

Recueil Dalloz 2007 p. 1460

Droit de la filiation

mars 2006 - mars 2007

Frédérique Granet-Lambrechts, Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg, Directeur du Centre de droit privé fondamental (EA 1351), Responsable du Master en droit de la famille

L'essentiel

L'enfant était de nouveau au coeur des préoccupations du Parlement en cette fin de législature avec l'adoption de la réforme de la protection de l'enfance par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 (V. Avena-Robardet, D. 2007, Actu. lég. 717 et le dossier consacré au « Placement de l'enfant », AJ fam. 2007. 54). Entre autres objectifs, cette loi développe principalement une politique de prévention grâce à diverses mesures de détection la plus précoce possible des situations dans lesquelles l'enfant est exposé à des risques ou à des dangers et grâce à une restructuration du dispositif départemental des signalements, tout en renforçant la protection du mineur face aux dangers liés aux sectes ou à la pédopornographie sur internet. En outre, elle élargit et diversifie les mesures susceptibles d'être ordonnées par le juge en réponse à une situation de danger. Par ailleurs, elle donne à l'enfant doué de discernement, quand il le demande, le droit d'être entendu par le juge dans toutes les procédures le concernant et renforce son droit à entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents, ce dont il ne peut être privé que s'il y va de son intérêt. Enfin, l'enfant n'est pas tenu à aliments au profit de ses père et mère s'il a été retiré du foyer familial en vertu d'une décision du juge pendant une durée totale de trente-six mois avant l'âge de douze ans.

Quelques mois auparavant, l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (D. 2005. Lég. 1925) est entrée en vigueur le 1er juillet 2006 et la publication des premiers jugements est attendue.

Elle a été complétée par plusieurs textes : le décret n° 2006-640 du 1er juin 2006, pris pour son application et relatif au livret de famille et à la procédure en matière de filiation (JO 2 juin, p. 8332) ; l'arrêté du 1er juin 2006 fixant le modèle du livret de famille, modifié par l'arrêté du 27 juin 2006 ; une volumineuse circulaire du Garde des Sceaux, ministre de la Justice (n° CIV/13/06, 30 juin 2006). Il convient encore de signaler que la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration (art. 91) est venue compléter les dispositions transitoires de l'ordonnance (JO 25 juill., p. 11047 ; Rect. JO 16 sept., p. 13642).

Première partie - La filiation par le sang

I - L'établissement non contentieux de la filiation

1 - L'établissement de la filiation par la loi

Le législateur est intervenu pour ajouter un alinéa (6°) à l'article 20-II de l'ordonnance pour limiter la portée de la réforme en matière de nationalité en ce qui concerne les enfants nés avant le 1er juillet 2006. Quant à la circulaire du 30 juin 2006, elle fait oeuvre créatrice à propos de la présomption *Pater is est*.

A - L'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance

Opérant un revirement de jurisprudence et mettant en oeuvre avant le 1er juillet 2006 la solution inscrite dans le nouvel article 311-25 du code civil et attendue de longue date, la Cour de cassation a admis que la filiation maternelle d'un enfant naturel se trouve établie par la désignation de la mère dans l'acte de naissance (Civ. 1re, 14 févr. 2006, avis contraire J.-D. Sarcelet ; D. 2006. Jur. 1029, note Kessler, et Pan. 1139, spéc. 1140, obs. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2006. 162, obs. Chénéde ; RTD civ. 2006. 294, obs. Hauser ; Dr. fam. 2006, Comm. n° 107, note Murat ; JCP G 2006. I. 157, chron. de jur. sous la dir. de Luby et Poillot-Peruzzetto, p. 1390 s. ; RLDC 2006, n° 29, p. 41, note Meyzeaud-Garaud ; RJPF 2006, n° 5, p. 25, note Garé ; Defrénois 2006, art. 38415, p. 1058 s., obs. Massip), puis a eu l'occasion de le répéter dans un arrêt du 23 mai 2006 (**Civ. 1re, 23 mai 2006, n° 05-16.702**, D. 2006. IR. 1563 ; Juris-Data, n° 033595). Sur l'étendue des incidences de l'établissement du lien de filiation en matière de nationalité française, il importe toutefois de souligner que pour remédier à une lacune des dispositions transitoires de l'article 20 de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation (D. 2005. Lég. 1925) et en harmonie avec la règle de l'article 20-1 du code civil selon lequel « *la filiation de l'enfant n'a d'effet sur la nationalité de celui-ci que si elle est établie durant sa minorité* », la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 (JO 25 juill., p. 11047 ; Rect. JO 16 sept., p. 13642) relative à l'immigration et à l'intégration est venue y apporter une sérieuse limitation en ajoutant un 6° ainsi libellé : « *Les dispositions de la présente ordonnance n'ont pas d'effet sur la nationalité des personnes majeures à la date de son entrée en vigueur* ».

Par ailleurs, on sait qu'en France, l'indication de la mère dans l'acte de naissance n'est pas obligatoire. A propos de l'accès aux origines personnelles, on indiquera brièvement que le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (le CNAOP), créé par une loi du 22 janvier 2002 (L. n° 2002-93, D. 2002. Lég. 458), indique dans son rapport pour 2005-2006 avoir reçu 2453 demandes entre octobre 2002 et mars 2005, tout en déplorant la faiblesse de ses moyens de fonctionnement.

B - La présomption *Pater is est*

A propos de l'établissement de la filiation à l'égard du mari de la mère, la circulaire du 30 juin 2006 préconise la possibilité pour lui de faire une reconnaissance paternelle, mais seulement après la naissance et dans des circonstances déterminées. Si la jurisprudence adopte une telle interprétation, l'admission des reconnaissances maritales constituera une innovation dans le droit français, marquant du même coup sa singularité sur ce point en Europe.

Supposons tout d'abord que la présomption *Pater is est* se trouve écartée *a priori* soit en vertu de l'article 313, alinéa 1er du code civil mais non rétablie de plein droit dans les conditions de l'alinéa 2, soit en vertu de l'article 314 ; une action sur le fondement de l'article 329 n'a d'objet que dans ces seuls cas (circ. préc., 1re partie, III, 2.4.1).

S'agissant de l'hypothèse où la présomption retrouve sa force de plein droit, il appartient aux époux de faire constater la possession d'état continue, paisible, publique et non équivoque de l'enfant à leur égard dans un acte de notoriété qui en fait preuve. La filiation ainsi établie est alors mentionnée en marge de l'acte de naissance par voie d'actualisation sur les instructions du procureur de la République, de sorte qu'« il n'est donc pas nécessaire de procéder à la rectification judiciaire de cet acte, contrairement aux solutions antérieurement préconisées » (cf. IGREC 177). Si un tiers a reconnu l'enfant, la présomption ne peut être rétablie qu'après contestation de la paternité de l'auteur de la reconnaissance par les époux ou l'un d'eux, conformément au principe chronologique posé à l'article 320 « qui fait prévaloir la filiation établie la première en interdisant l'établissement ultérieur d'un autre lien qui la contredirait » (V. circ. préc., 1re partie, II, 3). La circulaire conclut enfin que le rétablissement de plein droit de la présomption de paternité correspondant à un établissement différé de la filiation, l'article 311-23, alinéa 1 est applicable, mais que les époux peuvent faire devant l'officier de l'état civil une déclaration conjointe de changement du nom de l'enfant dans les conditions de l'alinéa 2 (V. circ. préc., 1re partie, II, 1.2.3).

