

Recueil Dalloz 2008 p. 1371

Droit de la filiation

avril 2007 - février 2008

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

L'essentiel

L'année 2007 est d'abord marquée par une tentative de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 - sans modification sur le fond - par la loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs ; mais introduite par voie de cavalier, la disposition a été invalidée par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 1 mars 2007, n° 2007-552 DC, V. A. Astaix, Protection juridique des majeurs : le Conseil constitutionnel censure les cavaliers législatifs, D. 2007. Actu. légis. 645). La question a néanmoins été reprise à la veille de l'été par le Sénat qui s'est de nouveau prononcé le 15 janvier 2008 en votant le projet de loi de ratification (n° 49 ; V. le rapport n° 145 de H. de Richemont), mais en adoptant plusieurs amendements qui auraient des incidences profondes s'ils étaient votés dans les mêmes termes par l'Assemblée Nationale et ce d'autant plus que la portée dans le temps des dispositions ainsi modifiées susciterait sans doute quelque confusion. N'oublions pas en effet qu'à côté des affaires pendantes, les premières décisions de juridictions du fond faisant application de la réforme ont été rendues. Les perspectives d'évolution seront indiquées ci-après dans chacune des rubriques concernées.

L'année 2007 et le début de l'année 2008 sont encore marqués par un certain nombre d'arrêts importants, parfois fortement médiatisés et diversement reçus en doctrine.

Par ailleurs et de façon plus générale mais s'agissant du mineur (V. A. Gouttenoire, Pan. Droits de l'enfant, à paraître prochainement), on ne peut manquer d'observer une montée en puissance constante tant des dispositions tendant à la protection de sa personne et de ses droits, que de l'institution du défenseur des enfants dont les missions et les réalisations sont progressivement mieux connues et valorisées, faisant de la France un exemple intéressant pour les Etats en recherche d'un modèle en ce domaine. On peut notamment signaler le décret n° 2008-36 du 10 janvier 2008 portant publication de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (JO 12 janv.).

Première partie - La filiation par le sang

Le décès périnatal rappelle régulièrement à des questions empreintes de gravité, notamment celle de savoir s'il faut donner à un enfant né sans vie un état civil et lequel, ce qui vient de faire la une des médias du fait de trois décisions de la première chambre civile rendues le 6 février 2008 (**Civ. 1, 6 févr. 2008, n° 06-16.498**, n° 06-16.499 et n° 06-16.500, D. 2008. AJ. 483, obs. P. Guiomard, et Chron. C. cass. 638, obs. P. Chauvin ; AJDA 2008. 280). On savait des pourvois déposés et nul n'ignore la dimension à la fois douloureuse de cette question pour les couples concernés et sensible tant elle rappelle aussitôt les controverses relatives au fœtus. Par ces trois décisions, la Cour casse des arrêts de la cour de Nîmes qui, dans le respect des termes de la circulaire interministérielle n° 2001-576 du 30 novembre 2001 (V. AJ fam. 2002, En bref, p. 46 ; F. Granet-Lambrechts, J.-Cl. civil, Art. 318 à 324, n° 4 et réf. citées), avaient écarté la requête des parents aux fins qu'il soit ordonné à l'officier de l'état civil de dresser un acte d'enfant sans vie avec inscription des prénoms choisis pour des

foetus pesant respectivement de 400 grammes et 286 grammes après 21 semaines d'aménorrhée, et 155 grammes après 18 semaines d'aménorrhée. La circulaire ne prévoit l'établissement d'un acte d'enfant sans vie qu'à partir du seuil de 22 semaines d'aménorrhée ou de 500 grammes de poids, aucun enregistrement ne devant être fait par les services de l'état civil en-dessous de ces seuils préconisés par l'OMS. L'attendu de principe, identique dans les trois arrêts, est clair : « *en statuant ainsi, alors que l'article 79-1, alinéa 2, du code civil ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse, la cour d'appel, qui a ajouté au texte des conditions qu'il ne prévoit pas, l'a violé* ». Mais comme elle le précise dans son communiqué, la Cour de cassation a entendu seulement « *indiquer que l'article 79-1 du code civil ne subordonnant l'établissement d'un acte d'enfant sans vie à la suite d'un accouchement pouvait être inscrit sur les registres de décès de l'état civil, quel que soit son niveau de développement* » et inviter le législateur à intervenir dans le sens qu'il estimera opportun sur la définition de l'enfant sans vie (V. obs. P. Chauvin, Chron. C. cass., préc.). Indépendamment des incidences en matière de prestations sociales, le couple qui espérait l'enfant peut lui donner un prénom, même si en l'absence de lien légal de filiation, il ne peut lui attribuer un nom de famille ; il peut aussi faire porter une mention administrative dans le livret de famille et se faire remettre le « corps » en vue de l'organisation d'obsèques depuis le décret n° 2006-965 du 1 août 2006.

Ces arrêts ont néanmoins soulevé un certain nombre d'interrogations, comme par exemple sur ce qu'il conviendrait de faire lors d'ITG, sans compter les inquiétudes ressenties en cas d'IVG. En attendant une éventuelle intervention législative, les couples peuvent désormais faire dresser un acte d'état civil, trace de l'enfant attendu qu'ils pourront prénommer et donc désigner dans l'histoire familiale, sans pour autant qu'il en découle l'acquisition de la personnalité ni aucun lien légal de filiation (rappelons néanmoins au passage que la Cour européenne a condamné la Russie dans un arrêt du 2 juin 2005 pour avoir refusé de restituer à un enfant mort-né sa véritable filiation paternelle, l'autorité publique ayant ainsi manqué à son obligation de garantir le respect effectif de la vie privée et familiale de la mère : n° 77785/01, *Znamenskaya c/ Russie*, RTD civ. 2005. 737, obs. J.-P. Marguénaud ; JCP 2005. I. 179, obs. F. Sudre). En outre, le décret n° 2008-32 du 9 janvier 2008 (JO 11 janv., p. 623), complété par un arrêté de la même date (JO 11 janv., p. 630), a modifié les articles D. 331-4 et D. 613-10 du code de la sécurité sociale pour étendre à compter de son entrée en vigueur le droit à congé de paternité et à l'indemnité correspondante à l'hypothèse d'une naissance sans vie à condition de produire une copie de l'acte d'enfant sans vie et un certificat médical d'accouchement d'un enfant né mort et viable ; mais il n'est plus exigé de justifier de l'établissement de la filiation paternelle.

