

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par **l'Université Toulouse 1 Capitole**
Discipline ou spécialité : Sciences juridiques

Présentée et soutenue par **PELARD Gwenelle**
Le 5 Décembre 2016

Titre : ***L'introduction des familles de fait dans le droit de la famille***

JURY

Madame **Claire NEIRINCK**, professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole
Madame **Virginie LARRIBAU-TERNEYRE**, professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour
Monsieur **Jean-Jacques LEMOULAND**, professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour
Madame **Solange MIRABAIL**, Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole

École doctorale : *ED SJP : droit*

Unité de recherche : *Institut de droit privé*

Directeur de Thèse : *Madame Claire NEIRINCK, professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole*

« L'Université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du
candidat »

A toutes mes familles – de fait, de droit et aussi de cœur –.

Remerciements

Je remercie sincèrement Madame Claire Neirinck pour sa disponibilité et ses précieux conseils, qui ont fait d'elle une directrice exceptionnelle.

Je remercie tous les intervenants rencontrés durant mon cursus universitaire, ainsi que les personnes qui m'ont apporté leur aide et ont contribué à l'élaboration de cette thèse.

Je remercie mon cher mari, Mehdi, d'avoir été présent quand il le fallait.

SOMMAIRE

Sommaire	7
INTRODUCTION	13
Partie première : L'institutionnalisation acquise des couples de fait	24
Titre premier : La reconnaissance juridique des couples de fait	28
Sous-titre 1 : Le critère conservé et généralisé : une relation sexuelle entre deux personnes 29	
Chapitre I : L'altérité sexuée, élément indifférent à la reconnaissance des couples	31
Chapitre II : La sexualité, critère indispensable de la reconnaissance des couples	47
Sous-titre 2 : Le critère abandonné : la sexualité procréatrice	77
Chapitre 1 : La procréation maîtrisée	80
Chapitre 2 : Le rapport entre mariage et filiation ébranlé	98
Titre second : L'incidence de la reconnaissance juridique des couples de fait sur l'ordre social	112
Sous-titre 1: De l'inceste au fait incestueux	114
Chapitre I : Le couple et l'inceste	116
Chapitre II : L'enfant et l'inceste	140
Sous-titre 2 : De l'interdiction de la bigamie à polygamie de fait	162
Chapitre I : La répression de la bigamie	165
Chapitre II : Les limites à la répression de la bigamie	175
Partie seconde : La demande partiellement satisfaite d'accès à l'enfant	189
Titre premier : Accès à la filiation pour les couples de même sexe	193
Sous-titre 1 : L'accès refusé à la procréation médicalement assistée	195
Chapitre 1 : Le recours illicite à l'AMP pour les couples de femmes	196
Chapitre 2 : Le recours illicite à la GPA par les couples d'hommes	209
Sous-titre 2 : L'accès légal à la filiation fictive	227
Chapitre I : Les différentes formes d'adoption	228
Chapitre 2 : L'adoption et la loi du 17 mai 2013	240
Titre second : Accès aux droits parentaux pour les tiers	246
Sous-titre 1 : Les tiers privilégiés	248
Chapitre 1: les tiers familiaux privilégiés par la loi	249
Chapitre 2 : Les tiers privilégiés par une loi étrangère, les kafils	276
Sous-titre 2: Les tiers non privilégiés	297
Chapitre 1 : Ce que le droit permet: un rôle de nature parentale	299
Chapitre 2 : Ce que le droit refuse: un rapport de filiation	311
CONCLUSION GENERALE	318
Bibliographie	322
Index	348
Table des matières	353

Liste des principales abréviations

AJ Famille	L'Actualité juridique : famille
AMP	Assistance médicale à la procréation
ASE	Aide sociale à l'enfance
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : Chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : Chambre criminelle
c/	Contre
CA	Cour d'appel
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass.	Cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
Clunet	Journal de droit international
COC	Contraceptifs Oraux Combinés
Coll.	Collection
Comm.	Communication

Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
Corr.	Correctionnel
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSP	Code de la santé publique
CUC	Contrat d'Union Civile
D.	Recueil Dalloz
DH	Recueil Dalloz hebdomadaire (dans le recueil Dalloz), cité pour les références antérieures à 1941
DIP	Droit International Privé
Dir.	Direction
DIU	Dispositif Intra Utérin
Doct.	Doctrine
Dr. famille	Revue de droit de la famille
éd.	Edition
ENM	Ecole Nationale de la Magistrature
et s.	Et suivants
ex.	Exemple
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GPA	Gestation Pour Autrui
Infra	Ci-dessous
IVG	Interruption Volontaire de Grossesse
JAF	Juge aux affaires familiales
JCP	Jurisqueleur périodique (Semaine juridique)
JCP G	Jurisqueleur périodique édition générale
JO	Journal Officiel
L.	Loi

LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites affiches
Obs.	Observations
op.cit.	Opere citato
précit.	précité
Ord.	Ordonnance
p.	Page
PACS	Pacte Civil de Solidarité
PUAM	Presse Universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presse Universitaire de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
Rép. Civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rev.	Revue
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de la cassation
RDP	Revue de droit pénal
RHD	Revue historique de droit français et étranger
RJPF	Revue juridique personne famille
RSC	Revue de sciences criminelles
RTDciv	Revue trimestrielle droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen (Sirey)
Soc.	Social
Supra	Ci-dessus
TGI	Tribunal de Grande Instance
t.	Tome
TI	Tribunal d'Instance

V.	Voir
V°	Mot

INTRODUCTION

1. Jean Carbonnier précisait « Familles. Les savants d'il y a cent ans se demandaient d'où elle venait ; ceux d'aujourd'hui se demandent plutôt où elle va. »¹ La famille, sujette à polémiques, est au cœur des préoccupations d'un grand nombre d'intellectuels.

D'origine latine, le terme « *familia* » désignait l'ensemble des serviteurs vivant dans un même foyer² et par extension, les personnes apparentées vivant dans ce même foyer³. Elle a par la suite évolué dans le sens d'un rétrécissement autour de la « *domus* »⁴ à l'image de la Sainte famille⁵.

Les défenseurs du traditionalisme familial⁶ naturalisaient la famille. Ils en faisaient une cellule de base de la société, lui donnant une structure intemporelle⁷. Ceux que l'on

¹ Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, éd. Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris 1988, 6^e éd., p. 179 et 206.

² *Famulus* signifie serviteurs.

³ Catherine GASSEAU, *Droit de la famille et de l'enfant à l'usage des travailleurs sociaux et professionnels de la famille*, éd. Vuibert, 2007, coll. "Social en pratiques", p. 33.

⁴ *Domus* signifie le foyer.

⁵ Claire NEIRINCK (sous la dir.), *Droit de la famille*, éd. Ellipses, 2007, 2e éd., coll. "Tout le droit", p. 10.

⁶ Louis Gabriel Ambroise, vicomte DE BONALD, *Du divorce considéré au XIX^e siècle*, 1801.

qualifiait d'anarchistes⁸ réduisaient la famille à un espace contractuel et à une construction positive⁹. Si la famille est au cœur de cette « querelle » idéologique du 19^e siècle, c'est parce qu'elle est une réalité de toutes les époques qui subit les effets de la modernité. La modernité du XX^e siècle s'exprime par un individualisme et un hédonisme grandissants. L'introduction de ces tendances dans le droit de la famille signifie que celle-ci n'est plus vécue comme institution. Désormais elle dépend des individus qui la composent et des lois qu'ils se donnent pour la constituer ou la dissoudre¹⁰.

Ainsi, en raison des progrès scientifiques – contrôle et maîtrise de la procréation – et de l'émergence de nouvelles valeurs – individualisme, recherche du bonheur et consécration des droits subjectifs –, il n'est plus question de la famille mais des familles. Le législateur a pris en considération cette évolution terminologique en rebaptisant le code de la famille et de l'aide sociale en code de l'action sociale et des familles¹¹.

Parce que la famille s'annonce un terme à dimensions multiples, il semble difficile de lui donner une définition unique englobant toutes les situations familiales.

Deux sens de la famille peuvent être retenus : un sens étroit juridique et un sens large plus sociologique.

Au sens étroit la famille s'entend comme toutes les personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance. Le lien de parenté unit les personnes qui descendent les unes des autres -parenté en ligne direct- ou d'un auteur commun – parenté en ligne collatérale –. Ce lien peut être biologique – filiation par procréation – ou fictif – filiation adoptive –. Le lien d'alliance correspond aux liens qui prennent appui sur le mariage¹².

⁷ Jean-Philippe PIERRON, « La famille, entre tradition et modernité : comment les droits fondamentaux font-ils évoluer le droit de la famille ? », In Hugues FULCHIRON (sous la dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, éd. Dalloz, 2009, PARIS, coll. « thèmes et commentaires actes », p. 200.

⁸ Alfred Naquet et la loi sur le divorce en 1884.

⁹ Jean-Philippe PIERRON, « La famille, entre tradition et modernité : comment les droits fondamentaux font-ils évoluer le droit de la famille ? », In Hugues FULCHIRON (sous la dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, op.précit, p.200.

¹⁰ Anne-Marie LEROYER, *Droit de la famille*, éd. PUF, 2011, coll. « Licence droit », p. 25.

¹¹ Claire NEIRINCK (sous la dir.), *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, éd. Erès, 2003, p. 22. Pourtant en droit civil il n'existe qu'une seule notion de famille, prenant appui sur la mariage et la parenté.

¹² Claire NEIRINCK (sous la dir.), *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, op.précit, p. 23.

Au sens large ce sont les personnes vivant sous le même toit grâce au mêmes ressources, comportant les père et mère, les enfants et parfois les petits enfants et collatéraux¹³. Le législateur et le juge prennent de plus en plus en considération les nouvelles familles, et notamment les familles de fait. Le terme famille de fait quant à lui désigne le fait de vivre ensemble sous un même toit et semble reposer sur des considérations socio-affectives¹⁴.

2. Les rédacteurs du code civil de 1804 n'ont pas donné de définition légale du mariage. Ils ont seulement énuméré les éléments essentiels de son existence et de sa validité qui sont : la communauté de vie, une sexualité présumée, la différence des sexes et la nubilité, l'interdiction de l'inceste, le respect de la monogamie et le caractère public de cette cérémonie privée.

En avril 1792, les députés cherchèrent une définition du mariage civil¹⁵. De nombreux orateurs proposèrent chacun leur définition. Mais aucune définition ne semblait satisfaisante ; à cette époque le caractère indissoluble ou non du lien matrimonial faisait seul débat¹⁶. Un député proposa « *le mariage est un contrat civil qui unit pour vivre ensemble deux personnes de sexe différent* »¹⁷. Et l'assemblée de s'esclaffer. Elle préféra se passer de définition du mariage plutôt que de se ridiculiser en disant que c'est une union entre deux personnes de sexe différent, « *chacun étant censé savoir ce qu'est le mariage* »¹⁸. Il semblait, en effet, évident jusqu'à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe que tout le monde savait ce qu'était le mariage.

¹³ Catherine GASSEAU, Droit de la famille et de l'enfant à l'usage des travailleurs sociaux et professionnels de la famille, op.cit, p. 33 et 34.

¹⁴ Claire NEIRINCK (sous la dir.), *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, op.cit, p.23.

¹⁵ Irène THERY, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Revue de Droit de la famille*, n° 7-8 juillet-Août 2013, p. 10.

Martine SEGALIN, *Eloge du mariage*, éd. Gallimard, 2003, coll. « Découvertes Gallimard – Culture et société », p. 52-53.

Le mariage devient un acte civil à partir de 1792 : un mariage laïc est institué à la mairie, avec son enregistrement à l'état civil. Le mariage civil est différent du mariage religieux.

¹⁶ Irène THERY, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », op.cit, p. 10.

Martine SEGALIN, *Eloge du mariage*, op.précit., p. 52-53. Le 20 septembre 1792, les députés « *votent deux lois décisives qui laïcisent l'état civil et transforment définitivement le mariage, qui cesse d'être une union indissoluble grâce à l'introduction d'un divorce extrêmement libéral. Considéré comme un acte ne relevant que de la volonté des consciences, le mariage est désormais un contrat dissoluble* ».

¹⁷ Irène THERY, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », op.cit, p. 10.

¹⁸ Ibid.

Autrefois, le mariage était conçu comme « *un moyen culturel de remettre de l'ordre dans le désordre naturel de la sexualité et de la procréation en même temps que de définir les statuts et les rôles* »¹⁹. Cette conception sociale du mariage s'est progressivement effacée. Depuis la Révolution, seul le mariage civil a une valeur juridique. Autrefois, le mariage était un sacrement indissoluble qui donnait à la procréation une qualité essentielle et s'agissait de la filiation légitime. Aujourd'hui, et plus précisément depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, le mariage qui repose sur la volonté des époux consacre l'amour que deux personnes se portent et leur sexualité plus nécessairement procréatrice.

3. Avec l'entrée en vigueur de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, on assiste à une recherche d'une égalité de droits entre les enfants quel que soient les conditions de leur naissance. Par ailleurs la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale énonce que « *tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux* »²⁰. Cependant ce n'est que l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation qui a supprimé les notions de filiation légitime et filiation naturelle dans le code civil²¹. En conséquence, le mariage avait perdu son rôle particulier dans la filiation.

Le principe d'égalité de droits entre les filiations légitime et naturelle énoncé dans la loi n° 72-3 du 3 juillet 1972 connaissait une exception. En effet, *l'enfant naturel dont le père ou la mère était, au temps de la conception engagé dans les liens du mariage avec une autre personne voyait ses droits diminués lorsqu'il venait à la succession de son auteur en concours avec le conjoint victime de l'adultère ou les enfants légitimes issus de ce mariage*²².

La France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme ; cette dernière a jugé discriminatoire la règle selon laquelle l'enfant adultérin était évincé de la succession²³. A la suite de cette condamnation, la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001

¹⁹ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat et au-delà », In *Le Droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Roland GANGHOFER (sous la dir.), éd. Presse universitaire de Strasbourg, 1992, coll. « Collection les publications de la Maison des sciences de l'homme de Strasbourg », p. 215.

²⁰ Article 310-1 du code civil, ancien article 334 du code civil.

²¹ Jacques MASSIP, le nouveau droit de la filiation, édition Defrénois 2006, p. 7.

²² Jacques MASSIP, le nouveau droit de la filiation, op.précit., p. 7.

²³ CEDH, 1 février 2000, MAZUREK contre France, Defrénois 2000, art.377719, n°29, p. 654, obs J. MASSIP.

relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins a abrogé cette disposition.

4. Ces liens juridiques qui construisent la famille ne suffisent plus à contenir la créativité des liens en cours – composition, décomposition, recomposition, sur-composition familiale –. Depuis que les hommes ont inventé cette institution, le mariage était intimement lié à la procréation et par voie de conséquence à la filiation.

Cependant si cette famille traditionnelle et institutionnelle perdure, elle est confrontée et ébranlée par une réalité et des prétentions nouvelles. Guy RAYMOND, dans son ouvrage *Ombres et lumières sur la famille*, définit les familles de fait comme des familles qui vivent sous le même toit, cohabitent, sans pour autant au regard du droit constituer une famille²⁴. La famille de fait est une « famille par les sentiments »²⁵. Le fait s'oppose au droit et aux valeurs et à la normativité. Ces familles sont dans le non-droit²⁶. Le non-droit ce n'est pas la violation du droit, ce n'est pas l'anti-droit. Ce que la sociologie entend par non-droit, c'est quelque chose d'autre que le droit, qui cependant peut avoir la même fonction que le droit, à défaut de droit, à la place du droit, la fonction de réguler, de modérer les comportements humains, de faire régner l'ordre et la paix dans la société²⁷. Cependant en matière de famille, il n'y a pas de défaut de droit. Le non-droit vient concurrencer le droit en prétendant y entrer.

5. La famille juridique fait l'objet de profonds changements, liés à l'évolution des mœurs. Ces bouleversements correspondent en partie à l'ébranlement du mariage. L'instabilité de la famille juridique a conduit le législateur à reconnaître d'autres formes d'unions. Ainsi, le concubinage et le pacte civil de solidarité²⁸ viennent de plus en plus « concurrencer » le mariage. Il est question de conjugalité, qui est le propre du couple. Les deux mots ont des origines voisines. « Conjugalité » vient de *con-jugium* qui signifie « joug-commun », lien, c'est-à-dire le lien qui attache les bœufs de l'attelage. « Couple » vient de *copula* qui signifie également lien²⁹. Par conséquent, la conjugalité concerne le couple, la vie de deux êtres qui ont ensemble le projet de vivre ensemble.

²⁴ Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, éd. Bayard Centurion, 1999, coll. « Questions en débat », p. 56.

²⁵ Florence EVANO, « Les grands-parents et l'autorité parentale », *Revue juridique Ouest* 2011/1, p. 21.

²⁶ Sur le non-droit cf. Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, éd. Defrénois, 1995, p. 181. Carbonnier évoquait le droit et le non-droit, le factuel et le juridique correspondent à la même problématique.

²⁷ Jean Carbonnier, « Paroles de Jean Carbonnier. Propos retranscrits par Raymond Verdier », *Droit et cultures*, 48 | 2004-2. <http://droitcultures.revues.org/1820>

²⁸ PACS.

²⁹ Alain REY (sous la dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, éd. Le Robert, 1995, p. 513. Couple est issu du latin *copula* « lien, chaîne », « groupe de deux personnes unies par l'amitié ou l'amour ».

Les époux, pendant longtemps, ont été considérés comme les seuls conjoints. La loi de bioéthique du 29 juillet 1994 a étendu le terme de couples à tous les couples composés d'un homme et d'une femme, mariés ou non.

Comme le précise Jean Hauser, le mot couple peut recouvrir deux techniques juridiques différentes. Il peut s'agir d'une définition « constatation de l'existence » qui conduit seulement à imposer une procédure ou une autre, afin d'enregistrer l'évènement de la constitution d'un nouveau destinataire de droit³⁰. Ou bien il peut s'agir, d'une définition « constatation d'un contenu », qui suppose un jugement de valeur et un tri entre les couples dont on veut faire le destinataire du droit³¹.

Il existe ainsi une version « haute » et une version « basse » du couple. La version « haute » a prévalu, jusqu'à la deuxième Guerre Mondiale, celle de couple légalement défini, stable et procréateur. Cette version n'a pas disparu, elle s'est élargie. La version « basse », quant à elle, tient compte des modes de vie, de la durée de vie. Le couple est en recherche d'une légitimité sociale et donc juridique³². Conformément à ces définitions nous constatons que les couples non mariés correspondent à la version basse. Ainsi, mariage, PACS et concubinage coexistent. On qualifie de couple deux personnes de sexes différents ou de même sexe vivant ensemble et unies par des relations affectives stables et continues³³. Il existe une variété de relations stables et continues. Le PACS a écarté, en quelque sorte, la définition de la version haute du couple. La loi relative à l'entrée en vigueur du pacte³⁴ a changé le contenu du couple. En effet, il n'est fait aucune référence à la sexualité dans la loi. Si les critères du nombre de partenaires, et de la vie commune sont explicites et clairement énoncés³⁵, il n'en est pas de même pour la sexualité. La sexualité dans les unions hors mariage est implicite.

Il est difficilement concevable de parler de couple quand les amoureux dépassent le nombre de deux. En effet, la grande majorité de la doctrine précise que les personnes

³⁰ Jean HAUSER, « La notion juridique du couple en question. Face à une nouvelle organisation sociale », *Informations sociales*, 2005/2, n°122, p. 18 « le destinataire de droits n'est pas en droit français, une personne morale autonome malgré certaines propositions doctrinales. »

³¹ Jean HAUSER, « La notion juridique du couple en question », op.cit., p.18.

³² Jean HAUSER, « La notion juridique du couple en question », op.cit., p. 22.

³³ Hervé LECUYER, « Rapport introductif », In Clotilde BRUNETTI-PONS (sous la dir.), *La notion juridique de couple*, éd. Economica, 1998, coll. « Etudes juridiques dirigées par Nicolas Molfessis », p.2 et s.

³⁴ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

³⁵ Article 515-1 code civil « un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».

formant un couple ne peuvent être que deux³⁶. Des termes ont été inventés, afin de nommer le moins maladroitement possible les relations amoureuses à plusieurs. En effet, sont proposés les troupes³⁷, les poly-amoureux³⁸. Le troupe est un néologisme formé à partir des mots « couple » et « trio ». Ce phénomène s'observe depuis peu chez certains homosexuels³⁹. Pour former un troupe, il faut d'abord être en couple. Le poly-amour⁴⁰, quant à lui, se définit comme « la volonté, la pratique ou l'acceptation de vivre en relation amoureuse impliquant plus de deux personnes avec la pleine connaissance de chaque personne concernée. Cette liberté sentimentale s'accompagne néanmoins d'un comportement qui se veut honnête, transparent, respectueux et responsable »⁴¹. Le poly-amour est le terme contemporain désignant la polygamie ; son caractère consensuel le distingue de l'adultère ou de l'infidélité. La polygamie se définit comme le fait d'avoir une pluralité d'épouses pour un homme ou d'époux pour une femme ; elle englobe en ce sens la polygynie, pluralité de femmes, et la polyandrie, pluralité de maris, système social plus rare⁴². Le poly-amour correspond à une relation polygamique sans lien institutionnel. Sauf à instituer la polygamie, la relation multipartenaires⁴³ ne forme pas un couple. Les couples peuvent se succéder après s'être détruits, mais ils ne peuvent pas coexister, du moins pas juridiquement⁴⁴. Il est impossible dans un système monogamique de supporter la pluralité des liens d'amour ou de partenaires sexuels⁴⁵. De ce fait, il est impossible de parler de couple au sens juridique du terme lorsque les sentiments et la sexualité sont partagés par plus de deux personnes. Ainsi, le « ménage à

³⁶ Jean-Pierre MARGUENAUD, « L'accès à la vie de couple sous l'éclairage de la CEDH », In Claire NEIRINCK (sous la dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, actes colloque 2007, éd. PUAM, 2008, p. 97.

³⁷ www.elle.fr/Love-Sexe/Sexualite/Dossier/Apres-le-couple-le-troupe-1970926

³⁸ Reportage enquête exclusive : la polygamie : au cœur de l'interdit, diffusé sur M6 le 29 mai 2011.

³⁹ www.elle.fr/Love-Sexe/Sexualite/Dossier/Apres-le-couple-le-troupe-1970926 « cette triangulation-là, qui est pour moi, le début d'une famille, me convient parfaitement, avance Frédéric. J'y ai trouvé une forme de complétude. J'aurais du mal aujourd'hui à vivre à deux, car il y a moins de diversité, moins d'interactivité aussi. Il n'y a pas l'angoisse de la rupture non plus, car, à trois c'est plus difficile de se séparer qu'à deux, car il y en a toujours un qui tempère. »

⁴⁰ Terme d'origine québécoise.

⁴¹ www.polyamour-quebec.ca

⁴² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF, 8^e éd., 2007, p. 692 ; Robert DELIEGE, *Anthropologie de la famille et de la parenté*, éd. Armand Colin, 3^e éd., 2011, coll. « Cours sociologie », p. 110-111.

⁴³ André BEJIN, « Les couples français sont-ils fidèles ? », In *La famille malgré tout*, dirigé par Gérard NEYRAND, éd. Corlet, 1996, coll. « Panoramiques », p. 68.

Multipartenaires : « personne vivant en couple ou non, qui ont eu, successivement ou simultanément, plusieurs partenaires sexuels au cours d'une période donnée. »

Infidèles : « personne vivant en couple (marié ou non) et ayant eu au cours d'une période donnée, d'autres partenaires que leurs conjoints. »

⁴⁴ Catherine LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », In Clotilde BRUNETTI-PONS (sous la dir.), *la notion juridique du couple*, op.cit, p. 85.

⁴⁵ Catherine LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », In Clotilde BRUNETTI-PONS (sous la dir.), *la notion juridique du couple*, op.cit, p. 85.

trois » ne peut former un couple. En effet, il s'agit d'un dépassement du couple. C'est une union libre qui ne peut pas être qualifiée de concubinage⁴⁶.

6. Les abus de vocabulaires sont de plus en plus fréquents. Dans les familles de fait, le vocabulaire est dévoyé. Par exemple, un(e) concubin(e) présente son ami(e) comme sa ou son "fiancé(e)", alors qu'il n'y a aucune promesse de mariage. De même, le compagnon de la mère célibataire est qualifié de beau-père de l'enfant, terme pourtant réservé au mari de la mère remariée. Il est important d'attribuer à chaque situation familiale de nouveaux termes juridiques ou sociologiques. Nous recensons parmi ces termes, les termes de : quasi parent, apparemment issu du droit belge, parentalité, parent social, parentalisation, parentalisme, parentage issu du droit québécois, pluri-parenté, pluri-parentalité, enfantalité, conjugalité, multipartenaires, trouple, polygamie successive, poly-amoureux, familialisme.

Et si tout le problème ne résidait pas dans l'absence de définition juridique de la famille ? Aujourd'hui les revendications sociétales portent sur le rattachement à une catégorie, et cela est particulièrement vrai pour la famille. Nombreux sont ceux qui veulent se définir comme une famille, car il y a là une recherche d'identité. L'univers familial est plus qu'une référence, c'est une valeur. Il faut savoir mettre des mots sur des situations pour assurer leur reconnaissance, même si elles sont immorales, interdites, ou temporaires. Il est donc demandé au législateur de dégager de nouveaux critères fondant la famille.

7. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme assure le respect de la vie privée et familiale⁴⁷. Le contenu de cet article demeure largement indéterminé et alimente sans cesse de nombreux commentaires⁴⁸. Le droit au respect de la vie privée est individuel. Il profite non au couple en tant que tel, mais à chacun de ses membres pris individuellement⁴⁹. C'est principalement à partir des années 1980 que la Cour des droits de l'Homme s'est engagée dans la voie de la protection de la vie familiale. Plusieurs parlementaires européens ont interpellé les institutions communautaires sur

⁴⁶ Xavier LABBEE, *Le droit commun du couple*, éd. Presses universitaires du Septentrion, 2^e éd., 2010, coll. « Droit/Manuels », p. 44.

⁴⁷ Article 8 Convention européenne des droits de l'Homme : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale ».

⁴⁸ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'Homme », *Revue internationale de droit comparé*, volume 44, n° 4, octobre-décembre 1992, p. 769.

⁴⁹ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'Homme » in *Revue Internationale de droit comparé*, op.précit, p. 767 et s. - F. RINGEL, « Vie privée ? Vie familiale ? Les difficultés d'application de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme à l'homosexualité et au transsexualisme », *R.R.J.*, 1999, p. 1049 et s.

des sujets tels que la situation des pères et mères seuls en Europe, la discrimination en matière de filiation entre les mères célibataires et les femmes mariées, les familles monoparentales⁵⁰. En 1989, le Parlement européen adopte une première résolution sur la politique familiale en Europe⁵¹. Cependant, il a fallu attendre le 29 septembre 1989 pour que les ministres chargés de la famille, réunis au sein du Conseil, adoptent un premier texte relatif aux politiques familiales⁵². La notion de vie familiale s'est développée pour répondre aux situations les plus diverses. Il s'agit d'une notion autonome. La technique de la notion autonome permet d'élargir le champ d'application de la vie familiale⁵³. La Cour européenne en fait une interprétation évolutive. La formulation de l'article 8 place la vie familiale au cœur de la sphère privée où elle est supposée s'exercer librement, à l'abri des ingérences de l'Etat. Cependant, cet article ne prévoit pas de droit explicite à fonder une famille, par exemple en contractant un mariage ou en ayant des enfants⁵⁴.

Par définition, la vie familiale fait partie de la sphère d'intimité de chaque individu et relève de ses choix⁵⁵. La notion de vie familiale diffère de celle de vie privée dans la mesure où elle implique l'existence d'une famille⁵⁶. Il y a vie familiale quand existent des liens personnels étroits entre les parties. Les juges de la Cour de Strasbourg adoptent une approche au cas par cas⁵⁷. Ainsi, à travers le principe de respect du droit à la vie privée et familiale, la Cour européenne assure l'encadrement juridique des familles de fait.

8. Si les familles sont factuelles, c'est parce qu'elles ne remplissent pas *a priori* les conditions qui en feraient des familles selon le droit. Pour les faire entrer dans le droit, il faut donc soit abandonner certains critères – ceux qui bloquent l'accès au droit – soit conserver le même vocabulaire mais en changer son contenu. Ouvrir la famille juridique aux familles de fait n'est pas sans conséquence. En effet, les deux institutions – mariage

⁵⁰ Christophe DEGRYSE, *Dictionnaire de l'Union européenne*, préface de Paul Collovald, éd. De Boeck, 3^e éd., 2007, p.385.

⁵¹ Résolution sur la politique famille dans la Communauté, Journal officiel n° C 184 du 11 juillet 1983, p.116.

⁵² Conclusions du Conseil et des ministres chargés de la famille, réunis au sein du Conseil du 29 septembre 1989 concernant les politiques familiales.

⁵³ Adeline GOUTTENOIRE, « Les droits et obligations découlant de la vie familiale », In Jean-Jacques LEMOULAND et Monique LUBY (sous la dir.), *Le droit à une vie familiale*, éd. Dalloz, 2007, coll.

« Thèmes et commentaires Actes », p. 77.

⁵⁴ L'article 12 de la CEDH garantit le droit de se marier et de fonder une famille.

⁵⁵ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'Homme », op.cit, p. 773.

⁵⁶ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'Homme », op.cit, p. 774.

⁵⁷ Ursula KILKELLY, « Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », Précis sur les droits de l'Homme, n°1 echr.coe.int/NR/rdonlyres/697D579F-D3EE-4CC5-91FA-4FF91F9D6A37/0/DG2FRHRHANDO12003.pdf

et filiation – qui la constituent en sont nécessairement modifiées. En particulier des conditions ou des considérations autrefois essentielles sont abandonnées ou transformées puisque les mots utilisés ne désignent plus la même réalité. Il faut changer l'institution, le sens des mots. La famille traditionnelle doit s'ouvrir aux nouvelles familles - peut-elle le faire sans disparaître ? Peut-on conserver les fondements traditionnels en les adaptant aux situations nouvelles ? A défaut, le cadre traditionnel doit-il disparaître pour faire place à un nouveau cadre profondément différent ?

9. Les revendications semblent se multiplier. De ce fait, il y a un véritable intérêt à traiter ce sujet. Nous pouvons même dire qu'il y a urgence car la fraude est utilisée pour réaliser l'idéal familial recherché⁵⁸. Les juges y sont confrontés. La fraude, en effet, semble être devenue le moyen le plus sûr de réaliser son rêve de bonheur. Cependant, ces fraudes ruinent le système juridique. Dans la majorité des cas, l'enfant qui est au cœur de ces revendications familiales en devient la première victime. La procréation est au cœur de ces réalisations.

10. La relation amoureuse est première. Elle est le socle de cette évolution. Antérieurement le mariage – qui consacrait le couple – ne consacrait pas l'amour que deux personnes se portaient. Il était l'acte fondateur de la famille car il permettait d'encadrer les conséquences d'une sexualité procréatrice. Les époux annonçaient les parents qu'ils pouvaient devenir. Le mariage, désormais, est présenté comme la reconnaissance sociale de l'amour conjugal. Cependant, de l'analyse antérieure du couple on ne retient que la sexualité qui est désormais le critère commun de toute reconnaissance légale des couples. Cet élément objectif sert de révélateur de l'amour; ce dernier est indifférent à la dimension procréatrice ou non de la sexualité qu'il révèle. Ouvert à tous les couples indépendamment de leur composition hétérosexuelle ou homosexuelle, le mariage a été officiellement et définitivement coupé de la procréation. Ainsi les couples antérieurement de fait ont fait leur entrée dans le mariage. (1^o partie : L'institutionnalisation acquise des couples fait)

Cependant cette reconnaissance statutaire ne garantit pas le couple dans sa pérennité. L'enfant est en effet appelé à jouer un rôle nouveau: il permet par

⁵⁸ Exemples du recours aux mères porteuses et des inséminations artificielles des couples de femmes pratiquées à l'étranger.

« Nos contemporains semblent vouloir à la fois moins de droit et plus de droits, moins de juge et plus de procès, moins de règles et plus de normes. » Irène THERY, "Le problème du démariage3, in *La famille malgré tout*, dirigé par Gérard NEYRAND, op.cit., p.19.

l'établissement de liens de filiation, qui le rattache à chacun de ses deux parents, d'inscrire le couple qu'ils forment dans la durée. Le partage de l'enfant entre le parent procréateur et son partenaire non procréateur – conjoint ou non – devient crucial, justifié également par l'affection. A défaut de se voir reconnaître comme parents, ceux qui vivent avec le parent de l'enfant et ce dernier – qui sont juridiquement des tiers, c'est-à-dire des "sans droits" – réclament le bénéfice de certains droits parentaux, également fondé sur le vivre ensemble dont on déduit une relation affective. (2° partie: la demande partiellement satisfaite d'accès à l'enfant)

PARTIE PREMIERE :

L'INSTITUTIONNALISATION

ACQUISE DES COUPLES DE FAIT

11. Les familles de fait ont considérablement augmenté ces dernières années. Ce phénomène s'explique par l'évolution des mœurs, directement ou indirectement associée à la montée en puissance de l'individualisme et à la maîtrise de la procréation. Le phénomène de multiplication de ces familles a donné lieu à des revendications de plus en plus nombreuses au fil des années qui ont ébranlé les principes fondateurs du mariage. Pendant de nombreuses décennies, le mariage reposait essentiellement sur deux principes fondamentaux⁵⁹ qui correspondaient aux clés de voûte de la famille : le

⁵⁹ Un principe fondamental est un principe général, qui, bien que n'étant pas explicitement énoncé dans les textes de valeur constitutionnelle, est reconnu par le Conseil constitutionnel comme s'imposant au législateur comme ayant la même force qu'eux, et s'imposant donc au législateur. Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 15^e éd. Dalloz, 2005, p. 491.

En droit, le terme « principe » renvoie à une origine ou à un commencement, puis à partir de la Renaissance à une règle de conduite. Ainsi, le principe est une notion scientifique fondamentale pour Montaigne. Cependant, Renan en 1833 y voit un commencement.

principe monogamique et le principe de l'hétérosexualité qui lui permettait d'encadrer la procréation qu'elle permet. Depuis l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, le principe fondamental de l'hétérosexualité est supprimé. Les principes fondamentaux de la famille s'articulent autour de la sexualité et, dans certains cas, autour de la procréation.

12. Les récentes réformes en droit de la famille ont marqué le passage d'un couple potentiellement procréateur à un couple ayant des relations sexuelles. Ce passage a remis en cause les règles relatives à la filiation mais aussi celles liées à l'ordre social. L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a établi un nouveau mariage, reposant essentiellement sur un rapport affectif. Néanmoins, l'institution même du mariage reste inchangée. En effet, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel, le mariage doit être célébré devant un officier d'état civil. Toutefois, les conséquences quant à la filiation sont différentes selon qu'il s'agit d'un mariage hétérosexuel ou d'un mariage homosexuel. Seul le mariage hétérosexuel demeure lié à la filiation⁶⁰, ce qui justifie que la présomption de paternité soit conservée. Elle est écartée dans le mariage homosexuel. Parce que la procréation entre deux hommes ou deux femmes est impossible, la présomption de paternité supputant une présomption de procréation ne peut s'appliquer. La distinction filiation naturelle/filiation légitime a désormais fait place à une nouvelle distinction : filiation biologique/filiation fictive. Ainsi, le législateur, dans son article 6-1 du code civil, organise une double législation matrimoniale : l'une est réservée aux époux hétérosexuels en lien avec la filiation biologique alors que l'autre est applicable à tous les époux : la filiation fictive. L'altérité sexuée⁶¹ est abandonnée comme principe fondamental du mariage et de la filiation fictive. Il n'en demeure pas moins que pour valider le mariage pour les couples de personnes de même sexe, le législateur a en réalité superposé deux formes d'union qui ne coïncident pas exactement: le mariage traditionnel hétérosexuel – qui ne comporte aucune restriction quant à son ouverture sur la filiation – et un mariage réservé aux couples de personnes de même sexe qui ne peut prétendre qu'aux filiations adoptives.

Jean-Marie PONTIER (sous la dir.), *Les principes et le droit*, éd. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, coll. « Ecole Doctorale Sciences juridiques et politique », p. 171 ; principe du latin *principium*.

⁶⁰ Article 6-1 du code civil.

⁶¹ L'altérité sexuée s'entend comme la différence des sexes et plus largement elle correspond à l'hétérosexualité.

L'adjectif « sexuel » doit être réservé aux relations sexuelles et l'adjectif « sexué » à l'individu sexué.

Colette CHILAND, « Enfants de transsexuels ou le sexe et le genre revisités », *Le Quotidien du médecin*, n° 9219, 8 février 2013.

13. Le législateur français encadre la relation sexuelle dans le couple matrimonial. Cet encadrement puise son fondement dans l'idéologie morale exprimée par les stoïciens, reprise par la suite par les chrétiens⁶². Il repose sur deux principes associés à la procréation: le mariage incestueux est interdit⁶³ – encadrement négatif – et la sexualité matrimoniale est obligatoire – encadrement positif –. Lorsque la sexualité matrimoniale est procréatrice, la présomption de paternité s'applique⁶⁴, donnant à l'enfant un père et une mère. Cette dernière est propre au mariage. Or, depuis l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, le mariage se détache de plus en plus de la procréation faisant ainsi perdre tout sens au principe d'encadrement de la sexualité matrimoniale. C'est parce que la sexualité peut être procréatrice qu'elle nécessite un encadrement. Les tendances étant inversées, autrement dit la sexualité n'étant plus nécessairement procréatrice, le cadre devient secondaire. Le couple qui devait être potentiellement procréateur autrefois est devenu un couple ayant des relations sexuelles. Cette évolution a perturbé l'ordre social lié à l'interdiction de l'inceste. En effet, les faits incestueux -de moins en moins visibles- ne peuvent être sanctionnés. En revanche, le déclin de l'interdiction de la polygamie n'est pas lié à la réforme du 17 mai 2013. Il avait commencé avec le divorce et la polygamie factuelle qu'il permet ; la réforme a confirmé l'idée que l'interdiction de la polygamie se justifie de moins en moins avec un mariage détaché de la procréation.

14. La suppression de l'altérité sexuée dans le mariage ébranle les exigences de fait sur lesquelles le mariage prenait appui : une sexualité potentiellement procréatrice. La sexualité est le dénominateur commun des principes et des interdits matrimoniaux. Elle est obligatoire sans pour autant être nécessairement procréatrice (Titre premier: la reconnaissance juridique des couples de fait). Il s'agit d'un critère constitutif du couple. La sexualité doit être socialement acceptable mais qu'entend-t-on par ordre social ? Parce que la procréation se détache du mariage, pourquoi ne pas supposer que les interdits liés à la procréation se détachent eux aussi du mariage ? Les interdits d'inceste

⁶² Philippe ARIES, « L'amour dans le mariage », *Communications*, 35, 1982, p. 118-119.

⁶³ Article 161 du code civil : « *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne.* »

Article 162 du code civil (L. 1^{er} juill. 1914 ; L. n° 75-617 du 11 juill. 1975 ; Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005) : « *En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur.* »

Article 163 du code civil (L. n° 72-3 du 3 janv. 1972 ; Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005) : « *Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.* »

⁶⁴ Article 312 du code civil (L. n° 72-3 du 3 janv. 1972) : « *L'enfant conçu (Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005) « ou né » pendant le mariage a pour père le mari* ».

et de polygamie sont-ils en déclin ? (Titre second: l'incidence de la reconnaissance juridique des couples de fait sur l'ordre social).

TITRE PREMIER : LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DES COUPLES DE FAIT

15. Il est possible de sélectionner une relation dans le but d'avoir des rapports sexuels ou de ne pas en avoir, pour avoir des enfants ou non, ou encore pour contracter un mariage, vivre en concubinage ou être pacsés. Le législateur encadre les conséquences de la procréation, qui sont la filiation et la prise en charge de l'enfant. Le législateur continue de distinguer les couples selon leur orientation sexuelle, non pas quant à leur accès à la conjugalité, mais quant à leur accès à la parenté, notamment au travers de l'établissement de la filiation biologique.

La sexualité s'impose logiquement comme étant l'élément constitutif du couple. Ainsi, sans sexualité ou sans potentialité de la sexualité il est impossible de parler de couple. Cette approche se vérifie aussi bien dans les unions matrimoniales que dans les unions hors-mariage. (Sous-titre 1) L'abandon du critère de la sexualité procréatrice dans la conjugalité s'est opéré progressivement par le biais de plusieurs réformes, dont la plus récente date du 17 mai 2013. (Sous-titre 2)

SOUS-TITRE 1 : LE CRITERE

CONSERVE ET GENERALISE : UNE

RELATION SEXUELLE ENTRE DEUX

PERSONNES

16. Les deux lois⁶⁵ du 29 juillet 1994 réglementant la procréation médicalement assistée ont été les premières à définir le couple. L'article L. 2141-2 alinéa 3 du code de santé publique exige que le couple demandeur d'une AMP remplisse trois conditions. Le couple doit être hétérosexuel, marié ou concubin, en âge de procréer et vivant. La notion de couple est entrée ultérieurement dans le code civil. En effet, l'article 515-8 du code civil précise : «Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. » La notion juridique de couple permet de désigner toutes les formes de conjugalité, désormais reconnues par le droit⁶⁶, qui sont indifférentes à sa composition sexuée. Ces références ainsi que les imprécisions du langage font de la notion de couple un concept flou et empêchent une approche unitaire⁶⁷. De ce fait, il est plus approprié d'employer le pluriel et de parler des

⁶⁵ Loi n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994.

⁶⁶ Hugues FULCHIRON, « Couples, mariage et différence de sexe : une question de discrimination ? » In *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 29.

⁶⁷ Ismérie DEL VALLE LEZIER, « Solidarité dans les couples : les aspects civils », *Revue française des affaires sociales*, 4/2005, p. 81.

couples⁶⁸. Les époux forment des couples institutionnels fondés sur la volonté et l'institution, alors que les partenaires et concubins sont des couples fondés uniquement sur la volonté de vivre ensemble. Les concubins n'ont pas de lien juridique entre eux, à la différence des partenaires qui sont tenus par un lien contractuel, à la différence des époux qui le sont par le lien du mariage. Néanmoins, un critère unique les rassemble : celui de l'affect. Le PACS est un contrat. Il correspond à un aménagement juridique sans conséquence directe sur la filiation. Les termes : « couples de fait », « couples hors-mariage », « couples non mariés », « couples non-institutionnels » et « couples volontaires » désignent simultanément les concubins et les partenaires. Autrefois, on désignait comme couples ceux qui étaient potentiellement procréateurs. Ainsi il y a eu un passage du couple potentiellement procréateur au couple ayant des relations sexuelles potentielles, qui s'est opéré progressivement avec les réformes de 1994⁶⁹, 1999⁷⁰ et 2013⁷¹.

Il existe des critères communs à toutes les formes de conjugalité. En droit français, le couple, dans son sens large, est reconnu en raison d'une communauté de vie et d'une sexualité présumée entre ses membres (Chapitre II). Depuis la loi du 17 mai 2013, l'altérité sexuée est indifférente à la reconnaissance des couples puisque deux personnes de même sexe peuvent former un couple d'époux, de partenaires ou de concubins (Chapitre I). La conjugalité est ainsi implicitement admise comme traduction de l'affection amoureuse.

⁶⁸ Ismérie DEL VALLE LEZIER, « Solidarité dans les couples : les aspects civils », op.cit, p. 81.

⁶⁹ Loi n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994.

⁷⁰ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999.

⁷¹ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

CHAPITRE I: L'ALTERITE SEXUEE, ELEMENT INDIFFERENT A LA RECONNAISSANCE DES COUPLES

17. Les couples homosexuels et les couples hétérosexuels accèdent à égalité à toutes les formes d'union. L'altérité sexuée correspond donc à un élément indifférent à la reconnaissance des couples. Toutefois, il s'agit d'une nouveauté car avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, l'altérité sexuée était une condition impérative de la formation du mariage. Le principe d'hétérosexualité – exclusif au mariage – était un élément de discrimination des couples mariés et des couples non mariés.

Les critères communs à toutes les formes de conjugalité sont de plus en plus nombreux. Ainsi le code civil propose trois formes de vie en couple, plus ou moins encadrées, qui ont en commun de consacrer une vie commune reposant sur une sexualité indifférente à l'orientation sexuelle. Désormais, les couples de sexe différent et les couples de même sexe sont égaux quant à l'accès à la conjugalité. Ainsi, l'altérité sexuée est un élément devenu indifférent à la reconnaissance des couples aussi bien hors mariage (section 1) qu'en mariage (section 2).

SECTION 1 : LA RECONNAISSANCE LEGALE DES COUPLES HETEROSEXUELS ET HOMOSEXUELS HORS MARIAGE

18. En droit français, deux formes d'union hors mariage existent : le concubinage et le PACS. Le législateur définit le concubinage comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux

personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple»⁷². Le PACS, quant à lui, est un « contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »⁷³. Depuis l'insertion de ces unions dans le code civil en 1999⁷⁴, l'altérité sexuée est devenue indifférente à la formation des couples hors mariage. Pourtant, jusqu'en 1999, le concubinage homosexuel n'était pas reconnu. (§1) Le PACS, quant à lui, a été pensé pour reconnaître le couple homosexuel mais il a été adopté en tant que nouvelle forme d'union offerte à tous les couples, quel que soit leur composition (§2).

⁷² Article 515-8 du code civil.

⁷³ Article 515-1 du code civil.

⁷⁴ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JO, 16 novembre, p. 16959.

§ 1 : Les concubins

19. La société a longtemps considéré le concubinage comme un comportement déviant, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel.

Sous la Rome Antique, diverses unions coexistaient avec l'institution du mariage. Le mariage romain appelé *matrimonium* ou *justae nuptiae* était purement consensualiste. Le mariage était réservé aux romains car eux seuls étaient gratifiés du *conubium*⁷⁵, c'est-à-dire du droit au mariage, qui permettait d'avoir des enfants légitimes. Les autres individus, qui constituaient la majorité de la population, n'étaient pas titulaires de ce droit. Parmi ceux-ci, on distinguait les pérégrins, qui ne pouvaient se marier qu'entre eux. En 212 après Jésus Christ, par l'édit de Caracala, la citoyenneté fut concédée à la majeure partie des habitants libres, ainsi ces nouveaux citoyens pouvaient accéder au *conubium*. Les esclaves étaient cantonnés à la pratique de l'union de fait appelée *contubernium*⁷⁶. Ainsi, les unions de fait des pérégrins et des esclaves ne regardaient pas le *ius civile*⁷⁷. Une autre forme d'union a fini par être régie par ce droit : le concubinatus. Cette pratique s'était installée au temps de la République⁷⁸. Pour ceux qui ne pouvaient pas se marier, la solution était le concubinatus. Cette forme d'union relevait également d'un choix pour un certain nombre de romains. Au gré des époques, le concubinatus fut appréhendé de manières différentes. Au cours du Haut Empire, il constituait une union de fait. Cette union était caractérisée par la continuité des relations. Si le concubinat était accepté, il n'avait pas d'existence juridique en matière civile. Sous le Bas Empire, la société romaine se christianisa ainsi s'annonça un recentrage sur le mariage et corrélativement une hostilité envers le concubinat⁷⁹. Le

⁷⁵ Paul-Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire du droit romain*, éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1898, p. 151.

⁷⁶ Amandine DUVILLET, *Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVI-XXe)*, Bourgogne : 2011. Université de Bourgogne Faculté de droit et sciences politiques : thèse de doctorat, histoire du droit, sous la direction de Mme Françoise FORTUNET, p. 5.

⁷⁷ Huguette JONES, « Mariage, union libre dans la Rome Antique », In Philippe DE PAGE, Roland DE VALKENEER, *L'union libre*, Actes du colloque tenu à l'université libre de Bruxelles le 16 octobre 1992, éd. Bruylant, 1992, p. 37-38.

⁷⁸ Huguette JONES, « Mariage, union libre dans la Rome Antique », op. précit, p. 42-43.

⁷⁹ Jean-François CHASSAING, « Famille romaine, famille chrétienne », In Jacques BOUINEAU (sous la dir.), *La famille*, éd. L'Harmattan, 2006, p. 190.

corpus iuris civilis de Justinien distinguait le mariage et le concubinat, auquel il conférait un cadre juridique⁸⁰.

Au début de l'époque des royaumes barbares, le droit laïc ne condamnait pas le concubinat. L'oubli progressif du droit romain entraîna la requalification du concubinat en simple union de fait, le concubinat perdit peu à peu toute existence légale et fit place au concubinage⁸¹. L'Eglise classait le concubinage parmi les péchés de fornication. C'était un état permanent de péché par la répétition des relations sexuelles. Aux yeux des théologiens, il était le plus grave des péchés. Au XVI^e siècle, Panormitain⁸² le considéra plus grave que la simple fornication, les canonistes suivirent son opinion⁸³. Les couples qui choisissaient le statut de concubinaires ou qui se trouvaient dans cette situation, faute de pouvoir accéder au mariage, subissaient une profonde réprobation dans l'ancien droit⁸⁴.

Le code civil, voulant décourager l'union libre perçue comme une situation immorale, l'ignore⁸⁵. Toutefois, dès 1804, « concubinage » est visé dans l'article 230 du code civil, selon lequel « la femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune »⁸⁶. La loi de 1912 admit que le concubinage notoire, autrement dit un concubinage connu de tous, permettait la reconnaissance judiciaire de la paternité⁸⁷. Depuis les années 1930, le concubinage est choisi par des couples de plus en plus nombreux, et ceci au détriment du mariage⁸⁸. La loi du 3 janvier 1972 avait introduit dans le code civil l'article 340-4 qui autorise l'action en recherche de paternité dans les deux années suivant la cessation

⁸⁰ Amandine DUVILLET, *Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVI-XXe)*, op.cit, p.7.

⁸¹ Louis AMIABLE, « De la condition des enfants illégitimes dans l'ancien droit français » *Revue historique de droit français et étranger*, tome dixième, 1864, p. 374.

⁸² Panormitain était professeur de droit à Sienne, abbé d'un monastère sicilien et puis archevêque de Palerme. home.kpn.nl/otto.vervaart/droit_canonique.htm

⁸³ Laurent BOYER, « Concubinages et concubinats du code d'Hammurabi à la fin du XIX^e siècle » In Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (sous la dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique, Tome 1*, éd. CNRS, 1986, p. 139-140.

⁸⁴ Amandine DUVILLET, *Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVI-XXe)*, op.cit, p.22.

⁸⁵ Marie-Hélène RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, éd. Ellipses, 2003, coll. « Mise au point », p. 40. « Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux. »

⁸⁶ Emmanuel GILI, *La communauté de vie et la reconnaissance des couples conjugaux*, éd. PUAM, 2008, coll. « Centre Pierre Kayser », p.39.

⁸⁷ Ancien article 340 du code civil.

⁸⁸ M. NAST, « Vers l'union libre, ou le crépuscule du mariage légal », D.H. 1938, Chron. p. 37.

du « concubinage »⁸⁹. Aucune précision n'était donnée ; de ce fait, ce terme faisait place à une analyse subjective, laissant aux tribunaux le soin de déterminer les éléments de fait qui permettaient de le prouver⁹⁰.

20. Autrefois, le concubinage était jugé contraire aux bonnes mœurs. Or, la notion de bonnes mœurs est évolutive. Les comportements que la société a pu juger comme des déviances ne sont plus perçus de cette manière.

Le passage de l'interdiction du concubinage à sa tolérance s'est opéré dans le courant des années 1960⁹¹. Cette tolérance s'est transformée en acceptation avec l'entrée en vigueur de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999. Le législateur définit le concubinage comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »⁹². La réelle innovation de la loi du 15 novembre 1999, par rapport à la pratique jurisprudentielle antérieure, a été la consécration du concubinage homosexuel que la jurisprudence de la Cour de Cassation avait toujours refusée⁹³. En 1989, la Cour de cassation avait jugé que les caisses primaires d'assurance-maladie pouvaient à bon droit refuser d'accorder la qualité d'ayant-droit au concubin de même sexe d'un assuré social⁹⁴. La Cour, en restreignant le concubinage à la « vie maritale », en déduisait qu'un couple de concubins était nécessairement composé d'un homme et d'une femme. Dans le même sens, la Cour avait validé le refus d'Air France d'accorder au concubin de même sexe d'un salarié le bénéfice des

⁸⁹ Article 340-4 version en vigueur du 1 Août 1972 au 9 janvier 1993 : « (...) toutefois les 4° et 5° cas de l'article 340, elle peut être exercée jusqu'à l'expiration de deux années qui suivent la cessation, soit du concubinage, soit des actes de participation à l'entretien et à l'éducation de l'enfant (...) ».

⁹⁰ Emmanuel GILLI, *La communauté de vie et la reconnaissance des couples conjugaux*, op.cit, p. 39.

⁹¹ Le droit à indemnisation du préjudice subi par la concubine en cas de décès de son compagnon reconnu par le juge correspond aux prémisses d'une tolérance jurisprudentielle du concubinage : Cass. Ch. Mixte, 27 février 1970, D., 1970, 201, note Combaldieu ; RTDCiv., 1970, 353, obs. Durry ; JCP, 1970, II, 16305, concl. Lindon, note Parlange ; N. Gomaa, « La réparation du dommage et l'exigence d'un intérêt légitime juridiquement protégé », D., 1970, chron., p. 145 ; F. Chabas, « Le cœur de la Cour de cassation », D., 1973, chron., p. 211.

⁹² Article 515-8 du code civil.

⁹³ La jurisprudence avait refusé au compagnon d'un steward d'Air France l'octroi des facilités de transport au profit du seul « conjoint en union libre » : Soc. 11 juillet 1989, B., V, n° 515, p. 312 ; D. 1990, 582, note Malaurie ; JCP, 1990, II, 21553, note Meunier ; GP, 13-14 avril 1990, concl. Dorwling-Carter ; RTDCiv., 1990, 53, obs. Rubellin-Devichi.

La jurisprudence a refusé à deux femmes vivant ensemble la possibilité de bénéficier de l'assurance maladie maternité de leur compagne : Soc., 11 juillet 1989, B., V, n° 514, p. 311.

De plus, elle avait refusé au partenaire d'un homosexuel mort du sida le transfert du bail institué au profit du concubin notoire du locataire décédé : Civ. 3°, 17 décembre 1997, D., 1998, 111, concl. Weber, note Aubert ; JCP, 1998, II, 10093, note Djigo, Defrénois, 1998, 404, note Benabent ; Dr.famille, 1998, comm. 36, obs. H.L. ; RTDCiv., 1998, 347, obs. Hauser.

⁹⁴ Cass.soc., 11 juillet 1989, Mme L... C. CPAM de Nantes, Bull. civ. n° 514 ; JCP 1990, II, 21553, note M. Meunier ; Dalloz 1990, Jur. p. 583, note P. Malaurie ; Gaz. Pal. 1990, 1, 217, concl. M. Dorwling-Carter.

avantages attribués au personnel, à leur conjoint et à leur « conjoint en union libre »⁹⁵. En 1993, le législateur a modifié le régime de l'assurance-maladie afin personne à toute personne vivant à la charge effective et permanente d'un assuré, quel que soit son sexe, de bénéficier d'une couverture sociale en qualité d'ayant-droit⁹⁶. Malgré ces modifications légales, la Cour a réaffirmé sa définition hétérosexuelle du concubinage, dans un arrêt rendu le 17 décembre 1997⁹⁷. Elle a refusé de sanctionner les juges qui considéraient que le concubin de même sexe ne pouvait bénéficier du droit au transfert du bail au « concubin notoire » à la suite du décès du titulaire⁹⁸. Cette solution traduisait le refus réitéré de la Cour de cassation de valider le concubinage homosexuel alors que les juges du fond, plus proches du justiciable, l'admettaient⁹⁹. La loi du 15 novembre 1999 a rendu cette jurisprudence caduque; toutefois. La Cour européenne des droits de l'Homme a censuré certaines décisions discriminatoires, notamment celle ayant refusé la cohabitation d'un enfant avec son père naturel au motif qu'il était engagé dans une relation homosexuelle¹⁰⁰.

Depuis 1999, le concubinage est une union ouverte aux couples hétérosexuels et homosexuels. L'altérité sexuée est indifférente, c'est à partir de la notion de communauté de vie que le législateur et la jurisprudence ont reconnu des effets juridiques aux unions libres. Le concubinage est un fait admis. La composition des couples qui adoptent ce mode de vie est indifférente.

⁹⁵ Cass. soc., 11 juillet 1989, Bull.civ. n° 515.

⁹⁶ Article 78 de la loi n° 93-121 portant diverses mesures d'ordre social du 27 janvier 1993 modifiant l'article L. 161-14 du code de la sécurité sociale. Le concubin n'y est admis que comme personne en charge, ce qui est une reconnaissance très limitée du concubinage.

⁹⁷ Cass.civ 3^e, 17 décembre 1997, Bull.civ. III, n° 225, p. 151 ; Dalloz 1998, Jur. p. 111, concl. J.-F. Weber, note J.-L. Aubert ; JCP 1998, II, 10093, note Djigo ; Defrénois 1998, article 36765, n° 40, p. 404, obs. A. Bénabent ; Dr. fam. 1998, n° 36, note H. Lécuyer ; RTD civ. 1998, 3447, obs. J. Hauser ; idem 530, obs. Raynard ; B. Beigner, « A propos du concubinage homosexuel », D., 1998, Chron. p. 215.

⁹⁸ Article 14 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

⁹⁹ TGI Belfort, ch. Corr., 25 juillet 1995, JCP 1996, II, 22724, note C. Paulin ; JCP 1996, I, 3903, n° 3, note E. Mattéi ; Les petites affiches, 2 mars 1998, n° 26, p. 13, note I. Corpart.

Le TGI a accepté d'indemniser le préjudice moral et matériel subi par une femme du fait du décès accidentel de sa compagne.

TI Toulouse, 20 septembre 1996, Juris-Data n° 001586.

Le tribunal a accordé le transfert du bail à un concubin homosexuel.

¹⁰⁰ CEDH, 21 décembre 1999, Salguero da Silva Mouta c/ Portugal, JCP, 2000, I, 203, obs. Sudre ; Dr. famille, 2000, comm. 45, obs. Gouttenoire-Cornut ; RTDCiv. 2000, 313, obs. Hauser.

§ 2 : Les partenaires

21. L'homosexualité a été dépénalisée dans les années 1980. Ce terme englobe les couples gays et les couples lesbiens. L'ancien article 330, alinéa 2, du code pénal aggravait la peine encourue pour le délit d'outrage public à la pudeur lorsque celui-ci consistait en « *un acte contre nature avec un individu de même sexe* »¹⁰¹. Cet article a été abrogé par une loi du 19 novembre 1980. L'article 331 al. 3 du code pénal incriminait, au titre d'un attentat à la pudeur, « *quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu de son sexe, mineur de 18 ans* ». Cet article a été abrogé par la loi n° 82-683 du 4 Août 1982¹⁰². Ainsi, l'homosexualité ne constitue aujourd'hui qu'une variante de la sexualité humaine aux côtés de l'hétérosexualité¹⁰³, elle n'est plus considérée par le droit français comme une déviance. Dans certains pays, l'homosexualité demeure pénalisée¹⁰⁴. En effet, en Algérie, l'homosexualité est punie de trois de prison. En Inde, être homosexuel est un crime, puni par la prison à la vie. Certains pays sanctionnent encore plus sévèrement cette sexualité. En effet, en Iran ou en Afghanistan, l'homosexualité conduit à la peine capitale. Vis-à-vis du phénomène des unions homosexuelles, les autorités civiles prennent des attitudes diverses, pouvant se traduire par une tolérance, une reconnaissance juridique ou une équivalence juridique de ces unions avec le mariage¹⁰⁵.

Dans les législations occidentales, nous constatons un abandon de facto du dispositif répressif à l'égard des mœurs homosexuelles¹⁰⁶. Ainsi, se dégage une certaine indifférence et une totale tolérance à l'égard de cette orientation sexuelle¹⁰⁷.

¹⁰¹ Daniel BORILLO, Thomas FORMOND, *Homosexualité et discriminations en droit privé*, éd. La documentation française, 2007, coll. « Etudes et recherches », p. 6.

¹⁰² JO 5 Août 1982, p. 2502. Pour l'historique politique des abrogations, le compte rendu de l'analyse des débats, cf. Janine MOSSUZ-LAVAU, *Les lois de l'amour (les politiques de la sexualité en France 1950-1990)*, éd. Payot, 1991, spéc. pp 235 et s ; cf. Pierre LASCOUTES, « L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté. La dépénalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de 15 ans par une personne de même sexe » In Daniel BORILLO, *Homosexualité et droit*, éd. PUF, 1998, coll. « les voies du droit », p. 107-121.

¹⁰³ Daniel BORILLO, Thomas FORMOND, *Homosexualité et discriminations en droit privé*, op.précit, p. 6.

¹⁰⁴ Textes sélectionnés et commentés par Daniel BORILLO, Présentation Jack LANG, *Homosexuels quels droits ?* éd. Dalloz, 2007, coll. « A savoir », p. 109-112.

Cf. circulaire 29 mai 2013.

¹⁰⁵ Textes sélectionnés et commentés par Daniel BORILLO, Présentation Jack LANG, *Homosexuels quels droits ?* op.précit, p. 56-57.

¹⁰⁶ Sébastien De BENALCAZAR, *PACS, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, éd. Defrénois, 2007, coll. « Doctorat et notariat », tome 27, p. 266.

¹⁰⁷ Sébastien De BENALCAZAR, *PACS, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, op.précit, p.266.

22. En droit français, l'institutionnalisation de l'homoconjugalité trouve ses origines dans la création du PACS. Ce dernier a été adopté par l'Assemblée nationale le 13 octobre 1999. La loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 le définit comme « un contrat conclu entre deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »¹⁰⁸.

Avant l'entrée en vigueur du PACS, s'étaient succédé des propositions de lois qui n'avaient pu atteindre le stade de la discussion parlementaire : les propositions de partenariat civil en 1990, contrat d'union civile en 1992, de contrat d'union civile et sociale en 1997¹⁰⁹. Le PACS est le successeur du contrat d'union civile et sociale. Son premier examen devant l'Assemblée nationale le 9 octobre 1998¹¹⁰ avait créé des tensions entre les députés reportant ainsi la discussion du projet. Un nouveau texte avait été présenté devant l'Assemblée le 3 novembre 1998¹¹¹. De nombreux amendements ont été présentés, donnant lieu à des centaines d'heures de débats. A cette époque, la reconnaissance de l'homosexualité dans le PACS suscitait des résistances. Le PACS a été adopté le 13 octobre 1999, soit un an après les premières discussions parlementaires. L'élaboration de cette loi a donné d'avantage lieu à des joutes politiques qu'à de véritables travaux parlementaires. Sa qualité s'en est ressentie et très rapidement certaines incohérences et insuffisances ont suscité des difficultés dans la mise en œuvre de la loi¹¹². Qualifié parfois de monstre juridique, le PACS tel qu'il était issu de la loi de 1999 devait être réformé¹¹³. L'image du PACS a fortement évolué. En effet, il a d'abord été pensé pour reconnaître les couples homosexuels pour ensuite être considéré comme une nouvelle forme d'union pour les autres couples.

Né de l'idée commune qu'il s'agissait d'un contrat à usage majoritairement homosexuel, des études statistiques ont montré qu'il est devenu un mode usuel de consécration des unions hétérosexuelles¹¹⁴. La tendance s'est même renversée ; en effet, le nombre de PACS « unisexe » – conclus entre deux hommes ou deux femmes – reste

¹⁰⁸ Article 515-8 du code civil.

¹⁰⁹ Wilfried RAULT, *L'invention du PACS*, éd. Presses de Sciences Po, 2009, coll. « Sciences Po Sociétés en mouvement », p. 21.

¹¹⁰ Wilfried RAULT, *L'invention du PACS*, op.cit, p. 22. Le PACS est porté devant l'Assemblée nationale par les députés Jean-Pierre Michel et Patrick Bloche.

¹¹¹ Wilfried RAULT, *L'invention du PACS*, op.cit, p. 22.

¹¹² Caroline MECARY, *Le PACS*, éd. Dalloz, 2^e éd., 2008, p. 10.

¹¹³ Pierre MURAT (sous la dir.), *Droit de la famille*, éd. Dalloz, 5^e éd., 2010, p. 482.

Les modifications du PACS depuis son entrée en vigueur résultent essentiellement des lois n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances, n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat.

¹¹⁴ Caroline MECARY, *Le PACS*, op.cit, p. 12.

marginal par rapport aux PACS conclus entre deux personnes de sexe différent, ce qui prouvait que ceux qui pouvaient choisir entre mariage et PACS, c'est-à-dire les couples procréateurs, privilégiaient cette dernière formule plus souple. Au contraire ceux qui n'avaient que possibilité de PACS ont continué à réclamer l'accès au mariage et par voie de conséquence la filiation qui lui est attachée. Le PACS est en effet indifférent à la filiation.

23. Le PACS permet aux personnes physiques majeures de sexe différent ou de même sexe d'organiser leur vie commune¹¹⁵ par contrat. Les partenaires s'engagent à une aide matérielle et à une assistance réciproque¹¹⁶. Aucune disposition du code civil n'institue de différence de traitement entre les couples pacsés¹¹⁷ hétérosexuels et homosexuels quant au régime de leurs droits et obligations¹¹⁸. Cette égalité de traitement est juridiquement fondée et socialement acceptable à cette époque car le PACS ne crée pas de relation familiale mais juste une relation inter individuelle.

24. L'adoption du PACS a révolutionné la conjugalité mais pas la famille car – malgré les modifications apportées par la loi du 23 juin 2006 – la question de l'accès à la famille juridique des couples homosexuels reste entière¹¹⁹. Autrefois la conjugalité – en mariage et hors mariage – était exclusivement hétérosexuelle. L'évolution des mœurs a conduit le législateur à encadrer les unions homosexuelles. Cet encadrement s'est fait par étapes. La première¹²⁰ est l'institutionnalisation de la conjugalité hors mariage sans exigence liée à l'orientation sexuelle. La seconde étape¹²¹ est récente ; il s'agit de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. On assiste, jusqu'à la loi du 17 mai 2013, au découpage suivant : le PACS consacre le couple – le mariage la famille. Or, c'est la famille et donc l'accès à l'enfant que cherchent surtout les couples homosexuels qui ne se contentent donc pas du PACS.

Malgré la reconnaissance des couples homosexuels en 1999, la hiérarchie des sexualités dans la conjugalité demeure jusqu'en 2013.

¹¹⁵ Article 515-1 du code civil.

¹¹⁶ Article 515-4 du code civil.

¹¹⁷ Ce néologisme est entré dans le langage courant afin de désigner ceux que la loi désigne comme « les partenaires d'un pacte civil de solidarité ». Dictionnaire Le Robert et Larousse 2002.

¹¹⁸ Daniel BORILLO, Thomas FORMOND, *Homosexualité et discriminations en droit privé*, op.cit, p. 113.

¹¹⁹ Claire NEIRINCK, « Une famille homosexuelle ? », In Hugues FULCHIRON (sous la dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté, parentalité*, op.cit., p. 144.

¹²⁰ Loi du 15 novembre 1999.

¹²¹ Loi du 17 mai 2013.

SECTION 2 : L'OUVERTURE DU MARIAGE AUX COUPLES DE PERSONNES DE MEME SEXE

25. Avant la loi du 17 mai 2013, la condition d'altérité sexuée au sein du mariage trouvait son fondement dans la procréation qui justifiait la formation d'une famille. (§1) Depuis cette réforme, le mariage consiste à réaliser son épanouissement individuel à travers un amour mutuel que la loi civile consacre. Parce que la notion du mariage évolue, les conditions qui en découlent évoluent également. (§2)

§1 : Avant la loi du 17 mai 2013

26. Le droit civil ne fait pas de la procréation une finalité du mariage. Mais à la différence des unions hors mariage, le mariage offre un statut à l'enfant : celui-ci est rattaché à sa mère par la naissance et automatiquement au mari de la mère. La conception dite « traditionnelle » du mariage rattache la procréation au mariage et repose sur la combinaison : hétérosexualité, consommation sexuelle et procréation. De plus, le mariage était organisé selon un principe de complémentarité hiérarchisée des sexes¹²² accepté parce que la procréation était dangereuse pour les femmes à cette époque où l'on ne maîtrisait pas encore la fécondité au sein du couple. A partir des années 1950, les principes traditionnels du mariage entrent en contradiction avec la montée en puissance de la liberté et de la revendication du bonheur¹²³. Le mariage repose sur les sentiments. Ainsi naît le mariage d'amour. Toutefois, le mariage, fut-il d'amour, ne demeurerait possible qu'entre deux personnes de sexe différent. En effet, avant la loi du 17 mai 2013, un mariage célébré entre deux personnes de même sexe encourait la nullité absolue qui sanctionne une violation des règles d'ordre public. Elle peut être invoquée par les parties contractantes, le Ministère public ou tous ceux qui y

¹²² Irène THERY, « Ouverture ou redéfinition du mariage civil ? », In Irène THERY (sous la dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, éd. de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 2013, coll. « Cas de figure », p. 65.