En dehors de cette première hypothèse et dans celle où la présomption est exclue selon

l'article 314, constatant que la paternité du mari n'étant pas alors établie par l'effet de la loi, la circulaire ouvre une alternative à un rétablissement judiciaire puisqu'elle préconise la possibilité d'une reconnaissance maritale faite après la naissance (à l'exclusion d'une reconnaissance prénatale, par une exception, difficile à justifier, aux dispositions de l'al. 1er de l'art. 316). Elle relève que (V. 1re partie, II, 2.1.1, a et II, 1.2.3) « la reconnaissance ne peut constituer un mode d'établissement de la paternité que si celle-ci n'est pas déjà établie par l'effet de la loi, c'est-à-dire par la présomption de paternité » (art. 312 à 315 et 329), puis suggère la possibilité de « reconnaissances maritales » (V. 1re partie, II, 2.1. 1, a) : « lorsque l'enfant, conçu pendant une période de séparation légale ou déclaré à l'état civil sans indication du nom du mari en qualité de père, n'a pas la possession d'état à son égard, celui-ci peut désormais reconnaître l'enfant ou exercer l'action en rétablissement des effets de la présomption de paternité prévue à l'article 329 pour que la filiation soit établie à son égard ». En conséquence, et en opposition avec les développements précédents dans le cas où la présomption est écartée par l'article 313 (V. *supra*), on peut se demander pourquoi le mari aurait à se soucier d'obtenir un acte de notoriété pour faire rectifier l'acte de naissance s'il lui est plus aisément loisible de reconnaître l'enfant devant tout officier de l'état civil ? Par ailleurs, quand la présomption est exclue par l'article 314, il aurait la possibilité d'éviter d'exercer l'action en rétablissement des effets de la présomption *Pater is est*, prévue pourtant de façon combinée par ce texte et par l'article 329 du code civil, et d'échapper ainsi à l'exigence de la preuve de la véracité de sa paternité. On ajoutera, pour finir, que faute d'avoir été envisagées à l'origine parmi les grands axes impartis aux auteurs de la réforme, les reconnaissances maritales heurtent les termes du rapport au Président de la République et donneraient à l'enfant une filiation potentiellement précaire chaque fois qu'elles ne seraient pas conformes à la vérité biologique, à l'inverse précisément des finalités de l'article 329.

2 - L'établissement de la filiation hors mariage par une reconnaissance paternelle

Dans l'affaire *Fau* concernant le petit Benjamin né sous X, la Cour de cassation a statué sur le pourvoi formé contre les deux arrêts rendus par la Cour de Nancy le 23 février 2004 (sur les faits et sur ces arrêts, V. D. 2005. Pan. 1748, spéc. 1750, et nos brèves obs.) qu'elle a cassés par une décision du 7 avril 2006 rendue au visa de l'article 7-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, des articles 335, 336 et 341-1 anciens et des articles 348-1 et 352 du code civil.

Se référant tout d'abord à sa jurisprudence récente mais dorénavant réaffirmée à plusieurs reprises à propos de l'application directe de la Convention de New York devant les tribunaux français (V. not. Courbe, L'application directe de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, D. 2006. Chron. 1487), en l'occurrence l'article 7-1 en vertu duquel « *l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents* », puis aux effets attachés à une reconnaissance paternelle « *à la date de naissance de l'enfant dès lors qu'il a été identifié* », à la divisibilité de la filiation hors mariage et au fait « *que le consentement à l'adoption est donné par le parent à l'égard duquel la filiation est établie* », elle décide que « *l'enfant ayant été identifié par M. P... à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de sa naissance, de sorte que le conseil de famille des pupilles de l'Etat, qui était informé de cette reconnaissance, ne pouvait plus, le 26 avril 2001, consentir valablement à l'adoption de l'enfant, ce qui relevait du seul pouvoir de son père naturel, la cour d'appel, qui a méconnu le droit de l'enfant de connaître son père déclaré, a violé les textes susvisés* » (**Civ. 1re, 7 avr. 2006, n° 05-11.285**, D. 2006. Jur. 2293, note Poisson-Drocourt, Mallet-Bricourt, D. 2006. Tribune. 1177, Revel, Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père D. 2006. Chron. 1707, et Salvage-Gerest, Un autre regard sur l'affaire « Benjamin », D. 2007. Chron. 879 ; AJ fam. 2006. 249, obs. Chénédedé ; RTD civ. 2006. 273, obs. Remy-Corlay ; *ibid.* 292, obs. Hauser ; RJPF 2006, n° 6, p. 23, note Le Boursicot ; LPA, 14-17 juill. 2006, note Massip). Au-delà des circonstances particulièrement douloureuses de cette affaire et auxquelles un remède véritable semble difficile à imaginer, on ne peut qu'approuver la Cour de cassation lorsqu'elle veille au respect des effets d'une reconnaissance prénatale qui n'a pas à être réitérée après la naissance. On peut être plus circonspect pour ce qui est de les faire dépendre d'événements aléatoires comme l'identification de l'enfant réalisée avant que le consentement à l'adoption ait été donné car

cette exigence suscite un sentiment de malaise : ne reprend-on pas d'une main ce que l'on vient de donner de l'autre dans le strict respect de l'article 335 ? Un auteur l'a fort bien démontré et déploré le risque d'un placement précipité (V. Massip, note préc.).

II - Les actions relatives à la filiation

Qu'il s'agisse des actions tendant à l'établissement d'un lien de filiation, ou des actions en contestation, ou même des actions à fins de subsides, dès lors qu'elles sont recevables, la question centrale porte sur la preuve et à un degré moindre, sur les aspects procéduraux ou sur les effets des décisions rendues.

1 - La preuve biologique

A propos de la preuve, la Cour de cassation précise et complète sa construction en ce qui concerne l'expertise biologique, dont les résultats sont le cas échéant allégués au soutien d'une demande en divorce pour faute pour démontrer l'adultère de l'épouse, fût-ce après l'expiration du délai ouvert au mari pour renverser la présomption *Pater is est* (Civ. 1re, 28 févr. 2006, D. 2006. IR. 885 ; AJ fam. 2006. 205, obs. David ; RTD civ. 2006. 289, obs. Hauser).

