^{ère} partie)*», Dr fam., mai 2003, chr. n°15, p. 10.

BRUNETTI-PONS C., « *Réflexion autour de l'évolution du droit de la famille (2^{ème} partie)* », Dr fam., juin 2003, chr. n° 17, p. 4.

BRUSORIO -AILLAUD M., « *Refus de transcrire les actes de naissance d'enfants issus d'une convention de mère porteuse conclue à l'étranger* », JCP éd. G., 7 janvier 2009, p.10.

BYK C ., « *La recherche sur l'embryon humain* », JCP éd. G., 1996. 3949.

BYK C., « *La loi relative au respect du corps humain* », JCP éd. G., n°39.

BYK C., « *Les enfants de la procréatique et le droit : disparités nationales et harmonisation européenne* », LPA., 14 décembre 1994, n°149, p. 49.

CADIET L., « *Expertise et filiation* », JCP éd. G., n°12. Doctrine 3497.

CALAIS-AULOY M-T., « *La légitimité des techniques de procréation assistée* », LPA., 7 octobre 1998, n°20, p. 7.

CARBONNIER., « *Essais sur les lois* », Defrénois, 1979, p. 106.

CARBONNIER J., « *Le droit de la famille, état d'urgence* », JCP éd G., 1998, I, 184.

CASTELAIN-MEUNIER C., « *La paternité* », 1997, Que-sais-je ?, PUF, 1997.

CATALA P., « *La jeune fille et la mort* », Dr. Fam., 1997, chr. n° 12, p. 5.

CAYLA J-S., « *Réglementation de la procréation humaine médicalement assistée* », Rev. dr.san.soc 1988. P. 455.

CHABAULT C., « *A propos du transfert d'embryon post-mortem* », D. 2001., n° 18, p.1395.

CHABERT C., « *Pour un 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 éd. G., 2003. I. 129.

CHAMPENOIS G., « *La loi n°72-3 du 3 janvier 1972 a-t-elle supprimé la présomption « pater is est quem nuptiae demonstrant » ?* », JCP éd. G., 1975. Doct., I, 2686.

CHAMPENOIS G., « *La paternité* », in 1804-2004, Le code civil, Un passé un présent un avenir, Dalloz 2004, p.359.

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

CICILE-DEFOSSE M-L., « *Mesures transitoires de la réforme du droit de la filiation* », Dr fam., 2006. Etudes 11.

COLIN A., « *De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation* », RTD Civ, 1902, p. 257.

COLOMBET C., « *Quelques aspects de la loi du 8 janvier 1993 sur la filiation par le sang et le juge aux affaires matrimoniales* », Mélanges D Huet-Weiller, 1994, LGDJ.

CORNU G., « *La famille unilinéaire* », Mélanges Raynaud, 1985, Dalloz.

CORNU G., *La procréation artificielle et les structures de la parenté*, Rev. De l'ordre des avocats de Lisbonne, sept. 1986. 453.

CORPART I., « *Filiations : nouveaux enjeux* », la documentation française, dossier n° 914, juillet 2005..

CORPART I., « *L'inceste en droit français* », Gaz. Pal. 1995. II, doct., p. 888, spéc. p. 891.

CORPART I., « *La filiation sur ordonnance ou l'abolition des inégalités. Commentaire de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005* », Gaz. Pal., 24-25 août 2005, doct., p. 2.

CORNU., « *La naissance et la grâce* », Dalloz, 1971, chron., 165.

D'AVOUT L., « *Mères porteuses : analyse de droit international privé* », JCP éd.G., n°6, 4 février 2009, p. 39 et suivantes.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « *Le nouveau droit de la filiation : pas si simple* », RLDC 2005/21.878.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « *La nécessité d'une réforme* », Dr fam., hors série décembre 2000.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « *Propos hétérodoxes sur les familles naturelles* », in Mélanges HUET-WEILLER : science et technique en droit privé positif, I, n°33.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « *Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires* », D., 1986. Chr., p.305.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille* », RTD Civ., 1995. P. 249.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « *Le père Ubu au royaume de la filiation* », in *Drôle(s) de droit(s)*, Mélanges E. Alfandari, 2000, Dalloz, p. 75.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « *Le lien parental* », in *La personne dans tous ses états*, LPA., n°131, 2004, p. 70.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « *La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification !* », RLDC 2009/58.3338.

DELAGE M, PEDROT P., « *Identités, filiations appartenances. Un ensemble de paradoxes* », In *Identités, filiations et appartenances*, (dir.) Philippe Pedrot et Michel Delage, PU Grenoble, coll. Psychopathologie clinique, 2005.

DELAISI DE PARCEVAL G., « *Procréations artificielles et intérêt de l'enfant* », *Etude* février 1985, p. 73.

DELAISI DE PARCEVAL G, TIBERGHIE P., « *Le don d'embryon anonyme : un déni de filiation* », In *Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux* (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

DELAISI DE PARCEVAL G., « *Reconnaître le besoin de transparence sur les origines* », In *Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux* (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

DELAISI DE PARCEVAL G., « *Secret et anonymat dans l'assistance médicale à la procréation* », *Médecine et droit*, 1998, n° 30.

DE LA MARNIERRE E-S., « *Hérédité et filiation juridique* », *D.*, 1988, chron.

DEPADT-SEBAG V., « *La maternité pour autrui* », In *Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux* (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

DEPADT-SEBAG V., « *Le don de gamètes ou d'embryon dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence médicale autorisée* », *D.*, 2004, chr ., p. 891.

DIONISI-PEYRUSSE A., « *La sécurisation de la filiation paternelle par l'ordonnance du 4 juillet 2005* », *D.*, 2006, chr. p. 612.

DIONISI-PEYRUSSE A., « *Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005* », *D.* 2009. 966

DREIFFUS-NETTER F., « *L'accouchement sous X et le droit de connaître ses origines* », *Mélanges D. Huet-Weiller*, 1994, LGDJ, p. 99.

DREIFFUS-NEITTER F., « *L'assistance médicale à la procréation avec donneur* », *centre de documentation multimédia en droit médical*, février 2008.

[DREIFFUS-NEITTER F.](#), « *La filiation des enfants issus de l'AMP avec donneur* », centre de documentation multimédia en droit médical, 2004, www.droit.univ-paris5.fr/cddm/.

[DREIFFUS-NEITTER F.](#), « *Preuve scientifique et droit de la filiation* » in colloque « *Le droit des preuves au défi de la modernité* », 24 mars 2000, la documentation française.

[DREIFFUS-NEITTER F.](#), « *La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers* », RTD Civ., 1996, P. 1.

[EDELMAN B.](#), « *L'homme, la nature et le droit* », 1988, Bourgois ; Génétique, procréation et droit, 1985, Actes Sud.

[EDELMAN B.](#), « *L'accueil par le droit des vraies sciences, la personne en danger* », doctrine juridique, PUF.

[FAVIER Y.](#), « *En matière de contentieux de la filiation, l'expertise est de droit sauf motif légitime* », JCP éd.G., n°26-27 juin 2001, p. 1273, chr. I. p. 332.

[FENOUILLET D.](#), « *La filiation plénière, un modèle en quête d'identité* », mélanges F. Terré, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999.