« Seul l'époux représentait le couple et même la famille conjugale dans son entier. Il devait à son épouse « protection », elle lui devait « obéissance ». (...) Le mariage civil institué par le code Napoléon (...) était l'institution sociale majeure organisant la complémentarité hiérarchique des sexes ».

¹²³ Martine SEGALIN, *Eloge du mariage*, op.cit., 2003, p. 13.

ont intérêt. La différence des sexes dans la formation du mariage était une règle d'ordre public incontournable.

27. Les magistrats de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 13 mars 2007¹²⁴, ont précisé que l'altérité sexuelle était une condition de formation du mariage. Dans cette affaire, les juges ont rejeté les pourvois de M. Stéphane Chapin et M. Bernard Charpentier qui avaient pour objet de régulariser leur mariage homosexuel célébré le 5 juin 2004 par le député-maire Monsieur Noël Mamère à Bègles. La Cour a jugé qu'« en l'état de la loi française actuelle, le mariage n'était possible qu'entre un homme et une femme (...). Seule l'adoption d'une loi nouvelle par la représentation nationale pourrait faire évoluer cet état du droit ». Cette formulation révélait qu'un assouplissement était possible si le législateur le décidait.

Dans l'arrêt Schalk et Kopf contre Autriche du 24 juin 2010, la Cour européenne des droits de l'Homme a souligné que l'admission du mariage entre personnes de même sexe relève de la compétence des législations nationales¹²⁵. De plus, elle a précisé qu'il y a discrimination si la loi ne donne pas un statut officiel aux couples homosexuels¹²⁶, mais que le refus du mariage, quand une autre forme de conjugalité est admise, n'est pas discriminatoire. La notion de famille "ne se réduit pas aux relations fondées sur le mariage, mais englobe d'autres liens familiaux de facto où des personnes vivent ensemble en dehors du mariage". Le PACS est donc suffisant. Depuis la loi du 15 novembre 1999, le législateur français donne un statut aux couples homosexuels à travers le concubinage ou le PACS. En matière de mœurs, la Cour européenne des droits de l'Homme laisse une grande marge de manœuvre aux Etats, dans la mesure où il n'existe pas de consensus européen sur le sujet¹²⁷. Ainsi, l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe résulte d'une volonté politique et non d'une obligation fondée sur le respect des droits de l'Homme et le principe de non-discrimination.

¹²⁴ Cass 1^{re} civ, 13 mars 2007, n° 05-16.627 : JurisData n° 2007-037901 ; Dalloz 2007, p. 935, note I. Gallmeister ; D. 2007, P. 1389, rapp. G. Huyette et note E. Agostini ; RTD civ. 2007, p. 287, obs. J.-P. Marguénaud et p. 287, obs. J. Hauser ; AJ Fam. 2007, p. 227, obs. F. Chénéde : « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » ; Dr. Famille 2007, comm. 76, note M. AZAVANT.

¹²⁵ CEDH, 24 juin 2010, Schalk et Kopf c/ Autriche, n° 30141/04, D. 2011. 1042, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; Constitutions 2010. 557, obs. L. Burgorgue-Larsen ; RTD civ. 2010. 738, obs. J.-P. Marguénaud, et 765, obs. J. Hauser ; AJ fam. 2010. 333.

¹²⁶ CEDH, 24 juin 2010, Schalk et Kopf c/ Autriche, JCP G 2010. I. 859, n° 30, obs. F. SUDRE

¹²⁷ Cf. « Le jeu ambigu du consensus européen dans la détermination de la marge d'appréciation. La vision critique de Françoise TULKENS ».

<http://strasbourgobservers.com/2012/09/06/le-jeu-ambigu-du-consensus-europeen-dans-la-determination-de-la-marge-dappréciation-la-vision-critique-de-francoise-tulkens/>

Le Conseil Constitutionnel a, par décision du 28 janvier 2011, jugé que l'interdiction pour les couples homosexuels de se marier était conforme à la Constitution. Le conseil relève que la différence de situations entre les couples peut justifier une différence de traitement et qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte de cette différence¹²⁸.

28. Le débat sur la différence des sexes dans le mariage a également porté sur l'admission du mariage des transsexuels. L'association LGBT, acronyme généralement utilisé pour qualifier le mouvement homosexuel, est l'abréviation de Lesbien(ne), Gay, Bi et Trans. Ainsi, de manière générale, les causes homosexuelles et transsexuelles sont assimilées. Avant la loi du 17 mai 2013, l'officier de l'état civil était en mesure de marier deux personnes nées avec le même sexe mais dont l'une avait juridiquement changé de sexe grâce à la rectification de son état civil¹²⁹. En 2002, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'il n'y avait aucune raison que les transsexuels ayant subi un changement de sexe à l'état civil soient privés du droit de se marier¹³⁰. La Cour de justice de l'Union européenne a réitéré cette solution dans un arrêt en date du 7 janvier 2004¹³¹ relatif à un bénéfice de pension de réversion à un transsexuel anglais¹³². Ces jurisprudences n'abandonnent pas la condition tenant à la différence des sexes dans la formation du mariage car le mariage n'est possible que si le sexe du transsexuel porté à l'état civil est différent en apparence¹³³ ou en droit¹³⁴ de celui de l'autre époux.

¹²⁸ DC n° 2010-92, QPC du 28 janvier 2011.

¹²⁹ Benoit de BOYSSON, *Mariage et conjugalité, Essai sur la singularité matrimoniale*, Préface de Hugues FULCHIRON, éd. LGDJ, 2012, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 534, p. 214-215.

Avant la loi du 17 mai 2013, les époux ont un genre sexuel défini, correspondant à l'enregistrement par le droit de ce qu'il considère être le sexe que la personne possède en fait. La notion de « sexe de fait » a évolué. Dans un premier temps, le sexe de fait fut déterminé en fonction d'une observation physiologique.

Dans un deuxième temps, l'apparence des organes devenant discutable notamment face aux cas de malformation ou d'hermaphrodisme, l'élément biologique devint déterminant.

Enfin, la Cour européenne élargit les critères dans les arrêts Goodwin c/ Royaume-Uni et I c/ Royaume-Uni en offrant au sexe une dimension socio-psychologique. « La Cour n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques ». CEDH, 11 juillet 2002, I c/ Royaume-Uni, n° 25680/94, §100.

Dans l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Versailles le 8 juillet 2005 (Versailles, 8 juillet 2005, n° 05-04694 : D. 2006, pan., 1416, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; D. 2006, jur., p. 772, n. V. Bonnet ; RTD civ. janvier / mars 2006, n° 10, p. 93, n. J. Hauser ; AJ Famille 2005, p. 322, obs. Ph. Guez), deux hommes se ressentaient femmes mais un seul avait modifié son état civil. Ainsi, les époux étaient de sexe juridique différent. La Cour s'est opposée au mariage au motif que les futurs époux entendaient se considérer comme homosexuels. Ainsi, la Cour retint le seul sexe de fait et non le celui de droit.

¹³⁰ CEDH, 11 juillet 2002, I et Christine Goodwin c/ R.-U. ; D. 2003, 2032 ; RTD civ. 2002. 782 ; obs. J. Hauser ; D. 2003. 1935, obs. J.-J. Lemouland ; Defrénois 2003. 1077, obs. J. Massip ; RTD civ. 2002. 862, obs. J.-J. Marguénaud.

¹³¹ CJCE, 7 janvier 2004 ; D. 2004. 979, note Icard ; RTD civ. 2004. 266, obs. J. Hauser.

¹³² Transsexualisme en droit anglais :

¹³³ CJCE, 7 janvier 2004.

29. Comme l'ont souligné la Cour européenne des droits de l'Homme et le Conseil constitutionnel, c'est au législateur d'intervenir sur la question du mariage homosexuel et corrélativement sur celle du mariage transsexuel. Le parti socialiste a proposé une loi que l'Assemblée nationale a rejetée le 14 juin 2011¹³⁵. Deux ans plus tard, le parti socialiste a présenté un nouveau projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe que le législateur a adopté le 17 mai 2013.

§2 : Depuis la loi du 17 mai 2013

30. Depuis la loi du 17 mai 2013, les mariages des couples de même sexe (A) ainsi que les mariages des transsexuels sont admis (B). Ces admissions prouvent clairement que l'orientation sexuelle est devenue indifférente à la formation du mariage.

A/ L'admission du mariage des couples de même sexe

31. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe n'a pas supprimé l'exigence de l'altérité mais elle l'a redéployée. En effet, le législateur a ajouté « de même sexe » à celle de sexe différent. Ainsi, le mariage civil est ouvert aux couples hétérosexuels et aux couples homosexuels. Le mariage religieux demeure interdit aux couples homosexuels. Pour la première fois, la sexualité, et non plus la mention du sexe, fait son entrée sur les actes d'état civil. De ce fait, la loi déssexualise le vocabulaire.

32. Dans sa décision du 17 mai 2013¹³⁶, le Conseil constitutionnel affirme que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, qui relève du seul choix législatif¹³⁷, ne méconnaît pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, car un tel principe n'existe pas. Toutefois, nous pouvons le qualifier de principe d'égalité. Il s'agit d'une égalité d'accès à la conjugalité entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels. Le principe d'égalité fait alors référence à l'orientation sexuelle. Cette égalité ne s'applique pas à tous les couples. Lors des débats relatifs à l'ouverture du mariage aux couples de

¹³⁴ Affaire Goodwin, 11 juillet 2002. Cf. supra note de bas de page n° 130.

¹³⁵ www.lemonde.fr

¹³⁶ Cons. Const., décision du 17 mai 2013, n° 3013-669 DC : JurisData n° 2013-011692.

¹³⁷ Conformément à la jurisprudence européenne rendue le 24 juin 2010, un Etat peut changer la définition du mariage. En droit français, depuis la loi du 17 mai 2013, le mariage est déssexualisé. Ce changement de définition, en plus d'être conforme à la jurisprudence européenne, est cohérent avec l'évolution des mœurs et la « défamiliarisation » du mariage.

même sexe, certains ont parlé de « mariage pour tous ». Or, ce terme n'est pas approprié car le mariage demeure interdit à certains couples et notamment aux couples polygames, incestueux ou mineurs.

33. Le refus de célébrer des mariages entre personnes de même sexe, opposé par certains maires des communes de France au nom d'une « clause de conscience », a été jugé inconstitutionnel par le Conseil constitutionnel¹³⁸. Le refus de célébrer un mariage fondé sur les convictions personnelles de l'officier de l'état civil ne peut être accueilli ; des sanctions pénales et/ou administratives peuvent être prononcées¹³⁹. Le juge met en avant la garantie du bon fonctionnement et de la neutralité du service public de l'état civil ; de ce fait, il exclut toute atteinte à la liberté de conscience¹⁴⁰.

34. Si la différence des sexes n'a plus besoin d'être constatée pour vérifier l'effectivité de la sexualité, il en est autrement pour la sexualité procréatrice. En effet, cette dernière n'est effective qu'entre un homme et une femme. Le législateur encadre la sexualité matrimoniale procréatrice par le biais de la présomption de paternité¹⁴¹. L'enfant a pour père le mari de la mère. Cette présomption ne peut s'appliquer aux époux homosexuels pour lesquels elle n'aurait aucun sens. Jean Carbonnier précisait « le cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité »¹⁴². Aujourd'hui, ce constat est toujours vrai, c'est pourquoi en fait il y a deux mariages même si le déclin de la présomption de paternité est certain et consommé. Dans le mariage hétérosexuel, la présomption de paternité joue alors que dans le mariage homosexuel, cette présomption est exclue. Ainsi, le cœur du mariage –ouvert à toutes les formes de couples– ce n'est plus la présomption de paternité. On pourrait penser que

¹³⁸ Cons. Const., 18 oct. 2013, n° 2013-353 QPC: JurisData n° 2013-022881; Dr. famille 2013, comm. 159; obs. J.-R. Binet.

¹³⁹ L'officier de l'état civil qui refuse de célébrer un mariage s'expose à des poursuites pénales en application des articles 432-1 et 432-7 du code pénal. L'article 432-1 du code pénal sanctionne le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique de prendre des mesures destinées à faire échec à l'application de la loi est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. L'article 432-7 sanctionne le délit de discrimination (ici la discrimination en raison de l'orientation sexuelle des époux) par une personne dépositaire de l'autorité publique de 5 ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. En application de l'article L. 2122-16 du code général des collectivités territoriales, le maire ou l'adjoint qui refuse de célébrer le mariage de deux personnes de même sexe pourrait subir une sanction disciplinaire de suspension temporaire ou de révocation.

¹⁴⁰ Circ. n° NOR JUSC1312445C, 29 mai 2013 et n° NOR INTK1300195 C, 13 juin 2013, - JCP G 2013, act. 729, Libres propos C. Bidaud-Garon. – Dr. famille, alerte 43, M. Lamarche.

¹⁴¹ Article 312 du code civil.

¹⁴² Irène THERY, « Ouverture ou redéfinition du mariage civil ? », In Irène THERY (sous la dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, op.cit., p. 64.

« Cette formule était au centre de la conférence inaugurale sur le mariage donnée par Jean Carbonnier à l'Ecole Nationale de la Magistrature ».

c'est le couple. Cependant le couple est au centre de toutes les formes d'union. Ainsi on doit retenir que l'intention matrimoniale –qui permet de distinguer le mariage des autres formes d'union – est peut être devenue le cœur du mariage.

B/ L'admission indirecte du mariage transsexuel sans exigence particulière

35. La Cour d'appel de Versailles, le 8 juillet 2005, s'est prononcée sur la question de la célébration d'un mariage transsexuel¹⁴³. Dans cette affaire, le mariage était demandé par Madame Camille B. – transsexuel homme devenu femme – qui avait l'apparence d'une femme et dont l'état civil rectifié indiquait qu'elle était de sexe féminin, et Monsieur Benito L. – homme travesti qui s'habillait en femme et se faisait appeler Monica dont l'état civil indiquait qu'il était de sexe masculin. Monsieur Benito prétendait se marier sous le prénom de Monica et habillé en femme pour assurer sa féminité. Ainsi, nous sommes juridiquement en présence d'un homme et d'une femme, biologiquement en présence de deux hommes et sociologiquement en présence de deux femmes. Le mariage leur avait été refusé en première instance pour absence d'intention matrimoniale¹⁴⁴. Le fondement de l'opposition formée par le Procureur de la République était l'article 146 du code civil. Cet article est le fondement classique de la lutte contre les mariages fictifs¹⁴⁵, c'est-à-dire les mariages conclus par des personnes qui ne recherchent qu'un avantage accessoire au mariage. Le plus souvent, le mariage est annulé au motif que les futurs époux recherchent un avantage lié juridiquement au mariage. En l'espèce ce n'était pas le cas, la "mascarade" résultait du fait que les futurs époux voulaient donner l'apparence d'un couple homosexuel pour mieux combattre l'interdiction des mariages homosexuels¹⁴⁶.

36. Dans la vision « moderne » du mariage, l'orientation sexuelle n'importe plus et de ce fait des transsexuels peuvent accéder à l'alliance. En effet, depuis la loi du 17 mai 2013, un transsexuel ayant subi ou non une rectification de son état civil peut se marier avec une personne de sexe identique ou de sexe opposé –en apparence ou en droit –, conformément à l'abandon du critère d'altérité sexuée quant à la célébration du mariage.

¹⁴³ CA Versailles, 8 juillet 2005, n° 6680/05, D. 2006, Jur. p. 772, note V. Bonnet; AJ Famille 2005, p. 322, obs. P. Guez; RTD civ. 2006, p. 93, obs. J. Hauser.

¹⁴⁴ Cf. supra n° 34.

¹⁴⁵ Vincent BONNET, " Un mariage fictif d'un nouveau genre?", Recueil Dalloz 2006, p.772.

¹⁴⁶ Vincent BONNET, " Un mariage fictif d'un nouveau genre?", Recueil, op.précit.

L'intention matrimoniale – qui initialement impliquait la volonté de fonder un foyer stable pour accueillir des enfants bénéficiant d'une filiation complète dans laquelle la désignation automatique d'un père et d'une mère se double d'une ascendance complète résultant d'un rapport d'alliance – est profondément modifiée par son élargissement aux couples de personnes de même sexe. En effet, le mariage n'est plus l'institution qui ouvre par principe sur la filiation. Dès lors nous pouvons nous interroger quant à la signification de l'intention matrimoniale. Est-ce la seule volonté de se marier ? Dans ce cas, elle se confond alors avec le oui échangé devant l'officier d'état civil. Aucun contrôle de la profondeur et de la réalité de cette volonté commune n'est possible, hormis les hypothèses liées à l'existence d'une sexualité. Ou alors est-ce le souci de protéger l'autre grâce à la dimension patrimoniale du mariage ? Dans ce cas, on constate que le mariage n'est plus qu'une sécurité économique ? Dans ce sens, le droit au mariage accordé aux couples de personnes de même sexe répond à une exigence d'égalité.

37. La différence des sexes n'est exigée pour aucun couple. Ainsi, la sexualité matrimoniale peut être effective entre un homme – déclaré ou non comme tel à l'état civil – et une femme – déclarée ou non femme à l'état civil –, deux hommes ou deux femmes. Désormais, l'altérité sexuelle a fait place au principe d'effectivité de la sexualité sans condition d'altérité. La différence de sexe n'est plus une condition de validité du mariage alors que la consommation du mariage continue d'en être une. L'altérité sexuelle ne correspond plus à un critère conditionnel mais à un critère à part entière.

CHAPITRE II : LA SEXUALITE, CRITERE INDISPENSABLE DE LA RECONNAISSANCE DES COUPLES

38. La sexualité dans le couple est ignorée dans les textes juridiques, à l'inverse de la communauté de vie qui est un critère clairement énoncé dans le code civil¹⁴⁷. En effet, le législateur français n'emploie jamais le terme « sexualité » même à propos du mariage. Toutefois, si le terme n'est pas utilisé, des allusions y sont faites, notamment à travers le principe monogamique, le devoir de fidélité qui implique des relations sexuelles exclusives, la procréation ou l'interdiction de l'inceste. Ainsi, la sexualité fait l'objet de reconnaissances indirectes par l'entremise de plusieurs types de

¹⁴⁷ L'article 215 du code civil stipule que « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord ». La loi organisant le PACS nous dit que les partenaires s'engagent contractuellement à organiser leur vie commune. Enfin, dans le concubinage il est dit que « le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes (...) qui vivent en couple ». Les mots sont les mêmes. En revanche, il existe différentes réalités derrière la notion de vie commune. Concernant le mariage, la définition de la vie commune est facile à donner : elle suppose « la communauté de toit et la communauté de lit ». La doctrine rappelle souvent cette formule : Clotilde BRUNETTI-PONS (sous la dir.), *La notion juridique de couple*, éd. Economica, 1998, coll. « Etudes juridiques dirigées par Nicolas Molfessis » ; Gaëlle HENAFF, « La communauté de vie du couple en droit français », *RTD civ* 1996, p. 569 ; Xavier LABEE, *Le droit commun du couple*, éd. Presses universitaires du Septentrion, 2^e éd., 2010, coll. « Droit/Manuels », p. 98.

En matière de PACS, le Conseil constitutionnel a donné une définition de la vie commune. En effet, pour lui : « la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ; la vie commune mentionnée par la loi suppose, outre une résidence commune, une vie de couple qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage ; qu'en conséquence, sans définir expressément le contenu de la vie commune, le législateur en a déterminé les composantes essentielles » (Cons. Const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, JO 16 novembre) qui sous-entendent la sexualité. Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie, qui se caractérise par la cohabitation et l'existence de relations charnelles. La cohabitation dans le droit du mariage est si importante que son absence peut révéler un défaut d'intention matrimoniale et justifier une demande de nullité ; par exemple : Toulouse, 5 avril 1994, JCP 1995, II, 22462, note Boulanger : nullité retenue en l'absence de cohabitation et de rapports sexuels. La communauté de vie des concubins se caractérise par une communauté de toit. La Cour de Cassation a estimé que malgré une absence de cohabitation depuis deux ans, laquelle n'était due qu'à des circonstances indépendantes de la nature de leur relation, les deux concubins avaient continué à entretenir des rapports étroits. Ainsi, le domicile commun n'est qu'un élément de preuve parmi d'autres. Tout comme la communauté de toit, la communauté de lit présente un caractère accessoire dans l'établissement des unions libres.

dispositions¹⁴⁸. Les approches juridiques de la notion de couple laissent entendre¹⁴⁹ ou permettent de sous-entendre¹⁵⁰ que la sexualité en est un élément constitutif. Cependant la sexualité en mariage est encadrée alors que la sexualité hors mariage est simplement présumée.

La sexualité joue un rôle fondateur dans la constitution du couple. (Section 2) Toutefois, la question de savoir si l'on peut qualifier de couples des personnes vivant sous le même toit et n'entretenant pas de relation sexuelle divise les législations. (Section 1)

SECTION 1 : ABSENCE DE SEXUALITE : ABSENCE DE COUPLE

39. Les personnes vivant ensemble sans avoir des relations sexuelles peuvent-elles pour autant prétendre exister en tant que couples ? Pour répondre à cette question, il est important de définir les notions d'absence de sexualité et de couple (§1) pour ensuite étudier l'incidence de l'absence de sexualité dans la jurisprudence et la législation étrangères (§2).

§1 : Les notions en présence

40. Le couple est défini comme constitué de deux entités ou de deux personnes¹⁵¹ de même sexe ou de sexe différent.

Toutefois, cette définition semble incomplète. Il faut y ajouter une précision quant au critère de communauté de toit¹⁵². Peut-on qualifier une relation sentimentale entre

¹⁴⁸ Ali TAGHIZADEH, *Conceptions matrimoniales et faveur du mariage en droits iranien et français*, thèse soutenue en 1999, discipline droit, directeur de thèse Jacqueline POUSSON-PETIT, Université sciences sociales de Toulouse, p. 118.

¹⁴⁹ Article L. 2141-2 du code de la santé publique.

¹⁵⁰ Article 515-8 du code civil.

¹⁵¹ Alain REY (sous la dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, op.cit, p. 513.

Il existe quatre sens du mot couple dans le dictionnaire Larousse.

www.larousse.fr/dictionnaires/francais/couple/19854#19740 Au premier sens, le couple s'entend comme un homme et une femme unis par les liens du mariage ou de l'amour. Au deuxième sens, le couple désigne deux personnes réunies provisoirement au cours d'une danse, d'une activité. Au troisième sens, il s'agit de deux personnes animées d'un même sentiment, d'une même volonté, ou que des intérêts, des affinités, des caractères rapprochent. Enfin, le dernier sens fait référence au couple d'animaux : « animaux réunis deux à deux, mâle et femelle, ou appariés pour un même travail. »

deux personnes de couple si ces dernières ne cohabitent pas sous le même toit ? Il existe une abondante littérature sur le sujet¹⁵³. Il en ressort que l'importance de la cohabitation¹⁵⁴ dans cette définition est évidente. La communauté de toit donne au couple la dimension d'un fait social justifiant d'être pris en considération. Madame Dekeuwer-Defossez l'a démontré en deux temps : la cohabitation constitue le couple et la « décohabitation » détruit le couple¹⁵⁵. La communauté de toit suggère la communauté de lit. La communauté de toit est l'élément qui permet de distinguer les couples reconnus par le législateur des amants qui ne le sont pas. En effet, les amants entretiennent entre eux des relations sexuelles -comme les couples- sans vivre sous le même toit -contrairement aux couples-. Leur lien affectif va plus loin que les liens d'amitié¹⁵⁶ ou même de famille¹⁵⁷ et constitue une *affectio copulae*¹⁵⁸.

41. La sexualité s'invite souvent au sein du couple. Toutefois, la corrélation entre couple et sexualité n'est pas systématique.

Stricto sensu, la sexualité correspond à l'ensemble des phénomènes sexuels ou liés au sexe, que l'on peut observer dans le monde vivant¹⁵⁹. Au sens large, « elle apparaît comme un langage, comme une ouverture sur le monde, comme un éveil de notre personnalité et comme un moyen de communication de nos sentiments les plus intimes, comme une dimension humaine des plus importantes de la vie »¹⁶⁰. La sexualité a mille

¹⁵² Irène THERY, *Couple, filiation et parenté d'aujourd'hui*, op.cit. « Cette communauté de vie, rappelle Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ (1998), combine deux grandes composantes : la communauté de toit et la communauté de lit. Elles ne sont pas indépendantes. Comme elle le dit joliment, « la communauté de lit irradie la communauté de toit » ». p. 142.

¹⁵³ Irène THERY, *Couple, filiation et parenté d'aujourd'hui*, op.cit.

Clotilde BRUNETTI-PONS (sous la dir.), *La notion juridique de couple*, op.cit.

Jean CARBONNIER, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, 1^{re} éd. Quadriga, 2004.

¹⁵⁴ Xavier THIERRY, « La nuptialité à l'épreuve de la cohabitation » *Population*, 48^e année, n°4, 1993, p. 939.

« Au croisement du critère matrimonial de droit et du critère conjugal de fait, on définit la cohabitation comme la situation d'un couple non marié que l'on oppose au couple marié et à la personne ne vivant pas en couple. »

¹⁵⁵ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Couple et cohabitation », In Clotilde BRUNETTI-PONS (sous la dir.), *La notion juridique du couple*, op.cit, p. 61.

¹⁵⁶ La seule présence d'une affection est insuffisante. Cf. Catherine LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », In Clotilde BRUNETTI-PONS (sous la dir.), *La notion juridique du couple*, op.cit, p. 75 et 81.

¹⁵⁷ Ne sont pas des relations de couple les liens de fraternité ou de sororité : CEDH, 12 déc. 2006, *Burden et Burden c/ R.-U*, n° 133378/05. L'arrêt est confirmé par la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme le 29 avril 2008 (n° 133378/05).

¹⁵⁸ Cf. sur cette notion Florent BERDEAUX-GACOGNE, *L'affectio copulae*, thèse Paris X, 2007.

¹⁵⁹ www.larousse.fr

¹⁶⁰ Réjean TREMBLAY (sous la dir.), *Guide d'éducation sexuelle à l'usage des professionnels, tome 2 la personne handicapée mentale*, éd. Erès, 2001, p.18.

et un visages¹⁶¹. A l'époque contemporaine, le modèle de la sexualité est fondé sur le désir individuel¹⁶². Nous traitons essentiellement de la sexualité impliquant des conceptions purement génitales. L'absence de sexualité, quant à elle, peut se définir comme l'absence de relation sexuelle. Elle se distingue de l'asexualité. Cette dernière désigne « une personne qui ne ressent d'attraction sexuelle pour personne »¹⁶³.

42. Le législateur n'a donné aucune définition juridique de la sexualité parce que c'est un fait qui n'a pas à être défini par lui. Toutefois, il en a précisé les limites dans le droit pénal. En effet, si chacun est libre de faire l'amour comme il l'entend, il faut qu'il y ait consentement mutuel. Par conséquent, toute forme de contrainte sexuelle est interdite et sanctionnée¹⁶⁴.

Il n'existe pas de majorité sexuelle, au sens juridique, car la sexualité ne relève pas de la capacité juridique. Le législateur parle uniquement d'atteinte sexuelle sur un mineur de moins de quinze ans. Cette dernière est le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de moins de quinze ans¹⁶⁵. Le législateur considère qu'à cet âge, le mineur ne peut pas valablement consentir aux relations sexuelles qui lui sont dès lors imposées. Ainsi un homme de vingt ans, qui aurait une relation sexuelle librement consentie avec une fille âgée de quatorze ans commettrait une infraction. En revanche, deux mineurs de moins de quinze ans qui pratiqueraient une relation sexuelle librement consentie ne commettraient pas une infraction.

Conformément à ce que révèle cette législation, il existe deux formes de sexualité : la sexualité consentie et la sexualité non consentie. L'absence de sexualité diffère de la sexualité non consentie. Il s'agit d'une non-sexualité.

¹⁶¹ Voir Joyce Mc DOUGALL, *Eros aux mille et un visages*, éd. Gallimard, 1996, coll. « connaissance de l'inconscient ».

Sur la sexualité cf. BRENOT Philippe, *L'éducation à la sexualité*, éd. PUF, 2^e éd., 2007, coll. « Que sais-je ? ».

¹⁶² Michel BOZON, « Orientations intimes et constructions de soi. Pluralité et divergences dans les expressions de la sexualité », *Sociétés contemporaines*, 1/2001, n° 41-42, p. 21.

¹⁶³ www.asexuality.org/fr/?asexualite:faq_-_foire_aux_questions:definitions

¹⁶⁴ Article 222-22 code pénal : « constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte menace ou surprise ».

¹⁶⁵ Article 227-25 code pénal « le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de moins de quinze ans est puni de (L. n° 98-468 du 17 juin 1998) « cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. » »

La non-sexualité peut être temporaire. Les couples non mariés n'ayant aucune relation sexuelle sont ceux qui nous intéressent. Certains auteurs parlent de « non-couple » en l'absence de relation sexuelle¹⁶⁶.

La principale difficulté réside dans l'impossibilité pour le législateur ou le juge de s'immiscer dans la vie intime des couples.

§2 : Absence de sexualité dans la jurisprudence et la législation étrangères

43. La notion de vie familiale dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme est une notion large. Ainsi nous pouvons nous demander si les couples non mariés sans connotation sexuelle entrent dans son champ d'application (A). La Cour de Strasbourg a élaboré une jurisprudence sur ce sujet. Mais la question des couples sans sexualité divise les législations étrangères (B).

A/ Deux personnes à la sexualité interdite devant la CEDH

44. Deux personnes n'entretenant entre elles aucune sexualité peuvent-elles bénéficier du concept de vie familiale et, par conséquent, peuvent-elles bénéficier des droits et obligations découlant du droit au respect de la vie familiale¹⁶⁷ ?

L'arrêt *Burden et Burden contre Royaume-Uni* rendu par la CEDH le 29 avril 2008¹⁶⁸ constitue l'exemple juridique le plus concret et complet en ce qui concerne les couples n'entretenant pas de relation sexuelle.

A l'origine de cette affaire se trouve une requête¹⁶⁹ dirigée contre le Royaume-Uni, formulée par deux ressortissantes britanniques, plus précisément, par deux sœurs

¹⁶⁶ Irène THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, éd. Odile Jacob, 1998, coll. « La documentation française », p. 143 « *C'est moins, est-il besoin de le dire, la réalité effective des relations sexuelles que leur licéité reconnue socialement qui distingue le couple d'un non-couple, et le concubinage des autres formes de cohabitations : l'origine latine du mot (cum cubare) prend alors toute sa portée.* »

¹⁶⁷ Cf. supra n° 7.

¹⁶⁸ www.rtdh.eu/pdf/20080429_burden_c_uk.pdf ; RTD Civ. 2007 obs. Jean-Pierre Marguénaud en ce qui concerne CEDH, *Burden et Burden c/ Royaume-Uni*, 12 décembre 2006.

¹⁶⁹ Requête n° 133378/05.

célibataires nées le 26 mai 1918 et le 21 décembre 1925¹⁷⁰. Les requérantes se plaignaient, sous l'angle de l'article 14 de la convention¹⁷¹ combiné avec l'article 1 du Protocole n°1¹⁷², que lorsque l'une d'elles viendraient à décéder, la survivante aurait à payer des droits de succession sur la part de la maison familiale possédée par la défunte. Elles avançaient l'argument que dans les mêmes circonstances le membre survivant d'un couple marié ou d'un couple homosexuel enregistré en vertu de la loi anglaise de 2004 sur le partenariat civil serait exonéré des droits de succession¹⁷³ ; or la loi anglaise leur interdisait de se pacser. Le partenariat civil anglais équivaut au pacte civil de solidarité français. Ces deux sœurs avaient toujours vécu ensemble dans le cadre d'une relation stable, solide et mutuellement solidaire ; depuis trente et un ans elles habitaient une maison bâtie sur un terrain hérité de leurs parents¹⁷⁴. Elles remplissaient toutes les conditions pour bénéficier d'un partenariat civil, hormis le fait qu'elles se trouvaient dans les degrés de parenté prohibés pour la conclusion de cette union. Ainsi, les sœurs ne pouvaient pas souscrire un partenariat civil anglais, pas plus qu'elles n'auraient pu se pacser en France. Toutefois, les requérantes se prétendaient victimes au plan fiscal de cette interdiction. Il était pratiquement certain, d'une part, que l'une d'elles décéderait avant l'autre et, d'autre part, que la valeur des biens de la défunte dépasserait le seuil d'exonération des droits de succession ce qui obligerait la survivante à acquitter au titre de ceux-ci une somme importante¹⁷⁵ qu'elle ne pourrait payer qu'en vendant l'immeuble familial.

45. Depuis l'arrêt *Burden et Burden*, la légitimité de l'organisation de nouveaux statuts conjugaux¹⁷⁶ est désormais admise. La Cour de Strasbourg, par un arrêt du 12 décembre 2006, avait déclaré leur requête recevable alors qu'aucune des deux n'était décédée. La question litigieuse se posait préventivement. Elle n'était pas théorique car

¹⁷⁰ www.rtdh.eu/pdf/20080429_burden_c_uk.pdf

¹⁷¹ Article 14 de la convention européenne des droits de l'Homme : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* ».

¹⁷² Article 1 du Protocole n°1 : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.*

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

¹⁷³ www.rtdh.eu/pdf/20080429_burden_c_uk.pdf

¹⁷⁴ www.rtdh.eu/pdf/20080429_burden_c_uk.pdf

¹⁷⁵ www.rtdh.eu/pdf/20080429_burden_c_uk.pdf

¹⁷⁶ Jean-Pierre MARGUENAUD, « L'accès à la vie de couple sous l'éclairage de la CEDH », In Claire NEIRINCK (sous la dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, op.cit, p. 109.

pour se pacser il fallait qu'elles soient toutes les deux en vie. Selon la jurisprudence de la Cour, pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14 il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables¹⁷⁷. Une telle distinction est discriminatoire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement. Ainsi, la Cour n'a pas admis une éventuelle violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du protocole n°1.

46. La députée Jacqui Smith précisa que : « Dans presque tous les partis, de nombreux députés se sont accordés à dire que le projet de loi sur le partenariat civil n'était pas le cadre adéquat pour traiter les problèmes que peuvent rencontrer les membres d'une même famille, non parce que des difficultés sont dénuées d'importance mais parce que le projet de loi n'est pas la base législative appropriée pour les traiter »¹⁷⁸. Il est vrai que le problème est réel et doit être traité. Toutefois, le cadre légal du partenariat civil n'est pas approprié. Les membres d'une même famille ne peuvent pas conclure de pacs ou de partenariat civil sans que l'inceste soit sous-jacent, ce qui met en relief la sexualité qu'il implique mais n'impose pas. L'aménagement d'un contrat spécifique entre deux membres d'une même famille serait plus adapté car limité à l'organisation de leur vie commune.

47. La grande chambre a estimé que, comme pour le mariage, les conséquences juridiques du partenariat civil, dans lequel deux personnes décident expressément et délibérément de s'engager, distinguent ce type de relation des autres formes de vie commune¹⁷⁹. La relation de cohabitation entre les deux requérantes, malgré sa longue durée, est fondamentalement différente de celle qui existe entre deux conjoints ou partenaires civils. Si on les assimilait aux conjoints ou partenaires, cela impliquerait que le législateur admette entre elles l'existence de relation sexuelle. En l'espèce, cette assimilation correspondrait à une reconnaissance implicite d'une sexualité incestueuse même si les deux sœurs ne partagent pas le même lit. L'assimilation des couples de

¹⁷⁷ D.H et autres c/ République Tchèque (GC), n° 57325/00, § 175, CEDH 2007.

¹⁷⁸ www.rtdh.eu/pdf/20080429_burden_c_uk.pdf

¹⁷⁹ www.rtdh.eu/pdf/20080429_burden_c_uk.pdf

frères et des couples d'amants, même implicite, porterait atteinte à l'ordre public¹⁸⁰. Une règle est dite d'ordre public lorsqu'elle est obligatoire et s'impose pour des raisons impératives de protection, de sécurité ou moralité. L'interdiction de l'inceste s'impose au-delà de la morale comme clé de voûte de la famille. En effet, dans la société occidentale il est surtout le principe fondateur de la famille. On peut en effet définir la famille comme le cercle de personnes au sein duquel les relations sexuelles instituées sont interdites en raison de parenté ou d'alliance¹⁸¹.

48. Conformément à l'analyse de la Cour européenne des Droits de l'Homme, la vie familiale de couple sous-entend la vie commune dans le cadre d'une relation qui suppose la sexualité. La sexualité y est toujours présumée. Elle justifie la reconnaissance du couple. Si la sexualité est interdite, les droits et devoirs découlant de la notion de vie familiale sont écartés. La présomption de sexualité n'est pas irréfutable, il s'agit d'une présomption simple ; il est facile de prouver l'absence de relation sexuelle au sein d'un couple ou d'un « duo ». Ainsi, les requérantes partageaient une vie commune mais elles n'entretenaient pas de relation sexuelle. De ce fait, la Cour européenne des droits de l'Homme approuve que le législateur n'accorde rien à ceux et celles qui partagent tout sauf le « lit ». Ainsi, la sexualité se présente bien comme l'élément fondateur de la notion de couple. Elle est juridicisée, disciplinée par le droit¹⁸².

B/ Deux personnes sans sexualité

49. Le 23 octobre 1993, l'Association belge Tels Quels a organisé une journée d'étude et d'information sur le thème : « Etre homosexuel aujourd'hui : vie privée et réalité sociale » ; y avait été notamment discuté le texte d'une proposition de loi sur le contrat de vie commune¹⁸³. Ce texte avait été élaboré par deux avocates du Barreau de Bruxelles : J. Hamaide et M. Pasteel. Il avait été présenté devant la chambre des

¹⁸⁰ Annick BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.*, 2000, p. 759 et s.

¹⁸¹ Cons. Constit., 16 sept. 2011, n° 2011-163QPC, Dr. fam. Repère 10/2011.

¹⁸² Jacques POUMAREDE, *Droit, histoire et sexualité*, 1988, spéc. C. HOUIN, p. 271, « la sexualité en droit civil contemporain », In Jean CARBONNIER, *Droit civil Tome 2 la famille*, éd. PUF, 16^e éd. 1993, coll. « Thémis », p. 20.

¹⁸³ Christelle AREND-CHEVRON, « La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 35/2002, n° 1780, p. 7.

représentants le 2 mars 1994¹⁸⁴. Il s'agissait de la première proposition de loi visant à accorder un cadre juridique spécifique destiné à protéger les couples homosexuels et les couples sans sexualité. La proposition de loi organisait un contrat de vie commune qui visait à « concrétiser socialement un lien unissant deux personnes physiques qui désirent établir entre elles une communauté de vie et s'assurer réciproquement une sécurité matérielle »¹⁸⁵.

Ce texte instaurait un statut civil différent de celui du mariage. Il visait des obligations d'assistance et de secours et était indifférent au devoir de fidélité¹⁸⁶. Il concernait toutes les personnes quelle que soit la nature de leurs liens, à l'exclusion des ascendants et descendants, afin d'éviter de perturber les règles de dévolution successorale en ligne directe. Ce projet de loi accordait un droit de succession au partenaire survivant sans bouleverser l'ordre de dévolution successorale légal. La protection consistait à donner au survivant le droit de continuer à jouir de l'immeuble et des meubles affectés à la vie commune. Enfin, cette proposition visait à étendre au partenaire certains droits en matière de sécurité sociale et le droit à l'établissement sur le territoire pour le partenaire étranger d'un belge.

50. La majorité parlementaire a voté, en séance plénière de la chambre des représentants le 29 octobre 1998, l'instauration d'un régime distinct du mariage¹⁸⁷. Le nouveau régime de la cohabitation légale¹⁸⁸ se définit comme étant une situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration¹⁸⁹ à l'officier d'état civil du domicile commun¹⁹⁰, permettant à deux personnes majeures célibataires qui cohabitent et souhaitent cohabiter, de bénéficier d'une protection légale minimum. La loi n'érige pas la différence de sexe ou l'absence de lien de parenté en condition de sa conclusion. De ce fait, le contrat de cohabitation légale concerne les couples homosexuels, les couples hétérosexuels, comme les fratries ou les couples ascendants-descendants (parent

¹⁸⁴ Christelle AREND-CHEVRON, « La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe », *op.cit.*, p.7.

¹⁸⁵ C. AREND-CHEVRON, « La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe », *op.cit.*, p.8.

¹⁸⁶ C. AREND-CHEVRON, « La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe », *op.cit.*, p. 8.

¹⁸⁷ C. AREND-CHEVRON, « La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe », *op.cit.*, p. 10.

¹⁸⁸ Loi du 23 novembre 1998 (Moniteur belge du 12 janvier 1999) prévue par les articles 1475 à 1479 du code civil belge.

¹⁸⁹ Code civil belge : article 1475, § 1^{er}.

¹⁹⁰ Code civil belge : article 1476, § 1^{er}.

ou grand-parent avec enfant ou petit enfant majeur)¹⁹¹. Ce nouveau régime ne crée que des effets juridiques limités, telles que la protection du logement des cohabitants, l'obligation de contribuer aux charges de la vie commune en proportion de ses facultés respectives, la solidarité des dettes contractées pour les besoins de la vie commune et des enfants¹⁹². Le législateur n'a pas attaché à cette communauté de vie des effets juridiques personnels et n'a prévu aucun droit, ni en matière de sécurité sociale, ni en matière fiscale ou successorale. Chacun des cohabitants légaux conserve les biens dont il peut prouver qu'ils lui appartiennent, les revenus que procurent ses biens et les revenus de travail. Les biens dont aucun des cohabitants légaux ne peut prouver qu'ils lui appartiennent et les revenus que ceux-ci procurent sont réputés être en indivision¹⁹³. Il peut être mis fin à la cohabitation légale de différentes manières. En effet, la cohabitation peut prendre fin soit d'un commun accord, soit par le mariage ou le décès de l'un des cohabitants, soit unilatéralement au moyen d'une déclaration écrite remise contre récépissé à l'officier de l'état civil du domicile des deux parties ou indifféremment du domicile de l'une des deux parties ou du domicile de la partie qui demande unilatéralement la demande de cessation¹⁹⁴.

Il ressort que par cette loi que l'Etat voulait reconnaître une relation indifférente à la sexualité vécue par deux personnes. Ce texte ignore volontairement l'absence de la sexualité.

51. Cependant le contrat de cohabitation légale n'a pas donné satisfaction. En effet, les solutions envisagées concernent essentiellement les couples homosexuels. Or, l'ouverture du mariage aux couples homosexuels belges¹⁹⁵ a été une réponse plus créatrice de droits. En revanche, en ce qui concerne les relations entre parents aucune réforme n'a réellement été proposée. Les membres d'une même famille belge vivant sous le même toit ne bénéficient que du contrat de cohabitation légale ne créant, finalement, que peu de droits. Toutefois, la conclusion de ce contrat aurait permis aux sœurs Burden¹⁹⁶ de conserver le logement si l'une d'elles venait à décéder avant l'autre. Ce contrat comporte quelques avantages non négligeables. Le droit belge, à travers

¹⁹¹ www.elsene.irisnet.be/site/fr/02vivrexl/habiter/cohabitlegale.htm

¹⁹² Code civil belge : article 1477 § 2 à 4.

¹⁹³ www.elsene.irisnet.be/site/fr/02vivrexl/habiter/cohabitlegale.htm

¹⁹⁴ www.elsene.irisnet.be/site/fr/02vivrexl/habiter/cohabitlegale.htm

¹⁹⁵ David PATERNOTTE, « Quinze ans de débats sur la reconnaissance légale des couples de même sexe », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 35/2004, n° 1860-1861, p. 5.

« *Le 30 janvier 2003, la Belgique a officiellement reconnu le droit de se marier aux couples de même sexe* ».

¹⁹⁶ CEDH, *Burden et Burden c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2008.

l'existence de droits civils, accorde d'une certaine manière un statut aux couples sans sexualité. Ce statut se distingue de celui des partenaires car le partenariat enregistré en Belgique, réservé exclusivement aux couples homosexuels¹⁹⁷, offre plus de droits que le contrat de cohabitation légale. De plus ce statut civil est différent du mariage.

52. Le législateur français est muet quant à l'aménagement juridique de la communauté de vie des couples non mariés n'ayant pas de relation sexuelle. En effet, aucun texte n'a été voté sur ce sujet. Pourtant de nombreux projets de loi ont été présentés au Parlement mais aucun n'a abouti. Dès les années 1990 se sont succédé des projets de loi qui n'ont pas atteint le stade de la discussion parlementaire. Ont été déposées au Parlement les propositions de partenariat civil en 1990, de contrat d'union civile¹⁹⁸ en 1992, de contrat d'union civile et sociale en 1997¹⁹⁹.

L'article 2 de la proposition de 1992 prévoyait que : « *toute personne physique capable au sens des articles 1123 et 1124 du code civil²⁰⁰ peut passer avec une autre personne physique quel que soit son sexe un contrat d'union civile* »²⁰¹. A la lecture de cet article nous comprenons que le contrat d'union civile peut concerner aussi bien les couples homosexuels, hétérosexuels que les parents ou amis. Toutefois, une nuance est apportée à l'article 3. En effet, il est précisé que « *toute personne déjà engagée dans un contrat d'union civile ou dans le mariage ne peut passer un contrat d'union civile. De même, l'union civile ne peut être réalisée entre ascendant et descendant* »²⁰². Ainsi, la conclusion d'un contrat d'union civile entre un ascendant et un descendant aurait été interdite. Cette proposition ne faisait aucune référence au devoir de fidélité. Ainsi, la sexualité ne semblait pas être un critère déterminant ; elle présentait un caractère subsidiaire. Il est uniquement question dans le CUC de devoirs de secours et d'assistance²⁰³.

¹⁹⁷ David PATERNOTTE, « Quinze ans de débats sur la reconnaissance légale des couples de même sexe », op.cit, p. 10.

¹⁹⁸ Contrat d'union civile : CUC.

¹⁹⁹ Wilfried RAULT, *L'invention du PACS, Pratiques et Symboliques d'une nouvelle forme d'union*, op.cit., p. 20.

²⁰⁰ Article 1123 du code civil : « *toute personne peut contracter, si elle n'est pas déclarée incapable par la loi* ».

Article 1124 du code civil : « (L. n° 68-5 du 3 janvier 1968) *Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi :*

Les mineurs non émancipés ;

Les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code.».

²⁰¹ www.france.qrd.org/texts/cuc.html

²⁰² www.france.qrd.org/texts/cuc.html

²⁰³ Article 5 de la proposition de loi sur le CUC : « *les contractants de l'union civile se doivent mutuellement secours et assistance.* »

53. Il existe des similitudes avec la proposition de loi belge relative au contrat de vie commune. En effet, dans les deux propositions les ascendants et descendants sont exclus du champ d'application ; il n'y a pas de devoir de fidélité ; les droits ouverts aux couples correspondent aux droits de succession, de la sécurité sociale, du logement ; les procédures de conclusion et rupture du contrat s'opèrent devant un officier d'état civil²⁰⁴. Nous pouvons penser que les propositions belge et française n'ont pas abouti parce qu'elles étaient trop larges au regard des situations traitées. En effet, passer de l'absence de droit à pratiquement tous les droits réalise un « grand-écart » législatif. Avant l'entrée en vigueur de la loi sur le PACS, la position traditionnelle était de ne pas légiférer car le mariage devait garder le monopole de droit²⁰⁵. Le CUC a abordé le problème en se plaçant à l'opposé en attribuant à pratiquement toute forme de vie en commun les droits accordés traditionnellement à la vie maritale.

54. En France, les couples sans sexualité cohabitant sous le même toit qui souhaitent bénéficier d'un encadrement juridique peuvent conclure un contrat de colocation. En effet, la colocation se conçoit en dehors du contexte du couple vivant maritalement. Néanmoins cet aménagement se limite au droit du logement. En effet, les règles relatives à la colocation n'ouvrent aucun droit fiscal, successoral, ou de la sécurité sociale.

55. Les cohabitations sans connotation sexuelle apparente ou effective sont entre le non-droit et le droit des couples. Il n'existe pas en droit français de situations intermédiaires. Pourtant les revendications existent. Il semblerait pourtant que cette question soit délaissée par le législateur. Mais il est clair qu'il ne suffit pas de vivre à deux pour former un couple. Le couple implique l'existence de relations sexuelles, pour être reconnu comme tel.

²⁰⁴ Cf. Supra n° 49 à 52.

²⁰⁵ www.france.qrd.org/texts/hauser-980424.html

SECTION 2 : REALITE DE LA SEXUALITE, ELEMENT DISCRIMINANT DE LA RECONNAISSANCE DES COUPLES

56. En 2013, en ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur abandonne le critère d'altérité sexuée. La sexualité remplace en quelque sorte ce critère ; elle correspond à un critère plus large – permettant d'englober l'hétérosexualité et l'homosexualité – et commun à toutes les formes d'unions. La sexualité peut être non procréatrice, procréatrice ou fécondante. On parle de sexualité fécondante uniquement pour les couples hétérosexuels féconds. La sexualité procréatrice est un terme pouvant englober la procréation naturelle et l'assistance médicale à la procréation. Elle concerne ainsi les couples hétérosexuels féconds ou inféconds et les couples homosexuels.

Le législateur aborde implicitement le critère de la sexualité des couples non mariés (§2). De ce fait, elle est présumée contrairement à la sexualité matrimoniale qui est encadrée (§1). Qu'elle soit encadrée ou présumée, la sexualité est partie intégrante de la définition du couple. Toutefois, elle revêt un caractère discriminant lors de la reconnaissance des couples.

§1 : La sexualité dans le mariage

57. Le mariage est une institution universelle. La sexualité matrimoniale, par analogie, fait elle aussi partie de l'institution. Le mariage se caractérise par une union hétérosexuelle ou homosexuelle, monogame, assortie d'une obligation de fidélité. Ainsi, la sexualité dans le mariage peut-être hétérosexuelle ou homosexuelle. L'altérité sexuée des époux n'est plus posée comme un principe fondamental du mariage²⁰⁶. Le code civil

²⁰⁶ L'altérité sexuelle des époux est-elle un principe fondamental reconnu par les lois de la République ? Cf. François-Xavier BRECHOT, « La constitutionnalité du "mariage pour tous" en question », *La semaine juridique*, n° 51, 17 déc. 2012, p. 2326 à 2331.

p. 2327 : « Certains membres de la doctrine, parmi les plus éminents (P. DELVOLLE, L. SERTOR), mais aussi un ancien Président de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale (Philippe HOUILLON), affirment en effet que l'altérité sexuelle des époux, c'est-à-dire le fait et la règle que le mariage ne peut unir que des personnes de sexe différent, constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République. »

ne contient aucune disposition expresse relative à la sexualité dans le mariage. Toutefois, il existe des dispositions implicites : l'article 212 du code civil avec l'obligation de fidélité et l'article 215 du code civil imposant aux époux une communauté de vie qui a été définie par la jurisprudence comme le « devoir conjugal ». La majorité des couples mariés entretiennent des relations sexuelles (A). A contrario, il existe des situations dans lesquelles la sexualité matrimoniale n'est pas effective. Dans ce cas, le droit positif prévoit des sanctions (B).

A/ L'exigence d'une sexualité effective

58. Les époux sont tenus d'entretenir entre eux des rapports sexuels. Le critère de cohabitation charnelle n'est pas expressément mentionné dans la loi, mais il est affirmé par la doctrine et la jurisprudence²⁰⁷. Le droit romain ne considérait pas l'acte sexuel comme étant nécessaire à l'union matrimoniale. En revanche, le droit canonique le qualifie de « devoir conjugal par excellence » et met en exergue la notion de *copula carnalis*²⁰⁸, ce qui se justifie car le mariage religieux inclut la procréation, comme le mariage civil le fait avec la présomption de paternité. Loysel, célèbre juriste, a déclaré : « Boire, manger, coucher ensemble, est mariage ce me semble »²⁰⁹. La doctrine précise que « le consentement au mariage est d'abord un consentement à avoir des relations sexuelles »²¹⁰. Le devoir conjugal est un devoir de modération. Cela signifie qu'il existe des limites lorsque le conjoint impose par la contrainte des relations sexuelles à son partenaire²¹¹. De plus, la consommation du mariage est un principe

²⁰⁷ Daniel BORILLO, *Le droit des sexualités*, éd. PUF, 1^{er} éd., 2009, coll. « les voies du droit », p. 155.

²⁰⁸ Daniel BORILLO, *Le droit des sexualités*, op.précit, p. 155.

La notion de copula carnalis implique que l'acte sexuel entre les époux est une condition de perfection du mariage : la consommation rend le mariage indissoluble, alors que s'il n'y a pas d'acte sexuel, le sacrement matrimonial n'existe pas. De plus, l'accouplement engendre une forme de « droit sur le corps de l'autre » dont dispose chaque époux réciproquement.

²⁰⁹ Antoine LOYSEL, *Institutes coutumières*, éd. De Paris, 1846, Livre I, titre 1, n° 6.

²¹⁰ Michèle-Laure RASSAT, JCP 1991, II, p. 21629.

²¹¹ Jean-Paul BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Préface de François TERRE, éd. L.G.D.J, 1993, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 222, p. 335 ; Anne-Marie LEROYER, « Etude de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *RTD Civ.*, avril/juin 2006, n° 10, p. 405.

Le devoir conjugal n'implique pas un accès sans limite d'un époux au corps de l'autre. Le consentement d'un époux aux relations sexuelles est présumé. Toutefois, cette présomption est simple et de ce fait le consentement ne vaut que jusqu'à preuve du contraire (article 222-22 du code pénal). Ainsi, la frontière entre sexualité consentie et sexualité imposée est particulièrement étroite. Le juge se présente, en quelque sorte, comme le garant d'une certaine morale sexuelle sous réserve toutefois de pouvoir prouver que les relations sexuelles étaient non consenties.

assorti d'exceptions. En effet, certaines personnes incapables²¹², temporairement ou définitivement, d'avoir des relations sexuelles sont justifiées de ne pas exécuter le devoir conjugal.

La sexualité matrimoniale prend la forme d'un devoir à double dimension. Négativement, il est le devoir « légal » de s'abstenir d'entretenir des relations sexuelles avec des tiers – fidélité – et positivement, il est le devoir « jurisprudentiel » d'entretenir des rapports sexuels avec le conjoint²¹³. La fidélité commande plusieurs lignes de conduite, notamment la retenue et l'exclusivité, et prohibe tout rapport charnel ou affectif à l'égard d'une personne autre que son conjoint²¹⁴. Elle permet de faire jouer la présomption de paternité qu'elle rend crédible. Dans le mariage, la sexualité est obligée dans son principe et sa réalisation est assimilée à l'intention matrimoniale. Cependant le mariage n'implique pas une acceptation de toutes les sexualités.

59. Dans un arrêt rendu par la Cour d'Appel d'Aix en Provence le 3 mai 2011, les juges ont sanctionné un mari abstinent pendant plusieurs années, en prononçant le divorce à ses torts exclusifs et en attribuant à son épouse 10 000 euros de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral causé²¹⁵. La motivation de la Cour d'appel se fait sur le plan de la qualité – subjective – de la relation et pas sur le plan de l'objectif d'avoir un enfant²¹⁶. Autrefois, le devoir conjugal et l'obligation de procréer étaient souvent confondus par le juge au point même de condamner un mari pour avoir utilisé systématiquement des préservatifs contre la volonté de sa femme²¹⁷. L'obligation d'entretenir des relations sexuelles avec son conjoint était justifiée par une obligation d'engendrer²¹⁸. Avec l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe,

²¹² Sont considérées comme incapable d'avoir des relations sexuelles : les infirmes, les impuissants (il faut que l'impuissance soit démontrée et imputable au mari, Civ. 2^e, 5 nov. 1969, D., 1970, 223, note Wiederkehr ; GP, 1970, 1, 26), les malades, les prisonniers, les mourants (la jurisprudence admet le mariage in extremis et le législateur le mariage posthume. Il s'agit de deux formes de mariage sans sexe).

²¹³ Daniel BORILLO, *Le droit des sexualités*, op.cit, p. 155.

²¹⁴ Sonia BENHADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, thèse soutenue en 2005, directeur de thèse Doyen Bernard BEIGNER, discipline droit, université des sciences sociales de Toulouse, p. 669.

²¹⁵ CA Aix en Provence, 3 mai 2011, n° 2011/292, RG n° 09/05752, Dalloz Actu Etudiant 13 sept 2011. « *L'abstinence ou la quasi-abstinence de relations sexuelles pendant plusieurs années avec des reprises ponctuelles, contribue à la dégradation des rapports entre époux dans la mesure où les rapports sexuels entre époux sont notamment l'expression de l'affection qu'ils se portent mutuellement, tandis qu'ils s'inscrivent dans la continuité des devoirs découlant du mariage.* »

²¹⁶ CA Aix en Provence, 24 mai 1989, JurisData n° 044008.

« *L'abstention du devoir conjugal ne revêt un caractère injurieux pour l'autre conjoint que si elle est volontaire et persistante et marque le mépris ou l'indifférence pour ce dernier* ».

²¹⁷ CA Paris, 27 oct. 1959, D., 1960, p. 144.

²¹⁸ Cette justification n'avait de sens que lorsque le mariage était exclusivement hétérosexuel car la procréation était toujours envisageable. Les cadres de la sexualité des époux poursuivaient des buts bien précis : la procréation et l'éducation des enfants. Jean Carbonnier précise que « la nécessité physique n'est

la procréation se détache du mariage. L'obligation d'entretenir des relations sexuelles n'est plus une obligation sociale mais une obligation morale.

Cette obligation demeure mais il convient de s'interroger sur ses fondements. Si ceux-ci restent inchangés et qu'elle continue d'être associée à la procréation, son inexécution ne pourra être sanctionnée au sein des mariages homosexuels où la procréation est impossible. En revanche, si son fondement change et que cette obligation découle d'une exigence affective – exigence plus large que celle de procréation –, elle concernera tous les couples mariés. Il semblerait que les motivations de certains juges se rattachent à cette théorie. Ainsi, un époux homosexuel n'entretenant plus de relation sexuelle avec son conjoint pourrait être sanctionné pour défaut d'affection. La non-sexualité au sein du mariage peut ainsi constituer une faute ; de ce fait elle est sanctionnable. La communauté de lit n'est cependant pas une obligation absolue. L'absence de relations charnelles peut être légitimée par des raisons objectives, telle la force majeure²¹⁹, l'incapacité physique aux relations sexuelles²²⁰, ou la mauvaise santé, mais encore faut-il avoir usé du secours que la médecine peut représenter dans de telles circonstances²²¹. De rares affaires judiciaires ont fait état d'une impuissance féminine, constituée par des cas d'étroitesse du vagin²²² empêchant le mari de parvenir à ses fins²²³.

La fréquence des rapports sexuels et la manière dont cette obligation s'exécute peuvent être examinées par les juges. Pour Daniel Borillo, ces derniers sont devenus les garants d'un équilibre sexuel situé entre l'excès et la carence et dans lequel les deux conjoints doivent remplir leurs obligations²²⁴. Le législateur étant muet sur la question de la sexualité, le juge est venu combler ce vide.

pas celle de la conjonction sexuelle et de la génération, car des rapports épisodiques entre homme et femme, à plus forte raison une union libre quelconque, un concubinage, pourraient tout aussi bien y satisfaire : il faut plutôt penser à l'éducation des enfants, incomparablement plus longue dans l'espèce humaine que partout ailleurs, ce qui postule entre les deux éducateurs, également utiles, une association durable ». Jean Carbonnier fait référence à l'article 213 du code civil.

In Jean CARBONNIER, *Droit civil Tome 2 la famille*, op.cit, p. 35.

²¹⁹ CA Paris, 27 octobre 1959 : D. 1960, jur. p. 144.

²²⁰ CA Paris, 11 juillet 1988 : JurisData n° 024779 ; CA Montpellier, 10 avril 1984 : JurisData n° 000531.

²²¹ CA Nancy, 6 mai 1946 : Gaz. Pal 1946, 2, p. 7.

²²² En terme médical l'étroitesse du vagin se nomme arctitude.

²²³ Emmanuel PIERRAT, *Le sexe et la loi*, éd. La Musardine, 2008, coll. « l'attrape-corps », p. 85.

²²⁴ Daniel BORILLO, *Le droit des sexualités*, op.cit, p. 157.

B/ L'absence de sexualité sanctionnée

60. Il arrive que les époux ne respectent pas ou plus le devoir conjugal, soit parce que l'un des époux refuse d'avoir des relations sexuelles avec l'autre époux, soit parce les époux n'ont jamais eu de relations sexuelles en raison d'absence de relations affectives.

La sexualité refusée se distingue de la sexualité non consommée. Lorsque la sexualité est refusée dans le mariage cela suppose tout de même que ce dernier a été consommé mais qu'un des époux a refusé, temporairement ou définitivement, entretenir des relations sexuelles avec l'autre époux. En revanche, lorsque la sexualité n'est pas consommée cela signifie que les époux n'ont jamais eu de relations sexuelles.

61. L'absence occasionnelle de relations sexuelles ne pose pas de difficulté tout comme l'abstinence réciproquement convenue. En effet, les parties peuvent se dispenser du devoir conjugal par une entente de fait. Toutefois, une telle entente définitive ne peut pas être admise en droit car le devoir conjugal est d'ordre public²²⁵. Il arrive qu'aucune entente n'ait été formulée entre les époux et que l'un d'eux soit insatisfait de l'absence au point de l'invoquer devant le juge. Ce dernier doit apprécier souverainement la situation selon les désirs exprimés par chacun des époux²²⁶. Le fait pour les époux d'avoir des domiciles distincts²²⁷ ou de faire chambre à part²²⁸ ne fait pas disparaître l'obligation d'avoir des relations affectives et sexuelles²²⁹. Si un époux peut occasionnellement refuser d'exécuter le devoir conjugal, en revanche il ne peut durablement en refuser l'exécution. Le refus constitue une injure grave assimilée à une faute²³⁰. Les cas de force majeure²³¹ écartent le caractère fautif de l'abstinence. Si le devoir conjugal n'est pas respecté et si aucun cas de force majeure n'est constaté, le

²²⁵ Cf. sur cette question Benoît DE BOYSSON, *Mariage et conjugalité, Essai sur la singularité matrimoniale*, Préface de Hugues FULCHIRON, op.cit., p. 166.

²²⁶ Le délai doit être plus long qu'un voyage de noces : TGI Grenoble, 13 oct. 1965 : JCP 1966, IV, 68.

²²⁷ Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1980, B., I, n° 206, p. 168.

²²⁸ Civ. 2^e, 11 juin 1976, n° 75-12848.

²²⁹ Civ. 1^{re}, 8 juin 1999, D., 2000, somm. p. 413, obs. Lemouland ; Defrénois, 1999, p. 1256, note Massip ; Dr. famille, 1999, 110 note Lecuyer.

²³⁰ Cass. req., 12 nov. 1900 : D. 1901, 1, p. 21. Cass. req., 6 avr. 1908 : D. 1908, 1, 240. Lyon, 25 mars 1931 : D. 1932, 2, 21. Montpellier, 2 mars 1938 : DH 1938, p. 312. Lyon, 28 mai 1956 : D. 1956, 646, note A. Breton. Paris, 27 oct. 1959 : D. 1960, p. 144. Cass. civ. 2^e, 16 déc. 1963 : D. 1964, 227 ; JCP 1964, II, 13660. Cass. civ. 2^e, 8 déc. 1967 : Bull. civ. II, n° 559. Cass. civ. 2^e, 5 sept. 1969 : D. 1970, 223. Cass. civ. 2^e, 4 oct. 1978 : D. 1979, IR, 211. Cass. civ. 2^e, 17 déc. 1997, n° 96-15704 : inédit. Rennes, 19 mai 2003, n° 02/00718.

²³¹ Le refus peut être justifié par une raison médicale ou physiologique, ou en raison de la nature particulière des relations sexuelles sollicitées ou de leur fréquence excessive.

Raison médicale : Poitiers, 3 déc. 1894 : DP 1895, 2, 64.

Nature particulière des relations sexuelles sollicitées : TGI Dieppe, 25 juin 1970 : JCP 1970, II, 16545 bis : le mari de 70 ans avait un comportement oscillant entre de la tendresse à la bestialité la plus raffinée.

conjoint « lésé » pourra demander le divorce ou la séparation de corps²³². Contrairement à certaines décisions rendues dans le passé²³³, il est impossible d'obtenir l'exécution forcée du devoir conjugal²³⁴. Ne pas avoir de relations sexuelles peut conduire au divorce. Cela est-il approprié ? La sanction n'est-elle pas trop sévère ? La mésentente sexuelle cache bien souvent d'autres tensions conjugales, c'est au juge d'apprécier souverainement la situation. Si le juge est saisi c'est souvent parce que les époux n'ont pas réussi à trouver de solution et que la situation est particulièrement insoutenable dans le foyer. Dans ce cas, le prononcé du divorce semble être la solution la plus appropriée.

62. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, la définition de l'intention matrimoniale est redevenue centrale²³⁵. La notion d'intention matrimoniale qui fondait le mariage semble avoir évolué. L'intention matrimoniale est une notion floue, difficile à définir. Avant l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, elle impliquait le consentement à une sexualité fécondante. Aujourd'hui cette définition est devenue désuète car le mariage est détaché de la procréation. Quel est le critère qui justifie le mariage et permet de contrôler son bien-fondé, en dehors de la sexualité ? L'affection que deux personnes se portent ? La communauté de toit et le devoir de fidélité sont en déclin. Ainsi, les critères juridiques font désormais place à des critères plus sociologiques. Il est difficile de contrôler l'amour que deux personnes se portent. En revanche, il s'agit d'un élément essentiel du mariage, voire même indispensable. On se marie parce que l'on s'aime. L'affection – critère sociologique – doit être jumelée à des critères juridiques. Ainsi, l'intention matrimoniale correspond à l'intention de se soumettre à toutes les obligations nées de l'union conjugale²³⁶ – critère objectif – sous couvert d'une affection amoureuse – critère subjectif. Le défaut d'intention de se soumettre à toutes les obligations matrimoniales correspond à un défaut de consentement²³⁷. S'il n'y a pas de consentement, il n'y a pas de mariage²³⁸. Si

²³² Benoît DE BOYSSON, *Mariage et conjugalité, Essai sur la singularité matrimoniale*, Préface de Hugues FULCHIRON, op.cit, p. 165.

²³³ Pau, 11 mars 1863, Nîmes, 20 févr. 1862, Nîmes, 10 juin 1862, DP, 1863, 2, 193 ; Paris, 7 janv. 1903, DP, 1903, 2, 16 ; Lyon, 14 mai 1920, D., 1920, 2, 128. Contra : Chambéry, 27 déc. 1931, JCP, 1932, p. 275, note H.M.

²³⁴ Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, op.cit, p. 185.

²³⁵ Cf. supra n° 34 et 36.

²³⁶ Civ. 1^{re}, 19 décembre 2012, n° 09-15.606.

²³⁷ Civ. 1^{re}, 19 décembre 2012, n° 09-15.606.

La Cour de cassation décide qu'« ayant ainsi fait ressortir que l'épouse n'avait pas eu l'intention de se soumettre à toutes les obligations nées de l'union conjugale, c'est à bon droit que la Cour d'appel, après avoir retenu que l'épouse s'était mariée dans le but exclusif d'appréhender le patrimoine du mari, en a déduit, sans méconnaître les exigences conventionnelles de la liberté du mariage, qu'il y avait lieu d'annuler celui-ci, faute de consentement ».

l' « intention affective » fait défaut au sein du mariage, autrement dit si l'un des époux ou les deux époux n'éprouve(nt) aucun sentiment tendre et amoureux envers l'autre époux, alors le mariage pourrait être annulé. Le défaut de tendresse pourrait se caractériser par des violences conjugales : violences physiques ou verbales. Vivre sous le même toit et entretenir des relations sexuelles sont des conditions nécessaires au mariage mais non suffisantes. En effet, les époux doivent également éprouver de l'affection amoureuse l'un pour l'autre. Cette affection varie selon les âges, les personnalités et la durée des relations. Il s'agit d'un critère purement subjectif qui serait soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond, mais comment pourront-ils le quantifier et le vérifier?

63. De nombreux mariages sont contractés sans réelle intention matrimoniale dans le seul but de faire bénéficier un des deux conjoints des avantages que confère la loi aux époux²³⁹. Les mariés sont d'accord sur la tromperie destinée à offrir la nationalité française ou un titre de séjour à l'un des conjoints. On parle ici de mariage blanc, de mariage de complaisance ou de mariage simulé²⁴⁰. En l'espèce, les « mariés » ne s'aiment pas et le savent, l'intention affective fait défaut.

64. Il arrive qu'un seul époux soit dépourvu d'intention matrimoniale. Un des époux trompe l'autre sur ses sentiments amoureux. On parle ici de mariage gris. Il s'agit d'une notion sociologique retenue dans la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011. L'époux de nationalité étrangère se prétend amoureux pour atteindre son but : le mariage qui lui permettra soit d'éviter une reconduite à la frontière, soit de devenir français, soit d'obtenir un titre de séjour²⁴¹. Les mariages gris sont dans la majorité des cas des mariages célébrés entre un(e) français(e) et un(e) étranger(e) mais ils peuvent également correspondre à des mariages célébrés entre un vieil homme et une jeune femme ou une vieille dame et un jeune homme. En effet, l'escroc sentimental peut être une jeune

²³⁸ Article 146 du code civil : « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement ».