Selon l'arrêt portant revirement, du 28 mars 2000, « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* » (V. nos obs. au D. 2001. Somm. 976, et les réf. citées ; pour de plus amples développements, V. not. J.-Cl. Civil, art. 332 à 337, par Granet-Lambrechts, spéc. n° 48 à 55). La première Chambre civile a repris cet attendu de principe dans de nombreux arrêts, de sorte que fort rares sont aujourd'hui les décisions des juges du fond à être cassées pour n'avoir pas fait droit à une demande d'expertise biologique de l'une des parties sans motiver spécialement et utilement un tel refus, étant rappelé que le défaut d'indices graves au soutien d'une demande d'expertise dans une action en recherche de paternité jugée en application du droit antérieur ne constitue pas un motif légitime (V. notre panorama annuel au D. 2005. Pan. 1748 s. et D. 2006. Pan. 1139 s.). La portée du revirement est désormais bien assimilée dans les instances en cours, qui restent jugées en appel et en cassation en application du droit antérieur à l'ordonnance du 4 juillet 2005 conformément à son article 20-III et la Cour de cassation rappelle fermement le manque de pertinence du moyen dans les espèces où l'homme assigné en recherche se hasarde encore à l'invoquer : « *attendu que, l'expertise biologique étant de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'avait pas à exiger d'indices graves ou de présomptions, a ordonné un examen génétique* » (Civ. 1re, 7 juin 2006, n° 03-16.204, D. 2006. IR. 1635 ; RTD civ. 2006. 547, obs. Hauser ; Juris-Data, n° 033854 ; Dr. fam. 2006, Comm. n° 185, 1re esp., note Murat). On retrouve cette solution dans un arrêt du 25 avril 2006 (Civ. 1re, 25 avr. 2006, n° 04-16.394, Juris-Data, n° 033230 ; Dr. fam. 2006, Comm. n° 185, 2e esp., note Murat).

De la même manière, c'est en vain qu'un homme assigné en subsides conteste la décision par laquelle les juges du fond ont ordonné d'office une expertise, « *simple mesure d'instruction... nécessaire et légalement admissible relativement aux faits dont dépend la solution du litige* », en l'absence de preuve d'un motif légitime de ne pas y recourir, cette preuve incombant à la partie qui allègue ce grief (Civ. 1re, 4 juill. 2006, n° 04-15.981, Juris-Data, n° 034632). En effet, dans l'action à fins de subsides, où la preuve était déjà libre avant la réforme, la Cour de cassation a étendu sa jurisprudence sans susciter la surprise (V. encore en ce sens Civ. 1re, 4 juill. 2006, préc., Juris-Data n° 034632 ; Dr. fam. 2006, Comm. n° 185, 3e esp., note Murat). Il est d'ailleurs devenu fort rare que la mère ne réclame pas une mesure d'expertise pour établir l'existence des relations intimes avec le défendeur à l'époque présumée de la conception (V. toutefois une espèce où, ayant sans doute été mal conseillée, elle n'avait pas réclamé une analyse biologique qui ne fut pas ordonnée d'office, et où elle est déboutée pour n'avoir fourni que trois attestations trop vagues pour constituer la preuve prévue par l'article 342 : Nîmes, 10 janv. 2007, Juris-Data, n° 327057).

Etant entendu que le refus non motivé d'une cour d'appel est voué en soi à la cassation (V.

encore récemment dans une action à fins de subsides : Civ. 1re, 9 janv. 2007, Juris-Data, n° 036880), le coeur du débat porte essentiellement sur deux points : d'une part, sur la légitimité du motif indiqué par les juges du fond au soutien d'un refus d'ordonner une expertise biologique ; d'autre part, sur la valeur du refus par l'une des parties de se soumettre à la mesure d'instruction ainsi ordonnée.

Sur le premier point, l'impossibilité matérielle de localiser l'homme assigné en recherche de paternité et qui a fait l'objet d'un procès-verbal de recherches infructueuses constitue un motif légitime de ne pas ordonner une expertise sanguine parce que sa réalisation serait impraticable (en ce sens Civ. 1re, 3 janv. 2006, Dr. fam. 2006, Comm. n° 108, note Murat), de même que l'irrecevabilité d'une action en contestation de la paternité du mari par l'effet de la fin de non-recevoir tirée sous l'empire de l'ancien article 322 de la conformité de l'acte de naissance et de la possession d'état de l'enfant (en ce sens **Civ. 1re, 20 sept. 2006, n° 05-19.025**, AJ fam. 2006. 425, obs. Chénéde), ce qui empêche corrélativement tout à la fois l'établissement de la paternité d'un tiers et la survenance d'un conflit de filiations comme la première Chambre civile a été conduite à le répéter à diverses reprises (en ce sens **Civ. 1re**, 14 mars 2006, n° 05-13.825, Juris-Data, n° 032729 ; 4 juill. 2006, n° 05-14.442, Juris-Data, n° 034631 ; 12 déc. 2006, n° 05-20.530, Juris-Data, n° 036502 ; 20 févr. 2007, Juris-Data, n° 037575 ; **20 févr. 2007, n° 06-10.046**, Juris-Data, n° 037574, où la Cour rejette le pourvoi au motif que «... *sans violer l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la cour d'appel, constatant que Mme I... disposait d'un titre d'enfant légitime, a, hors toute dénaturation, souverainement estimé, sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, qu'elle disposait aussi d'une possession d'état d'enfant légitime en ce qu'elle avait toujours porté le nom patronymique d'I..., avait eu une communauté de vie avec son père légitime qui avait pourvu à son entretien et à son éducation et n'avait marqué aucune différence, même après son divorce, à l'égard de ses deux enfants, Mme I... ayant par ailleurs accepté à titre de donation, un immeuble de sa part, alors que ses liens avec M. P... étaient distants et insuffisants à établir une possession d'état d'enfant naturel, de sorte que sa possession d'état d'enfant légitime, conforme à son titre étant acquise, sa demande en constatation de filiation naturelle était, ainsi que sa demande d'expertise biologique, irrecevables* »).

On relèvera au passage une question importante relativement à l'application du droit nouveau dans les situations en cours au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 : la fin de non-recevoir à une action en contestation de la paternité du mari prévue par l'ancien article 322 ayant été supprimée, peut-on envisager par exemple qu'une femme conteste la paternité de son mari ou de son ex-mari bien qu'il ait élevé l'enfant dès la naissance, sur le fondement du nouvel article 332 qui ouvre l'action, dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état, à la mère, au mari, au prétendu père véritable et à l'enfant lorsque la filiation de ce dernier est établie par son titre de naissance corroboré par sa possession d'état, la demande n'étant cependant plus recevable quand la possession d'état a existé pendant cinq années au moins depuis la naissance ?

Sachant que la réforme est applicable aux enfants nés avant son entrée en vigueur, si la paternité légitime est établie par un acte de naissance dressé avant le 1er juillet 2006 et par la possession d'état conforme ayant duré moins de cinq ans à cette date, peut-elle être contestée sur le fondement et dans les conditions du droit nouveau, la fin de non-recevoir étant supprimée (pour une réponse affirmative, V. Chénéde, obs. ss. Civ. 1re, 20 sept. 2006, AJ fam. 2006. 425), notamment dans le délai spécial de l'article 332 en considérant alors qu'il n'a commencé à courir que le 1er juillet 2006 (sur l'application des nouveaux délais en droit transitoire, V. la circulaire du 30 juin 2006, préc., Ire partie, IV, 2, qui reprend la suggestion formulée par Jean Hauser, La réforme du droit de la filiation. Dispositions transitoires, AJ fam. 2005. 432) ? Ou bien peut-on considérer que l'action en contestation de la paternité du mari, établie par titre et possession d'état, étant irrecevable avant le 1er juillet 2006, il y aurait là une situation acquise et que le droit nouveau ne pourrait pas la remettre en cause sauf à opérer rétroactivement en violation de l'article 2 du code civil ? Il ne s'agit pas strictement d'un problème d'application d'un nouveau délai en droit transitoire, mais de l'abandon d'une fin de non-recevoir et de l'ouverture corrélatrice d'une action qui était interdite dans le droit antérieur en cas de concordance de l'acte de naissance et de la possession d'état de l'enfant

né dans le mariage. On observera pour finir, encore qu'il faille bien évidemment un début d'application à toute réforme, que si l'on admet la recevabilité de la contestation, par hypothèse dans les conditions limitées du nouvel article 332, une demande formée depuis le 1er juillet 2006 pourra être jugée recevable et fondée sur preuve de la non-paternité du mari, tandis que continuera à être jugée irrecevable une action engagée à la veille de cette date, sans qu'il y ait à débattre sur la véracité du lien de filiation.