I - L'établissement de la filiation maternelle

L'établissement de la filiation maternelle hors mariage par l'acte de naissance lorsqu'il désigne la mère nous semble aujourd'hui une règle si évidente que l'on oublierait presque qu'il s'agit d'un acquis récent, obtenu sur application anticipée par la Cour de cassation de la règle inscrite à l'article 311-25 par l'ordonnance du 4 juillet 2005 (sur le revirement par un arrêt de la 1 ch. civ. du 14 févr. 2006, V. D. 2006. Pan. 1139, obs. F. Granet-Lambrechts et sur les décisions ultérieures, D. 2007. Pan. 1460, obs. F. Granet-Lambrechts ; V. encore en ce sens **Civ. 1, 20 févr. 2008, n° 07-13.642**, Juris-Data, n° 042845 ; Civ. 1, 13 mars 2007, Juris-Data, n° 038000 ; Bordeaux, 6 mars 2007, Juris-Data, n° 331203 ; RTD civ. 2007. 763, obs. J. Hauser sur renvoi après Civ. 1, 25 avr. 2006, n° 04-19.341). Or précisément, la loi du 8 janvier 1993 qui avait laissé passer l'opportunité de l'inscrire dans le code civil (V. F. Granet-Lambrechts, L'établissement judiciaire de la filiation depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, D. 1994. Chron. 21), avait en revanche ajouté sous la pression du Sénat un article 341-1, aujourd'hui abrogé par l'ordonnance du 4 juillet 2005 mais remplacé par le nouvel article 326, pour tirer de l'accouchement sous X une fin de non-recevoir à une action de l'enfant en recherche de maternité. L'utilité concrète d'une telle fin de non-recevoir est aussitôt apparue plus que résiduelle, tant il serait difficile pour l'enfant de percer le secret de l'identité de la femme qui lui a donné naissance sous X en vue de rechercher sa filiation à son égard, à supposer en outre qu'il n'ait pas été adopté plénièrement. Et la jurisprudence n'a guère révélé de situations où une telle disposition se serait trouvée applicable pour paralyser une demande en recherche. La conformité de l'ancien article 341-1 à la Convention

européenne des droits de l'homme n'en était pas moins apparue douteuse ou en tout cas discutable (V. nos obs. critiques *in* L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'état civil dans les Etats de la CIEC, RTD eur. 1997. 653), une femme pouvant échapper à l'établissement judiciaire et contraint de sa maternité au contraire d'un homme. Dans le contexte de l'affaire *Odièvre* alors pendante, la loi du 22 janvier 2002 avait créé le Conseil national d'accès aux origines personnelles et aménagé un processus par lequel une femme accouchant sous X est invitée à laisser sous pli confidentiel conservé par le CNAOP des indications identifiantes ou non sur l'origine de l'enfant, afin qu'au cas où ce dernier demanderait un jour à en prendre connaissance, il puisse y accéder, voire connaître l'identité de sa mère de naissance dans l'hypothèse où elle y consentirait (à défaut, le dossier de pupille de l'Etat de l'enfant lui serait communiqué sur sa demande, mais après occultation le cas échéant de toute indication identifiante relative à la mère de naissance, de sorte qu'aucune atteinte ne pourrait être réputée portée à la vie privée de l'intéressée : V. en ce sens CE, réf., 25 oct. 2007, Juris-Data, n° 072551 ; AJDA 2007. 2063). La Cour de Strasbourg ne condamna pas la France dans son arrêt *Odièvre*, la loi de 2002 ayant certainement influé en ce sens (CEDH 13 févr. 2003, D. 2003. IR. 739, et B. Mallet-Bricout, Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme, D. 2003. Chron. 1240 ; JCP 2003. II. 10049, note F. Sudre et A. Gouttenoire), mais la question de la conformité de la fin de non-recevoir à la Convention ne fut pas tranchée, pas plus que dans l'arrêt du 10 janvier 2008 où la France n'est pas non plus condamnée (CEDH 10 janv. 2008, *K. c/ France*, n° 35991-04, D. 2008. AJ. 415, obs. P. Guiomard ; AJ fam. 2008. 78, obs. F. Chénéde). L'argument d'une discrimination au détriment des hommes qui ne peuvent engendrer sous X a été soulevé à l'occasion d'une action en recherche de paternité fondée sur l'ancien article 340 (applicable dans cette procédure en cours le 1 juillet 2006) devant la cour de Bordeaux qui l'a écarté (Bordeaux, 29 janv. 2008, Juris-Data, n° 355095). Le Sénat s'en est néanmoins préoccupé en votant un amendement tendant à abroger l'article 326 tout en rappelant combien le succès d'une action en recherche serait improbable en dépit aujourd'hui de la liberté de la preuve (projet de loi n° 49 préc., art. 1, II, 7°). Mais comment combiner cette solution, si elle devait être admise par les députés, avec les mécanismes de la loi de 2002 pour éviter des enveloppes résolument vides et que faire dans toutes les situations où en confiance envers la loi qui les mettait à l'abri d'un établissement contraint du lien de filiation, des femmes ont laissé jusqu'à leur nom accompagné de leur accord sur sa divulgation à l'enfant en quête de connaître son origine ? Il n'est guère concevable que la modification de l'ordonnance opère rétroactivement. Ceci étant, quel serait le devenir de la loi de 2002 ? Et n'y a-t-il pas là un inquiétant problème de méthode : en 1993, une disposition dépourvue d'utilité avérée mais répondant aux lobbies de l'adoption fut votée, pour faire ensuite frémir d'inquiétude lors de l'affaire *Odièvre* au point de voter la loi de 2002 qui, comme l'a relevé la Cour européenne dans cet arrêt, assure au fond un certain équilibre des intérêts en présence (de l'enfant, de la mère de naissance et des adoptants car l'enfant né sous X est adopté dans l'immense majorité des cas) mais qui cohabiterait difficilement avec la modification votée par le Sénat en l'absence d'adoption.