²³⁹ <http://droit-finance-commentcamarche.net/faq/4220-mariage-blanc-definition>

²⁴⁰ Les traits distinctifs du mariage simulé ont été dégagés en France par la jurisprudence. Dès 1963, l'arrêt Appietto caractérise ce mariage comme contracté dans le seul but d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale. Civ. 1^{re}, 20 nov. 1963, D. 1964. 465. La jurisprudence actuelle a précisé cette définition en exigeant que le résultat étranger à l'union matrimoniale ait été recherché par les époux de manière exclusive. CA Versailles, 15 juin 1990, D. 1991.268.

La résolution du Conseil de l'Union Européenne du 4 décembre 1997 a défini le mariage de complaisance. Il s'agit d'un mariage d'un ressortissant d'un Etat membre ou d'un ressortissant d'un pays tiers, séjournant régulièrement dans un Etat membre, avec un ressortissant d'un pays tiers, dans le seul but de détourner les règles relatives à l'entrée et au séjour des ressortissants des pays tiers et d'obtenir pour le ressortissant du pays tiers un permis de séjour ou une autorisation de résidence dans un Etat membre. [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1216\(01\):FR:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1216(01):FR:HTML)

²⁴¹ <http://www.legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabrine/definition-mariage-blanc-gris-10525.htm>

femme ou un jeune homme qui dissimule ses sentiments dans le seul but de devenir conjoint survivant. Il arrive que le mariage soit consommé alors que l'un des époux n'éprouve aucun sentiment amoureux. La consommation du mariage correspond dans ce cas-là à une manœuvre afin de ne pas éveiller les soupçons. Lorsque le mariage est célébré entre une personne âgée et un jeune homme ou une jeune femme la question de la consommation du mariage est plus délicate. Il est difficile de prouver que les époux ne consomment pas le mariage en raison d'une absence d'intention matrimoniale car il existe des situations dans lesquelles le jeune homme ou la jeune femme éprouve de réels sentiments amoureux pour l'époux plus âgé sans pour autant pouvoir consommer le mariage.

65. Lorsque la fraude est constatée des sanctions doivent être prononcées. Ces dernières peuvent être civiles²⁴², pénales²⁴³ et/ou administratives²⁴⁴. Jusqu'à la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 les mariages gris n'étaient pas sanctionnés pénalement. Mais l'exigence d'une sexualité pratiquée sera amenée à disparaître puisque les couples mariés ne sont pas nécessairement procréateurs. De ce fait, il n'y aura plus de différence factuelle entre les différents statuts juridiques de couple.

§2 : La sexualité hors mariage

66. La sexualité des amants, les relations sexuelles incestueuses, polygames, non consenties, la sexualité au sein du concubinage, du PACS sont autant de modèles de

²⁴² Irrégulièrement formé, le mariage de complaisance encourt l'annulation pour défaut de consentement. Concernant la nullité absolue, tout intéressé peut en réclamer le prononcé, à charge d'établir l'absence d'intention matrimoniale. La preuve est libre car il s'agit d'un fait juridique. Le défaut de cohabitation constitue un signe fort de leur absence de volonté conjugale : Civ. 1^{re}, 8 juin 1999, D. 2000 Som. p. 413. Le mariage peut être annulé sur le fondement des articles 180 et 184 du code civil à la demande du Procureur de la République ou d'un époux lui-même. L'article 175-2 du code civil crée une procédure organisée à partir du signalement par l'officier d'état civil « d'indices sérieux laissant présumer » que le mariage projeté est susceptible d'être annulé pour contrainte ou défaut de consentement. Cet article s'applique si le mariage paraît manifestement forcé ou simulé.

²⁴³ L'article L. 623-1 du code d'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile [CESEDA], modifié par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, énumère les sanctions pénales en cas de célébration de mariage blanc ou gris. En effet, le fait de contracter ces mariages est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Des peines complémentaires sont prévues à l'article L. 623-2 du CESEDA.

²⁴⁴ L'étranger dont la fraude avérée à l'obtention du titre serait démontrée sera sanctionné par la prise d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière, par la perte de son titre de séjour. Le titre de séjour vie privée et familiale et la carte de séjour sont susceptibles d'être retirés aux étrangers qui ne se conforment pas au respect de l'ordre public français ou aux principes d'octroi et de maintien de leur catégorie de titre portée dans le CESEDA.

sexualité que nous recensons en dehors du mariage. Toutefois, l'étude de ce paragraphe sera consacrée essentiellement à la sexualité présumée qui correspond aux relations sexuelles entre concubins (§1) ou partenaires (§2).

A/ La sexualité libre et non contrôlée des concubins

67. Comment le droit appréhende l'existence des relations sexuelles entre concubins ? L'article 515-8 du code civil ne formule pas expressément l'exigence de relations sexuelles entre concubins, mais l'emploi du terme « vie commune » par le législateur renvoie à leur sexualité. La doctrine traditionnelle²⁴⁵ considérait qu'il s'agissait de l'élément prépondérant du concubinage. Aujourd'hui, la doctrine est moins catégorique. En effet, on considère que la preuve de leur absence ne peut suffire pour exclure la qualification de concubinage. La Cour d'appel de Toulouse a affirmé le caractère accessoire de la sexualité reconnaissant le concubinage de deux personnes ayant décidé de n'avoir qu'une relation exclusivement spirituelle²⁴⁶. Ainsi, les concubins sont libres d'avoir ou non des relations sexuelles. En l'absence de relation charnelle, il faut examiner la volonté des deux personnes, pour juger si leur situation peut être qualifiée de concubinage²⁴⁷. Le concubinage est ouvert à toutes les formes d'unions sexuelles même celles qui sont en principe interdites ; les relations adultérines sont autorisées²⁴⁸ et les relations incestueuses sont tolérées. Les concubins sont libres d'avoir ou non des relations sexuelles, d'être fidèles ou infidèles car ils ne se sont engagés à rien.

68. Les concubinages adultérins entrent dans le champ d'application de l'article 515-8 du code civil. Depuis 1972, la Cour de cassation accepte que la concubine adultérine puisse être indemnisée de la perte accidentelle de son concubin²⁴⁹. Une décision a admis que la concubine et l'épouse soient toutes les deux indemnisées en

²⁴⁵ Notamment JOSSERAND.

²⁴⁶ CA Toulouse, 16 mai 1974, D. 1986, IR, p. 127, obs. C. Giverdon.

²⁴⁷ Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des personnes et de la famille*, éd. Lextenso, 8^e éd., 2009, coll. « Mémentos LMD », p. 110.

²⁴⁸ Dans le concubinage, les relations adultérines ne sont pas interdites. Néanmoins, les relations sexuelles entre trois personnes ou plus ne sont pas reconnues par le droit. Il n'est pas question de fidélité puisque les concubins ne se doivent rien en termes d'engagement (Xavier LABBEE, *Le droit commun du couple*, op.cit, p. 102). Un contrat ayant pour cause le maintien de relation sexuelle est nul car il porte sur l'exercice d'une liberté. De plus, les concubins ne peuvent ni souscrire à une obligation de fidélité ni renoncer à leur droit de rupture. Est donc exclue des conventions de concubinage la réglementation des effets strictement personnels (Catherine NOIR-MASNATA, *Les effets patrimoniaux du concubinage et leur influence sur le devoir d'entretien entre époux séparés*, éd. Librairie Droz, 1982, p. 58).

²⁴⁹ Crim., 20 avril 1972 ; Crim., 19 juin 1975, D., 1975, 679, note Tunc ; Crim., 8 janvier 1976, D., 1976, IR, 53 ; Crim., 3 mai 1977, B., n° 150, p. 373 ; JCP, 1977, IV, 166.

même temps, dès lors que le mari décédé entretenait les deux à la fois²⁵⁰. En rendant ces décisions, les juges reconnaissent les concubinages adultérins. Il s'agit d'une reconnaissance jurisprudentielle qui découle de l'évolution des mœurs. Les libéralités consenties à la concubine adultère en récompense de services sexuels ont emprunté la même lignée. En effet, depuis 1999 la jurisprudence opère un revirement et valide ces libéralités²⁵¹ en précisant que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère ». Le juge ne condamne plus le concubinage intéressé, ni le mobile sexuel²⁵². Ainsi, en matière de concubinage chacun est libre de faire ce qu'il veut de son corps et de son argent.

69. Comment distingue-t-on une relation entre deux amants d'une relation entre deux concubins ? Les amants ont uniquement des relations sexuelles alors que les concubins ont des relations sexuelles et une vie commune. La Cour de cassation a défini le concubinage comme une relation notoire et stable. La notion de concubinage notoire, qui sous-entend une communauté de vie et d'intérêts, suppose une relation stable hors mariage, connue des tiers²⁵³. Toutefois, les concubins ne sont pas dans l'obligation de partager à temps complet un même domicile pour vivre une telle relation²⁵⁴. On considère que le concubinage est plus stable qu'une relation entre deux amants du fait de l'existence d'une vie commune entre eux connue des tiers, même à temps partiel. Ainsi, la vie commune reflète la stabilité, ce qui justifie l'octroi de droits aux concubins. Les amants ne partagent ni une communauté de vie, ni une communauté d'intérêts. De plus, cette relation n'est pas obligatoirement connue des tiers. Ainsi, la relation entre deux amants se distingue de la relation entre deux concubins du fait de l'absence de stabilité et de notoriété.

70. La sexualité n'est ni essentielle ni suffisante. Les concubins n'ayant pas ou plus de relation sexuelle n'encourent aucune sanction civile car la sexualité ne constitue pas une obligation du concubinage. De ce fait, la liberté sexuelle des concubins représente la contrepartie de leur insécurité juridique. Les concubins ne peuvent rien reprocher à

²⁵⁰ CA. Riom., 9 novembre 1978, JCP, 1979, II, 19107, note Almairac.

²⁵¹ Civ. 1^{re}, 2 février 1999, D., 1999, p. 267, rapport Savatier, note Langlade-O'Sughrue ; somm. 307 obs. Grimaldi ; JCP, 1999, II, p.10083, note Billiau et Loiseau ; Larroumet, « La libéralité consentie pour maintenir une relation adultère est-elle valable ? », JCP, 1999, I, p. 152.

Jurisprudence confirmée, notamment en 2004: Cass. AP, 29 octobre 2004, D., 2004, 3175, note Vigneau ; JCP, 2005, II, 10011, note Chabas ; Terre, « L'occasion rêvée. A propos de Cass. Ass. plén. 29 oct. 2004 », JCP, 2005, Act. 223 ; Dr. famille, 2004, p. 230, note Beigner.

²⁵² Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, op.cit, p. 255.

²⁵³ CA. Paris, 16 janvier 2001 : D. 2002. Somm. 536, obs. Lemouland ; RTDCiv. 2001. 336, obs. Hauser.

²⁵⁴ CA. Douai, 12 décembre 2002 : Dr. fam. 2003, n° 139, note Lécuyer.

l'autre – son abstinence ou son infidélité – contrairement aux époux. Même si l'article 515-8 du code civil exige une vie commune impliquant implicitement une communauté de lit, il n'encadre pas les relations sexuelles des concubins. Une seule restriction existe : les concubins doivent avoir des relations sexuelles réciproquement et librement consenties²⁵⁵. Le concubinage constitue une circonstance aggravante du viol et de l'agression sexuelle entre concubins au même titre que le mariage et le PACS²⁵⁶. Les relations sexuelles sont un élément essentiel du concubinage. Toutefois, la preuve de leur absence ne peut suffire à exclure la qualification de concubinage.

71. La séduction dolosive relève du « concubinage gris ». En effet, l'un des concubins est dépourvu « d'intention maritale »²⁵⁷. Comme dans le mariage gris, l'un des partenaires trompe l'autre sur ses sentiments amoureux. La séduction dolosive est une escroquerie sentimentale²⁵⁸. Les sanctions, à la différence du mariage gris, ne sont ni pénales ni administratives. Lorsque la tromperie est avérée, la concubine victime ne pourra obtenir qu'une réparation civile du préjudice subi si elle peut prouver une faute. Les sanctions prononcées en cas de séduction dolosive avérée au sein d'un concubinage sont moins sévères que celles prévues pour les mêmes faits au sein du mariage. Le concubinage n'a pas la même valeur que le mariage, il est moins protégé.

72. Existe-t-il des concubinages blancs ? Autrement dit existe-t-il des situations dans lesquelles des faux concubins se sont accordés sur la formation d'un concubinage dans le seul but de bénéficier des avantages sociaux et fiscaux découlant de cette union ? Le concubinage n'entraîne en principe aucune conséquence entre les concubins. Chacun des concubins peut à tout moment rompre cette union. Néanmoins, il peut produire certains effets notamment sur le plan social et fiscal²⁵⁹. En cas d'acquisition commune d'un logement, les deux concubins sont considérés comme propriétaires indivis du logement par moitié²⁶⁰. Les concubins peuvent bénéficier de prestations concernant la sécurité sociale, si l'un des concubins est ayant-droit d'un assuré social et qu'il est à sa charge effective, totale et permanente²⁶¹. Il bénéficie de l'assurance maladie maternité en qualité d'ayant-droit, ou en cas de décès du concubin, de la

²⁵⁵ Cf. supra n° 67.

²⁵⁶ Article 222-24 11° et 222-28 7° du code pénal (loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, JO, 5 avril, p. 5097).

²⁵⁷ On parle « d'intention maritale » en référence à la « vie maritale ».

²⁵⁸ <http://www.legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabrine/definition-mariage-blanc-gris-10525.htm>

²⁵⁹ <http://vosdroits.service-public.fr/F904.xhtml>

²⁶⁰ <http://vosdroits.service-public.fr/F904.xhtml>

²⁶¹ Loi n° 78-2 du 2 janvier 1978 relative à la généralisation de la sécurité sociale, JO, 4 janvier, p. 178.

sécurité sociale pendant un an jusqu'à ce que le dernier enfant à charge ait atteint l'âge de trois ans²⁶². Les dispositions en matière de logement prévoient la continuation du bail au profit du « concubin notoire ou des personnes à charge qui vivent effectivement avec le locataire depuis au moins un an »²⁶³. Des règlements favorisent le rapprochement des couples de fonctionnaires²⁶⁴. Ainsi, il peut arriver qu'un duo d'amis s'accorde pour simuler une vie de couple en cohabitant ensemble dans le seul but de bénéficier des avantages découlant de ce concubinage. Toutefois, la simulation d'une vie de concubins n'est pas très avantageuse car très peu de droits en découlent. Comme nous l'avons précisé la preuve de l'absence des relations sexuelles ne peut suffire à exclure la qualification de concubinage. En outre, il a été jugé que l'huissier qui se livre à une enquête de voisinage pour établir un « procès-verbal de concubinage » est considéré comme outrepassant ses fonctions²⁶⁵. Madame Catherine Labrusse-Riou constate que « *l'affection s'éprouve mais ne se prouve pas* »²⁶⁶. Ainsi, des amis peuvent simuler une vie de couple sans être inquiétés. Les concubinages blancs sont une réalité qui n'est pas prise en compte par le droit, contrairement aux mariages blancs qui font l'objet d'une importante législation²⁶⁷. En effet, aucune loi n'interdit les concubins de vivre ensemble dans le seul but de bénéficier d'un ou de plusieurs avantages découlant de cette union. Les concubins sont moins bien protégés que les époux alors que les situations sont similaires, parce qu'elles sont de natures différentes.

73. Le droit du couple ne peut puiser son existence dans le seul lien affectif même si celui-ci est conforté par des relations sexuelles. Il y a une impossibilité, pour le droit, de ne s'en tenir qu'aux sentiments et affections pour reconnaître l'existence d'un couple car l'amour est difficilement qualifiable et donc difficilement mesurable. C'est la raison pour laquelle le droit ne retient l'existence d'un concubinage que si certaines conditions naturelles sont remplies. L'on voudrait que le droit vienne accréditer des statuts de

²⁶² <http://vosdroits.service-public.fr/F904.xhtml>

²⁶³ Loi n° 82-526 du 22 juin 1982, JO, 23 juin, p. 1967 (art. 16) ; loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, JO, 24 décembre, p. 15531 (art. 20) ; Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, JO, 8 juillet, p. 8541 (art. 14).

²⁶⁴ Décret n° 84-465 du 15 juin 1984, JO, 17 juin, p. 1880.

²⁶⁵ Civ. 1^{re}, 15 avril 1981, GP, 1981, 2, 645, note Viatte ; D., 1982, IR, 38, obs. Benabent ; Civ. 2^e, 6 février 1980, B., II, n° 24, p. 17.

²⁶⁶ Catherine LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », In Clotilde BRUNETTI-PONS (sous la dir.), *La notion juridique de couple*, op.cit, p. 75.

²⁶⁷ Cf. supra n° 63.

couples non mariés sur la seule base de la réalité supposée de liens affectifs²⁶⁸. Or cette accréditation est maigre quand elle est dépourvue de fondement juridique.

B/ La sexualité potentielle des partenaires

74. La notion de « vie commune » n'étant pas précisée par la loi, on pourrait penser que le PACS peut s'appliquer à des personnes qui vivent ensemble pour partager des frais²⁶⁹ sans avoir de rapports sexuels²⁷⁰. Nonobstant, le Conseil constitutionnel a précisé que « la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes » mais qu'elle suppose « outre une résidence commune, une vie de couple »²⁷¹. L'accès au PACS est réservé aux seuls couples ayant une sexualité potentielle²⁷². Toutefois, la sexualité ne présente aucun caractère obligatoire car elle n'est visée par aucune disposition explicite. Ainsi, les parties semblent pouvoir y « déroger »²⁷³.

75. La relation des partenaires doit être stable mais pas nécessairement exclusive²⁷⁴. Le tribunal de Lille a, dans une décision datant de 2002, retenu que le fait de ne pas avoir de relations sexuelles exclusivement avec son partenaire était une inexécution du devoir de loyauté incombant à chaque partenaire et justifiait une résiliation du PACS aux torts du partenaire fautif²⁷⁵. Dans des décisions plus récentes, les juges rejettent l'existence du devoir de fidélité²⁷⁶.

²⁶⁸ Catherine LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », In Clotilde BRUNETTI-PONS (sous la dir.), *La notion juridique de couple*, op.cit, p. 79.

²⁶⁹ Exemples de personnes vivant ensemble pour partager des frais : les amis, les étudiants, les personnes âgées.

²⁷⁰ Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, op.cit, p. 285.

²⁷¹ Cons. Const., décision n° 99-419 du 9 novembre 1999, JO, 16 novembre, p. 16962 ; LPA, n° 239, 1^{er} décembre 1999, p. 6, note Schoetfl ; Drago, « La Constitution en « réserves ». Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 portant sur la loi relative au PACS », *Dr. Famille*, 1999, n° Hors-série, p. 46 ; Charbonneau et Pansier, « Et in terra Pacs. Commentaire du PACS créé par la loi votée du 15 novembre 1999 et à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel », *GP*, 1999, 2, Doct. p. 1793 ; Blacher et Seube, « Le PACS à l'épreuve de la Constitution », *RDP*, 2000, p. 203.

²⁷² Cf. supra n° 44 à 46. CEDH, Burden et Burden contre Royaume-Uni, 12 décembre 2006 : le droit français est conforme à la CEDH.

²⁷³ A l'inverse, les parties ne peuvent pas déroger aux dispositions des articles 515-1 à 515-7 du code civil car elles revêtent un caractère obligatoire. Cons. Const. 9 novembre 1999, n° 99-419 DC : JO 16 novembre. Tel est le cas de la condition relative à la vie commune, de l'aide mutuelle et matérielle que les partenaires doivent s'apporter, ainsi que des conditions de cessation du pacte. D. 2000. Somm. 424, obs. Garneri.

²⁷⁴ Xavier LABBEE, « PACS hominibus... ou l'infidélité entre homosexuels », *D.*, 2003, p. 515.

²⁷⁵ Un jugement du tribunal de grande instance de Lille a fait droit à la requête d'un homme qui demandait de commettre un huissier pour faire constater l'infidélité de son partenaire : TGI Lille, 5 juin 2002 : *Juris-Data*

Le PACS est à mi-chemin entre le concubinage et le mariage, tant sur les conditions que sur les effets. Certaines personnes pouvant vivre en concubinage, ne peuvent pas se pacser en raison de leur âge et/ou de l'existence d'un mariage ou d'une situation d'inceste. Il est interdit de se pacser à plusieurs. Le droit sanctionne par la nullité toutes formes de « bipacsie » ou « polypacsie »²⁷⁷, ou de polygamie²⁷⁸. De plus, il est interdit pour les ascendants, descendants et alliés en ligne directe ainsi que les collatéraux jusqu'au troisième degré de se pacser entre eux²⁷⁹. La méconnaissance de ces règles d'ordre public²⁸⁰ constitue une cause de nullité absolue. L'interdit de l'inceste fait référence implicitement à la sexualité. Enfin, concernant la minorité, les conditions sont plus strictes qu'en matière de concubinage et de mariage. En effet, les mineurs sont exclus du PACS, il faut avoir dix-huit ans pour pouvoir conclure un PACS. Aucune dérogation en faveur des mineurs émancipés n'est possible alors que cela est envisageable pour le mariage. Cette morale contractuelle qui suggère l'interdiction de l'inceste, renvoie à la sexualité présumée des partenaires. De même l'exclusion des mineurs s'explique par leur incapacité juridique qui leur interdit de souscrire un contrat qui peut être lourd de conséquence et qui les engage dans une relation sexuelle.

Cependant, le PACS, contrairement au mariage, n'a pas pour finalité de fonder une famille²⁸¹. La sexualité est donc possible mais son ineffectivité est sans conséquence. Les partenaires doivent avoir des relations sexuelles réciproquement et librement consenties mais aucune convention d'exclusivité sexuelle dans le PACS ne peut être signée car cela n'est pas dans le commerce juridique.

76. La loi de 1999 est silencieuse sur le sujet des pacs blancs. Toutefois, le droit commun des contrats devrait s'appliquer et une action en nullité relative peut être envisagée si la sexualité n'est pas effective entre les partenaires. Les effets du PACS sur

n° 202677. Le tribunal a considéré que l'obligation de vie commune, qui doit être exécutée loyalement, commande de sanctionner toutes formes d'infidélité entre partenaires. Francis LEFEBVRE, *Mariage, PACS, Union libre, juridique, fiscal, social*, éd. Francis Lefebvre, 2008, p. 262.

²⁷⁶ CA Montpellier, 4 janvier 2011, n° 10/00781 : JurisData n° 2011-005783 ; Dr. famille 2011, comm. 89, V. Larribau-Terneyre.

CA Rennes, 5 mai 2015, n° 211, 14/01737 : JurisData n° 2015-011466 ; Dr. famille 2015, comm. 140, Jean-René Binet. La fidélité est de l'essence du mariage, il est un aspect de sa singularité.

²⁷⁷ Article 515-2 3° du code civil.

²⁷⁸ Article 515-2 2° du code civil.

²⁷⁹ Article 515-2 1° du code civil.

²⁸⁰ Cons. Const., n° 99-419 du 9 novembre 1999, op.cit. Ces exclusions « visent à assurer le respect des règles d'ordre public régissant le droit des personnes ».

²⁸¹ V. notamment Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, « L'amélioration du PACS : un vrai contrat d'union libre civile- A propos de la loi du 23 juin 2006 », Dr. Fam. 2007 chron. n° 1, spéc. n° 19.

la condition des étrangers²⁸² sont plus limités que ceux du mariage. En effet, le PACS n'a pas d'incidence sur l'acquisition de la nationalité française²⁸³ et ne donne même pas au partenaire étranger pacsé avec un français la carte de résident²⁸⁴ et le droit au regroupement familial²⁸⁵. Pour l'obtention d'un titre de séjour au titre de la vie privée et familiale, le PACS ne constitue qu'un élément d'appréciation²⁸⁶ des « liens personnels » exigés par l'ordonnance de 1945 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France²⁸⁷. On retient donc l'absence d'effets du PACS sur l'acquisition de la nationalité française. Ainsi, les risques de régularisations frauduleuses sont limités, décourageant les partenaires à conclure des pacs blancs.

Toutefois, la conclusion de pacs blancs est une réalité car elle permet l'acquisition de droits sociaux et fiscaux. Des « faux partenaires » peuvent s'accorder sur la conclusion d'un PACS dans le but, notamment, de payer moins d'impôts²⁸⁸, de bénéficier des prestations d'assurance maladie et/ou du capital décès²⁸⁹. De nombreux textes qui accordent des avantages aux couples mariés s'étendent aux couples pacsés²⁹⁰. Lorsque les avantages recherchés découlent des deux formes unions, il semblerait que les fraudeurs préfèrent s'orienter vers la formation d'un PACS. En effet, les conditions de formation d'un PACS sont moins contraignantes que celles du mariage. Trois étapes

²⁸² Hugues FULCHIRON, « Le pacte civil de solidarité et le droit des étrangers », Dr. famille, 1999, n° Hors-série, p. 45.

²⁸³ Wilfried RAULT, *L'invention du PACS*, op.cit, p. 35

« A la différence du mariage qui confère au conjoint étranger, après l'écoulement d'un délai de quatre ans à compter du mariage et la justification d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française, le droit à la nationalité française, le PACS ne confère aucun droit à la nationalité ».

²⁸⁴ Article L. 314-9-1 CESEDA. Toutefois, la loi de simplification du 17 juin 2011 précise que le refus de visa opposé au partenaire étranger d'un ressortissant français doit être motivé : article L. 211-2 CESEDA.

²⁸⁵ Article L. 411-1 CESEDA : le regroupement familial n'est ouvert qu'au profit du conjoint et non pacsé. Anne-Marie LEROYER, *Droit de la famille*, op.cit, p. 138 « La règle ne paraît pas contraire au droit de l'Union européenne, puisque la directive 2003/86 du 22 septembre 2003, relative au regroupement familial, laisse aux Etats le soin de décider de l'assimilation des partenaires aux époux sur cette question. »

²⁸⁶ Les liens familiaux en France sont appréciés, notamment, au regard de leur intensité, de leur ancienneté et de leur stabilité : article L. 313-11 7° CESEDA. Une circulaire du 30 octobre 2004 est venue préciser qu'une durée de vie commune d'un an permettrait d'admettre ce caractère de stabilité

²⁸⁷ Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, op.cit, p. 296.

²⁸⁸ Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, op.cit, p. 295 « Les partenaires forment ainsi un foyer fiscal soumis à une imposition commune, à l'instar des époux auxquels ils sont assimilés pour l'impôt sur le revenu, les impôts locaux et l'impôt sur la fortune. Depuis 2005, cette assimilation se produit dès l'enregistrement du PACS, et non plus trois ans après celui-ci comme dans la loi de 1999 ».

²⁸⁹ Article L. 361-4 code de la sécurité sociale.

²⁹⁰ Prenons comme exemples - la loi d'orientation agricole qui accorde des droits équivalents aux exploitants mariés ou pacsés : loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole, JO, 6 janvier, p. 229 ; RTDCiv., 2006, 390, obs. Leroyer.

-la loi sur le logement qui étend aux partenaires la protection de la loi de 1948 sur les baux d'habitation : loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, JO, 16 juillet, p. 10662.

-le code des pensions militaire d'invalidité au profit du partenaire survivant : loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 portant loi de finances, JO, 31 décembre 2005, p. 20597 (art. L. 1 ter du code des pensions militaires).

sont obligatoires afin de conclure un PACS : une convention préalable entre les futurs partenaires doit être remplie, une déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance doit être formulée, le greffier doit enregistrer le PACS et le publier à l'état civil²⁹¹.

77. Les PACS gris sont-ils sanctionnés ? Les PACS gris correspondent à des situations dans lesquelles un des deux partenaires est dépourvu « d'intention partenariale ». Le consentement au PACS ne fait pas l'objet de disposition spécifique. Ainsi, le droit commun sur l'existence et les vices du consentement s'applique à la matière²⁹². Les articles 1109 et suivants du code civil sont applicables au PACS²⁹³. Dans une décision du 9 novembre 2006, la Cour d'appel de Paris admet la recevabilité d'une action en nullité pour erreur sur les mobiles du partenaire, lequel n'aurait conclu le PACS que dans un intérêt financier²⁹⁴. Ainsi, les victimes de PACS gris peuvent faire l'objet d'une action en nullité relative qui se prescrit par cinq ans²⁹⁵, comme en matière de mariage²⁹⁶. Ils sont donc sanctionnés sur les fondements de droit commun.

78. En matière de sexualité, le PACS ne se distingue pas totalement du concubinage. En effet, les deux modèles de conjugalité reposent sur une sexualité présumée. Le PACS est une union contractuelle, alors que le concubinage est une union « consensuelle ». La sexualité ne pouvant faire l'objet d'un contrat, les sexualités des concubins et des partenaires sont assujetties aux seules analyses jurisprudentielles dans le silence de la loi. Les dispositions de droit commun des contrats peuvent s'appliquer lorsque la sexualité partenariale a une cause immorale ou illicite mais la jurisprudence n'en fournit aucun exemple. Une demande de nullité de pacte blanc serait enfermée dans le délai de droit commun de la nullité relative contractuelle qui est fixé à cinq ans²⁹⁷. Il existe une différence de régime entre les mariages blancs²⁹⁸ et les pacs blancs²⁹⁹ alors que la cause est identique. La Cour européenne des droits de l'Homme considère que la différence de traitement existant entre conjoints et personnes non mariées poursuit un

²⁹¹ Article 515-3 du code civil.

²⁹² Anne-Marie LEROYER, *Droit de la famille*, op.cit, p. 134.

²⁹³ Cons.Const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, D. 2000. somm. 424, obs. S. Garneri ; JCP 2000. I. 261, n° 15, 16, 17, 19, obs. B. Mathieu et M. Verpeaux.

²⁹⁴ CA Paris, 9 novembre 2006, Dr. famille, 2007, n° 30, note V. Larribau-Terneyre ; JCP 2007. I. 170, n° 7, obs. H. Bosse-Platière ; RLDC 2007/36, n° 2455, note G. Kessler et V. Zalewski.

²⁹⁵ Article 2224 du code civil.

²⁹⁶ Article 181 du code civil.

²⁹⁷ Xavier LABBEE, *Le droit commun du couple*, op.cit, p. 92.

²⁹⁸ Le délai de prescription de l'action en nullité absolue en matière de mariage est de trente ans.

²⁹⁹ Le délai de prescription de l'action en nullité en matière de droit commun des contrats est de cinq ans.

but légitime et s'appuie sur une justification objective et raisonnable, à savoir la protection de la famille traditionnelle³⁰⁰.

CONCLUSION DU SOUS-TITRE 1

79. Avant l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, l'homosexualité était cantonnée en dehors de la famille, admise dans le PACS et le concubinage. Il existait donc une dualité de modèles : l'un réservé aux couples hétérosexuels – le mariage – et l'autre ouvert à tous les couples – le PACS ou le concubinage –. Depuis la loi du 17 mai 2013, la dualité des modèles conjugaux est moins évidente et ne repose plus sur l'orientation sexuelle. En effet, l'altérité sexuée est indifférente à la formation de toutes les formes d'unions. La conjugalité est déssexualisée. En apparence, l'institution du mariage n'a pas changé. En égalisant l'accès aux différents statuts, le législateur a renforcé l'émergence d'un droit commun du couple. Les unions doivent se singulariser par d'autres moyens et notamment par le biais des droits et devoirs. Si l'orientation sexuelle est indifférente, la sexualité, quant à elle, est consubstantielle au couple. De plus, depuis l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, la définition de l'intention matrimoniale est redevenue centrale.

80. L'angle de la sexualité n'est pas le même selon qu'il s'agisse d'un couple marié ou non-marié. En effet, les époux vivent une sexualité « encadrée » alors que les partenaires, fiancés et concubins ne sont soumis à aucun cadre juridique lié à la sexualité. Un concubin ne peut pas obtenir la condamnation de l'autre concubin pour défaut de relation sexuelle. Ce constat est également valable pour les partenaires. Ainsi, la sexualité hors mariage, qu'elle soit partenariale ou concubinale, n'est ni imposée ni garantie par la loi. Elle est seulement potentielle, peu importe son effectivité. Le PACS s'aligne sur le concubinage en matière de sexualité. La singularité du PACS résulte dans sa forme contractuelle. Ce qui compte, plus que la sexualité, c'est la sexualité affichée.

³⁰⁰ CEDH, 10 mai 2011, Antonio Mata Estevez c. Espagne, req. n° 56501/00 ; CEDH, sect. II, 20 janvier 2009, Yigit c. Turquie, req. n° 3976/05 ; M. Levinet, « Les discriminations au regard du mariage dans la jurisprudence de la CEDH », In Hugues FULCHIRON (sous la dir.), *Mariage, conjugalité, Parenté-parentalité*, op.cit, p. 55.

Le mariage marque ici sa différence: la sexualité entre les époux est une obligation légale implicite, que la loi et la jurisprudence confortent.

81. Il peut y avoir vie de couple sans vie familiale, et vie familiale sans vie de couple. Les notions de couple et de famille ne se confondent pas a priori : « D'une part, on peut vivre en couple sans vouloir ou sans pouvoir fonder une famille. D'autre part, la famille peut exister sans le couple (...) et, de même si elle naît généralement de ce dernier, elle survit à sa disparition »³⁰¹. Pourtant c'est la reconnaissance sociale des couples – reconnaissance de leur sexualité³⁰² – qui est mise en avant dans l'organisation du PACS et dans le mariage pour tous. Ainsi s'explique l'exigence d'une sexualité possible –traduction de cet amour partagé.

³⁰¹ Eric MILLARD, *Famille et droit public*, éd. L.G.D.J., 1995, coll. "Bibliothèque de droit public », tome 182, p. 174

³⁰² Il n'existe pas de liberté d'aimer en droit, alors qu'il existe une liberté des relations sexuelles. Le phénomène amoureux instantané n'est pas créateur de droit, ce qui est créateur de droit c'est le phénomène amoureux dans la durée qui se caractérise par des relations sexuelles et une vie commune.

SOUS-TITRE 2 : LE CRITERE

ABANDONNE : LA SEXUALITE

PROCREATRICE

82. L'établissement d'une filiation, de quelque nature qu'elle soit, suppose en amont la naissance d'un enfant, fruit d'un acte procréateur entre un homme et une femme. La reproduction humaine a fait l'objet de nombreuses représentations au cours des âges. Des amulettes datant de 5000 ans racontent le premier mythe de l'Humanité: une histoire de la procréation³⁰³. Le premier Roi, Etana, souffrait d'être sans héritier. Il s'accrocha à un aigle et malgré sa peur lorsqu'il ne put plus voir la terre ni la mer, il s'éleva jusqu'au ciel pour implorer Inanna, la déesse de l'amour et de la procréation et obtint la plante de l'enfantement³⁰⁴. Plus tard, selon une théorie qui se voulait scientifique, l'être humain existait tout formé dans l'ovaire impliquant que chaque femme portait en elle toutes les générations comme des poupées russes depuis Eve³⁰⁵. En 1677, les spermatozoïdes ont été découverts à l'aide des microscopes³⁰⁶. Les chercheurs pensaient que dans la tête du spermatozoïde se trouvaient de petits êtres recroquevillés qui n'avaient plus qu'à se développer lorsqu'ils étaient placés dans le

³⁰³ Lucette KHAÏAT, « Une loi : quel enjeu pour la maîtrise de la vie ? », In *La maîtrise de la vie, Les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit*, Lucette KHAÏAT et Cécile MARCHAL (sous la dir.), éd. Erès, 2012, p. 16.

³⁰⁴ Lucette KHAÏAT, « Une loi : quel enjeu pour la maîtrise de la vie ? », Lucette KHAÏAT et Cécile MARCHAL (sous la dir.), *La maîtrise de la vie, Les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit*, op.précit, p. 16.

³⁰⁵ René FRYDMAN, « L'assistance médicale à la procréation : aspects médicaux et pratiques », In Petr MUZNY (sous la dir.), *La liberté de la personne sur son corps*, éd. Dalloz, 2010, coll. « Thèmes et commentaires Actes », p. 37.

³⁰⁶ René FRYDMAN, « L'assistance médicale à la procréation : aspects médicaux et pratiques », In Petr MUZNY (sous la dir.), *La liberté de la personne sur son corps*, op.précit, p. 37.

milieu féminin³⁰⁷. Il a fallu attendre les années 1860-1868 pour que le mécanisme de l'hérédité soit découvert par Gregor Mendel³⁰⁸. Depuis la fin du 19^e siècle, les scientifiques n'ont cessé de faire des découvertes sur la procréation humaine, allant même jusqu'à maîtriser les techniques de la reproduction artificielle. La première insémination par un sperme étranger au couple a été faite en 1884 par le Docteur William Pancoast³⁰⁹, également connue sous l'expression de scène de « l'homme caché »³¹⁰ parce qu'elle utilisait le sperme d'un donneur. La technique de l'insémination artificielle n'a pas immédiatement été approuvée. Le Tribunal de Bordeaux l'a condamnée, dans l'affaire Lejâtre³¹¹. Le premier bébé conçu in vitro, Louise Brown, est né en 1978 en Grande-Bretagne³¹². Depuis 1994, en France, l'insémination artificielle hétérosexuelle est encadrée par la loi³¹³ et s'est imposée avec succès. Ainsi, il convient dans un premier temps d'étudier la question de la procréation, acte de plus en plus

³⁰⁷ René FRYDMAN, « L'assistance médicale à la procréation : aspects médicaux et pratiques », In Petr MUZNY (sous la dir.), *La liberté de la personne sur son corps*, op.précit, p. 37.

³⁰⁸ René FRYDMAN, « L'assistance médicale à la procréation : aspects médicaux et pratiques », In Petr MUZNY (sous la dir.), *La liberté de la personne sur son corps*, op.précit, p. 37.

³⁰⁹ Irène THERY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, éd. de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences sociales, 2010, coll. « Cas de figure », p. 33. La première insémination avec le sperme d'un donneur a été réalisée par le docteur William Pancoast à l'hôpital du Jefferson Medical College de Philadelphie.

³¹⁰ Irène THERY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, op.précit, p. 33-34. Un homme âgé de 41 ans avait consulté le docteur Pancoast afin de savoir pourquoi son foyer restait sans enfant alors que sa femme, âgée d'une trentaine d'années, semblait en bonne santé. D'après les examens, l'homme souffrait d'une azoospermie (absence de spermatozoïdes dans le sperme). Le traitement prescrit s'avéra inefficace. Un nouvel examen de la femme fut programmé deux mois plus tard en présence d'un groupe d'étudiants. Les protagonistes de cette innovation furent liés par la promesse de garder le secret mais celui-ci fut révélé par un élève du docteur Pancoast, le docteur Addison Davis Hard, dans une lettre publiée le 27 avril 1909 dans la revue *Medical World* sous le titre « Artificial impregnation ». Voici sa description de la scène : « *Un remarque faite par un de ses étudiants en plaisantant —« La seule solution est de faire intervenir « l'homme caché » — fut vraisemblablement à l'origine du plan d'action qui suivit. La femme fut chloroformée. Puis à l'aide d'une seringue en caoutchouc rigide, du sperme frais provenant du plus beau membre de la classe fut déposé dans l'utérus, après quoi le col fut légèrement bouché avec de la gaze. Ni le mari ni l'épouse ne connaissaient la nature de ce qui avait été accompli. Cependant, ultérieurement le professeur se repentit de son action et expliqua toute l'affaire au mari. Si étrange que cela puisse paraître, l'homme fut enchanté de cette idée et conspira avec le professeur pour laisser la femme dans l'ignorance de la véritable façon suivant laquelle son imprégnation était intervenue. La femme donna naissance à un garçon en temps et en heure. Ce dernier possédait les traits non de l'étudiant sélectionné mais de celui qui avait désiré être père alors que cela lui était impossible.* » Il s'agit d'un secret social imprégné de conspirations masculines. Un médecin et un mari ont conspiré pour cacher un jeune reproducteur afin de permettre à l'époux stérile de passer pour le géniteur de l'enfant, y compris aux yeux de sa propre épouse.

³¹¹ TI Bordeaux : le Tribunal considère la technique de l'insémination artificielle comme « (...) répugnante à la nature », cité par G. DAVID « Don et utilisation de sperme », In *Génétique procréation et droit Actes Sud* 1985, p.204 ; Bakry Youssef Bakry MOHAMED, *La procréation artificielle : limites morales et juridiques et responsabilité médicale « Etude comparée entre les lois française, égyptienne et islamique »*, p.9.

³¹² André TARBY, *La bioéthique : ce qu'elle est, ce que dit le droit*, éd. Du puits fleuri, 2008, coll. « le conseiller juridique pour tous », p. 18.

³¹³ Les lois de bioéthique encadrent l'AMP : Loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, loi n° 2004-800 du 6 août 2004, loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011.

maitrisé et médicalisé (Chapitre 1), pour comprendre l'affaiblissement du rapport entre le mariage et la filiation (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA PROCREATION

MAITRISEE

83. Le désir d'enfant est avant tout une question strictement individuelle. Ce désir peut ensuite être partagé en couple. La maîtrise de la procréation concerne aussi bien les femmes que les hommes et peut être abordée de manière positive ou négative. Les individus maîtrisent négativement la procréation lorsqu'ils décident de recourir à un moyen contraceptif afin de vivre une sexualité non procréative (Section 1). La maîtrise positive de la procréation correspond à une sexualité qui n'exclut pas la possibilité d'engendrer mais d'engendrer autrement (section 2). Cette maîtrise ne s'exerce que sur la procréation charnelle, qui n'est possible qu'entre un homme et une femme. L'avènement de la contraception moderne a changé le rapport à l'enfant. Le choix d'avoir un enfant relève de l'exercice d'une liberté individuelle. Toutefois, le droit organise cette liberté en définissant ce qui est permis et ce qui est interdit.

SECTION 1 : LA « MAITRISE NEGATIVE »

84. La particularité d'une relation sexuelle hétérosexuelle réside dans la possibilité de concevoir un enfant sans le vouloir. Si les couples hétérosexuels ne prennent pas les mesures nécessaires pour ne pas avoir d'enfant, ils peuvent engendrer un enfant qu'ils n'ont pas désiré. La diffusion de la contraception moderne – soit le droit à l'avortement et la stérilisation volontaire – constituent le volet négatif de la procréation. A travers ces trois procédés légaux, la fécondité est envisagée autrement, elle est même renversée. L'homme et la femme peuvent maîtriser individuellement l'absence de procréation en recourant à des moyens contraceptifs (§1). Toutefois, dans la majorité des situations, la femme est seule à avoir le pouvoir décisionnel de l'absence de procréation (§2).

§1 : La contraception

85. L'absence d'enfant peut correspondre à un choix définitif ou temporaire réexaminé à tout moment. Celui qui refuse d'avoir des relations sexuelles fécondantes peut utiliser des moyens contraceptifs lui laissant ainsi le monopole de la situation. Ainsi, il choisit de maîtriser sa fécondité, ce qui affecte celle du couple. L'utilisation d'un moyen contraceptif présuppose l'existence de relations sexuelles. Ces dernières ne sont effectives que lorsqu'elles sont partagées, alors que l'utilisation de la contraception ne concerne qu'une personne, celle qui y a recours. Cela n'empêche pas les partenaires d'utiliser chacun de leur côté une contraception.

86. Depuis la nuit des temps, des tentatives pour limiter les naissances existent³¹⁴. Au IV^e siècle avant Jésus-Christ, Platon recommandait un seul enfant par famille et Aristote proposait d'introduire dans le vagin de l'huile de cèdre pour empêcher la grossesse³¹⁵. Hippocrate conseillait d'extraire le sperme du vagin ou de faire grossir les femmes pour qu'elles soient moins fertiles³¹⁶. Les Egyptiens utilisaient un contraceptif à base de grenade et de cire : la grenade contient un œstrogène qui prévenait l'ovulation³¹⁷. Dès le Haut Moyen Age, on préconisait l'allaitement tardif comme mode de contraception³¹⁸. De la Renaissance jusqu'au milieu du XX^e siècle, des spermicides à base de soude ou de potasse étaient introduits dans le vagin avant les rapports sexuels³¹⁹.

87. A l'époque contemporaine, sous le terme « contraception », on désigne les moyens employés pour provoquer une infécondité temporaire chez la femme ou chez l'homme, c'est-à-dire les différentes méthodes qui ont pour but d'éviter la grossesse³²⁰. Elles peuvent soit bloquer l'ovulation, soit empêcher la fécondation, soit empêcher l'implantation d'un œuf³²¹. Toutes les méthodes contraceptives sont réversibles et temporaires, sauf la stérilisation chirurgicale. En matière de contraception, coexistent

³¹⁴ Roland CACHELOU, *Contraception et sexualité : connaître, choisir, prévenir les risques*, éd. In Press, 2008, coll. « questions de patients », p. 33.

Roland Cachelou est un gynécologue français.

³¹⁵ Roland CACHELOU, *Contraception et sexualité : connaître, choisir, prévenir les risques*, op.précit, p. 33.

³¹⁶ Roland CACHELOU, *Contraception et sexualité : connaître, choisir, prévenir les risques*, op.précit, p.33.

³¹⁷ Roland CACHELOU, *Contraception et sexualité : connaître, choisir, prévenir les risques*, op.précit, p.34.

³¹⁸ Roland CACHELOU, *Contraception et sexualité : connaître, choisir, prévenir les risques*, op.précit, p.34.

³¹⁹ Nathalie GUIOL, *Les tribulations du vase sacré : une histoire de la contraception et de l'avortement vue du côté des femmes*, Mouvement français pour le planning familial, 1999.

³²⁰ www.sante.gouv.fr/contraception-sommaire.html

³²¹ www.sante.gouv.fr/contraception-sommaire.html

les méthodes naturelles, les « méthodes sans médecins »³²², les méthodes médicalisées et les méthodes chirurgicales.

88. On qualifie de naturelles les méthodes qui visent à identifier le moment où, dans un cycle, se produit l'ovulation de manière à éviter d'avoir des rapports sexuels féconds³²³. Il s'agit d'une contraception non médicalisée. On recense parmi ces méthodes : l'abstinence périodique ou méthode Ogino, la méthode des températures, l'observation de la glaire cervicale ou « méthode de Billings », le système avec appareillage, le retrait, la méthode de l'allaitement maternel et de l'aménorrhée³²⁴. Tout le monde peut utiliser ces méthodes car elles ne sont pas dangereuses pour la santé. De plus, elles sont gratuites sauf celles avec appareillage. Elles sont souvent utilisées quand aucune autre méthode n'est disponible.

89. On entend par « méthodes sans médecins » les moyens contraceptifs vendus sans ordonnance tels que les préservatifs, la pilule du lendemain³²⁵, les diaphragmes³²⁶, les capes cervicales³²⁷ et les spermicides³²⁸. Les moyens contraceptifs sans ordonnance les plus vendus sont les préservatifs. Ils empêchent le passage des spermatozoïdes dans le vagin. Il existe des préservatifs féminins et masculins. Le préservatif masculin est la meilleure des méthodes utilisables par les hommes. Les deux types de préservatifs constituent la meilleure protection contre les infections sexuellement transmissibles. Ils sont efficaces que s'ils sont utilisés pour tous les rapports sexuels et à tout moment du cycle³²⁹.

³²² Martin WINCKLER, *Choisir sa contraception*, éd. Fleurus, 2007, coll. « La santé en questions », p. 51. Martin Winckler est un médecin français.

³²³ www.choisirsacontraception.fr/moyens-de-contraception/les-methodes-naturelles/

³²⁴ www.choisirsacontraception.fr/moyens-de-contraception/les-methodes-naturelles/

³²⁵ La pilule du lendemain est une contraception d'urgence qui doit être prise le plus tôt possible après un rapport sexuel non protégé. Ce médicament bloque temporairement ou retarde l'ovulation au-delà du délai nécessaire pour que les spermatozoïdes masculins pénètrent dans l'ovule et provoquent une grossesse. Elle est en vente libre en pharmacie. Martin WINCKLER, *Choisir sa contraception*, op.précit., p. 52.

³²⁶ Les diaphragmes sont des protections en latex qui se glissent dans le vagin pour empêcher le passage des spermatozoïdes vers l'intérieur de l'utérus. Ils peuvent être mis en place plusieurs heures avant le rapport sexuel et être réutilisés plusieurs fois. Les diaphragmes sont commercialisés sur internet par la société française Bivéa. Martin WINCKLER, *Choisir sa contraception*, op.précit., p. 58.

³²⁷ Les capes cervicales sont des protections en silicone. Elles opèrent de la même manière que les diaphragmes. Elles sont à usage unique. Martin WINCKLER, *Choisir sa contraception*, op.précit., p. 58.

³²⁸ Un spermicide est un composé chimique qui tue les spermatozoïdes. On le trouve sous différentes formes, crèmes et gels avec ou sans applicateur, ovules, tampons ou éponges. Ils sont en vente libre en pharmacie. Ils peuvent être mis en place avant le rapport sexuel sans que le partenaire ne le remarque. Beverly WINIKOFF, Suzanne WYMELENBERG et André ULMANN, Préface du Pr Etienne-Emile BAULIEU, *Le guide de la contraception*, (traduit de l'anglais par Florence Godebska), éd. Odile Jacob, 1999, p. 67.

³²⁹ Martin WINCKLER, *Choisir sa contraception*, op.précit., p. 54.

90. Les méthodes médicalisées dites modernes se sont développées dans la seconde moitié du XXe siècle. Depuis le développement de la contraception médicalisée, l'entrée du couple dans la relation sexuelle s'est presque totalement affranchie du risque de la procréation³³⁰. Le stérilet, l'implant, la pilule, le patch, l'anneau vaginal, les progestatifs injectables sont autant de méthodes contraceptives médicalisées. Les plus utilisées sont la pilule et le stérilet. Qu'il s'agisse d'une contraception naturelle ou médicale, elle est essentiellement à usage féminin. Comme la femme est maîtresse de son corps, elle devient maîtresse de la procréation et corrélativement de l'absence de procréation. Toutefois, la femme n'est pas la seule maîtresse de la procréation. En effet, l'homme doit également prendre des mesures propres s'il souhaite éviter une conception car il ne peut pas reprocher à son partenaire de ne pas l'avoir fait³³¹. Ainsi, les mesures propres pour éviter une conception consistent en l'utilisation de préservatifs lors des rapports sexuels. Des chercheurs étudient de nouvelles méthodes contraceptives pour l'homme qui consistent soit en une contraception par androgène, soit en une contraception par progestatifs, soit en un implant contenant un progestatif³³². Toutefois, aucune de ces méthodes n'est suffisamment satisfaisante pour être mise sur le marché. On peut penser néanmoins que ces recherches témoignent d'une évolution certainement liée aux expertises biologiques qui donnent désormais un résultat très fiable³³³. Si autrefois l'homme qui ne voulait pas être père n'avait que peu de risque d'être désigné comme tel en justice³³⁴, aujourd'hui ce n'est plus le cas. L'expertise biologique est de droit³³⁵ et le refus de s'y soumettre assorti d'autres éléments de preuve conduisent à la désignation judiciaire du père. En conséquence, les hommes s'intéressent de plus en plus à la contraception, alors que les femmes le font depuis la nuit des temps³³⁶.

91. En France, le droit à la contraception médicalisée a été institué par la loi du 28 décembre 1967³³⁷. Le refus du pharmacien de délivrer des médicaments contraceptifs,

³³⁰ Michel BOZON, « La nouvelle place de la sexualité dans la constitution du couple », op.cit, p.70.

³³¹ Civ. 2^e, 12 juillet 2007, n° 06-16869, Dr. fam. 2007, comm. n° 171 ; RJPF n° 12/2007, p. 22.

³³² Martin WINCKLER, *Contraceptions mode d'emploi*, 3^e. éd. J'ai lu, 2007, p. 334-335.

³³³ Cf. infra n° 131.

³³⁴ Ancien article 340 du code civil.

³³⁵ Cass.civ. 1^{re}, 28 mars 2000, D. 2000, p. 731, note T. Garé ; Dr. famille 2000, juin, n° 72, note P. Murat.

Cf. infra n° 131.

³³⁶ Cf. supra n° 120.

³³⁷ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique, JO, 18 janvier, p. 739. Cette loi, proposée par le député Neuwirth, a abrogé celle du 31 juillet 1920 qui interdisait toute contraception.

opposé au nom de la clause de conscience³³⁸, est condamné par la jurisprudence comme un refus de vente illégitime au sens de l'article 122-1 du code de la consommation³³⁹. Une loi datant de 1974³⁴⁰ prévoit la couverture des dépenses liées aux prescriptions contraceptives.

92. Enfin, depuis la loi du 4 juillet 2001³⁴¹, l'homme et la femme peuvent recourir à une contraception chirurgicale qui a pour spécificité d'être irréversible. Cette loi précise que toute personne majeure peut, si elle le désire, bénéficier d'une contraception chirurgicale par ligature de trompes ou vasectomie. Les postulants doivent renouveler leur demande après un délai de réflexion de quatre mois. Depuis octobre 2012, la contraception définitive est remboursée par la sécurité sociale pour les hommes et pour les femmes, sans condition d'âge³⁴². Peu de médecins souhaitent pratiquer cette intervention³⁴³ car il s'agit d'une décision grave. Cet acte peut être contraignant pour l'autre membre du couple. En effet, si ce dernier désire ensuite avoir un enfant, il devra soit enfouir son désir, soit faire une demande d'adoption individuelle, soit recourir à une procréation médicalement assistée en couple³⁴⁴, soit faire une demande d'adoption conjointe si le couple est marié.

§2 : Pouvoir décisionnel de la femme

93. La maîtrise de la fécondation est essentiellement féminine car la quasi-totalité du processus de la procréation s'opère au sein de l'organisme maternel³⁴⁵.

³³⁸ Gérard MEMETEAU, « Avortement et clause de conscience du pharmacien », JCP, 1990, I, p. 3443 ; FOUASSIER, « Vers une clause de conscience des pharmaciens d'officine », *RDSS*, 2003, p. 43.

³³⁹ Crim., 21 oct. 1998, B., n° 273, p. 785 ; JCP, 1999, II, 10163, note Freund. La Cour européenne des droits de l'Homme a confirmé cette décision (CEDH, 2 octobre 2001). Elle affirme que les pharmaciens « *ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de produit.* ».

³⁴⁰ Loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, JO, 5 décembre, p. 12123.

Article L. 283 du code de la santé publique et article 1038 du code rural.

³⁴¹ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

³⁴² www.e-sante.fr/sterilisation-definitive-deux-methodes-pour-obstruer-trompes/actualite/1452

³⁴³ Martin WINCKLER, *Choisir sa contraception*, op.cit, p. 44.

³⁴⁴ Peut-on considérer que la personne qui a eu recours à la stérilisation à visée contraceptive souffre d'une infertilité pathologique ?

³⁴⁵ Jean-Claude EMPERAIRE, « Enfantillage : techniques actuelles de fécondation », *La chose sexuelle*, Nouvelle revue de psychanalyse, printemps, 1984, p. 80.

« La presque totalité du processus de procréation, depuis la fécondation jusqu'à l'accouchement, s'opère au sein de l'organisme maternel. La femme, en acquérant un pouvoir sur sa propre physiologie sexuelle, contrôle l'ensemble du système et fait apparaître la démesure entre les rôles biologiques des deux sexes. L'homme se borne à déposer sa semence à l'endroit voulu, au moment voulu. »

Théoriquement, les femmes occidentales sont libérées des grossesses non désirées lorsqu'elles utilisent un moyen contraceptif. Le niveau d'éducation des femmes joue un rôle non négligeable dans l'utilisation de ce moyen. En effet, les femmes plus diplômées recourent plus souvent que les femmes moins diplômées à une contraception médicalisée³⁴⁶.

94. La pilule également appelée « contraception orale » se présente sous forme de comprimés qui associent deux hormones : des œstrogènes et de la progestérone. Il existe de nombreuses pilules selon le dosage des hormones et la composition qu'elles contiennent. Les contraceptifs oraux combinés³⁴⁷ de 2^e génération ou COC de 2^e génération sont commercialisés depuis 1973³⁴⁸. Les COC de 3^e génération ont été mis sur le marché à partir de 1984³⁴⁹. Les autres pilules souvent appelées de 4^e génération sont apparues en 2001³⁵⁰. Récemment des risques thrombotiques ont été associés aux pilules de 3^e et 4^e générations. Ainsi, l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé³⁵¹ a mené une campagne d'information afin que les pilules de 1^{re} et 2^e génération soient privilégiées.

95. Les dispositifs intra-utérins ou DIU³⁵² ou stérilet constituent la méthode la plus utilisée au monde. De nombreux gynécologues refusent la pose d'un DIU aux femmes sans enfants alors que des études ont montré que cette méfiance est injustifiée³⁵³. Les femmes peuvent choisir entre le DIU au cuivre ou le DIU hormonal. Le DIU au cuivre n'a pas ou peu d'effets sur l'équilibre hormonal³⁵⁴. Il peut être porté pendant dix ans. Le DIU hormonal est efficace pendant cinq ans et a des effets thérapeutiques chez les femmes souffrants de syndrome prémenstruel³⁵⁵. Les DIU sont plus efficaces que la contraception orale.

³⁴⁶ Brigitte BACCAINI, « Les contrastes géographiques des comportements de contraception », *Population*, 50^e année, n° 2, 1995, p. 292.

³⁴⁷ Contraceptifs oraux combinés : COC.

³⁴⁸ Ces pilules contiennent comme progestatif du levonorgestrel ou du norgestrel.

³⁴⁹ Elles contiennent comme progestatif du desogestrel, du gestodène ou du norgestimate.

³⁵⁰ Elles contiennent comme progestatif de la drospirénone, de la chlormadinone, du diénogest ou du norgestrel.

³⁵¹ Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé : ANSM.

³⁵² DIU.

³⁵³ Martin WINCKLER, *Contraception mode d'emploi*, op.cit, p. 269.

³⁵⁴ Martin WINCKLER, *Contraception mode d'emploi*, op.cit, p. 270.

³⁵⁵ Martin WINCKLER, *Contraception mode d'emploi*, op.cit, p. 270.

96. Aujourd'hui, lorsque les procédés contraceptifs n'ont pas fonctionné ou n'ont pas été utilisés, les femmes ne désirant pas la grossesse peuvent recourir à l'avortement. L'interruption volontaire de grossesse n'est pas une méthode contraceptive, laquelle permet de prévenir la grossesse. L'intervention de grossesse, au contraire, met fin au développement de l'embryon.

97. Jusqu'en 1975³⁵⁶, l'avortement, la provocation à l'avortement ou la propagande en faveur de cet acte, étaient sanctionnés pénalement³⁵⁷. Les sanctions prévues pour la femme qui se faisait avorter ou tentait de la faire étaient de 6 mois à 2 ans d'emprisonnement et d'une amende de 360 francs à 7 200 francs³⁵⁸, soit environ 55 euros à 1100 euros. Pour une récidive, la femme encourait 5 à 10 ans d'emprisonnement et 18 000 à 72 000 francs d'amende, soit environ 2 800 euros à 11 000 euros d'amende.

En France, L'IVG³⁵⁹ est autorisée depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 janvier 1975 dite « loi Veil »³⁶⁰. Elle doit être pratiquée soit dans un centre public soit dans une clinique privée agréée. En 1982, la « loi Roudy »³⁶¹ a organisé le remboursement de l'IVG par la sécurité sociale³⁶². Il existe deux techniques d'IVG : l'IVG médicamenteuse³⁶³ et l'IVG par aspiration³⁶⁴.

98. Avant l'amendement adopté par l'Assemblée nationale le 21 janvier 2014, la femme souhaitant avorter avant la douzième semaine de grossesse devait justifier d'une situation de détresse³⁶⁵. Son choix était discrétionnaire et laissé à son appréciation³⁶⁶. Il

³⁵⁶ Le 17 janvier 1975, la loi Veil dépénalisant l'avortement en France est votée. Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, JO, 18 janvier, p. 739.

³⁵⁷ Article 1 et 2 de la loi du 31 juillet 1920.

³⁵⁸ Roland CACHELOU, *Contraception et sexualité : connaître, choisir, prévenir les risques*, op.cit, p. 80.

³⁵⁹ IVG : Interruption volontaire de grossesse.

³⁶⁰ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

Article L.2212-1 du code de la santé publique modifié par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 : « La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse.

Toute personne a le droit d'être informée sur les méthodes abortives et d'en choisir une librement.

Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables ».

³⁶¹ Loi n° 83-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure.

³⁶² Roland CACHELOU, *Contraception et sexualité : connaître, choisir, prévenir les risques*, op.cit, p.81.

³⁶³ La première ne peut être pratiquée que pour les grossesses de moins de sept semaines d'aménorrhée.

Sept semaines à dater du début des dernières règles, ou cinq semaines à partir de l'ovulation théorique.

Martin WINCKLER, *Contraceptions mode d'emploi*, op.cit, p. 426

³⁶⁴ L'IVG par inspiration peut être pratiquée jusqu'à quatorze semaines d'aménorrhée.

Douze semaines depuis l'ovulation théorique.

Martin WINCKLER, *Contraceptions mode d'emploi*, op.cit, p. 426.

³⁶⁵ Ancien article L. 2212-1 à L.2212-11 du code de la santé publique.

s'agissait déjà d'une interruption de grossesse par convenance personnelle puisque la femme qui y avait recours n'avait rien à justifier. Aujourd'hui, la notion de « situation de détresse » a été supprimée. Il ne s'agit pas d'une révolution en matière d'avortement, contrairement à ce qui a été annoncé. Cependant cette suppression banalise l'IVG. Avec l'exigence de situation de détresse, l'IVG était perçue comme une liberté, une permission. Depuis la suppression de cette notion, il s'agit d'un droit de la femme. Dans la même logique, l'Assemblée nationale a supprimé, dans la nuit du mercredi 8 au jeudi 9 avril 2015, le délai de réflexion de sept jours entre la première et la deuxième visite médicale³⁶⁷.

99. Le médecin peut invoquer la clause de conscience pour refuser à titre individuel de procéder à l'IVG³⁶⁸. Toutefois, il ne peut s'opposer en tant que chef de service à ce que des IVG soient pratiquées dans son service³⁶⁹. L'IVG après la douzième semaine de grossesse peut être pratiquée pour motif médical³⁷⁰. Il ne s'agit plus de maîtriser la fécondité mais de protéger la mère et l'enfant. Il faut en effet soit que la poursuite de grossesse mette en péril grave la santé de la femme soit que l'enfant à naître risque une affection incurable avec une forte probabilité³⁷¹.

100. Les mineures peuvent également accéder à la contraception et à l'IVG³⁷². Depuis le décret du 25 mars 2013³⁷³, les mineures d'au moins 15 ans bénéficient d'une contraception 100% gratuite³⁷⁴. Les mineures voulant obtenir la délivrance gratuite d'une contraception peuvent soit présenter l'ordonnance délivrée par médecin ou une sage-femme au pharmacien, soit se rendre dans un centre de planification ou

³⁶⁶ CE, Ass. 31 octobre 1980, Lahache, Rec., p. 403 ; D., 1981, 38, concl. Genevois ; RDP, 1981, 216, obs. Robert, note Dekeuwer-Defossez ; D., 1981, IR, 167, obs. Moderne et Bon ; RDSS, 1981, 247, obs. Dubouis.

³⁶⁷ François BEGUIN, « IVG : l'assemblée vote la suppression du délai de réflexion de sept jours », In *Le Monde* du 9 avril 2015.

³⁶⁸ Article L. 2212-8 du code de la santé publique. Le médecin doit avertir l'intéressé de son refus « sans délai » et lui communiquer immédiatement le nom d'un praticien susceptible de réaliser cette intervention.

³⁶⁹ CE, 8 janvier 1982, Lambert, Rec. p. 17 ; RDSS, 1982, 450, concl. Genevois ; Ibid., 280, obs. de Forges ; RDP, 1982, 457, note Robert ; CC, déc. n° 2001-446 du 27 juin 2001 (IVG II), Rec. 74 ; D., 2001, 2533, note Mathieu.

³⁷⁰ Article L. 2213-1 à L. 2213-3 du code de la santé publique. Si la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou si l'enfant à naître risque une affection incurable avec une forte probabilité, une IVG après la douzième semaine de grossesse peut être pratiquée pour motif médical.

³⁷¹ Article L. 2213-1 à L. 2213-3 du code de la santé publique.

³⁷² Contraception : Article L. 5134-1 du code de la santé publique : le consentement des titulaires de l'autorité parentale n'est pas requis pour la prescription, la délivrance et l'administration de contraceptifs aux personnes mineures.

IVG : Article L. 2212-7 du code de la santé publique : si le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale n'est pas recueilli, la mineure qui désire garder le secret sur sa démarche, peut se faire accompagner par une personne de son choix.

³⁷³ Décret n° 2013-248 du 25 mars 2013 publié au JO le 27 mars 2013.

³⁷⁴ Pilules de 1^{re} et 2^e générations, stérilets et implants contraceptifs.

d'éducation familiale. La loi garantit le secret de la délivrance et de la prise en charge des contraceptifs pour les filles mineures³⁷⁵. Sont donc concernées par ces mesures les filles de 15 à 18 ans. Qu'en est-il pour les mineures de moins de 15 ans ? Il existe des situations, certes rares mais en constantes augmentations, dans lesquelles des mineures de moins de 15 ans ont des rapports sexuels de manière plus ou moins fréquente avec le même partenaire ou des partenaires différents. Le législateur ne prévoit pas la gratuité de la contraception pour ces jeunes filles, en revanche elles peuvent accéder à l'IVG au même titre que les mineures âgées de 15 à 18 ans.

101. Une mineure peut décider seule de subir ou non une IVG ; ainsi, ni les parents, ni les médecins, ni les organismes sociaux ne peuvent exercer une contrainte sur une mineure. Avant 2001, la mineure non émancipée devait obtenir le consentement d'un de ses parents pour pratiquer l'IVG. La loi du 4 juillet 2001³⁷⁶ maintient le principe de l'autorité parentale – la mineure n'a pas à être privée du soutien naturel de ses parents – mais prévoit une exception : la jeune femme peut garder le secret vis-à-vis de ses parents et ainsi être accompagnée d'une personne majeure de son choix. Cependant cet accompagnement est limité à la durée de l'intervention et la personne majeure n'y joue aucun rôle. En effet, elle ne donne aucune autorisation, ni assume aucune responsabilité et disparaît après la réalisation de l'IVG sans avoir à vérifier qu'elle est sans conséquence et que la mineure aura ensuite recours à la contraception. La personne majeure est là pour la forme, pour montrer qu'il s'agit d'un acte grave. L'IVG des mineures doit être précédée d'une consultation psychosociale³⁷⁷. La demande doit être confirmée par écrit au minimum après l'expiration d'une semaine suivant la première demande et de deux jours suivant l'entretien³⁷⁸. Si la jeune fille mineure a le consentement de ses parents, elle bénéficie de leur couverture sociale. Dans le cas contraire, aucune demande de paiement ne peut lui être adressée³⁷⁹.

102. L'homme peut-il s'opposer à l'avortement d'un fœtus dont il est le géniteur et le père potentiel? L'hypothèse d'un droit d'avis du « futur père » sur l'avortement a été écartée par le Conseil d'Etat dans les années 1980³⁸⁰. Dans cette affaire, le mari de la

³⁷⁵ Loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013, loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 et décret n° 2013-248 du 25 mars 2013.

³⁷⁶ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

³⁷⁷ Cette consultation est obligatoire pour les mineures et facultative pour les majeures : article L. 2212-4 du CSP.

³⁷⁸ Article L. 2212-5 du CSP.

³⁷⁹ <http://m.vosdroits.service-public.fr/particuliers/F1551.xhtml>

³⁸⁰ CE, Ass., 31 oct. 1980, n° 13028. Affaire LAHACHE.

femme qui avait avorté sans qu'il en soit informé estimait que son avis devait être requis pour autoriser cet acte, d'autant que sa femme, selon lui, n'était pas dans une situation de détresse. Le CE a reconnu à la femme « le droit d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de sa grossesse ». Ainsi, c'est à la mère de prendre la décision de savoir si elle souhaite consacrer neuf mois de sa vie pour porter et mettre au monde un enfant.

103. L'accouchement sous X semble être la forme ultime du refus de la fécondité. Cette forme d'accouchement implique que la femme qui n'a pas maîtrisé sa fécondité peut refuser l'enfant, ce qui interdit en général au père de faire valoir ses droits. Ainsi on peut constater que la femme est bien la maîtresse de la vie transmise, même si on constate une évolution dans la mentalité masculine.

SECTION 2 : LA « MAITRISE POSITIVE »

104. Freud écrivait en 1898 : « Ce serait théoriquement l'un des plus grands triomphes de l'humanité, l'une des libérations les plus tangibles à l'égard de la contrainte naturelle à laquelle est soumise notre espèce, si l'on pouvait élever l'acte de la procréation au rang d'une action volontaire et intentionnelle, et le dégager de son intrication avec la satisfaction d'un besoin naturel »³⁸¹. Il a fallu attendre un peu moins d'un siècle pour que le « vœu » de Freud se réalise. A travers la contraception, la légalisation de l'avortement, et l'ouverture de l'AMP aux couples hétérosexuels, l'acte de procréer est devenu une action intentionnelle. Aujourd'hui, un couple hétérosexuel peut avoir un enfant s'il veut et quand il veut en procréant naturellement (§1) et parfois même en étant infertile grâce à la procréation médicalement assistée (§2).