[FLAUSS-DIEM J.](#), « *Filiation et accès à l'aide médicale à la procréation : points de vue des droits français et anglais* », LPA., 16 octobre 1996, n°25.

[FLAUSS-DIEM J.](#), « *Vie familiale et paternité hors mariage : quelques pistes européennes* », RLDC 2006/33. 2313.

[FOLLANA-MASSOT M](#), [LASSALE B.](#), « *Le recours aux examens génétiques selon le projet de réforme du code civil* », RRJ 1992, n°2, 349.

[FOYER J.](#), « *L'évolution de la notion juridique de filiation en droit* », In Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

[FOYER J.](#), « *La notion de filiation en droit* » in L. Khaïdat, *Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation*, Ramonville, coll. Erès, 1995, p. 271 et suivantes.

[FRANCK R.](#), « *La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille* », RID comp., 1993, p. 635.

[FRANK R.](#), « *L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand* », RID Comp., 1995 octobre décembre.

[FRANK R.](#), « *Le centenaire du BGB : le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la constitution et de la cohérence du système juridique* », RID Comp., 2000, p. 819, spéc. p. 836 et 840.

[FULCHIRON H.](#), « *La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays bas* », JCP éd. G, 23 mai 2001, n° 21-22, p. 1033.

FULCHIRON H., « *Egalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit de la filiation* », Dr. et patr., Mars 2006, n°146, p. 44.

FULCHIRON H., « *Toute vérité est-elle bonne à dire ?* » (note à verser au dossier de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation), D., 2008. Chr.3035.

FURKEL F., « *Le droit à la connaissance de ses origines en république fédérale d'Allemagne* », RID Comp., 1997, p. 931

FURKEL F., « *L'identification par empreintes génétiques en matière civile en République fédérale d'Allemagne* », RID comp., 2, 2004. 389.

FURKEL F., « *Les procréations assistées ; de l'anonymat du donneur en matière d'insémination artificielle en France, Allemagne et Suède* », LPA., 22 juin 1990, p. 27.

GALLOUX J-C., « *L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?* », JCP éd., 1991, I, 3497.

GALLOUX J-C., « *De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant* », RRJ., 1989, n°3, p. 521.

GARE T., « *L'interdiction de la double filiation en cas de filiation incestueuse* », In Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

GARE T., « *L'accouchement sous X n'efface pas les droits du père par le sang* », RJPf, novembre 2003, n° 11, p. 20.

GARE T., « *La réforme de la filiation. A propos de l'ordonnance du 4 juillet 2005* », JCP éd. G., 2005, act. n° 444, p. 1491.

GARE T., « *L'ordonnance portant réforme de la filiation* », JCP éd. 2006., I. 144.

GARE T., « *La cour de cassation précise dans sept arrêts le régime de l'expertise biologique en droit de la filiation* », RJPf, novembre 2005, 11/36, p. 20.

GARE T., « *Une volumineuse circulaire complète l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation* », RJPf 2006-12/37.

GARE T., « *Réforme de la filiation : à propos de la loi du 16 janvier 2009* », JCP éd. G., n°6, 4 février 2009, actualité 59, p. 7.

GAUDEMET-TALLON H., « *De quelques paradoxes en matière de droit de la famille* », RTD Civ., 1981, p. 719.

GAUMONT-PRAT H., « *Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révisions des lois bioéthiques* », Dr fam. Janvier 2001.p.11.

GAUMONT PRAT H., « *La réforme du 22 janvier 2002 et l'arrêt de la cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003* »,Dr fam., mai 2003.

- GAUMONT-PRAT H., « *Le droit à la vérité est-il un droit à la connaissance de ses origines ?* », Dr fam., Octobre 1999, chr. n°17, p.6.
- GOBERT ., « *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes* », R.T.D Civ. 1992, 513, n°25.
- GOBERT., « *Réflexions pour une indispensable réforme du droit de la filiation* », JCP éd. G., 1968, I, 220, n°20.
- GOBERT M., « *Procréations médicalement assistées : le problème des sources du droit* », Actes 1991, n°77, p. 43.
- GOBERT M., « *Apocalypse ?, Non. Procréations médicalement assistées et droit de la famille* », Gaz. Pal., 1994, I, doct. 488.
- GOMAR M., « *La nécessaire consécration du droit* » In Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.
- GOUTTENOIRE A., « *les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005* », Dr. fam., janvier 2006, étude n°6, p.20.
- GOUTTENOIRE A., « *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme* », Dr. fam., 2008, chr. 14.
- GOUNOT E., « *Les familles légitimes non fondées sur le mariage* », in Mariages et familles en question, 1979.
- GRANET F., « *Confidentialité, secret ou anonymat autour d'une naissance : de quelques aspects des droits européens* », AJF, mars 2003, n° 3, p. 95.
- GRANET F., « *La convention de New York relative sur les droits de l'enfant et à sa mise en œuvre en France* », In l'enfant et les conventions internationales, (dir.) Jacqueline Rubellin-Devichi et de rainer Franck, PU Lyon, 1996.
- GRANET F., « *Le triptyque de l'article 322, alinéa 2, du code civil* », JCP éd. G.,1985, I. 3219.
- GRANET F., « *Convergences et divergences des droits européens de la famille* », Dr. fam., hors série décembre 2000,p. 6.
- GRANET F., « *La maternité : entre les certitudes de la nature et les troubles de la biologie, quelles réponses du droit ?* », RRJ droit prospectif, 2004, n°4 , p. 2681.
- GRANET F., « *L'établissement judiciaire de la filiation depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993* », D., 1994. Chr., p. 21.
- GRANET F., « *L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* », D., 2001. n°12, p. 976.

- GRANET F., « *Secret des origines et promesses de filiation, (Procréation médicalement assistée, filiation et connaissance des origines)* », LPA., 2 octobre 1999, n°119, p. 5.
- GRANET-LAMBRECHTS F., « *La présomption de paternité* », Dr fam., janvier 2006, étude n° 3, p. 11.
- GRANET-LAMBRECHTS F., « *La réforme du droit de la filiation* », AJ fam., 2005. 424.
- GRANET-LAMBRECHTS F., « *Panorama européen du droit de la filiation* », Dr fam., 2007. Etude 30 ; « *Maternités de substitution, filiation et état civil. Panorama européen* », Dr. Fam., 2007. Etude 30.
- GRANET-LAMBRECHTS F., « *Réflexions sur la preuve biologique de la filiation. Expertises sanguines et tests d'identification par les empreintes génétiques* », in Vérité scientifique, vérité psychique et le droit de la filiation, Actes du colloque IRCID-CNRS des 9, 10 et 11 février 1995, sous le haut patronage de monsieur Pierre Méhaignerie, garde des sceaux ministre de la justice, (dir.) Lucette Khaïat, éd. Erès, 1995, 319 p. 23.
- GRANET-LAMBRECHTS F., « *L'enfant conçu par procréation médicalement assistée et les projets de loi sur la bioéthique* », In Mélanges D. Huet-Weiller, 1994, LGDJ, p. 219.
- GRANET-LAMBRECHTS F., « *L'établissement des liens de filiation* », In Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.
- GRANET-LAMBRECHTS F et HAUSER J., « *Le nouveau droit de la filiation* », D., 2006, chr., p. 17.
- GRANET-LAMBRECHTS F., « *L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme* », Rev. dr. Européen 1997., p. 653.
- GRANDSIRE O., « *L'arbre généalogique : une espèce menacée* », Mélanges D. Huet-Weiller, 1994, LGDJ.
- GRIDEL., « *Vérité biologique et droit positif de la filiation (1972-1993)* » D., 1993, chr. p. 191.
- GRILLO J-M., « *La preuve de l'expertise biologique* » In Filiation et adoption : les réformes opérées par l'ordonnance n° 2005-744 du 4 juillet 2005, colloque du 16 décembre 2005, centre de recherche endroit privé Pierre Kayser, PUAM, 2006, p. 45.
- GRIMALDI M., « *Contestation de la paternité légitime en l'absence de possession d'état conforme au titre* », note sous Civ. 1^{ère}, 27 févr. 1985, Defrénois 1985. 1283.
- GROSLIERE J., « *La possession d'état pivot du droit de la filiation ou le danger d'une vérité sociologique* », D., 1991. Chr., p. 149.