La circulaire du 30 juin 2006 passe prudemment sous silence cette question de droit nouvelle, susceptible pourtant d'être soulevée dans de nombreux litiges et qui pourrait être considérée comme présentant une difficulté sérieuse, toutes conditions alors requises pour saisir la Cour de cassation pour avis (art. L. 441-1 COJ).

Sur le second point, concernant la valeur à attacher au refus par l'une des parties de se soumettre à la mesure d'instruction ordonnée par les juges du fond, ceux-ci apprécient souverainement les faits, mais ils doivent motiver leurs décisions *in concreto*. Le plus souvent, ils confrontent le refus de l'un des plaideurs à l'ensemble des autres circonstances pour en tirer des présomptions généralement, il est vrai, contre l'auteur du refus, mais pas nécessairement. Par exemple, la preuve par la mère de l'existence d'une liaison non datée avec l'homme assigné en recherche et de l'engagement pris par celui-ci de verser une somme d'argent mensuelle pour l'enfant, jointe à son refus répété de se soumettre à l'expertise « en dépit de l'avertissement qui lui a été donné sur les conséquences légales qu'une telle attitude était susceptible d'entraîner, prouvait la crainte dans laquelle il se trouvait d'un résultat positif », de sorte que sa paternité est déclarée établie (en ce sens Civ. 1re, 7 juin 2006, n° 03-16.204, préc.).

N'est pas davantage retenue comme constituant un motif légitime une prétendue impossibilité de se présenter à l'expert désigné pour cause d'éloignement géographique invoquée par le défendeur, pourtant représenté à l'instance, et en l'absence de demande de sa part de solliciter les autorités de son pays d'origine pour la mise en oeuvre de la mesure, alors que la Convention du 1er mars 1954 relative à la procédure civile permet notamment à l'autorité judiciaire d'un Etat contractant de s'adresser à l'autorité compétente d'un autre Etat contractant pour lui demander de procéder dans son ressort à un acte d'instruction, des photographies du couple confirmant en outre les relations entre le défendeur et la mère (**Civ. 1re, 11 juill. 2006, n° 05-17.814**, D. 2006. IR. 2275 ; Juris-Data, n° 034544 ; LPA, 13 déc. 2006, note Massip).

Il y a aussi lieu à rejet du pourvoi lorsqu'une cour d'appel a « par une décision motivée et une appréciation souveraine, déduit la paternité de M. Y... de son refus de se soumettre à l'examen comparé des sangs, mais aussi que des attestations produites établissent que celui-ci a vécu avec Mme T... jusqu'au quatrième mois de sa seconde grossesse et qu'elle n'a jamais fréquenté d'autres hommes » (en ce sens **Civ. 1re, 25 avr. 2006, n° 04-16.394**, préc.).

Vaut également preuve des relations intimes à l'époque présumée de la conception entre la mère et l'homme assigné en subsidies le refus en dehors de tout motif légitime établi par lui de se soumettre à l'expertise génétique, joint à la correspondance échangée entre les intéressés durant cette période, la Cour de cassation rappelant au passage que le pourvoi ne pouvait pas justifier son refus par le principe de l'inviolabilité et du respect du corps humain qui permet simplement de ne pas subir un prélèvement corporel sous la contrainte (en ce sens **Civ. 1re, 4 juill. 2006, n° 04-15.981**, Juris-Data, n° 034632).

Inversement, à défaut de tout élément de nature à caractériser un motif non légitime pour une partie de refuser de prêter son concours à la mesure d'instruction, ce qui peut revenir pratiquement à l'absence de tout indice propre à faire douter de la réalité de ses allégations, les juges du fond peuvent ne pas dégager un aveu tacite contre l'intéressée. Cela procède d'une démarche pragmatique qui peut contribuer à canaliser le contentieux. C'est ainsi que dans une espèce où une reconnaissance paternelle faite dès la naissance par le compagnon de la mère était contestée par un tiers qui avait à son tour reconnu l'enfant, la cour d'appel n'avait pas déduit un aveu implicite de non-paternité du refus par le père légal de se

soumettre à l'expertise biologique, pourtant ordonnée par plusieurs décisions. Ayant été débouté, l'auteur de la deuxième reconnaissance avait formé un pourvoi qui est rejeté faute pour lui d'avoir pu renverser la présomption de véracité attachée à la reconnaissance contestée : *« attendu que c'est par une décision motivée et sans se prononcer par un motif abstrait ou général, que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a estimé, par une appréciation souveraine des éléments de fait produits aux débats, d'une part que M. Yssouf D... produisait des attestations contredites par celles de M. T... et, d'autre part, que les déclarations successives faites par la mère, qui menait, à cette époque, une vie précaire et agitée, ne pouvaient être retenues comme probantes en raison de leurs contradictions, de sorte que le seul refus de M. T... de se soumettre, ainsi que l'enfant, à un examen comparé des sangs, même ordonné par plusieurs décisions judiciaires, ne suffisait pas à établir le caractère mensonger de sa reconnaissance »* (en ce sens **Civ. 1re, 23 janv. 2007, n° 06-10.461**, Juris-Data, n° 037068).

Ces décisions montrent bien que la Cour de cassation affermit et précise sa jurisprudence, notamment en répondant aux moyens par lesquels telle ou telle partie - le plus souvent l'homme assigné en recherche ou en subsides - essaie de se faufiler à travers le filet de la preuve biologique, tandis qu'en défense à une demande en contestation, un refus non conforté par tout élément propre à envelopper d'un doute la paternité litigieuse laisse intacte la présomption de véracité qui l'entoure. N'est-ce pas une jurisprudence raisonnable et cohérente ?

2 - La preuve dans l'action en constatation de la possession d'état

C'est la seule action relative à la filiation où l'expertise biologique n'est pas de droit, mais où le demandeur doit démontrer par tous moyens les faits constitutifs de la possession d'état alléguée.