§1 : La procréation naturelle

105. La naissance est restée longtemps mystérieuse et incontrôlable, comme l'a été la nature. Nature vient du verbe « naître » en latin. Autrefois, l'acte de naître ne relevait que d'un phénomène naturel qui s'imposait. Avec le temps, il est devenu une affaire

³⁸¹ Sigmund FREUD, *Résultats, idées, problèmes Tome I, 1890-1920*, éd. PUF, 1998, coll. « Bibliothèque de psychanalyse », p. 89.

médicale car les accouchements, aujourd'hui, se font essentiellement dans les hôpitaux. La naissance combine ainsi nature et médecine. L'enfantement est devenu une démarche volontaire et maîtrisable³⁸² alors qu'autrefois il était naturel et incontrôlable pour la grande majorité des gens. Les hommes et les femmes qui procréent naturellement font ce que la nature leur permet de faire³⁸³, et il est rare que le droit et la médecine aient à intervenir³⁸⁴. Pour procréer biologiquement, ni l'homme ni la femme ne doivent être stériles, de plus aucun moyen contraceptif ne doit être utilisé.

106. Lorsqu'une femme ne veut pas d'enfant, elle n'a pas d'enfant, soit parce qu'elle utilise un moyen contraceptif soit parce qu'elle arrête sa grossesse³⁸⁵ ou renonce à une naissance non voulue³⁸⁶. Le raisonnement inverse est également valable. En effet, lorsqu'une femme veut un enfant, elle peut tout mettre en œuvre pour l'avoir soit en s'accordant avec son compagnon pour procréer, soit en lui mentant sur l'éventuelle prise d'un moyen contraceptif, soit en recourant à une FIV à l'étranger. Elle peut, même si elle sait que son partenaire est faiblement fécond, le tromper jusqu'au moment où elle

³⁸² La procréation est devenue maîtrisable avec la légalisation de certains moyens contraceptifs. Cf. supra n° 85 à 92.

³⁸³ Ils sont déjà assujettis aux limites naturelles.

³⁸⁴ Il ne s'agit pas d'une règle universelle car il existe des politiques nationales restrictives (Chine). De plus, certains pays ont adopté des campagnes de stérilisation forcée à certaines époques sur les malades mentaux et les « sociaux » (Etats-Unis, Suède et Allemagne nazie).

³⁸⁵ L'arrêt de la grossesse peut s'effectuer soit par la prise de la pilule du lendemain, soit par l'IVG.

³⁸⁶ La renonciation d'une naissance non voulue s'opère par un accouchement sous X. La maternité secrète n'a rien de nouveau, en revanche elle n'a vu son inscription dans le code civil qu'en 1993 (loi du 8 janvier 1993). L'abandon d'enfant n'a rien de nouveau. Au Moyen-âge, en France, les enfants non désirés sont déposés sur les parvis des églises. L'infanticide est souvent pratiqué. Afin d'y remédier, l'Edit d'Henri II de 1556, punit de mort ces infanticides et impose aux femmes enceintes de déclarer leur grossesse et leur accouchement. La loi du 28 janvier 1793 protège l'enfant délaissé en lui attribuant l'Etat comme tuteur. Dès le début du XVIII^e siècle, des tourniquets appelés « tours » placés dans les murs des hospices permettaient le recueil des enfants. Le décret impérial du 19 janvier 1811 rend obligatoire ce tour « dans chaque hospice destiné à recevoir les enfants trouvés ». A Paris, ce tour fonctionne de 1817 à 1865. Mais les abus se multiplient car certains parents profitent de l'anonymat pour abandonner leurs enfants. La loi du 27 juin 1904 supprime le tour et le remplace par un « local ouvert le jour et la nuit, sans autre témoin que la personne préposée au service de l'admission ». Le décret-loi du 2 septembre 1941 légalise l'accouchement secret dans les maternités. L'Etat offre ainsi une alternative pour éviter les avortements devenus trop nombreux. Dans les années 1950 et 1960, le secret de la maternité est largement utilisé. Les femmes qui ne souhaitent pas garder l'enfant ont le choix entre deux procédures : la première consiste à demander l'anonymat au moment de l'accouchement comme le précise le décret-loi de 1941, et la seconde consiste à reconnaître l'enfant puis à l'abandonner ensuite avec demande de secret. Une autre étape est franchie en 1993 lorsque le Parlement décide de donner à l'accouchement secret un caractère irréversible en l'inscrivant dans le code civil. Article 326 du code civil (ancien art. 341-1) issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005. Un enfant né sous X ou dans le secret n'a pas le droit de rechercher sa mère.

Didier MENDELSON, Isabelle MARCHAND, *De mère inconnue : Pascale Odièvre, ou le contrat des enfants nés sous X*, éd. Albin Michel, 2004, p. 19 à 24.

Les géniteurs qui recherchent leurs enfants nés sous X rencontrent de nombreuses difficultés. Chaque année, on recense environ 600 à 800 accouchements sous X. Généralement, ces enfants sont adoptables. Lorsque la procédure d'adoption est lancée, les pères potentiels sont définitivement évincés et sont condamnés à ne jamais rencontrer leurs enfants.

est enceinte. Le processus par lequel une femme donne naissance à un enfant contre la volonté du père biologique, et parfois à son insu, se traduit alors par une paternité imposée³⁸⁷. Le choix d'avoir un enfant incombe pour l'essentiel à la femme. Ce désir n'est plus intimement lié à la vie familiale et conjugale³⁸⁸. Depuis la reconnaissance de la monoparentalité, faire un bébé « toute seule » est devenue une situation banalisée.

107. Les hommes peuvent se voir imposer une paternité. Les paternités imposées peuvent découler de deux situations : les aventures³⁸⁹ et les relations de confiances³⁹⁰. En ce qui concerne les aventures, l'homme prend généralement les mesures nécessaires afin d'éviter une conception. Les juges ont précisé que « tout homme qui accepte des rapports non protégés encourt (...) la possibilité d'une procréation »³⁹¹. Les hommes doivent utiliser un préservatif s'ils ne veulent pas d'enfant. Que se passe-t-il lorsque l'homme n'a pas pris les mesures nécessaires et que la femme se retrouve enceinte ? Plusieurs cas de figure existent. Certaines femmes gardent la naissance secrète. D'autres en informent le père qui garde ou non le contact avec l'enfant. D'autres, enfin, saisissent la justice pour obtenir la reconnaissance en paternité et une pension alimentaire. La Cour d'appel d'Orléans en 2006 a précisé que « le seul fait de devenir père, même sans l'avoir recherché, ne serait être considéré comme un fait dommageable »³⁹². Dans le cadre d'une relation de confiance, les paramètres sont différents. En effet, l'homme ne prend pas les mesures nécessaires pour éviter une conception car généralement les partenaires s'accordent pour que la femme utilise un moyen contraceptif. Toutefois, il arrive que la femme mente quant à l'utilisation de ce moyen dans le but de vivre une grossesse qu'elle désire. Certes les paramètres varient, mais le résultat est identique car le père peut se voir imposer la paternité qu'il n'a pas voulu. L'enfant qui naît dans le mariage a pour père présumé le mari de la mère, même si ce dernier n'a jamais voulu de cet enfant³⁹³. En revanche, si les parents ne sont pas mariés au moment de la naissance

³⁸⁷ www.la-cause-des-hommes.com/spip.php?rubrique30

³⁸⁸ Par exemple, le choix d'avoir un enfant se détache de la vie conjugale lorsqu'une femme enfante avec un homme dont elle n'éprouve aucun sentiment amoureux.

³⁸⁹ On entend par aventures, également appelées rencontres sexuelles, les relations sexuelles d'une nuit ou de quelques jours entre deux personnes qui ne se connaissent pas auparavant.

Sur les rencontres sexuelles cf. Marie-Laure DEROFF, « Hétérosexualité et identité sexuelle : des constructions négociées dans la différenciation et l'égalité », *Dialogue*, op.précit, p. 37.

³⁹⁰ Les relations sexuelles au sein des relations de confiances sont vécues dans la durée entre deux personnes qui ont appris à se connaître ; il s'agit de relations amoureuses stables.

³⁹¹ CA Orléans, 21 mars 2006 ; Cass. 2^e civ., 12 juillet 2007, pourvoi n° 06-16.869.

³⁹² CA Orléans, 21 mars 2006.

³⁹³ Le fait de concevoir un enfant contre la volonté du mari ne constitue pas une cause de divorce : Caen, 5 janv. 2006 ; Dr. fam. 2006, n° 149, obs. Larribau-Terneyre.

de l'enfant, et que le père n'a pas fait de démarche pour la reconnaissance de l'enfant, ce dernier ou la mère, s'il est mineur, peut intenter une action en recherche de paternité³⁹⁴. Ainsi, un homme peut se voir imposer, par voie de jugement, un statut de père, alors même que la femme a trahi sa confiance. Cela oblige les hommes à être de plus en plus responsables en matière de procréation. La loi ne distingue pas selon les relations de couple ou les aventures. En effet, dans les deux cas l'action en recherche de paternité peut être intentée. L'enfant ou la mère si l'enfant est mineur peut être demandeur à l'action. Il/elle doit apporter les éléments tendant à démontrer cette paternité. La preuve est libre. L'expertise génétique est systématiquement demandée et accordée car elle est de droit³⁹⁵. Le prétendu père peut refuser de se soumettre à cette expertise en raison de la protection de la personne contre toute atteinte à son intégrité physique. Néanmoins, le juge peut tirer les conséquences de ce refus selon qu'il dispose ou non d'autres éléments³⁹⁶. Si le père présumé prouve que sa paternité est impossible alors la procédure échoue. L'action doit être intentée dans un délai de dix ans. Toutefois, la prescription est suspendue pendant la minorité de l'enfant lui permettant ainsi d'agir jusqu'à ses vingt-huit ans révolus. Si la paternité est établie, la filiation sera retranscrite sur l'acte de naissance et les actes d'état civil. Le père peut être condamné à verser des dommages-intérêts.

En revanche, la conception d'un enfant à l'insu du mari, *dans les circonstances particulières de l'espèce* (décès de deux précédents enfants en bas âge), constitue de la part de l'épouse un manquement au devoir de loyauté : Nîmes, 21 mars 2007 : D. 2007. 2587, note Lamoureux ; JCP 2007. II. 10149, note Vassaux ; Dr. fam. 2007, n° 189, note Mauger-Vielpeau ; RTD civ. 2008. 91, obs. Hauser.

³⁹⁴ Article 327 du code civil : « La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. L'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant ».

Article 328 du code civil al.1 : « Le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie a, pendant la minorité de l'enfant, seul qualité pour exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité ».

La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 a modifié le régime de l'action en recherche de paternité et a supprimé les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité (ancien article 340 du code civil) et les fins de non recevoir (ancien article 340-1 du code civil). Avant 1993 cette action était enfermée dans cinq cas d'ouverture. On n'était admis à ouvrir une telle action que s'il existait un début de preuve permettant la recevabilité de l'action. Ensuite, on pouvait prouver la paternité. La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 28 mars 2000, a renversé sa jurisprudence en matière de preuve biologique. Avant cette jurisprudence, le recours à l'expertise médicale ne pouvait être invoqué pour suppléer à l'absence totale de mode de preuve, il n'était que facultatif. Depuis la jurisprudence rendue par la Cour de cassation, lorsque les parties demandent l'expertise le juge ne peut pas, en principe, la refuser.

Cass.civ.1^{re}, 28 mars 2000, D., 2000, p. 731, note T. Garé ; Droit de la famille, 2000, juin, n° 72, obs. P. Murat.

Pierre MURAT, « La portée de l'expertise biologique de droit », Droit de la famille, juin 2004, p. 25.

³⁹⁵ Cass.civ.1^{re}, 28 mars 2000, Revue Dalloz 2000, p. 731, note T. Garé ; Droit de la famille, 2000, juin, n° 72, obs. P. Murat.

Cf. supra n° 131.

³⁹⁶ Pierre MURAT, « Le refus de se prêter à une expertise biologique et la preuve de la réunion de fait », Dr. famille, mars 2004, p. 20 ; RTD Civ. 2004, p. 494.

§2 : L'assistance médicale à la procréation

108. La stérilité³⁹⁷ s'est considérablement développée depuis une cinquantaine d'années. L'industrialisation et l'enrichissement de la société, la liberté des mœurs et l'accroissement des maladies sexuellement transmissibles, le développement de la contraception et de l'avortement et d'autres causes plus mystérieuses entraînent presque en même temps la stérilité et ses palliatifs³⁹⁸. Autrefois, les couples stériles utilisaient les services d'une servante complaisante³⁹⁹ ou d'un ami. Aujourd'hui, même si cela existe encore⁴⁰⁰, ils ont la possibilité de recourir à des techniques scientifiques et légales. La stérilité correspond à une incapacité, à un moment donné, de donner le jour à des enfants vivants⁴⁰¹. Cette incapacité peut être temporaire ou définitive ; elle peut intervenir après la naissance d'un ou plusieurs enfants ou avant toute naissance⁴⁰². Lorsqu'il n'y a jamais eu de grossesse, la stérilité est dite primaire ; la stérilité est secondaire quand il existe des antécédents de grossesses menées à termes ou de fausses couches. On parle de stérilité pathologique lorsqu'un couple reste sans enfant après deux ans de rapports complets, de fréquence suffisamment rapprochée et sans contraception d'aucune sorte⁴⁰³.

109. Lorsque la stérilité – féminine ou masculine – est pathologique, le couple hétérosexuel peut recourir à une assistance la procréation ou AMP. Le législateur emploie le terme AMP dans le code de la santé publique⁴⁰⁴ alors qu'il parle de procréation médicalement assistée – PMA – dans le code civil⁴⁰⁵. L'AMP désigne la technique mise en œuvre⁴⁰⁶ et signifie que la procréation n'est pas « encore » effective.

³⁹⁷ Sur la stérilité cf. THIEL Marie-Jo, « Du désir d'enfant à l'enfant désiré », *In Revue des sciences religieuses*, tome 68, n° 1, 1994, p. 102-103.

³⁹⁸ Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, éd. Lextenso, 2011, 4^e éd., coll. «Droit civil », p. 408.

³⁹⁹ Exemple le plus célèbre : Genèse, XVI, 1 et 2 ; J. CARBONNIER, « Isaac et Ismaël demi-frères », *In mélanges S. BEN HALIMA*, Tunis, 2005, p. 3-15, reproduit dans J. CARBONNIER, *Ecrits*, éd. PUF, 2008, P. 366 et s.

⁴⁰⁰ On parle de procréation artisanale.

⁴⁰¹ Henri LERIDON, « Stérilité, hypofertilité et infécondité en France », *Population*, 37^e année, n° 4-5, 1982, p. 808.

⁴⁰² Henri LERIDON, « Stérilité, hypofertilité et infécondité en France », *op.précit*, p. 808.

⁴⁰³ www.ulpmmed.u-strasbg.fr/medecine/cours_en_ligne/e_cours/gynecologie/sterilite_couple.pdf

⁴⁰⁴ Article L. 2141-1 du code de la santé publique.

⁴⁰⁵ Article 311-20 du code civil.

⁴⁰⁶ Article L. 2141-1 du code de la santé publique : « L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryon et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis de l'Agence de la biomédecine.

Il est question de PMA, lorsque la procréation est réussie et que la filiation doit être établie ou est établie⁴⁰⁷.

110. L'article L. 2141-2 du CSP⁴⁰⁸ dispose que « l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué ». La loi de bioéthique de 2011⁴⁰⁹ a maintenu cette condition. La loi n'encadre que les AMP avec tiers donneur. Cet encadrement est prévu afin de ne pas perturber les règles de la filiation⁴¹⁰. Le plus souvent, le couple a recours à ses propres gamètes. On parle d'AMP homologue⁴¹¹, excluant ainsi tout encadrement légal. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que les couples hétérosexuels recourent à l'AMP hétérologue⁴¹², c'est-à-dire à l'AMP avec tiers donneur, ce qui justifie l'encadrement légal du procédé.

111. L'établissement de la filiation de l'enfant né d'une PMA endogène-homologue ne pose pas de véritable difficulté car il s'agit de l'enfant du couple. Si le couple est marié, l'enfant né d'une PMA endogène est rattaché à ses deux parents à partir de la déclaration effectuée à l'état civil. L'acte de naissance va déclarer la filiation maternelle et par voie de conséquence la filiation paternelle par le biais de la présomption de paternité. Si le couple n'est pas marié, l'enfant sera uni à ses deux parents par un lien de filiation autonome⁴¹³. Ce lien pourra être établi par une double reconnaissance volontaire ou par la possession d'état, ou bien à l'égard de la mère par l'indication de

La stimulation ovarienne, y compris lorsqu'elle est mise en œuvre indépendamment d'une technique d'assistance médicale à la procréation, est soumise à des recommandations de bonnes pratiques. »

⁴⁰⁷ Par commodité de langage, nous emploierons indistinctement les termes PMA et AMP.

⁴⁰⁸ Article modifié par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004. .

⁴⁰⁹ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

⁴¹⁰ Article 311-19 du code civil : « En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.

Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur. »

Article 311-20 al. 1 du code civil « Les époux ou les concubins, qui pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation. »

⁴¹¹ L'AMP homologue ou endogène est effectuée à partir des forces génétiques des deux membres du couple. Dans cette AMP, la science n'intervient que pour permettre la rencontre des gamètes impossible naturellement.

⁴¹² L'AMP hétérologue ou exogène fait intervenir les forces génétiques d'un ou de plusieurs tiers dans le cadre d'un don de gamètes. L'article L. 1244-1 du code de la santé publique définit le don de gamète comme « un apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation ».

⁴¹³ Frédéric DEBOVE, Renaud SALOMON, Thomas JANVILLE, *Droit de la famille 2012*, éd. Vuibert, 2011, 7^e éd., coll. « Dyna'Sup Droit », p. 364.

son nom dans l'acte de naissance en application de l'article 310-1 du code civil⁴¹⁴. Le droit commun est applicable⁴¹⁵.

112. L'établissement de la filiation de l'enfant né d'une PMA exogène-hétérologue devrait être différent car un tiers donneur, véritable géniteur de l'enfant, intervient dans la conception de ce dernier, mais cet établissement est, lui aussi, traité selon le droit commun. Ici, la théorie de l'apparence est à l'œuvre⁴¹⁶. Le droit commun n'est applicable qu'en raison de cette apparence. De ce fait, aucune action en justice ne peut être effectuée à l'encontre du tiers donneur. En effet, il est impossible d'établir la filiation à son égard et d'agir en responsabilité contre lui⁴¹⁷. Pour la première fois, le législateur dispense l'intéressé d'une action en justice pour établir un lien qui est de nature fictive, et se contente d'une simple déclaration secrète mais authentique⁴¹⁸. L'objectif de ce dispositif est d'assurer à l'enfant deux parents, pas un de plus mais aussi pas un de moins.

113. Si le couple est marié, l'enfant né d'une PMA exogène est rattaché à ses deux parents à partir de son acte de naissance. L'établissement est le même que pour les PMA endogènes. La seule distinction s'opère dans l'interdiction pour les époux de contester la filiation. En effet, l'article 311-20 alinéa 2 du code civil interdit en principe toute contestation de la filiation de l'enfant, eu égard au consentement éclairé qui a été

⁴¹⁴ Frédéric DEBOVE, Renaud SALOMON, Thomas JANVILLE, *Droit de la famille 2012*, op.cit, p. 364.

⁴¹⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 16 mars 2016, n° 15-13.427, F S P+B+I, JurisData n° 2016-00439.

Jean-René BINET, "Établissement judiciaire de la filiation en cas d'AMP endogène : application du droit", la Semaine juridique édition générale n° 18, 2 mai 2016, 532. La situation dans laquelle se trouvait le concubin n'a rien à voir avec les dispositions de l'article 311-20 du code civil. Le droit commun s'applique donc. Comme les parents ne sont mariés, la présomption de paternité ne peut pas jouer, seule la reconnaissance volontaire est possible. Dans cette affaire, il n'y a pas eu de reconnaissance volontaire. De ce fait, l'expertise biologique de droit peut être demandée. Ce bricolage procréatif joue en quelque sorte contre l'intérêt de l'enfant.

⁴¹⁶ Après l'AMP, le conjoint devrait adopter l'enfant de sa femme, mais la théorie de l'apparence s'applique car la stérilité –fait caché soumis au secret médical- n'est pas statutaire contrairement au sexe. Toutefois, cette théorie ne peut jouer que pour les hommes car la paternité n'est pas visible et repose sur une simple présomption, à la différence de la maternité qui repose sur le fait biologique de l'accouchement. Le consentement est indispensable dans l'AMP. Le couple consent indirectement à ce que l'apparence ne soit pas conforme au réel. En effet, le couple consent à ce que l'un des membres soit le parent juridique, alors qu'il est dans l'impossibilité biologique de le devenir.

⁴¹⁷ Frédéric DEBOVE, Renaud SALOMON, Thomas JANVILLE, *Droit de la famille 2012*, op.cit, p. 364. L'impossibilité d'établir la filiation à l'égard du donneur est posée à l'article 311-19 du code civil. Certaines revendications quant à l'accès aux origines personnelles ont été formulées notamment en se fondant sur l'article 7 de la Convention de New-York du 26 novembre 1990 relative droits des de l'enfant. Cet article dispose que l'enfant a « dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents ».

La loi suédoise est revenue sur le principe de l'anonymat du donneur. Toutefois, l'interdiction d'établir un lien de filiation avec le donneur demeure.

⁴¹⁸ Article 311-20 du code civil.

donné à l'AMP avec don de gamètes⁴¹⁹. Ainsi, la paternité peut ne pas être conforme au biologique, mais elle est néanmoins incontestable.

114. La filiation de l'enfant né par PMA exogène dans un couple non marié est établie soit par reconnaissance, soit par possession d'état, soit à l'égard de la mère par désignation de la mère dans l'acte de naissance. L'article 311-20 alinéa 4 du code civil précise que « celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant ».

115. Les couples hétérosexuels peuvent faire un enfant s'ils le veulent, quand ils le veulent, comme ils le veulent, mais peuvent-ils faire un « enfant à la carte » ? La volonté d'avoir un enfant remplissant des caractéristiques précises relève d'un désir que ni la médecine, ni le droit n'autorisent actuellement. Il s'agit d'une limite à la procréation volontaire et intentionnelle. Il est interdit, par exemple, de décider d'avoir un garçon plutôt qu'une fille, un enfant préservé de tout risque de diabète ou de cancer car il s'agit d'une forme d'eugénisme condamnée par la loi. Toutefois, il se peut que d'ici quelques années cette limite n'existera plus car le choix des possibles dans la conception d'un enfant s'est beaucoup étendu et s'étendra encore⁴²⁰.

116. L'AMP est la solution juridique donnée à un problème médical. Le législateur ne distingue pas les filiations des enfants nés d'une procréation artificielle des filiations des enfants nés d'une procréation biologique. Dans l'expression « égalité de statut entre les enfants quelques soient les conditions de leur naissance »⁴²¹, on assimile à « quelques soient les conditions de leur naissance » le statut des parents et la nature de la procréation.

⁴¹⁹ Frédéric DEBOVE, Renaud SALOMON, Thomas JANVILLE, *Droit de la famille 2012*, op.cit, p. 366. Claire NEIRINCK, « Question civile ou enjeu médicale ? », In Daniel FENOUILLET (sous la dir.), *La famille en mutation*, éd. Dalloz, 2014, coll. « Archives de philosophie du droit », p. 306. « L'article 311-20 du code civil exige uniquement, avant l'accès à l'AMP, que le couple procède à une déclaration devant un notaire ou le Président du tribunal de grande instance dans des conditions préservant le secret. Cette déclaration constatée par acte authentique engage les bénéficiaires du don anonyme comme couple parental. Cependant, ce document secret ne joue aucun rôle à la naissance lors de l'établissement de la filiation. Il interdit uniquement, en théorie, de contester la parenté de celui qui a bénéficié de don ».

⁴²⁰ Monique CANTO-SPERBER, René FRYDMAN, *Naissance et liberté. La procréation, quelles limites ?*, éd. Plon, 2008, p. 16.

⁴²¹ Loi 1972 sur la filiation.

En 1972, cette expression ne faisait pas référence à la nature de la procréation car seule la procréation charnelle était envisageable. Aujourd'hui, cette expression est suffisamment floue et large pour y intégrer les procréations charnelles et artificielles.

117. Ainsi on constate que la procréation maitrisée s'est détachée de la sexualité même si elle entretient avec elle un rapport naturel. La procréation est devenue dans le monde moderne une réalité placée sous la dépendance de la volonté des intéressés et plus particulièrement sous la dépendance de la femme. En outre, l'évolution technologique de l'expertise biologique a rendu inutile le recours aux présomptions pour désigner les pères.

CHAPITRE 2 : LE RAPPORT ENTRE MARIAGE ET FILIATION EBRANLE

118. Les règles de la filiation sont inscrites dans le titre VII du livre 1 du code civil⁴²². La filiation est scindée en deux branches : la filiation par procréation et la filiation fictive, de l'adoption. La filiation par procréation désigne un père et une mère alors que la filiation par fiction crée un rapport de filiation entre l'enfant et ceux qui l'adoptent. Le mariage hétérosexuel demeure en relation avec la procréation. Le législateur a précisé dans l'article 6-1 du code civil : « le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre 1^{er} du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ». Il en résulte deux mariages : le mariage hétérosexuel procréateur qui ouvre sur la filiation de droit commun et le mariage homosexuel non procréateur qui peut être combiné avec une filiation fictive. Le mariage est certes l'expression de l'amour d'un couple mais il est aussi l'acte fondateur d'une famille. Il désigne les parents de l'enfant. Cependant l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a clairement affaibli le rapport entre le mariage et la filiation par procréation. (Section 1) Toutefois, le bénéfice de l'adoption, parce qu'elle correspond à une fiction, a été étendu à ces couples. (Section 2)

⁴²² Le titre VII du livre 1 du code civil précise l'ensemble des règles relatives à la filiation par procréation et par fiction, c'est-à-dire l'adoption, qui peuvent être réalisées en mariage et hors mariage.

SECTION 1: L’AFFAIBLISSEMENT DU RAPPORT ENTRE MARIAGE ET FILIATION PAR PROCREATION

119. Le rapport entre filiation par procréation et mariage s’est progressivement affaibli, suite aux réformes du 3 juillet 1972, du 4 juillet 2005 et du 17 mai 2013. L’établissement de la filiation maternelle résulte du droit commun de la filiation : la femme devient mère par accouchement et volonté (§1). L’établissement de la filiation paternelle, quand à lui, opère une distinction selon que l’homme est marié ou non. Toutefois, avec les réformes opérées par l’ordonnance du 4 juillet 2005 et la loi du 17 mai 2013, la présomption de paternité a perdu toute sa force (§2).

§1 : Mariage et maternité

120. Depuis la nuit des temps, enfanter est une nécessité pour perpétuer l’espèce humaine. Jusqu’au XIX^e siècle, l’enfantement participait de l’identité féminine car une femme se devait d’être mère⁴²³. Encore aujourd’hui, le refus d’enfanter au sein du mariage peut être fautif⁴²⁴.

121. Avant l’ordonnance de 2005⁴²⁵, la maternité hors mariage et la maternité en mariage étaient distinctes quant à leurs établissements. Lorsque la mère n’était pas mariée, la maternité n’était établie que si la mère accouchait et reconnaissait ensuite l’enfant ; la reconnaissance correspondant à la volonté juridique de devenir mère. L’indication du nom de la mère dans l’acte de naissance de l’enfant ne valait reconnaissance que lorsqu’elle était corroborée par la possession d’état⁴²⁶. A défaut de possession d’état, la mère devait souscrire une reconnaissance devant l’officier d’état

⁴²³ René FRYDMAN, Jacques GELIS, Henri ATLAN, Karine Lou MATIGNON, *La plus belle histoire de la naissance*, éd. Robert Laffont, 2013, p.49.

⁴²⁴ Le refus persistant de l’épouse de soigner sa stérilité constitue un comportement fautif et injurieux : Bordeaux, 7 juin 1994 : JCP 1996. II. 22590, note Vassaux ; RTD civ. 1994. 836, obs. Hauser. En revanche, n’est pas constitutif d’une faute le fait de refuser une AMP : Bordeaux, 1^{re} oct. 1991 : JCP 1992. I. 3593, n° 1, obs. Garé ; RTD civ. 1992. 56, obs. Hauser.

⁴²⁵ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

⁴²⁶ Thierry GARE, « L’indication du nom de la mère dans l’acte de naissance de l’enfant... », *RJPF*, févr. 2014, p. 33.

civil car l'indication dans l'acte de naissance ne pouvait suffire à établir la filiation maternelle⁴²⁷. Lorsque la femme était mariée, la chronologie était inversée ; en effet, dans un premier temps la femme acceptait de devenir mère en se mariant – la volonté de devenir mère était assimilée au consentement au mariage –, et dans un second temps, elle accouchait. Ainsi, la reconnaissance n'était pas nécessaire, seul l'accouchement suffisait.

122. L'ordonnance du 4 juillet 2005 change d'une part le moment où se manifeste la volonté et d'autre part la forme du consentement devenu implicite, alors que la reconnaissance était expresse. Désormais, la volonté a lieu après l'accouchement. Cette volonté, même si elle demeure dans le mariage⁴²⁸, ne joue plus aucun rôle. Depuis 2005, l'acceptation implicite de la maternité en mariage est étendue à la femme non mariée car elle se manifeste en laissant l'officier de l'état civil inscrire le nom de celle qui a accouché sur l'acte de naissance de l'enfant⁴²⁹. Toutefois, à la différence des pays qui consacrent la règle « mater semper certa », la femme peut refuser cette inscription⁴³⁰. Le moment de la volonté pour les mères affaiblit les pères. En effet, antérieurement la femme mariée exprimait sa volonté de devenir mère en consentant au mariage. Aujourd'hui toutes les femmes expriment l'acceptation de la maternité au moment où tacitement ou expressément elles laissent l'officier de l'état civil inscrire leur nom sur l'acte de naissance de l'enfant. Il en résulte que si une femme mariée s'oppose à cette inscription, elle bloque le jeu de la présomption de paternité. De même, si elle procède de manière prénatale à une reconnaissance, acte individuel, elle écarte la présomption de paternité.

123. En principe, la reconnaissance de maternité est inutile. Elle peut être prénatale ou postnatale. Elle répond à l'hypothèse où le nom de la mère ne figure pas dans l'acte de naissance de l'enfant⁴³¹. Il peut s'agir d'une erreur ou de la volonté de la mère d'accoucher sous X. La mère qui demande la restitution de son enfant dans le délai légal

⁴²⁷ Thierry GARE, « L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant... », op.cit, p. 33.

⁴²⁸ Problème du refus de concevoir. Cf. supra n° 92 à 98.

⁴²⁹ Article 311-25 du code civil.

⁴³⁰ Claire NEIRINCK, « Accouchement confidentiel allemand et accouchement secret français », Droit de la famille, mai 2014, n° 5.

⁴³¹ Patrick COURBE, Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, op.cit, p. 375.

de 2 mois, à compter du jour où l'enfant a été recueilli par le service de l'ASE⁴³², doit procéder préalablement à la reconnaissance de l'enfant⁴³³.

124. Une recherche en maternité est possible depuis la loi du 16 janvier 2009⁴³⁴, mais elles sont rares. Ainsi, la maternité découle nécessairement d'un accouchement assorti de la volonté d'en accepter les conséquences ou d'une décision judiciaire. Actuellement, une femme ne peut être la mère d'un enfant qu'elle n'a pas procréé⁴³⁵ et inversement elle ne peut refuser la maternité d'un enfant qu'elle a procréé si les règles de l'abandon n'ont pas été respectées⁴³⁶. Si le nom de la femme qui accouche est porté sur l'acte de naissance de l'enfant alors que l'intéressé ne le voulait pas : c'est définitif, cette femme est désignée comme la mère de l'enfant, aucun recours n'est possible. L'accouchement devient essentiel pour établir la maternité, le droit prend appui de la réalité biologique et impose comme mère la femme qui a accouché. Ainsi, la mère est certaine et incontestable.

§2 : Mariage et paternité

125. Autrefois, la famille traditionnelle dite légitime incluait un père, une mère unis par le mariage et vivant ensemble avec des enfants. Le père était indispensable à la formation de la famille juridique. Aujourd'hui, cela n'est plus vrai car il existe des

⁴³² Article 351 du code civil.

⁴³³ Patrick COURBE, Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, op.cit, p. 375.

⁴³⁴ L'accouchement sous X constituait à l'origine une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité. La loi du 16 janvier 2009 a supprimé cette fin de non recevoir. Désormais, la femme qui a accouché X et qui veut se protéger d'une action en recherche de maternité doit demander le secret de son identité. Article 326 du code civil : « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé ». L'enfant ne se heurte plus à un obstacle de droit mais à une simple difficulté pour découvrir l'identité de sa mère. De plus, la mère peut, à tout moment, lever le secret qu'elle avait demandé.

Lorsqu'une action en recherche de maternité est effectuée, seule la vérité biologique est recherchée. Article 325 du code civil : « A défaut de titre de possession d'état, la recherche en maternité est admise.

L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère a prétendu avoir accouché. »

⁴³⁵ Se déclarer génitrice d'un enfant qui n'est pas le sien est un crime puni par le code pénal. Il s'agit soit d'une supposition d'enfant, soit d'une substitution d'enfant.

La supposition consiste à prétendre qu'une femme a accouché alors qu'elle ne l'a pas fait. La substitution ne trompe pas sur le fait de l'accouchement, mais sur l'identité de l'enfant mis au monde à cette occasion, pour lui attribuer celle d'un autre, accouché par une autre femme. Marcela IACUB, *L'empire du ventre : pour une autre histoire de la maternité*, éd. Fayard, 2004, coll. « Histoire de la pensée », p. 75.

Le code civil de 1804 accordait des libertés aujourd'hui inouïes aux femmes mariées. En effet, ces dernières pouvaient être mères d'un enfant qu'elles n'avaient pas accouché. Cette supposition d'enfant était impunie pour les femmes mariées. Cela était fréquent car au XIX^e siècle c'était la seule solution pour les couples mariés stériles de devenir parents, l'adoption des mineurs étant interdite.

⁴³⁶ Irène THERY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, op.cit, p. 177.

familles de droit sans père comprenant une mère et un ou plusieurs enfants ou une femme élevant ses enfants de pères différents.

126. Pour établir la filiation paternelle, le droit propose trois présomptions⁴³⁷ : la présomption par l'effet de la loi liée au mariage, la présomption par reconnaissance qui intervient dans et hors mariage et la présomption par possession d'état. Le lien de filiation entre l'enfant né hors mariage et son père est établi soit par reconnaissance volontaire, soit par possession d'état, soit par jugement⁴³⁸. Le lien de filiation entre l'enfant né en mariage et son père est établi par l'effet de la loi qui correspond à la présomption de paternité. Si cette dernière est écartée, le père peut procéder à la reconnaissance de l'enfant. Dans la paternité, le biologique et le juridique ne coïncident pas nécessairement. En effet, les présomptions sont des modes de preuve qui consistent à admettre comme vrai ce qui n'est plus que vraisemblable. La paternité est ainsi incertaine. Un homme peut se déclarer père d'un enfant qu'il n'a pas conçu, comme à l'inverse il peut refuser de se déclarer père d'un enfant qu'il a conçu, au risque cependant d'une action en justice. La paternité ne devient certaine que lorsqu'une expertise biologique a été demandée dans le cadre d'un procès. La Cour européenne des droits de l'Homme a précisé que les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'Homme n'étaient pas soumis à l'obligation de reconnaître en tant que père légal une personne qui n'est pas le géniteur⁴³⁹.

127. Le mariage permet d'imposer un père. La présomption de paternité trouve son origine dans un passage du jurisconsulte Paul au Digeste à propos d'une question de procédure⁴⁴⁰. Ce n'est qu'à partir du XIII^e siècle qu'elle est conçue comme une règle de faveur pour le mariage et la légitimité des enfants⁴⁴¹. La présomption « *pater est* » était à l'origine irréfragable⁴⁴². Le mari de la mère était considéré comme le père de celui-ci même quand il ne pouvait manifestement pas en avoir été le géniteur. Le code civil de 1804 reprend cette règle, en y ajoutant une nouveauté. En effet, l'article 316 dans la rédaction initiale du code Napoléon reconnaissait au mari de la mère le droit de

⁴³⁷ La présomption est un jugement qui consiste à qualifier un fait inconnu à partir de faits connus. Le droit dit ce qui est vraisemblable, sans être pour autant certain.

⁴³⁸ Article 310-1 du code civil.

⁴³⁹ CEDH, 22 avr. 1997, Affaire X, Y et Z c/ Royaume-Uni : D. 1997, II, p. 583, note S. Grataloup.

⁴⁴⁰ Anne Marie LEROYER, *Droit de la famille*, éd. PUF, 2011, coll. « Licence droit », p. 199.

⁴⁴¹ Anne LEFEBVRE, « Pater is est quem nuptiae demonstrant : Jalons pour une histoire de la présomption de paternité », *Revue historique de droit français et étranger*, 1991, p. 331.

⁴⁴² Frank RAINER, « L'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, Vol. 51, p. 29-50.

contester la filiation dans un délai de un mois à partir de la naissance de l'enfant. Cette règle se réduit de plus en plus à une présomption simple, qui perd de son importance du fait des expertises biologiques. Aujourd'hui, comme le constate Vincent Bonnet⁴⁴³, la présomption de paternité est un simple moyen de preuve qui ne traduit plus la supériorité de la famille en mariage, mais qui se présente comme une règle de bon sens⁴⁴⁴. La présomption de paternité est exactement traitée comme la reconnaissance : elle en a la même force et peut être combattue avec les mêmes moyens.

L'article 312 du code civil dispose que « l'enfant conçu « ou né » pendant le mariage a pour père le mari ». Cela signifie que l'enfant inscrit avec l'indication du nom de la mère est automatiquement l'enfant du mari. Pour déterminer si l'enfant a été conçu pendant le mariage, il faut faire jouer les présomptions relatives à la durée des grossesses qui commencent au 180^e jour suivant la célébration du mariage et se terminent le 300^e jour suivant la dissolution du mariage⁴⁴⁵. La présomption de paternité est justifiée par le fait que le mariage implique un devoir de fidélité et de communauté de lit⁴⁴⁶. Le mari de la femme qui a accouché est vraisemblablement le père de l'enfant. Ambroise Colin a précisé, au début du XX^e siècle, que la présomption de paternité repose sur la volonté tacite du mari, qui par son consentement au mariage, accepte aussi tous les enfants à venir du mariage⁴⁴⁷. Cependant le mot *matrimonium* renvoie à l'idée que la femme accepte d'être la mère des enfants du mari. Le mariage conserve ainsi un avantage indéniable en matière de filiation. Il dote automatiquement l'enfant d'un père et d'une mère.

⁴⁴³ Vincent Bonnet est maître de conférences à l'université de Bourgogne.

⁴⁴⁴ Vincent BONNET, « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *Recueil Dalloz*, 189^e année, 17 janvier 2013, n° 2/7539^e, p. 109.

⁴⁴⁵ Jean BART, *Histoire du droit privé. De la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, éd. Montchrétien, 2^e éd., 2009, coll. « Domat droit privé », p. 290. Au XVI^e siècle, certains canonistes ont soutenu l'existence de longues grossesses dépassant les dix mois. Cela permettait de légitimer des enfants nés plus de 300 jours après la mort du mari. Cette tendance se retrouve dans d'autres civilisations, par exemple dans les pays d'islam qui ont connu la notion d'enfant « endormi »... dans le ventre de sa mère. Un arrêt du Parlement de Paris, rendu en 1375, a admis la légitimité d'un enfant né « au chef de onze mois depuis le partement du mari ».

Au cours des siècles suivants, le délai de 300 jours devient de plus en plus extensible. « Le lien institutionnelle prévaut sur le lien biologique ». La jurisprudence brave toute vraisemblance afin de pas ébranler les fondements de la société civile. Elle s'est refusée à appliquer avec souplesse le délai minimum de six mois et a permis de contester la légitimité d'un enfant né pendant le mariage mais moins de 180 jours avant sa célébration. Il était impensable de régulariser une union adultère.

⁴⁴⁶ Cf. supra n° 58.

⁴⁴⁷ Ambroise COLIN, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD Civ.*, 1902, p. 282 et s.

Mais la présomption de paternité peut facilement être écartée soit par la mère, soit par l'amant de la mère, soit par le mari lui-même. Elle peut l'être par la mère si une ordonnance de non conciliation a été prononcée. Ainsi, la femme mariée peut écarter le mari si elle déclare son seul nom dans l'acte de naissance de l'enfant⁴⁴⁸. L'amant de la mère peut écarter le mari et par conséquent la présomption de paternité, s'il effectue une reconnaissance prénatale. Enfin, le mari lui-même peut écarter la présomption de paternité car depuis 2005 il peut reconnaître l'enfant. .

En conséquence, certains auteurs⁴⁴⁹ parlent de déclin de la présomption de paternité, allant même jusqu'à se demander s'il faut la supprimer ou à l'inverse l'étendre à d'autres formes de vie en commun⁴⁵⁰. Mais à quoi rattacher cette présomption étendue ? Seul le mariage qui est institutionnalisé permet d'imposer la fidélité, qui en est le ressort caché. Ni le PACS ni le concubinage ne présentent une force institutionnelle comparable. Pour d'autres auteurs, la présomption de paternité ne constitue plus un véritable effet du mariage, mais une simple technique probatoire pouvant ainsi être étendue en dehors du mariage à chaque fois qu'il existe une situation de couple mais qui n'est pas tenu à la fidélité⁴⁵¹. Une autre partie estime qu'il est plus envisageable et justifié de supprimer la présomption de paternité afin d'établir un nouveau droit de la filiation car elle n'est plus le cœur du mariage⁴⁵².

La reconnaissance s'est déjà substituée à la présomption de paternité. En effet, depuis l'ordonnance de 2005 et la loi de 2009, le mari peut reconnaître l'enfant de sa femme⁴⁵³. Cette faculté est destinée à atténuer le rôle principal que joue désormais la mère qui peut exclure très facilement le jeu de la présomption de paternité⁴⁵⁴. Une autre solution consisterait à se contenter de la désignation du mari comme père dans l'acte de

⁴⁴⁸ CA Saint Denis de la Réunion, 27 nov. 2013, n° 12/02249 : JurisData n° 2013-031969.

Dans cette affaire, l'enfant est né moins de 300 jours après l'ordonnance de non conciliation. Ainsi, la présomption de paternité devrait en principe jouer. Cependant, les magistrats relèvent que l'enfant a été déclaré sous le seul nom de sa mère. L'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père. La mère demande une pension alimentaire à l'égard du mari. Toutefois, le mari, n'étant pas considéré comme le père de l'enfant, n'est tenu d'aucune obligation alimentaire.

⁴⁴⁹ Nous pouvons citer parmi ces auteurs : Irène THERY, Anne-Marie LEROYER.

⁴⁵⁰ Anne-Marie LEROYER, *Droit de la famille*, op.cit, p. 208.

⁴⁵¹ Vincent BONNET, « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », op.cit., p. 111.

⁴⁵² La présomption de paternité a longtemps constitué « le cœur du mariage » selon l'expression de Jean Carbonnier. Ce dernier ne semble pas avoir écrit cette phrase, il l'aurait prononcée lors d'une conférence à l'ENM en 1994. Xavier LACROIX, « Un mariage « homosexuel » : non-discrimination ou confusion ? », In Hugues. FULCHIRON (sous la dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, op.cit, p. 49.

⁴⁵³ Article 315 du code civil : « (...) Le mari a également la possibilité de reconnaître l'enfant dans les conditions prévues aux articles 316 et 320 ».

⁴⁵⁴ Cf. supra n° 122.

naissance⁴⁵⁵. En réalité, la filiation, depuis l'ordonnance de juillet 2005, a pour modèle la filiation autrefois naturelle.

Le mariage accordé aux couples de personnes de même sexe s'inscrit dans un mariage en déclin, dans lequel la présomption de paternité joue un rôle moindre. Le rapport entre la filiation et le mariage était déjà ébranlé.

128. L'article 316, alinéa 1, du code civil dispose que si la filiation n'est pas établie par l'effet de la loi, « elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité faite avant ou après la naissance ». Il s'agit d'un acte volontaire individuel, combiné à un aveu. La reconnaissance par le père n'est soumise à aucune autorisation préalable de la mère⁴⁵⁶. Elle peut se faire avant la naissance, on parle ainsi de reconnaissance prénatale⁴⁵⁷, au moment de la naissance, ou encore après celle-ci. La déclaration de naissance est distincte de la reconnaissance⁴⁵⁸. L'article 62 du code civil précise les éléments qui doivent figurer sur l'acte de reconnaissance⁴⁵⁹. La reconnaissance peut être annulée si les conditions de validité n'ont pas été respectées⁴⁶⁰.

Le juge aux affaires familiales de Nantes, dans une décision en date du 29 juillet 2013, a décidé qu'un couple de femmes qui avait pratiqué la coparentalité devait reconnaître les droits de visite et d'hébergement du père⁴⁶¹. La Cour considère que l'intérêt de l'enfant commande que sa filiation corresponde à la réalité biologique et non au contexte dans lequel il a été conçu et élevé. La reconnaissance paternelle est

⁴⁵⁵ Vincent BONNET, « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », op.cit, p. 111.

⁴⁵⁶ Michel BOUDJEMAI, *Guide de la famille et de l'enfant. Nouvelles formes de parentalité et travail social*, éd. Actualités Sociales Hebdomadaires, 2012, coll. « ASH Professionnels », p. 90.

⁴⁵⁷ Patrick COURBE, Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, op.cit, p. 374.

La jurisprudence admet la reconnaissance prénatale depuis longtemps. Civ. 16 déc. 1811, S. 1809-1811.I.433. Toutefois, il a fallu attendre l'ordonnance du 4 juillet 2005 pour qu'elle soit légalement consacrée. Cette reconnaissance permet au père de d'être certain d'établir sa filiation quelque soit le comportement de la mère, y compris si elle accouche sous X. Article 316 du code civil.

⁴⁵⁸ La déclaration doit se faire dans les trois jours qui suivent la naissance et la reconnaissance.

⁴⁵⁹ Article 62 du code civil (L. n° 93-22 du 8 janv. 1993 ; Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005).

⁴⁶⁰ Patrick COURBE, Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, op.cit, p. 379.

La reconnaissance est entachée d'une cause de nullité absolue si l'enfant est déjà doté d'une filiation ou si l'enfant, issu d'une inceste absolu, a déjà été reconnu par l'autre parent. De plus, la nullité est absolue si les conditions de forme n'ont pas été respectées ou si la reconnaissance est contraire à l'ordre public. Cette action est prescrite pendant dix ans (article 321 du code civil). Les jurisprudences concernant les nullités pour reconnaissances mensongères ou reconnaissances d'enfants incestueux sont nombreuses.

La reconnaissance est entachée d'une cause de nullité relative si l'insanité d'esprit est constatée ou si le consentement de l'auteur de la reconnaissance a été vicié. Cette action est prescrite pendant cinq ans (article 1304 du code civil). Toutefois, il n'existe aucune jurisprudence sur cette question.

⁴⁶¹ Dans cette affaire, le géniteur était le meilleur ami du couple. En acceptant d'être un donneur de sperme, il abandonnait ses droits sur l'enfant. Or, en reconnaissant cet enfant sept mois après sa naissance, le père biologique et juridique bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement.

parfaitement valable. Les parents légaux ne doivent pas être écartés au profit du parent social, notion non juridique.

129. La possession d'état doit être constatée par un acte de notoriété pour valoir établissement de la filiation. Elle doit être continue, paisible, publique et non équivoque⁴⁶². Elle correspond à une réalité sociale⁴⁶³, qui rend l'engendrement crédible. Enfin elle ne doit pas être obtenue de manière frauduleuse. Ainsi, il ne peut pas y avoir de possession d'état entre deux femmes qui élèvent le même enfant, et cela même s'il existe des liens affectifs entre l'enfant et celles qui agissent comme ses parents. L'acte de notoriété fait foi de possession d'état jusqu'à preuve du contraire⁴⁶⁴. La contestation de cet acte est ouverte pendant cinq ans à compter de la délivrance de l'acte⁴⁶⁵. La preuve de non-conformité de la filiation à la vérité biologique peut être rapportée⁴⁶⁶.

130. Pendant de nombreux siècles⁴⁶⁷, le mariage était une institution rassurante, car elle faisait des pères incontestables grâce à la présomption de paternité. Hors mariage, la paternité était mystérieuse et incertaine : seule la reconnaissance d'un homme pouvait le rendre père. Or depuis quelques décennies, nous savons que la présomption de paternité est aussi incertaine que la reconnaissance, car ces mécanismes juridiques relèvent de la technique de la présomption simple. La paternité, qui découle nécessairement d'une présomption, n'est certaine que lorsqu'elle confirmée par une expertise biologique qui n'est envisageable que dans le cadre d'un procès. La présomption de paternité est automatique et donne deux parents, alors que la reconnaissance est individuelle et facultative et ne lie pas l'homme et la femme. Néanmoins, ces deux présomptions ont toujours un caractère vraisemblable.

131. Aujourd'hui la désignation du géniteur est possible, notamment grâce aux expertises biologiques⁴⁶⁸. La Cour de cassation a précisé que « l'expertise biologique est

⁴⁶² Article 311-2 du code civil.

⁴⁶³ Lyon, 30 oct. 2008, JurisData n° 2008-005742 ; Dr. fam. 2009, comm. n° 90, obs. P. Murat.

⁴⁶⁴ Article 317 du code civil.

⁴⁶⁵ Article 335 du code civil.

⁴⁶⁶ Irène THERY (sous la dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, op.cit, p. 96. La circulaire du 30 juin 2006 est venue dire que « la preuve de non-conformité de la filiation à la vérité biologique pouvait être rapportée ».

⁴⁶⁷ Jusqu'en 1804, la paternité en mariage était incontestable.

⁴⁶⁸ Les expertises sanguines sont les preuves scientifiques les plus probantes car elles permettent d'obtenir des probabilités de paternité de l'ordre de 99,999 %. Les empreintes génétiques consistent à étudier l'empreinte génétique d'un individu à partir de quelques échantillons de sang, de peau, de sperme, de cheveux, d'ongle. A. BOTTIAU, « Empreintes génétiques et droit de la filiation », D. 1989. Chron. 271 ; J.-C. GALLOUX, « L'empreinte génétique : la preuve parfaite », JCP 1991, I, p. 3497 ; J. MASSIP, Defrénois 1995, art. 35975 ; S. LE GAC-PECH, D. 2001. Chron. 380.

de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y recourir »⁴⁶⁹.

En revanche, il est impossible de soumettre tous les pères à de tels examens pour vérifier la conformité de leur paternité avec la réalité biologique⁴⁷⁰. En moyenne, 5 à 10% des 800 000 enfants qui naissent chaque année n'ont pas pour père biologique le mari de la mère ou l'auteur de la reconnaissance⁴⁷¹. La paternité peut être douteuse mais si aucune demande d'expertise biologique n'est formulée, le père est celui que le droit désigne. Le législateur refuse que soient réalisées des expertises de nature privée. Il a ainsi mis en place en 1994⁴⁷² un dispositif de bioéthique visant à encadrer strictement le recours à la preuve biologique⁴⁷³. Seul le juge civil saisi d'une action tendant à l'établissement ou à la contestation d'un lien de filiation peut ordonner une mesure d'instruction ayant pour objet l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques⁴⁷⁴. Cependant, cela n'empêche pas les pères soupçonneux de recourir à des expertises à l'étranger⁴⁷⁵ ou à domicile grâce à des kits de prélèvements envoyés via internet. Ces tests de paternité « sauvages »⁴⁷⁶ sont illégaux. En dehors de l'action en justice, les expertises biologiques sont dépourvues d'incidence sur la filiation – lien juridique –. Le refus du défendeur à une action en recherche de paternité de concourir aux opérations d'expertise peut être interprété en sa défaveur⁴⁷⁷. Il faut, pour que la paternité du défendeur puisse être déclarée, qu'elle paraisse suffisamment

⁴⁶⁹ Cass.civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *Revue Dalloz*, 2000, p. 731, note T. Garé ; *Droit de la famille*, 2000, juin, n° 72, obs. P. Murat.

Les juges de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 27 janvier 2016, ont précisé que l'action destinée à obtenir la copie intégrale d'un acte de naissance n'est pas une action relative à la filiation, de sorte que l'expertise biologique, qui ne saurait être une expertise génétique, réglementée par l'article 16-11 du code civil n'est pas de droit. Cass. Civ. 1^{re}, 27 janvier 2016, n° 14-25.559, F-P+B N° A3297N7A.

⁴⁷⁰ Patrick COURBE, Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, éd. Dalloz, 6^e éd. , 2013, coll.

« Université », p. 337.

⁴⁷¹ Le Monde du 21 septembre 2005.

⁴⁷² Loi du 29 juillet 1994.

⁴⁷³ Laurence BRUNET, « Des usages protéiformes de la nature. Essai de relecture du droit de la filiation », In Pierre BONTE, Enric PORQUERE I GENE, Jérôme WILGAUX (sous la dir.), *L'argument de la filiation. Aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes*, éd. De la Maison des Sciences de l'homme, 2011, p. 284.

⁴⁷⁴ Article 16-11 du code civil.

Les expertises aux fins d'identification par les empreintes génétiques obéissent à un régime spécial : Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, D. 2008. Pan. 1374, obs. F. Granet-Lambrechts.

⁴⁷⁵ TGI Paris, 2 septembre 1997, Petites affiches, 16 novembre 1998, n°137, note G. Hénaff. Une expertise pratiquée illégalement en Belgique ne peut être utilement invoquée par le juge français qui doit prescrire un nouvel examen génétique.

⁴⁷⁶ Marie LAMARCHE, « Tests de paternité « sauvages » : le droit à l'internationalisation des pratiques », *Revue de droit de la famille*, mars 2007, alerte 22.

⁴⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 11 juillet 2006, n° 05-17.814, Bull. civ. I, n° 385, RJPF-2006-11/36 ; Cass.1^{re} civ., 5 mars 2014, n° 13-10.806, RJPF, 2014-5/29.

vraisemblable⁴⁷⁸, notamment par le biais d'attestations établissant l'existence d'une relation amoureuse entre le défendeur et la mère⁴⁷⁹ ou l'envoi de SMS⁴⁸⁰. Ainsi, dans le cadre d'un procès, la demande d'expertise sera toujours accordée, sauf motif légitime.

132. Pour conclure, quelle que soit la technique, la paternité est toujours présumée. Ce n'est que lorsqu'il y a un doute qu'une expertise biologique peut être demandée, changeant ainsi la nature présumée de la paternité en vérité biologique.

SECTION 2: LE MAINTIEN DU RAPPORT ENTRE MARIAGE ET FILIATION PAR ADOPTION

133. En accordant l'adoption aux couples de même sexe on peut considérer que le législateur a voulu signifier, dans l'article 6-1 du code civil, que le mariage demeurerait la cellule la plus favorable à l'accueil d'un enfant. Néanmoins cette position peut être contestée ; qu'est-ce que le mariage offre en plus à un enfant adopté que son accueil par un couple de partenaire ou de concubin ? (§1) Surtout le législateur a maintenu la possibilité de l'adoption de l'enfant du conjoint qui est en lien direct avec la procréation, puisqu'un membre du couple doit être parent selon le droit commun. (§2)

§1: Le principe de l'adoption plénière par un couple de personnes de même sexe

134. Etymologiquement, adopter – *ad optare* – c'est prendre par choix⁴⁸¹. Aujourd'hui, il s'agit d'une filiation qui trouve son origine dans la volonté d'être parent, mais qui n'existe que consacrée dans un jugement constitutif. Sa dimension institutionnelle est donc essentielle. Par le sang, nous avons de la parenté. Par l'adoption, nous avons un rapport de filiation.

⁴⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2006, n° 03-16.204 et 04-16.838, Bull. civ. I, n° 291, Dr. famille 2006, comm. 185, note P. Murat, RTD civ. 2006, p. 548, obs. J. Hauser, RJPF-2006-10/45 ; en l'absence d'indices, cf. Cass. 1^{re} civ., 17 sept. 2003, n° 01-13.856, RJPF-2004-1/34.

⁴⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2009, n° 08-10.936, RJPF-2009-9/38.

⁴⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2014, n° 1-10.806, RJPF-2014-5/29.

⁴⁸¹ Caroline MECARY, *L'adoption*, éd. PUF, 2006, coll. « Que sais-je? », p. 9.

Lucile LAMBERT-GARREL, *L'adoption, une institution à la recherche d'un équilibre*, éd. PUAM, 2003, p.17. *Optare* relève d'un choix affectif, celui d'un adulte qui décide de prendre en charge un enfant et de le faire sien.

135. Désormais, l'adoption plénière recopie plus la nature. La fiction disparaît sous l'apparence d'une sexualité potentiellement féconde. La stérilité ne se voit pas et de ce fait elle ne peut être inscrite dans un statut. L'infertilité n'étant pas statutaire, il est possible de mentir sur sa capacité à procréer naturellement. Il s'agit d'une information confidentielle qui peut ne jamais être révélée. Cette volonté de faire passer l'adoption plénière pour une filiation par procréation est permise par l'annulation de l'acte de naissance originaire de l'enfant⁴⁸², remplacé par la transcription du jugement d'adoption. Cela n'est pas sans incidence sur l'état civil de l'adopté. En effet, le législateur a changé sa présentation à l'état civil, en remplaçant les termes « nés de » en « fille ou fils de ». Ainsi, la distinction adoption simple et adoption plénière des mineurs est devenue illogique.

136. Pourquoi continuer de réserver l'adoption aux époux et ne pas l'ouvrir aux partenaires ou concubins? Ne pas ouvrir l'adoption aux concubins s'explique car il s'agit d'un rapport de couple de fait. Mais les partenaires sont liés par un contrat, ils ont une vie commune organisée, semblable à celle des époux sur de nombreux points. Réserver l'adoption aux époux impose aux partenaires de se marier pour accéder à l'adoption de l'enfant du conjoint⁴⁸³. Derrière le mariage se cache un droit à l'enfant. Le rapport entre mariage et adoption a perdu de sa lisibilité. Toutefois, loi du 17 mai 2013 en le maintenant a admis d'une certaine manière qu'il était la clé d'accès à l'enfant qu'on n'a pas procréé.

La création de la famille homosexuelle a impliqué un passage de la famille traditionnelle fondée sur l'altérité sexuelle du couple à une famille indifférente à sa composition⁴⁸⁴. En autorisant l'adoption pour les couples homosexuels mariés, on accepte la « déssexualisation » de la famille⁴⁸⁵.

§2: L'adoption de l'enfant du conjoint

137. L'octroi de cette technique juridique⁴⁸⁶ est de plus en plus critiquable car il s'agit d'une forme hybride de filiation, qui associe une filiation par procréation à une

⁴⁸² Article 354 du code civil.

⁴⁸³ Cf. infra 2^o partie.

⁴⁸⁴ Hugues FULCHIRON (sous la dir.), *Mariage, conjugalité. Parenté, parentalité*, op.cit, p. 143.

⁴⁸⁵ Hugues FULCHIRON (sous la dir.), *Mariage, conjugalité. Parenté, parentalité*, op.cit, p. 144.

⁴⁸⁶ Cf. infra 2^o partie, titre premier, sous-titre 2.

filiation par fiction. En conséquence, dès le départ, il était envisageable que le mariage déboucherait sur une fraude à la procréation pour les couples de même sexe, dont l'accès à la procréation est impossible ou interdit. En effet, l'article 6-1 du code civil refuse aux couples de personnes de même sexe l'accès à l'AMP, mais l'interdiction légale n'est pas une barrière suffisante contre les fraudes. Ainsi, le rapport entre mariage et filiation même fictive aurait dû être rompu. Il en résulte que l'adoption doit être repensée.

CONCLUSION DU SOUS-TITRE 2

138. La procréation implique des relations hétérosexuelles. C'est un fait, une réalité incontournable. Seuls un homme et une femme entretenant des relations sexuelles sont concernés par la procréation, de manière négative s'ils décident de recourir à un moyen contraceptif ou de manière positive s'ils ont pour projet d'engendrer. La volonté de devenir parent est souvent partagée par les deux partenaires, or il existe des situations dans lesquelles un seul partenaire souhaite engendrer. L'engendrement n'est envisageable que si la femme le souhaite car elle maîtrise la fécondité.

139. La filiation par procréation peut résulter soit d'une procréation biologique, soit d'une procréation médicalisée. En droit français, l'AMP étant organisée comme un décalque de la procréation biologique, les règles d'établissement de la filiation par procréation sont communes à l'enfant issu d'une sexualité procréatrice ou d'une procréation médicalement assistée. Cette filiation est obligatoirement bilinéaire et s'inscrit dans un rapport de parenté plus large.

140. Avec la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, le législateur a profondément affecté l'institution millénaire du mariage en lien avec la procréation dont cette institution organisait les conséquences. C'est pourquoi il a pris la précaution d'exclure aux époux homosexuels toutes formes d'accès à la filiation dans un article 6-1 du code civil. Néanmoins, cette exclusion ne règle pas les conséquences de cette évolution au regard de ce qu'est devenu le mariage.

Existe-t-il deux mariages? L'un demeurant en lien avec la procréation et l'autre l'excluant? Qu'est devenue l'intention matrimoniale qui est au cœur même de

l'institution ? Enfin, pourquoi avoir exclu la filiation pour la maintenir grâce à l'adoption simple ou plénière en couple ou grâce à l'adoption de l'enfant du conjoint?

TITRE SECOND : L'INCIDENCE DE LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DES COUPLES DE FAIT SUR L'ORDRE SOCIAL

141. L'ordre public rassemble les règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la Nation, à l'économie, à la morale, à la santé, à la sécurité, à la paix publique, aux droits et aux libertés essentielles de chaque individu⁴⁸⁷. Les magistrats du Ministère public sont chargés de veiller au respect de ces règles. Ils disposent ainsi d'un pouvoir d'initiative et d'intervention. L'article 6 du code civil dispose que l'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Il existe deux formes d'ordre public : l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. Ils se distinguent selon le caractère positif ou négatif de la norme obligatoire. L'ordre public de direction commande, alors que l'ordre public de protection prohibe. L'interdiction de la polygamie et l'interdiction de l'inceste relèvent manifestement de l'ordre public de protection, et plus précisément d'un ordre public familial. La famille est une cellule de base de la société. Les interdits du mariage expriment des règles de constructions saines.

⁴⁸⁷ L'ordre public désigne au sens large l'ensemble des règles qui régissent la vie en société édictées dans l'intérêt général. Une règle est dite d'ordre public lorsqu'elle est obligatoire et s'impose pour des raisons impératives de protection, de sécurité ou de moralité. Les personnes ne peuvent y déroger par convention et n'ont pas la libre disposition des droits qui en découlent. La violation d'une règle d'ordre public entraîne la nullité de la convention.

www.lecourshebert.com/dictionnaire-juridique/details/6436

142. Le législateur interdit la célébration des mariages de nature incestueuse et la conclusion des PACS de nature incestueuse, ainsi que l'établissement d'un double lien de filiation pour les enfants issus d'un inceste absolu. Il y a inceste lorsque l'alliance se croise avec la parenté. Dans toutes les autres situations dans lesquelles il y a croisement de la conjugalité hors mariage et de la parenté ou croisement de la consanguinité et de l'alliance, il n'est question que de fait incestueux. Le fait incestueux n'est pas frappé par l'interdit institutionnel, et c'est pour cette raison qu'il peut exister. Le passage du couple potentiellement procréateur au couple ayant des relations sexuelles non procréatrices a perturbé l'ordre social lié à l'interdiction de l'inceste. En effet, les faits incestueux, de moins en moins visibles car détachés de la procréation, ne peuvent être sanctionnés. (Sous-titre 1)

143. L'interdiction de la polygamie repose également sur l'ordre social. La célébration des mariages polygamiques est interdite. De même la loi a prévu une sorte d'interdiction de la polygamie dans les PACS. Pour les concubinages de plus de deux personnes, il est question de fait de polygamie. L'interdiction de la polygamie est également en déclin mais cela n'est pas lié à la réforme du 17 mai 2013. Ce déclin avait commencé avec le divorce et la polygamie factuelle ; la réforme a juste confirmé l'idée que l'interdiction de la polygamie se justifie de moins en moins avec un mariage détaché de la procréation. (Sous-titre 2)

144. Tout ce qui n'est pas expressément interdit est toléré, même si cela peut être perçu comme contraire aux bonnes mœurs. Ainsi, quand l'amour est confronté aux bonnes mœurs, ce premier l'emporte, à condition qu'il ne soit pas institutionnalisé. Parler de couple d'amour – comme de mariage d'amour – est de plus en plus commun car l'affect est devenu un critère déterminant du couple. Les situations qui autrefois étaient interdites sont de plus en plus tolérées au nom de l'amour. Toutefois, la tolérance n'implique pas nécessairement la consécration officielle de ces situations. Dans les travaux de l'Association Henri Capitant, il est très justement précisé que « d'un ordre public tourné vers l'épanouissement de la société, présumé assurer celui de l'individu, on passe à un ordre public tourné vers l'épanouissement de l'individu, présumé assurer celui de la société »⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'ordre public, Journées Libanaises de Beyrouth*, tome XLIX 1998, éd. LGDJ, 2001, p. 356.

SOUS-TITRE 1: DE L'INCESTE AU FAIT INCESTUEUX

145. Etymologiquement, le terme « inceste » dérive du latin « incestum » qui désignait le sacrilège⁴⁸⁹. Depuis le XIV^e siècle, le terme inceste correspond à l'idée d'un comportement impur, souillé⁴⁹⁰. Les définitions de l'inceste renvoient toujours à l'idée d'interdit.

Communément, l'inceste se définit comme les relations sexuelles entre deux parents ou alliés à un degré qui entraîne la prohibition du mariage.

Juridiquement, il s'agit d'une « union en vue du mariage que la loi interdit entre les parents ou alliés qu'elle détermine », de « rapport sexuel entre proches parents incriminé comme agression ou atteinte sexuelle lorsque celle-ci est commise par un ascendant sur un mineur non marié »⁴⁹¹. Le lexique juridique Dalloz donne une autre définition de l'inceste. En effet, il le définit comme une « notion née en sciences humaines, désignant une relation de couple prohibée par la coutume en raison de l'existence d'un lien de parenté entre les membre de ce couple »⁴⁹². Cette définition permet de prendre en compte les relations incestueuses prohibées au sein du mariage et du PACS. Toutefois dans le PACS la justification n'est pas la même, ce qui explique l'absence de dispense.

⁴⁸⁹ Sarah PAQUAY, *L'inceste*, Mémoire de Master 2 Droit privé fondamental, sous la dir. de Sophie GAUDEMET, Université Paris Sud, 2012-2013, p. 3.

⁴⁹⁰ Sarah PAQUAY, *L'inceste*, Mémoire de Master 2 Droit privé fondamental, op.précit., p. 3.

⁴⁹¹ Gérard CORNU (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, éd. PUF, 9^e éd., 2011, coll. « Quadrige », V^o Inceste.

⁴⁹² Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques* 2013, Dalloz, 20^e éd., 2012, coll. « Lexiques », V^o Inceste.

Dans un premier temps, des considérations morales, tel que le souci de préserver la paix des familles⁴⁹³, et sociales, liées à l'exogamie⁴⁹⁴ et à l'échange des groupes, étaient les principaux arguments justifiant l'interdit de l'inceste. Ce n'est qu'à partir du XVI^e siècle que des raisons médicales et eugéniques ont été avancées. En effet, plusieurs études ont démontré que la procréation incestueuse pouvait favoriser la consanguinité et, en conséquence être dangereuse pour l'enfant⁴⁹⁵.

Les théories anthropologiques sur l'inceste sont nombreuses. Freud a popularisé l'expression de « tabou de l'inceste » ; selon lui, les tabous répondent à des désirs : ce qui est défendu de façon la plus formelle doit être l'objet d'un désir⁴⁹⁶. Pour Lévi-Strauss, l'inceste marque le passage de la nature à la culture⁴⁹⁷. Par son caractère d'universalité, la prohibition de l'inceste touche à la nature, mais en tant que règle, elle concerne la culture car la nature ne connaît pas cet interdit. Henry Havelock Ellis, médecin britannique, et Edward Westermarck, anthropologue finlandais, ont démontré que la prohibition de l'inceste serait innée et découlerait de l'aversion sexuelle naturelle qui naîtrait entre des individus élevés ensemble⁴⁹⁸.

L'interdit de l'inceste est présenté en doctrine comme un principe fondateur du droit de la famille⁴⁹⁹. Il se manifeste par l'encadrement de la sexualité par le législateur (Chapitre 1), mais aussi à travers la situation de l'enfant qui naît de relations incestueuses (Chapitre 2).

⁴⁹³ Patrick COURBE, Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, op.cit., p. 44.

⁴⁹⁴ Nathalie GLANDIER, *L'inceste en droit français contemporain*, préface Claire Neirinck, éd. PUAM, 2006, coll. « Centre Pierre Kayser », p. 44.