HAUSER J., « *Un nouveau né : l'enfant conventionnel ?* », Dalloz., 1996, 21^{ème} cahier, chr., p. 182 et suivantes.

HAUSER J., « *Expertise génétique (suite) : droit à ... et exceptions* », RTD Civ., Janvier Mars 2003.

HAUSER J., « *La réforme de la filiation et les principes fondamentaux* », Dr fam., 2006. Etude 1, p.6.

HAUSER J., « *Des filiations à la filiation* », RJPF 2005-9, p.6.

HAUSER J, HUET-WEILLER D., « *Filiation biologique, filiation voulue, filiation vécue* », In Problèmes politiques et sociaux, Filiactions : nouveaux enjeux (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

HAUSER J., « *La réforme du droit de la filiation. Dispositions transitoires* », AJ fam., 2005. 432.

HENO B., « *Le déclin des fins de non recevoir dans le droit de la filiation* », JCP éd. G 1975, I, 2706.

HENRION R., « *Préserver l'accouchement sous X...* », In Problèmes politiques et sociaux, Filiactions : nouveaux enjeux (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

HERITIER-AUGE F., « *Don et utilisation de sperme et d'ovocytes, mères de substitution. Un point de vue fondé sur l'anthropologie sociale* », In génétique, procréation et droit, Actes du colloque du 18 et 19 janvier 1985, éd. Hubert-Nyssen, coll. Actes Sud, 1985, p. 237.

HUET-WEILLER D, HAUSER J., « *La famille, un traité de droit civil* », sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 1989, n°651.

HUET-WEILLER D., « *Vérité biologique et filiation : le droit français* » in Droit de la filiation et progrès scientifiques, sous la direction de C. Labrusse et G. Cornu, éd. Economica, 1982, p. 11.

HUET-WEILLER D., « *Requiem pour une présomption moribonde (La contestation directe de la paternité légitime sur le fondement de l'art. 322, al. 2, C. civ.)* », D., 1985, Chr., p. 123.

HUET-WEILLER D., « *L'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état (Commentaire de la loi du 25 juin 1982 modifiant l'art. 334-8 C. civ.)* », D., 1982,Chr., p. 185.

HUET-WEILLER D., « *Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation (à propos de quelques précisions récentes)* », D., 1978, Chr., p. 233.

JOURDAIN-FORTIER C., « *Les enfants de la nature au XXI siècle : La possession d'état à l'épreuve de l'expertise biologique* », Dr fam., juillet-août 2003, chr., n° 23, p. 17.

KAYSER P., « *Les limites morales et juridiques à la procréation artificielle* », D., 1987, Chr., p. 189.

KAYSER P., « *Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée* », D., 1989, Chr., p. 199.

KAYSER P., « *Le regroupement familial dans le droit communautaire, la convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français* », JCP éd. G., 1993. I. 3679.

LABBEE X., « *L'insémination artificielle pratiquée après la mort du donneur* », Gaz. Pal., 1984. 2, doct. 401.

LABORDE-BARBANEGRE M., « *La filiation en question : de la loi du 3 janvier 1972 aux lois sur la bioéthique* », In *Adoptions : ethnologie des parentés choisies*, (dir.), Agnès Fine, Paris, éd. Maison des sciences de l'homme, coll. Ethnologie de la France, 1998.

LABRUSSE RIOU C., « *La filiation en mal d'institution* », revue esprit, p.91.

LABRUSSE-RIOU C., « *La filiation et la médecine moderne* », RID comp., 1986.

LABRUSSE-RIOU C., « *Les implications juridiques de la génétique* », RDP 1990., 1365.

LABRUSSE-RIOU C., « *L'adoption simple ne peut contourner la prohibition de la filiation incestueuse* », note sous Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2004, JCP 2004, II. 10064.

LABRUSSE-RIOU C., « *La vérité et le droit* », travaux de l'association Capitant, t. XXXVIII, 1987.

LABRUSSE-RIOU C., « *L'ébranlement des fondations* », In *Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux* (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

LABRUSSE-RIOU C., « *Faire naître : Ordre ou chaos du droit* », Corps écrit, Naître, 1987, PUF.

LABRUSSE-RIOU C., « *L'anonymat du donneur* », in *Ecrits de bioéthique, textes réunis et présentés par M. Fabre Magnan*, coll. Quadrige /Essais, PUF, 2007.

LAMARCHE M., « *Intérêt supérieur de l'enfant : de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation ?* », Dr fam., novembre 2007, alerte n°87.

LAMBOLEY A., « *L'enfant à tout prix. Le permis et l'interdit* », In *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998.

LARDEUX G., « *Droits civils français et allemands : entre convergence matérielle et opposition intellectuelle* », RRJ. 2006-2.

LARRIBAU-TERNEYRE V., « *Quatre ans après...Réforme à l'occasion de la ratification de l'ordonnance sur la filiation* », Dr fam., n°2, février 2009, p. 1.

LAURRIEU C., « *La filiation des enfants mis au monde par des mères porteuses* », LPA., 9 déc. 1992, p.13.

LAVERGNE., « *Données scientifiques, méthodes d'évaluation et vision d'ensemble de l'utilisation du profil génétique* », in *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, sous la direction Henneau-Hublet et Knoppers, 1997.

LE GAC PECH S., « *De Louis XVII à Z...* », D., 2001, n°5, p. 404.

LEMOULAND J-J., « *Procréation médicalement assistée et droit de la filiation (Lois n°94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994)* », ALD., 1995. 15.

LEPROVAUX J., « *Ratification et un peu plus...de l'ordonnance portant réforme de la filiation* », RJPF, 2009-3/12.

LEQUETTE Y., « *Code civil, les défis du nouveau siècle* », Defrénois août 2004, doct. art. 37991, p. 1055.

LEROYER A-M., « *Réforme de la filiation. Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet portant réforme de la filiation (JO 6 juillet 2005, p. 11159)* », RTD civ., 2005, p. 836.

LEROYER A-M., « *Filiation- présomption de paternité- conflits de filiation- Accouchement sous X. Loi n°2009-61 du 16 janvier 2009* », RTD Civ., 2009. P. 375.