C'est ainsi qu'à l'âge de quarante-cinq ans, Sylvie M... engage, sur le fondement de l'article 334-8 ancien du code civil, une action en constatation de sa prétendue possession d'état à l'égard d'un homme marié, décédé quelques mois auparavant. La demande est dirigée contre la veuve et l'enfant né du mariage. Par un arrêt infirmatif, l'intéressée est déboutée et forme un pourvoi qui est rejeté faute d'éléments de preuve suffisants et convaincants de la possession d'état alléguée. En l'espèce, le défunt n'avait en effet jamais contribué à l'entretien de Sylvie M... ni participé à son éducation, lui ayant seulement offert quelques cadeaux jugés trop modestes pour caractériser un comportement paternel. Les quelques cartes postales produites et qui n'étaient pas signées du prénom du défunt n'étaient guère probantes, pas plus que les photographies remontant exclusivement à l'enfance de Sylvie M... et qui confirmaient simplement entre cet homme et la mère une ancienne liaison, rompue en raison de la réticence de celui-ci à reconnaître l'enfant de sa maîtresse. Rien n'établissait enfin que Sylvie M... eût traité le défunt comme son père. Dans ces circonstances, souverainement appréciées par elle, la cour d'appel avait conclu que la possession d'état alléguée n'étant pas prouvée au regard des éléments visés aux articles 311-1 et 311-2, la filiation ne pouvait pas être déclarée établie. Après avoir opéré un contrôle de droit sur la motivation, la première Chambre civile rejette le pourvoi (**Civ. 1re, 14 nov. 2006, n° 05-19.673**, Juris-Data, n° 035922).

3 - Les conséquences du caractère déclaratif d'un jugement établissant la filiation

En matière d'action en recherche, par un arrêt rendu le 14 février 2006 (D. 2006. Pan. 1139, spec. 1146, obs. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2006. 167, obs. Chénéde ; RTD civ. 2006. 297, obs. Hauser ; Dr. fam. 2006, Comm. n° 87, note Murat ; RJPF 2006, n° 5, p. 32, obs. Valory) sous le visa des articles 203 et 310-1 du code civil, la première Chambre civile avait cassé, pour violation de ces dispositions légales, un arrêt qui n'avait pas tiré les incidences du caractère déclaratif du jugement rendu dans une action en recherche de paternité fondée sur l'ancien article 340, solution pourtant indiscutable et qui conserve toute sa valeur pour la mise en oeuvre du nouvel article 327 (remplaçant l'ancien art. 340) depuis le 1er juillet 2007, comme le rappelle la circulaire du 30 juin 2006 (Ire partie, III, 2.2.3). L'article 203 vise l'obligation d'entretien mise à la charge des époux en faveur de leurs enfants et l'article 310-1

(devenu l'art. 310 depuis l'ordonnance du 4 juill. 2005) pose le principe de l'égalité de droits entre enfants, qu'ils soient nés en mariage ou hors mariage. En conséquence, l'enfant né de parents non mariés a pareillement le droit à une créance d'entretien dès sa naissance, quand bien même le lien de filiation ne serait légalement établi que postérieurement.

Puis dans un arrêt du 11 juillet 2006, rendu sous un visa identique, la première Chambre civile a cassé un arrêt qui avait cru pouvoir fixer le commencement de la contribution paternelle à la date du jugement en ayant évalué le montant, parce que la mère avait toujours refusé les paiements faits auparavant à elle de façon spontanée par le géniteur et qu'elle n'avait pas voulu qu'il assumât l'entretien de l'enfant, alors qu'elle ne pouvait pas valablement renoncer au droit du créancier de réclamer des aliments (en ce sens Civ. 1re, 11 juill. 2006, n° 04-14.185, AJ fam. 2006. 425, obs. Chénéde ; RTD civ. 2006. 736, obs. Hauser ; Dr. fam. 2006, Comm. n° 203, note Murat). L'effet déclaratif de la décision qui fait droit à une demande en recherche de paternité impliquant l'établissement rétroactif du lien de filiation, est inéluctablement cassé, l'arrêt qui après avoir dit que l'homme assigné est le père de l'enfant majeur et l'avoir condamné à contribuer à son entretien, l'a aussi condamné à lui payer des subsides pour la période comprise entre l'assignation et la majorité du bénéficiaire. La Cour de cassation décide à juste titre « *qu'en statuant ainsi alors que les effets d'une paternité légalement établie remontant à la naissance, l'obligation d'entretien pèse sur les parents à compter de cette date, de sorte que l'action aux fins de subsides n'était plus recevable* » (en ce sens **Civ. 1re, 23 mai 2006, n° 04-14.185**, D. 2006. IR. 2122 ; AJ fam. 2006. 425, obs. Chénéde ; RTD civ. 2006. 736, obs. Hauser ; Juris-Data, n° 033634). En effet, seul peut réclamer des subsides l'enfant sans filiation paternelle légalement établie (art. 342 C. civ.).

4 - Les aspects procéduraux

Dans le droit antérieur, il arrivait régulièrement qu'une demande en contestation de paternité fût fondée sur les anciens articles 312 ou 322 *a contrario* bien que l'enfant eût été reconnu et légitimé par complaisance par le mari de sa mère, alors que le fondement adéquat aurait été l'ancien article 339 du code civil. La Cour de cassation a fermement rappelé, sous le visa des articles 7 et 12, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile, que « *le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux à condition toutefois de disposer des éléments propres à fonder la qualification retenue* », sous peine de cassation (en ce sens **Civ. 1re, 28 mars 2006, n° 04-13.967**, D. 2006. IR. 1130 ; RTD civ. 2006. 547, obs. Hauser ; Juris-Data, n° 032904).

5 - Le paiement de subsides

A - Le versement de subsides à l'enfant majeur

Selon l'article 342-2, alinéa 2, du code civil, qui n'a pas été modifié par l'ordonnance du 4 juillet 2005, le paiement des subsides peut être dû au-delà de la majorité de l'enfant à la double condition qu'il demeure dans le besoin et que cet état ne lui soit pas imputable, ce qui oblige les juges du fond à motiver leurs décisions au regard de ces deux exigences sous peine de cassation, comme l'a rappelé la première Chambre civile récemment (en ce sens **Civ. 1re, 4 juill. 2006, n° 03-16.964**, Juris-Data, n° 034640 ; Dr. fam. 2006, Comm. n° 187, obs. Murat).

B - Les effets d'une promesse de subsides

Quatre mois avant d'atteindre l'âge légal de la majorité, et donc juste avant l'expiration du délai de déchéance institué par l'ancien article 340-4 du code civil, un jeune homme avait engagé une action en recherche de paternité naturelle dont il s'était désisté suite à un accord intervenu avec le père prétendu et formalisé en septembre 1998. En effet, le père prétendu s'était engagé à lui verser mensuellement la somme de 3 000 francs « à titre de subsides » jusqu'à la fin de ses études, mais il avait cessé tout paiement à compter du mois d'août 2001.

L'enfant saisit alors le JAF pour faire condamner son débiteur à lui verser les sommes dues et subsidiairement faire déclarer sa filiation paternelle. La cour d'appel jugea la demande

irrecevable au motif d'une part, qu'il s'agissait à vrai dire d'une action à fins de subsides et qu'elle avait été exercée hors délai (l'art. 342 n'ouvrant l'action que dans les deux années de la majorité lorsqu'elle n'a pas été faite pendant la minorité de l'enfant), d'autre part que l'accord conclu en septembre 1998 ne s'analysait pas en une véritable transaction au sens de l'article 2048 du code civil.