Quant à la conformité des règles du droit français relatives à l'information donnée à une femme qui accouche dans l'anonymat et à la durée du délai de rétractation pendant lequel elle peut reconnaître l'enfant si elle souhaite être inscrite comme la mère légale, elle a été admise par la Cour européenne (affaire *K. c/France*, 10 janv. 2008, préc.) dans une affaire où la Cour de cassation avait cassé sans renvoi un arrêt de la cour de Douai qui avait ordonné la restitution d'un enfant à la femme de nationalité irlandaise qui en était accouchée sous X (V. Civ. 1, 6 avr. 2004, D. 2005. Pan. 1748, spéc. 1749, obs. F. Granet-Lambrechts et réf. citées ; AJ fam. 2004. 241, obs. F. Bicheron ; RTD civ. 2004. 496, obs. J. Hauser).

II - L'établissement de la filiation paternelle

A - La paternité du mari : présomption *Pater is est* ou reconnaissance ?

La question a été soulevée de savoir si le mari peut reconnaître un enfant plutôt que d'intenter une action en rétablissement des effets de la présomption *pater is est*, lorsqu'elle se trouve écartée du fait que la naissance a été déclarée sans indication de son nom en qualité de père et que la mère élève l'enfant sans lui, entendant le priver de sa paternité (sur l'hypothèse d'un conflit avec une reconnaissance prénatale par un tiers, V. *infra*). Sur ce

point, la circulaire du 30 juin 2006 avait préconisé une telle interprétation que le Sénat retient à son tour en l'inscrivant dans l'article 315 par voie d'amendement (projet de loi n° 49 préc., art. 1, II, 5°, b).

B - La paternité hors mariage

1 - Possession d'état

La solution est clairement établie et rappelée par la Cour de cassation lorsque la règle est méconnue : « *en vertu de ce texte [l'art. 425 NCPC, devenu c. pr. civ. par la loi n° 2007-1787 du 20 déc. 2007], le ministère public doit avoir communication des causes relatives à la filiation... [et] cette règle d'ordre public est applicable à une action à fins de subsides* » (Civ. 1, 17 oct. 2007, Juris-Data, n° 040859 ; AJ fam. 2007. 485, obs. F. C.) même si elle n'a pas pour objet l'établissement de la filiation paternelle. En revanche, cette disposition n'a pas été considérée comme applicable à une demande d'acte de notoriété adressée au juge des tutelles sur le fondement de l'ancien article 311-3 aux fins de constater la possession d'état (en ce sens Civ. 1, 4 juill. 2007, Juris-Data, n° 039913 ; AJ fam. 2007. 362, obs. F. C. ; RTD civ. 2007. 751, obs. J. Hauser), solution qui est certainement transposable à la constatation de la possession d'état par acte de notoriété sur le fondement du nouvel article 317 malgré les effets importants qui y sont attachés en termes de délai de prescription quinquennale acquisitive (art. 335 c. civ. ; V. toutefois *infra* sur l'amendement voté par le Sénat).

La prescription trentenaire applicable à une action en constatation de la possession d'état sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 4 juillet 2005 n'a pas pu permettre, malgré sa durée et sa suspension durant la minorité de l'enfant, de remédier à l'annulation d'une reconnaissance paternelle prononcée pour cause d'adultérinité en application de l'article 335 du code civil dans sa rédaction antérieure à la loi du 3 janvier 1972, comme l'a montré un arrêt de rejet rendu par la Cour de cassation (**Civ. 1, 28 nov. 2007, n° 06-17.504**, Juris-Data, n° 041637) dans une espèce où en outre, la preuve n'était pas faite par l'intéressé de l'existence de sa possession d'état d'enfant naturel continue et non viciée à l'égard de son prétendu père décédé, de sorte que sa demande tendant à venir au partage successoral en concours avec les enfants légitimes fut écartée.

S'agissant de la computation du délai décennal prévu par le nouvel article 330, le Sénat a voté un amendement tendant à préciser qu'en cas de décès du parent prétendu, la prescription courrait à compter de la date de sa survenance, ce qui n'avait pas suscité de difficulté particulière dans le droit antérieur (projet de loi n° 49, préc., art. 1, II, 8°). La même solution serait inscrite à l'alinéa 3 de l'article 317 et *in fine* dans l'alinéa 1 de l'article 333 (projet de loi n° 49, préc., art. 1, II, 6° et 9°, b).

2 - Action en recherche

L'action en recherche de paternité a eu les honneurs d'un arrêt d'Assemblée plénière (**Cass., ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975**, Juris-Data n° 041612 ; D. 2007. AJ. 3078, obs. L. Dargent), ce qui pourrait *a priori* étonner (V. M. Douchy-Oudot, Procédures 2008, Comm. n° 15). Sans attendre la réforme du 4 juillet 2005, la Cour de cassation avait escamoté l'exigence de l'adminicule inscrite dans l'ancien article 340 (V. encore Civ. 1, 6 mars 2007, Juris-Data, n° 037814 ; RTD civ. 2007. 555, obs. J. Hauser, rejetant par un attendu très ferme le pourvoi contre un arrêt qui avait ordonné un examen comparatif des sangs : « *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 une expertise sanguine...* »). Mais d'une part, on rencontrait encore des arrêts déboutant la mère ou l'enfant majeur de sa demande en recherche et refusant d'ordonner une expertise faute d'indices graves (Civ. 1, 21 sept. 2005, D. 2006. Jur. 207, note M. Lamarche, et Pan. 1139, spéc. 1145, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2005. 769, obs. J. Hauser). D'autre part et surtout, il est clair que l'on évitera ainsi à l'enfant devenu majeur d'engager une nouvelle demande lorsque durant sa minorité, sa mère aura été déboutée de ce chef. En effet, la solution donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 21 septembre 2005 à propos de l'article 340 dans sa rédaction antérieure à la réforme du 8 janvier 1993 et qui dénaturait la notion d'autorité de la

chose jugée aurait été transposable : au système de la preuve administrative de la loi de 1993 était substituée la liberté de la preuve, de sorte que l'on aurait pu, dans l'esprit de cet arrêt, considérer qu'il n'y avait pas identité de fondement entre la demande faite par la mère au nom du mineur et celle formée par l'enfant majeur ainsi que nous l'avions souligné (V. F. Granet-Lambrechts, J.-Cl. civil, Art. 327 et 328, n° 74).