Nathalie GLANDIER a précisé dans sa thèse que « le mariage endogame n'est interdit que pour introduire le mariage avec un autre groupe que la famille biologique. L'explication de cette règle ne résulte pas du péril biologique qui serait attaché au mariage consanguin mais du bénéfice social résultant du mariage exogame ».

⁴⁹⁵ L'interdit de l'inceste repose sur une théorie biologique qui est fondée sur le danger des croisements rapprochés qui pourraient accentuer les traits homozygotes négatifs et donner des retards de croissance, une petite taille, une diminution de la fertilité, des problèmes immunitaires.

www.aihus.fr/prod/system/main/main.asp?page=/prod/data/publications/sociologie/inceste.asp

De plus, les enfants issus de relations incestueuses présentent une morbidité physique et psychique bien plus élevée que la moyenne. Robert DELIEGE, *Anthropologie de la famille et de la parenté*, éd. Armand Colin, 3^e éd., 2014, coll. « Cursus », p. 43.

⁴⁹⁶ Robert DELIEGE, *Anthropologie de la famille et de la parenté*, op.cit., p. 43.

⁴⁹⁷ Claude LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, éd. PUF, 1949.

⁴⁹⁸ Sarah PAQUAY, *L'inceste*, mémoire de Master 2 droit privé fondamental, sous la dir. de Sophie GAUDEMET, op.cit., p. 4.

⁴⁹⁹ Annick BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », RTD civ. 2000, p. 759.

CHAPITRE I : LE COUPLE ET L'INCESTE

146. La sexualité incestueuse est encadrée aussi bien par le législateur civil que par le législateur pénal. En droit civil, l'institutionnalisation d'une sexualité incestueuse s'exprime dans des interdictions. Néanmoins, ce principe connaît des exceptions, dans lesquelles cette sexualité est tolérée et parfois même autorisée. (Section 1) En droit pénal, le raisonnement est inversé. En effet, elle n'est qu'exceptionnellement sanctionnée (Section 2)

SECTION 1 : EN DROIT CIVIL

147. Les parents ou alliés ne peuvent ni se marier ni se pacser. (§1) Toutefois, si le Président de la République leur accorde une dispense, ils peuvent accéder à l'institution du mariage. De plus, ils peuvent vivre en concubinage. (§2) Le mariage détaché de la procréation remet en cause les fondements de l'interdit de l'inceste. Ainsi, la sexualité incestueuse, qui autrefois était interdite parce qu'elle impliquait une procréation, semble plus tolérable car moins visible quand elle en est détachée. Elle contribue à l'éclatement de l'institution.

§1 : Refus légal de la sexualité incestueuse

148. La prohibition légale de l'inceste existe depuis le droit romain. Pendant de nombreux siècles, ces empêchements ne concernaient que le mariage. (A) Avec la loi du 15 novembre 1999, ils ont été étendus au PACS. (B) Ainsi, le droit interdit que l'inceste accède à l'institutionnalisation et à la contractualisation des couples. Ces refus procèdent de l'ordre public familial.

A/ Refus d'institutionnaliser le couple incestueux

149. Les mariages de nature incestueuse ne peuvent être célébrés, car l'alliance ou la parenté qui matérialisent l'inceste fondent les empêchements à mariage (1°). Si l'interdit n'a pas été respecté, des sanctions préventives ou définitives peuvent être prononcées (2°).

1° Empêchements à mariage

150. La notion d'empêchement, issue du droit canonique, n'est pas inscrite dans le code civil⁵⁰⁰. Deux sortes d'empêchements existent : les empêchements dirimants⁵⁰¹, qui sont sanctionnés par la nullité du mariage, et les empêchements prohibitifs⁵⁰², qui ne sont pas sanctionnés par la nullité⁵⁰³. L'inceste est un empêchement dirimant du mariage. Il existe deux formes d'inceste : l'inceste absolu et l'inceste relatif.

151. L'inceste absolu est un inceste non susceptible de dispense. Le doyen Jean Carbonnier le désignait comme la « zone d'horreur ». Françoise Héritier parle d'inceste de premier type⁵⁰⁴. Il s'agit d'un inceste direct, horrifiant et difficilement acceptable. C'est en quelque sorte le noyau dur de l'interdiction. Il concerne les parents en ligne directe ou collatérale jusqu'au troisième degré.

En ligne directe, la prohibition juridique ne connaît pas de limitation de degré. L'article 161 du code civil précise : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ». Il est ainsi interdit à une personne de se marier avec l'un de ses ascendants et descendants. Le mariage est

⁵⁰⁰ Jean CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, op.cit., p. 413.

⁵⁰¹ Exemples d'empêchements dirimants : bigamie, inceste, impuberté.

⁵⁰² Exemple d'empêchement prohibitif : défaut d'autorisation hiérarchique pour les militaires.

⁵⁰³ L'officier de l'état civil qui constate l'existence d'un tel empêchement a le devoir de ne pas célébrer le mariage. Mais si, malgré cette interdiction, il a procédé la célébration, le mariage n'en est pas moins valable.

⁵⁰⁴ Françoise HERITIER, *Les deux sœurs et leur mère*, éd. Odile Jacob, 1994.

Pour Françoise Héritier, il existe deux sortes d'inceste : l'inceste du premier type et l'inceste du deuxième type, qui est indirect.

Cette auteure illustre l'inceste de deuxième type avec la relation du réalisateur Woody Allen et la fille adoptive de sa concubine. « Woody Allen plaide la distanciation des liens : ce n'est pas vraiment une mère et sa fille mais une mère américaine et sa fille adoptive coréenne ; ce n'est pas vraiment un homme et sa femme, mais deux concubins ; ce n'est pas vraiment un homme et sa fille adoptive, mais un homme et la fille adoptive de sa petite amie. La formule du professeur de psychologie est l'expression exacte de l'imaginaire collectif. « C'est de l'inceste, même si cela n'en est pas vraiment. » En clair : c'est de l'inceste du deuxième type, même si ce n'en est pas du premier type, et c'est de l'inceste approché. Cela suffit à enflammer l'opinion et les imaginations ». Françoise HERITIER, *Un problème toujours actuel : l'inceste et son universelle prohibition*, éd. Collegium Budapest, 1996, p. 23-24.

prohibé entre chacun des époux et tous les ascendants et descendants de l'autre, à quelques degrés qu'ils soient. Ainsi, un gendre ne peut épouser sa belle-mère ou son beau-père, de même qu'un parâtre ne peut épouser sa belle-fille ou son beau-fils.

La Cour d'appel d'Aix en Provence, dans un arrêt rendu le 2 décembre 2014⁵⁰⁵, a prononcé la nullité d'un mariage célébré entre une femme et l'ex-époux de sa mère, sur le fondement de l'article 161 du code civil. Marie-Antoinette avait 9 ans quand Pierre a épousé sa mère en troisième nocces. Elle avait 25 ans lorsque tous deux ont divorcé et 27 ans lorsqu'elle et son beau-père se sont mariés. Cet arrêt s'inscrit dans la continuité de deux décisions : un arrêt rendu par la CEDH le 13 septembre 2005⁵⁰⁶ et un autre rendu par la Cour de cassation le 4 décembre 2013⁵⁰⁷. Le juge saisi d'une demande d'annulation de mariage fondée sur l'article 161 du code civil doit contrôler l'exigence d'une éventuelle ingérence et livrer une motivation circonstanciée s'il entend prononcer l'annulation du mariage⁵⁰⁸. En l'espèce, la Cour a motivé sa décision en rappelant que la durée du mariage de l'époux avec la mère de l'épouse était courte – 8 ans – et qu'aucun enfant n'était né de cette union. De plus, les juges n'ont dégagé aucune ingérence injustifiée dans l'exercice du droit de l'intimée au respect de sa vie privée et familiale.

En ligne collatérale, l'inceste dit absolu concerne les frère et sœur, les frères ou les sœurs. Cet interdit est posé à l'article 162 modifié par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013. Le mariage entre frère et sœur, entre frères ou entre sœurs est interdit quel que soit la nature du lien de filiation. En effet, il importe peu de savoir si les collatéraux au deuxième degré sont germains⁵⁰⁹, consanguins⁵¹⁰ ou utérins⁵¹¹. Durkheim précisait très justement qu'un homme ne pouvait faire sa femme de sa sœur sans qu'elle cesse d'être sa sœur. L'inceste absolu entraîne clairement une confusion des places au sein d'une construction généalogique imposée par la notion même de famille.

⁵⁰⁵ CA Aix en Provence, 2 décembre 2014, n°13/17939 : JurisData n° 2014-029845 ; Dr. de la famille 2015, comm. 44, J.-R. Binet.

⁵⁰⁶ CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, B. et L. c/ Royaume-Uni : Dr. Famille 2005, comm. 234, A. Gouttenoire et M. Lamarche ; JCP G 2006, I, 109, F. Sudre ; RTD civ. 2005, p. 745, J.-P. Marguénaud et p. 758, J. Hauser ; D. 2006, p. 1418, J.-J. Lemouland et D. Vigneau.

Cf. infra n° 155.

⁵⁰⁷ Cass. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : JurisData n° 2013-027409 ; Dr. famille 2014, comm. 1, J.-R. Binet ; JCP G 2014, 93, M. Lamarche ; D. 2014, 153, H. Fulchiron et 179, F. Chénédé ; RTD civ. 2014, p. 307, J.-P. Marguénaud et en réponse F. Chénédé, RTD civ., 2014, p. 829.

Cf. infra n° 156.

⁵⁰⁸ CA Aix en Provence, 2 décembre 2014, n°13/17939 : JurisData n° 2014-029845 ; Dr. de la famille 2015, comm. 44, J.-R. Binet.

⁵⁰⁹ Les collatéraux au deuxième degré sont germains s'ils sont issus de deux auteurs communs.

⁵¹⁰ Ils sont consanguins s'ils sont issus du même père mais d'une mère différente.

⁵¹¹ Ils sont utérins s'ils ont la même mère mais un père distinct.

Les règles découlant des articles 161 et 162 s'appliquent également aux adoptions plénières. En doctrine, les auteurs⁵¹², en s'appuyant soit sur l'article 356 du code civil⁵¹³, soit sur l'article 358⁵¹⁴, ou sur les deux textes⁵¹⁵, ont adopté une position unanime : les dispositions des articles 161 à 163 du code civil s'appliquent dans le cadre de l'adoption plénière. Ainsi, le mariage est interdit entre l'adopté et ses ascendants et descendants, mais aussi entre l'adopté et ses collatéraux dans la famille adoptive jusqu'au troisième degré. L'adopté plénier ne peut accéder à l'identité de ses géniteurs⁵¹⁶. L'adopté plénier peut ainsi dans la pratique épouser un membre de sa famille par le sang. En effet, les dispositions des articles 161 à 163 du code civil ne s'appliquent qu'à l'égard de l'adopté plénier et de sa famille adoptive. Mais dans l'adoption plénière, l'adopté n'appartient plus à sa famille première alors qu'il est partie intégrante de la famille adoptive. La règle est donc cohérente. Elle ne se confond pas avec la consanguinité. En cas d'adoption simple, le mariage est prohibé de façon absolue entre l'adoptant et l'adopté ou entre l'adoptant et le(s) descendant(s) de l'adopté⁵¹⁷. Les interdictions consécutives à l'adoption ont un fondement juridique et institutionnel et non biologique.

152. L'inceste relatif, quant à lui, vise les parents collatéraux qui ont un ancêtre commun, l'oncle et la nièce ou le neveu, la tante et le neveu ou la nièce. Cet inceste est inscrit dans l'article 163 du code civil.

⁵¹² Jean HAUSER et Jean-Jacques LEMOULAND, *Répertoire de droit civil*, éd. Dalloz, 2004, n° 547, V° Mariage ; Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français : la famille*, tome 2, éd. LGDJ, 1952, n° 111 ; François TERRE et Daniel FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, éd. Dalloz, 6^e éd., 1996, n° 382 ; Henri, Jean et Léon MAZEAUD, Yves PICOD, François CHABAS, *Leçons de droit civil, La famille*, éd. Montchrestien, 1995, n° 759 ; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil : les personnes*, éd. Sirey, 3^e éd., 1976, n° 382 et Alain BENABENT, *Droit civil, La famille*, éd. Litec, 11^e éd., 2003, n° 53.

⁵¹³ Cet article consacre la rupture de l'enfant avec sa famille d'origine.

⁵¹⁴ Article 358 du code civil :

⁵¹⁵ Patrick COURBE, *Droit de la famille*, éd. Armand Colin, 4^e éd., 2005, n° 77 ; Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, volume I, éd. PUF, 2004, coll.

« Quadriges », n° 181.

⁵¹⁶ L'adopté plénier ne peut obtenir des copies intégrales de l'acte de naissance annulé. Seuls les extraits d'actes de naissances, faisant aucune référence à l'adoption, sont délivrés. Seules certaines situations permettent d'obtenir ces copies intégrales. Ainsi, par le biais de son acte de naissance, l'enfant adopté plénièrement est amené à ne jamais connaître l'identité de ses parents de naissance. Toutefois, depuis la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002, l'enfant peut, sous certaines conditions, connaître l'identité de ses géniteurs ou ascendants, descendants et collatéraux au second degré des père et mère de naissance.

⁵¹⁷ Article 366 du code civil.

153. Dans la parentalité, la prohibition du mariage ne vaut pas, même si cette question n'est pas tranchée en droit positif⁵¹⁸. La parenté découle de l'établissement du lien de filiation qui s'impose à l'officier de l'état civil ; ce dernier ne peut contrôler les parentés factuelles⁵¹⁹ qui n'existent pas en tant que telles. Prenons l'exemple du "beau-père" ou de la "belle-mère" qui vit maritalement avec un homme ou une femme ayant un ou plusieurs enfant(s). Le "beau-parent" et l'enfant n'ont aucun lien de parenté entre eux. De plus, aucun lien d'alliance n'existe puisque le beau-parent et le parent de l'enfant ne sont pas mariés. Ainsi, conformément à l'absence de lien de parenté et/ou d'alliance, le « beau-parent » et l'enfant peuvent se marier. Si le législateur venait à créer un statut juridique de tiers pour ces "beaux-parents"⁵²⁰, les règles d'empêchements à mariage seraient applicables à tous les membres de la famille recomposée, et cela même si le "beau-parent" et le parent ne sont pas mariés. Même s'il n'existe pas de lien biologique entre le "beau-parent" et l'enfant, l'existence de relations sexuelles entre les deux est moralement discutable et remet en cause la paix des familles, principe cher au droit français mais surtout elles bouleversent l'ordre généalogique, confondent les places d'époux et d'enfant. Il s'agit d'un inceste de deuxième type⁵²¹. Ce raisonnement se transpose également aux personnes ayant participé à un projet parental mais qui sont dépourvues de la qualité juridique de parent. Ces parents « non statutaires » peuvent se marier avec l'enfant qu'ils ont désiré et élevé pendant plusieurs années. En droit positif, il n'existe pas de règle d'interdit d'inceste entre les parents non statutaires et ces enfants sur les mêmes fondements que ceux qui découlent de l'adoption, c'est-à-dire sur des considérations morales. Cependant si une place et un rôle précis assortis de droits viennent consacrer ces tiers, il faudrait certainement envisager l'interdiction de telles unions.

Les articles 161 à 163 du code civil interdisent la célébration du mariage incestueux. Pour autant si cet interdit n'est pas respecté, il convient de vérifier les sanctions qu'encourt le mariage.

⁵¹⁸ Nathalie GLANDIER, *L'inceste en droit français contemporain*, thèse soutenue le 8 octobre 2005, sous la direction de Madame NEIRINCK, p. 100.

⁵¹⁹ Nathalie GLANDIER, *L'inceste en droit français contemporain*, op.cit, p. 101.

⁵²⁰ Cf. infra n° 402 à 407.

⁵²¹ Cf. note de bas de page n° 504.

Phèdre dénonce son amour incestueux pour Hippolyte comme un crime, alors qu'elle n'a pas de lien de sang avec lui. Il n'est que son beau-fils. La parentalité se résume t'elle à un rapport de consanguinité ?

Ginette RAIMBAULT, Patrick AYOUN, Luc MASSARDIER, *Questions d'inceste*, éd. Odile Jacob, 2005, p. 36-37.

2° *Non-respect et sanctions*

154. Certaines personnes peuvent formuler une opposition avant la célébration du mariage. L'opposition à mariage est une sanction préventive de l'inobservation des conditions de fond du mariage. D'une part, les tiers peuvent dénoncer à l'officier de l'état civil, par voie d'avis officieux⁵²², les empêchements à mariage qu'ils pensent déceler. D'autre part, certaines personnes peuvent formuler un avis officiel⁵²³, qui est un acte juridique grave⁵²⁴, obligeant l'officier à statuer. Les oppositions à mariage tenant à l'inceste ne peuvent être formulées que par le Ministère public et les ascendants. L'opposition régulière en la forme produit un effet suspensif⁵²⁵. En cas d'inceste, l'officier de l'état civil rejette la demande de mariage ou propose aux candidats au mariage d'adresser une demande de dispense au Président de la République, s'il peut y avoir dispense.

155. Lorsque le mariage a été célébré malgré cette interdiction, il est possible d'en demander l'annulation judiciaire. Comme l'inceste est un empêchement dirimant, la nullité est absolue. Dans le cadre d'un mariage incestueux, l'action en nullité absolue ne peut être intentée que par des personnes particulières⁵²⁶. En effet, seuls les époux, les ascendants et le conseil de famille⁵²⁷, les héritiers collatéraux⁵²⁸, ou le Ministère public⁵²⁹ peuvent formuler cette demande. La prescription de cette action est de trente ans⁵³⁰.

Lorsque la nullité est prononcée, les effets personnels⁵³¹ et patrimoniaux⁵³² du mariage sont rétroactivement anéantis, sauf si le tribunal admet le mariage putatif. En

⁵²² Cet avis officieux correspond à un simple avertissement dénué de valeur juridique.

Exemples : lettres missives adressées à l'officier de l'état civil, déclarations orales.

L'officier de l'état civil n'est pas obligé de s'abstenir sur un simple avis. Il le fera si les faits allégués lui paraissent suffisamment caractérisés.

⁵²³ Article 172 du code civil : « le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractante ».

⁵²⁴ L'opposition est un acte formaliste : acte d'huissier adressé à l'officier d'état civil.

⁵²⁵ Article 68 du code civil : « en cas d'opposition, l'officier d'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la mainlevée, sous peine de 3000 euros d'amende et de tous dommages-intérêts. »

L'opposition est un empêchement prohibitif à la célébration.

⁵²⁶ En principe, cette action peut être intentée par tout intéressé.

⁵²⁷ Les époux, les ascendants et le conseil de famille peuvent fonder leur demande sur un simple intérêt moral.

⁵²⁸ Les héritiers collatéraux doivent justifier d'un intérêt « né ou actuel », qui, le plus souvent, est pécuniaire d'ordre successoral. Article 187 du code civil.

⁵²⁹ Le Ministère public peut demander cette demande afin de sauvegarder l'ordre public, mais uniquement du vivant des époux.

⁵³⁰ Article 2262 du code civil.

⁵³¹ La femme ne peut plus porter le nom de son mari et l'époux perd la nationalité acquise par le mariage.

Nathalie GLANDIER, *L'inceste en droit français contemporain*, op.cit, p. 115.

effet, le mariage putatif⁵³³ est une limite à la rétroactivité de la sanction. Un mariage incestueux peut-il être un mariage putatif ? Pour que la putativité du mariage soit retenue, il faut que l'un des époux ou les deux soi(en)t de bonne foi⁵³⁴. Mais peut-on présumer la bonne foi quand on est en présence de deux personnes qui se connaissent depuis longtemps et n'ignorent pas leur liens familiaux ?

156. Pour conclure, l'inceste en matière matrimoniale connaît deux sanctions préventives : les empêchements à mariage et l'opposition à mariage. Seule la nullité absolue sanctionne a posteriori le mariage incestueux. L'interdiction de l'inceste se concentre donc essentiellement dans l'interdiction de faire célébrer le mariage prohibé. S'il a néanmoins été célébré, la sanction réside dans sa nullité. Le Ministère public doit le faire annuler⁵³⁵.

B/ Refus de contractualiser le couple incestueux

157. Le législateur interdit la conclusion de PACS de nature incestueuse. Les fondements de cette interdiction diffèrent de ceux du mariage. En effet, le PACS ne relève pas d'une institution comme le mariage. De nature contractuelle, il est moins soumis à l'ordre social. Cependant, parce qu'il implique comme le mariage des relations sexuelles et donc la procréation, il est soumis également à des empêchements (1°) et à des causes de nullité (2°).

1° Empêchements à PACS

158. Dans un premier temps, pour bannir l'obsession d'un « mariage bis », le gouvernement avait admis qu'il serait possible en dehors de toute relation sexuelle. Ainsi, lors de débats, le PACS était présenté comme ouvert à deux frères ou deux sœurs ou un frère et une sœur⁵³⁶. Personne n'y voyait d'inceste puisqu'il n'y avait pas de sexualité. Mais cet amendement disparut. L'absence de sexualité implique l'absence de

⁵³² Les époux n'ont plus de vocation successorale et les donations sont caduques.

Nathalie GLANDIER, *L'inceste en droit français contemporain*, op.cit, p. 115.

⁵³³ Article 201 du code civil : « le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux lorsqu'il a été contracté de bonne foi. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux. »

⁵³⁴ La bonne foi est présumée : Civ. 1^{re}, 15 janvier 1980 : Bull. civ. I, n° 26.

C'est à celui qui invoque la mauvaise foi de la prouver.

⁵³⁵ Jean CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, op.cit, p. 446.

⁵³⁶ Amendement frères et sœurs. Jean CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, op.cit, p. 735.

conjugalité, et inversement la sexualité implique la conjugalité. Le PACS, forme de conjugalité, implique la sexualité et la consacre par l'exigence légale de communauté de vie⁵³⁷. La sexualité étant présumée dans le PACS, elle ne peut être incestueuse, car la sexualité incestueuse organisée par un contrat serait contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public⁵³⁸. Ainsi, les fondements de l'interdit de relations sexuelles au sein de la famille sont différents de ceux du mariage mais les conséquences sont identiques. Concernant l'interdit de l'inceste, on assiste à un alignement du PACS sur le mariage.

159. Les empêchements à PACS sont énumérés dans l'article 515-2 du code civil, qui précise « *à peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité : 1° entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus ; 2° entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage ; 3° entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité* ». Ces empêchements s'alignent sur ceux du mariage. Toutefois, une différence existe : le PACS ne peut être conclu entre alliés en ligne directe, et aucune dispense n'est possible, contrairement au mariage.

160. Concernant les PACS incestueux, le Conseil constitutionnel a jugé que « *le législateur, afin de prendre l'intérêt général tenant à la prohibition de l'inceste, a pu interdire la conclusion d'un pacte de solidarité, sous peine de nullité absolue, entre des personnes entre lesquelles existe l'un des liens de parenté ou d'alliance mentionnés par le 1° de l'article 515-2 du nouveau code civil* »⁵³⁹. Les règles sont plus accentuées qu'en matière de mariage. En effet, deux personnes peuvent se marier, même si l'une d'elle est déjà liée par un PACS, alors qu'une personne mariée est dans l'interdiction de conclure un PACS. En outre, il n'existe pas de dispense accordée par le président de la République car on ne peut pas déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs par un contrat. On voit mal comment le Président de la République pourrait justifier cette atteinte à l'ordre public puisque le PACS n'est qu'un concubinage organisé. Les intéressés peuvent vivre ensemble sans se pacser.

⁵³⁷ Cf. supra n° 74.

⁵³⁸ Article 6 du code civil.

⁵³⁹ Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, cons. 55.

2° *Non-respect et sanction*

161. Il n'existe pas de sanction préventive de l'inobservation des conditions de fond du PACS, comme il en existe pour le mariage. Toutefois, il existe un contrôle exercé par le greffier. L'article 515-2 du code civil précise qu'« *à peine de nullité, il ne peut y avoir de PACS : entre ascendants et descendants en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au 3ème degré inclus* ». Ainsi, seule la nullité⁵⁴⁰, et en l'occurrence seule la nullité absolue – car il s'agit d'empêchement lié à la parenté ou à l'alliance des partenaires –, est retenue. Mise à part la vigilance du juge ou du greffier qui enregistre le PACS et qui doit vérifier les documents d'état civil produits par les intéressés⁵⁴¹, aucun mécanisme juridique n'est prévu pour empêcher la conclusion d'un PACS incestueux. Les sanctions applicables au PACS incestueux sont plus sévères que celles applicables au mariage incestueux, car elles ne peuvent faire l'objet d'aucune dispense dans l'hypothèse de sa conclusion entre un oncle et un neveu ou une nièce ou entre une tante et un neveu ou une nièce. Néanmoins, certains PACS de nature incestueuse peuvent être conclus car l'identité des oncles et tantes ou la qualité de frères nés de lits différents n'apparaît pas nécessairement sur les actes de naissance fournis. Ainsi, officiellement interdit, sa réalisation est, pour partie, relativement facile à la différence du mariage.

§2 : Interdit relatif de l'inceste

162. Les Tallensi du Ghana tolèrent les relations sexuelles entre parents éloignés, alors même que le mariage leur est refusé. Ils estiment que ces relations sexuelles n'affectent pas l'organisation du groupe⁵⁴². Les Lugbara de l'Ouganda peuvent avoir des relations sexuelles avec des « sœurs de clan » qu'ils ne peuvent épouser, pourvu que la sexualité soit non procréatrice⁵⁴³. La tolérance ou l'autorisation à l'égard de certaines situations incestueuses n'est pas propre aux législations africaines. En effet, des tempéraments se

⁵⁴⁰ Cf. R. NERSON et Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « L'autonomie de la théorie des nullités en droit civil », RTD civ., 1981, p. 139 ; R. NERSON et Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « II Les cas de nullité de mariage », RTD civ., 1983, p. 323.

⁵⁴¹ Article 515-3 du code civil.

⁵⁴² J. GOODY, *Comparative studies in kinship*, éd. Routledge and Kegan Paul, 1969, p. 35 ; cité par Robert DELIEGE, *Anthropologie de la famille et de la parenté*, op.cit., p. 41.

⁵⁴³ J. MIDDLETON, *The Lugbara of Uganda*, éd. Harcourt Brace Jovanovich, 1992, p. 61 ; cité par Robert DELIEGE, *Anthropologie de la famille et de la parenté*, op.cit., p. 41.

retrouvent dans de nombreuses législations. En droit français, cela ne fait pas exception. En effet, d'une part, le législateur et le juge autorisent certains mariages de nature incestueuse (A) et d'autre part, ils tolèrent les faits incestueux, c'est-à-dire les relations incestueuses non institutionnalisées (B).

A/ Mariages de nature incestueuse autorisés

163. Le législateur pose comme principe l'interdiction du mariage incestueux. Toutefois, des exceptions légales et jurisprudentielles existent. Le législateur, la CEDH et la Cour de cassation ont favorisé une certaine inflexion à cette prohibition.

164. Les dispenses⁵⁴⁴ prononcées par le Président de la République correspondent aux exceptions légales. L'article 164 du code civil, modifié par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, précise que : *"Néanmoins, il est loisible au Président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées : 1° par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ; 2° (abrogé) ; 3° par l'article 163"*. De plus, l'article 366 du code civil prévoit des dispenses pour les mariages entre enfants adoptifs d'une même personne, mais aussi entre l'adopté et les enfants de l'adoptant.

La notion de cause grave n'est pas précisée par le législateur. Le Président de la République peut, par exemple, autoriser un mariage incestueux lorsque la femme est enceinte. La sexualité fécondante est le motif le plus apparent des dispenses, le mariage n'étant plus rattaché à la procréation, il convient de se demander quelles autres causes graves peuvent aujourd'hui justifier une dispense ? Le fait de vivre ensemble depuis

⁵⁴⁴ La notion de dispense vient du droit canonique. Il s'agit d'une exemption de la loi dans un cas particulier, pour des motifs justes et raisonnables. Les dispenses des empêchements pour alliance ou parenté ne peuvent être prononcées que par le chef de l'Etat. Pour les autres cas de dispenses, c'est-à-dire pour les dispenses de la célébration à la mairie, les dispenses de publication et les dispenses d'âge, c'est le Procureur de la République du lieu de la célébration qui est compétent.

Jean CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, op.cit, p. 414.

L'étude des dispenses a fait l'objet de plusieurs publications de Michèle BIEGELMANN-MASSARI. (Michèle BIEGELMANN-MASSARI, « Quand le code civil interdit le mariage et marie les défunts », *In Droit et société*, n° 26, 1994 ; « Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992 –I- Le choix d'un parent pour conjoint », *Population*, n° 1, 1996, et « Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992 –II- Le mariage posthume : mariage de raison ou mariage d'amour ?, *Population*, n° 2, 1996.)

La demande est adressée par le ou les requérant(s) au Président de la République, le plus souvent sous forme de lettre manuscrite. Le Tribunal de grande instance diligente une enquête, puis le dossier est transmis avec avis à la Cour d'appel de rattachement du TGI. Le Procureur général transmet le dossier à la direction des Affaires civiles et du Sceau du ministère de la justice. Cette dernière arrête sa conclusion et soumet au Président de la République une proposition d'accord ou de rejet.

Michèle BIEGELMANN-MASSARI, « La jurisprudence des dispenses civiles au mariage depuis 1960 : un apport sur le sens de l'institution matrimoniale », *Droit et société*, n° 35, 1997, p. 169.

plusieurs années peut-il être invoqué comme une cause grave ? La cohabitation, aussi nécessaire soit-elle, ne peut être suffisante. D'autres éléments doivent être appréciés au moment de l'étude du dossier. Le président de la République peut refuser mais les tribunaux civils sont compétents pour contrôler ce refus⁵⁴⁵.

165. La Cour européenne, dans un arrêt rendu le 13 septembre 2005⁵⁴⁶, a condamné le Royaume-Uni pour sa législation interdisant le mariage entre un beau-père et sa belle-fille. En l'espèce, un père voulait épouser sa belle-fille, après qu'elle eut divorcé de son fils avec qui elle avait eu un enfant. Le couple beau-père / belle-fille élève pour l'une son fils, pour l'autre son petit-fils. Ils invoquent une violation du droit de se marier, garanti par l'article 12 de la convention européenne. La Cour considère qu'il y a violation de cet article. Pour la Cour, l'obstacle au mariage n'empêche pas de telles relations de se nouer⁵⁴⁷. Elle note qu'il n'existe pas de disposition de droit pénal interdisant les relations hors mariage entre les beaux-parents et leurs beaux-enfants⁵⁴⁸. Enfin, elle précise qu'il ne peut être affirmé que l'interdiction du mariage des deux requérants supprime le risque allégué de confusion ou d'insécurité affective chez le fils de la deuxième requérante⁵⁴⁹. En l'espèce, l'enfant n'avait plus de contact avec son père et était élevé par son grand-père ; cela a sans doute pesé dans la décision de la Cour. Toutefois, un beau-père, en ayant des relations avec sa belle-fille, prend la place de son fils, partage son intimité, se confond avec lui engendrant ainsi un trouble manifeste dans l'ordre et les structures de la parenté⁵⁵⁰, et cela même si le fils n'a plus de contact avec son enfant. En l'espèce, les individus qui forment le couple l'emportent sur le groupe que constitue la famille⁵⁵¹.

166. Il arrive que des couples incestueux se marient sans avoir obtenu de dispense, alors que cette dernière était indispensable à la validité du mariage. Dans ce cas, le

⁵⁴⁵ CE, 12 oct. 2005 : D. 2006. 1433, note Glandier; *ibid.* Pan. 1418, obs. Lemouland et Vigneau; AJ fam. 2005. 451, obs. Chénéde ; Dr. fam. 2005, n° 259, note Larribau-Terneyre ; RTD civ. 2006. 91, obs. Hauser.

⁵⁴⁶ CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, B. L. c/ Royaume-Uni, RTD civ. 2005, p. 735, obs. Marguénaud, *ibid.*, p. 758, obs. Hauser, Dr. famille 2005, comm. 234, Gouttenoire et Lamarche, D. 2006, p. 1414, obs. Lemouland et Vigneau, RJPf 2005-12/29, obs. Leborgne.

Cf. *supra* n° 151.

⁵⁴⁷ Anne-Marie LEROYER, *Droit de la famille*, op.cit., p. 90.

⁵⁴⁸ Anne-Marie LEROYER, *Droit de la famille*, op.cit., p. 90.

⁵⁴⁹ Anne-Marie LEROYER, *Droit de la famille*, op.cit., p. 90.

⁵⁵⁰ Françoise HERITIER, *Les deux sœurs et leur mère*, op.cit.

⁵⁵¹ Hugues FULCHIRON, « Mariage-conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », In *Mariage, conjugalité, parenté, parentalité*, Hugues FUCHIRON (sous la dir.), éd. Dalloz, 2009, p. IX à XIX.

mariage est annulé. Or, récemment, un arrêt rendu par la Cour de cassation⁵⁵² a jeté le trouble sur cette question. La Cour a estimé qu'un mariage entre un beau-père et sa bru (précédemment divorcée du fils de son époux actuel) ne devait pas être annulé⁵⁵³. Selon la Cour, la nullité de ce mariage méconnaîtrait le droit au respect de la vie privée et familiale⁵⁵⁴ de l'épouse devenue veuve. La Cour ne s'est pas inspirée de la décision rendue par la CEDH⁵⁵⁵, puisqu'elle n'a pas cassé l'arrêt d'appel sur le fondement du droit au mariage de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Un communiqué de la Cour de cassation est venu confirmer qu'il ne s'agissait pas d'un arrêt de « provocation »⁵⁵⁶, mais d'un simple arrêt d'espèce: « les circonstances de fait⁵⁵⁷ ont joué un rôle déterminant dans cette affaire. En raison de son fondement la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question⁵⁵⁸; toutefois cette décision l'a fragilisé. La Cour de cassation semble plus juger en fait qu'en droit. Est-ce son rôle?

Dans les deux arrêts cités, les tribunaux admettent que l'ordre public s'efface devant l'accord de volonté. Toutefois, cela est critiquable car un accord de volonté ne peut être un critère légitimant les entorses à l'ordre public⁵⁵⁹. L'ordre public ne

⁵⁵² Cass. 1^{re} civ., 4 décembre 2013, n° 12-26.066, Dr. famille 2014, comm. 1, Binet, D. 2014, p. 153, obs. Fulchiron et p. 179, note Chenédé, RJPF 2014-2/19, obs. Cheynet de Beaupré, RLDC 2014/112, n° 5308, Dekeuwer-Défossez, Gaz. Pal., 19-21 janv. 2014, p. 30, obs. Casey. Cf. supra n° 151.

⁵⁵³ Mme Denise D. et Mr Claude S. se sont mariés le 6 septembre 1969. Une fille naît de cette union le 15 août 1973. Puis le couple divorce en octobre 1980. L'ex épouse se remarie avec Raymond S., le père de son premier époux, qui est aussi le grand-père de sa fille. Le mariage a eu lieu le 17 septembre 1988, malgré la prohibition légale. Aucune opposition à mariage n'est faite. De plus, aucune demande en nullité n'est formulée pendant les vingt ans qui suivent sa célébration. C'est seulement après la mort de Raymond S. en 2005 que le fils assigne son ex-épouse en nullité du mariage sur les fondements de l'empêchement à mariage prévu à l'article 161 du code civil. Le demandeur souhaite accroître sa part successorale, amoindrie par son ex-épouse actuelle conjointe survivante.

⁵⁵⁴ Le droit au respect de la vie privée et familiale est garanti par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme.

⁵⁵⁵ Marie LAMARCHE, *Empêchement à mariage entre alliés et nullité : sentimentalisme ou pragmatisme de la Cour de cassation ?*, JCP G, 2014, act. 93.

⁵⁵⁶ Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD, « L'influence des droits de l'Homme sur les empêchements à mariage », RJPF, n° 5, mai 2014, p. 12.

« Nous ne sommes donc pas en présence d'un arrêt de « provocation » qui ambitionnerait d'inciter le législateur à faire évoluer le droit, comme la Cour de cassation a pu le faire jadis au sujet de l'établissement de la filiation par possession d'état dans l'affaire Law King ».

Affaire Law King : Cass. ass. plén., 9 juillet 1982, n° 80-17.084, Bull.civ. ass.plén., n° 4, JCP G 1983, II, n° 19993, concl. Cabannes, Defrénois 1982, art. 32935, note Massip.

⁵⁵⁷ En l'occurrence la durée de cette union incestueuse.

⁵⁵⁸ Communiqué relatif à l'arrêt n° 1389 du 4 décembre 2013 (12-26.066)- de la première chambre civile.

⁵⁵⁹ Anne-Marie LEROYER, *Droit de la famille*, op.cit., p. 90.

s'apprécie pas par rapport à un individu considéré et à sa volonté propre, mais par rapport aux intérêts de la société⁵⁶⁰.

B/ Concubinage de nature incestueuse toléré

167. Le législateur n'interdit pas les couples de nature incestueuse qui vivent hors du droit. Il tolère les faits incestueux, qui correspondent à des situations d'inceste vécues en concubinage, à condition qu'ils ne soient pas pénalement répréhensibles – autrement dit que les relations sexuelles incestueuses soient consenties –⁵⁶¹. Le concubinage, tel qu'il est défini à l'article 515-8 du code civil, reste hors du droit. Cette situation factuelle n'est pas prohibée entre les personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance. Ainsi, les concubinages incestueux peuvent exister sans être sanctionnés. Les relations incestueuses hors du droit sont nombreuses. Toutefois, il est difficile de donner un chiffre, car le caractère incestueux de la relation est souvent dissimulé⁵⁶². Certains concubins incestueux préfèrent garder leur union secrète, les privant ainsi de tout avantage découlant de cette forme de conjugalité. D'autres, en revanche, ont une vie commune stable et continue⁵⁶³, mais peuvent-ils pour autant bénéficier de ces avantages? De plus, faut-il nécessairement rendre notoire une vie de couple à caractère incestueux afin de bénéficier d'avantage ?

168. Dans certaines situations, il est possible d'obtenir un avantage lorsque l'on a un parent à charge, sans pour autant que ce parent soit qualifié de concubins. Cette mesure est favorable aux couples composés de deux membres ayant un lien de parenté qui veulent garder leur union secrète ; ils ne sont pas considérés comme un couple au regard du droit, mais bénéficient d'avantages équivalents à ceux des concubins. L'exemple du revenu de solidarité active⁵⁶⁴ est significatif. La législation organise le

⁵⁶⁰ Anne-Marie LEROYER, *Droit de la famille*, op.cit., p. 91.

⁵⁶¹ Cf. supra n° 70.

⁵⁶² Sur le secret de la relation incestueuse et du concubinage : cf. Sabine ABRAVANEL-JOLLY, *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, thèse dirigée par Bernard Beignier, tome 10, éd. Defrénois, 2005, coll. « Doctorat et notariat ».

Pour CORNU, les relations incestueuses ne s'affichent pas. Gérard CORNU, *Droit civil, La famille*, 8^e éd. Montchrestien, 2003, coll. « Domat droit privé », p. 100.

⁵⁶³ Un maire peut-il, sans engager sa responsabilité, délivrer un certificat de concubinage à un couple incestueux ? Cette question divise la doctrine, car pour certains, le droit et le juge doivent reconnaître ces unions, alors que pour d'autres, ces unions doivent être déclarées inexistantes. Ces certificats n'ont aucune valeur probatoire particulière. Ils constatent simplement un fait déclaré.

⁵⁶⁴ Revenu de solidarité active : RSA.

RSA individuel, qui est de 514 euros au 1^{er} janvier 2015⁵⁶⁵, et le RSA de couple, qui s'élève à 770 euros. Ce dernier peut être alloué à des concubins. Néanmoins, la réglementation du RSA prévoit qu'un frère et une sœur vivant ensemble dans le même logement ne peuvent former un couple et de ce fait bénéficier du RSA de couple⁵⁶⁶. En revanche, un homme bénéficiaire du RSA qui vit avec sa sœur à charge, peut percevoir une allocation, distincte du RSA de couple, qui est identique de celle qui lui serait allouée s'il vivait en concubinage⁵⁶⁷. Cette réglementation fait une distinction entre les couples non incestueux et les couples incestueux, en empêchant ces derniers de percevoir le RSA de couple. Elle octroie des allocations aux frères et sœurs vivant ensemble sous le même toit, mais elle refuse de les considérer comme un couple. Cela est en quelque sorte hypocrite car le résultat final est identique. Ne faudrait-il pas changer l'appellation de RSA de couple en RSA de vie commune afin de faciliter la réglementation sur ce sujet⁵⁶⁸ ? En effet, avec cette notion plus large, toutes les personnes vivant sous le même toit, même les membres d'une même famille, entretenant ou non des relations sexuelles, se verraient attribuer cette allocation. Cependant ce constat révèle un véritable affaiblissement de la structure juridique. Le droit de la famille, en tout cas quand il s'agit de contrôler la notion de couples, s'efface de plus en plus devant les faits.

SECTION 2 : DROIT PENAL

169. Le droit pénal traite directement ou indirectement de la question de l'inceste. Même s'il s'agit d'un interdit universel, l'intensité de la prohibition varie selon les époques, les législations et les parents concernés.

Les sanctions pénales de l'inceste varient en fonction des civilisations. Par exemple, chez les Nuer, l'inceste entre un homme et sa mère est insupportable et sa violation est punie de mort alors que les relations entre cousins ne sont pas sanctionnées avec une

Le RSA vise à favoriser la reprise d'un emploi en garantissant une augmentation des revenus. Il a remplacé le revenu minimum d'insertion, communément appelé RMI, le 1^{er} juin 2009.

Le RSA s'adresse aux personnes sans emploi et aux travailleurs pauvres.

⁵⁶⁵ www.rsa-revenu-de-solidarite-active.com

⁵⁶⁶ Xavier LABBEE, *Le droit du couple*, op.cit, p. 48.

⁵⁶⁷ Xavier LABBEE, *Le droit du couple*, op.cit, p. 48.

⁵⁶⁸ Cf. supra n° 45-46.

grande sévérité⁵⁶⁹. Chez les Tabwa d'Afrique centrale, l'inceste grave, appelé liluvaya, qui était sanctionné par la mort, s'opposait à l'inceste moins grave, appelé bulubi, qui n'entraînait que le mépris⁵⁷⁰.

En Europe, il n'existe pas de consensus sur la question. Ainsi, les législations varient d'un Etat à l'autre. Le droit français écarte la qualification pénale d'inceste (§2), alors que d'autres pays européens érigent l'inceste en infraction autonome (§2).

§1 : Législation et jurisprudence françaises

170. Le droit français sanctionne le défaut de consentement des victimes d'infractions sexuelles (A). L'inceste se présente comme une circonstance aggravante de ces infractions et non comme une infraction autonome (B).

A/ Relations sexuelles incestueuses non consenties interdites

171. En droit pénal, trois séries d'infractions -qui sont l'atteinte sexuelle, l'agression sexuelle et le viol- répriment le défaut de consentement dans les relations sexuelles. Le défaut de consentement s'appréhende différemment selon que la victime est majeure ou mineure.

172. L'atteinte sexuelle est définie par l'article 227-25 du code pénal comme « le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur ». Il en résulte que la victime de l'atteinte sexuelle ne peut être qu'un mineur et son auteur un majeur. Toutefois, des différences de traitement existent entre les mineurs de moins de quinze ans et les mineurs entre quinze et dix-huit ans. Les relations sexuelles entre deux adolescents consentants âgés, par exemple, de 13 ans et 16 ans, sont autorisées par la loi, et cela même s'il s'agit de relations incestueuses. Les contacts sexuels entre un adulte et un mineur de moins de quinze ans, même consentant, sont pénalement sanctionnés. Le consentement à la sexualité doit être éclairé. Le législateur estime qu'avant quinze ans⁵⁷¹, le consentement

⁵⁶⁹ E. EVANS-PRICHARD, *Kinship and marriage among the Nuer*, éd. Oxford University Press, 1990, p. 40 ; cité par Robert DELIEGE, *Anthropologie de la famille et de la parenté*, op.cit, p. 40.

⁵⁷⁰ L. DE SOUSBERGHE, *Don et contre-don de la vie : structure élémentaire de parenté et union préférentielle*, éd. Anthropos, 1986, p. 147 ; cité par Robert DELIEGE, *Anthropologie de la famille et de la parenté*, op.cit, p. 40.

⁵⁷¹ En 1832, le consentement éclairé était fixé à 11 ans. Ce seuil a été repoussé à 13 ans par une loi du 13 mai 1863. Depuis l'ordonnance n° 45-1472 du 4 juillet 2005, la majorité sexuelle est fixée à 15 ans.

n'est pas supposé éclairé et de ce fait il ne peut être valide. Les relations sexuelles entre adultes consentants unis par un lien de parenté ne sont pas pénalement interdites

173. L'agression sexuelle⁵⁷² est un délit défini par l'article 222-22 du code pénal comme « toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ». La violence désigne les pressions physiques exercées sur la victime pour obtenir d'elle le comportement sexuel souhaité⁵⁷³. La contrainte peut être physique ou morale. La contrainte physique est le fait d'exercer des pressions corporelles pour obtenir ce que l'on désire ; elle se confond avec la violence⁵⁷⁴. La contrainte morale, quant à elle, consiste à menacer quelqu'un de lui faire du mal à lui ou à ses proches ; elle recouvre la menace⁵⁷⁵. Qu'elle soit physique ou morale, la contrainte n'a qu'une autonomie réduite car elle se résout soit à la violence soit à la menace⁵⁷⁶. La surprise consiste à obtenir des faveurs sexuelles en trompant la victime sur la situation réelle ou en abusant de sa difficulté à appréhender celle-ci⁵⁷⁷. Le défaut de consentement en matière d'agression sexuelle s'analyse à travers la violence, la contrainte, la menace ou la surprise.

174. On parle de viol, lorsqu'il y a « acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte ou surprise »⁵⁷⁸. L'infraction de viol est constituée si les relations sexuelles ont été imposées à la victime. Il n'existe pas de présomption aux relations sexuelles. L'élément matériel du

⁵⁷² Le nouveau code pénal appelle agression sexuelle ce que l'ancien qualifiait d'attentat à la pudeur violent.

⁵⁷³ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, éd. Dalloz, 2011, coll. « Précis », p. 641-642.

Depuis 1857, la jurisprudence assimile violence morale et violence physique. Crim. 27 juin 1857, Bull. crim. n° 240, p. 378. S. 1857. I. 711. D. 1857. I. 314.

La violence morale résulte de menaces faites à la victime qui craindrait d'exposer sa personne ou celle de ses proches à un péril. Exemple : femme qui consentirait à des rapports sexuels pour sauver sa vie ou celle de son enfant menacées par l'agresseur : crim. 29 avril 1960, Gaz. Pal. 1960.2.15.

⁵⁷⁴ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, op.cit., p. 641.

⁵⁷⁵ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, op.cit., p. 641.

⁵⁷⁶ Crim. 14 oct. 1998, Bull.crim. n° 263 « la menace n'est qu'une forme de la contrainte ».

⁵⁷⁷ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, op.cit., p. 641.

⁵⁷⁸ Article 222-23 du code pénal.

Article 332 al. 1° du code pénal. Danièle MAYER, « Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980 », D., 1981, Chron. 283.

Christian GUERY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », Dalloz, 1998, chron. 49.

Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, op.cit., p. 646 à 649.

Le code pénal de 1810 n'avait pas donné de définition du viol. Il a fallu attendre un arrêt rendu le 25 juin 1857 par la Cour de cassation pour qu'une définition du viol soit donnée. La Cour avait jugé « que ce crime consiste dans le fait d'abuser d'une personne contre sa volonté ». Ainsi, l'élément matériel du viol consistait dans une conjonction sexuelle, c'est-à-dire l'introduction du membre viril de l'homme dans la cavité vaginale de la femme. Le viol ne pouvait être commis que sur femme. Avant 1980, tous les autres actes violents de nature sexuelle constituaient le crime d'attentat à la pudeur. La loi de 1980 définissait le viol dans l'article 332 du code pénal comme « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ». Le nouveau code a repris cette définition à l'article 222-23.

viol depuis 1980 peut être la conjonction des sexes, l'introduction dans le vagin d'une femme du doigt, d'un bâton ou d'un objet quelconque, le coïtus per anum et le coït buccal, ou l'introduction des objets quelconques dans l'anus de la victime.

175. De manière générale, le droit pénal sanctionne la sexualité non consentie. Ainsi, il sanctionne la sexualité incestueuse non consentie. Le défaut de consentement résulte soit de violence, contrainte, menace ou surprise. En revanche, même incestueuse, la sexualité consentie ne peut être pénalement sanctionnée, sauf si l'un des membres est un mineur de moins de quinze ans car le législateur considère qu'en dessous de quinze ans l'enfant est dépourvu de consentement en matière sexuelle. De plus, une infraction de non-dénonciation d'une agression sexuelle commise sur un mineur⁵⁷⁹ a été créée par la loi du 14 mars 2016.

B/ Lien de famille, circonstance aggravante des infractions sexuelles

176. Le fait que l'inceste ne soit pas nommé était mal compris par la population en général. Il en résultait qu'une qualification pénale était souvent évoquée, voir demandée au législateur.

En conséquent, en juillet 2005, Monsieur Eric Estrosi, député, a rendu un rapport intitulé « faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ? »⁵⁸⁰. Ce rapport proposait de faire entrer dans le code pénal la notion de « viol, agression et atteinte sexuelle incestueux ». De plus, il préconisait un durcissement des peines, notamment pour les auteurs d'agressions sexuelles incestueuses envers des mineurs de plus de quinze ans et proposait une présomption de non consentement pour les mineurs de moins de quinze ans⁵⁸¹.

En mars 2009, une proposition de loi, tendant à faire de cette qualification un facteur aggravant pour l'atteinte sexuelle et qui conduisait à une nouvelle catégorie de viol défini comme « tout acte de pénétration sexuelle incestueux », a été déposée à l'Assemblée nationale par Madame Marie-Louise Fort⁵⁸².

⁵⁷⁹ <http://www.vos-droits.justice.gouv.fr/mineurs-victimes-11965/mineur-agresse-ou-abuse-sexuellement-20720.html>

⁵⁸⁰ Christian ESTROSI, « Mission parlementaire : faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ? », In *La Documentation française*, juillet 2005, p. 42-43.

⁵⁸¹ Jacques BARILLON, PAUL BENSUSSAN, *Le nouveau code de la sexualité*, éd. Odile Jacob, 2007, coll. « Histoire et document », p. 111.

⁵⁸² Marie-Louise FORT, « Proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social », Assemblée nationale, 18 mars 2009.

Onze mois plus tard, le législateur vote une loi inscrivant dans le code pénal l'inceste commis sur les mineurs. L'article 1^{er} de la loi du 8 février 2010⁵⁸³ insère dans le code pénal les articles 222-31-1 et 222-31-2 –pour l'agression sexuelle et le viol- et 222-27-2 –pour l'atteinte sexuelle- qui prévoient que ces infractions sont qualifiées d'incestueuses lorsqu'elles sont commises « *au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ». Le secrétaire général soutenait que la loi n'avait pas institué une incrimination nouvelle et n'entraînait aucune répression nouvelle. La circulaire d'application de ce texte a qualifié la formule de « sur-qualification », mais il est plus exact de parler de « sur-appellation » d'inceste⁵⁸⁴. Le Conseil constitutionnel, dans une décision rendue le 16 septembre 2011⁵⁸⁵, a déclaré cette définition de l'inceste contraire au principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁵⁸⁶ de 1789. De plus, moins de six mois plus tard, les juges ont rappelé que le législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution et à l'article 8 de la DDHC de 1789, doit fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis⁵⁸⁷. En l'espèce, le législateur, s'étant abstenu de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées comme membre de la famille, a vu abrogé son article 227-27-2. Définir l'inceste implique de définir la composition de la famille. Le vrai problème est que la famille n'est plus un cercle fermé et structuré par le droit mais le résultat de relations amoureuses nouées de manières plus ou moins éphémères.

La loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant⁵⁸⁸ a rétabli la notion d'inceste dans le code pénal, suite à l'abrogation de l'article 222-31-1 par la décision n° 2011-163 QPC du Conseil constitutionnel. Désormais, cet article dispose que : « *les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis sur la personne d'un mineur par : 1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des*

⁵⁸³ Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux.

⁵⁸⁴ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, op.cit., p. 636.

⁵⁸⁵ Cons. Const., déc. n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011 ; Claire NEIRINCK, « Inceste qui peut définir l'aire de la famille ? », *Revue de droit de la famille* 2011, Repère 10.

⁵⁸⁶ DDHC.

⁵⁸⁷ Cons. Const., décision du 17 février 2012.

⁵⁸⁸ Loi publiée au Journal officiel le 15 mars 2016. Cette loi est à l'initiative de la sénatrice Michelle MEUNIER et de la sénatrice Muguette DINI.

*personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait »*⁵⁸⁹. L'inceste n'est toujours pas un crime en droit français mais il est inscrit dans le code pénal. Cette qualification n'a aucune influence ni sur la constitution de l'infraction ni sur l'aggravation de sa répression. L'objectif poursuivi, outre la dimension symbolique de la qualification pour les victimes, réside essentiellement dans une évaluation statistique⁵⁹⁰.

177. L'insertion de la notion d'inceste dans le code pénal n'est pas perçue à l'unanimité comme indispensable⁵⁹¹ car de nombreux juristes pensent que l'ancienne législation protégeait efficacement les enfants des abus -de nature incestueuse ou pas- auxquels ils peuvent être exposés⁵⁹².

Ce qui simplifierait encore plus les règles pénales serait d'admettre que l'enfant n'est jamais consentant. De plus, le fait de nommer des circonstances aggravantes de manière plus lisible dans la loi permettrait aux victimes d'être reconnues comme victimes de leur milieu familial. Cela confirmerait, en la consacrant clairement, la place de chacun au sein de la famille et permettrait au juge de remettre de l'ordre dans ces places. Le législateur ne doit pas avoir peur de nommer l'inceste.

Pour définir l'inceste, il faut définir la famille. La famille de fait n'existe pas et ce que le législateur a voulu faire, c'est la reconnaître grâce au droit pénal. Il y a inceste s'il y a sexualité entre deux membres de la même famille, qui correspond à une cellule juridique et/ou sociale. Les relations sexuelles incestueuses tendent à être de plus en plus tolérées. Cela a commencé avec le concubinage incestueux et s'est poursuivi avec la multiplication des dispenses en faveur des mariages incestueux. Ces incestes supposent une sexualité consentie et vécue entre deux adultes. Il existe un inceste qui ne peut être toléré et que le juge pénal se doit de réprimer ; mais il l'était déjà et sous cette qualification qui ne change rien. Il est troublant que le législateur ait réservé la qualification d'incestueuses à des relations sexuelles commises sur un mineur car l'inceste ne se limite pas à l'âge de la victime d'une part, d'autre part cette qualification

⁵⁸⁹ Le législateur a, cette fois, pris soin d'établir une liste précise et exhaustive des auteurs qui entraînent la qualification d'infraction incestueuse.

⁵⁹⁰ Frédérique EUDIER, Adeline GOUTTENOIRE, « La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant. –Une réforme « impressionniste », la Semaine juridique Edition générale n° 16, 18 avril 2016, doct. 479.

⁵⁹¹ Le Sénat, en première lecture, n'avait pas jugé nécessaire d'inscrire la notion d'inceste dans le code pénal.

⁵⁹² Jacques BARILLON, Paul BENSUSSAN, *Le nouveau code de la sexualité*, op.cit, p. 111-112.

englobe des auteurs qui pourraient se marier avec la victime devenue majeure tels que le concubin ou le partenaire d'un parent au sens juridique. La notion d'inceste ne serait être ainsi définie par le seul droit pénal.

178. Déjà le code pénal réprimait les agissements aujourd'hui qualifiés d'incestueux dans les articles 222-24, 222-28 et 222-30 du code pénal⁵⁹³. Ainsi, les infractions sexuelles sont aggravées lorsqu'elles sont commises par « un ascendant ou par toute personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait », d'où la notion de "sur-appellation" proposée par Madame Rassat.

Les notions d'ascendant et de personne ayant sur la victime une autorité de fait ou de droit ont évolué au fil des réformes et des décisions jurisprudentielles.

Sont concernés par l'autorité de droit : les tuteurs et directeurs de l'institution à laquelle la victime a été confiée. L'autorité de fait, quant à elle, implique une communauté de vie ou/et une dépendance économique ou affective entre l'adulte et la victime. La jurisprudence avait appliqué l'ancien article 333⁵⁹⁴ : aux maitres qui ont commis une infraction sur leurs domestiques⁵⁹⁵ ; aux maris, sur les enfants mineurs non émancipés, issus du premier mariage de sa femme⁵⁹⁶, même lorsqu'ils ne partagent pas l'habitation du ménage⁵⁹⁷, même lorsque le beau-père n'est pas co-tuteur de ces enfants⁵⁹⁸ ; au mari sur les enfants naturels mineurs de sa femme⁵⁹⁹, et cela que cette dernière soit vivante ou décédée ; à l'individu vivant maritalement avec la mère de la

⁵⁹³ Article 222-24 4° du code pénal : « le viol est puni de 20 ans de réclusion criminelle : 4° Lorsqu'il est commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ». Article 222-28 2° du code pénal : « L'infraction définie à l'article 222-27 est punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende : 2° Lorsqu'elle est commise par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ; Article 222-30 2° du code pénal : « l'infraction définie à l'article 222-29 est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende : 2° 2° Lorsqu'elle est commise par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ».

⁵⁹⁴ Ancien article 333 du code pénal (abrogé au 1 mars 1994) : « Tout autre attentat à la pudeur commis ou tenté avec violence (*circonstance aggravante*), contrainte ou surprise sur une personne autre qu'un mineur de quinze ans sera puni d'un emprisonnement de trois ans à cinq ans et d'une amende de 6000F à 60000F ou de l'une de ces deux peines seulement.

Toutefois, l'attentat à la pudeur défini à l'alinéa 1^{er} sera puni d'un emprisonnement de cinq ans à dix ans et d'une amende de 12000F à 120000F ou de l'une de ces deux peines seulement lorsqu'il aura été commis ou tenté soit sur une personnes particulièrement vulnérable en raison d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale ou d'un état de grossesse, soit sous la menace d'une arme, **soit par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par une personne ayant autorité sur elle**, soit par deux ou plusieurs auteurs ou complices, soit encore par une personne qui a abusé de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ».

⁵⁹⁵ Crim. 26 décembre 1823, Bull.cim. n° 166 ; 26 juin 1846, Bull.crim. n° 165.

⁵⁹⁶ Crim. 16 février 1837, Bull. crim. n° 51 ; 27 juin 1903, Bull.crim. n° 235.

⁵⁹⁷ Crim. 30 août 1855, Bull.crim. n° 303.

⁵⁹⁸ Crim. 16 février 1855, Bull.crim. n° 51.

⁵⁹⁹ Crim. 11 juin 1841, Bull. crim. n° 171 ; 7 juin 1860, Bull.crim. n° 130.

victime et dans un domicile commun⁶⁰⁰ ; au concubin de la grand-mère de l'enfant⁶⁰¹ ; à l'oncle sur sa nièce⁶⁰² ; au grand-oncle par alliance de la victime⁶⁰³. Plus récemment, la jurisprudence a appliqué la notion d'autorité de fait à un chef scout⁶⁰⁴ et au fils de l'assistante maternelle logé au domicile de sa mère et qui garde épisodiquement l'enfant en l'absence de celle-ci⁶⁰⁵. Aujourd'hui, toutes ces solutions sont encore valables et sont amenées à être complétées.

179. Les infractions sexuelles sont plus sévèrement sanctionnées lorsqu'elles sont commises par un ascendant ou par toute personne ayant autorité sur la victime⁶⁰⁶. Les juridictions pénales statuant sur un viol ou une agression sexuelle commis contre un mineur par un titulaire de l'autorité parentale doivent statuer sur le maintien ou la suppression totale ou partielle de l'autorité en application des dispositions du droit civil. Elles peuvent statuer sur l'autorité concernant les frères et sœurs de la victime.

§2 : Législation et jurisprudence européennes

180. L'Espagne et le Portugal adoptent la même solution que le droit français en matière d'inceste. En effet, ils ne condamnent pas les relations sexuelles librement consenties entre personnes ayant atteint l'âge de la majorité sexuelle et considèrent le lien de famille comme simple circonstance aggravante des infractions sexuelles. Mais il n'existe pas de consensus européen sur cette question. En Allemagne, Angleterre, Pays de Galle, Danemark et Suisse, le lien de famille constitue en lui-même un élément constitutif de l'infraction (A); alors qu'en Italie, l'infraction d'inceste est constituée que si les intéressés se comportent de façon à rendre leurs relations notoires (B).

⁶⁰⁰ Crim. 31 décembre 1856, Bull.crim. n° 393 ; 31 décembre 1868 : D. 1869.1.386, rapport Faustin-Hélie ; 29 juin 1976, Bull.crim. n° 233.

⁶⁰¹ Crim. 10 avril 1959, JCP 1959. IV.57, RSC 1959.852, obs. Hugueney.

⁶⁰² Crim. 3 octobre 1862, Bull.crim. n° 238 ; 20 juillet 1965, Bull.crim. n° 79.

⁶⁰³ Crim. 9 décembre 1875, Bull.crim. n° 349.

⁶⁰⁴ Nîmes, 9 décembre 1983, JCP 1985.II.20482, note Pansier.

⁶⁰⁵ Crim. 9 juillet 1991, Gaz.Pal. 1992.1, somm. 39.

⁶⁰⁶ Le fait de porter une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. Lorsque l'atteinte sexuelle a été commise par un ascendant ou une personne ayant autorité sur la victime, la peine peut aller jusqu'à dix ans d'emprisonnement et 150000 euros d'amende.

L'agression sexuelle commise à l'égard d'un mineur de quinze ans est punie de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende. L'agression sexuelle commise par un ascendant ou une personne ayant autorité de fait ou de droit sur un mineur est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. Le viol est un crime puni de quinze ans de réclusion criminelle. Lorsqu'il a été commis par un ascendant ou une personne ayant autorité de fait ou de droit sur un mineur ou un majeur, la peine encourue est de vingt ans de réclusion criminelle.

A/ Infraction d'inceste

181. En Allemagne, Angleterre, Danemark, Italie, Suisse et au Pays de Galles, le lien de famille n'est pris en compte que lorsque la relation est librement consentie⁶⁰⁷. Le lien de famille n'est pas pris en compte lorsque la relation est imposée, mais une réforme est envisagée en Angleterre et au Pays de Galles. En effet, le gouvernement anglais envisage de créer une nouvelle infraction sexuelle : l'abus sexuel familial. Cette infraction sanctionnait le fait pour toute personne d'avoir un rapport sexuel avec un ascendant, un descendant, un frère ou une sœur, un oncle ou une tante et serait puni différemment selon l'âge de la victime. Même librement consentis les rapports incestueux constituent des infractions. On parle d'infractions sexuelles en Angleterre et au Pays de Galles, et d'infractions contre la famille au Danemark et en Suisse. Ces qualifications sont indépendantes de l'âge des partenaires et du lien de famille. Nous allons étudier plus en détails la législation allemande sur ce sujet, qui, avec un récent avis rendu par le conseil d'éthique, fait preuve d'originalité.

182. Le code pénal allemand reconnaît l'inceste comme une infraction spécifique, qui fait partie des infractions contre l'état civil, le mariage et la famille. Cependant, tous les actes commis sur un enfant de moins de quatorze ans, ainsi que les relations entre une personnes et son enfant âgés de plus de quatorze ans et de moins de dix-huit ans sont condamnés au titre des infractions contre l'autodétermination en matière sexuelle. L'article 173 du code pénal allemand punit d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans ou d'une amende toute personne qui a des relations sexuelles avec un descendant en ligne directe. L'alinéa 2 de cet article punit de deux ans d'emprisonnement ou d'une amende toute personne qui a des relations sexuelles avec un ascendant. En revanche, l'auteur n'est pas punissable s'il a moins de dix-huit ans. Les peines sont identiques si l'inceste a lieu entre un frère et une sœur.

Un fait divers médiatique⁶⁰⁸ a relancé le débat sur l'inceste entre frère et sœur et a ainsi conduit le Conseil d'éthique allemand à se prononcer sur le sujet⁶⁰⁹. Saisi de cette

⁶⁰⁷ www.senat.fr

⁶⁰⁸ Les faits concernaient des relations frère-sœur d'où étaient nés des enfants. Le frère concubin avait antérieurement été condamné pour ces faits mais souhaitait à nouveau vivre avec sa sœur. Patrick, adopté à l'âge de sept ans, a repris contact avec sa mère lorsqu'il était adulte et est tombé amoureux de sa sœur, Susan. De cette union entre Patrick et Susan sont nés quatre enfants, dont deux handicapés. Le juge allemand les a condamnés plusieurs fois du fait de leur relation, sur le fondement de l'article 173 du code pénal. L'article 173 du code pénal allemand punit de deux ans de prison ou d'une amende les rapports sexuels entre un frère et une sœur majeurs, évoquant les risques accrus de handicap pour les enfants issus d'une telle union.

question, le conseil d'éthique a proposé de dépénaliser les relations sexuelles consenties entre frères et sœurs adultes et a recommandé de durcir les sanctions dans les cas de relations incestueuses avec un mineur⁶¹⁰. Il a précisé que « la loi pénale n'est pas le moyen adapté de protéger un tabou sociale (ni) d'imposer des standards ou des barrières morales », mais seulement de protéger « les individus » et « l'ordre social » contre les atteintes graves.

Toute la question est en effet de savoir si l'inceste constitue une atteinte grave à la société quand il s'agit de relations sexuelles consenties. La réponse de ce Conseil d'éthique révèle l'évolution de la société : l'inceste frère/sœur est acceptable !

B/ Notoriété de l'inceste

183. Le code pénal italien considère comme infraction les relations sexuelles incestueuses librement consenties quand elles sont notoires. Il condamne les relations sexuelles entre parents en ligne directe, ainsi qu'entre frères et sœurs, mais seulement lorsque les faits provoquent un « scandale public »⁶¹¹. Il y a « scandale public » lorsque les intéressés se comportent de façon à rendre leurs relations notoires. Mais cela ne conduit-il pas à favoriser les délations ? Les voisins, la famille, les amis ne sont-ils pas « tentés » de dénoncer ces cohabitations « mi-tolérées » ? En droit italien, l'inceste entre deux adultes ne dérange que lorsqu'il est visible. Caché, il est moins immoral. Il est acceptable dans l'intimité et inacceptable sur la place publique. De plus, le droit italien considère comme infraction sexuelle le fait d'avoir des relations imposées ou consenties avec un descendant âgé de plus de quatorze ans et de moins de seize ans. Cela se vérifie dans de nombreux pays, mais le droit italien, à la différence des autres législations, institue en quelque sorte l'adage « pour vivre heureux, vivons cachés ». C'est bien la société qui est protégée, mais en surface seulement. Cette position traduit l'affaiblissement de la notion – que ce soit en France, en Allemagne et en Italie –

⁶⁰⁹ Il s'agissait d'un frère et d'une sœur ayant déjà vécu ensemble. Pour ce fait, le frère avait été condamné à deux ans de prison. Plusieurs années après ce couple s'était reformé, le frère voulait vérifier qu'il ne risquerait pas à nouveau la prison. C'est ainsi que le conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur le sujet.

⁶¹⁰ www.lemonde.fr

Le droit allemand sanctionne les relations sexuelles incestueuses. Toutefois, la sanction n'est justifiée que lorsque les relations sexuelles sont procréatrices. Ainsi, au regard du droit allemand, un couple incestueux entretenant des relations sexuelles, sans pour autant procréer, est plus « acceptable » qu'un couple incestueux procréateur. C'est pour cette raison qu'une proposition de loi en faveur d'une dépénalisation des relations sexuelles consenties entre frère et sœur adultes a été soutenue, car cela est déjà défini à demi-mot dans l'actuelle législation.

⁶¹¹ www.assemblee-nationale.fr

l'inceste est de moins en moins compris et sanctionné, de plus en plus accepté quand il s'agit de la sexualité des adultes. La liberté l'emporte sur l'interdiction.

CHAPITRE II : L'ENFANT ET L'INCESTE

184. La filiation pose des repères généalogiques, elle permet à un individu de se situer au sein de sa famille, de savoir d'où et de qui il vient, quelle est son identité, quelle est sa place au sein d'une chaîne de vivants et de morts. Grâce à ces repères, l'individu devient sujet. L'inceste bouleverse cet ordre car par cet acte, toutes les places sont mélangées et même confondues. C'est la loi qui rend l'inceste concevable ou inconcevable. L'inceste crée de l'indifférenciation⁶¹² au sein de la famille. Le législateur civil encadre la sexualité fécondante, en interdisant l'établissement d'un double lien de filiation pour les enfants issus d'un inceste absolu. Les « couples incestueux » homosexuels ne sont pas concernés par cette règle. L'interdit de l'inceste repose sur les éventuelles conséquences procréatives. Aujourd'hui, avec l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, le raisonnement est ébranlé et la question de l'inceste est perçue autrement. L'inceste entre deux hommes ou deux femmes n'entraîne aucun effet sur la filiation puisque la procréation est impossible entre eux. (Section 1)

Cependant, la parenté devenant de plus en plus fictive, de moins en moins liée à la procréation charnelle, l'inceste est moins apparent. Les filiations fictives et partiellement fictives posent un problème inédit. (Section 2)

SECTION 1 : INCESTE ET PROCREATION

185. Le législateur civil refuse d'instituer l'inceste. Il interdit ainsi la célébration des mariages incestueux et l'établissement d'un double lien de filiation lorsque l'enfant est issu d'un inceste absolu. (§1) Par conséquent, les situations incestueuses ne peuvent constituer des situations familiales de droit. En revanche, par le biais de mécanismes

⁶¹²Expression employée par Pierre Legendre, psychanalyste. .

juridiques, le législateur place certaines procréations incestueuses au rang de familles de fait reconnues par le droit. (§2)

§1: L'enfant issu d'un inceste absolu subit le fait de sa naissance

186. L'enfant issu d'un inceste absolu subit le fait de sa naissance car il ne peut bénéficier de l'établissement d'un double lien de filiation (A), même fictif (B).