L'arrêt est cassé, au visa des articles 1134 et 342 du code civil, pour avoir « *déclaré irrecevable la demande de M.G... en paiement d'une somme de 3 000 F mensuelle* » (**Civ. 1re, 3 oct. 2006, n° 04-14.388**, AJ fam. 2006. 418, obs. Chénéde ; RTD civ. 2007. 98, obs. Hauser ; *ibid.* 119, obs. Mestre et Fages ; Juris-Data, n° 2006-035240). Notons que l'accord conclu en 1998 ne pouvait emporter une renonciation à l'action en recherche elle-même, la filiation étant indisponible, ce qui pourrait expliquer l'exclusion de la notion de transaction par la cour d'appel. Cependant, le défendeur entendit peut-être tout simplement gagner du temps en négociant en vue d'un désistement d'instance, de telle sorte que le délai-couperet de l'article 340-4 vienne irrémédiablement à expiration ; si une telle tentative était vouée au succès sur le terrain de l'action d'état, il en allait pourtant autrement sur celui de la promesse d'aliments.

On sait qu'en dehors des situations limitativement prévues par la loi où elle admet une obligation alimentaire, la jurisprudence reconnaît la validité d'une promesse d'aliments et la qualifie d'obligation naturelle quand elle a été contractée en vertu d'un devoir de conscience comme la croyance d'un homme en sa paternité et la volonté d'en assumer les charges financières. Et la Cour de cassation retient la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile sur le fondement de l'engagement unilatéral ainsi souscrit.

En l'espèce, le visa de l'article 1134 attire l'attention : la première Chambre civile se réfère à la convention légalement formée entre les parties et donc à un accord de volonté entre elles qui devait ensuite être exécuté de bonne foi jusqu'à son terme, à savoir l'achèvement de ses études par l'enfant. L'objet de la convention consistait dans l'engagement volontaire et librement contracté de M. G... de subvenir aux besoins du jeune majeur jusqu'à son établissement dans la vie professionnelle et son indépendance financière, ce qui constituait par ailleurs la cause du désistement par l'enfant de l'instance en recherche de paternité qu'il avait engagée.

Deux situations pourraient donc être envisagées, selon que la promesse de versement d'une aide financière est prise en contrepartie de l'acceptation par l'enfant de l'abandon de la procédure entreprise par lui et il y a un accord des volontés, ou qu'elle est prise en exécution d'un devoir spontané de conscience, et une telle obligation naturelle peut se trouver transformée en obligation civile. Mais, dans l'un et l'autre cas, le débiteur peut être contraint de payer.

Deuxième partie - Les filiations électives

Outre sa décision rendue dans l'affaire *Fau* (V. *supra*), on peut signaler que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant fait droit à une requête en adoption simple après le décès de l'adoptant, dans la mesure où toutes les conditions de son prononcé étaient bien remplies au jour du dépôt de la requête, date à laquelle il convient de se placer (**Civ. 1re, 13 mars 2007, n° 04-13.925**) et à laquelle l'adoption produit aussi ses effets (Civ. 1re, 11 juill. 2006, Bull. civ. I, n° 384 ; AJ fam. 2006. 373, obs. Chénéde ; RTD civ. 2006. 750, obs. Hauser ; Dr. fam. 2006, Comm. n° 205, note Murat ; RJPF 2006-11/35, note Garé).

Par ailleurs, le nom de famille de l'enfant suscite diverses difficultés et le nom de l'adopté n'échappe pas à la problématique. C'est ainsi que la Cour de cassation a été conduite à rappeler qu'avant la réforme du 4 mars 2002, conformément à l'ancien article 357, alinéa 3, du code civil, le tribunal ne pouvait décider que dans le jugement prononçant l'adoption, et non dans une décision postérieure, que l'adopté porterait seulement le nom du mari de

l'adoptante (**Civ. 1re**, 11 juil. 2006, n° 03-14.747, D. 2006. IR. 2273 ; AJ fam. 2006. 373, obs. Chénéde ; RTD civ. 2006. 735, obs. Hauser ; Juris-Data, n° 034533). Dans l'esprit de la réforme du nom de famille de l'enfant, le nouvel article 357 admet désormais un choix du nom de l'adopté, mais toujours « dans le jugement d'adoption ».

Enfin, en matière d'adoption internationale, la première Chambre civile a, par deux arrêts de principe rendus au visa de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, cassé des arrêts ayant prononcé l'adoption simple d'enfants originaires de pays qui n'admettent pas cette institution (en l'occurrence le Maroc et l'Algérie), la *kafala* en étant distincte (V. les obs. d'A. Boiché, AJ fam. 2007. 32 ss. **Civ. 1re**, 10 oct. 2006, n° 06-15.265, D. 2006. IR. 2623 ; et Fulchiron, Adoption sur kafala ne vaut, D. 2007. Chron. 816).

Troisième partie - L'autorité parentale

Découlant de l'établissement du lien de filiation, l'autorité parentale suscite une jurisprudence abondante, dont quelques arrêts importants se trouvent ici indiqués.

I - Le choix du nom de famille de l'enfant

Le choix du nom de l'enfant est une prérogative attribuée aux père et mère ès-qualité au titre de leur autorité parentale. L'application de la loi du 4 mars 2002, modifiée par la loi du 18 juin 2003 puis complétée et retouchée par l'ordonnance du 4 juillet 2005, a profondément rénové les modalités d'attribution du nom de famille à l'enfant, mais génère des difficultés en droit transitoire. Il est vrai que l'ensemble est complexe et la tâche des officiers de l'état civil ardue, même si la circulaire du 30 juin 2006 (IIe partie) tente de faire oeuvre pédagogique.

A propos de l'enfant né hors mariage dont le père est décédé avant la naissance sans avoir fait une reconnaissance prénatale, on relèvera que dorénavant, en prouvant la possession d'état de l'enfant à naître, la mère peut se faire délivrer un acte de notoriété avant la rédaction de l'acte de naissance pour pouvoir transmettre le nom du père. Cela peut notamment assurer l'unité du nom de la fratrie lorsque l'article 311-21 n'est pas applicable ou que l'aîné est né avant le 1er janvier 2005 (V. circ. préc., Ire partie, II, 3).