A propos de l'interprétation du refus par le défendeur de se soumettre à une expertise biologique dont la Cour de cassation répète à chaque occasion qu'elle est de droit sauf motif légitime de ne pas y procéder, celle-ci juge infondé le motif tiré exclusivement « *de l'inviolabilité du corps humain* », « *alors qu'il n'avait rien à redouter d'une telle mesure* » (Civ. 1, 14 nov. 2007, Juris-Data, n° 041427), ce qui s'inscrit dans les lignes générales de sa jurisprudence (V. F. Granet-Lambrechts, D. 2006. Pan. 1143 s. et 2007. Pan. 1462 s. et réf. citées).

Quant à la compétence matérielle pour ordonner une telle mesure d'instruction, elle rejette comme étant irrecevable le pourvoi formé contre un arrêt confirmatif d'une ordonnance du juge de la mise en état qui avait ordonné un examen comparé des sangs. Invoquant une violation de l'ancien article 340 (applicable en l'espèce) et de l'article 16-11 du code civil, le pourvoi soutenait l'incompétence de ce magistrat et la compétence exclusive du tribunal de grande instance saisi sur le fond de la demande en recherche. La cour rappelle que l'arrêt ordonnant la mesure d'expertise n'est qu'un arrêt avant dire droit qui ne tranche pas une partie du principal, de sorte qu'il n'est pas susceptible d'un appel immédiat : « *l'expertise étant de droit en matière de filiation, sauf motif légitime pour ne pas y procéder, le juge de la mise en état a statué dans les limites de son pouvoir d'ordonner une mesure d'instruction* », laquelle n'était en outre pas fondée sur l'article 16-11 du code civil car il ne s'agissait pas d'une mesure d'identification par les empreintes génétiques (Civ. 1, 28 nov. 2007, Juris-Data, n° 2007-041616 ; AJ fam. 2008. 37, obs. F. C.).

L'article 16-11 soumet à un régime spécifique les expertises aux fins d'identification par les empreintes génétiques dans le cadre d'une action relative à l'établissement ou à la contestation d'un lien de filiation ou à une demande de subsides : la mesure doit être « *ordonnée par le juge saisi* » de celle-ci ; elle ne peut être réalisée qu'après avoir recueilli le consentement des intéressés aux prélèvements à effectuer et ne peut plus l'être après le décès de l'un d'eux sauf si le défunt y avait consenti de son vivant (sur l'opportunité d'une réflexion globale sur le régime des expertises biologiques, V. H. de Richemont, Rapport au Sénat n° 145, p. 50 s.). Dans une affaire où une femme avait engagé au nom de son enfant devant les juridictions tchèques une action en recherche contre le prétendu père défunt, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'épouse survivante et l'enfant né du mariage, arguant d'une violation de l'article 16-11 et du principe contradictoire, contre un arrêt confirmatif d'une ordonnance sur requête du président du tribunal de grande instance qui avait autorisé la communication d'échantillons sanguins du défunt recueillis et conservés en France lors d'une intervention chirurgicale en vue de pratiquer une analyse médico-légale en République tchèque. La Cour décide que « *c'est à bon droit et sans dénaturer l'ordonnance sur requête dont la rétractation était sollicitée, que l'arrêt retient que la mesure se borne, alors qu'une action en recherche de filiation naturelle est en cours à l'étranger, à autoriser la communication d'éléments déjà prélevés et indispensables à une expertise médico-légale, ne constitue pas une mesure d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, soumise à l'article 16-11 du code civil... [et] qu'ayant relevé que l'ordonnance sur requête initiale, à laquelle étaient joints divers documents, respectait les exigences de l'article 495 NCPC (devenu c. pr. civ. par la loi n° 2007-1787 du 20 déc. 2007)* » dans le contexte de « *l'acuité du contentieux* » et de « *l'importance des conséquences financières* », l'arrêt critiqué avait pu « *déduire que la préservation du matériel biologique justifiait l'absence de contradiction* » (Civ. 1, 4 juin 2007, n° 04-15.080, D. 2007. AJ. 1791 ; AJ fam. 2007. 354, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2007. 555, obs. J. Hauser).

On peut enfin signaler qu'après analyse des circonstances de l'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Suisse pour violation de l'article 8 de la Convention pour n'avoir pas ménagé un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts concurrents du requérant à connaître sa filiation et, d'autre part, le droit au respect du corps du défunt et des tiers à

l'intangibilité du cadavre de celui-ci ainsi que la nécessaire protection de la sécurité juridique (CEDH 13 juill. 2006, *Jaggi c/ Suisse*, n° 58757/00). Il est néanmoins prématuré d'en tirer la conclusion qu'une modification de la loi française s'imposerait en ce qu'elle interdit une expertise génétique *post mortem* sauf consentement exprimé de son vivant par la personne.

III - La contestation de la filiation et les conflits de filiations

A - Contestation de la filiation

La filiation établie par la possession d'état constatée par acte de notoriété peut être contestée dans un délai de cinq ans à partir de la délivrance de l'acte (art. 335 c. civ.). Un amendement voté au Sénat tend à soumettre l'action au délai décennal du droit commun par harmonisation avec le délai de la tierce opposition contre un jugement rendu en vertu de l'article 330 dans une demande en constatation de la possession d'état (projet de loi n° 49 préc., art. 1, II, 10°).