A/ Interdiction d'établir un double lien de filiation

187. La procréation biologique incestueuse existant dans les faits, il paraissait indispensable de prévoir des dispositions relatives à la filiation de nature incestueuse. La procréation incestueuse est impossible au sein du mariage. En revanche, la procréation incestueuse hors mariage est une réalité que le législateur ne peut ignorer. Et pour cela, il a prévu des dispositions afin de bloquer l'établissement du double lien de filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu. L'article 310-2 du code civil en vigueur depuis le 1^e juillet 2006 précise que « *s'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit* »⁶¹³. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a supprimé les notions d'enfant naturel et d'enfant légitime. Cependant, il est « évident que la prohibition ne joue que pour l'enfant né hors mariage, puisque le texte ne peut s'appliquer que lorsque le mariage est interdit entre les parents, en raison de leur lien de parenté »⁶¹⁴. Jean-Paul Branlard rappelle dans sa thèse que « depuis longtemps le droit s'emploie à cacher le fruit des relations sexuelles honteuses. La lutte contre l'impur

⁶¹³ « Par quelque moyen que ce soit » est une règle édictée afin de refuser l'établissement du second lien de filiation par l'adoption simple. Cf. infra n° 191-192.

⁶¹⁴ Jacques MASSIP, *Le nouveau droit de la filiation*, éd. Defrénois 2006, p. 8.

Qu'en est-il de la situation des enfants nés d'un mariage incestueux annulé ? L'article 202 alinéa 1 du code civil précise qu'« il (le mariage) » produit aussi ses effets à l'égard des enfants, quand bien même aucun des époux aurait été de bonne foi ». Cet article s'applique aussi à l'égard des enfants issus d'inceste absolu. Selon les termes d'Annick Batteur, « les enfants ne sont en rien les créateurs mais bien plutôt les victimes de la situation dans laquelle ils se trouvent placés ». Annick BATTEUR, « L'enfant incestueux », op.cit, p. 315. En l'espèce, le fait d'inceste est camouflé par le mariage. La situation incestueuse n'apparaît pas aux yeux du droit, même si l'enfant est incestueux et que cela se vérifie par son nom de famille et son état civil. Il s'agit d'une exception au principe de prohibition du double lien de filiation en cas d'inceste absolu. Nathalie GLANDIER, *L'inceste en droit français contemporain*, op.cit, p. 118-119.

place l'incestueux dans le néant. Il n'existe pas. A défaut d'éliminer physiquement l'enfant, la loi supprime juridiquement son état civil ou plutôt l'ampute à moitié »⁶¹⁵

188. Dès lors que l'on autorise le mariage, on autorise la filiation qui va avec, même si ce constat rend acceptable ce qui ne l'est pas. L'article 310-2 du code civil ne visant que les cas où il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 du code civil, la prohibition ne joue qu'en cas d'inceste entre parents en ligne directe⁶¹⁶ et en ligne collatérale au deuxième degré⁶¹⁷. Monsieur Breton évoque une « demi-filiation » pour les enfants issus d'inceste absolu⁶¹⁸ car ils ne peuvent faire l'objet que d'une seule reconnaissance. La seconde révélerait l'inceste et ferait l'objet d'une annulation.

Rien ne s'oppose à l'établissement du double lien de filiation lorsque les père et mère de l'enfant sont des collatéraux au 3^e degré ou des alliés à quelques degrés que ce soit. Ils peuvent en effet se marier donc il n'y a pas d'inceste. Il n'existe pas d'égalité entre les enfants car certains peuvent avoir deux parents, alors que d'autres ne peuvent avoir qu'un seul. Les enfants incestueux connaissent des discriminations légales, selon le caractère absolu ou relatif de l'inceste.

189. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2005, la filiation maternelle de l'enfant d'une femme non mariée peut être établie par la reconnaissance qui peut être prénatale, mais aussi par la seule désignation de la mère dans l'acte de naissance⁶¹⁹. La maternité revêt un poids certain à travers cette reconnaissance. Or, l'enfant peut avoir fait l'objet d'une reconnaissance prénatale par le père ou le frère de la mère qui établit la filiation à l'égard de l'auteur de cette reconnaissance. Dans cette hypothèse, l'article 310-2 interdit d'établir la filiation maternelle de l'enfant car la filiation prénatale l'emporte en raison du principe chronologique applicable à l'établissement de la filiation. Une seule filiation peut être établie en cas de relations incestueuses⁶²⁰. En effet, si le deuxième parent est apparent, il révèle l'inceste. Ainsi, si la filiation

⁶¹⁵ Jean-Paul BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, op.cit, p. 263.

Gérard Cornu précise que « la miséricorde de la loi consiste à donner sa chance au seul rameau parental qui puisse croître ». Gérard CORNU, « La famille unilinéaire », *In Mélanges Raynaud*, éd. Dalloz-Sirey, 1985, p. 153.

⁶¹⁶ Père et fille, mère et fils...

⁶¹⁷ Frère et sœur.

⁶¹⁸ André BRETON, « L'enfant incestueux », *In Mélanges Ancel*, éd. Pétonne, 1975, tome I, p. 309.

⁶¹⁹ Article 311-25 du code civil : « la filiation est établie à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance »

⁶²⁰ Jacques MASSIP, *Le nouveau droit de la filiation*, op.cit, p. 9

maternelle est établie, la filiation paternelle ne peut l'être et réciproquement⁶²¹. Toutefois, l'établissement de la maternité est plus favorable car elle peut être complétée par une action à fins de subsides engagée envers le géniteur.

L'officier de l'état civil, s'il est informé de la situation incestueuse, doit refuser une déclaration de naissance qui comporte le nom de la mère. Dans la majorité des cas, l'officier de l'état civil ignore, lors de l'établissement de l'acte, le caractère incestueux de la filiation. Ainsi, lors de la découverte de la situation, le Procureur de la République doit en être avisé, afin d'engager une action en vue de faire annuler l'acte de naissance et de faire établir un nouvel acte de naissance sans mentionner le nom du deuxième parent de l'enfant⁶²².

L'homme qui n'a pas reconnu sa fille peut l'épouser car l'alliance peut se croiser avec la parenté qui n'est pas instituée et qui donc n'existe pas. Il n'y a inceste que s'il a croisement entre alliance et parenté. En l'espèce, il y a un fait incestueux car il y a croisement entre consanguinité – non instituée – et alliance.

190. Le droit français risque d'être influencé par la position adoptée par plusieurs Etats européens qui admettent le libre établissement de la filiation incestueuse⁶²³. Nous ne sommes pas à l'abri d'une abrogation de l'article 310-2 du code civil, qui par ricochet supprimerait l'action à fins de subsides.

B/ Refus de prononcer l'adoption de l'enfant incestueux par son géniteur

191. L'existence d'un lien de parenté entre l'adoptant et l'adopté n'a jamais constitué un obstacle à l'adoption. De plus, le lien d'alliance n'est pas un empêchement à l'adoption : le mari/la femme peut adopter l'enfant de sa femme / son mari. L'adoption intrafamiliale est autorisée. Tout cela est possible, s'il n'y a pas de

⁶²¹ Il ne s'agit pas d'une règle universelle. En effet, dans certains pays, notamment en Allemagne, Autriche, Grèce, l'établissement du double lien de filiation d'un enfant né d'un inceste absolu est autorisé. En Espagne l'établissement du double lien est prohibé, mais cet interdit peut être levé par une autorisation judiciaire. F. GRANET, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'Homme », RTD. eur., 1997, p. 659.

⁶²² Jacques MASSIP, *Le nouveau droit de la filiation*, op.cit, p. 10

⁶²³ Ségolène PERRIN, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », Revue de droit de la famille, 2010, étude 16.

L'Allemagne ne pose aucune restriction à l'établissement de la filiation incestueuse dans ses deux branches. Mais en contrepartie, elle réproouve très fortement l'inceste puisqu'elle incrimine les relations sexuelles intrafamiliales entre adultes consentants. Cf. infra n° 165 et 166.

détournement de l'adoption. L'arrêt rendu par la Cour de Cassation en 2004⁶²⁴, à propos de l'enfant conçu par un frère et sa sœur, a précisé que l'adoption de l'enfant incestueux par son géniteur correspond à un détournement d'institution. Dans cette affaire, le père-oncle avait précédemment reconnu son enfant né de sa sœur. Sa reconnaissance a été annulée, conformément à l'article 334-10 du code civil. La mère a fait reconnaître mensongèrement son enfant par un autre homme, avec lequel elle s'est mariée, puis a divorcé, pour enfin demander l'annulation de cette reconnaissance. « L'oncle » a, de son côté, fondé sa famille. Mais cela n'a pas empêché les deux « amants-incestueux » d'élever ensemble leur enfant. Ce contexte a conduit « l'oncle » à déposer une requête en adoption simple de l'enfant.

La Haute juridiction a précisé que « la requête en adoption présentée par Mr contrevient aux dispositions d'ordre public édictées par l'article 334-10 du code civil interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu ». La Cour considère que l'interdit de l'inceste prime sur l'intérêt de l'enfant, en cas d'inceste absolu. Elle se fonde sur l'ancien article 334-10 du code civil. Dans cet arrêt de principe, il n'est aucunement question de détournement d'institution ni de fraude à la loi. La fiction présente le faux, c'est-à-dire l'engendrement des parents fictifs, comme étant le vrai. Les doctrinaires considèrent cet arrêt comme « juridiquement convaincant et empreint de sagesse »⁶²⁵. Ces filiations, même si elles sont dites fictives, ne peuvent révéler un inceste, conforme ou non au biologique. L'inceste est le refus de faire croiser deux institutions et ne compose pas avec le biologique

192. Avant cette jurisprudence, les textes interdisaient uniquement la reconnaissance de l'enfant incestueux. Or, il était implicite qu'ils condamnaient toutes formes de filiation entre l'auteur de l'inceste et l'enfant qui en est né. Ce n'est qu'à

⁶²⁴ Civ. 1^{re}, 6 janv. 2004 : Bull. civ. I, n° 2; GAJC, 12e éd., n° 52; D. 2004. 362, concl. Sainte-Rose, note Vigneau ; Dr. fam. 2004, Comm. n° 16, note Fenouillet ; JCP G 2004. I. 109, n° 2, note Rubellin-Devichi ; AJ fam. n° 2/2004, p. 66, note Bicheron ; RLDC n° 2/2004, p. 37 ; D. 2004. IR. 185 ; F. Dekeuwer-Defossez, « Filiation adoptive sur filiation incestueuse ne vaut », RLDC mars 2004, n° 107, p. 33 ; V. Voisin, « Intérêt de l'enfant contre intérêt public », Petites affiches, 8 avril 2004, n° 71, p. 13 ; F. Granet, D. 2004 Somm. 1419 ; Gaz. Pal. 28 et 29 mai 2004, p. 6, note Massip ; C. Labrusse-Riou, « L'adoption simple ne peut contourner la prohibition de la filiation incestueuse », JCP G 2004, II, p. 10 064 ; Defrénois n° 08/04, p. 594, note Massip ; RTD civ. 2004, P. 75, note Hauser ; J.-L. Ronge, « L'inceste, l'adoption et la loi », RAJS JDJ n° 239, novembre 2004, p. 13 et E. Debily, « L'adoption simple de l'enfant incestueux prohibée par l'article 334-10 du code civil », RRJ-Droit prospectif n° 2004/4, p. 2637.

Antérieurement à 2006, il avait été jugé que l'adoption d'un enfant par le frère de sa mère, serait-il le père biologique de l'enfant, ne se heurte à aucune interdiction légale. Rennes, 24 janvier 2000 : D. 2000. Somm. 2020, obs. Granet ; JCP 2000.IV.2338 ; RTD civ. 2000.819, obs. Hauser.

⁶²⁵ « En fait d'inceste, l'adoption simple ne vaut pas contre l'article 334-10 du code civil », Recueil Dalloz, 2004, n° 6, 12 février, p. 365, note Daniel VIGNEAU.

compter du 1^{er} juillet 2006, que ce refus a été expressément inscrit dans l'article 310-2 du code civil⁶²⁶, reprenant les termes de l'arrêt de la Cour de cassation de 2004.

§2 : Comment ne pas punir l'enfant du fait de sa naissance incestueuse ?

193. L'objectif est de compenser matériellement la situation défavorable de l'enfant issu d'un inceste absolu, qui ne peut bénéficier que d'une filiation tronquée. Ainsi, il peut en contrepartie intentar une action à fins de subsides contre l'homme qui a eu des relations sexuelles avec sa mère. (A) De plus, il peut obtenir des dommages-intérêts du fait de sa conception. (B)

A/ Action à fin de subsides

194. La loi du 3 janvier 1972 a substitué à une action alimentaire créée en 1955⁶²⁷ au bénéfice des enfants adultérins une nouvelle action dite « à fins de subsides », régie par les articles 342 et suivants du code civil⁶²⁸. La loi du 8 janvier 1993 et l'ordonnance du 4 juillet 2005 ont maintenu cette action. Par sa désignation, il est clairement indiqué qu'il ne s'agit pas de créer un rapport alimentaire entre l'enfant et l'homme qui est son géniteur. En effet, les aliments représentent la solidarité familiale. Le débiteur de subsides n'est pas un père. L'action a beaucoup perdu de la lisibilité depuis sa création. Mais il s'agit, selon son créateur, le doyen Carbonnier, d'une action en responsabilité engagée contre l'homme qui a entretenu des relations sexuelles avec la mère dans des conditions telles que l'enfant ne pourra pas avoir de père. Ainsi, les subsides sont des dommages-intérêts alloués à l'enfant victime, versé par un « pouvant être père ». Juridiquement, les subsides prennent la forme d'une pension alimentaire et contribue à

⁶²⁶ Article 310-2 du code civil issu de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005.

Décret n° 2006-640 du 1^{er} juin 2006 pris pour application de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 adapte le nouveau code de procédure civile à la suppression des notions de filiations légitime et naturelle et, par voie de conséquence, de légitimation, par des dispositions de coordination.

La circulaire du 30 juin 2006 vient accompagner l'application de la réforme de la filiation du 4 juillet 2005 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006 (JO. 6 juillet 2005).

⁶²⁷ Loi du 15 juillet 1955.

Cette action autorisait les enfants adultérins et incestueux, auxquels il était interdit d'établir leur filiation, à réclamer une pension alimentaire à leur géniteur. Jacques MASSIP, *Le nouveau droit de la filiation*, op.cit, p. 71.

⁶²⁸ Marie-Claude CATALA DE ROTON, « L'action à fins de subsides et la pratique des tribunaux », RTD civ., 1990, p. 1.

l'entretien de l'enfant⁶²⁹. Cette pension est sans conséquence sur la filiation et l'autorité parentale. Puisqu'aucun lien de filiation n'est créé, rien n'empêche que la filiation de l'enfant soit établie à l'égard d'un autre homme.

195. Deux conditions sont posées par l'article 342 du code civil.

La première est que la filiation paternelle de l'enfant ne soit établie ni par reconnaissance ni par jugement.

En ce qui concerne l'inceste, cette action peut être exercée par une femme mariée ou célibataire contre celui avec lequel elle a eu des relations sexuelles, c'est-à-dire contre son frère, son père, son oncle, à l'époque de la conception. Cette action n'est pas d'état. Ainsi, la mère peut se retourner contre un parent proche afin d'obtenir des aliments pour son enfant.

196. La seconde condition légale est l'existence de relations intimes entre la mère et le défendeur à l'action pendant la période légale de la conception : l'enfant est présumé avoir été conçu dans un délai compris entre 300 et 180 jours précédant l'accouchement. Le demandeur à l'action doit démontrer que la paternité du défendeur est possible⁶³⁰. La preuve est libre car il s'agit d'un fait. Elle peut résulter de témoignages, de l'aveu du défendeur, d'un examen comparé de sang⁶³¹, ou encore du refus de se soumettre à une expertise sanguine⁶³². Toutefois, même si les preuves ont été rapportées, l'action peut être rejetée si le défendeur rapporte la preuve de sa non-paternité⁶³³, ce qui fait que

⁶²⁹ Claire NEIRINCK (sous la dir.), *Droit de la famille*, op.cit, p. 106.

⁶³⁰ Civ. 1^{re}, 21 oct. 1980, Bull. civ. I, n° 262; Gaz. Pal. 1981.2.475, note J. Massip.

⁶³¹ Civ. 1^{re}, 14 février 1995, Bull.civ. I, n° 81 ; D. 1995, somm. 24, obs. F. Granet-Lambrechts ; D. 1996, 111, note J. Massip ; JCP 1996, II, 22569, note C. Puigelier.

⁶³² Civ. 1^{re}, 5 février 1991, D. 1991, 546 ; Defrénois 1991, 673, obs. J. Massip ; RTD civ. 1991, 508, obs D. Huet-Weiller.

⁶³³ Article 342-4 du code civil.

Cette preuve peut résulter d'un examen comparé de sangs : Civ. 1^{re}, 14 novembre 1994, Bull. civ. I, n° 330 ; Gaz.pal. 1995, 2, somm. 425, obs. J. Massip.

Le défendeur peut se prévaloir de son éloignement de la mère pendant la période légale de conception ou alors de son impossibilité physique d'être père.

En 1972, le législateur avait institué plusieurs fins de non-recevoir à cette action dont l'impossibilité physique pour le défendeur d'être le père de l'enfant par suite d'éloignement ou par l'effet de quelque accident ou encore par examen de sangs ou par toute autre méthode médicale certaine. La loi du 8 janvier 1993 les a supprimés comme fin de non-recevoir, mais ces impossibilités sont réapparues sous forme de défenses au fond. Solange MIRABAIL, « Repenser l'action à fins de subsides », *Droit de la famille*, n° 9, sept. 2011, p. 17.

Frédéric DEBOVE, Renaud SALOMON, Thomas JANVILLE, *Droit de la famille 2012*, éd. Vuibert, 7^e éd., 2011, coll. « Dyna'sup droit », p. 347.

l'expertise sanguine –comme en matière de filiation- joue un rôle essentiel⁶³⁴. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a abrogé l'ancien article 342-3 du code civil qui envisagé le cas où la mère avait eu des relations avec plusieurs hommes pendant la période légale de la conception. Dans cette hypothèse, le juge pouvait condamner tous ces potentiels pères à verser une indemnité à l'enfant, à supposer qu'il soit impossible de déterminer qui était le père. Or, depuis que la preuve scientifique permet de déterminer lequel des amants est le géniteur de l'enfant, cet article n'avait plus d'intérêt et c'est pour cette raison que l'ordonnance de 2005 l'a abrogé.

197. La Cour de cassation a admis que les juges peuvent former leur conviction sur un fait unique s'il leur paraît de nature à établir la preuve nécessaire⁶³⁵. Le débiteur désigné est toujours, en conséquence, le géniteur. Ainsi, la preuve des relations sexuelles établit l'inceste mais ne trouble pas l'ordre social, car il n'est pas fondateur de liens juridiques de famille. L'inceste est en effet institutionnalisé ni à travers le mariage ni la parenté. Le refus d'institutionnaliser l'inceste envers l'enfant qui en naît est tempéré par l'action à fins de subsides. Il s'agit bien d'assouplir la rigueur de l'inceste.

198. Cette action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant. En revanche, elle ne peut être intentée par ce dernier devenu majeur que dans les dix ans qui suivent sa majorité⁶³⁶, c'est-à-dire jusqu'à ses 28 ans.

Si l'action aboutit, le défendeur doit verser des subsides à la mère pendant la minorité de l'enfant ou à l'enfant pendant la majorité de ce dernier sous forme de pension d'après les besoins de l'enfant, les ressources et la situation familiale du débiteur. La pension peut être due au-delà de la majorité de l'enfant s'il est encore dans le besoin, à moins que cet état ne lui soit imputable⁶³⁷. En cas de décès du débiteur, le paiement de la pension est assuré par ses héritiers⁶³⁸.

L'allocation des subsides cesse d'avoir effet, si la filiation paternelle de l'enfant vient à être établie. La filiation paternelle d'un enfant incestueux ne pourra jamais être

⁶³⁴ L'expertise biologique est de droit en matière d'action à fins de subsides, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder : Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, Defrénois 2205.1848, obs. J. Massip ; Dr. fam. 2005, n° 182, note P. Murat ; 6 déc. 2005, D. 2006. IR. 14.

⁶³⁵ Cass. 1^{re}, 5 février 1991 : Defrénois 1991, p. 673, obs. J. Massip ; RTD civ. 1991, p. 508, obs. D. Huet-Weiller (refus du père prétendu de se soumettre à l'examen comparé des sangs).

Cass. 1^{re}, 14 février 1995, Bull.civ. I, n° 81 ; D. 1995, somm. 24, obs. F. Granet-Lambrechts ; D. 1996, 111, note J. Massip ; JCP 1996, II, 22569, note C. Puigelier.

⁶³⁶ Article 342 al 2 du code civil

⁶³⁷ Article 342-2 al 2 du code civil

⁶³⁸ www.vosdroits.service-public.fr

établie, si la filiation maternelle est établie en amont en vertu de l'article 310-2 du code civil. Une inégalité existe selon qu'est établie la filiation maternelle ou la filiation paternelle d'un enfant incestueux. Dans le premier cas, l'enfant ne peut établir son lien paternel de filiation, mais il peut obtenir le versement de subsides à l'égard de son père biologique. Dans le second cas, l'enfant ne peut établir son lien maternel de filiation et ne peut intenter l'action à fins de subsides, puisque cette action ne peut être intentée qu'à l'encontre d'un homme. Ainsi, l'enfant incestueux, qui a comme seul lien de filiation établi un lien paternel, est frappé d'une double peine⁶³⁹. Pour corriger cette inégalité, il suffirait de prévoir que l'action puisse être intentée aussi bien à l'égard d'un homme que d'une femme⁶⁴⁰.

Le jugement validant cette action crée entre le débiteur et le bénéficiaire des empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du code civil⁶⁴¹. Il s'agit de la seule conséquence extrapatrimoniale découlant de cette action. C'est parce que la paternité reste possible qu'il faut éviter le risque d'inceste.

199. Au regard du droit, les familles incestueuses existent. Cependant, elles ne peuvent pas bénéficier d'un statut juridique. Le droit semble avoir trouvé une alternative pour ne pas nier l'existence de ces familles : l'article 342 du code civil ne tolère pas les relations incestueuses, mais il protège les enfants issus de ces rapports. Il s'agit d'une protection minime résultant du versement des subsides, qui sont en fait des aliments autrement nommés car l'obligation alimentaire s'inscrit dans la solidarité familiale. Ainsi en appliquant cet article, le juge civil maintient les familles incestueuses hors du droit mais il les rend visibles puisque le débiteur de subsides est un « pouvant être père » désigné à l'issue d'une expertise biologique.

B/ Dommages-intérêts

200. Un enfant incestueux peut-il, en plus des subsides, demander des dommages-intérêts du fait de sa conception ? En jurisprudence, cette question s'est posée pour les enfants issus de viol incestueux.

⁶³⁹ Solange MIRABAIL, « Repenser l'action à fins de subsides », op.cit., p. 19.

⁶⁴⁰ Solange MIRABAIL, « Repenser l'action à fins de subsides », op.cit, p. 19.

⁶⁴¹ Article 342-7 du code civil.

En 1996, la commission d'indemnisation des victimes d'infractions du Tribunal de grande instance de Lille⁶⁴² a admis que la filiation est un droit de la personnalité et que l'impossibilité d'établir ce lien s'analyse en un préjudice moral certain pour l'enfant. Dans cette affaire, Liliane a été victime de viols commis par son frère, Daniel. Elle a donné naissance à Benjamin, issu de ces relations incestueuses imposées. La Cour d'assises du Nord a condamné le 13 octobre 1994 Daniel pour les faits commis à l'encontre de sa sœur. La même Cour a alloué à Brigitte, administrateur ad hoc⁶⁴³ de Benjamin, une somme en réparation du préjudice moral de l'enfant. Brigitte a saisi la commission d'indemnisation des victimes d'infraction d'une demande d'indemnisation au titre de la réparation de l'atteinte portée à la personne de l'enfant. Pour la Cour, Benjamin, enfant né d'un viol incestueux, a subi des dommages du fait sa conception, dans la mesure où sa filiation paternelle ne pourra jamais être établie.

Dans le même sens, deux ans plus tard, la Cour d'appel de Douai⁶⁴⁴ a admis l'indemnisation de l'enfant né d'un viol incestueux imposé par un père à sa fille.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 23 septembre 2010, a admis l'existence d'un préjudice réparable subi par l'enfant car « le préjudice indemnisé, en l'espèce, ne résulte pas de la seule naissance de l'enfant et l'action civile est recevable pour tous les chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découlent des faits, objet de la poursuite »⁶⁴⁵.

⁶⁴² TGI Lille, 6 mai 1996, D. 1997. 543, note LABBEE ; RTD civ. 1999. 64, obs. HAUSER.

⁶⁴³ L'administrateur ad hoc a été créé en 1910. Il représente ponctuellement l'enfant lorsqu'une opposition d'intérêts apparaît entre ce dernier et ceux chargés de le représenter. Il existe deux catégories d'administrateurs ad hoc : l'administrateur ad hoc civil (article 388-2 et 388-3 alinéa 2 du code civil) et l'administrateur ad hoc pénal (article 706-50 du code de procédure pénale). En l'espèce, l'administrateur ad hoc est pénal et a été désigné au profit d'un mineur victime de faits commis volontairement à son encontre par un titulaire de l'autorité parentale. L'administrateur ad hoc désigné sur le fondement du code de procédure pénale ne peut être le parent administrateur légal.

V° Nathalie GLANDIER, *L'inceste en droit français contemporain*, op.cit, p. 267 à 273.

⁶⁴⁴ CA Douai, ch. 3, 2 juillet 1998 : JurisData n° 045356.

La Cour considère que l'enfant subit un préjudice actuel et certain du fait d'une privation d'affection paternelle et partiellement maternelle. De plus, le préjudice de l'enfant résulte de l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'établir sa filiation paternelle en vertu des articles 344-10 et 161 du code civil.

⁶⁴⁵ Cass. crim., 23 sept. 2010, pourvoi n° 09-84108 : Bull.crim, n° 141.

Dans cette affaire, un homme a été mis en examen pour viol aggravé sur sa fille. De ce viol incestueux est né Kenzo. Sa mère, la victime, s'est constituée partie civile pour elle et pour son fils, Kenzo.

Le tribunal correctionnel a fait droit à la victime en lui accordant des dommages-intérêts, mais a refusé d'allouer ces derniers à Kenzo, au motif qu'il ne pouvait être allégué un préjudice résultant de sa naissance.

La Cour d'appel a condamné le prévenu à verser 10 000 euros de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral subi par l'enfant, distinct de celui résultant de sa naissance. Les juges ont estimé que le préjudice résultait d'une part « du traumatisme lié à la connaissance des faits » et « des difficultés à se construire en raison de sa filiation incestueuse », d'autre part « de l'impossibilité de faire établir son lien de filiation paternelle » car l'article 310-2 l'interdit.

La Cour de cassation a donné raison à la Cour d'appel.

201. Le droit protège les victimes d'inceste, mais cette protection n'est pas absolue et de ce fait elle se révèle insatisfaisante. Afin de pallier ces lacunes législatives, il faudrait que le droit de la procédure pénale procède à une meilleure indemnisation et à un meilleur suivi médical et psychologique de la victime⁶⁴⁶. Concernant une meilleure indemnisation, il serait envisageable et même bien venu de prévoir une indemnisation des blessures et lésions psychologiques de la victime à long terme⁶⁴⁷, mais aussi d'allouer des dommages-intérêts pour « dommages d'enfance » au titre du préjudice moral de la victime d'inceste⁶⁴⁸.

SECTION 2 : INCESTE ET RAPPORTS DE FILIATION INCESTUEUX

202. Les filiations qui résultent d'une procréation médicalement assistées peuvent être qualifiées d'électives car elles ont pour support la volonté (§2). Il en est de même de l'adoption (§1). A la différence de la filiation par procréation biologique, la notion juridique d'inceste n'est pas matérialisée dans ces filiations. Il est ainsi possible de vivre des faits incestueux soit par mensonge, soit par méconnaissance.

§1 : Transformer une relation de couple en relation de parenté par l'adoption

203. Il est possible de transformer une relation de couple en relation de parenté à travers le mécanisme de l'adoption. En effet, les juges autorisent les adoptions des anciens partenaires ou concubins quand la sexualité n'est plus effective entre eux (A). En revanche, les adoptions qui consacrent des relations sexuelles actuelles entre l'adoptant

⁶⁴⁶ Nathalie GLANDIER, *L'inceste en droit français contemporain*, op.cit, p. 303 à 306.

La prise en charge psychothérapeutique pourrait être incitative et prise en compte au titre des frais de justice. Au-delà de la prise en charge individuelle de la victime, il serait utile d'informer la famille sur la nécessité d'une thérapie familiale.

Sur ce sujet cf. Marie-Pierre PORCHY, *Les silences de la loi, Un juge face à l'inceste*, éd. Hachette Littératures, 2003.

⁶⁴⁷ M.P. PORCHY, *Les silences de la loi, Un juge face à l'inceste*, op.cit., p. 86 et s.

⁶⁴⁸ Frédérique GRUYER, Martine FADIER-NISSE et Pierre SABOURIN, *La violence impensable, Inceste et maltraitance*, éd. Nathan, 2^e éd., 2004 coll. « Famille », p. 257.

et l'adopté sont totalement contraires à la finalité de cette institution, de même que les adoptions entre ex-époux (B).

A/ L'affection amoureuse s'est transformée, hors mariage, en rapports de nature filiale

204. Dans un arrêt du 8 juin 1999⁶⁴⁹, la Cour de cassation a approuvé un arrêt rejetant la tierce opposition formée par la mère et le frère de l'adoptant – bien que ce dernier ait entretenu dans le passé des relations sexuelles avec l'adopté- au motif qu'il « n'était pas établi que l'adoption avait été sollicitée pour permettre la création de relations homosexuelles, ni même pour les favoriser ou les consacrer »⁶⁵⁰. La Cour d'appel⁶⁵¹ avait relevé que l'adoption avait été demandée par l'adoptant, célibataire sans enfant, afin d'apporter à un autre homme de condition très modeste l'aide matérielle et sociale qu'aurait pu lui apporter un père. En l'état de ces énonciations, la Cour a décidé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, qu'il n'y avait ni fraude, ni dol, de la part de l'adoptant, condition nécessaire aux termes de l'article 353-2 du code civil, pour ouvrir la tierce opposition. En l'espèce, la nature filiale assortie d'une non-volonté de consacrer, favoriser ou consacrer des relations sexuelles permet de valider la requête en adoption. Il convient de relever que l'adoption est possible car la sexualité entre les anciens partenaires sexuels n'a jamais été instituée. Comme l'a très justement précisé Jean Hauser « l'adoption en général est devenue lentement mais sûrement la technique à tout faire d'une pratique familiale et d'un droit de la filiation en crise »⁶⁵². Admettre que l'ancien amant devient un fils, c'est admettre la confusion des places et des rôles.

205. Cette jurisprudence va dans le même sens que la décision rendue le 19 janvier 1993 par la Cour d'appel de Paris⁶⁵³, qui précise qu'« en admettant que l'adoptant puisse invoquer sa propre fraude, il n'y a pas lieu à révocation de l'adoption simple dès lors qu'il n'établit pas les liens intimes et sentimentaux qu'il allègue avec l'adoptée ».

⁶⁴⁹ Civ. 1^{re}, 8 juin 1999, n° 96-18.908 : JurisData n° 1999-002353 ; Dr. famille 1999, comm. 124, note P. Murat ; RTD civ. 1999, p. 610, obs. J. Hauser.

⁶⁵⁰ Claire NEIRINCK, « Adoption simple au sein d'un couple homosexuel et tierce opposition », *Revue de droit de la famille*, n° 7, juillet 2011, comm. 110.

⁶⁵¹ CA Riom, 2 juillet 1996.

⁶⁵² Jean HAUSER, « L'adoption à tout faire », D., 1987. Chron., p. 205 à 208.

« Car si le décrochage de l'adoption par rapport à son esprit d'origine et au modèle familial qui avait présidé à son développement conduit de plus en plus à lui faire produire des effets pervers, c'est jusqu'à un véritable détournement que l'on risque d'aller au détriment de l'image de l'adoption traditionnelle ».

P. RAYNAUD, « Un abus de l'adoption simple. Les couples adoptifs. », D., 1983. Chron., p. 39.

⁶⁵³ CA Paris, 19 janvier 1993 : JurisData n° 1993-020114.

Ainsi, lorsqu'une ancienne conjugalité hors mariage se croise avec la parenté fictive, il n'est pas question d'inceste, ni même de fait incestueux car la sexualité non instituée n'est plus qu'un fait qui appartient au passé. En revanche, si la sexualité a été instituée par un mariage ou si elle est encore effective, même hors mariage, elle ne peut être combinée avec l'adoption.

B/ L'affection amoureuse, instituée ou effective, ne peut se transformer en relation filiale

206. Le juge ne peut valider une adoption dans laquelle les parties entretiennent des relations sexuelles (1°) ou dans laquelle les parties ont eu une sexualité instituée qui, malgré la dissolution du lien matrimonial, perdure en marge de leurs actes de naissances (2°). Il s'agit de deux formes d'inceste que le droit ne peut consacrer.

1° Refus de l'adoption du partenaire sexuel

207. Dans une décision rendue le 4 mai 2011, la Cour de cassation a précisé que l'adoption ayant pour but unique la création, le maintien ou la reprise de relations sexuelles entre l'adopté et l'adoptant constitue un détournement d'institution⁶⁵⁴. Dans cette affaire, deux femmes vivaient en concubinage. L'adoptante n'avait jamais invoqué l'existence d'un rapport filial. L'adoptante en ne révélant pas sa relation homosexuelle avec l'adoptée et en travestissant la réalité par son silence sur la nature véritable de leur relation a commis une omission dolosive constitutive d'une fraude de nature à influencer de façon déterminante sur la décision d'adoption et rendant recevable la tierce opposition. Sans rapport filial, il ne peut y avoir d'adoption⁶⁵⁵. De plus, cet arrêt permet d'affirmer que les relations sexuelles préexistantes à la requête et qui perdurent après le prononcé de l'adoption sont totalement contraires à la finalité de cette adoption⁶⁵⁶. Il ne s'agit pas d'un revirement de jurisprudence car la Cour limite sa motivation aux « personnes ayant des relations sexuelles » et n'évoquent pas celles « ayant eu des relations sexuelles »⁶⁵⁷. En l'espèce, il y a un double détournement de l'institution : d'une part avec le but exclusivement patrimonial poursuivi par l'adopté, d'autre part avec l'existence des relations sexuelles entre les parties à l'adoption, autrement dit leur vie en couple. Or,

⁶⁵⁴ Civ. 1^{re}, 4 mai 2011, n° 10-13996 : JursiData n° 2011-007704.

⁶⁵⁵ Les juges du fond doivent vérifier l'existence entre l'adoptant et l'adopté d'un réel attachement filial : Cass. 1^{re}, 25 janvier 2005, n° 01-12.108 ; CA Paris, 2 février 2006 : JursiData n° 2006-295816 ; Dr. famille 2006, comm. 125, note P. Murat.

⁶⁵⁶ Claire NEIRINCK, « Adoption simple au sein d'un couple homosexuel et tierce opposition », *op.cit.*

⁶⁵⁷ Claire NEIRINCK, « Adoption simple au sein d'un couple homosexuel et tierce opposition », *op.cit.*

une vie de couple entre l'adoptante et de l'adopté réalise en soi un détournement de l'institution⁶⁵⁸, peu importe le but poursuivi⁶⁵⁹.

208. La Cour de cassation a rendu dans le même sens un arrêt le 22 octobre 2014⁶⁶⁰. En l'espèce, Epiphane, née en 1924, est décédée en 2009 en laissant pour seul héritier Monsieur Y, né en 1978, qu'elle avait adopté simplement en 2008. A son décès, ses frères et son neveu ont formé tierce opposition au jugement d'adoption et ont demandé l'annulation pour insanité d'esprit de l'acte. Ils n'imputaient aucune fraude à l'adoptante, seulement à l'adopté. Pour la Cour d'appel, la tierce opposition à l'encontre d'une décision prononçant une adoption n'est recevable que si le dol ou la fraude qui lui sert de fondement est imputable aux adoptants. Elle a ainsi rejeté l'annulation de l'acte. Or, la Cour de cassation a rappelé que la tierce opposition est recevable en cas de fraude imputable aux adoptés⁶⁶¹. En ce qui concerne la nullité pour insanité d'esprit, elle l'a écartée car les éléments ne suffisent pas à établir qu'Epiphane n'était pas saine d'esprit. En l'espèce, l'adoption avait pour objet de renforcer des liens d'affection ou d'amitié et non de consacrer un rapport filial. Il y a bien détournement de la finalité de l'institution de l'adoption. Comme l'a justement rappelé la Cour, le détournement constitue une fraude de l'adoptant au sens de l'article 353-2 du code civil.

209. Lorsqu'une conjugalité effective se croise avec la parenté, il est question de fait incestueux flagrant, que le juge refuse de valider. L'inceste est factuel car il est vécu au sein d'une conjugalité hors mariage. La Cour de cassation, dans une affaire rendue le 4 mai 2011⁶⁶², a précisé que l'adoption simple n'est pas une adoption à tout faire⁶⁶³.

⁶⁵⁸ Civ 1^{er}, 4 mai 2011, n° 10-13.996 : JurisData n° 2011-007704 ; CA Paris, 16 mars 1989 : JurisData n° 1989-022921.

Dans l'arrêt rendu le 16 mars 1989, les juges du fond retiennent que le détournement de la finalité de l'adoption simple par la vie de couple homosexuel entre les intéressés et la mésestente profonde survenu entre eux constituent les motifs graves de révocation de l'adoption simples prévus par la loi mais n'en justifient pas le prononcé aux torts de l'adoptant.

⁶⁵⁹ Claire NEIRINCK, « Adoption simple au sein d'un couple homosexuel et tierce opposition », op.cit. L'adoption servait essentiellement un intérêt patrimonial en permettant de contourner le principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs.

⁶⁶⁰ Civ. 1^{re}, 22 octobre 2014, n° 13-22970.

⁶⁶¹ Article 353-2 du code civil.

⁶⁶² Civ. 1^{re}, 4 mai 2011, AJ fam. 2011. 318.

⁶⁶³ Cf. note de bas de page n° 652.

2° Refus de l'adoption de l'ex conjoint

210. La Cour de cassation, dans un arrêt du 23 juin 2010⁶⁶⁴, a jugé que la requête en adoption simple par laquelle l'épouse divorcée sollicite l'adoption simple de son ex-mari ne peut qu'être rejetée car elle réaliserait l'inceste⁶⁶⁵. Plus exactement, l'arrêt n'évoque pas l'inceste. Il se contente d'affirmer que la qualité d'anciens conjoints interdit l'adoption. Dans cette affaire, Madame L. a épousé en 1993 Monsieur Abou M. qui avait vingt ans de moins qu'elle. En 2006, après treize ans de mariage, les époux ont divorcé et Monsieur Abou s'est remarié avec une femme de son âge avec qui il envisage d'avoir des enfants. Madame L. a présenté une requête en adoption simple de Monsieur Abou, dans laquelle elle expose qu'en raison des liens affectifs forts qui existaient entre eux, elle souhaite qu'il soit le fils qu'elle n'a pas eu et le père de ses petits-enfants. L'adoption aurait fait du conjoint divorcé le fils de l'ex épouse. Il s'agit d'une forme d'inceste que le droit ne peut consacrer.

211. Pourquoi un mariage dissout est-il incompatible avec l'adoption simple ultérieure d'un ex époux par l'autre alors que des relations de concubinages antérieures entre adoptant et adopté ne constituent pas toujours un obstacle insurmontable au projet adoptif ?⁶⁶⁶ Ils ont été des époux. Même si ce lien est aujourd'hui dissout, il a été enregistré à l'état civil dans un acte de mariage transcrit en marge de leurs actes de naissances⁶⁶⁷. La famille prend appui sur deux liens : l'alliance et la parenté. Quand ils se croisent, il y a inceste. Quand la conjugalité hors mariage se croise avec la parenté, il y a fait d'inceste car la conjugalité hors mariage ne constitue pas un lien juridique. Et inversement, quand l'alliance se croise avec la parentalité, qui n'est pas juridique, il y a fait d'inceste. Les places statutaires ne sont pas interchangeables. Même si l'inceste devient moins perceptible, il demeure comme un refus de la confusion des places statutaires.

⁶⁶⁴ Civ. 1^{re}, 23 juin 2010, n° 09-66-782.

⁶⁶⁵ Claire NEIRINCK, « Refus de l'adoption simple de l'ex conjoint », *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2010, comm. 150.

⁶⁶⁶ Claire NEIRINCK, « Refus de l'adoption simple de l'ex conjoint », *op.cit.*

⁶⁶⁷ Claire NEIRINCK, « Refus de l'adoption simple de l'ex conjoint », *op.cit.*

§2 : Faire naître par PMA un enfant entre deux personnes qui sont parentes

212. En droit français, l'AMP n'est ouverte qu'aux couples hétérosexuels souffrant d'une infertilité pathologique. L'AMP peut être endogène, c'est-à-dire sans tiers donneur, ou exogène, c'est-à-dire avec tiers donneur. Le couple peut être marié, pacsé ou vivre en concubinage. La question de la consanguinité, en matière d'AMP endogène, ne se pose que pour les concubins car elle est réglée en amont pour les époux et partenaires à travers les empêchements à mariage et à PACS. (A) En revanche, tous les couples procédant à une AMP exogène, également appelée procréation artificielle hétérologue, sont soumis à cette question lors du don. (B)

A/ AMP endogène et fait incestueux

213. L'AMP endogène correspond à une AMP sans tiers donneur. Deux cas de figures se présentent pour cette AMP: soit une femme est inséminée artificiellement avec les spermatozoïdes de son conjoint, partenaire ou concubin, soit il y a conception in vitro d'un embryon avec les gamètes des deux membres du couple qui sera ensuite implanté dans l'utérus de la femme.

214. L'article L. 2141-2 alinéa 3 du code de la santé publique précise que « l'homme et la femme doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ». Depuis la loi du 7 juillet 2011⁶⁶⁸, tous les couples hétérosexuels dont les deux membres présentent une stérilité pathologique peuvent recourir à une AMP. Ainsi, les époux, les partenaires et les concubins entrent dans le champ d'application de cet article. Cet article ne traite pas de la question de l'inceste. Avant 2011, seuls les époux et partenaires pouvaient recourir à une AMP. De ce fait, la question de l'inceste ne se posait pas pour l'accès à l'AMP car elle était traitée en amont avec les empêchements à mariage et à PACS. Or, depuis le 7 juillet 2011, les concubins hétérosexuels peuvent recourir aux AMP. Se pose donc la question de l'inceste car les concubins peuvent être frère et sœur. Est-ce un oubli de la part du législateur ? Un médecin peut-il pratiquer une AMP endogène, alors que les concubins ont un lien de parenté ? Cela suppose toutefois qu'ils aient des noms

⁶⁶⁸ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011.

différents mais c'est possible s'ils sont nés de lits différents. Ils sont donc demi-frère et demi-sœur ayant des pères différents. La fiction masquée favorise le fait incestueux.

215. Il appartient au médecin⁶⁶⁹ d'apprécier si les conditions d'accès aux AMP sont remplies. L'article L. 2141-2 alinéa 3 du code de la santé publique traite des obstacles aux AMP. L'existence d'un lien de parenté entre les concubins constitue-t-il un obstacle légal ? Cet article précise que « font obstacle à l'insémination ou au transfert d'embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'AMP ». Cet article ne traite pas de l'inceste. Ainsi, si le médecin s'en tient aux conditions légales posées à l'article L. 2141-2 alinéa 3 du code de la santé publique, il pourra mettre en œuvre une AMP pour des concubins ayant un lien de parenté.

Les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale⁶⁷⁰ ont pour objet de vérifier la motivation de l'homme et la femme formant le couple. Ce n'est que lors de ces entretiens que les concubins pourront révéler ou non l'existence d'un lien de parenté entre eux. Même s'ils « avouent », le médecin peut tout de même pratiquer l'AMP car les conditions légales sont remplies. Cependant, il pourra refuser de la pratiquer, s'il invoque la clause de conscience.

Dans les faits, les personnes non mariées qui ont un lien de parenté rencontrent de grandes difficultés pour recourir à une AMP en France. Pour pallier à cela, certaines se rendent à l'étranger. Tel est le cas, notamment, de Jeanine, âgée de plus de 60 ans, et de Robert, frère handicapé de Jeanine, qui se sont rendus aux Etats-Unis pour recourir à une AMP⁶⁷¹. Afin de bénéficier de cette pratique, Jeanine et Robert ne se sont pas présentés comme frère et sœur mais comme mari et femme, statut bien évidemment erroné. Plusieurs embryons ont été conçus en éprouvette avec les ovules d'une donneuse et le sperme de Robert. Jeanine a porté un embryon, suite à un traitement hormonal. Elle a donné naissance au petit Benoît. Elle a la qualité de mère puisqu'elle a accouché.

⁶⁶⁹ L'activité d'assistance médicale à la procréation est réservée à des établissements de santé ou à des laboratoires autorisés à pratiquer des actes cliniques ou biologiques d'AMP. Patrick COURBE, *Droit de la famille*, éd. Sirey, 2008, 5^e éd., coll. « Sirey Université », p. 393.

Ces actes doivent être effectués sous la responsabilité d'un praticien agréé à cet effet. L'autorisation est délivrée pour cinq ans.

⁶⁷⁰ Article L. 2141-10 al. 1 code de la santé publique.

⁶⁷¹ Claire NEIRINCK, « Un enfant à tout prix ? questions d'éthique et de droit », In *La Documentation française*, Problèmes politiques et sociaux, juin 2009, n° 961, p. 60.

Quelques jours plus tard, une mère porteuse a mis au monde Marie-Cécile issue du sperme de Robert, qui l'a immédiatement reconnue. Benoit et Marie-Cécile sont à la fois frère et sœur -puisque'ils ont le même géniteur- et cousins germains -puisque leurs parents sont frères et sœurs-.

216. Si le médecin pratique une AMP pour des concubins ayant un lien de parenté, que se passe-t-il pour l'établissement de la filiation ? En général, le droit commun de la filiation s'applique lorsque l'enfant est issu d'une AMP endogène. La femme devient mère parce qu'elle a accouché et que son nom est indiqué dans l'acte de naissance et l'homme devient père soit par reconnaissance soit par présomption de paternité si le couple est marié. Si l'enfant est issu d'un inceste relatif, le droit commun s'applique sans difficulté. En revanche, la difficulté apparaît lorsque l'enfant est issu d'un inceste absolu car on ne peut appliquer le droit commun, conformément à l'article 310-2 du code civil. En effet, il ne peut se voir établir un double lien de filiation, mais cela est-il aussi valable pour les enfants issus d'un « fait incestueux absolu » par AMP ? Il n'existe aucune jurisprudence sur cette question. Toutefois, nous pouvons supposer que le juge refusera de valider un double lien de filiation pour les enfants issus de cette pratique médicale. Seule l'action à fins de subsides sera recevable dans cette situation. Néanmoins, l'homme n'aura pas besoin de prouver sa paternité car la vérité biologique découlera de son consentement donné à l'AMP.

217. Ici, on ne parle pas d'inceste car il n'y a pas de sexualité ; or l'inceste existe et ne peut être validé, même sous cette forme. Un enfant naît de deux personnes parentes, qui certes n'ont pas eu de relations sexuelles ensemble, mais les conséquences sont identiques : les places sont mélangées et la consanguinité est une réalité.

B/ AMP exogène et consanguinité

218. La multiplication des dons de sperme d'un même homme, comme la pluralité des dons d'ovocytes d'une même femme, accroît le risque de consanguinité⁶⁷². Jean-Paul Branlard parle, à propos du don de gamètes, d'une possibilité d' « inceste sans sexualité »⁶⁷³. Un parallèle peut être fait avec l'histoire d'Œdipe. Œdipe, ignorant sa

⁶⁷² A chaque éjaculation, un homme libère environ deux cent millions de spermatozoïdes. Jean-Paul BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, op.cit, p. 281.

« Un donneur pourrait devenir dans une année le père d'environ vingt mille enfants » : Charles LARERE, « L'insémination artificielle en Angleterre », In *L'insémination artificielle*, ouvrage publié par le Centre d'études Laennec, éd. Lethielleux, 1947, p. 50.

⁶⁷³ Jean-Paul BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, op.cit, p. 268.

filiation paternelle et maternelle, tue son père Laios et épouse sa mère. Lorsqu'il découvre ce qu'il a fait, il se crève les yeux et part sur les routes guidé par l'enfant incestueux Antigone ; il ne pouvait accepter l'inacceptable.

Afin d'éviter tout risque de consanguinité entre les enfants nés d'AMP avec le donneur ou le donneur lui-même ou les enfants de ce dernier, le législateur a limité à dix au maximum les dons du donneur ponctuel. L'article L. 1244-4 CSP précise « le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de dix enfants ». Malgré cette disposition, le don étant anonyme, il est possible que le donneur et l'enfant ou les enfants issus du même donneur se rencontrent et désirent se marier⁶⁷⁴ ou bien que le sperme d'un donneur soit utilisé pour sa fille⁶⁷⁵. Il est alors question d'inceste informel qui correspond à de la consanguinité. Les AMP étant de plus en plus nombreuses, les individus sont de plus en plus concernés par la consanguinité, à un degré plus ou moins évident. Cette législation encourage ce qui est interdit et cela crée un climat de doute.

219. Dans le même registre, les arrangements de procréations artisanales ou les procréations légales entre membres d'une même famille favorisent une forme d'inceste. L'acte de PMA n'est pas appréhendé comme une copulation. La seringue se présente comme une barrière à la sexualité, mais dans le fond il s'agit bien d'un inceste, certes pas juridique mais social⁶⁷⁶.

En Grèce, dans une GPA présentée comme éthique, la mère porteuse peut être une alliée ou une parente de la mère commanditaire⁶⁷⁷. Une mère peut ainsi accepter d'être mère porteuse pour sa fille. Il y a une confusion des générations, un brouillage générationnel, quand la grand-mère porte l'enfant pour la fille. Quand la sœur porte sa nièce ou son neveu, l'inceste se double d'un soupçon de polygamie⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ Les banques de spermes américaines en adoptant la notion de donneur rétribué, habituel, favorisent les risques de consanguinité. Deux américains ont renoncé à se marier après avoir découvert qu'ils avaient été conçus avec le sperme du même donneur. Anne-Marie DE VILAINÉ, « L'homme-machine, la femme cobaye, les bébés éprouvettes et les enfants de la science et esquisses pour des réponses à des questions posées », In *Génétique, procréation et droit*, éd. Actes-Sud, 1985, p. 555.

⁶⁷⁵ Jean-Paul BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, op.cit, p. 210 : « (...) un homme conçu par ce procédé, prenant pour femme celle qu'il croit une étrangère, peut épouser sa sœur. Même si l'inceste n'est pas réel, son spectre risque d'occuper un jour ou l'autre la pensée de ceux nés d'une IAD ».

⁶⁷⁶ Exemple d'une femme de 62 ans, en mai 2001, qui a donné naissance à un enfant conçu avec le don de sperme de son frère. Eric FASSIN, *Le sexe politique : Genre et sexualité au miroir transatlantique*, éd.de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 2009, coll. « Cas de figure », p. 76.

⁶⁷⁷ www.enfance-et-filiation.fr/gpa/

⁶⁷⁸ www.enfance-et-filiation.fr/gpa/

Une britannique a accepté de porter l'enfant de son fils homosexuel⁶⁷⁹. Cet enfant est devenu le fils de son frère et de sa grand-mère.

L'exemple d'un frère et d'une sœur, qui se rendent aux Etats-Unis pour recourir à une AMP, suit la même logique.

Il n'y a plus de différence et de continuité entre les générations. L'enfant devient un produit d'un acte technique, dans lequel l'inceste est inconscient et implicite, mais la consanguinité réelle.

220. Que se passe-t-il si le donneur et l'enfant ont ensemble des relations sexuelles fécondantes ? Il y a consanguinité entre ces deux personnes et non inceste. De ce fait, l'article 310-2 ne s'applique pas. L'enfant peut donc se voir établir un double lien de filiation. Le lien de consanguinité n'étant pas institué en lien de parenté, cela ne constitue pas barrage à l'établissement d'un double lien de filiation. S'il y a confusion biologique entre consanguinité et inceste, il ne peut y avoir confusion juridique entre les deux. C'est également pour cette raison qu'ils peuvent se marier. En effet, la consanguinité non instituée peut se croiser avec l'alliance. Il y a fait incestueux mais famille juridique. Le fait incestueux n'est pas toujours combiné avec la famille de fait. C'est parce que ce fait est volontairement masqué par le législateur qu'il est possible d'accéder au statut juridique de la famille.

221. L'homme qui a consenti au projet de PMA devient père d'un enfant qui lui est biologiquement étranger. Malgré l'absence de biologie entre eux, les règles d'empêchements à mariage s'appliquent. Ainsi, la parenté, qui n'est pas nécessairement conforme au biologique, constitue une cause d'empêchement à mariage. En revanche, l'homme qui a donné son sperme, mais qui est juridiquement étranger à cet enfant puisque le législateur refuse l'établissement d'un lien de parenté entre eux⁶⁸⁰, n'est pas soumis aux règles d'empêchements à mariage avec cet enfant. Si le législateur venait à modifier sa législation en permettant aux enfants issus d'AMP avec don d'accéder à leurs origines, cela constituerait-il une barrière à leur mariage ? En matière d'inceste, le mariage entre deux personnes est interdit s'il existe entre elles un lien de parenté ou un lien d'alliance. L'accès aux origines ne crée pas un lien de filiation mais rien n'interdit au législateur d'en tenir compte. C'est précisément ce risque qui a justifié la tenue de

⁶⁷⁹ Marianne DUPRANO, « Elle prête son utérus à son fils : quand la GPA rejoue Œdipe Roi », In *Le Figaro*, 10/03/2015.

⁶⁸⁰ Cf. supra n° 111.

registres et la conservation des informations utiles sur les donneurs et bénéficiaires d'AMP imposées par les lois suédoise et anglaise. Ainsi, le mariage leur demeure accessible. Aujourd'hui l'élément fondateur du couple est l'affectivité et l'élément fondateur de la parenté, le projet parental. Cette évolution masque un inceste potentiel.

CONCLUSION DU SOUS-TITRE 1

222. Le déclin de l'interdit de l'inceste se révèle au sein du mariage, car le déclin de cet interdit est intimement lié au déclin de la procréation. En revanche, l'interdit de l'inceste est absolu dans le PACS ; aucun aménagement n'est possible en faveur de l'inceste car ce dernier ne peut être organisé par un contrat. Changer la forme du PACS, c'est-à-dire passer du contrat à une sorte d'institution bis du mariage, permettrait d'ériger l'interdit de l'inceste en interdit relatif, mais est-ce vraiment nécessaire ? L'originalité du PACS réside dans sa conclusion et sa facilité de s'en défaire, et cela n'est possible que par contrat. Le PACS et le mariage s'alignent sur cette question, dans le sens où ces deux conjugalités interdisent l'inceste, même si l'une est plus stricte que l'autre.

223. L'article 310-2 du code civil, qui pose l'interdiction d'établir un double lien de filiation pour les enfants issus d'un inceste absolu, ne s'applique que dans le cadre des filiations par procréation, qui est singulière aux couples hétérosexuels. Les couples homosexuels sont concernés par les règles découlant des articles 161 à 163 du code civil seulement depuis que le législateur leur a ouvert le mariage, c'est à dire depuis 2013. Dans l'AMP et l'adoption, il est question de fait d'inceste, qui est toléré par le législateur.

224. Malgré ces interdictions, les familles incestueuses existent dans les faits, mais aucune revendication n'est formulée en faveur d'un accès à l'alliance ou à la parenté. D'une part, le caractère immoral de la relation se présente comme une barrière à toute revendication et d'autre part, les familles de fait incestueuses ne sont pas totalement dénuées d'accès au juridique. En effet, un encadrement juridique de ces familles existe déjà. Ce dernier passe par l'établissement unilinéaire de la filiation incestueuse, et par l'accès à la conjugalité à travers le concubinage et les dispenses accordées par le

Président de la République. Certains juristes formulent des revendications, non pas en faveur de cadres civils, mais plutôt en faveur d'une pénalisation plus sévère de l'inceste, notamment à travers une qualification pénale d'inceste.

SOUS-TITRE 2 : DE L'INTERDICTION

DE LA BIGAMIE A POLYGAMIE DE

FAIT

225. La polygamie⁶⁸¹ s'oppose à la monogamie. Elle désigne l'état d'une personne qui a contracté plus de deux mariages⁶⁸², alors que la monogamie⁶⁸³ s'entend comme le système juridique dans lequel un homme ou une femme ne peut avoir plusieurs conjoints en même temps. La polygamie englobe des situations soit de polygynie, qui correspond à l'union d'un homme avec plusieurs femmes, soit de polyandrie, qui est l'union d'une femme et de plusieurs hommes. Cette dernière est très exceptionnelle⁶⁸⁴ et n'est d'ailleurs jamais apparue dans le contentieux français⁶⁸⁵. Deux formes de polygamie existent : la polygamie, dite archaïque, qui est pratiquée par le chef ou le

⁶⁸¹ Par commodité de langage, nous emploierons indistinctement les termes bigamie et polygamie.

La bigamie est une forme restreinte de la polygamie. Il s'agit d'un homme avec deux femmes.

⁶⁸² Mohamed DJAGHAM, « La polygamie en Algérie : divergences autour d'un droit en mutation », *Revue des Sciences humaines*, Université Mohamed Khider Biskra, mars 2014, n° 34-35, p. 62-63.

La polygamie est issue du grec ancien *polus* qui signifie beaucoup et *gamos* mariage.

⁶⁸³ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e édition Puf 2007, p. 597.

La monogamie est issue du latin « monogamia »

⁶⁸⁴ Certes, il existe dans le monde des cas de polyandrie, mais ils sont très rares. Prenons l'exemple de la société Bashilélé traditionnelle d'Afrique noire (République démocratique du Congo). Cette coutume a disparu avec la colonisation et les risques de contracter des maladies sexuellement transmissibles. Il a pu être écrit que la femme polyandre jouissait d'un statut privilégié en étant chargée de missions diplomatiques et en faisant profiter ses enfants de la paternité juridique de tous ses maris. Mary DOUGLAS, par J.-M.

PAUWELS, « Le statut de la femme en droit privé zaïrois » : RJPIC, 1974.820, p. 828. Paul MASSON, *Etude sur la bigamie et spécialement dans ses rapports avec le droit civil*, thèse soutenue le 9 mars 1917, Paris, p. 20 à 24.

Dans les pays où la polyandrie est pratiquée, elle n'apparaît jamais comme étant un choix de la femme d'avoir plusieurs maris mais plutôt comme un partage, entre plusieurs hommes, de femmes en nombre insuffisant : cf. Encyclopédie Universalis, v° Polygamie.

Etude sur la polyandrie, cf. Robert DELIEGE, *Anthropologie de la famille et de la parenté*, op.cit, p. 110 à 136.

⁶⁸⁵ Béatrice BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, éd. GLN Joly, 1993, p. 4.

sorcier⁶⁸⁶ et la polygamie qui véhicule l'idée de richesse et de puissance⁶⁸⁷. Depuis une cinquantaine d'années, les juges français sont de plus en plus confrontés à cette seconde forme de polygamie.

Historiquement, la polygamie était liée aux premiers rudiments d'organisation sociale dans les communautés primitives⁶⁸⁸. Elle s'était signalée en Inde⁶⁸⁹, en Europe⁶⁹⁰, en Afrique, chez les Hébreux⁶⁹¹, les Arabes⁶⁹² et tout autour de la méditerranée⁶⁹³. De plus, elle a été mêlée à certains faits politiques⁶⁹⁴. Certains anthropologues la considèrent comme inhérente à la nature humaine⁶⁹⁵. Cette pratique, qui régresse face aux évolutions socioéconomiques, reste toutefois autorisée dans une cinquantaine de pays⁶⁹⁶, majoritairement d'Afrique.

⁶⁸⁶ On retrouve cette polygamie au Brésil. Elle se transforme, en Australie et en Malaisie, en une polygamie « gérontocratique » réservée aux plus vieux. Béatrice BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, op.cit, p. 5.

⁶⁸⁷ Cette forme de polygamie se pratique en Afrique du Nord ou Afrique noire. Le nombre de femmes démontre la richesse de l'époux. Béatrice BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, op.cit, p. 5-6.

⁶⁸⁸ Ahmed MOATASSIME, « Femmes musulmanes entre « l'état sauvage » et les « cultures civilisées » », *Tiers-Monde*, 1984, tome 25, n° 97. Culture et développement, sous la direction de Lê Thành Khôi, p. 148.

⁶⁸⁹ Tous les princes mahométans de l'Inde entretenaient un harem considérable. In Paul MASSON, *Etude sur la bigamie et ses spécialement dans ses rapports avec le droit civil*, op.cit, p. 35.

⁶⁹⁰ Les Rois Mérovingiens Gontran, Sigebert, Childeric avaient plusieurs épouses. Charlemagne en eut un grand nombre. In BUI-TUONG-CHIEU, *La polygamie dans le droit annamite*, thèse soutenue le 4 décembre 1933, Paris, p. 14.

⁶⁹¹ Chez les Hébreux, la polygamie a existé de fait, bien que la loi suppose la monogamie.

D'après la Bible, Jacob eut quatre femmes. Judas, Booz, Saul, David eurent plusieurs femmes. Paul MASSON, *Etude sur la bigamie et spécialement dans ses rapports avec le droit civil*, op.cit, p. 34-35.

⁶⁹² Chez les musulmans, la polygamie revêt dans le Coran l'autorité d'une loi divine.

⁶⁹³ Ahmed MOATASSIME, « Femmes musulmanes entre « l'état sauvage » et les « cultures civilisées » », op.cit., p. 148.

⁶⁹⁴ Harems sultaniens d'Orient et sérails royaux d'Occident.

Dans l'Arabie préislamique, il n'y avait pas de limite au nombre de femmes et de concubines qu'un chef de famille pouvait avoir. Les femmes et les enfants vivaient ensemble sans aucun contact avec le monde extérieur. Seuls les hommes riches pouvaient entretenir un harem. In François DORTIER, *Familles, permanence et métamorphoses*, éd. Sciences Humaines, 2002, p. 29.

Agamemnon, effrayé du succès des Troyens et des exploits d'Hector, se décide à envoyer une ambassade auprès d'Achille et à lui promettre des femmes pour s'assurer son concours. Il dit : « Je lui donnerai encore sept femmes de Lesbos, très bien élevées et instruites à faire des beaux ouvrages, je les choisis moi-même pour ma part dans le butin, lorsqu'il se rendit maître de Lesbos... Si jamais les Dieux nous accordent de saccager la ville de Priam, quand nous ferons le partage du butin, il aura pour lui vingt Troyennes qui ne céderont qu'à Hélène seule le prix de sa beauté ». In Paul MASSON, *Etude sur la bigamie et ses spécialement dans ses rapports avec le droit civil*, op.cit, p. 26.

⁶⁹⁵ L'homme a généralement des instincts polygamiques. Charles Letourneau précise : « il descend des précurseurs anthropomorphes et que les grands singes sont habituellement polygames ». Charles LETOURNEAU, L'évolution du mariage et de la famille, p. 169, cité In BUI-TUONG-CHIEU, *La polygamie dans le droit annamite*, thèse soutenue le 4 décembre 1933, Paris, p. 16.

⁶⁹⁶ Afghanistan, Algérie, Angola, Arabie Saoudite, Bangladesh, Bénin, Birmanie, Cameroun, Cambodge, Centrafrique, Egypte, Djibouti, Emirats arabes unis, Iran, Kenya, Laos, Maroc, Mali, Nigéria, Sénégal, Somalie, Togo etc.

Le législateur a érigé le principe monogamique pour que les époux aient moins d'enfants mais aussi pour qu'ils concentrent tous leurs efforts sur leurs éducations. Dans ce système, les enfants sont égaux. La monogamie traduit une volonté civilisatrice⁶⁹⁷. Elle s'associe à la construction de la famille⁶⁹⁸ et marque le passage de la tribu à la famille. L'éducation des enfants, fondement de la monogamie et par conséquent de l'interdiction de la polygamie, trouve tout son sens lorsque le mariage est lié à la procréation. Avec l'ordonnance de 2005, qui a mis fin au lien entre mariage et présomption de paternité, et avec l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe en 2013, qui a encore plus détaché le mariage de la filiation, les fondements d'interdiction de la polygamie trouvent de moins en moins de sens. L'interdiction de la polygamie s'est également affaiblie avec le divorce et la multiplication des familles recomposées. La règle est en quelque sorte détruite dans une société qui admet des polygamies successives. L'introduction des familles de fait polygames dans le droit a conduit à une destruction du droit.

Le législateur français interdit la bigamie. Cette prohibition, qui est propre aux mariages, ne concerne pas les unions para-matrimoniales. (Chapitre 1) Ainsi, la polygamie dite factuelle, tout comme les mariages polygamiques valablement célébrés à l'étranger, sont une réalité que le juge et le législateur ne peuvent ignorer. En validant ces pratiques, ils ont apporté des limites à cette répression. (Chapitre 2)

⁶⁹⁷ DE BONALD, La société domestique commença par la monogamie et l'indissolubilité du lien conjugal » In Paul MASSON, *Etude sur la bigamie et ses spécialement dans ses rapports avec le droit civil*, op.cit.

⁶⁹⁸ La famille est le produit d'une civilisation plus avancée. Elle est née en Grèce, s'est fortifiée à Rome et a été sanctifiée par le Christianisme.

CHAPITRE I : LA REPRESSION DE LA BIGAMIE

226. Le droit français érige la monogamie en principe. (Section 1) Ce n'est que lorsque le principe monogamique n'a pas été respecté au sein du mariage, autrement dit lorsqu'un mariage polygamique a été contracté, que le législateur prévoit des sanctions. (Section 2)

SECTION 1 : PRINCIPE MONOGAMIQUE

227. Le principe monogamique est commun à toutes les formes de conjugalité. En effet, que ce soit dans le mariage, le PACS ou le concubinage, l'union est limitée à deux personnes. (§2) En revanche, l'interdiction légale de la polygamie ne concerne que le mariage. (§1)

§1 : Dans le mariage

228. La tradition romano-chrétienne est monogamique. La monogamie est une sorte de « *clé de voûte de la civilisation juridique européenne* »⁶⁹⁹. Le mariage en droit français est monogamique. L'article 143 du code civil⁷⁰⁰ dispose que le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. Ainsi, par les termes « deux personnes », le législateur fait référence au principe monogamique. De plus, le principe monogamique est exprimé dans l'article 147 du code civil : « on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

⁶⁹⁹ Pierre MURAT (sous la dir.), *Droit de la famille*, op.cit., p. 80.

⁷⁰⁰ Article 143 du code civil modifié par la loi 2013-404 du 17 mai 2013.

Avant cette modification, le législateur employait le terme « homme et femme », qui sous-entendait deux personnes de sexe différent, faisant ainsi référence au principe monogamique : article 144 du code civil.

229. Le mariage se distingue des autres formes de conjugalité, dans le sens où il est le seul à connaître une disposition légale qui interdit expressément la polygamie. Cet interdit figure à l'article 147 du code civil. Il s'agit d'une condition de fond du mariage, reposant sur la moralité sociale. L'interdit de la polygamie constitue la continuité du principe monogamique. Le législateur a clairement limité le mariage à deux personnes.

230. Les conditions de formation du mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi nationale⁷⁰¹. Ainsi, les époux de nationalité française sont soumis à l'article 147 du code civil. L'existence d'un précédent mariage non dissous étant une condition bilatérale, l'on procède à une application cumulative des lois en présence, lorsque les époux sont de nationalités différentes. Ces conditions sont régies par les deux lois nationales et le mariage n'est valable que si aucune des lois ne l'interdit⁷⁰². Les époux, dont la loi nationale admet la polygamie, peuvent-ils célébrer une union polygamique sur le territoire français ? La réponse est négative. En effet, l'ordre public français en matière internationale s'oppose à la célébration d'une telle union. Cette prohibition touche également le mariage qui serait célébré entre deux étrangers par les agents diplomatiques ou consulaires de leur pays en France⁷⁰³. Cependant, les mariages polygamiques valablement célébrés à l'étranger entre étrangers ne sont pas nuls et peuvent produire leurs effets en France⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ Article 202-1 alinéa 1 du code civil (modifié par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014- art. 55) : « Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. Quelque soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180. »

Cet article reprend une solution traditionnelle de la jurisprudence française de droit international privé qui soumettait les conditions de fond du mariage à la loi nationale des époux.