LEVENEU G., « *La portée de l' « affaire Benjamin » sur la reconnaissances des pères et sur l'adoption* », Recherches familiales, La filiation recomposée : origines biologiques, parenté et parentalité, 2007, n°4, p. 99.

LEVENEUR L., « *Le secret des origines* » Dr. et patr., mars 2002, n° 102, p. 10.

LOUIS-PECHA A., « *Le droit actuel de la paternité, premières journées Brestoises sur la paternité* ».

MAGUIN M-F., « *L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réserve les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines* », D., 1995, Chr. p. 75.

MALAUURIE P., « *L'homme être juridique* », D.,1994, 13^{ème} cahier, chr., p. 97.

MALAUURIE P, FULCHIRON H., « *Le pouvoir de la volonté* », In Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

MALAUURIE P., « *La cour européenne des droits de l'homme et le « droit » de connaître ses origines , l'affaire Odièvre* », JCP éd. G., 2003, I, 120.

MALLET-BRICOUT B., « Réforme de l'accouchement sous X : Quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », JCP éd. G., 2002, n° 11, p. 485.

MALLET-BRICOUT B., « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embaras de la Cour européenne des droits de l'homme », D., 2003, chr., p. 1240.

MANGIN P., « La preuve de l'engendrement : la technique des empreintes génétiques »

DE LA MARNIERRE E-S., « Hérité et filiation juridique », D., 1988, Chr.,1.

DE LA MARNIERRE E-S., « Filiation légitime, présomption de paternité, conflit avec la filiation naturelle », Gaz. Pal., 1975, I, doct. 369.

MARTIN R., « Les premiers jours de l'embryon : A propos du projet de loi relatif à la bioéthique », JCP éd. G., 20 février 2002, n° 8-9, p. 383.

MARTIN-LASSEZ J., « L'intérêt supérieur de l'enfant et la famille. Etats généraux du droit de la famille », *Dr fam.*, janvier 2007, pp25-26.

MASSIP J, MORIN, AUBERT., « La réforme de la filiation », préface Carbonnier, 3^{ème} éd., 1976.

MASSIP J., « La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire », in Droit de la filiation et progrès scientifique, p. 51 et suivantes.

MASSIP J., « L'insertion dans le code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée », *Defrénois.*, 1995, I, art. 35975, n°25.

MASSIP J., « La contestation de la filiation légitime depuis la loi de 1972 », D., 1997, Chr., p. 237.

MASSIP J., « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois.*, 2006. 6, art. 38303 (1^{ère} partie) ; 91, art. 38321 (2^{ème} partie) ; et 209, art. 38324 (3^{ème} partie).

MASSIP J., « Les conséquences en matière de filiation du refus de se soumettre à une expertise biologique », *LPA.*, 8 sept 1993.

MASSIP J., « Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993 », *Defrénois.*, 1993, art. 35569, p. 609 et 673.

MASSIP J., « La preuve de la filiation naturelle par la possession d'état », *Defrénois.*, 1982, art. 32935, p.1265.

MASSIP J., « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *Defrénois.*, 2009, p. 591.

MATHIEU B., « Décision du 27 juillet 1994, rendue dans le contrôle de constitutionnalité des premières lois bioéthiques », D. 1995., 237.

MATOCQ O., « *Le rapport d'expertise biologique dans le droit de la filiation deviendra-t-il le passage obligé ?* », Dr fam., janvier 2006, Etudes n°7, p. 23.

MAUGER-VIELPEAU et RAOUL-CORMEIL G., « *Variations sur les sources du droit de la filiation* », Dr fam., 2007, étude n° 31.

MAYMON-GOUTALLOY M., « *De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme* », D., 1985. Chr., p.211.

MAZEAUD., « *Une famille dans le vent : la famille hors mariage* », Dalloz., 1971, chr., 99.

MAZEN N-J., « *L'insémination artificielle : une réalité ignorée par le législateur* », JCP éd.G., 1978, I, 2899.

MAZEN N-J., « *Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique* », LPA., 14 décembre 1994, n°149, p. 71.

MECARY C., « *Une réalité qui s'impose* », In Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

EULDERS-KLEIN M-T., « *Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées* », RTD civ., 1988, 645.

MEYER-GAST M., « *La simplification du droit* », R.R.J 2005, p. 1183.

MIGNOT M., « *L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation* », RRJ Droit prospectif, 2003, n°2(1), p.667.

MILLET F., « *La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation* », JCP éd. G., 2006, I, 112.

MIRABAIL S., « *Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation : discordances et anachronismes* », D.,2000, n° 9, p. 404.

MIRKOVIC A., « *Mère porteuse : maternité indéterminée* », Dr fam., juin 2009, p. 12.

MIRKOVIC A., « *Etat civil, mères porteuses : analyse de droit de la famille* », JCP éd. G., n°6, 4 février 2009, p. 37 et suivantes.

MIRKOVIC A., « *La transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une mère porteuse américaine sur les registres de l'état civil français doit être annulée* », JCP éd. G., n°26, 22 juin 2009, p. 17 et suivantes.

MIRKOVIC A., « *Le transfert de l'embryon post-mortem : comment sortit de l'impasse ?* », Dr fam., juin 2009, p. 9.

MIRKOVIC A., « *A propos de la maternité pour autrui* », Dr fam., 2008, Chr., 15.

MONSALLIER-SAINTE MLEUX M-C., « Conditions du droit d'accès à la preuve scientifique en matière de filiation », 10409, JCP éd. G., n°43-44, 25 octobre 2000, p. 1967.

MONTOUX D., « Réforme simplificatrice du droit de la filiation », JCP éd. N., 2005, 1341.

MONEGER F., « La convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », Rev. Dr. san. Soc. 1990, 275.

MONEGER F., « Brèves remarques sur le droit international privé touché par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », Dr fam., octobre 2005, Etudes 19, p. 7.

MURAT P., « Procréation assistée et « droits de l'enfant » » Rev. dr. san. Soc., juillet septembre 1991.

MURAT P., « Dossier spécial filiation avant lecture », Dr fam., Janvier 2006, alerte n°1.

MURAT P., « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », Dr fam., janvier 2006, études n°5.

MURAT P., « Filiation et génétique : deux poids, deux mesures ? », Dr. fam., 2007, Repère 9.

MURAT P., « L'expertise biologique en l'absence de présomptions et indices graves dans l'action en recherche de paternité : l'assemblée plénière statue sur l'ancien régime », Dr fam., janvier 2008.

MURAT P., « La filiation simplifiée », Dr fam., septembre 2005, alertes, n° 72, p. 4.

MURAT P., « La PMA ne rend pas la filiation plus disponible », Dr fam., octobre 2000, commentaires, p. 15 et suivantes.

MURAT P., « Couple, filiation, parenté », in des concubinages, Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi, 2002, Litec.

MURAT P., « Indisponibilité de la filiation et perspective d'avenir (Variations libres sur un thème controversé) », Mélanges D. Huet-Weiller, 1994, LGDJ.

MURAT P., « Le lien de filiation : vers la fin des filiations légitimes et naturelles », Dr fam., Hors série décembre 2000.