Il est fréquent qu'une expertise biologique soit demandée dans une action en contestation de la possession d'état où elle est classiquement de droit, sauf motif légitime de ne pas y procéder. Pourtant, des preuves d'une autre nature peuvent par appréciation souveraine des juges du fond suffire à débouter l'auteur de la contestation qui, le plus souvent, n'est autre qu'un enfant du défunt espérant écarter un demi-frère ou soeur du partage successoral. C'est ainsi qu'est écartée une demande formée par le fils du *de cujus* en contestation d'un acte de notoriété dressé sur la base de plusieurs témoignages et des déclarations du défunt lui-même confortés par de nombreuses lettres et photographies prises lors de fêtes familiales (**Civ. 1, 19 sept. 2007, n° 06-21.061**, Juris-Data, n° 040373 ; AJ fam. 2007. 485, obs. F. C.).

Sur la nature concrète du motif légitime pour les juges du fond de refuser d'ordonner une mesure d'expertise, rappelons que l'irrecevabilité d'une action en contestation de la filiation tirée de son établissement par un titre corroboré par la possession d'état constitue un tel motif, de sorte que sans méconnaître l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, il n'y a pas à débattre de la preuve (V. Civ. 1, 20 févr. 2007, Juris-Data, n° 037574).

Peut en revanche apparaître plus subtile comme visant en définitive l'intérêt de l'enfant en tant que considération supérieure un motif résultant des effets psychologiques que pourrait produire, si elle était ordonnée, une mesure d'expertise sur un jeune âgé alors de quinze ans et reconnu dès sa naissance par un homme qui l'a ensuite toujours élevé auprès de son épouse, alors que la mère en vient à contester cette paternité dans la perspective de « reprendre » son fils (V. TGI Lyon, 5 juill. 2007, D. 2007. Jur. 3052, note A. Gouttenoire).

Dans une action en contestation exercée par le grand-père paternel de la reconnaissance d'un enfant faite par son fils et alors que l'administrateur *ad hoc* du mineur s'oppose à une exhumation du cadavre, il n'y a pas lieu non plus d'ordonner un examen comparé des sangs après le décès du père qui avait clairement exprimé sa volonté d'assumer sa paternité et son attachement à l'enfant, l'action étant, en outre, jugée abusive et entreprise de mauvaise foi (Civ. 1, 25 avr. 2007, Juris-Data, n° 038503 ; AJ fam. 2007. 273, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2007. 555, obs. J. Hauser).

Par ailleurs, au visa de l'article 2223 du code civil, la Cour de cassation a décidé à propos de l'action en contestation de la paternité du mari fondée sur l'ancien article 322 *a contrario* que « les juges ne peuvent relever d'office le moyen tiré de la prescription ; que cette règle s'applique lors même que la prescription est d'ordre public » (Civ. 1, 6 mars 2007, RTD civ. 2007. 762, obs. J. Hauser), ce qui marque un net contraste entre délai préfix à peine de forclusion et délai de prescription. L'ordonnance du 4 juillet 2005 ne connaît plus guère de délais de forclusion sous réserve du délai visé à l'alinéa 2 de l'article 333, auquel le Sénat a ajouté par voie d'amendement que la forclusion ne concernerait pas une action en contestation exercée par le ministère public afin de ne pas limiter la lutte contre les fraudes (projet de loi n° 49, préc., art. 1, II, 9°, b). L'impossibilité pour le tribunal de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'accomplissement de la prescription heurte l'indisponibilité de la filiation en tolérant des accords tacites. Et que faire en l'absence de défense par l'une des

parties, voire en cas de défaut de comparaître ? Le souci de sécuriser le lien de filiation et l'idée non affichée quoique sous-jacente de paix des familles (à moins qu'elle soit trop vieillotte) sont-ils devenus un leurre ?

B - Conflits de filiations

Dans le souci de valoriser le mariage et la présomption *pater is est*, il est envisagé d'insérer dans le code civil un article 336-1 tendant à trancher le conflit de filiations provoqué par l'inscription d'une filiation paternelle envers le mari dans l'acte de naissance sur les indications du déclarant (le mari lui-même ou son épouse s'ils sont réconciliés) lorsqu'une reconnaissance paternelle prénatale a été dressée auparavant (projet de loi n° 49, art. 1, II, 11°). Dans cette situation, l'officier de l'état civil serait tenu d'en aviser sans délai le procureur de la République qui saisirait la juridiction compétente aux fins de résoudre le conflit, ce qui reprend la suggestion qui avait pu être faite au ministère de la Justice lors des travaux rédactionnels de l'ordonnance du 4 juillet 2005. Ainsi, la reconnaissance prénatale que peut avoir faite l'amant de la mère à la différence du mari qui, lui, ne pourrait reconnaître l'enfant qu'à partir de sa naissance, ne bénéficierait d'aucune préférence de principe tirée de son antériorité de date et le conflit ne pourrait perdurer ; on éviterait ainsi de reproduire des situations de doubles paternités comme celles qui résultèrent de l'ancien article 334-9 *a contrario*.

IV - L'action à fins de subsides

Si l'action à fins de subsides reposait initialement sur un risque de paternité, l'idée a perdu de son actualité du fait des techniques actuelles en matière d'expertises biologiques et de la jurisprudence de la Cour de cassation (V. encore en ce sens Civ. 1, 12 déc. 2007, Juris-Data, n° 041931). Il reste que le risque d'engendrer demeure sanctionné grâce à cette action qui conserve une utilité pratique certaine comme en témoigne la jurisprudence, à moins que la mère préfère exercer, au nom de l'enfant, une demande en recherche dans laquelle le défendeur, dont la paternité est prouvée, ne saurait bien évidemment prétendre reporter sur celle-ci la responsabilité de l'existence de l'enfant sous le prétexte qu'elle s'est abstenue de toute méthode contraceptive (V en ce sens Civ. 2, 12 juill. 2007, n° 06-16.869, Juris-Data, n° 040220).

