

Préliminaire : une mère quand elle veut, la maternité purement potestative (Cour EDH 13 févr. 2003, D. 2003.739, chron. B. Mallet-Bricout, p. 1240 ; cette Revue, *infra*, p. 375, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard ; AJ Famille 2003.86, dossier ; JCP 2003.II. 10049, note Gouttenoire-Cornut et Sudre ; chron. Malaurie, JCP 2003.I.120)

Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP

Contrairement à ce qu'ont cru ceux qui ont voté la réforme de 1993 la possibilité d'accoucher anonymement ne concerne pas seulement les mères naturelles mais est parfaitement ouverte aux mères légitimes, simplement l'hypothèse est beaucoup plus fréquente dans le premier cas, ce qui justifie que l'on fasse du principe posé par l'arrêt rapporté un principe commun à toutes les filiations.

La possibilité d'accoucher dans l'anonymat vivait, sans histoire particulière et sans effet juridique avoué sur le droit de la filiation, dans quelques dispositions du code de la santé publique quand, sensible aux lobbies de l'adoption qui craignaient toujours un repentir de la mère ou une curiosité intempestive de l'enfant, le législateur de 1993 a cru nécessaire de l'introduire dans le code civil (art. 341-1) afin de constituer une véritable fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité (art. 341 al. 1), alors que la France venait de ratifier la Convention internationale sur les droits de l'enfant qui proclame le droit de connaître ses origines. Hélas, cette consécration intervenait au moment même où se développait la frénésie généalogique moderne encouragée par une certaine psychologie insistant plus sur les liens sociaux et familiaux de l'individu que sur sa valeur personnelle. La nouvelle législation, parfois soutenue non sans contradiction par ceux qui, pourtant, mettaient l'enfant et ses droits en avant, devait susciter des débats passionnés et une littérature juridique sans doute excessive par rapport au nombre réel de naissances soumises à ce régime. Comme il est habituel en notre temps, se constituait rapidement une association pour le droit de connaître ses origines et le législateur nommait plusieurs commissions successives qui devaient chercher un moyen terme (V. not. F. Dekeuwer-Defossez, *Rénover le droit de la famille*, p. 190). Le débat, qu'on ne peut retracer ici complètement et qui concerne aussi la méthodologie jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme (V. obs. Gouttenoire-Cornut et Sudre), a pour l'essentiel mis en présence l'intérêt de M<sup>me</sup> Odièvre, née sous X, qui s'est heurtée au refus de l'administration de lui révéler ses origines et des arguments d'ordre individuels, la liberté de la mère, et d'ordre social, le souci de favoriser les accouchements médicalisés et d'exclure autant que possible les avortements. L'argument individuel est, nous semble-t-il, sans portée réelle puisqu'il se heurte à un autre droit au moins aussi important qui est celui de l'enfant à la parenté. L'impasse dans laquelle on se trouve est très caractéristique de l'échec de la construction d'un droit civil à coup de simples libertés individuelles (V. aussi, C. Neirinck, *Comprendre le secret de la filiation*, RJPF 2003/3.12). Les arguments sociaux, dont l'impact est à peu près invérifiable (dans les pays qui ne connaissent pas ce système, c'est-à-dire presque tous, y a-t-il plus d'avortements ou d'accouchements clandestins ?), ne sont pas non plus irréfutables et puis le souci, honorable mais à la fin intellectuellement fort envahissant (V. les opinions concordantes des juges Ress et Küris), de prévenir les avortements doit-il commander toutes les solutions de droit de la filiation (alors qu'on fait le contraire en droit de la responsabilité médicale et en droit de l'IVG désormais ouverte aux mineurs sans contrôle, etc.) ? Si l'on veut éviter la misère des mères mieux vaudrait sans doute s'attaquer à la racine du mal qui fait que, dans notre société, certaines mères sont si désespérées qu'elles préfèrent ignorer leur enfant plutôt que bénir hypocritement les conséquences qui ont surtout pour vertu de fournir des enfants rapidement adoptables et juridiquement irréprochables (J.-F. Mattéi, *L'adoption sans frontière*, p. 170). Faut-il rappeler enfin que, quand bien même le lien

maternel serait établi, la mère a toujours la possibilité de consentir à l'adoption sans qu'il soit nécessaire de la rayer de la carte ? Enfin, ce qu'on persiste à ne pas voir, c'est que cette consécration va à contre-courant totalement de tout l'effort du 20<sup>e</sup> siècle qui a été de favoriser l'établissement des filiations réelles. Cette possibilité de procréer sous X pourrait bien donner des idées à ceux qui ne se sont jamais résolus à la facilitation de l'action en recherche de paternité naturelle (proposition d'art. 340 : la paternité peut être judiciairement déclarée. Toutefois le père prétendu peut demander à ce que le secret de son identité soit préservé !).

L'arrêt rapporté, plutôt confus et désordonné, dont le commentaire complet sera effectué dans les rubriques spécialisées par des plumes plus compétentes, n'a pas condamné la France, compte tenu de l'effort courageux mais partiel accompli par la loi du 22 janvier 2002 qui a organisé la possibilité d'une réversibilité du secret en prévoyant la conservation des données généalogiques (sur quoi, V. not. M.-C. Le Boursicot, Consécration du droit à la connaissance de ses origines, RJPF 2002/3.11 et l'accès aux origines personnelles, AJ Famille 2003.86<sup>1</sup>). Mais c'est se contenter de peu puisque cette réversibilité est entièrement entre les mains de la mère dont l'enfant va donc dépendre. Il aurait été clair et courageux, quoique contestable, de dire que le droit au secret de la mère, élément de sa vie privée, prévaut sur le droit de l'enfant mais il fallait alors assumer les conséquences prévisibles de cette affirmation sur l'ensemble du droit de la filiation et renoncer à la théorie chère à la Cour européenne des droits de l'homme du juste équilibre. L'arrêt approuvé par 10 juges et désapprouvé par 7 est donc loin d'avoir fait l'unanimité. Après l'arrêt *Fretté* on peut se demander si le courage et la clarté ne sont pas en train de déserteur Strasbourg.

**Mots clés :**

FILIATION \* Droit de connaître ses origines \* Convention européenne des droits de l'homme \* Accouchement anonyme