MURAT P., « L'égalité des filiations légitimes et naturelles quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », Dr fam., octobre 1998.

MURAT P., « Expertise biologique de droit : une rafale d'arrêts » note sous Cass. 1^{ère} Civ, 14 juin 2005, Dr fam., Juillet août 2005, com. n°182, p. 23.

NEIRINCK C., « PMA : six personnages en quête d'auteur », Mélanges Colomer, 1993, Litec, p. 307 et s.

NEIRINCK C., « commentaires des projets de lois relatifs à l'éthique biomédicale », LPA., 22 juin 1992, n°75, p. 4.

NEIRINCK C., « La maternité », Dr fam., janvier 2006, études, p. 9 et suivantes.

NEIRINCK C., « L'accouchement sous X : le fait et le droit », JCP éd. G., 1996, 3922.

NEIRINCK C., « Le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée », LPA., 14 décembre 1994, n°149.

NEIRINCK C., « Les filiations électives à l'épreuve du droit », JCP éd. G., 1997, 4047, p. 501.

NEIRINCK C et MARTIN P-M., « Un traité bien mal traité. A propos de l'arrêt Le Jeune (civ. 1^{ère}, 10 mars 1993) », JCP éd. G., 1993, I, 3677.

NERSON R., « Vers une réforme du droit de la filiation », Rec. Gén. Lois 1971. I. 305.

NICOLAS-MAGUIN M-F., « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réserve les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », D., 1995, Chr., 75.

ORIONON P., « La possession d'état d'enfant métamorphose d'une notion », LPA., 16 décembre 1999, n° 247, p. 6.

PALAU-SIMONET B., « Réflexions à propos de la responsabilité médicale lors d'actes de procréation médicalement assistée », LPA., 16 oct. 1992.

PASCAL A, TRAPERO M., « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la cour de cassation », in la vérité, Rapport annuel de la cour de cassation, La documentation française, 2004.

PELLE S., « La « reconnaissance » du père marié (a propos d'une difficulté d'interprétation de l'ordonnance n° 20056759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », RLDC 2007/34. 2381, p. 70 et s.

PELTIER L., « Une proposition de loi tendant à interdire l'identification d'un défunt par ses empreintes génétiques dans une action en recherche de paternité », RRJ Droit prospectif, 2000, n°1, p. 135.

PEROZ H., « La filiation de l'enfant de statut prohibitif », Dr fam., juillet août 2009, p. 9 et suivantes.

PIEC-VANSHEEGER F., « De la filiation issue de la procréation assistée : Les problèmes liés à l'application de la loi 29 juillet 1994 sur la bioéthique en droit de la filiation », JCP éd N., n° 2, 1995, p. 59.

PHILIPPE C., « Volonté, responsabilité et filiation », D., 1991, chr., 7^{ème} cahier.

PHILIPPE C « Pour une réforme d'ensemble du droit de la filiation », LPA., 4 janvier 1991, n°2.

PRATTE M, FORTIS-MONJAL E., « *Présomption de paternité et vérité biologique en droit français et québécois* », D., 1988, Chr.,31.

PROTHAIS A., « *Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation* », JCP éd. G., 1997, 4055.

PUIGELIER C et LE DOUARIN N., « *L'expérimentation à partir de cellules souches embryonnaires humaines* », JCP éd G., 10 avril 2002, n° 15, p. 707.

RAOUL-CORMEIL G., « *Clonage reproductif et filiation : la chaîne des interdits* », J.C.P éd G., n°13, 26 mars 2008, p. 13 et suivantes.

RASSAT M-L., « *Père de droit et père de fait* », RTD Civ., 1967, 249.

RASSAT M-L., « *Propos critiques sur la loi du 3 janvier 1972 portant réforme du droit de la filiation* », RTD Civ., 1973, 207.

RAYMOND G., « *La procréation artificielle et le droit français* », JCP éd G., 1983, I, 3114.

RAYMOND G., « *Volonté individuelle et filiation par le sang* », RTD Civ., 1982, 538.

RAYMOND G., « *La convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance (Convention du 20 novembre 1989)* », JCP 1990. I. 3451.

RAYNAUD P., « *L'enfant peut-il être objet de droit ?* », D., 1988, 15^{ème} cahier, chr., p. 109.

RAYNAUD P., « *Les deux familles: réflexions comparatives sur la famille légitime et la famille naturelle* », in Mélanges de Juglard, LGDJ, 1986.

RAYNAUD P., « *le démantèlement de la présomption de paternité légitime* », D. 1985. Chron. 205.

RAYNAUD P., « *L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence ?* », D.,1980. Chr., 1.

REMOND-GOUILLOUD M., « *La possession d'état d'enfant,(à propos de la loi du 3 janvier 1972)* », RTD Civ., 1975, 459.

ROBERT J., « *Procréations artificielles et libertés publiques* », Actes, 1991, n°77, p. 43.

ROUAST A., « *Les tendances individualistes de la jurisprudence en matière de filiation légitime* », RTD Civ., 1940-41, 223.

ROUGER P., « *Filiation et empreintes génétiques* », AJF mai 2003, n° 5, p. 171.

ROUGER P., « *Pour une présentation complète du déroulement de l'expertise, filiation et empreintes génétiques* »,AJF., mai 2003, 171.

ROY O., « *Filiation légale et réalités familiales : accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant* », LPA.,12 Juin 1998, n° 70, p. 123 et suivantes.

ROY O., « *Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des droits de l'homme : L'affaire Odièvre contre France* », LPA., 3 octobre 2002, n°198.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation* », Mélanges Colomer, 1993, Litec.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *Réflexion sur une proposition de loi tendant à faire de l'insémination un moyen de procréation* », Mélanges Vincent, 1981, Dalloz.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *Une importante réforme en droit de la famille : la loi n°93-22 du 8 janvier 1993* », JCP éd. G., 1993, I, 3659.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *Droits de la mère et de l'enfant : réflexions sur les formes d'abandon* », RTD Civ 1991., 695-704.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *La procréation assistée : état des questions* », RTD Civ 1987., 457.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *L'établissement de la filiation et la procréation assistée* », RTD Civ., 1986, 570.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *le droit, les pères et la paternité* », R.T.D.san et soc, 1988, p. 425 in rapport présenté au colloque père et paternité dans la France d'aujourd'hui, ministère des affaires sociales et de l'emploi.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *Père et paternité dans l'Europe d'aujourd'hui* », Rev. dr. san soc., avril juin 1992, p. 243.

RUBELLIN-DEVICHI J et NERSON R., « *Filiation(1). Preuves scientifiques et le contentieux de la filiation* », RTD Civ., 83, p. 722-723.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *Les procréations assistées : état des questions* », RTD Civ., 1987, p. 457.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *En matière de contentieux de la filiation l'expertise est de droit sauf motif légitime* », JCP éd.G., 2001, 1271.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *Droit de la famille : secret de l'accouchement et revendications* », JCP éd. G., 1999, 15, I, 101.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *La vérité biologique et l'application de la loi en matière de droit de la filiation* », RTD Civ., 1988, 725.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *Procréations assistées et stratégies en matière de filiation* », JCP éd. G., 1991, I, 3505.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *La gestation pour le compte d'autrui* », D., 1985, Chr., 147.