En revanche, la mère ne saurait prétendre engager la responsabilité du défendeur, condamné à verser des subsides, pour abus du droit d'interjeter appel à des fins purement dilatoires dès lors qu'elle ne prouve pas la faute de celui-ci. Le droit commun de l'article 1382 implique assurément la preuve par le demandeur d'une faute génératrice de responsabilité (en ce sens Civ. 1, 6 mars 2007, Juris-Data, n° 038168).

La loi d'habilitation du 9 décembre 2004 n'incluait pas l'action à fins de subsides dans la portée de la réforme réalisée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 et le délai de deux ans ouvert à l'enfant majeur est apparu singulièrement bref par rapport à celui de l'action en recherche prévu par l'article 328 nouveau. C'est ce qui a conduit le Sénat à voter un amendement tendant à aligner le délai de l'article 342 sur celui de l'article 328 (projet de loi n° 49, art. 1, 2, 12°), ce qui supposera néanmoins que l'enfant majeur démontre être dans le besoin sans que cela lui soit imputable (art. 342-2, al. 2).

Deuxième partie - « La filiation autrement »

(pour emprunter cette expression à G. Cornu, *Droit civil - La famille*, 9 éd., Montchrestien, 2006, p. 425) : adoption, assistance médicale à la procréation, gestation pour autrui)

I - L'adoption

A propos d'un agrément en vue d'une adoption demandé par une femme homosexuelle mais à laquelle un refus fut opposé, on signalera le revirement opéré par la Cour européenne (CEDH 22 janv. 2008, n° 43546/02, *E. B. c/ France*, D. 2008. AJ. 351, obs. E. Royer ; AJ fam. 2008. 118, obs. F. Chénéde ; AJDA 2008. 117), alors que dans l'affaire *Fretté c/ France* (CEDH 26 févr. 2002, n° 36515/97, D. 2002. Somm. 2024, obs. F. Granet, et Somm. 2569, obs. C.

Courtin ; AJ fam. 2002. 142 ; AJDA 2002. 401, obs. I. Poirot-Mazères), elle n'avait pas condamné la France mais à une très faible majorité (4 voix contre 3). Un refus d'agrément ne pourrait-il pas alors tout simplement être motivé par l'intérêt supérieur de l'enfant en visant l'article 3 de la Convention de New York et en étoffant ce fondement textuel grâce à des éléments divers tirés des circonstances spécifiques ?

II - L'assistance médicale à la procréation

Un important arrêt a été rendu en grande chambre par la Cour européenne sur le sort des embryons obtenus par FIV et conservés congelés en cas de séparation du couple, point sur lequel il n'y a guère de communauté de vue parmi les Etats membres, ce qui la conduit classiquement à leur reconnaître une large marge d'appréciation. Avant la réalisation d'une ovariectomie sur une jeune femme britannique, le couple de concubins avait souhaité s'engager dans une FIV, ce qui avait permis d'obtenir des embryons. Conformément à la législation en vigueur, chacun avait été informé de son droit de retirer à tout instant son consentement à l'implantation des embryons dans l'utérus de la concubine tant qu'elle n'avait pas été pratiquée. Or le couple se sépara un an après et la jeune femme se plaignit d'une atteinte au droit des embryons à la vie en violation de l'article 2 de la Convention, grief qui fut écarté par la Cour dans sa décision antérieure du 7 mars 2006 (V. RTD civ. 2006. 255, obs. J.-P. Marguénaud) comme dans l'affaire *Vo c/ France* (CEDH 8 juill. 2004, n° 53924/00, D. 2004. Jur. 2456, note J. Pradel, Somm. 2535, obs. I. Berro-Lefèvre, Somm. 2754, obs. G. Roujou de Boubée, et E. Serverin, Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme, D. 2004. Chron. 2801). La requérante arguait aussi d'une atteinte à sa vie privée et familiale en raison de l'impossibilité pour elle de se faire implanter les embryons et d'avoir ainsi un enfant qui serait génétiquement le sien. La Cour retient que dans ce contexte d'opposition radicale des intérêts respectifs des deux membres du couple, alors que chacun avait été clairement informé des dispositions légales applicables et qui ménageaient un juste équilibre entre les intérêts de l'un et de l'autre, il n'y a pas eu de violation de l'article 8 de la Convention (CEDH, gde ch., 10 avr. 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, n° 6339/05, D. 2007. AJ. 1202, obs. D. Delaporte-Carré ; RTD civ. 2007. 545, obs. J. Hauser).

III - La gestation pour autrui

Un groupe de travail a été constitué au Parlement sur cette question au lendemain d'un arrêt rendu par la cour de Paris le 25 octobre 2007, le « tourisme procréatif » suscitant des situations de fait délicates (V. not. G. Kessler, La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant, Dr. fam. 2005, Etudes, n° 16) et en dysharmonie avec notre droit. On se souvient que par un arrêt confirmatif, la cour de Rennes avait annulé la transcription dans les registres français des actes de naissance américains de jumelles conçues avec les gamètes des deux membres d'un couple de concubins français et remises à eux par une mère porteuse conformément à une convention de gestation pour autrui conclue. En vertu d'un jugement rendu selon le droit de Californie, ces actes désignaient la concubine pour mère, alors qu'elle n'était pas accouchée des deux enfants ; les reconnaissances maternelles faites par celle-ci à son retour en France étaient ainsi annulées, tandis que les reconnaissances de paternité souscrites par son concubin étaient réputées valables, les juridictions françaises exploitant la divisibilité de la filiation naturelle en faveur des deux enfants (Rennes, 4 juill. 2002, confirmant TGI Nantes, 1 févr. 2001, D. 2002. Somm. 2902, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2003. 72, obs. J. Hauser, et 2004. 75, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2002, Comm. n° 142, note P. Murat). La voie discrète de l'acte de notoriété ne devait guère s'avérer plus fructueuse puisqu'un jugement déclarait bien fondé le refus de porter en marge du registre des naissances un acte de notoriété constatant la possession d'état à l'égard des époux d'un enfant né d'une mère porteuse américaine au motif que la violation des dispositions d'ordre public de l'article 16-7 viciait la possession d'état, de sorte qu'elle ne pouvait produire ses effets en tant que mode d'établissement de la filiation (TGI Lille, 22 mars 2007, D. 2007. Jur. 1251, note X. Labbé ; RTD civ. 2007. 556, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2007, Comm. n° 122, note P. Murat).