Pierre MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, éd. Librairie Droz, 1970, p. 32 ; BATTIFOL, *Traité*, n° 430.

⁷⁰² Paris, 2 février 1956, JCP 1956.II.9229, note P.G : Un sujet iranien de confession israélite avait contracté un mariage à Bagdad en 1921 avec une iranienne de même religion. En 1947, sans que ce premier mariage ait été dissous, cet iranien en avait contracté un second en France avec une française. La Cour d'appel décida que « ce nouveau mariage est donc nul d'une nullité d'ordre public, aucune personne déjà mariée ne pouvant valablement contracter en France une nouvelle union légitime, alors même que son statut personnel le permettait ». Dans le même sens, s'agissant du mariage d'une française et d'un camerounais déjà marié dans son pays : Tribunal de grande instance de la Seine, 21 juin 1967, Dame Courtois c. Medou Me Ze, R 1968, 294, note Battifol, Recueil général des lois, 1969, p. 77, note Droz.

Un mariage célébré à l'étranger entre un français et un étranger ayant déjà contracté une première union n'a pas d'effet en France : Civ. 1^{re}, 24 sept. 2004, n° 00-15789.

Lorsqu'un français épouse un étranger qui contracte ensuite une seconde union à l'étranger, cette dernière ne peut produire effet à l'égard du premier conjoint : Civ. 1^{re}, 17 févr. 1982, n° 80-17113.

⁷⁰³ Toutefois, l'affirmation est discutée : Paris, 5 avril 1990, D. 1990, 424, note F. Boulanger.

⁷⁰⁴ Cf. infra n° 250-251.

231. Afin de vérifier qu'il n'y a pas de mariage antérieur, la loi exige la délivrance de l'extrait de l'acte de naissance⁷⁰⁵. En effet, sur cette copie figure, le cas échéant, la mention révélatrice d'un mariage antérieur⁷⁰⁶. De plus, l'opposition est largement admise par le conjoint⁷⁰⁷, les ascendants⁷⁰⁸ ou le Ministère public⁷⁰⁹. La prévention de la bigamie est large afin de l'éviter à tout prix.

232. Autrefois, un empêchement particulier limitait les mariages successifs. Il résultait du délai de viduité⁷¹⁰. Ce délai temporaire, fondé sur la filiation, était imposé entre la dissolution du premier mariage et la conclusion du mariage suivant. C'était pour éviter les conflits de paternité, la confusion de part⁷¹¹. La loi avait ainsi prévu un délai de 300 jours pendant lequel la femme ne pouvait se remarier. Le point de départ était le jour du décès du mari ou celui du jugement définitif du divorce. Ce délai a été supprimé par la loi du 26 mai 2004.

Aujourd'hui, pour pouvoir contracter un nouveau mariage, il faut que le premier mariage soit dissous, pour quelque cause que ce soit : décès, divorce ou absence. Le remariage des veufs et divorcés est libre en règle générale. L'évolution du divorce est très favorable aux recompositions familiales.

234. Le législateur refuse la polygamie, c'est-à-dire l'union de plusieurs épouses en même temps. Toutefois, avec les remariages, il admet une sorte de polygamie successive⁷¹², c'est-à-dire des épouses séparées par un divorce.

⁷⁰⁵ Article 70 alinéa 1 du code civil : "Chacun des futurs époux remet à l'officier de l'état civil qui doit célébrer le mariage l'extrait avec indication de la filiation de son acte de naissance, qui ne doit pas dater de plus de trois mois s'il a été délivré par un officier de l'état civil français."

⁷⁰⁶ Article 76 du code civil.

⁷⁰⁷ Article 172 du code civil : « Le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par le mariage avec l'un des deux parties contractantes ».

⁷⁰⁸ Article 173 du code civil : « Le père, la mère, et, à défaut de père et de mère, les aïeuls et aïeules peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, même majeurs.

Après mainlevée judiciaire d'une opposition au mariage formée par un ascendant, aucune nouvelle opposition formée par un ascendant n'est recevable ni peut retarder la célébration ».

⁷⁰⁹ Article 175-1 du code civil : « Le ministère public peut former opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage ».

⁷¹⁰ Ancien article 228 du code civil.

⁷¹¹ La tubatio sanguinis. Part : l'enfant dont la mère vient d'accoucher. Etymologie : partus, us : accouchement.

⁷¹² Cf. infra n° 274 à 276.

§2 : Hors mariage

235. Le PACS et le concubinage ont une valeur monogamique. En revanche, seul le PACS, organisé par la loi, connaît une sorte d'interdiction de la polygamie (A). Ainsi, une polygamie factuelle est possible au sein du concubinage mais peut-on alors qualifier cette situation de concubinage ? (B).

A/ PACS

236. L'article 515-1 du code civil définit le PACS comme un « contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». Par la mention « deux personnes physiques majeures », le législateur impose la monogamie. Le contrat ne peut être conclu par plus de deux personnes et un partenaire ne peut pas conclure un autre PACS avec une troisième personne.

237. En droit français, il existe une sorte d'interdiction de la polygamie dans le PACS car il est impossible de conclure un PACS si le partenaire est déjà pacsé ou marié. Le fondement juridique de cet interdit se trouve dans l'article 515-2 du code civil, qui précise qu'il ne peut y avoir de PACS, à peine de nullité, entre deux personnes deux personnes dont l'une d'elle ou moins est engagée dans les liens du mariage et/ou entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité⁷¹³. Toutefois, les sanctions sont moindres que celles prévues pour le mariage polygamique. En effet, seule la nullité absolue est prévue, aucune sanction pénale n'est envisageable.

238. L'article 515-7⁷¹⁴ du code civil prévoit que « le PACS se dissout par la mort de l'un des partenaires ou par le mariage des partenaires ou de l'un d'eux ». Il ajoute que la dissolution prend effet à la date de l'évènement. Contrairement au mariage polygamique qui doit systématiquement être annulé, le PACS de nature polygamique, qui se traduit par la conclusion dans un premier temps d'un PACS et la célébration d'un mariage dans un second temps, peut être dissout. Pendant quelques temps coexistent le PACS et le mariage. Ce n'est qu'après révélation ou constatation de la célébration du mariage que le PACS est dissout mais rétroactivement à date du mariage. Il s'agit d'une

⁷¹³ Le législateur a inséré les dispositions relatives à l'inceste et à la polygamie dans le même article et a ainsi prévu une sanction identique –la nullité absolue- pour le PACS polygamique et le PACS de nature incestueuse.

⁷¹⁴ Article 515-7 du code civil.

forme de bigamie factuelle que le législateur interdit⁷¹⁵, en ayant recours à la fiction de rétroactivité dans la dissolution du PACS. De même, l'époux de celui qui était partenaires peut demander la nullité du mariage pour erreur sur les qualités essentielles de la personne⁷¹⁶, mais est-ce une qualité essentielle, car le partenaire n'est qu'un concubin?

239. Les autorités consulaires ou diplomatiques sont compétentes pour enregistrer un pacte entre un français et un étranger⁷¹⁷. La loi du 12 mai 2009⁷¹⁸, relative à la simplification du droit, a précisé la loi applicable aux partenariats enregistrés à l'étranger. L'article 515-7-1 du code civil précise que « les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'Etat de l'autorité qui a procédé à son enregistrement ». Ainsi, si un partenariat est conclu dans un pays par une autorité étrangère entre un français et un ressortissant de ce pays, le français sera alors soumis à la polygamie, si la loi étrangère l'autorise. Cette solution révèle que l'ordre public lié au PACS est moins contraignant que pour le mariage⁷¹⁹, même si officiellement la polygamie demeure interdite au sein du PACS.

B/ Concubinage

240. L'article 515-8 du code civil dispose que « le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Ainsi, comme pour le mariage et le PACS, le législateur fait référence au principe monogamique, à travers le terme « deux personnes ».

241. L'interdiction légale de la polygamie ne concerne pas le concubinage. En effet, le législateur n'exige aucune condition de célibat, veuvage ou divorce pour

⁷¹⁵ Toutefois, le législateur n'interdit pas la coexistence d'un PACS et d'un concubinage, alors qu'il s'agit d'une forme de bigamie.

⁷¹⁶ Article 180 du code civil.

Il y a erreur sur une qualité essentielle lorsque l'un des époux a été tenu dans l'ignorance d'une liaison que son conjoint n'avait nullement l'intention de rompre : TGI Le Mans, 7 déc. 1981 : JCP 1986.II.20573, note Lemouland ; Rennes, 11 déc. 2000 : dr. famille 2001.855, obs. Hauser.

⁷¹⁷ Article 515-3 du code civil.

⁷¹⁸ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

⁷¹⁹ Anne-Marie LEROYER, *Droit de la famille*, éd. PUF, 2011, coll. « Licence droit », p. 133.

pouvoir vivre en concubinage⁷²⁰. Vivre simultanément deux concubinages ou un PACS et un concubinage ne constitue pas une violation de la loi. En revanche, une personne mariée qui vit en parallèle en concubinage viole le devoir de fidélité. Mais avec dans un premier temps, l'abrogation du délit d'adultère et dans un second temps, le déclin du devoir de fidélité, le sort de l'interdiction de la bigamie en est amoindri. Parce que la polygamie dans le concubinage est factuelle, elle n'entraîne aucune sanction civile et/ou pénale. De surcroît, le juge et le législateur ne l'ignorent pas et prévoient même une certaine tolérance à son égard. La question est de savoir si ce concubinage peut produire des effets juridiques.

242. La Cour de cassation a admis le droit pour la concubine adultérine d'obtenir réparation du préjudice que lui cause la mort de son concubin⁷²¹. Dans le même sens, la Cour accepte l'indemnisation de la concubine célibataire d'un homme marié mort dans un accident, à condition que le concubinage fût stable. Elle va même plus loin, en admettant un concours d'indemnisation entre une femme et une concubine suite au décès du « mari-concubin »⁷²². De plus, en validant les libéralités consenties à la concubine adultère, la Cour tolère la pluralité des relations sexuelles. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a estimé, dans un arrêt de principe du 29 octobre 2004⁷²³, que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère »⁷²⁴.

243. Cette acception de la pluralité des relations sexuelles est tolérée par le juge et parfois même autorisée par le législateur social. En effet, depuis la loi de 1978⁷²⁵, la concubine d'un assuré peut bénéficier de la qualité d'ayant droit auprès de la sécurité sociale, de la même manière que l'épouse, dès lors que ni l'une ni l'autre ne sont titulaires de revenus professionnels. Le droit accepte la polygamie de fait.

⁷²⁰ Aucune disposition légale n'interdit le concubinage polygamique.

⁷²¹ Crim., 20 avril 1972, JCP, 1972, II, 17278 note Vidal ; Crim. 19 juin 1975, D. 1975, 679, note Tunc ; Crim., 8 janvier 1976, D. 1976, IR, 53 ; Crim., 3 mai 1977, B., n° 150, p. 373 ; JCP, 1977, IV, 166 ; CE, 3 mars 1978, Dame Muesser, Rec., p. 116 ; JCP, 1978, II, 18986, concl. Dondoux.

⁷²² Riom, 9 novembre 1978, JCP 1979, obs. Almairac. Les deux femmes étaient au courant de la situation et acceptaient cette forme de bigamie.

⁷²³ AP, 29 octobre 2004, D. 2004, 3175, note Vigneau ; JCP, 2005, II, 10011, note Chabas ; Terré, « L'occasion rêvée », JCP, 2005, 223 ; Dr. fam. 2004, 230, obs. Beigner ; Civ. 1^{re}, 2 février 1999, D. 1999, 267, rapport Savtier, note Langlade-O'Sughrue ; somm. 307, obs. Grimaldi ; JCP 1999, II, 10083, note Billiau et Loiseau ; Larroumet, « La libéralité consentie par un concubin adultère », D. 1999, 351 ; Leveneur, « Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère est-elle valable ? », JCP 1999, I, 152.

⁷²⁴ En l'espèce, un homme marié de 95 ans avait institué légataire universel sa maîtresse âgée de 35 ans dans le but de rémunérer leurs relations sexuelles.

⁷²⁵ Loi du 2 janvier 1978 portant généralisation de la sécurité sociale.

SECTION 2 : SANCTIONS DU MARIAGE BIGAME

244. Les sanctions du mariage bigame peuvent être civiles (§1) et/ou pénales (§2).

§1 : Sanctions civiles

245. En matière civile, l'article 184 résultant de la loi du 19 février 1993 dispose : *« tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, (L. n°93-1027 du 24 août 1993) « 146-1 », 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué (loi n°2008-561 du 17 juin 2008) « dans un délai de trente ans à compter de sa célébration » soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public ».*

246. L'article 188 du code civil énonce que *« l'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage, peut en demander la nullité, du vivant même de l'époux qui a été engagé avec lui ».*

La Cour de Cassation en date du 31 janvier 1990 a rendu un arrêt disposant que *« l'ex-conjoint divorcé d'un époux, n'ayant plus lors de son action en nullité du mariage pour bigamie la qualité de conjoint de ce dernier, ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 188, mais doit justifier d'un intérêt pécuniaire ou moral pour agir, que les juges du fond apprécient souverainement »*⁷²⁶. L'intérêt ne se déduit pas ipso facto de l'ancienne qualité d'époux. Cet intérêt n'est pas très difficile à démontrer puisque la nullité rétroactive du mariage va entraîner la disparition du divorce, avec les conséquences qui y étaient attachées, notamment la prestation compensatoire en rente⁷²⁷. La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 avril 2012⁷²⁸, a confirmé cette jurisprudence.

L'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris le 21 juin 1991 a précisé qu'en cas de bigamie, il y a nullité du second mariage.⁷²⁹ La Cour de Cassation fait une application rigoureuse de cette prohibition. En effet, elle l'applique même dans le cas où le premier

⁷²⁶ Civ. 1^{re}, 31 janvier 1990, n° 88-16.497 : JurisData n° 1990-000812 ; Bull. civ. 1990, I, n° 30 ; D. 1990, p. 449, note Massip; RTD civ. 1990, p. 298, obs. J. Hauser;

⁷²⁷ Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, « L'ex conjoint divorcé doit démontrer son intérêt à agir en nullité du mariage pour bigamie », *Droit de la famille*, n° 7, juillet 2012, comm. 115.

⁷²⁸ Cass. 1^{re}, 12 avril 2012, n° 11-11.116 : F-P+B+I : JurisData n° 2012-006915 ; Dr. de la famille 2012, comm. 115.

⁷²⁹ CA Paris, 21 juin 1991, D. 1991, IR 218 ; Rev. Crit. DIP 1992, 773

et le second mariage ont été contractés par les mêmes époux⁷³⁰. La bigamie est sanctionnée sous toutes ses formes.

La nullité retenue est une nullité absolue que tout intéressé peut faire valoir⁷³¹ et en particulier le premier conjoint⁷³². La nullité absolue se distingue de la nullité relative. La nullité absolue est une nullité qui, sanctionnant la violation d'une règle d'intérêt général ou l'absence d'un élément essentiel à un acte, peut être demandée par tout intéressé pendant 30 ans. La Cour d'appel de Grenoble a précisé en 2001 que « l'état de polygamie, contraire à l'ordre public français, constitue une cause de nullité absolue de la seconde union, qui entraîne l'annulation de cette union dès son origine, sans possibilité de régularisation à posteriori, par un divorce prononcé postérieurement à la seconde union »⁷³³.

247. La théorie du mariage putatif peut être invoquée par le second époux de bonne foi qui ignore l'existence ou la validité d'un premier mariage⁷³⁴. Ainsi, l'époux de bonne foi peut se prévaloir des dispositions successorales⁷³⁵ et d'une éventuelle pension de réversion⁷³⁶. Ce concept de mariage putatif empêche les époux de profiter de la nullité de leur mariage dans un Etat pour recourir à une forme hybride de polygamie⁷³⁷.

248. De plus, la bigamie peut être une cause de divorce. Le divorce constitue-t-il une sanction ? Même si certaines personnes le vivent comme telle, le législateur n'en fait pas une sanction. Dans un arrêt rendu le 31 janvier 1990⁷³⁸, la Cour de cassation a jugé que la bigamie ne constituait pas une cause de divorce invocable par la première épouse, dans la mesure où, pendant plusieurs années, elle avait admis la seconde. Ainsi, tous les arrêts rendus en matière civile, concernant la polygamie, adoptent la même ligne directrice. En effet, aucun aménagement et aucune régularisation ne peuvent être envisagés concernant la violation de l'article 147 du code civil. L'état de bigamie constaté et approuvé suppose une seule issue : la nullité absolue du second mariage.

⁷³⁰ Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, Bull. civ. I, n° 33 ; Defrénois 2004, p.1067, note Revillard et p. 1229, note Massip ; D. 2004.2963, obs. Lemouland. Dans cette affaire, les époux, mariés coutumièrement au Zaïre, s'étaient remariés en France. La Cour affirme que l'article 147 du code civil s'applique.

⁷³¹ Article 184 du code civil

⁷³² Article 188 du code civil

⁷³³ Grenoble, 23 juin 2001 : Dr. Fam. 2002, n°54 obs Lécuyer.

⁷³⁴ Civ. 1^{re}, 28 mai 1991, n° 89-13742.

⁷³⁵ Les deux conjoints survivants se partagent, à défaut de testament, les droits successoraux normalement dévolus par la loi au survivant.

⁷³⁶ Soc., 9 nov. 1995, n° 94-10857.

⁷³⁷ Civ. 1^{re}, 6 mars 1956, D. 1958, p. 709.

⁷³⁸ Civ. 1^{re}, 31 janvier 1990, D. 1990, p. 449, note Massip.

§2 : Sanctions pénales

249. La bigamie peut également entraîner des sanctions pénales⁷³⁹. Ce n'est que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 février 1933 que la bigamie est un délit. Autrefois, c'était un crime⁷⁴⁰.

250. Pendant longtemps, la bigamie fut réprimée par des condamnations aux travaux forcés à perpétuité⁷⁴¹. Actuellement, l'article 433-20 alinéa 1^{er} du code pénal, modifié par l'ordonnance du 19 septembre 2000⁷⁴², précise que l'époux bigame est passible d'une peine d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 45 000 euros⁷⁴³. En vertu du second alinéa, l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissance de l'existence du précédent est puni des mêmes peines⁷⁴⁴. Ainsi, parce qu'il y a atteinte à l'état civil des personnes, le droit pénal prévoit la sanction d'un tiers⁷⁴⁵. Des peines complémentaires sont prévues à l'article 433-22 du code pénal. En effet, le bigame peut encourir également une interdiction de ses droits civiques, civils et de famille, une interdiction, pour une durée de cinq ans au plus d'exercer une fonction publique, l'affichage ou la diffusion de la décision. La tentative de bigamie n'est pas prévue par le code pénal. Le droit pénal n'intervient que lorsque l'union polygamique est célébrée sur le territoire français. Ainsi, un époux étranger qui célèbre à l'étranger un mariage polygamique, autorisé par son statut personnel, l'article 433-20 ne s'applique pas et certains effets peuvent se produire en France⁷⁴⁶. Qu'en est-il pour l'époux français qui contracte à l'étranger un mariage polygamique ? Si le pays dans lequel le mariage polygamique a été contracté prévoit des sanctions pénales à cette forme d'union, alors l'époux français se les verra appliquées. En revanche, si la polygamie n'est pas réprimée

⁷³⁹ Article 433-20 du code pénal.

⁷⁴⁰ Certains qualifiaient la bigamie de « crime social ».

⁷⁴¹ Emmanuel PIERRAT, *Le sexe et la loi*, op.cit, p. 97.

⁷⁴² Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 –article 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur ; e 1^{er} janvier 2002.

⁷⁴³ Article 433-20 al.1 du code pénal : « le fait pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

⁷⁴⁴ Article 433-20 al. 2 du code pénal : « est puni des mêmes peines l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissance de l'existence du précédent ».

⁷⁴⁵ Le raisonnement est identique pour les mariages fictifs à des fins d'acquisition de la nationalité française et lorsque certaines conditions de fonds et de formes relatives au mariage ne sont pas respectées.

⁷⁴⁶ Cf. infra n° 263-264.

dans ce pays, le français n'encourra aucune sanction pénale, pas mêmes celles du droit français. En effet, la condition de réciprocité fait défaut en droit pénal⁷⁴⁷. En effet, l'article 113-6 du code pénal exige pour que la loi française

251. Le premier mariage est la condition préalable sans laquelle le second ne peut constituer bigamie. Matériellement, l'infraction est constituée par la célébration sur le territoire français d'un second mariage valable. Les familles bigames sans lien d'alliance ne sont pas soumises aux dispositions de l'article 433-20 du code pénal. Les familles existant uniquement dans les faits échappent aux sanctions civiles et pénales relatives à la bigamie. Sur le plan moral, c'est une infraction intentionnelle qui nécessite que l'auteur des faits ait la connaissance du premier mariage et de sa subsistance au moment de la célébration du second⁷⁴⁸. Ainsi, la personne qui prouve sa bonne foi au moment du second mariage ne peut être pénalement sanctionnée.

La bigamie est un délit instantané. La chambre criminelle de la Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 12 avril 1983, a précisé que la prescription de l'action court à compter de la célébration du second mariage⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ L'article 113-6 du code pénal exige pour que la loi française soit applicable aux délits commis par un français hors du territoire de la République, que les faits soient également punis par la législation du pays où ils ont été commis.

⁷⁴⁸ Stéphanie GODIN, *Le couple et le droit pénal*, Mémoire de droit pénal, sous la direction d'Agathe LEPAGE, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 90.

⁷⁴⁹ Crim., 12 avril 1983, Bull. crim., n° 97 ; D.1984, IR 225, obs. Roujou de Boubée.

CHAPITRE II : LES LIMITES A LA REPRESSION DE LA BIGAMIE

252. D'une part, les limites à la répression de la bigamie sont externes au droit français. En effet, certains pays, majoritairement musulmans, autorisent cette pratique. (Section 1) D'autre part, elles sont internes au droit français ; avec la polygamie factuelle et la polygamie successive, la monogamie perd du « terrain ». Le cadre juridique actuel de principe monogamique correspond de moins en moins à la réalité factuelle. (Section 2)

SECTION 1 : LA BIGAMIE AUTORISEE PAR LA LOI PERSONNELLE : L'EXEMPLE DU DROIT MUSULMAN

253. La majorité des législations musulmanes autorise la célébration des mariages bigames (§1). Même si, à l'inverse, le droit français interdit de telles célébrations, le DIP apporte une nuance en reconnaissant certains droits aux mariages bigames valablement célébrés à l'étranger (§2).

§1 : Sa consécration

254. L'étude des législations égyptienne, marocaine, algérienne et tunisienne sur ce sujet vont montrer que, malgré une règle religieuse commune (A), les règles relatives au mariage polygamique différent d'un pays à l'autre (B).

A/ Règle religieuse

255. La Charia⁷⁵⁰ est la loi islamique. Le Coran⁷⁵¹ et la tradition du Prophète⁷⁵² sont les principaux piliers de cette loi. La doctrine, que l'on appelle *fiqh*, s'est fixée à partir du IX^e siècle. Les relations familiales sont pour l'essentiel codifiées⁷⁵³. Si la loi nationale ne prévoit rien, il est fait référence aux dispositions de la Charia.

256. Dans l'islam, la polygamie est une pratique autorisée par le Coran. Le verset 3 de la Sourate 4 dispose : « *épousez celle des femmes qui vous seront plaisantes, par deux, par trois, par quatre* ». La polygamie a été acceptée sans aucune difficulté depuis l'époque du Prophète⁷⁵⁴ jusqu'à la fin du 19^e siècle⁷⁵⁵. Pour certains auteurs musulmans contemporains, plusieurs raisons justifient la polygamie, notamment la supériorité numérique des femmes par rapport aux hommes dans toutes les sociétés pacifiques et prospères⁷⁵⁶, la stérilité de l'épouses, favoriser le mariage des veuves et des vieilles filles, augmenter la main d'œuvre⁷⁵⁷. De plus, le Coran précise : « *il est permis d'épouser deux, trois ou quatre, parmi les femmes qui vous plaisent, mais, si vous craignez de ne pas être justes avec celles-ci, alors une seule, ou des esclaves que vous possédez* ». Le mari peut avoir jusqu'à quatre épouses, à condition qu'il se montre équitable entre elles⁷⁵⁸. Exceptées l'équité et la limitation à quatre femmes, le Coran n'apporte aucune règle d'assouplissement en faveur de la polygamie. Le fait que l'islam permette la polygamie ne signifie pas qu'il l'impose.

⁷⁵⁰ Charia ou Sharî'ah.

⁷⁵¹ La référence à la Charia n'est pas fréquente dans le Coran.

⁷⁵² Sunna.

Le prophète a d'abord vécu un mariage monogame durant 25 ans avec sa première épouse, Khadija. A la mort de celle-ci, il a contracté des unions multiples.

⁷⁵³ C'est ce qu'on appelle le droit ou statut personnel.

⁷⁵⁴ Le prophète Mahomet serait né vers 570 et mort en 632.

⁷⁵⁵ Ghassan ASCHA, *Mariage, Polygamie et répudiation en Islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains*, éd. L'Harmattan, 1997, coll. « Histoire et perspectives méditerranéennes », p. 98.

⁷⁵⁶ Mohammed Mutwalli Al-Shaarawi (auteur de plusieurs ouvrages sur l'islam) : « l'idée de la polygamie est logique, réelle et philosophique : le cumul ne provient que du surplus. (...) L'élément féminin est plus présent que l'élément masculin dans chaque univers de multiplication. », Cité in Ghassan ASCHA, *Mariage, Polygamie et répudiation en Islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains*, p. 106.

⁷⁵⁷ Ghassan ASCHA, *Mariage, Polygamie et répudiation en Islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains*, op.cit., p. 103.

⁷⁵⁸ Yvon LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, 2 tomes, Paris et La Haye, éd. Mouton et Cie., 1965.

L'équité réalisable (al-'adl al-mustatâ') correspond à l'équité entre les épouses dans les affaires matérielles et le nombre de nuits, équité que l'homme polygame doit obligatoirement pratiquer. On entend par équité dans les affaires matérielles, l'égalité entre les femmes en ce qui concerne l'entretien.

Il existe une équité irréalisable (al-'adl al-mustahîl), qui est l'équité dans les affaires sentimentales. L'homme polygame ne doit pas obligatoirement la pratiquer.

Ghassan ASCHA, *Mariage, Polygamie et répudiation en Islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains*, op.cit., p. 89-90.

B/ Règles légales

257. En Egypte, la pratique de polygamie n'était assujettie à aucune revendication, jusqu'en octobre 1926⁷⁵⁹. Le comité constitué pour la réforme du droit de la famille fit deux propositions au sujet de la polygamie. La première était la confirmation du droit de la femme de poser comme condition à son époux, dans le contrat de mariage, qu'il ne prenne pas une seconde épouse⁷⁶⁰. La deuxième condition était la subordination de la polygamie à deux conditions : la capacité de l'homme d'entretenir ses épouses et d'agir équitablement envers elles⁷⁶¹. L'idée de la restriction de la polygamie est restée au stade de la proposition en 1926. Le débat a été relancé dans le projet de 1943 mais n'a pas réussi à se transformer en loi. Il a fallu attendre 1979⁷⁶² pour que la femme acquiert des droits pour renoncer à la polygamie. A cette date, une égyptienne était en mesure de demander le divorce en cas de mariage de son époux avec une autre, même si cela n'était pas prévu dans le contrat de mariage. Cette mesure n'a pas duré. Après l'assassinat du Président Sadate en 1981, elle a été déclarée inconstitutionnelle⁷⁶³. La loi n° 100 du 20 juin 1985 prévoit que « l'épouse dont l'époux a pris une co-épouse a le droit de demander le divorce *si elle subit ne préjudice matériel ou moral rendant impossible le maintien de la vie commune compte tenu de la vie sociale des époux*, même si dans le contrat, elle ne lui a pas imposé la condition de pas prendre une seconde épouse »⁷⁶⁴. Avec cette disposition, le législateur autorise la polygamie et continue d'en faire un principe.

258. Au Maroc, la polygamie est permise. Toutefois, elle connaît des restrictions plus nombreuses qu'en droit égyptien. En effet, le mari doit informer préalablement ses précédentes épouses et celles-ci peuvent demander le divorce en l'absence de consentement de leur part. La réforme de 1993 a intégré des dispositions protectrices en

⁷⁵⁹ Ghassan ASCHA, *Mariage, Polygamie et répudiation en Islam. Justifications des auteurs arabomusulmans contemporains*, op.cit., p. 96.

⁷⁶⁰ Ghassan ASCHA, *Mariage, Polygamie et répudiation en Islam. Justifications des auteurs arabomusulmans contemporains*, op.cit., p. 96.

⁷⁶¹ Ghassan ASCHA, *Mariage, Polygamie et répudiation en Islam. Justifications des auteurs arabomusulmans contemporains*, op.cit., p. 96.

⁷⁶² Loi n° 44 de 1979.

Nathalie BERNARD-MAUGIRON, « Les femmes et la rupture du mariage en Egypte », Cahier d'études africaines, 187-188/2007.

<http://etudesafriques.revues.org/8822>

⁷⁶³ Ghassan ASCHA, *Mariage, Polygamie et répudiation en Islam. Justifications des auteurs arabomusulmans contemporains*, op.cit., p. 97.

⁷⁶⁴ Article 11 bis al. 1 de la loi n° 100 du 20 juin 1985.

faveur des épouses, notamment la clause de dissolution en cas de second mariage⁷⁶⁵. Ces « contraintes » permettent au législateur de contrôler plus facilement cette pratique⁷⁶⁶. Aujourd'hui, la polygamie ne concerne que 2% des mariages qui s'inspirent d'un modèle familial de type rural⁷⁶⁷. La polygamie est réservée aux classes aisées car il faut avoir des moyens pour subvenir aux besoins de plus de deux femmes.

259. Le législateur algérien, influencé par les expériences législatives dans le monde arabe, autorise la polygamie. L'article 8 du code de la famille algérien dispose qu'« *il est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la « chari'a » si le motif est justifié, les conditions et l'intention d'équité réunies. L'époux doit en informer sa précédente épouse et la future épouse et présenter une demande d'autorisation de mariage au président du tribunal du lieu du domicile conjugal (...)* ». Cette règle rend la polygamie quasi impossible : elle n'est permise qu'à titre exceptionnel. Le code de la famille ne donne pas de précision sur ce qu'il faut entendre par « motif justifié » mais une circulaire de la direction des affaires civiles du Ministère de la Justice, diffusée après la promulgation du code de 1984, apporte quelques informations sur cette disposition⁷⁶⁸. Il s'agit de la maladie grave et incurable de l'épouse ou de sa stérilité. L'alinéa 3 de l'article 8 précise que « *le président du tribunal peut autoriser le nouveau mariage, s'il constate leur consentement et que l'époux a prouvé le motif justifié et son aptitude à offrir l'équité et les conditions nécessaires à la vie conjugale* ». L'état de santé de l'épouse doit être prouvé par un certificat médical. Si un homme encore marié contracte un nouveau mariage sans autorisation du juge, la loi prévoit la résiliation du nouveau contrat de mariage si celui-ci n'a pas encore été consommé⁷⁶⁹. De plus, il est permis à chacune des épouses d'intenter une action en divorce contre le conjoint s'il s'avère qu'il y a eu dol de sa part⁷⁷⁰, c'est-à-dire s'il y a eu des « manœuvres pratiquées de telle façon que sans elles, l'autre partie n'aurait pas contracté »⁷⁷¹. Aucune sanction pénale n'est prévue dans ce cas

⁷⁶⁵ Article 30 du code de la famille marocain.

⁷⁶⁶ Mohamed DJAGHAM, « La polygamie en Algérie : divergences autour d'un droit en mutation », op.cit, p. 64.

⁷⁶⁷ Abderrahmane KOUDJIL, « Polygamie au Maghreb : controverses autour d'un droit en mouvement », *Confluences Méditerranée*, 2002/2, n° 41, p. 85.

⁷⁶⁸ Circulaire n° 14 du 22 Août 1985.

⁷⁶⁹ Article 8 bis 1 du code de la famille.

⁷⁷⁰ Article 8 bis 1 du code de la famille.

⁷⁷¹ Article 86 alinéa 1 du code civil.

260. Depuis quelques décennies, certains pays musulmans adoptent des lois en faveur d'une restriction totale de la polygamie. En effet, depuis le 1^{er} janvier 1957, cette dernière est interdite en Tunisie⁷⁷². Toutefois, malgré une interdiction légale, cette pratique continue d'exister dans les faits⁷⁷³. Parce que la polygamie factuelle ne peut être contrôlée, sa restriction totale est impossible.

261. Dans les trois pays du Maghreb, la famille se restructure de plus en plus autour de la monogamie. La polygamie est sur le déclin, du fait de nombreux facteurs, notamment économiques et sociaux. On assiste à un phénomène inverse du droit français. En effet, alors que le droit français pose le principe monogamique mais tolère de plus en plus les situations de polygamie, le droit musulman, quant à lui, restreint de plus en plus la polygamie. La pratique religieuse ne peut changer. En revanche, parce que la pratique légale s'adapte à l'évolution des mœurs, elle peut changer et de ce fait limiter la polygamie, voir même la restreinte. Néanmoins, le fait de polygamie ne pourra jamais disparaître totalement.

§2 : La reconnaissance du mariage bigame en France

262. Le droit international privé reconnaît des effets aux mariages polygamiques valablement célébrés à l'étranger (A). Toutefois, ces droits sont limités (B).

⁷⁷² Article 18 du code du statut personnel tunisien : « La polygamie est interdite.

Quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera passible d'un emprisonnement d'un an et de 240 000 francs et de l'une de ces deux peines seulement, si le nouveau mariage n'a pas été contracté conformément à la loi.

Encourt les mêmes peines, quiconque, ayant contracté mariage hors des formes prévues par la loi n° 57-3 du 1^{er} Août 1957 réglant l'état civil, conclut une nouvelle union et continue la vie commune avec son premier conjoint.

Encourt les mêmes peines, le conjoint, qui sciemment, contracte mariage avec une personne tombant sous le coup des dispositions des deux alinéas précédents. »

⁷⁷³ Exemple de l'interdiction de la polygamie en Turquie. La réforme kémaliste l'a abolie en 1926 Hilal KAPLAN, militante de la mouvance islamo-féministe, a déclaré : « si la polygamie est peu répandue en Turquie, elle constitue néanmoins une réalité sociologique. Et pas seulement dans la classe moyenne supérieure musulmane pratiquante. En effet, cette réalité est surtout très visible dans les zones rurales du pays, où les liens tribaux sont encore très forts. Dans ce contexte, si cette pratique était légalisée, cela induirait des changements dans le comportement des hommes. Ceux-ci réfléchiraient à deux fois avant de prendre de nouvelles épouses, qu'ils ne pourraient plus, par exemple, priver de pension alimentaire et d'héritage. En tant que musulmane qui n'est pas opposée à la polygamie mais qui ne souhaite pas qu'elle se répande, je pense que banaliser cette pratique permettrait d'éviter les abus actuels. » In *Courrier International*, « Turquie, La polygamie, quoique interdite, reste une réalité ».

www.courrierinternational.com/article/2011/07/07/la-polygamie-quoique-interdite-reste-une-realite

A/ Effet atténué de l'ordre public

263. Un principe jurisprudentiel profondément ancré en DIP affirme que « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas le même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français »⁷⁷⁴. On parle d'effet atténué de l'ordre public. Conformément à cette jurisprudence, les mariages polygamiques valablement célébrés à l'étranger entre étrangers⁷⁷⁵ ne sont pas nuls et peuvent produire des effets en France, mais seulement s'ils sont compatibles avec l'ordre public interne.

264. Ces effets sont alimentaires⁷⁷⁶ et/ou successoraux⁷⁷⁷. De plus, ces familles peuvent bénéficier de l'attribution d'une pension de réversion⁷⁷⁸. Ces familles ont droit à des prestations sociales avec une atténuation. En effet, celles-ci ne peuvent être attribuées à différentes épouses⁷⁷⁹. La Cour de cassation refuse, de manière constante, le droit à la protection sociale pour une femme lorsque la co-épouse a déjà bénéficié de ces prestations⁷⁸⁰. La Cour d'appel de Chambéry a donné une explication: « le régime actuel de l'assurance maladie et de l'assurance maternité a été établi sur la base de la famille monogamique française et les cotisations calculées pour établir le risque à

⁷⁷⁴ Arrêt Rivière, Cass. civ. 1^{re}, 17 avril 1953, D. 1953.1, p. 181, note Batiffol ; JCP, 1953.II, p. 7863, note Buchet ; RCDIP 1953, p. 412, note Batiffol ; JDI, 1953, p. 860, note Plaisant.

⁷⁷⁵ Les lois nationales de chacun des époux doivent autoriser la bigamie.

⁷⁷⁶ Arrêt Chemouni, 28 janvier 1958, GADIP, n° 31.

En revanche, si le mariage polygamique est célébré en France, les juges refusent d'accorder une pension alimentaire à la deuxième épouse d'un homme musulman, au motif que la polygamie est contraire à l'ordre public français : CA Aix en Provence, 1988.

Sandrine SANA-CHAILLE DE NERE, « Le concept d'ordre public et ses mutations », Revue de droit de la famille n° 9, sept. 2015, dossier 45. La situation de la famille Chemouny ne pourrait sans doute pas se reproduire aujourd'hui. Il est pratiquement impossible à une famille construite sur le mode polygamique de s'établir en France. En effet, depuis la loi du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration, aucun titre de séjour n'est susceptible d'être délivré aux étrangers polygames.

⁷⁷⁷ Arrêt Bendeddouche, 3 janvier 1980, GADIP, n° 61.

⁷⁷⁸ Civ. 2^e, 14 février 2007, n° 05-21.816, NP ; Dr. Fam. 2007 comm. 99, note Devers ; n° 06-10557 ; Civ. 2^e, 2 mai 2007, n° 06-11418.

⁷⁷⁹ Civ. 2^e, 19 janvier 2006, n° 04-30.397, NP ; D. 2454, note Bidaud-Garon.

⁷⁸⁰ Cass. soc., 1^{re} mars 1973, Bull. civ., n° 136, p. 122, Dr. soc. 1973, p. 535, note Bonnet ; JDI 1974, p. 834 note De Lapradelle, RCDIP, 1975, p. 54, note Graulich ; Cass.soc. 8 mars 1990, RCDIP, 1991, p. 695, note Deprez.

Si la première épouse a déjà reçu des prestations de sécurité sociale, la seconde ne peut les réclamer (Cour de cassation 1973), à moins que la première ne demeure plus en France (Cour de cassation 1990). Pascale FOURNIER, *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident. Les transplantations juridiques et le regard du droit*, éd. SciencesPo Les presses, 2013, coll. « Académique », p. 95.

couvrir (...) en étendant le régime à la famille polygamique on détruirait cet équilibre, puisqu'on multiplierait le risque sans augmenter la cotisation »⁷⁸¹.

B/ Limites

265. Tous les effets attachés au mariage ne sont pas admis en France.

L'époux polygame ne peut prétendre à faire venir plus d'une épouse au titre du regroupement familial. Dans l'arrêt *Montcho*, rendu le 11 juillet 1980, le Conseil d'Etat avait estimé que le regroupement familial était ouvert à la seconde épouse au nom du droit au respect de la vie privée et familiale. Or la vie familiale s'apprécie par rapport à la personne concernée. La loi du 24 août 1993 a brisé cette jurisprudence et de ce fait a fermé le regroupement familial à toute autre épouse que celle qui réside déjà sur le territoire français⁷⁸². Cette solution a été jugée conforme à la Constitution car, selon le Conseil constitutionnel, « les conditions d'une vie familiale normales sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles exclues la polygamie »⁷⁸³. La notion européenne de « vie familiale » exclut la famille polygamique, ce qui autorise l'État à restreindre l'accès à son territoire en vue de prévenir la formation de ménages polygamiques⁷⁸⁴.

De plus, une jurisprudence bien ancrée du Conseil d'Etat refuse à l'étranger polygame la nationalité française, à condition qu'il soit effectivement polygame et non simplement que son statut personnel permette la polygamie⁷⁸⁵. Des dysfonctionnements ont été constatés. Il peut arriver qu'une déclaration d'acquisition de la nationalité française soit enregistrée en dépit d'une situation de polygamie⁷⁸⁶. Dans le même sens, le second mariage ne peut figurer dans les registres de l'état civil⁷⁸⁷.

266. Si la première épouse est française, l'exception de l'ordre public international français rejaillit. La Cour de cassation a jugé que « la conception française de l'ordre public international s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une française produise des effets à l'encontre de celui-

⁷⁸¹ Chambéry, 17 octobre 1961, RCDIP, 1962, p. 496, note Lampue.

⁷⁸² Article L.411-7 CESEDA. Le bénéfice du droit au regroupement familial ne peut être attribué qu'à une seule des épouses.

⁷⁸³ Cons. const. 13 Août 1993, JCP 1993. III. 66372.

⁷⁸⁴ CEDH, 29 juin 1992, n° 19628/92, *Rabia Bibi c/ Royaume-Uni*.

⁷⁸⁵ CE 24 janvier 1994, req. n° 118797, et CE 11 février 1994, req. n° 116722 et 120902, D. 1994, somm. 248, obs. Julien-Laferrière ; D. 1995, 108, note Guiho

⁷⁸⁶ Civ. 1^{re}, 19 octobre 2004, n° 02-18.154, Bull. civ. I, n°228; Dr. fam. 2005, n°281, obs. Farge.

⁷⁸⁷ Civ. 1^{re}, 17 février 1982, 1^{re} arrêt *Baaziz*, Bull. civ. I, n°76 ; Rev. Crit. DIP 1983, 275, n. Y. Lequette

ci »⁷⁸⁸. En application de cette jurisprudence, la première femme est ainsi protégée des conséquences préjudiciables qui auraient pu résulter de l'application de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public.

267. Les seuls effets qui se produisent sur le territoire français sont des effets patrimoniaux⁷⁸⁹. Il n'existe aucune jurisprudence quant aux effets extrapatrimoniaux de droit musulman⁷⁹⁰. Comme le souligne Monsieur le professeur Déprez, ce type de litige n'est pas porté devant le prétoire, « que ce soit pour des raisons de pudeur, de sauvegarde de l'intimité du foyer, ou de résignation de la femme, surtout si elle est mal intégrée dans la société française, ou analphabète, ou économiquement dépendante du mari »⁷⁹¹.

268. Depuis quelques années le législateur français semble accentuer son refus de la polygamie. En effet, les dispositions hostiles se multiplient en la matière avec la loi du 24 août 1993, et la proposition de loi de juin 2010. Pour certains, le principe d'égalité entre homme et femme, garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales, condamnerait radicalement la polygamie en général et la polygamie musulmane en particulier. Ainsi, nous pouvons nous demander si la tolérance traditionnelle du droit français en la matière ne risque pas de disparaître⁷⁹².

⁷⁸⁸ Arrêt Baaziz, Civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, RCDIP, 1989, p. 71, note Lequette.

⁷⁸⁹ Dans l'affaire Chemouni (Cass. civ, 28 janvier 1958), la pension alimentaire a été accordée sur le fondement du droit tunisien. Ainsi, des effets patrimoniaux de droits musulman et de droit français sont reconnus sur le territoire français.

⁷⁹⁰ Les obligations de la femme sont au nombre de cinq : « la femme doit obéissance au mari ; elle doit habiter au domicile conjugal ; elle doit être fidèle au mari ; la femme ne peut disposer, dans l'intérêt exclusif d'un tiers de ses biens, sans l'assentiment de son mari ; elle peut, le cas échéant, être obligée de vaquer elle-même au soin du ménage ».

Les obligations du mari sont au nombre de six : « le mari doit cohabiter avec sa femme ; le mari doit consommer le mariage et ne pas cesser, par la suite, de s'acquitter du devoir conjugal (...) ; le mari, s'il a plusieurs femmes, doit procéder entre elles à un partage de ses nuits ; le mari doit subvenir à l'entretien de sa femme ; il doit s'abstenir à son égard de tout mauvais traitement, de sévices présentant un certain caractère de gravité ; il doit autoriser sa femme à recevoir la visite de son père, de sa mère, et d'une manière générale, de tout parent au degré prohibé, de même qu'à visiter ces personnes ».

Louis MILLIOT et François-Paul BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, éd. Dalloz, 2001, p. 318 à 342.

⁷⁹¹ J. DEPREZ, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France, aspects de droit international privé », In Marie-Claire FOULET (sous la dir.), *Famille-Islam-Europe, le droit confronté au changement*, éd. L'harmattan, 1996, p. 71.

⁷⁹² Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *La famille*, op.cit, p.126.

SECTION 2 : LA REALITE D'UNE PRATIQUE BIGAME

269. Le droit français connaît des limites au principe légal d'interdiction des mariages bigames, qui correspondent aux situations de polygamies factuelles tolérées (§1) et aux remariages qui réalisent des polygamies successives (§2).

§1 : La polygamie de fait

270. Les unions polygamiques sont d'abord et surtout le fait de l'immigration musulmane⁷⁹³, mais elles sont aussi le fait d'un abandon d'un premier conjoint sans dissolution légale du lien, dans un remariage furtif. De plus, il existe la polygamie factuelle, celle qui concerne les unions para-matrimoniales et qui n'est pas soumise aux articles 147 du code civil et 433-20 du code pénal. Les foyers polygames vivent en marge de la société car il s'agit de situations familiales difficilement acceptables pour la culture occidentale.

271. En France, majoritairement, les familles polygames sont des familles d'Afrique subsaharienne⁷⁹⁴. Les groupes d'immigrés qui sont le plus concernés par la polygamie sont les Soninkés et les Toucouleurs, originaires du Sahel soudanais⁷⁹⁵. Jusqu'en 1980, la réunion des familles polygames était interdite en France⁷⁹⁶. La jurisprudence rendue sur le regroupement familial en 1980 a permis aux familles polygames étrangères s'installant en France de conserver leurs titres de séjours⁷⁹⁷. Une explosion de ces cellules familiales hors normes a été constatée. Ainsi, la loi du 24 août

⁷⁹³ Gérard CORNU, *Droit civil la famille*, op.cit, p.306 (Carbonnier : « si le mariage français « qui répugne d'instinct à la polygamie » a « résisté aux contagions insidieuses de la période coloniale », « il lui faut maintenant résister à la pression, combien plus obsédante, de l'immigration musulmane »)

⁷⁹⁴ La polygamie en France concerne principalement les immigrants d'Afrique noire, alors que chez les populations d'origine maghrébine, le phénomène reste marginal et ancien. Source Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, *Pour sortir de la polygamie* (2002),

www.social.gouv.fr/htm/dossiers/polygamie/index.htm

⁷⁹⁵ Béatrice DE LA CHAPELLE, « Le phénomène polygame en France », *Revue française des affaires sociales*, 1997, 51 (2), p. 145-158.

⁷⁹⁶ Le gouvernement refusait le statut de résident permanent aux femmes et enfants d'hommes qui étaient arrivés en France avec une autre femme et leurs enfants. Pascale FOURNIER, *Mariages musulmans, Tribunaux d'Occident*, op.cit, p. 95.

⁷⁹⁷ CE, 11 juillet 1980, arrêt Montcho : Rec. CE, p. 315 ; Feffer et Pinault, *chron. jurispr. adm. française* ; AJDA, 1980.548 ; Rev. crit. DIP, 1981.658, note J.M Bischoff ; JCP, 1981, éd. G, II.19629, concl. Rougevin-Baville.

1993⁷⁹⁸ et les lois de 2004 relatives aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ont institué une disposition précisant que les familles étrangères voulant conserver leurs titres de séjours devaient rompre avec la polygamie⁷⁹⁹. Cette rupture doit s'effectuer au travers d'une procédure de décohabitation⁸⁰⁰. Les femmes quittant le foyer gagnent en autonomie et conservent leur titre de séjour. Mais peut-on réellement lutter contre la polygamie ? Certains foyers font semblant de sortir de cette pratique ; il existe des fausses décohabitations. Le résultat recherché est rarement atteint car la décohabitation n'est pas une voie pour l'interdiction de la polygamie, mais une voie pour une relation amant / maitresse : une forme de polygamie officieuse car le mari conserve toujours la mainmise sur son ex-épouse⁸⁰¹. Il est impossible, en l'absence de statistiques, de déterminer le nombre exact des familles polygames en France et d'évaluer l'efficacité de la décision prise en 1993 pour mettre un terme aux regroupements familiaux pour ces familles⁸⁰²

Malgré l'obtention de certains avantages financiers⁸⁰³, les femmes veulent sortir de la polygamie, elles revendiquent de plus en plus l'exclusivité et l'égalité. Il est important de souligner que ces femmes musulmanes souffrent de la polygamie, même s'il s'agit d'une pratique culturelle. Les mœurs évoluent et l'égalité homme-femme prend de l'ampleur, également au sein de ces foyers.

272. A Wallis et Futuna et à Mayotte⁸⁰⁴, le statut de la polygamie est particulier. 95% de la population à Mayotte est musulmane. Jusqu'en 2003, la polygamie était tolérée dans cette île française, et cela sans condition particulière. La Réforme Girardin

⁷⁹⁸ Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

⁷⁹⁹ « Lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à l'autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial » (article 30).

⁸⁰⁰ « Dans ce cadre, le processus de sortie de la polygamie se fonde sur l'accès à un logement séparé qui représente une condition nécessaire pour autonomie effective. La circulaire DPM/ACI4/358 du 10 juin 2001, relative au logement des femmes décohabitant de ménages polygames et engagées dans un processus d'autonomie, rappelle aux préfets les orientations à mettre en œuvre pour favoriser cette démarche. » Source Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, Pour sortir de la polygamie (2002), www.social.gouv.fr/htm/dossiers/polygamie/index.htm

⁸⁰¹ Reportage enquête exclusive : la polygamie : au cœur de l'interdit, diffusé sur M6 le 29 mai 2001

⁸⁰² Maryline BRUGGEMAN, « Vers de nouvelles initiatives en matière de lutte contre la polygamie ? », *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2011, alerte 4.

⁸⁰³ Il apparaît que la polygamie n'est pas pratiquée pour des raisons sentimentales. En effet, elle est pratiquée essentiellement pour des besoins financiers. Les foyers polygames comptent plus d'enfants que les foyers monogames, ainsi les prestations sociales perçues sont importantes. Souvent des fraudes sont constatées en la matière. Dans la majorité des cas, le mari s'approprie les allocations sans en faire profiter sa famille. Les enfants sont la richesse de la polygamie.

⁸⁰⁴ Aujourd'hui, Mayotte est le 101^e département français. Avant avril 2011, Mayotte était une collectivité départementale.

de 2003⁸⁰⁵ a commencé à restreindre la polygamie, tout en permettant encore aux hommes nés avant le 1^{er} janvier 1987 et aux femmes nées avant le 1^{er} janvier 1990 de contracter de telles unions. Ce n'est que depuis l'ordonnance du 3 juin 2010⁸⁰⁶ que la polygamie est bannie à Mayotte. Toutefois, cette pratique reste courante dans les faits, même si elle n'est plus autorisée. De plus, les situations en cours pourront subsister. Ainsi, coexistent deux mariages : les mariages polygamiques célébrés avant 2010 et les mariages monogamiques. Cela crée des tensions sur cette île car la majorité de la population veut pouvoir choisir entre polygamie et monogamie. Les manifestations en faveur d'un retour à la polygamie sont nombreuses.

273. Le fait de polygamie – c'est-à-dire les situations de polygamies vécues dans les faits mais non reconnues par le droit – est totalement toléré, créant ainsi des polygamies officieuses.

§2 : La polygamie successive

274. Le débat pour ou contre la polygamie s'est exprimé publiquement en Europe jusqu'aux alentours de la Révolution française. Les plaidoyers en faveur de la polygamie simultanée étaient nombreux⁸⁰⁷. La polygamie simultanée – privilège accordé aux riches et puissants rois⁸⁰⁸ – a été abolie avant que la polygamie successive⁸⁰⁹ – assimilée au droit au divorce – fut autorisée en 1792⁸¹⁰. En 1816, ce droit est supprimé. En 1848, le député Jean-Louis Greppo réclame le rétablissement du divorce. Il déclare « c'est rendre au mariage toute sa dignité que de lui donner la liberté

⁸⁰⁵ L. n° 2003-660, 21 juillet 2003 : JO du 22 juillet 2003.

Vincent EGEA, « Mayotte : le département français le plus jeune », *Droit de la famille*, n°3, mars 2014, alerte 13.

⁸⁰⁶ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître. Cette ordonnance a été présentée par la Ministre de l'Outre-mer, Marie-Luce Penchard.

Le conseil des ministres a adopté cette ordonnance qui met fin définitivement à l'inégalité entre les hommes et les femmes puisque l'âge auquel les jeunes filles pourront se marier va passer de 16 à 18 ans, qui interdit la répudiation et qui rend impossibles les unions polygames. Cette ordonnance supprime aussi le juge des cadis (juge musulman nommé par l'administration).

⁸⁰⁷ Charles DE VION D'ALIBRAY ou DALIBRAY, poète.

Johann LEYSER, écrivain allemand, pseudonyme Aletophilus.

⁸⁰⁸ Exemples : le Roi Henri IV, Le Roi Louis XIV.

⁸⁰⁹ Polygamie successive est l'expression utilisée par les révolutionnaires français pour dire divorce lorsqu'ils ont décidé d'autoriser ce dernier. Les deux termes ont longtemps été synonymes.

⁸¹⁰ Le divorce est légalisé le 20 septembre 1792.

pour base »⁸¹¹. Le député Alfred Naquet dépose le 6 juin 1876 un projet de loi tendant à rétablir le divorce, qui n'a pas vu le jour. En mai 1879, il dépose une nouvelle proposition. Le rapporteur de la séance à la chambre des députés estime que puisque « aucune manifestation importante ne s'est produite ; aucune pétition (...) c'est que la population ne se réveille pas et ne paraît pas y songer. Pourquoi donc jeter dans les esprits une cause de trouble d'excitation quand il est bien évident que l'opinion n'est pas mûre, en France, pour le rétablissement du divorce ? ». Le divorce est, malgré les dissidences, rétabli en 1884. Certains prédisaient qu'il entraînerait l'anarchie complète des mœurs⁸¹². Avant 1975, il fallait rapporter des preuves de faute pour divorcer ; divorcer était ainsi compliqué et mal perçu. En 1975, les parlementaires autorisent le divorce pour rupture de la vie commune et depuis 1984 ce type de divorce fondé sur le constat objectif de deux ans de séparation ne produit aucune conséquence particulière. Il y a ainsi un véritable droit au divorce.

En Europe, aujourd'hui, un mariage sur deux finit par un divorce. Il n'est pas interdit de contracter un autre mariage, si le premier a été dissous soit par la mort de l'un des conjoints ou par son absence déclarée⁸¹³, soit par divorce. Avant 2004, la loi imposait un délai de viduité⁸¹⁴. Aujourd'hui, si le divorce a été prononcé, il est possible

⁸¹¹ Catherine TERNAUX, *La polygamie, pourquoi pas ?*, éd. Grasset, 2012, coll. « Petite collection blanche ».

⁸¹² Emile BEAUSSIRE écrivait, en 1888, dans *les Principes du droit* : « autoriser un nouveau mariage sans que le premier ait été dissous par la mort, voilà l'essence de l'un et l'autre (...) La polygamie confond plusieurs familles en une seule ; le divorce disperse dans des maisons différentes et forcément ennemies les éléments moralement inséparables d'une même famille ».

« Le divorce a gardé, dans les mœurs et dans les religions des peuples modernes, incomparablement plus de crédit que la polygamie. Il a droit par là, de la part du législateur civil, à une plus grande tolérance ; mais au point de vue purement moral, il n'est pas plus acceptable ».

Cités in Catherine TERNAUX, *La polygamie, pourquoi pas ?*, op.cit.

⁸¹³ Les articles 128 et 132 du code civil assimilent l'absence à la mort.

Article 128 du code civil : « Le jugement déclaratif d'absence emporte, à partir de la transcription, tous les effets que le décès établi de l'absent aurait eus.

Les mesures prises pour l'administration des biens de l'absent, conformément au chapitre Ier du présent titre prennent fin, sauf décision contraire du tribunal ou, à défaut, du juge qui les a ordonnées.

Le conjoint de l'absent peut contracter nouveau mariage ».

Article 132 du code civil : « Le mariage de l'absent reste dissous, même si le jugement déclaratif d'absence a été annulé ».

La même solution est retenue dans l'hypothèse de la disparition lorsque le décès a été judiciairement déclaré : article 92, alinéa 2, du code civil renvoie à l'article 132.

⁸¹⁴ La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce a abrogé l'article 228 du code civil.

Ancien article 228 du code civil : "La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après trois cents jours révolus depuis la dissolution du mariage précédent.

Ce délai prend fin en cas d'accouchement après le décès du mari. Il prend fin également si la femme produit un certificat médical attestant qu'elle n'est pas en état de grossesse.

Le président du tribunal de grande instance, dans le ressort duquel le mariage doit être célébré, peut, par ordonnance, sur simple requête, abréger le délai prévu par le présent article, lorsqu'il résulte avec évidence

de se remarier sans devoir respecter un quelconque délai. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans un arrêt du 27 novembre 2012⁸¹⁵, maintient que le droit au divorce ne peut pas être déduit de l'article 12 de la Convention qui consacre le droit au mariage⁸¹⁶, mais elle considère que si sa législation nationale autorise le divorce, les personnes divorcées doivent bénéficier du droit de se remarier sans restrictions excessives. Ainsi, le nombre d'unions successives n'est pas limité

275. Au sens strict du terme, lorsque l'on a été marié plusieurs fois, l'on est polygame. Il ne s'agit pas d'un fait de polygamie toléré mais d'une polygamie juridique autorisée. Parce qu'elle est moins évidente et non simultanée, elle semble plus acceptable. L'homme est polygame de cœur, le législateur ne peut l'ignorer. La polygamie simultanée ne peut être institutionnalisée, contrairement à la polygamie successive qui l'est.

276. Catherine Ternaux, écrivain, déclare : « *il se trouve qu'il existe des hommes et des femmes pour lesquels aimer une nouvelle personne ne signifie pas obligatoirement qu'elles n'aiment plus la précédente. Pourquoi la société oblige-t-elle à rompre le lien ? Pourquoi n'aurions-nous pas le choix, de divorcer ou de ne pas divorcer pour se remarier ? Quel argument définitif pour imposer le seul modèle monogamique ?* »⁸¹⁷. Elle veut autoriser une « polygamie égalitaire qui permettra l'avènement d'un nouveau type de tribu plurielle composée de différents foyers dans un réseau multigamique fait de partage, de solidarité et de liens durables⁸¹⁸. Cela consacrerait la famille recomposée. La polyfamille existe. Aujourd'hui, elle est factuelle mais si le législateur donne un statut au beau parent, elle deviendra juridique.

Les mœurs évoluent. Ce qui était moralement inacceptable au 19^e et 20^e siècle est devenu, avec les différentes réformes, acceptable. Ainsi, ce qui est, aujourd'hui, moralement inacceptable – en l'occurrence la polygamie – peut-il ne plus l'être d'ici quelques décennies ?

des circonstances que, depuis trois cents jours, le précédent mari n'a pas cohabité avec sa femme. La requête est sujette à communication au ministère public. En cas de rejet de la requête, il peut être interjeté appel."

⁸¹⁵ CEDH, 27 novembre 2012, V.K. c/ Croatie.

⁸¹⁶ CEDH, 18 décembre 1986, Johnston C/ Irlande, AFDI 1987. 239, obs. Coussirat-Coustère.

⁸¹⁷ Huffington Post, 24 mars 2012.

⁸¹⁸ Catherine TERNAUX, *La polygamie, pourquoi pas ?*, op.cit, p. 22.

CONCLUSION DU SOUS-TITRE 2 :

277. La célébration des mariages bigames est interdite par le droit civil et sanctionnée par le droit pénal. L'article 147 du code civil dispose que l'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Le principe monogamique concerne toutes les formes de conjugalité, alors que seuls le mariage et le PACS sont concernés par l'interdiction de la polygamie. En ce qui concerne le concubinage, il est possible de vivre une situation de polygamie sans être sanctionné. On parle de fait de polygamie. Ce qui n'est pas expressément interdit est toléré, même si cela semble moralement inacceptable.

278. Certains mariages polygamiques sont reconnus par le législateur français ; dans ce cas on peut parler de polygamie autorisée par le droit. Il s'agit des mariages polygamiques valablement célébrés à l'étranger. Le DIP accorde certains droits aux époux polygames qui s'installent sur le territoire français. Cette limite se justifie par l'effet atténué de l'ordre public. En 1792, lorsque le divorce a été légalisé, le législateur a consacré la polygamie successive. Il s'agit également d'une forme de polygamie que le législateur autorise.

279. La polygamie ne peut être contrôlée sous tous les angles. Les foyers polygames peuvent vivre cachés ou ne plus être considérés comme tels grâce à la décohabitation. Cependant, au regard des faits, la réalité est similaire : il ne s'agit plus de polygamie au sens juridique du terme mais de libertinage, qui se traduit comme une forme de polygamie officieuse lorsque les foyers fixent des règles de vie. Ces familles sont reconnues socialement. Il existe deux étapes dans la reconnaissance : sociale puis juridique. La polygamie se vit dans les faits. Mais les revendications d'un statut de "beau-parent" au sens de "step father" sont de nature à encourager une polygamie successive légale et le législateur la tolère.

PARTIE SECONDE : LA DEMANDE PARTIELLEMENT SATISFAITE D'ACCES A L'ENFANT

280. La filiation et le mariage sont les instruments juridiques qui permettent de construire une famille, au sens juridique du terme. La filiation n'est pas nécessairement en lien avec le mariage puisqu'elle a pour support un fait : la procréation. Néanmoins le mariage assure à l'enfant une filiation complète. La filiation a pour objet d'institutionnaliser la reproduction de l'espèce selon certaines règles jugées nécessaires. C'est un concept d'essence politique au sens propre du terme. C'est pourquoi la filiation est définie comme un lien de droit qui ne se confond pas avec le lien biologique. Entre l'enfant et ceux qui lui ont donné la vie, le droit n'accepte de reconnaître un lien juridique que sous certaines conditions. Le lien de filiation⁸¹⁹ constitue un cadre

⁸¹⁹ Denis ALLAND et Stéphane RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. LAMY-PUF, 2003, coll. « Quadrige », p. 720 à 723. La filiation a pour objet d'institutionnaliser la reproduction de

juridique. Les règles de la filiation sont inscrites dans les titres VII et VIII du livre 1 du code civil⁸²⁰. Cette dernière est scindée en deux branches : la filiation par procréation et la filiation fictive, par adoption⁸²¹. La filiation par procréation désigne un père et une mère alors que la filiation par fiction crée un rapport de filiation entre l'enfant et ceux qui l'adoptent, sans désigner ces derniers comme étant des parents.

281. Autrefois, le législateur distinguait la filiation naturelle⁸²² de la filiation légitime⁸²³. Pendant de nombreuses décennies, les enfants naturels étaient traités de « bâtards ». Les femmes non mariées qui se retrouvaient enceintes assumaient seules l'enfant⁸²⁴. Un couple marié sans enfant était considéré comme formant une famille alors qu'une femme non mariée et son enfant n'étaient pas considérés comme tels. Il a fallu attendre l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1972 pour qu'une égalité de statut soit reconnue entre les enfants quelques soient les conditions de leur naissance. En revanche, les conditions de l'établissement de la filiation étant différentes, la filiation légitime et la filiation naturelle s'établissaient de manières différentes. La loi de 1972 maintenait une exception. En effet, l'enfant naturel dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne voyait ses droits diminués lorsqu'il venait à la succession de son auteur en concours avec le conjoint victime de l'adultère ou les enfants légitimes issus de ce mariage⁸²⁵. La Cour européenne a condamné la France car elle a jugé discriminatoire la règle selon laquelle l'enfant adultérin était évincé de la succession⁸²⁶. Tous les enfants peuvent bénéficier d'un double lien de filiation, à l'exception des enfants incestueux. En effet, la filiation des enfants incestueux ne peut être qu'unilinéaire⁸²⁷ puisque le droit ne peut

l'espèce selon certaines règles jugées nécessaires. C'est un concept d'essence politique au sens propre du terme. C'est pourquoi la filiation est définie comme un lien de droit qui ne se confond pas avec le lien biologique. Entre l'enfant et ceux qui lui ont donné la vie, le droit n'accepte de reconnaître un lien juridique que sous certaines conditions

⁸²⁰ Le titre VII du livre 1 du code civil précise l'ensemble des règles relatives à la filiation par procréation.

Le titre VIII du livre 1 du code civil précise l'ensemble des règles relatives à la filiation par fiction, c'est-à-dire l'adoption, qui peut être réalisé en mariage et hors mariage.

⁸²¹ L'adoption a connu de nombreuses réformes depuis 1804. Cf. infra n° 332 à 358.

⁸²² La filiation naturelle concerne les enfants nés hors mariage.

⁸²³ La filiation légitime concerne les enfants nés hors mariage.

⁸²⁴ Charles Martel, Diane De France, Guillaume Apollinaire, Léonard De Vinci, Hitler, ont la caractéristique commune d'être nés enfants naturels

⁸²⁵ Ancien article 334 abrogé par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, art. 16

⁸²⁶ ⁸²⁶ CEDH, 1^{er} février 2000, MAZUREK contre France, Defrénois 2000, art. 377719, n° 29, p. 654, obs. J. MASSIP.

⁸²⁷ Article 334-10 du code civil : « S'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit la filiation à l'égard de l'autre ».

Cf. supra n° 187 à 190.

instituer l'inceste, c'est-à-dire accepter la sexualité au sein de la parenté. Les termes « enfant naturel » et « enfant légitime » ont disparu du code civil en 2005⁸²⁸.

L'entrée en vigueur des lois de bioéthique de 1994⁸²⁹ s'est alignée sur la filiation de droit commun, bien que la procréation de l'enfant soit réalisée avec un don de gamètes. La PMA est ouverte, mais réservée aux couples hétérosexuels dont l'un des membres est frappé par une stérilité pathologique. En effet, le droit n'admet le recours aux gamètes d'un donneur que comme un palliatif d'une infertilité pathologique. Ainsi, lorsque cette pratique médicale a lieu, l'établissement de la filiation se calque sur la filiation par procréation. La maternité repose sur l'accouchement ignorant un éventuel don d'ovocyte. Le législateur privilégie le fait visible et général qu'est l'accouchement sur une réalité génétique manipulée, et donc exceptionnelle et invisible. Le père est désigné selon le droit commun – par présomption ou par reconnaissance –; les présomptions peuvent jouer car elles sont confortées par l'apparence : cet homme vit avec la mère et forme avec elle un couple potentiellement procréateur.

Les fondements de la filiation évoluent, mais le principe même de la filiation, qui consiste à établir des liens de droit entre un enfant et une ou deux personnes, reste inchangé. Le mariage n'est plus le pivot des constructions de la famille et de la filiation. La famille se définit aujourd'hui à partir de l'enfant. La filiation représente le fondement pérenne de la famille – à la différence du mariage qui, en raison de l'évolution du divorce, ne l'est plus –⁸³⁰. Devenu plus rare et donc désiré, grâce à la contraception, l'enfant est au cœur de la famille⁸³¹ car c'est lui qui assure ou illustre la pérennité familiale. Autrefois le mariage fondait la famille ; on constituait famille si l'on était marié avec ou sans enfant. Aujourd'hui, la famille se fonde avec les enfants,

⁸²⁸ Ordonnance du 4 juillet 2005.

De nos jours, une différence de statut entre les enfants nés hors mariage et les enfants nés dans le mariage continue d'être organisée dans certaines législations notamment dans les pays musulmans. La mère de l'enfant illégitime assume seule l'enfant conçu dans une relation dite « impure ». Les femmes revendiquent plus de droits mais cela bouleverse fortement les structures sociales fondées sur la domination masculine. Depuis quelques années, les juristes musulmans autorisent les femmes à utiliser les moyens contraceptifs modernes mais seulement dans le cadre du mariage. Cela démontre un véritable contrôle social sur la sexualité féminine qui doit être effective au sein du mariage.

⁸²⁹ Loi n° 94-653 et n° 94-654 du 29 juillet 1994.

⁸³⁰ « Il y a quelques années encore, c'était le couple marié (...) qui créait la famille. Il réalisait la rencontre de deux lignées, assurait la descendance, la transmission du patrimoine, et, à travers la filiation, perpétuait les traditions et les valeurs familiales. Ce couple marié, indissoluble, n'est plus fondateur de la famille aujourd'hui, il a été remplacé dans ce rôle par l'enfant. » Serge HEFEZ, « Les nouvelles filiations, de la parenté à la coparentalité », In Noëlle CHATELET, Serge HEFEZ, Jean-Claude KAUFMANN présenté par Anne LANCHON (Sous la dir.), *Les nouveaux parents*, éd. Bayard, 2011, p. 54.