RUBELLIN-DEVICHI J., « *La possession d'état. Une notion devenue encombrante ?* », RTD civ., 1986, p. 586.

[SALVAGE-GEREST P.](#), « *Le domaine de la présomption « pater is est » dans la loi du 3 janvier 1972* », RTD Civ., 1976, 233.

[SALVAGE-GEREST P.](#), « *La reconnaissance d'enfant ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005* », Dr fam., janvier 2006, Etude n° 4, p. 13.

[SALVAGE-GEREST P.](#), « *De la loi du 3 janvier 1972 à la loi du 8 janvier 1993, ou plaidoyer pour une vraie réforme du droit de la filiation* », Mélanges D. Huet-Weiller, 1994, LGDJ.

[SARCELET J-D.](#), « *Filiation et famille : une vérité qui dérange* », D., 2009, p.2876 et suivantes.

[SAVATIER R.](#), « *Le projet de loi sur la filiation, mystique ou réalisme ?* », JCP éd. G., 1971, I, 2400 et 2403.

[SAVATIER R.](#), « *Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie* », D., 1948, p. 33.

[SAVATIER R.](#), « *Le notaire et la preuve de la filiation* », Defrénois., 1977, 10.

[SCAPEL C.](#), « *Que reste-t-il de « la paix des familles » après la réforme du droit de la filiation ?* », JCP éd. G., 1976, I, 2757.

[SEGUY O-L.](#), « *Le contrat de maternité pour autrui : une fiction ?* », LPA., 16 et 18 déc. 1987, p. 15 et 28.

[SEILLIER B.](#), « *Ethique ou anti-éthique* », LPA., 14 décembre 1994, n° 142, p. 5.

[SERIAUX A .](#), « *Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ?* », D., 1985, chr., 59.

[SERIAUX A.](#), « *La procréation artificielle sans artifices : illicéité et responsabilités* », D., 1988, chr., p. 201.

[SERIAUX A.](#), « *De la procréation médicalement assistée. Remarques sur les dispositions d'un avant projet de loi* », RID. comp., 1989, 617.

[SUTTON G.](#), « *La filiation au fil d'une loi en patchwork* », D., 1993, Chr., 163.

[SUTTON G.](#), « *L'office du juge dans le contentieux de la filiation : vingt années de jurisprudence* » in Mélanges D. HUET-WEILLER , 1994, PU Strasbourg, LGDJ.

[TARONI F et MANGIN P.](#), « *L'interprétation de la preuve scientifique : les juristes, les scientifiques et les probabilités* », Médecine et Droit 1998, 30, p. 6-15.

[TERRE F.](#), « *Le prix de la vie* », JCP éd. G., 2000, 2267.

[TERRE F.](#), « *Les chemins de la vérité sur les tests ADN* », JCP éd. G., n°1, 2 janvier 2008, p. 15 et suivantes.

TERRE F., « *Rapport de synthèse sur la révolution en matière de droit de la famille* », Dr fam., Hors série décembre 2000.

THERY I., « *Les trois composantes de la filiation* », In Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

THERY P., « *La possession d'état d'enfant naturel : grâce ou illusion* », JCP éd. G., 1984, I, 3135.

THERY R., « *Véritable père et paternité vraie* », JCP éd. G., I, doctrine, 1979, 2927.

THOUVENIN D., « *Les filiations ne sont ni vraies, ni fausses mais dépendent du choix des parents* », LPA., 3 mai 1995, n°53, p. 93 et suivantes.

TISSERAND., « *L'enfant adultérin : chronique d'une mort annoncée* », JCP éd. N., 1993, I, 53.

VASSAUX J., « *Premières vues sur la réforme du droit de la filiation. Ordonnance n° 2005-759, 4 juillet 2005* », JCP éd. N., 2005, 1458.

VERDIER P, MARGIOTTA N, « *Le droit à la connaissance de ses origines; un droit de l'homme. Pour en finir avec l'accouchement sous X* », Ed. Jeunesse et Droit, 1998.

VERDIER P, MARGIOTTA N., « *...ou rendre à l'enfant le droit de connaître sa filiation* », In Problèmes politiques et sociaux, Filiations : nouveaux enjeux (dir.) Isabelle Corpart, La documentation française, juillet 2005, n° 914.

VERON M., « *Volonté du père et reconnaissance d'enfant* », RTD Civ., 1967,52.

VIAL G., « *Réforme de la filiation : les surprises du projet de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005* », Dr fam., février 2008, Etudes n°5, p. 8.

VIAL G., « *La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi du 16 janvier 2009* », Dr fam., 2009 , Etude 18.

VIDAL J., « *Observations sur le rôle et la notion de possession d'état dans le droit de la filiation* », Mélanges Hébraud, Toulouse, 1981.

VIDAL J., « *L'enfant adultérin...a contrario* », JCP éd. G., 1973, I, 2539.

VIDAL J., « *La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation* », Mélanges G. Marty, Toulouse, 1978.

VIRIOT-BARRIAL D., « *De l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques* », In le droit de la biologie humaine. Vieux débats, nouveaux enjeux, (dir.) Alain Sériaux, éd. Ellipes, coll. Droit en question, 2000.

WRONA D., « *Les empreintes génétiques et le procès civil de la filiation, commentaire de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994* », LPA., 11 août 1995, n°96.

« *Réflexions pour une indispensable réforme du droit de la filiation* », JCP éd. G., 1968, I, 220, n°20.

« *Filiations légales et réalités familiales : accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant* », LPA., 12 juin 1998, n°70.

« *La course au nom va être plus enragée que jamais* », Lamy droit civil, novembre 2005, n°21.

« *Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique* », Dr. fam., 2001, chr., n°2.

IV- AVIS, CONSEILS, RAPPORTS

Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé : avis des 23 oct. 1984, 10 déc. 1986, 15 déc. 1989, 18 juill. 1990, 17 déc. 1993, publiés dans le rapport annuel du comité, Doc. fr.

Avis n° 10 du comité consultatif national d'éthique, 24 novembre 2005 « *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation* ».

ALNOT M-O, LABRUSSE-RIOU C, MANDELBAUM J, PEROL Y et ROSENCZVEIG J-P., « *Les procréations artificielles* », Rapp. Au Premier ministre, 1986, Doc. fr.

ARNAUD G., « *La recherche de la filiation et la preuve scientifique par l'examen du sang* », Rapport au X^{ème} congrès de l'union nationale des avocats, 1939

BIGNON J., « *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles* », 31 mars 1994, doc. Ass. Nat. N°1062, p. 57.

BIOULAC B., « *Rapport d'information sur la bioéthique* », 1992, Doc. AN n°2565.

BRAIBANT G (sous la dir. de)., « *De l'éthique au droit, Etude du Conseil d'Etat (source de l'avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme, 1989)* », 1988, Doc. fr.

BRUGGENAU M., Au conseil d'état, « *Rapport sur la révision des lois bioéthique : des évolutions nuancées au nom de l'intérêt de l'enfant !* », Dr. Fam. juin 2009.