C'est alors que la cour de Paris causa la surprise par un arrêt rendu au profit d'époux français

qui avaient, eux aussi, passé une convention de mère porteuse avec une Américaine ayant accepté cette fois de concevoir, puis de porter un enfant à leur remettre à la naissance. Des jumelles furent conçues avec les gamètes du mari et de la mère porteuse. Visant l'intérêt supérieur des enfants, la cour jugea valablement faite la transcription dans les registres français des actes de naissance américains mentionnant les époux en qualité de père et mère (**Paris, 1 ch. C, 25 oct. 2007, n° 06-00507**, D. 2007. AJ. 2953, obs. F. Luxembourg ; AJ fam. 2007. 478, obs. F. Chénéde ; M. Bandrac, G. Delaisi de Parseval et V. Depadt-Sebag, Mère porteuse : transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres français, D. 2008. Chron. 434). Toutefois, cet arrêt a été frappé d'un pourvoi à l'initiative du Parquet. Les mentalités ont certainement évolué depuis les lois de bioéthique de 1994 et dans le contexte d'une pénurie de nouveaux-nés adoptables et d'augmentation du nombre des couples que les techniques de procréation assistée permettent de devenir parents, la loi française apparaît à certains comme excessivement sévère, tout au moins lorsque la mère porteuse n'est que gestatrice et non pas également génitrice, la vérité génétique - fondement majeur de la filiation - étant alors en outre du côté de la femme commanditaire (sur les législations étrangères, V. F. Granet-Lambrechts, Maternités de substitution, filiation et état civil. Panorama de droit européen, Dr. fam. 2007, Etudes n° 34). Restent cependant posées quantité de questions, comme en 1994, par exemple : que décider si la mère porteuse prétend garder le nouveau-né ou inversement, si le couple commanditaire n'en veut plus, ou encore si l'enfant n'est pas conforme à ses attentes (malformation due à un incident lors de l'accouchement ou même accident imputable à un manque d'hygiène de vie de la mère porteuse, etc) ?

Troisième partie - L'autorité parentale

I - L'exercice de l'autorité parentale

On sait que la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 a innové en permettant aux parents d'organiser pour leur enfant une résidence alternée par convention homologuée par le JAF (art. 373-2-7 c. civ.) ou même au JAF d'en décider ainsi autoritairement (art. 373-2-9), ce qui suppose que les circonstances soient favorables à cette modalité d'exercice conjoint de l'autorité parentale et que l'intérêt de l'enfant soit bien sûr préservé. Lorsque le JAF rend une telle décision en dépit d'un désaccord parental, il peut prévoir une période d'essai mais n'y est pas tenu (en ce sens Civ. 1, 14 févr. 2006, D. 2006. IR. 600 ; RTD civ. 2006. 300, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2006, Comm. n° 158, note P. Murat). Par ailleurs, une résidence alternée n'implique en aucune façon un partage égalitaire du temps passé auprès de chacun des père et mère, puisque ses modalités concrètes dépendent des circonstances dans l'intérêt même du mineur, comme la Cour de cassation a été conduite à l'affirmer expressément (en ce sens **Civ. 1, 25 avr. 2007, n° 06-16.886**, D. 2007. AJ. 1428 ; AJ fam. 2007. 276, obs. F. C. ; RTD civ. 2007. 560, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2007, Comm. n° 143, note P. Murat).

Par exception à la règle générale d'un exercice conjoint (art. 372, al. 1, c. civ.), le JAF a la possibilité de décider qu'un seul des père et mère exercera l'autorité parentale « *si l'intérêt de l'enfant le commande* » (art. 373-2-1, al. 1), après appréciation souveraine des circonstances de fait et à condition de motiver spécialement sa décision. On peut songer à des situations telles que des brutalités commises par un parent sur l'enfant ou d'un désintérêt total envers lui, ou de toute autre situation dans laquelle il est avéré qu'un exercice unilatéral répond au meilleur intérêt du mineur (V. par ex. Civ. 1, 10 mai 2006, Juris-Data, n° 2006-033430 : en raison des besoins éducatifs liés au très jeune âge de l'enfant et dans une hypothèse d'incarcération d'un parent privé de l'exercice de ses droits civils suite à une condamnation en cour d'assises). Toutefois, la Cour de cassation exerce son contrôle sur la motivation de telles décisions ainsi qu'elle n'hésite pas à le rappeler dans un arrêt rendu sous le visa de l'article 3 de la Convention de New York et des articles 373-3 et 373-2-1 (V. en ce sens Civ. 1, 13 mars 2007, Juris-Data, n° 038002). Elle rappelle en outre qu'il incombe au parent demandeur de prouver que des motifs graves justifient qu'il soit porté exception au principe d'un exercice conjoint (en ce sens Civ. 1, 20 févr. 2007, D. 2007. AJ. 732 ; AJ fam. 2007. 189, obs. F. C. ; RTD civ. 2007. 328, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2007, Comm. n° 103, note P. Murat). De même,

lorsque l'exercice unilatéral de l'autorité parentale est ainsi justifié, la Cour de cassation décide « *que le respect dû à la vie privée et familiale ne fait pas obstacle à ce que le juge intervienne, en cas de motifs graves, dans les conditions fixées par la loi, pour refuser un droit de visite sur un enfant afin d'assurer la protection de celui-ci* » : en l'occurrence, est rejeté le pourvoi formé par le père, auparavant titulaire d'un droit de visite accordé par le JAF lors du divorce et dont la mère avait obtenu la suppression en établissant l'existence de motifs graves. Après s'être livré à des brutalités durant le mariage, cet homme avait été hospitalisé d'office pour avoir tué ses père et mère chez lesquels était auparavant organisé l'exercice du droit de visite. La Cour relève qu'en ces circonstances, il ne pouvait alléguer une atteinte à sa vie privée et familiale en violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Civ. 1, 17 oct. 2007, Juris-Data, n° 040895).