Quant au changement du nom d'un enfant, la loi de 2002 modifiée en 2003 avait prévu un régime transitoire applicable jusqu'au 30 juin 2006, veille de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 : au profit des enfants (nés en mariage ou hors mariage) après le 1er septembre 1990 ou de fratries dont l'aîné était né après cette date, elle avait permis aux parents d'adjoindre le nom du deuxième parent à celui des père et mère qui avait été initialement attribué à l'enfant. Une question écrite a d'ailleurs été posée au ministre de la Justice sur le risque de confusions susceptibles d'en résulter entre les enfants ayant ainsi acquis un double nom de famille et les enfants portant un double nom au titre du droit d'usage du nom du second parent en vertu de la loi du 23 décembre 1985. La réponse, de portée réductrice, a consisté à dire qu'à la différence du nom de famille qui seul figure sur les documents officiels, le nom d'usage peut être porté sur les documents administratifs à condition d'y être mentionné de façon bien distincte pour éviter les confusions (V. Rép. min. n° 97074, JOAN Q, 29 août 2006, p. 9196), mais il est évident que tous risques de confusions ne peuvent être véritablement écartés au fil des générations. Par ailleurs et surtout, comme souligne la circulaire du 30 juin 2006, l'abrogation des articles 334-1 à 334-6 emporte « deux conséquences importantes à compter du 1er juillet 2006 : les parents non mariés d'enfants nés avant le 1er janvier 2005 ne pourront plus effectuer de déclaration conjointe en substitution du nom du père devant le greffier en chef du tribunal de grande instance. Le juge aux affaires familiales n'est plus compétent pour statuer sur le changement de nom de l'enfant né hors mariage, quelle que soit la date de sa naissance ou les conditions d'établissement de sa filiation », de sorte qu'« à compter du 1er juillet 2006, seul un motif légitime permet de solliciter le changement de nom de famille de l'enfant dans les conditions et selon la procédure définies aux articles 61 et suivants du code civil » (circ. préc., Ire partie, I, 3.4 et 3.2.2), ce qui constitue un mécanisme lourd et onéreux à mettre en oeuvre.

En ce qui concerne les enfants nés depuis le 1er janvier 2005, la déclaration conjointe de

l'article 311-23, alinéa 2, se substitue à celle de l'ancien article 334-2 (V. circ. préc., Ire partie, I, 3.2.2), ce qui laisse aux parents le loisir de donner à l'enfant un nom double, alors que sous l'empire du droit antérieur, dans plusieurs arrêts de principe (Civ. 1re, 16 nov. 1982, Bull. civ. I, n° 330 ; D. 1983. Jur. 17, note Huet-Weiller ; JCP G 1983. II. 19954, rapp. Ponsard et note Gobert ; Gaz. Pal. 1983. 1. 61, note Patureau ; 12 avr. 1983, Bull. civ. I, n° 115), la Cour de cassation n'avait pas admis l'attribution à l'enfant naturel du nom de son second parent par voie d'adjonction au nom du premier et que, statuant sur un pourvoi jugé en application de l'article 334-2, elle a sans surprise répété cette solution (**Civ. 1re, 9 janv. 2007, n° 02-21.174**, AJ fam. 2007. 141, obs. Chénéde).

II - Obligation d'entretien de l'enfant majeur

Selon l'article 371-2 du code civil issu de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, « *chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur* » (D. 2002. Lég. 1016).

Cette disposition, qui est d'ordre public, détermine autoritairement les critères d'évaluation de la part incombant respectivement à chacun des père et mère, qu'ils soient mariés ensemble ou non, dans l'entretien et l'éducation de leurs enfants. C'est ainsi qu'est annulée une convention de concubinage qui fixait une somme forfaitaire pour la contribution du compagnon de la mère. Dans la même décision, la première Chambre civile rappelle fermement, au visa des articles 1315 et 373-2-5, qu'il appartient au débiteur de l'obligation d'entretien exécutée au profit d'un enfant majeur de rapporter la preuve de sa libération (Civ. 1re, 20 juin 2006, Juris-Data, n° 034118).

Dans un arrêt du 14 février 2006 (D. 2006. IR. 670 ; AJ fam. 2006. 167, obs. Chénéde), qui répète la solution donnée dans un arrêt du 22 mars 2005 (D. 2005. IR. 664 ; AJ fam. 2005. 243, obs. Chénéde ; RTD civ. 2005. 379, obs. Hauser), la première Chambre civile décide encore sous ce visa qu'il revient au parent qui réclame la suppression de sa contribution à l'entretien d'un jeune majeur de prouver l'existence de circonstances propres à l'en décharger et la même solution se retrouve dans un arrêt du 12 décembre 2006 (**Civ. 1re, 12 déc. 2006, n° 05-11.945**, D. 2007. AJ. 158 ; AJ fam. 2007. 87, obs. David ; RTD civ. 2007. 96, obs. Hauser ; Juris-Data, n° 036433).

III - Séparation du couple et autorité parentale

La loi du 4 mars 2002 réformant l'autorité parentale a eu, on le sait, notamment pour objectifs de promouvoir la coparentalité par-delà la séparation du couple conjugal ou non marié en imposant à chacun des deux membres du couple le respect de l'autre dans l'exercice de ses droits, afin de préserver corrélativement le droit pour l'enfant de continuer à entretenir des relations personnelles avec son père et avec sa mère. Après avoir ainsi posé le principe de l'absence d'incidences de la séparation des parents sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale, principe au respect duquel la Cour de cassation veille (V encore par ex. une décision récente : Civ. 1re, 20 févr. 2007, arrêt n° 226, AJ Famille 2007. 189, obs. F. C. ; Juris-Data, n° 037462) et inscrit le devoir pour chacun des parents de maintenir des relations personnelles avec l'enfant - pour lequel c'est un droit - assorti du devoir de respecter les liens du mineur avec l'autre parent, la loi a imposé à celui des père et mère qui change de lieu de résidence d'en informer l'autre préalablement et en temps utile lorsque cela entraînera une modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale (art. 373-2 C. civ.). Il s'agit entre autres choses de prévenir les coups de force de l'un des parents qui change de région ou de pays de résidence, emmenant avec lui les enfants, en prenant par surprise l'autre parent qui ignore même bien souvent le lieu de destination et perd toutes traces.

Les obligations mises ainsi à la charge de chacun des parents ne se réduisent pas à une simple déclaration d'intention destinée à les rappeler à une loyauté minimale car la loi a ajouté que le juge, lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit prendre notamment en considération « *l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre* » (art. 373-2-11, 3°, C. civ.). C'est au visa de ces

dispositions que la première Chambre civile de la Cour de cassation a cassé un arrêt rendu par la Cour de Rennes dans une espèce où, après avoir quitté le domicile du couple en laissant les deux enfants à leur père puis repris la vie commune durant quelques semaines, la mère était brusquement partie, à l'insu de son concubin, s'établir en Nouvelle-Calédonie sans laisser d'adresse et avait emmené les enfants. Par ordonnance du JAF, l'exercice de l'autorité parentale étant commun, la résidence des mineurs avait été fixée chez leur père avec aménagement des prérogatives de la mère qui pouvait les recevoir selon une périodicité déterminée mais avec une interdiction, inscrite sur son passeport, de les faire sortir du territoire national sans autorisation paternelle. En appel, la résidence habituelle des enfants avait été fixée chez la mère, la cour ayant néanmoins relevé d'une part, le caractère regrettable de la décision prise secrètement et unilatéralement par celle-ci d'aller s'établir aux antipodes et d'autre part, que « *seule la certitude de pouvoir offrir aux enfants des conditions de vie indiscutablement meilleures chez leur père pourrait justifier un retour de ceux-ci* » chez lui . L'arrêt est cassé pour défaut de base légale au regard des dispositions susvisées en ce qu'il n'avait pas recherché si le comportement de la mère ne traduisait pas son refus de respecter le droit des enfants à entretenir des relations régulières avec leur père (**Civ. 1re, 4 juill. 2006, n° 05-17.883**, D. 2006. IR. 2274 ; RTD civ. 2006. 751, obs. Hauser ; Juris-Data, n° 034424).