CLAEYS A et VIALATTE J-J., « *La loi bioéthique de demain* », Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 2008, Doc. AN n°1325, doc. Sénat n°107.

DUPRET D., « *Empreintes génétiques et filiation* », Rapport Lenoir.

DREIFUSS-NETTER F et CORDIER A., « Questionnement pour les états généraux de la bioéthique », Avis du comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, n°105, oct. 2008.

GRANET-LAMBRECHTS F., « Rapport français, colloque international de l'institut de recherches comparatives sur les institutions et le droit », mars 1995.

LENOIR N., « Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française », Rapp. Au Premier ministre, Doc. Fr., 1991.

MATTEI J-F., « Rapport à M. le Premier ministre sur l'éthique biomédicale », 1993.

PASCAL A et TRAPERO M., « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la cour de cassation », Rapport annuel de la cour de cassation pour 2004.

SERUSCLAT F., « Bouleversement sans contrôle ou législation à la française ? », Rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'homme, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 1992, Doc. AN n°2588, Doc. Sénat n°262.

Rapp. Sénat n°421, 25 juin 2008.

Bilan d'application de la loi bioéthique du 6 août 2004, rapport de l'Agence de la bio médecine, oct. 2008.

Rapport annuel de la cour de cassation, la documentation française, 1987.

Les empreintes génétiques : vérité scientifique et droit de la filiation, Colloque international, Rapports de synthèse, Ivry, 23-25 mars 1995.

V- PERIODIQUES, REVUES NON JURIDIQUES

BELLAICHE-ATTAL D., « Quelle maîtrise de la procréation ? » Journal français de psychiatrie, n°20, 2003.

BOLTANSKI C., « Don de sperme : plus d'anonymat outre-manche », libération, 26 janvier 2004.

BOUCAUD P., « On sait qu'avec l'importance de la génétique cette connaissance sera demain admise pour tous ; la thèse de l'anonymat a vécu », journal du droit des jeunes, n° 174, avril 1998.

CHABAS F., « La procréation assistée », Rev. Du praticien, 1988, n° 28, 29, 37.

DELAISI DE PARCEVAL G., « Procréations artificielles et intérêt de l'enfant », revue études, février 1989.

DELAISI DE PARCEVAL G., « *L'enfant prothèse* », le supplément, Rev. D'éthique et théologie morale, sept. 1990, p. 47.

DELAISI DE PARCEVAL G, TIBERGHIEU P., « *Don d'embryon : danger. L'expérimentation hasardeuse de cette méthode pourrait avoir des conséquences catastrophiques* », libération, 23 septembre 2004.

DELAISI DE PARCEVAL G., « *Le secret des origines* », sciences humaines, n°101, janvier 2000.

DELAISI DE PARCEVAL G., « *Enfant de personne* », 2^e édition O. Jacob, Paris, 1994.

DELAISI DE PARCEVAL G., « *Reconnaître le besoin de transparence sur les origines* » in « *Le secret des origines* », Sciences humaines, n° 101, janvier 2000, p. 35.

DEPADT-SEBAG V., « *De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du code civil relatif à l'interdiction de la gestation pour autrui* », revue droit médical, mars 2004.

DEVILLE J-C, NAULLEAU E., « *Les nouveaux enfants et leurs parents* », Economie, 20^{ème} rapport sur la situation démographique de la France, Population 1991.

FURKEK F., « *Le droit de l'enfant à connaître ses origines : variations comparatistes* », revue esprit.

GROSJEAN B., « *Frémissements du côté de la justice* », libération, 13 octobre 2004.

GUIBERT N., « *L'adoption d'une fillette née d'un inceste en cassation* », Le Monde, 4 décembre 2003.

LABRUSSE-RIOU C., « *La parenté en miette* », Le Monde, 10 juin 1987.

HUET-WEILLER D., « *Le droit de la filiation face aux nouveaux modes de procréation* », Rev. Métaphysique et morale, 1987, n°3, p. 331.

LABRUSSE-RIOU C., « *Biotechnologies et droit* », Le supplément, Rev. Ethique et théologie morale, 1991, n°177, p. 117 et n°178, p. 93.

MANGIN, LODES, PFITZ., « *Apport des techniques de biologie moléculaire à l'identification des victimes des catastrophes* », revue médecine et droit, n°13, 1995, p. 13.

HENRION R., « *un nouveau projet de loi à l'examen à l'assemblée nationale. Ne supprimons pas l'accouchement sous X* », Le Figaro, 30 mai 2001

JACQUARD N., « *L'explosion des tests ADN illégaux* », le parisien, 19 octobre 2009.

JACUB M., « *Naître sous X* », revue savoirs et clinique, février 2004, n°4.

MATTEI J-F., « *Il faut cesser de réviser les textes tous les cinq ans* », in La croix, 9 mars 2009, dossier spécial l'ABC de la bioéthique.

NAU J-Y., « *La nouvelle génération des donneurs de sperme suédois* », Le Monde, 24 et 25 septembre 1995.

REMY J., « *Acharnement procréatif : où est l'intérêt de l'enfant ?* », l'express 16 janvier 2003.

REVILLARD M., « *Aspects éthiques et juridiques liés à la maîtrise de la reproduction* », Journ. Médecine légale, 1983.

VACQUIN M., « *Filiation et artifice, nouvelles techniques et vieux fantasmes* », Le supplément, Rev. Ethique et théologie morale, n°177, 1991, p. 131.

« *La famille décomposée* », revue Marianne, février 2007.

« *La réflexion éthique s'impose* », propos recueillis par Jacqueline Remy, dossier « *Acharnement procréatif : où est l'intérêt de l'enfant ?* », l'Express, 16 janvier 2003.

« *Sylviane Agazinski contre la femme outil* », Le Point, 23 avril 2009, p. 84 et suivantes.

« *Malaise dans la filiation* », Revue Esprit, décembre 1996.

« *Nouvelles mères, nouveaux pères* », Le Point, 11 mars 2010, P.64 et suivantes.