En contrepartie de leurs obligations parentales, lorsqu'elles sont exercées conjointement selon la règle générale, les père et mère ont l'administration légale et la jouissance des biens de leur enfant. Corrélativement, ils « *sont solidairement tenus à restitution, à la fin de l'usufruit, des sommes d'argent qu'ils ont consommées* » (V. Civ. 1, 20 févr. 2007, Juris-Data, n° 037572).

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

La nécessaire abrogation des articles 334-2 et 334-3 du code civil par l'ordonnance du 4 juillet 2005, en lien avec la suppression de la distinction entre enfants légitimes et enfants naturels et avec les dispositions relatives au nom de famille de l'enfant issues des lois de 2002 et 2003, a malheureusement privé d'un possible changement de nom des enfants nés avant le 1 janvier 2005 et pour lesquels est alors seule restée ouverte la voie administrative d'un changement par décret, longue et inutilement complexe. En effet, dans sa rédaction des dispositions transitoires, le ministère de la Justice a prévu que le deuxième alinéa de l'article 311-23 (qui remplace l'ancien art. 334-2) n'est applicable qu'aux enfants nés depuis le 1 janvier 2005 (art. 20-II, 5° de l'ordonnance). Reprenant une disposition votée lors de la précédente tentative de ratification, l'un des amendements adopté par le Sénat consiste à abroger cette règle transitoire pour permettre le changement de nom par déclaration conjointe des parents devant l'officier de l'état civil en cas d'établissement différé des liens de filiation maternelle et paternelle en faveur des enfants nés avant le 1 janvier 2005 (projet de loi n° 49 préc., art. 1, I). Il y a tout lieu de penser que l'Assemblée Nationale fera de même, comme en 2007, ce dont on ne pourrait que se féliciter.

III - L'obligation d'entretien

C'est sans surprise qu'on peut lire une fois encore qu'il incombe à celui des père et mère qui réclame la suppression de sa contribution à l'entretien de son enfant majeur de démontrer l'existence de circonstances propres à y mettre fin (en ce sens Civ. 1, 28 nov. 2007, Juris-Data, n° 041645 ; V. aussi F. Granet-Lambrechts, D. 2007. Pan. 1460, spéc. 1466 et les arrêts cités).

De même, « *en cas de séparation des parents, la contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant ne peut être fixée qu'en fonction des ressources des parents et des besoins de l'enfant* » conformément aux articles 371-2 et 373-2-2, à l'exclusion de la prise en considération de l'attitude de l'un des ex-époux depuis le prononcé du divorce (Civ. 1, 19 juin 2007, Juris-Data, n° 039671).

IV - Homoparentalité : oui, mais dans l'intérêt de l'enfant. Homoparenté : non. Solution confirmée

On sait que la Cour de cassation a décidé que l'article 377, alinéa 1, du code civil ne s'oppose pas à ce que la mère de deux enfants sans filiation paternelle établie délègue tout ou partie de l'exercice de son autorité parentale à sa compagne avec laquelle elle vivait depuis de nombreuses années et était engagée dans un PACS, à condition toutefois que les circonstances le justifient et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur des mineurs (Civ. 1, 24 févr. 2006, Bull. civ. I, n° 101 ; D. 2006. Jur. 897, note D. Vigneau, Pan. 1139,

obs. F. Granet-Lambrechts, Pan. 1414, obs. J.-J. Lemouland, et H. Fulchiron, D. 2006. Point de vue 876 ; AJ fam. 2006. 159, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2006. 297, obs. J. Hauser ; GAJC, 12 éd., 2007, p. 375). On peut signaler une autre espèce où, dans une situation voisine, le JAF surseoit à statuer aux fins de recueillir l'avis du parquet, appelé à la cause, sur une demande par la mère de délégation partielle de son autorité parentale à son ex-compagne après cessation de leur vie en commun (TGI Lille, JAF, 4 sept. 2007, D. 2007. Point de vue 2882, X. Labbé).

En revanche, par deux arrêts très fermes, la Cour de cassation avait refusé l'adoption simple d'un enfant, sans filiation paternelle légalement établie, par la compagne de la mère légale (Civ. 1, 20 févr. 2007, D. 2007. AJ. 721, obs. C. Delaporte-Carré, Jur. 1047, note D. Vigneau, Chron. C. cass. 891, obs. P. Chauvin, Pan. 1460, obs. F. Granet-Lambrechts, et Pan. 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2007. 182, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2007. 325, obs. J. Hauser ; GAJC, 12 éd., 2007, p. 375). Quelques mois après, au motif qu'« *ayant relevé, d'une part, que la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard, d'autre part, que l'article 365 du code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage, la cour d'appel... a légalement justifié sa décision* », la première chambre civile répète cette solution et rejette le pourvoi contre un arrêt du 27 juin 2006 rendu par la cour de Riom qui avait refusé de prononcer l'adoption simple d'un enfant par la compagne « pacsée » de la mère ; la Cour de cassation relève encore que l'arrêt critiqué « *n'a contredit aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme* », en l'occurrence, les articles 8 et 14, invoqués par le pourvoi (Civ. 1, 19 déc. 2007, n° 06-21.369, D. 2008. AJ. 291, obs. F. Luxembourg ; AJ fam. 2008. 75, obs. F. Chénéde ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 28, note P. Murat).

Mots clés :

FILIATION * Panorama 2007-2008