IV - Assistance éducative. Placement de l'enfant

En matière d'assistance éducative, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la conformité à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme de l'article 1187 du nouveau code de procédure civile tel qu'il a été modifié par le décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 (D. 2002. Lég. 1244) pour permettre aux père et mère de consulter le dossier au greffe, étant précisé que le juge peut toutefois écarter de cette consultation l'une ou l'autre pièce susceptible d'exposer à un danger le mineur, l'une des parties ou un tiers (Civ. 1re, 28 nov. 2006, D. 2007. AJ. 24, obs. Gallmeister, et Jur. 552, note Huyette ; AJ fam. 2007. 85, obs. Gratadour ; RTD civ. 2007. 101, obs. Hauser ; Juris-Data, n° 036154 ; Dr. fam. 2007, Comm. n° 34, note Murat). On rappellera que cette réforme a néanmoins subi diverses critiques pertinentes de la doctrine (V. not. Gouttenoire, La réforme imparfaite de la procédure d'assistance éducative, Dr. fam. 2002, Chron. n° 14 ; Fossier, JCP G 2002. I. 101, Chron. de jur. en droit de la famille n° 19 s. ; V. auparavant Huyette, Le contradictoire et la procédure d'assistance éducative, D. 2001. Point de vue. 1803).

A l'issue d'une mesure de placement ordonnée par le juge des enfants concernant trois mineurs, ces derniers avaient été remis à leur mère, un droit de visite et d'hébergement étant fixé pour le père qui fit appel. Or, les parents de la mère firent tierce opposition, mais leur recours fut déclaré irrecevable par la Cour de Paris. Les grands-parents maternels formèrent alors un pourvoi que la première Chambre civile (**Civ. 1re, 30 oct. 2006, n° 05-05.005**, Juris-Data, n° 035670) rejette, sans que cela soit de nature à susciter l'étonnement, au motif, ainsi que l'avait relevé l'arrêt critiqué, qu'ils « *ne faisaient valoir aucun droit propre distinct de celui de leur fille et que si en application de l'article 375-3, 2° du code civil, ils pouvaient se voir confier les enfants dans le cas où il deviendrait nécessaire de les retirer de leur milieu actuel, il en était de même pour toute personne étrangère à la famille considérée comme tiers digne de confiance* », mais qu'ils « *ne justifiaient pas d'un intérêt actuel suffisant pour former opposition à l'encontre d'une décision ordonnant la remise des enfants à leur mère* ».

Le conflit les opposant à leur gendre les a vraisemblablement conduits à poursuivre jusqu'au bout les voies de recours, sans doute dans l'intention d'apporter leur soutien à leur fille, mais d'une manière quelque peu surprenante et en tout cas sans guère de chances d'aboutir.

Dans le cas où il a été nécessaire de placer un mineur hors de chez ses parents, l'article 375-7 du code civil prévoit que les père et mère conservent un droit de correspondance et un droit de visite, que les juges du fond peuvent toutefois décider de suspendre provisoirement « *si l'intérêt de l'enfant l'exige* », comme la Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler en rejetant le pourvoi formé par le père d'une jeune fille qui, après dix-huit mois de carence, lui avait rendu visite et fait preuve alors d'un comportement tout à fait inadapté et générateur d'incidents, aggravant les troubles d'anxiété manifestés par l'enfant (**Civ. 1re, 30 oct. 2006,**

n° 05-16.321, D. 2006. IR. 2809 ; AJ fam. 2006. 460, obs. Chénéde ; Juris-Data, n° 035640).

V - Homoparentalité ou homoparenté?

La question se trouve présentement au coeur de l'actualité juridique, voire jusque dans la campagne pour l'élection présidentielle, sur fond de tendances diversifiées en Europe selon les majorités politiques (V. Granet-Lambrechts, Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe. Panorama européen, AJ fam. 2006. 409).

Dans un couple de même sexe, la parenté commune se définit comme passant par l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de ses deux membres : l'enfant a deux mères et pas de père, ou deux pères et pas de mère. La parentalité partagée est une situation bien distincte : l'enfant a pour parent légal l'un des deux membres du couple homosexuel seulement, le second étant admis à partager les prérogatives d'autorité parentale sur décision de l'autorité compétente (V. Fulchiron, Parenté, parentalité, homoparentalité, D. 2006. Point de vue. 876).

En France, où le mariage entre personnes du même sexe est prohibé (V. Civ. 1re, 13 mars 2007, D. 2007. AJ. 935, obs. Gallmeister ; Juris-Data, n° 037901), par deux arrêts très fermes du 20 février 2007 (**Civ. 1re, 20 févr. 2007, n° 04-15.676, et 06-15.647**, D. 2007. AJ. 721, obs. Delaporte-Carre, Jur. 1047, note Vigneau, et Chron. C. cass., 2007. 891 ; AJ fam. 2007. 182, obs. Chénéde), la première Chambre civile de la Cour de cassation n'a pas admis l'adoption simple des enfants d'une femme par sa compagne liée à elle par un PACS. Les juridictions du fond étaient divisées, l'une de ces décisions étant d'ailleurs de rejet (pourvoi contre Paris, 6 mai 2004), l'autre de cassation (pourvoi contre Bourges, 13 avr. 2006). A la suite des juges clermontois (TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, AJ fam. 2006. 245, obs. Chénéde), la Cour d'Amiens avait quelques jours plus tôt rendu un arrêt confirmatif prononçant l'adoption simple d'un enfant par la compagne de sa mère (Amiens, 14 févr. 2007, V. Chemin, Le Monde, 16 févr.).

La Cour de cassation met en exergue l'antinomie, voire la contradiction inhérente à un tel processus dans la mesure où l'adoption priverait la mère légale de son autorité parentale alors qu'elle élève son enfant et qu'elle ne pourrait en être « réinvestie » que par voie de délégation consentie par l'adoptante et prononcée par le juge sur preuve du fait que les circonstances l'exigent (Civ. 1re, 20 févr. 2007, préc.).

En revanche, quand cette condition est démontrée, les juges du fond peuvent faire droit, dans l'intérêt de l'enfant précisément, à une demande aux fins de délégation par l'adoptante de tout ou partie de son autorité parentale à la mère par le sang avec laquelle elle partage une vie commune (en ce sens Civ. 1re, 24 févr. 2006, D. 2006. Jur. 897, note Vigneau, Pan. 1146, obs. Granet-Lambrechts, et Pan. 1421, obs. Lemouland et Vigneau ; AJ fam. 2006. 159, obs. Chénéde ; RTD civ. 2006. 297, obs. Hauser ; Dr. fam. 2006, Comm. n° 89, note Murat ; LPA, 19 juin 2006, note Desnoyer ; V. aussi les critiques de J. Sainte-Rose, Vers une reconnaissance de l'homoparentalité, AJ fam. 2006. 395).

Parentalité associée, oui si tel est l'intérêt du mineur au vu de circonstances particulières ; parenté commune, non, pour l'instant tout au moins.

Mots clés :

FILIATION * Panorama 2006