INDEX

A	
Abandon d'enfant	180, 198, 237
Accès aux origines personnelles	28, 80, 167, 172, 294
Accouchement sous X	78, 86, 126-130, 165, 166-180, 188, 195, 222, 232, 236, 292, 302, 304, 317, 318
Acte authentique	80, 82, 83, 88, 92, 224
Acte de naissance	52, 57, 72-80, 83-87, 101, 115, 119, 127, 166, 184, 214, 229, 248, 281, 285
Acte de reconnaissance	127, 224
Acte de notoriété	72, 101, 102, 104, 185, 231, 260, 285, 289
Action à fins de subsides	66, 75, 124
Action en contestation de filiation	175, 224, 235, 251
Action en contestation de paternité légitime	87
Action en recherche de maternité	27, 29, 54, 86, 126, 127, 128, 129, 130, 166, 167, 181, 197, 198, 200, 236, 282
Action en recherche de paternité	44, 45, 46, 47, 52, 61, 65, 66, 69, 70, 110, 122, 128, 133, 182, 183, 189, 192, 194, 250, 282
Adoption	140, 142-144, 150, 161, 162, 167, 170, 215, 227, 232, 237, 246, 248, 275, 298, 305, 312
Adultère	22, 48, 49, 57, 90, 112, 118, 159
Agnatio	43
Anonymat	28, 134, 153, 157, 160, 166, 169, 172, 174, 176, 195, 197, 199, 200, 262, 294
Assistance à la procréation	159
Assistance médicale à la procréation	32, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 141, 143, 152, 153, 155, 157, 160, 199, 239, 242, 243, 267, 276, 277, 329
Avortement	146, 169, 198, 200
B	
Bébés éprouvettes	134
Bioéthique	26, 62, 65, 68, 117, 120, 130, 132, 134, 136, 143, 150, 153, 155, 156, 159, 161, 162, 178, 194, 196, 199, 233, 240, 245, 246, 250, 258, 273, 274, 277, 279, 294, 300, 312, 315
C	
Centre d'étude et de conservation du sperme (CECOS)	133, 153, 160, 163
Clonage	151, 152, 153
Communauté de vie	45, 113, 140, 141
Conception d'enfant	241
Conflits de filiations	25, 35 ? 54, 62, 91, 117, 273, 280, 281
Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles	28, 167, 172, 199, 200
Consentement (procréation médicalement assistée)	96, 138, 140, 141, 154, 156, 157, 159, 262, 278, 303
Contestation de possession d'état	82, 106, 107, 185
Convention des nations unies relatives aux droits de l'enfant	
Couple	22, 44, 71, 72, 79, 85, 90, 92, 98,
D	
Date de la conception	108, 110, 255
Déclaration de naissance	84, 146, 169
Désaveu de paternité	39, 52, 114, 159, 254, 255
Désignation de la mère dans l'acte de naissance	84, 85
Droit à l'enfant	30, 73, 132, 229, 239, 242, 243, 244, 246, 275, 279, 298
Droit de visite	261
E	
Egalité des enfants	48
Embryons	132, 135, 137, 139, 141, 151, 155, 246, 312
Empreinte génétique	21, 62, 82, 111
Enfant abandonné	
Enfant adopté	312
Enfant adultérin	23, 49, 231
Enfant conçu	52, 78, 87, 111, 112, 113, 119, 124, 142, 162, 216, 217, 230, 239, 262
Enfant incestueux	23, 191

Enfant légitime	22, 23, 41, 43, 44, 48, 49, 52, 56, 58, 72, 87 ? 101, 104, 111, 119, 179, 206, 209, 257, 258, 269
Engagement parental	30, 79, 85, 206, 211, 213, 214, 215, 224-228, 233, 236, 237, 252, 253, 264, 318
Etablissement contentieux de la filiation	
Etablissement de la filiation	
Etablissement non contentieux de la filiation	
Ethique de la responsabilité	33, 201, 203, 204, 205, 211, 226, 249, 318
Examen comparatif des sangs	20, 64, 116
Expertises génétiques	
F	
Famille adoptive	155, 161, 162, 174
Famille naturelle	22, 26, 44, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 60, 71, 79, 81, 90, 100, 101, 102, 115, 121, 124, 133, 178, 219, 282, 285, 290
Fécondation in vitro	133, 138, 155, 162
Fidélité	37, 68, 112, 113, 160, 254
Filiation	19-22, 25-30
Filiation artificielle	133, 136
Filiation biologique	4, 19, 24, 27, 44, 56, 89, 92, 106, 109, 137, 138, 154, 155, 161, 162, 167, 173, 201, 205, 206, 226, 229, 240, 248, 250, 290, 291, 292, 295
Filiation légitime	20, 22, 26, 44, 53-57, 71, 72, 81, 86, 87, 90, 98, 100 ;102, 111, 114, 115, 132, 133, 214, 219, 229, 284 29, 123
Fin de non-recevoir	29, 123
G	
Gestation	113, 139, 141, 144, 145, 148, 150, 151, 157, 185, 223, 240, 255, 273, 274, 275, 315
I	
Identification génétique	133, 195, 246, 290, 291
Inceste	22, 93, 175, 191, 301
Indivisibilité de la filiation	90, 221
Indisponibilité	142, 144, 173, 238
Insémination artificielle	133, 136, 137, 138, 139, 155, 162, 277, 303, 305, 312
Intérêt de l'enfant	26, 30, 38, 73, 74, 93, 95, 106, 121, 129, 132, 140-151, 155, 156, 166, 185, 201, 206, 207, 211, 219, 226, 229, 235, 236, 238, 240, 247, 248, 252, 258, 259, 260, 264, 268, 269-272, 274, 276, 277, 280, 282, 284, 295-298, 303, 307, 305, 314, 318
Interprétation a contrario	60, 61, 101, 114-117, 250, 258
L	
Légitimation	60, 61, 101, 114, 117, 250, 258
Légitimité	22, 39, 41, 44, 49, 50, 55, 73, 76, 101, 111- 113, 137
M	
Maternité de substitution	141, 144, 145, 147, 149, 150, 304
Maternité naturelle	25, 54, 79, 85, 126, 127, 214, 236
Maternité pour autrui	143, 145, 148, 150, 276, 277,
Moment de la conception	217, 218, 224, 227
P	
Possession d'état	
Présomption de paternité	39, 52, 55, 57, 71, 75, 76, 86, 89, 90, 91, 92, 101, 110, 11-119, 132, 144, 215-219, 221-223, 224-226, 229, 230, 231, 254, 258, 281, 282, 287, 306, 328, 337, 340, 341, 341, 345, 356 61
Présomptions ou indices graves	61
Preuve scientifique	20, 53-56, 60-64, 82-91, 109-111, 115, 117, 118, 193, 272
Procréation médicalement assistée	28, 96, 135-140, 145, 156-162, 239, 240, 262, 274-278, 305, 318
Procureur de la république	91, 92, 94, 170, 171, 222, 224, 237, 238
R	
Recherche de maternité	27, 54, 80, 125-130, 174, 181, 197, 198, 200

Recherche de maternité naturelle	54, 236
Recherche de paternité naturelle	24, 25, 40, 45, 46, 52, 61, 66, 70, 122-127, 250
Réclamation d'état	54
Reconnaissance	45, 52, 57, 58, 60, 63, 72, 79, 80, 87-97, 115-117, 123, 170, 180, 213, 214, 218-229, 234, 302
Réforme de la filiation	23, 99, 133, 268
Responsabilité de la filiation	296
Rétablissement de la présomption de paternité	230, 282
S	
Sécurité du lien de filiation	26, 44, 75, 83, 91, 96, 99, 233, 258, 290, 291, 297, 314
Stabilité de la filiation	30, 74, 82, 95, 96, 107, 122, 184, 185, 207, 227, 251, 252, 259, 268, 269, 280-283, 285, 314
Subsides	124
Substitution d'enfant	181, 184, 283
Supposition d'enfant	181
T	
Tiers donneurs	246
Titre	82, 83, 86-89, 97-99, 211, 215, 229
V	
Vérité biologique	186, 192-194, 201, 227, 244, 251, 254, 255, 267, 269, 271, 283, 297, 301, 307
Vérité du sang	44, 178, 186, 307
Vérité sociologique	24, 26, 41, 51, 58, 81, 98, 177, 178, 226, 228, 246, 282, 283, 297, 303, 306, 309, 310, 314, 317
Viabilité de l'enfant	51