⁸³¹ Jean-Claude KAUFMANN, « Quand le couple conjugal cède la place au couple parental », In Anne LANCHON (sous la dir.), *Les nouveaux parents*, op.précit, p. 21.

avec ou sans mariage, avec ou sans procréation, avec procréation médicalement assistée ou par adoption.

282. La famille juridique implique donc que la filiation soit établie. Si ce lien de droit n'est pas établi, on parle de famille de fait. Avant la réforme de 2013, les couples de personnes de même sexe ne pouvaient pas accéder à la filiation. Les homosexuels ne procréent pas en couples de personnes de même sexe. Antérieurement l'adoption plénière était réservée aux époux hétérosexuels ou à une personne seule. Comme les couples homosexuels ne pouvaient pas se marier, l'adoption de l'enfant du conjoint leur était fermée. La loi du 17 mai 2013 ne change rien en apparence⁸³², sauf sur le terrain de l'adoption puisqu'elle ouvre aux couples de même sexe l'adoption de l'enfant du conjoint. Mais comme elle leur refuse l'accès aux procréations médicalement assistées, cet enfant doit logiquement avoir été conçu dans le cadre d'une relation hétérosexuelle. Ainsi, l'accès des couples de même sexe à la parenté semble limité, mais cette restriction légale est battue en brèche par des recours frauduleux à l'AMP (Titre1: accès à la filiation pour les couples de même sexe). Malgré cette réforme, les « familles » qui ne peuvent accéder à la filiation demeurent nombreuses. Toutefois, des droits parentaux leur sont accordés, leur permettant ainsi d'être entre le factuel et/ou le juridique. (Titre 2: accès aux droits parentaux pour les tiers)

⁸³² Article 6-1 du code civil.

TITRE PREMIER : ACCES A LA FILIACTION POUR LES COUPLES DE MEME SEXE

283. L'histoire de la naissance a traversé trois stades. Le premier organisait juridiquement à partir du mariage la fonction sociale de la fécondité, le deuxième a permis de réduire le nombre des enfants non désirés en gérant la fécondité ; grâce à la contraception, les enfant qui naissent aujourd'hui sont désirés⁸³³. Nous entrons dans une troisième phase qui correspond à la fabrication d'enfants. L'enfant n'est plus un enfant du désir sexuel, mais le fruit du désir d'enfant⁸³⁴. Jean-Claude Kaufmann a très justement précisé que ce désir « est tellement puissant, tellement partagé, que l'absence d'enfant devient parfois, pour ceux qui ne peuvent pas en avoir, un drame absolu »⁸³⁵. Le désir d'enfant est plus fort que tout.

Les couples de même sexe ont un nouveau désir de parenté car la technique biomédicale rend possible l'accès à l'enfant à toute personne. En effet, l'AMP et la GPA permettent à toute personne seule ou non de devenir parent sans sexualité et sans

⁸³³ Paul YONNET, « L'avènement de l'enfant du désir », *Etudes*, 2010/1, tome 412, p. 44.

⁸³⁴ Judith Kestenberg, psychanalyste et scientifique, émet l'hypothèse que le désir d'enfant est probablement inné. Cité par Amal ABDEL-BAKI, Marie-Josée POULIN, « Du désir d'enfant à la réalisation de l'enfantement -I- Perspectives psycho-dynamiques du vécu normal autour du désir d'enfant et de la grossesse », *Psychothérapies*, 2004/1, vol. 24, p. 4. Vicissitudes of female sexuality, J. Amer. Psychoanal. Assn, 4 : 453-476.

⁸³⁵ Jean-Claude KAUFMANN, « Quand le couple conjugal cède sa place au couple parental », In Noëlle CHATELET, Serge HEFEZ, Jean-Claude KAUFMANN présenté par Anne LANCHON, *Les nouveaux parents*, op.cit, p. 26.

être géniteur. Or, la législation française actuelle ne satisfait pas ce désir pour les couples de même sexe par nature non procréateurs, précisément parce que la parenté repose sur la procréation et l'encadre. (Sous-titre 1) En revanche, depuis la loi du 17 mai 2013, les époux de même sexe peuvent accéder à la filiation fictive. Mais ce qui les intéresse dans cet accès c'est l'adoption de l'enfant du conjoint suite à une PMA pratiquée à l'étranger. Le législateur, en rappelant que l'adoption est l'apanage des époux, a seulement ébranlé les règles de la filiation. (Sous-titre 2) Désormais les familles homosexuelles peuvent entrer légalement dans l'ordre familial – adoption conjointe – et frauduleusement dans l'ordre procréatif – PMA pratiquée à l'étranger –.

SOUS-TITRE 1 : L'ACCES REFUSE A LA PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE

283. Les couples de personnes de même sexe ne sont pas des couples procréateurs. Néanmoins chaque membre de ces couples est potentiellement procréateur. Le législateur a pris acte de cette réalité en privant ces couples du bénéfice du titre VII du livre 1 du code civil : son nouvel article 6-1 leur interdit l'accès en couple à la filiation par procréation, y compris par procréation médicalement assistée. En revanche l'accès à l'adoption, y compris l'adoption de l'enfant du conjoint – dans sa forme plénière ou simple – leur est reconnu. La loi du 17 mai 2013 élargit même les possibilités d'adoptions successives. L'adoption de l'enfant du conjoint implique légalement qu'un membre du couple de personnes de même sexe devienne parent par procréation, puisque la voie l'AMP est fermée par l'article 6-1 du code civil. Néanmoins l'adoption de l'enfant du conjoint a été perçue par les intéressés comme une incitation à la fraude. Ainsi l'accès refusé de la parenté homosexuelle se révèle plus favorable que l'accès légal à l'adoption. Toutefois, il convient de distinguer le recours frauduleux à l'AMP par les couples de femmes (Chapitre 1) du recours à la GPA par les couples d'hommes (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LE RECOURS ILLICITE A L'AMP POUR LES COUPLES DE FEMMES

284. En droit français, les femmes seules ou en couple homosexuel ne peuvent recourir à une AMP. Or, le recours frauduleux à cette pratique – en France ou à l'étranger – est de plus en plus fréquent. Conformément au droit commun, celle qui accouche est désignée comme mère, et cela même si cet accouchement est le fruit d'une fraude. (Section 1) Une jurisprudence récente et *contra legem* a validé le partage en couple de femmes de l'enfant conçu sans père, grâce à l'adoption de l'enfant de l'épouse. (Section 2)

SECTION 1 : LE RECOURS FRAUDULEUX A L'AMP PAR LES FEMMES SEULES

285. En droit français, la PMA n'a pas pour objet de rendre possible des procréations impossibles. Elle est ainsi exclusivement ouverte aux couples potentiellement féconds, c'est-à-dire aux couples hétérosexuels⁸³⁶, dont l'un des membres est frappé par une infertilité pathologique⁸³⁷. Sont donc interdites les PMA pratiquées au profit des couples homosexuels et personnes seules. La Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 15 mars 2012⁸³⁸, a relevé que si le droit français ne prévoit l'accès à l'IAD que pour les couples hétérosexuels, c'est parce qu'il est

⁸³⁶ Le deuxième alinéa de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique vise un homme et une femme, ce qui écarte la demande d'un couple homosexuel.

La loi est muette sur le cas des transsexuels. Toutefois, l'on peut considérer, dès lors que le changement de sexe a été opéré à l'état civil, qu'un couple hétérosexuel d'ont l'un des membres est transsexuel peut accéder à l'AMP.

⁸³⁷ Cf. supra n° 108 à 110.

⁸³⁸ CEDH, *Gas et Dubois c/ France*, n° 25951/07, 15 mars 2012.

subordonné à l'existence d'un but thérapeutique qui ne peut être transposable aux couples homosexuels.

286. L'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 relative au mariage des personnes de même sexe⁸³⁹ a relancé le débat sur le recours à l'AMP par un couple de femmes. Le groupe socialiste à l'Assemblée nationale a renoncé à l'amendement annoncé en décembre 2012 devant intégrer l'accès à l'AMP pour les couples de femmes mariées⁸⁴⁰, ce qui est logique puisque le mariage est officiellement, désormais, détaché de la filiation. Ouvrir l'AMP aux femmes homosexuelles, c'est l'ouvrir à toutes les femmes, c'est surtout renoncer à la règle fondatrice de la bioéthique : "un père, une mère, pas un parent de plus, pas un parent de moins"⁸⁴¹. Le droit français a ainsi fermement refusé de consacrer un droit à l'enfant⁸⁴². Ouvrir l'AMP aux personnes de même sexe imposerait de modifier l'institution et donc nécessairement remettre en cause les dispositions actuelles du Code de la santé publique qui autorisent les seules AMP thérapeutiques. Les couples homosexuels veulent créer une filiation de convenance personnelle afin d'accéder à une famille auto-fondée, filiation contractuelle dans laquelle seule la volonté compte, rendant ainsi accessoire la biologie. Or, on ne peut pas nier le fait qu'un enfant est toujours le fruit d'un engendrement entre un homme et une femme.

287. Jean Hauser a précisé que « si la discrimination consiste à traiter de manière différente des personnes placées dans des situations semblables, on pourrait tout aussi bien soutenir qu'elle consiste aussi à dénommer de façon semblable des situations différentes »⁸⁴³. Dans tous les cas, soit le législateur traite toutes les situations différentes comme identiques, soit il prend en compte les différences de situations. Donc, alors, il y a toujours une discrimination. Si le législateur ouvre l'AMP aux couples homosexuels invoquant des motifs de convenance personnelle, tout en

⁸³⁹ JORF n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8253.

⁸⁴⁰ Aline CHEYNET de BEAUPRE, « Mariage pour tous : l'effet papillon », *Revue juridique personnes et famille*, février 2013, n°2, éd. du J.N.A, p. 7. Le conseil constitutionnel a rappelé que la PMA n'est pas ouverte aux couples de femmes en France. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013.

⁸⁴¹ Etude du Conseil d'Etat, "De l'éthique au droit", notes et études documentaires, *La documentation française*, n° 4855, 1988, p. 57.

⁸⁴² « L'ouverture de l'AMP à l'homoparentalité ou aux personnes seules ouvrirait de fait ce recours à toute personne qui en exprimerait le désir et constituerait peut-être alors un excès de l'intérêt individuel sur l'intérêt collectif. La médecine serait simplement convoquée pour satisfaire un droit individuel à l'enfant ». Comité consultatif national d'éthique, Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation, Avis n° 90, 2005 (www.cne-ethique.fr/docs/fr/avis090.pdf) .

⁸⁴³ Jean HAUSER, « Présidentielle : être sexué ou ne pas être sexué, voilà la question ? », JCP G2012, n° 10, p. 268.

maintenant la condition de stérilité pathologique pour les couples hétérosexuels, la législation deviendrait discriminatoire car elle traiterait deux situations semblables de manière différente. En effet, la stérilité pathologique et la convenance personnelle, qualifiée de stérilité sociologique, renvoient à deux réalités différentes retenues comme conditions d'accès à un service semblable : l'AMP. Si le législateur abandonne la législation actuelle exigeant une stérilité pathologique du couple recourant à l'AMP, il optera pour une législation identique entre les couples hétérosexuels et homosexuels, érigeant ainsi la convenance personnelle comme condition semblable à tous les couples. Dans ce cas, la législation sera discriminatoire car elle traitera deux situations différentes de manière semblable. Pour ne pas l'être, il faudrait que le législateur renonce à toutes conditions. En effet, l'accès à l'AMP est différent selon que le couple concerné est hétérosexuel ou homosexuel.

288. Malgré l'interdiction légale, il est fréquent que des femmes françaises recourent frauduleusement à une AMP à l'étranger⁸⁴⁴ ou à une auto-insémination⁸⁴⁵. Conformément à la personnalité des lois, la loi française s'applique⁸⁴⁶. De ce fait, l'insémination artisanale – réalisée en France – ou artificielle – réalisée à l'étranger – d'une lesbienne française ne présente aucune difficulté juridique sur le terrain de la filiation, puisque l'accouchement assorti de la volonté de devenir mère est le fondement de la maternité en droit français. Même si l'insémination s'est opérée de manière frauduleuse, la femme qui accouche est désignée comme mère de l'enfant⁸⁴⁷. Le procédé frauduleux est satisfaisant pour les lesbiennes car elles obtiennent précisément ce qu'elles recherchent : être mère d'un enfant conçu sans père⁸⁴⁸, sans que cette situation puisse être juridiquement remise en cause⁸⁴⁹.

⁸⁴⁴ L'Espagne et la Belgique, par exemple, autorisent cette pratique.

⁸⁴⁵ L'auto-insémination est également appelée insémination artisanale. Elle peut s'effectuer chez soi en respectant des règles simples d'utilisation avec un matériel adéquat qui se vend en pharmacie -seringue stérile sans aiguille, gant de vinyle, récipient pour l'échantillon, sérum physiologique qui facilite l'aspiration du sperme-.

Pour les IA maison de couple lesbien ou de femme seule homosexuelle, le donneur de sperme est recruté par des associations homosexuelles.

⁸⁴⁶ Article 3 du code civil : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étranger.»

Article 311-14 du code civil : « La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ».

⁸⁴⁷ Dans le silence de la loi –la loi ne précise pas comment établir la filiation d'un enfant issu d'une PMA obtenue frauduleusement-, le droit commun retrouve son empire. Jean-Jacques LEMOULAND, V° Filiation et procréation médicalement assistée, *Dictionnaire permanent Bioéthique*, n° 73s.

⁸⁴⁸ « A-t-on le droit, s'interrogeait l'auteur, au nom de la souffrance que cause l'infécondité, d'imposer à un enfant de venir au monde dépourvu de tout lien biologique avec son véritable géniteur, privé pour partie de

289. La fraude pervertit ainsi la logique de la loi. La femme qui accouche est la mère, et cela même grâce à un don anonyme. En quelque sorte, elle abolit son comportement frauduleux par son accouchement⁸⁵⁰. En effet, la réalité biologique, fondatrice de la filiation – l'accouchement – ne saurait être contestée.

SECTION 2 : UNE MATERNITE EN COUPLE DE FEMMES

290. L'adoption de l'enfant du conjoint n'est pas une filiation fictive comme une autre, précisément parce qu'elle combine procréation et fiction. (§1) Or la nature frauduleuse de la maternité aurait dû peser sur l'adoption subséquente qu'elle permet. Néanmoins, la jurisprudence a validé ce procédé *contra legem* (§2)

§1 : LA PARTICULARITE DE L'ADOPTION DE L'ENFANT DU CONJOINT

291. L'adoption a pour but de donner une famille à l'enfant qui en est dépourvu. Dans l'adoption de l'enfant du conjoint, ce n'est pas le cas puisque l'enfant a déjà une famille. L'adoption complète la filiation de l'enfant, en combinant procréation et fiction⁸⁵¹. La loi du 17 mai 2013 a ouvert cette hypothèse au couple homosexuel. Cependant pour les couples hétérosexuels, cette adoption n'est généralement pas

tout repère généalogique ? Le maillon qui relie chaque homme à ses ancêtres est une partie essentielle et intime de son être » Alain SERIAUX, *La procréation artificielle sans artifice : illicéité et responsabilités*, D., 1988, chron. p. 201

Le donneur n'est pas désigné comme père.

⁸⁴⁹ Jean-Jacques LEMOULAND, Monique LUBY (sous la dir.), *Le droit à une vie familiale*, op.cit, p. 71

⁸⁵⁰ Cf. supra n° 121-124.

⁸⁵¹ L'adoption de l'enfant du conjoint est différente des filiations purement fictives, qui correspondent aux adoptions individuelles et aux adoptions conjointes.

De plus, les adoptions simples de l'enfant du conjoint se distinguent des adoptions plénières de l'enfant du conjoint.

réalisable puisque l'enfant a déjà une filiation complète – un père et une mère –⁸⁵². Or on ne peut pas avoir plus de deux parents deux liens de filiation établis.

292. Trois conditions, assouplies au fil des réformes, doivent être remplies pour recourir à l'adoption de l'enfant du conjoint. Il faut être marié avec le parent de l'enfant⁸⁵³, avoir au moins 10 ans de plus que l'enfant⁸⁵⁴, et l'enfant ne doit avoir de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint⁸⁵⁵. .

293. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint fait disparaître la filiation par la naissance. Elle est plénière si le conjoint – unique parent inscrit sur l'acte de naissance de l'enfant – donne son consentement à cette adoption. Ainsi dans l'hypothèse de l'adoption de l'enfant par l'épouse homosexuelle, le fait que l'enfant soit conçu sans père – par le recours à l'AMP – permet de remplir la condition essentielle de cette forme de filiation hybride. Ainsi le consentement que donne la mère n'est que le résultat de sa fraude. Sans elle, soit l'enfant n'aurait pas été conçu soit, ayant un père, son adoption serait impossible. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est également permise si l'autre parent de l'enfant s'est vu retirer l'autorité parentale ; si l'autre parent est décédé et les parents du défunt sont eux-mêmes décédés ou se sont manifestement désintéressés de l'enfant ; et si l'enfant a déjà été adopté par le conjoint en la forme plénière et de filiation établie qu'à son égard. Dans cette forme d'adoption, l'enfant doit avoir moins de quinze ans. S'il a plus de treize ans, il doit donner son consentement à l'adoption devant notaire⁸⁵⁶.

294. L'adoption simple de l'enfant du conjoint est également ouverte; elle permet l'exercice en commun de l'autorité parentale. Elle concerne deux situations : l'enfant a une filiation établie à l'égard de ses deux parents et la personne avec laquelle le conjoint a eu l'enfant donne son consentement à l'adoption – ce qui est rare –, ou l'enfant a déjà été adopté par le conjoint en la forme simple ou plénière⁸⁵⁷. Il n'y a pas de condition d'âge pour l'enfant dans cette forme d'adoption. Le conjoint ou la conjointe doit présenter une requête devant le Tribunal de grande instance du lieu de résidence.

⁸⁵² L'adoption plénière de l'enfant mineur est très rare, seule l'adoption simple de l'enfant majeure est pratiquée

⁸⁵³ Il n'y a pas de condition de durée du mariage.

⁸⁵⁴ Article 344 du code civil. La réduction à 10 ans de la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté s'applique même si le conjoint de l'adoptant est décédé au moment de la demande d'adoption. Rouen, 26 novembre 1968 : D. 1969.66.

⁸⁵⁵ Article 345-1 du code civil.

⁸⁵⁶ Article 345 du code civil. Ce consentement est donné selon les formes prévues au 1^o alinéa de l'article 348-3 du code civil. Il peut être rétracté à tout moment jusqu'au prononcé de l'adoption.

⁸⁵⁷ Adoptions successives. Cette hypothèse est l'œuvre de la loi du 17 mai 2013.

L'article 345-1 2° du code civil témoigne de la rareté de l'adoption de l'enfant au sein des couples hétérosexuels par un beau-père ou une belle-mère à la suite d'une recomposition familiale. Les conjointes préfèrent présenter une requête en adoption plénière de l'enfant de l'épouse qu'une requête en adoption simple de l'enfant de l'épouse car elle est plus radicale dans ses conséquences.

§2 : LES CONDITIONS DE L'ADOPTION DE L'ENFANT DE L'EPOUSE

295. Actuellement, l'adoption de l'enfant de la conjointe est le mécanisme juridique utilisé pour partager la filiation dans un couple de femme ayant eu recours à une AMP à l'étranger (A). Mais nous allons voir que la comaternité – absente en droit français – permet, elle aussi, de partager la filiation dans ce couple (B).

A/ En droit positif français

296. La fraude à l'AMP ne se révèle qu'au moment du consentement donné par la mère à l'adoption. (1°) Néanmoins, certains juges considèrent qu'elle ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption de l'enfant de l'épouse. (2°)

1° La question de la fraude

297. Les dispositions relatives à l'AMP inscrites dans le code de la santé publique ne sont pas d'ordre public. En revanche, celles sur la filiation inscrites dans le code civil le sont⁸⁵⁸. Ainsi, l'article 311-20 du code civil, qui précise que les « époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans les conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation », est d'ordre public. C'est pour

⁸⁵⁸ Article 3 du code civil.

éviter ce consentement obligatoire et préalable à l'AMP que la mère s'est rendue à l'étranger. Ce faisant elle n'a pas respecté une disposition impérative qui exprime la volonté du législateur. L'AMP ne doit pas priver l'enfant de père. La mère a fait un enfant sans père, grâce à un don anonyme de sperme. C'est parce que l'enfant n'a pas de père que la mère seule peut ainsi donner son consentement à l'adoption par son épouse. Par conséquent, le consentement que donne la mère à l'adoption fait resurgir la fraude⁸⁵⁹.

2° Réponse jurisprudentielle à la fraude

298. Le recours à l'AMP frauduleuse est en général une démarche en couple. La femme qui accouche est désignée comme la mère de l'enfant, selon le droit commun français, même si cet accouchement est le fruit d'une fraude⁸⁶⁰. L'autre femme qui a participé au projet d'AMP, mais qui n'a pas accouché, ne peut être désignée comme mère selon le droit commun puisqu'elle est un tiers, totalement étrangère à la procréation. En revanche, l'épouse de la mère peut présenter une requête en adoption⁸⁶¹. L'adoption de l'enfant de la conjointe est ainsi très demandée. Il s'agit de la traduction du projet de la construction familiale recherchée avec le mariage. Sa requête en adoption n'a rien d'illégal, même si elle est la « complice » de la fraude initiale qui a fait naître l'enfant sans père.

299. Quelques mois après le vote de la loi du 17 mai 2013, le tribunal de Lille⁸⁶² a prononcé l'adoption plénière par une conjointe de l'enfant issu d'une AMP à l'étranger. Mais d'autres juges du fond, en avril 2014⁸⁶³, ont refusé les demandes d'adoptions faites

⁸⁵⁹ Frauder la loi –notion juridique qui désigne un détournement de la loi interdit-, en l'espèce, elle consiste à échapper à un interdit de la loi française qui est d'ordre public et à obtenir ce qu'un droit étranger accorde à ses ressortissants. Claire NEIRINCK, « La filiation, une question juridique », In Claire NEIRINCK, Martine GROSS, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, éd. La documentation française, 2014, coll. « Doc' en poche, place au débat », p. 63.

Il y a fraude à l'ordre public.

⁸⁶⁰ Cf. supra n° 221-224; n° 289.

⁸⁶¹ Cass., avis 22 sept. 2014, n° 1470006 : JurisData n° 2014-021251- Cass., avis 22 sept. 2014, n° 1470007 : JurisData n° 2014-021255 ; Dr.fam. 2014, comm. 160.

⁸⁶² TGI Lille, 14 octobre 2013, JurisData n° 2013-027517 ; Dr. famille 2014, comm. 4, C. Neirinck.

Le jugement précise que les deux femmes avaient décidé que la plus jeune d'entre elles entamerait en Belgique des démarches de PMA avec donneur anonyme. Ces deux femmes n'ont pas respecté la loi française à deux reprises. Toutefois, elles ont parfaitement obtenu ce qu'elles recherchaient : accueillir deux enfants dépourvus de père, permettant ainsi à l'épouse de la mère de les adopter.

⁸⁶³ TGI Versailles, 29 avril 2014, n° 13/00013 : JurisData n° 2014-013012 ; TGI Versailles, 29 avril 2014, n° 13/00113 : JurisData n° 2014-013015 ; TGI Versailles, 29 avril 2014, n° 13/00168 : JurisData n° 2014-013016 ; Dr. famille 2014, comm. 113, Ph. Reignié ; Dr. famille 2014, repère 7, C. Neirinck.

Trois enfants –Julie, Martin et Jean- sont nés de protocoles d'assistance à la procréation avec tiers donneur réalisés en Belgique. Leurs filiations paternelles n'étant pas établies, les épouses de leurs mères avaient

par les épouses des mères, en invoquant la fraude à la loi. Autoriser l'adoption au sein des couples de femmes reviendrait à établir une distinction avec les couples homosexuels d'hommes, pour lesquels le recours à la gestation pour autrui est pénalement répréhensible⁸⁶⁴. Ainsi, ces décisions faisaient barrage à la réalisation implicite d'un droit à l'enfant⁸⁶⁵.

300. Saisie de demandes d'avis, la Cour de Cassation s'est contentée de déclarer que la PMA ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant de cette procréation⁸⁶⁶. Elle ne s'est pas prononcée sur l'existence ou non d'une fraude et son incidence sur le consentement de la mère. Les magistrats ne sont pas obligés de prendre en considération ces avis, puisqu'ils ne s'imposent même pas aux magistrats auteur de la saisine.

301. Suite à ces avis, qualifiés par Jean Hauser « d'avis de tempête »⁸⁶⁷, de nombreux arrêts⁸⁶⁸ ont fait droit en appel à la requête en adoption plénière présentée par

présenté une requête en adoption plénière. Pour les magistrats versaillais « *il y a fraude lorsqu'on cherche à obtenir ce que la loi française prohibe, par des moyens détournés et formellement légaux, que ce soit en France ou à l'étranger* ».

⁸⁶⁴ Gaëlle DUPONT, « Premier refus d'adoption à un couple de femmes ayant conçu un enfant par PMA », *Le Monde*, 2 mai 2014.

⁸⁶⁵ Le conseil constitutionnel a précisé que la loi n'a ni pour objet ni pour effet de reconnaître aux couples de personnes de même sexe un « droit à l'enfant », c'est-à-dire un « droit conçu comme un principe égalitaire – qui implique que toute personne soit libre, en toutes circonstances, de faire naître un enfant sans père ou sans mère ». Définition posée in Rapport G. Braibant, Sciences de la vie : de l'éthique au droit, Etude du conseil d'Etat : doc fr. 1988, p. 52.

Conseil const., décision 17 mai 2013, n° 2013-669 DC : *JurisData* n° 2013-011692 ; *Dr. famille* 2013, comm. 98, J.-R. Binet.

⁸⁶⁶ Cass., avis 22 sept. 2014, n° 1470006 : *JurisData* n° 2014-021251- Cass., avis 22 sept. 2014, n° 1470007 : *JurisData* n° 2014-021255 ; *Dr.fam.* 2014, comm. 160.

« Le recours à l'AMP sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elles sont conformes à l'intérêt de l'enfant ».

⁸⁶⁷ Jean HAUSER, « La délocalisation de la fabrication des enfants : avis... de tempête ? » *RTD civ.* 2014, p. 872.

⁸⁶⁸ Entre le 10 février et le 28 avril 2015, une vingtaine d'arrêts, rendus par les Cours d'appel de Toulouse, Limoges, Aix en Provence, Versailles et Chambéry, a fait droit à cette requête.

Claire NEIRINCK, « L'adoption plénière par l'épouse de la mère : la marée noire de l'appel », *Droit de la famille*, juillet-août 2015, p. 49.

CA Toulouse, 10 février 2015, n° 14/01643 : *JurisData* n° 2015-002117- CA Toulouse, 10 février 2015, n° 14/01644- CA Toulouse, 10 février 2015, n° 14/01642- CA Toulouse, 10 février 2015, n° 14/02898- CA Toulouse, 10 février 2015, n° 14/02830 –CA Toulouse, 10 février 2015, n° 14/02845- CA Toulouse 10 février 2015, n° 14/01645.

CA Limoges, 2 mars 2015, n° 14/01060.

CA Aix en Provence, 14 avril 2015, n° 14/13183 : *JurisData* n° 2015-008853- CA Aix en Provence, 14 avril 2015, n° 14/13137.

CA Versailles, 16 avril 2015, n° 14/04253 : *JurisData* n° 2015-008400 –CA Versailles, 16 avril 2015, n° 14/05360 : *JurisData* n° 2015-008401 –CA Versailles, 16 avril 2015, n° 14/05368 : *JurisData* n° 2015-008399 –CA Versailles, 16 avril 2015, n° 14/05363 –CA Versailles, 16 avril 2015, n° 14/04245 –CA Versailles, 16 avril 2015, n° 14/04243 –CA Versailles, 16 avril 2015, n° 14/04244.

l'épouse de la mère. Les juges de la Cour d'appel d'Aix en Provence⁸⁶⁹, dans un arrêt rendu le 14 avril 2015, ont conclu à l'absence de fraude et ont ainsi prononcé l'adoption plénière d'un enfant né par PMA par l'épouse homosexuelle de sa mère⁸⁷⁰. Pour la Cour, l'enfant est « le fruit d'un projet parental entre sa mère et sa compagne », devenue son épouse. Il reçoit des soins et de l'affection des deux femmes et les familles de ces dernières le traitent comme l'enfant du couple. Le raisonnement des juges du fond repose sur une considération sociologique : l'affection, puisqu'aucune considération juridique ne peut valider ce qui est, à la base, juridiquement interdit. Valider l'adoption de l'enfant de l'épouse et continuer de refuser le recours aux AMP aux couples de femmes est hypocrite, car cela revient à l'encourager en consacrant son effectivité finale : le partage d'une filiation en couple.

302. Les demandes d'adoption plénière de l'enfant de l'épouse sont plus nombreuses que les adoptions simples de l'enfant de l'épouse, car elles octroient plus de droits à l'adoptante et correspondent mieux à ce qui est recherché. L'état civil fait de l'enfant, l'enfant de ces deux femmes à égalité. L'acte originel désigne la femme qui a accouché comme mère. Avec l'adoption de l'enfant de l'épouse, l'acte originel est annulé et remplacé par un nouvel acte qui désigne les deux femmes, en déclarant que l'enfant est leur fils ou leur fille.

Dans tous les cas, l'adoption est obligatoirement soumise au contrôle du TGI, qui doit veiller à ce qu'elle soit conforme à l'intérêt de l'enfant⁸⁷¹, mis à part que dans les faits l'existence d'un projet parental partagé est automatiquement perçu comme servant l'intérêt de l'enfant. Les lesbiennes obtiennent précisément ce qu'elles recherchent : être mère d'un enfant conçu sans père, sans que cette situation puisse être juridiquement remise en cause⁸⁷², alors qu'elles ont fraudé la loi.

CA Chambéry, 28 avril 2015, n° 14/02523 : JurisData n° 2015-009553 – CA Chambéry, 28 avril 2015, n° 14/02522.

⁸⁶⁹ CA Aix en Provence, 14 avril 2015, n° 14/13183 : JurisData n° 2015-008853- CA Aix en Provence, 14 avril 2015, n° 14/13137.

⁸⁷⁰ L'enfant est né en 2012 à l'issue d'une PMA réalisée en Espagne. La requête en adoption formulée par l'épouse de la mère a, dans un premier temps, été refusée par le Tribunal de grand instance d'Aix en Provence, au motif que la procréation avait eu lieu par détournement de la loi. La femme adoptante a fait appel du jugement. Le Ministère public a invoqué « une fraude à la loi », le couple ayant contourné une disposition légale.

⁸⁷¹ Exigence soulignée par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, et rappelée par la Cour de cassation dans l'avis n° 15011 du 22 septembre 2014.

⁸⁷² Jean-Jacques LEMOULAND, Monique LUBY (sous la dir.), *Le droit à une vie familiale*, op.cit, p. 71

303. Cependant, cette validation de l'adoption plénière de l'enfant de l'épouse pose la question suivante : pourquoi continuer de réserver l'adoption de l'enfant aux époux ? Le juge a précisé récemment que l'adoption simple de l'enfant de la concubine est impossible, au motif qu'elle entraîne un transfert de l'autorité parentale de l'adoptante, même si la mère consent à l'adoption.

Dans un premier temps, les juges du fond, dans l'affaire rendue par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 27 juin 2001, ont accordé à une femme homosexuelle l'adoption simple des trois enfants de sa compagne⁸⁷³. Dans le cadre de cette liaison, l'une était devenue mère par inséminations artificielles obtenues à l'étranger de trois filles. L'adoptante, quant à elle, était dispensée d'obtenir l'agrément puisqu'il ne s'agissait ni de l'adoption d'un enfant pupille de l'Etat ni d'un enfant étranger. L'âge de la plus jeune des filles étant de 3 ans permettait de contourner l'article 348-5 du code civil qui précise que « *sauf le cas où il existe un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré inclus entre l'adoptant et l'adopté, le consentement à l'adoption des enfants de moins de deux ans n'est valable que si l'enfant a été effectivement remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption* ». ⁸⁷⁴. Dans cette affaire, il s'agissait d'une adoption individuelle classique et non de l'adoption de l'enfant du conjoint puisque les deux femmes n'étaient pas mariées. Le parent d'origine en consentant à l'adoption de son enfant renonce à ses propres droits. Et donc, en l'occurrence, à l'exercice de l'autorité parentale⁸⁷⁵. L'adoption simple ainsi faisait coexister deux familles : la famille de naissance dans laquelle la mère avait renoncé à ses droits et la famille adoptive dans laquelle la partenaire détenait seule l'autorité parentale. Cette dualité de famille est particulièrement nette dans l'hypothèse d'un conflit opposant la mère d'origine à l'adoptante ou quand le couple se sépare⁸⁷⁶. Pour compenser la perte de l'autorité parentale de la mère d'origine, l'adoptante a

⁸⁷³ TGI Paris, 27 juin 2001 : Juris-Data n° 2001-156758; RDSS 2002. 1211, note F. MONEGER ; D.2003 Somm. 1941, note J.J LEMOULAND.

⁸⁷⁴ En revanche, onze pays européens admettent l'adoption de l'enfant du partenaire. Il s'agit de l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Slovaquie et la Suède.

CEDH, gde ch., 19 févr. 2013, n° 19010/07, X. et a. c/ Autriche : JurisData n° 2013-004791 : la non-discrimination impose de traiter à l'identique des couples hétérosexuels et homosexuels qui relèvent du même statut juridique, en particulier en ce qui concerne l'enfant.

V. notamment Claire NEIRINCK, « Adoption au sein d'un couple homosexuel non marié et violation de la vie privée et familiale », *Droit de la famille*, n° 4, avril 2013, p. 24.

⁸⁷⁵ Article 365 du code civil.

⁸⁷⁶ Claire NEIRINCK, « Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels », In Jean Jacques LEMOULAND et Monique LUBY (sous la dir.), *Le droit à une vie familiale*, op.cit, p. 72 et 73

consentie à une délégation d'autorité parentale partagée au profit de la mère⁸⁷⁷. Le tribunal l'avait accordé mais avait limité le partage de l'exercice de l'autorité parentale aux « besoins de l'éducation des enfants ». La Cour de cassation avait censuré ce montage juridique, considérant que l'adoption simple n'est permise qu'entre conjoint, et que le consentement à l'adoption donné par la mère vaut – hors mariage – renoncement à exercer l'autorité parentale⁸⁷⁸. Ainsi, si la mère consent à l'adoption mais continue à élever l'enfant, son consentement est nul.

La CEDH a estimé, le 15 mars 2012⁸⁷⁹, que le refus par la France d'autoriser l'adoption de l'enfant par la concubine homosexuelle ne constituait pas une discrimination. Dans cette affaire, Alexandra a été conçue par insémination artificielle en Belgique avec le sperme d'un donneur anonyme. La compagne de sa mère avait demandé à adopter cet enfant. La Cour avait précisé d'une part que les requérantes vivant en concubinage ne se trouvaient pas dans une situation juridique comparable à celle d'un couple marié concernant l'adoption de l'enfant par le second parent ; et d'autre part que les requérantes n'avaient pas fait l'objet d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle puisque cette procédure d'adoption simple est également refusée aux concubins hétérosexuels⁸⁸⁰. La Cour avait réaffirmé le principe selon lequel les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées pour des raisons particulièrement graves⁸⁸¹, même si dans cette affaire, elle avait admis que ces différences de traitement ne sont pas fondées sur l'orientation sexuelle mais sur l'option législative de la France qui a érigé le recours à l'AMP en soins palliatifs.

⁸⁷⁷ Délégation de l'autorité parentale partagée rendue possible par la loi du 4 mars 2002 : article 377-1 alinéa 2 du code civil

⁸⁷⁸ Civ. 1^{re}, 20 février 2007, n° 06-15.647.

François Chénéde, « Couple homosexuel : refus de l'adoption simple », AJ Famille 2007, p. 182.

Les hauts magistrats estiment que la délégation partielle et l'adoption simple sont antinomiques et contradictoires, puisque la première partage l'autorité parentale alors que la seconde a pour objet de la transférer au seul adoptant.

La Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence par la suite : Civ. 1^{re}, 19 décembre 2007, Bulletin civil 2007I n° 392 ; Civ. 1^{re}, 6 février 2008, pourvoi n° 07-12948 ; Civ. 1^{re}, 9 mars 2011.

⁸⁷⁹ CEDH, 15 mars 2012, Gas et Dubois c/ France, n° 25951/07 : Dr. famille 2012, comm. 82, obs. C. Neirinck.

⁸⁸⁰ La Cour condamne dans l'arrêt X et a. contre Autriche du 19 février 2013 une législation qui prohibe l'adoption de l'enfant du concubin dans le cadre du concubinage homosexuel alors qu'elle l'autorise dans le cadre du concubinage hétérosexuel. La différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle est évidente et de ce fait elle justifie la condamnation. CEDH, 19 février 2013, n° 19010/07 : JurisData n° 2013-004791 ; Dr. Famille 2013, comm. 53, C. Neirinck ; JCP G 2013, doct. 855, F. Sudre.

Dans l'arrêt du 15 mars 2012, il n'y a pas discrimination entre concubins hétérosexuels et concubins homosexuels dans l'accès à cette pratique puisque le droit français n'autorise pas l'adoption de l'enfant du concubin de manière générale.

⁸⁸¹ CEDH, 28 sept. 2009, J.M c/ Royaume-Uni.

Si l'on continue de réserver l'adoption de l'enfant aux seuls époux et à tolérer la fraude à la loi, on transforme le mariage. Pour les couples hétérosexuels, il demeure le cadre idéal de la procréation en dotant l'enfant d'une filiation complète et crédible. Pour les couples de personnes de même sexe, il devient le passage nécessaire ouvrant sur un droit à l'enfant partagé en couple.

B/ Vers une évolution de la loi : la comaternité ?

304. Pour accéder à la filiation, aujourd'hui l'épouse de la mère doit présenter une requête en adoption – souvent en adoption plénière –. En effet, bien qu'elle soit l'épouse de la femme qui accouche, elle ne peut pas bénéficier de l'établissement légal de la paternité. Alors que l'homme qui vit avec la femme qui accouche d'un enfant suite à un don de gamètes devient père selon le droit commun. L'épouse de la mère ne peut bénéficier du droit commun actuellement en vigueur, qui repose sur la présomption de paternité, afin de devenir le deuxième parent légal de l'enfant. Les associations homosexuelles et certains juristes⁸⁸², lors des débats parlementaires, ont souhaité notamment que la présomption de paternité soit transposée en "présomption de parenté" ou "parentalité". Dès lors, le conjoint du parent biologique en aurait bénéficié et aurait pu devenir ainsi le deuxième parent légal de l'enfant.

305. Une évolution en faveur de la comaternité se dessine. Certains pays européens l'ont déjà adoptée.

En Espagne, la loi du 26 juin 2006 a reconnu un double lien de filiation à l'égard de deux femmes pour l'enfant né d'une IAD, sans que l'enfant ait accès à ses origines⁸⁸³. Cette législation réserve la comaternité aux couples mariés.

Depuis le 1^{er} janvier 2015⁸⁸⁴, les coparentes belges peuvent établir un lien de filiation avec leurs enfants sans recourir à l'adoption. L'établissement de ce lien peut s'établir par application de la présomption de maternité – dans le mariage – ou par reconnaissance – hors mariage –. Les enfants nés pendant le mariage près le 1^{er} janvier

⁸⁸² Notamment Serge PORTELLI, vice-président au Tribunal de grande Instance, et Clélia RICHARD, avocate au barreau de Paris.

⁸⁸³ San JULIAN, « L'anonymat dans la procréation médicalement assistée en Espagne : un principe controversé » In B. FEUILLET-LIGER, *Procréation médicalement assistée et anonymat, Panorama international*, éd. Bruylant 2008, p. 163.

⁸⁸⁴ www.justice.belgium.be/fr/nouvelles/autres_communiquees/news_2014-12-23_2.jsp
Loi du 5 mai 201.

2015 ont automatiquement un lien de filiation avec la coparente. En revanche, ceux qui sont nés en dehors du mariage ont un lien de filiation avec la coparente si cette dernière les reconnaît et si la mère y consent. Le consentement de l'épouse ou de la partenaire de la mère à l'AMP interdit l'établissement de la paternité du géniteur⁸⁸⁵

Au Québec, les femmes bénéficient de présomption de « coparenté »⁸⁸⁶. En effet, le code civil québécois admet qu'à la suite d'une insémination artificielle avec donneur réalisée au sein d'un couple de femmes mariées ou unies civilement, l'enfant est présumé avoir pour parent la conjointe de la femme qui lui a donné naissance⁸⁸⁷. Cependant le vocabulaire est travesti : il ne s'agit en rien d'une présomption.

306. Les femmes homosexuelles ne veulent pas un traitement égalitaire dans l'accès à l'AMP, puisqu'elles ne veulent pas d'une filiation complète avec deux parents de sexe opposé : un père et une mère. Ces femmes veulent un enfant sans père. Ouvrir l'AMP aux couples de femmes, c'est, d'une part, changer l'institution de l'AMP, en supprimant le critère de fertilité pathologique et d'autre part, changer le sens de la filiation, car le droit commun de la filiation – la présomption de paternité qui s'applique conformément à la théorie de l'apparence – ne peut s'appliquer aux femmes homosexuelles. La comaternité, bien que qualifiée de présomption, est une fiction comme l'adoption⁸⁸⁸. Toutefois, elle permet d'éviter la confusion. Il s'agit d'un nouveau concept qui crée un nouveau statut qui tisse des liens juridiques particuliers entre l'enfant et l'auteur de la mesure. Le droit français est sur la voie de la comaternité, de la filiation contractuelle. Les femmes, à terme, n'auront plus besoin de recourir à l'adoption de l'enfant du conjoint ; le consentement donné à l'AMP suffira à désigner deux femmes comme mères. Faudrait-il, si la comaternité venait à entrer en vigueur, la réserver aux seules épouses ou l'ouvrir à toutes les femmes ? Le mariage n'étant pas nécessaire pour recourir à une PMA, toutes les femmes en couples ou seule pourraient bénéficier de ce mécanisme. En ce sens, elle se distinguerait clairement de l'adoption, qui demeure une exclusivité matrimoniale. Mais pourquoi réserver l'adoption au mariage puisque le mariage n'est plus l'institution qui encadre les conséquences d'une sexualité procréatrice ?

⁸⁸⁵ Claire NEIRINCK, « De la comaternité », *Droit de la famille* n° 3, mars 2015, repère 3.

⁸⁸⁶ Anne Marie LEROYER, *Droit de la famille*, op.cit, p. 211.

⁸⁸⁷ Article 538.3 code civil québécois.

⁸⁸⁸ Claire NEIRINCK, « De la comaternité », op.cit.

CHAPITRE 2 : LE RECOURS ILLICITE A LA GPA PAR LES COUPLES D'HOMMES

307. La loi française interdit strictement les conventions de mère porteuse. (Section 1)
Toutefois depuis une jurisprudence rendue par la Cour de cassation en 2015, ces dernières ne constituent plus un obstacle à la transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger, à condition que ses énonciations soient conformes à la réalité. (Section 2)

SECTION 1 : CE QUE DIT LA LOI

308. La convention de mère porteuse est illicite (§1). Cependant cette nullité est sans incidence sur le fait que les enfants naissent de leur exécution. Se pose alors la question de l'incidence de la fraude sur leurs actes de naissance (§2).

§1 : Illicéité absolue des conventions de mères porteuses en France

309. Il existe deux types de recours aux mères porteuses⁸⁸⁹.

Dans le premier, que l'on appelle Gestation Pour Autrui, la femme qui accouche apporte au projet parental d'autrui son utérus en vue de la gestation et son ovule, réunissant ainsi les fonctions de génitrice et gestatrice. Ces maternités pour autrui se font pour la plupart par insémination artificielle avec le sperme de l'homme contribuant au projet. Elles sont privilégiées par les couples d'hommes mais elles peuvent

⁸⁸⁹ Cf. Muriel FABRE-MAGNAN, *La Gestation pour autrui, Fictions et réalités*, éd. Fayard, 2013 ; Sylviane AGACINSKI, *Corps en miettes*, coll. « Café Voltaire », éd. Flammarion, 2009 ; Céline LAFONTAINE, *Le corps marché*, éd. Seuil, 2014.

également être utilisées par des couples hétérosexuels dont l'épouse est totalement stérile, au motif qu'à la différence de l'adoption – technique de filiation qui répond à ce problème – l'enfant qui en naît est potentiellement le leur.

Dans le deuxième, qualifié de maternité de substitution, la femme qui accouche ne contribue au projet parental qu'avec son utérus. L'ovule peut provenir soit de la femme commanditaire stérile, soit d'une tierce personne. La mère porteuse n'a que la qualité de gestatrice. Ce dernier type de maternité pour autrui exige une organisation technique plus complexe, impliquant le recours à la fécondation in vitro (FIV)⁸⁹⁰.

Dans ces deux pratiques, bien que distinctes quant aux fonctions de la mère porteuse⁸⁹¹, autrui est réduit à n'être qu'un produit humain : du sperme, un utérus⁸⁹². La GPA s'installe dans une économie de marché. Elle implique la réification du corps d'autrui⁸⁹³ -capital économique-, en aucun cas elle peut être qualifiée de don. Parce que la dissociation de l'engendrement et de l'accouchement était impensable avant l'apparition des PMA – qui de surcroît n'étaient au départ qu'une invention vétérinaire –, le droit a rien dit de spécial sur les mères porteuses car il n'invoquait que des généralités : le corps humain, incarnation de la personne, est hors du commerce, tout contrat portant sur le corps humain est nul. C'était le principe « unité du corps et de l'esprit » qui, adapté à la maternité, devenait « unité de la maternité et de la mère »⁸⁹⁴.

310. La Cour de Cassation, en 1991⁸⁹⁵, et le législateur, en 1994⁸⁹⁶, ont clairement prohibé cette pratique. La convention par laquelle la mère s'engage, à titre gratuit ou à

⁸⁹⁰ Marcella IACUB, *L'empire du ventre : pour une autre histoire de la maternité*, op.cit, p. 202

⁸⁹¹ Dans la GPA, la mère porteuse est uniquement gestatrice, alors que dans la maternité de substitution, elle a des fonctions de gestatrice et de génitrice. La GPA est souvent préférée lorsque l'on est en présence d'une mère d'intention commanditaire car ni la donneuse d'ovocytes ni la gestatrice ne peuvent biologiquement se prévaloir du titre de mère.

⁸⁹² Claire NEIRINCK, « la filiation, une question juridique », In *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, Claire NEIRINCK, Martine GROSS, op.cit, p. 103.

La jurisprudence québécoise admet la paternité du donneur de sperme, sauf s'il accepte ce rôle réducteur et que cela est expressément établi. "De façon naturelle, l'on peut devenir père sans jamais avoir entretenu l'idée de l'être, alors qu'en matière de procréation médicalement assistée, il faut accepter de ne pas l'être". Ainsi la Cour d'appel du Québec a reconnu la paternité du géniteur plusieurs années après la procréation.

CA Québec, arrêt EYB 2011-192171 du 22 juin 2011.

⁸⁹³ Claire NEIRINCK, « la filiation, une question juridique », In *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, Claire NEIRINCK, Martine GROSS, op.cit, p. 104.

« L'utérus fait partie du corps féminin. Une femme n'est pas propriétaire de son corps, elle est son corps ».

⁸⁹⁴ Mater semper certa est : la mère d'un enfant est celle qui l'a accouché, il ne peut ainsi n'y avoir qu'une seule mère –celle qui a accouché- parce que tout enfant né d'un accouchement –fait visible-

⁸⁹⁵ Pratique condamnée par la Cour de cassation (Ass. plén., 31 mai 1991 ; Civ. 1^{re}, 6 avril 2011, trois arrêts pourvois n° 09-17130, n° 10-19053 et n° 09-66486, D. 2011, 1522 ; Ibid, 1064, note X. Labbé, AJ fam. 2011, 262, obs. F. Chénédé ; Dr. fam. 2011, étude 14, comm. C. Neirinck).

⁸⁹⁶ La loi de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 a inséré dans le code civil l'article 16-7 du code civil qui déclare nulle toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui (la Cour

titre onéreux, à concevoir un enfant pour l'abandonner à la naissance, est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes⁸⁹⁷. L'article 16-7 du code civil la déclare nulle d'ordre public⁸⁹⁸. C'est l'objet même du contrat, portant sur la procréation d'un être humain, une grossesse et l'abandon des droits parentaux de la mère à la naissance⁸⁹⁹, qui justifie le refus de la GPA car ce ne sont pas des choses dans le commerce⁹⁰⁰. Cette interdiction s'applique à tous les couples ainsi qu'aux personnes seules, et cela sans distinction quant à l'orientation sexuelle. La GPA est ainsi clairement interdite par la loi. La jurisprudence de la Cour de cassation a, pendant de nombreuses années, imposé le respect de cette interdiction en privant le fraudeur de ses effets attendus⁹⁰¹.

311. Néanmoins, certaines personnes favorables à cette pratique ont publié des rapports ou ont signé des propositions de lois, dans le but de la légaliser. Mais aucun d'entre eux -ni rapport ni proposition de loi- n'a abouti. En ce sens, en 2008, quelques sénateurs avaient publié un rapport favorable à une légalisation de la gestation pour autrui très encadrée⁹⁰² : les parents d'intention devant être de sexe différent, mariés ou

de cassation a rappelé que le caractère illicite de la maternité de substitution se déduit aujourd'hui tout autant des principes généraux du code civil que de son article 16-7 : Civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, D. 2004, 1998, note Poisson-Drocourt), sous peine de sanctions pénales (article 227-12 al.3 du code pénal).

⁸⁹⁷ Ass. plén. 31 mai 1991, Bull. civ. n°4 ; D. 1991. 417, rapport Y. Chartier et note D. Thouvenin ; JCP 1991. II. 21752, commun. Bernard, et concl. Dontenwille, note F. Terré ; GAJC, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 50, F. Terré et Y. Lequette ; Rev. Crit. DIP 1991. 711, obs. C. Labrusse-Riou ; adde, Civ 1^{re}, 13 déc. 1989, D. 1990, rapport J. Massip à propos de l'association Alma Mater.

Un an avant que la Cour de Cassation ne rende cet arrêt, la Cour d'Appel s'était prononcée sur le même sujet. Elle avait clairement énoncé que la maternité substituée, permettant à un couple atteint de stérilité du fait de la femme d'obtenir la naissance d'un enfant, ne heurtait pas le principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes. Il s'agit d'un arrêt isolé. CA Paris, 15 juin 1990, Rev. crit. DIP. 1991 711, note C. Labrusse-Riou, non frappé de pourvoi.

⁸⁹⁸ Cet article n'a pas été remis en cause lors de l'examen de la loi de bioéthique du 6 août 2004. De plus, la révision de 2010 n'a guère été féconde pour les partisans de la GPA.

⁸⁹⁹ Claire NEIRINCK, « La filiation, une question juridique », In *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?* Claire NEIRINCK, Martine GROSS, op.cit, p. 105.

⁹⁰⁰ Article 1128 du code civil.

⁹⁰¹ La Cour de cassation a annulé les reconnaissances paternelles issues des GPA. cf. notamment Civ. 1^{re}, 17 décembre 2008, n° 07-20.468 ; JurisData n° 2008-046272 ; Dr. famille 2009, comm. 15, P. Murat, jurisprudence confirmée à de nombreuses reprises ; Cass. 1^{re} civ., 6 avril 2011, n° 10-19.053, P+B+R+I : JurisData n° 2011-005609 ; Cass. 1^{re} Civ., 13 septembre 2013, n° 12-30. 138, P+B+R+I: JursiData n° 2013-018928 et n° 12-18.315, P+B+R+I: JurisData n° 2013-018930; Rev. Lamy dr. civ. Nov. 2013, n° 109, p. 41, obs. C. Brunetti-Pons.

Dans les arrêts Mennesson et Labassée, la question posée n'est pas celle de la transcription des actes de naissance qui était demandée par les époux et que la Cour n'a pas imposée, mais celle de reconnaître la nationalité française de leurs enfants. CEDH, 5^e sect. 26 juin 2014, n° 65192/11, Mennesson contre France : JurisData n° 2014-015212. –CEDH, 5^e sect. 26 juin 2014, n° 65941/11, Labassée contre France : JursData n° 2014-015214 ; Dr. Famille 2014, comm. 128, C. Neirinck.

⁹⁰² Rapport d'information de Mme Michèle ANDRÉ, MM. Alain MILON et Henri de RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales sur la maternité pour autrui ; n° 421 (2007-2008) - 25 juin 2008

ensemble depuis au moins deux ans ; l'un des parents d'intention devant aussi être parent génétique ; la mère porteuse devant avoir déjà un enfant et ne pouvant mener plus de deux gestations pour autrui. Ces conditions se calquent essentiellement sur celle prévues en matière d'assistance médicale à la procréation⁹⁰³. En 2010, 63 sénateurs PS, UMP et centristes ont signé une proposition de loi autorisant les mères porteuses pour les couples hétérosexuels⁹⁰⁴. Au sein de Terra Nova, un rapport favorable à la GPA, intitulé Accès à la parenté: assistance médicale à la procréation et adoption, signé le 11 février 2010 par la psychanalyste Geneviève Delaisi de Parseval et la juriste Valérie Sebag-Depadt, a fait polémique⁹⁰⁵. A l'inverse, la proposition de loi de Jean Leonetti n° 2277 du 14 octobre 2014 visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une gestation pour autrui⁹⁰⁶ a surenchéri l'interdiction de cette pratique⁹⁰⁷.

312. Sur le plan civil, quand la femme qui a accouché ne veut pas de l'enfant – éventuellement abandonné par le commanditaire car mal formé- l'enfant est remis aux services sociaux⁹⁰⁸

313. Le droit pénal a prévu des dispositions en ce qui concerne le recours direct ou indirect aux mères porteuses. En effet l'article 227-12 du code pénal sanctionne le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître. La peine est de six mois d'emprisonnement et 7500 euros d'amende⁹⁰⁹.

Une personne qui mettrait en relation un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre est punie d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende.

⁹⁰³ Article L. 2141-2 du CSP.

⁹⁰⁴ <http://www.publicsenat.fr/lcp/politique/s-nateurs-ump-ps-plus-moins-favorables-gpa-342798>

⁹⁰⁵ <http://tnova.fr/rapports/acces-a-la-parente-assistance-medecale-a-la-procreation-et-adoption>

⁹⁰⁶ <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2405.asp>

⁹⁰⁷ http://www.liberation.fr/societe/2014/12/04/leonetti-surencherit-sur-l-interdiction-de-la-gpa_1155910

Benoit DE BOYSSON, "L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels: quelles perspectives?", Dossier le mariage pour tous, *Droit de la famille*, , juillet Août 2013, p. 35 à 37.

⁹⁰⁸ Cf. arrêt CEDH, Paradiso et Campanelli contre Italie, 27 janvier 2015, n° 25358/12.

⁹⁰⁹ Récemment, un couple homosexuel a été condamné par le tribunal correctionnel de bordeaux à 1500 euros d'amende avec sursis pour incitation à l'abandon d'un enfant né en France d'une mère porteuse vivant à Chypre. Le couple, qui désirait fonder une famille, avait eu recours par l'intermédiaire d'une agence à Chypre à une mère porteuse bulgare. Pour des raisons de sécurité médicale, il avait accueilli la mère porteuse avec son fils et son compagnon durant les deux derniers mois de sa grossesse. Tribunal correctionnel Bordeaux, 7 juillet 2015.

Il y a très peu de condamnations sur cette question.

§2 : Réalisation de la convention de mère porteuse à l'étranger : filiation originaire de l'enfant

314. La circulaire Taubira du 15 janvier 2013 a favorisé la reconnaissance de la nationalité française aux enfants issus de GPA pratiquée à l'étranger (B) lorsque l'acte de naissance valablement établis à l'étranger désigne comme père un ressortissant français (A).

A/ Reconnaissance de l'acte de naissance valablement établi à l'étranger

315. Comme nous venons de voir, le recours aux mères porteuses est prohibé en droit français. Cependant, cette pratique n'est pas interdite dans tous les pays⁹¹⁰, il ne s'agit pas d'un principe universel, selon les Etats elle est plus ou moins encadrée ou réservée aux seuls ressortissants des pays concernés. Légalisée dans certains pays, elle se développe également en raison du silence de la loi étrangère⁹¹¹. Il y a un véritable enjeu financier derrière cette pratique. Tout le corps féminin est entré dans cette économie de marché, plus particulièrement son utérus et ses ovocytes, c'est-à-dire les forces procréatrices féminines⁹¹².

Le législateur indien, en votant une loi en 2012 interdisant le recours à la GPA pour les célibataires et les couples homosexuels et en créant une directive durcissant les conditions d'accès pour les étrangers⁹¹³, tente désormais de freiner cette pratique. En Californie, des agences fournissent des catalogues de mères porteuses⁹¹⁴. Les couples commandent des bébés comme ils commandent des vêtements

⁹¹⁰ Les pays autorisant la gestation pour autrui sont : la Grande-Bretagne, les Pays-Bas, la Finlande, Israël, la Russie, la Grèce, le Canada, la Nouvelle-Zélande, l'Afrique du Sud, le Brésil, l'Iran, l'Inde et certains Etats Américains.

David SINDRES, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *Journal du droit international Clunet*, avril-mai-juin 2015, doct. 4, p. 429 et s.

Françoise MONEGER (sous la dir.), Procréation pour autrui, Surrogate Motherhood, Académie internationale du droit comparé, XVIIIe congrès de l'Académie internationale de droit comparé (Washington DC, 25-31 juillet 2010), coll. « Colloques », Vol. 14, éd. Société de législation comparée, 2011

⁹¹¹ Cas de la Belgique.

⁹¹² Cf. Céline LAFONTAINE, *Le corps marché*, éd. Seuil, 2014.

⁹¹³ Directive du Ministère indien des affaires étrangères enjoignant aux cliniques indiennes de n'accepter les demandes de GPA des étrangers qu'à condition que ceux-ci soient détenteurs d'une lettre de leur ambassade ou des autorités de leur pays de résidence garantissant que l'enfant né d'une mère porteuse indienne pourrait rentrer au pays, que les parents d'intention soient détenteurs d'un visa médical et qu'ils apportent la preuve qu'ils sont mariés depuis plus de deux ans. Cette directive rend impossible la GPA en Inde pour les français.

www.diplomatie.gouv.fr/fr/conseils-aux-voyageurs/conseils-par-pays/inde/article/complements-24972

⁹¹⁴ www.radio-canada.ca/nouvelles/International/2011/03/31/008-bebe-eprouvette3.html

316. Les français qui ont recours à une GPA à l'étranger concluent un contrat avec une clinique de fertilité. Cette dernière s'engage à fournir des moyens humains –mère porteuse, personnel médical- et des moyens juridiques – établissement de la filiation dans l'acte de naissance à l'étranger –. Le contrat est valable à l'étranger. La filiation de l'enfant est établie à l'étranger, dans l'acte de naissance étranger⁹¹⁵ ; l'enfant n'est donc pas sans filiation. La reconnaissance du commanditaire géniteur lui désigne un père. De retour en France, il ne devient pas un « fantôme de la République » puisqu'il conserve son état civil originaire⁹¹⁶. En revanche, sa filiation demeure une filiation étrangère. Pour entrer dans l'ordre interne, elle doit faire l'objet d'une transcription sur les registres français de l'état civil⁹¹⁷ du Ministère des affaires étrangères qui concerne les français nés à l'étranger. Mais la demande de transcription est à l'origine d'un contrôle du parquet général qui relève la fraude initiale, c'est-à-dire le recours à une GPA interdite. .

317. Tous les pays ne rédigent pas de la même manière les actes d'état civil. Dans certains Etats américains, les parents commanditaires peuvent, s'ils sont les géniteurs de l'enfant, obtenir avant la naissance, une décision judiciaire leur attribuant la filiation⁹¹⁸. Les différences concernent essentiellement l'établissement de la filiation maternelle. Par exemples, en Inde, la mère porteuse est désignée comme mère légale, alors que certains Etats américains reconnaissent la mère d'intention comme "mère légale", et la mère porteuse comme la mère⁹¹⁹. Ces établissements profitent aux femmes stériles, mais seulement dans les pays qui les valident.

318. L'article 47 du code civil précise que « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte

⁹¹⁵ L'enfant est soumis à la loi de celle qui le met au monde –loi permissive-.

⁹¹⁶ Cass. 1^{ère} civ. 6 avril 2011, préc., indien, CA Rennes, 21 févr. 2012, n° RG : 11/02758, RJPf 2012-3/28, obs. I. Corpart, D. 2012, 878, note A. Mirkovic, AJ famille 2012, p. 226, obs. C. Siffrein-Blanc, ou ukrainien, CA Rennes, 8 janv. 2013, n° RG 12/01538, RJPf 2013-3.

⁹¹⁷ Cf. infra n° 324 à 329.

Lorsque l'enfant est né d'une mère porteuse en France, il existe un acte de naissance français, sur lequel il est possible de transcrire la reconnaissance par un seul homme. Toutefois, l'enfant est toujours né d'une mère porteuse à l'étranger et de ce fait il n'y a pas d'acte de naissance français.

⁹¹⁸ Lorsqu'un enfant est génétiquement celui de l'un ou l'autre des parents d'intention, on assimile la filiation au biologique. Affaire J.F v. D. B.

Affaire Johnson v. Calvert.

En revanche, lorsqu'aucun des membres du couple d'intention n'a fourni les gamètes nécessaires à la fabrication de l'enfant, on définit la filiation comme pure intention. Affaire In Re Marriage of Buzzanca, CA Californie, 10 mars 1998.

⁹¹⁹ Affaire Mennesson et Labassée contre France, CEDH, 26 juin 2014.

est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Les autorités françaises reconnaissent les actes d'état civil établis à l'étranger issus de GPA, à condition qu'ils soient conformes à la réalité⁹²⁰. Ainsi, un acte qui déclare une mère d'intention comme mère légale ne peut faire foi en France car cela ne correspond pas à la réalité. A la reconnaissance du père géniteur, la Cour de cassation opposait la règle « *fraus omnia corrumpit* »⁹²¹.

B/ La question du certificat de nationalité française

319. Pendant de nombreuses années⁹²², les juges ont refusé la transcription des actes de naissance issus d'une GPA⁹²³, et c'est parce que la transcription était refusée⁹²⁴ que l'on a proposé le certificat de nationalité française.

⁹²⁰ Les actes étrangers ne font foi que jusqu'à preuve contraire de la véracité des faits qui ont été déclarés à l'officier de l'état civil : Civ. 1^{re}, 14 février 1983, R.C.D.I.P. 1984-316.

⁹²¹ « *Fraus omnia corrumpit* » est un adage juridique latin, qui signifie la fraude corrompt tout

⁹²² Jusqu'aux arrêts rendus par l'assemblée plénière le 3 juillet 2015.

Civ. 1^{re}, 17 décembre 2008, n° 07-20.468 ; JurisData n° 2008-046272 ; Dr. famille 2009, comm. 15, P. Murat.

Jurisprudence confirmée à de nombreuses reprises, notamment par la Cour de cassation le 6 avril 2011 : Cass. 1^{re} civ., 6 avril 2011, n° 09-66.486 ; JurisData n° 2011-005611. — n° 10-19.053 : JurisData n° 2011-005609. — n° 09-17.130 : JurisData n° 2011-005607 ; Dr. famille 2011, étude 14, obs. C. Neinrick. Dans cet arrêt, la Cour précise que l'intérêt supérieur de l'enfant-apprécié abstraitement- est de ne pas naître d'une mère porteuse ; par la Cour de cassation le 13 septembre 2013 : Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n° 12-30.138, P+B+R+I: JursiData n° 2013-018928 et n° 12-18.315, P+B+R+I: JurisData n° 2013-018930 ; Rev. Lamy dr. civ. Nov. 2013, n° 109, p. 41, obs. C. Brunetti-Pons. Dans cet arrêt, la Cour précise qu'« en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne sauraient être utilement invoqués » ; et par la Cour de cassation le 19 mars 2014 : Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005 : AJ fam. 2014. 244, obs. Chénéde, D. 2014, AJ, p. 722, D. 2014, Jur. p. 905, note H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, JCP 2014, 380, act. A. Mirckovic ; Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138, 12-18.315: AJ fam. 2013. 579, obs. Chénéde, Haftel et Domingo ; Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011 no 09-66.486, Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, no 10-19.053 et Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, no 09-17.130: D. 2011, p. 1064, obs. X. Labbée ; RTD civ. 2011, p. 340, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, Bull. 2008, I, n° 289, pourvoi n° 07-20.468, D. 2009, p. 332, avis de D. Sarcelet, note L. Brunet ; Civ. 1^{re}, 29 juin 1994, D., 1994, jur., p. 581. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (sous la dir.), « Droit de la famille », *La semaine juridique édition générale* n° 1-2, 13 janvier 2014, doctr. 43. Dans les deux arrêts du 13 septembre 2013, il s'agissait d'un homme qui avait conçu un enfant avec une femme indienne, vraisemblablement dans le cadre d'une convention de mère porteuse. Après sa naissance, l'enfant est abandonné par sa mère au profit de son père qui le ramène en France. A son retour, le père tente de faire transcrire l'acte de naissance indien sur les registres français et de faire valoir la reconnaissance anténatale. En annulant la reconnaissance sur le fondement de la fraude, la Cour ferme la possibilité d'établir la filiation paternelle de l'enfant né d'une convention de mère porteuse à l'étranger.

La Cour a rappelé que la fraude originaire corrompt tout ce qui est lié à la gestation pour autrui, ce qui interdit en France la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant.

⁹²³ Cf. infra n° 324 à 329.

⁹²⁴ Ainsi, l'acte de naissance étranger d'un enfant né d'une GPA ne pouvait être transcrit à l'état civil français, même si le père et la mère figurant sur l'acte étaient bien le père biologique et la femme ayant accouché

320. Avant la circulaire du 25 janvier 2013⁹²⁵, la nationalité française n'était jamais accordée aux enfants mineurs issus de GPA pratiquée à l'étranger. Le seul moyen d'obtenir la nationalité française pour cet enfant était de demander la transcription de son acte d'état civil ; la nationalité française étant une des conséquences de la transcription, c'est-à-dire la reconnaissance de l'établissement d'une paternité conforme à la loi personnelle du père. Or, aucune transcription n'aboutissait, au motif de la fraude à l'ordre public.

321. Le certificat de nationalité française n'est qu'un document administratif qui prouve la nationalité française. Ce certificat, en aucun cas, ne contrôle l'établissement de l'acte de naissance et la filiation de l'enfant qui en résulte⁹²⁶. Il s'agit, en y ayant recours, d'éviter le contrôle du parquet, lors de la transcription.

Avec la circulaire Taubira du 25 janvier 2013, le gouvernement a voulu contourner la question de la transcription et la contrôle qu'elle implique, en favorisant ainsi l'accès à la nationalité française à l'enfant issu d'une GPA à l'étranger. Cette circulaire invite les greffiers en chef et Procureurs⁹²⁷ à délivrer des certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger d'un parent français dès lors que le lien de filiation résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil⁹²⁸. « Le seul soupçon de recours à une GPA à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus de délivrance » précise la circulaire. Dès lors qu'un lien de filiation est établi entre l'enfant et l'un de ses parents – en principe le père –, l'enfant peut se prévaloir de la nationalité française car « est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français »⁹²⁹. Mais la reconnaissance suite à cette pratique n'est-elle pas frauduleuse ? Le Ministère public pourrait remettre en cause cette reconnaissance sur le fondement de l'article 336 du code civil⁹³⁰, bloquant ainsi la possibilité pour les enfants issus de GPA d'obtenir la nationalité française.

⁹²⁵ Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - Etat civil étranger NOR : JUSC1301528C.

⁹²⁶ Claire NEIRINCK, « La filiation, une question juridique », In Claire NEIRINCK, Martine GROSS, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, op.cit, p. 71.

⁹²⁷ La circulaire étant dépourvue de valeur réglementaire, les greffiers et Procureurs sont libres de l'appliquer ou pas.

⁹²⁸ En revanche, si l'acte n'est pas probant, le greffier en chef peut refuser de délivrer un CNF.

<https://www.service-public.fr/particuliers/actualites/002646>

Les actes qui déclarent la mère d'intention comme mère légale ne sont pas probants. Cf affaire *Mennesson*, Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 3011, n° 10-19053.

⁹²⁹ Article 18 du code civil.

⁹³⁰ Article 336 du code civil : « La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi ».

Le Conseil d'Etat, à la suite des arrêts Mennesson et Labassée⁹³¹, a rejeté les requêtes en annulation contre cette circulaire. Dans sa décision rendue le 12 décembre 2014, le Conseil d'Etat rappelle l'interdiction de la GPA, mais il juge que « la seule circonstance qu'un enfant soit né à l'étranger dans le cadre d'un tel contrat, même s'il est nul et non avenué au regard du droit français, ne peut conduire à priver cet enfant de la nationalité française »⁹³², ce qui répond aux critiques de la CEDH faites dans les arrêts Mennesson et Labassée⁹³³.

322. En outre, il est soutenu que cette circulaire permet de sécuriser les enfants nés à l'étranger dans des circonstances dont ils ne sont pas maîtres, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant⁹³⁴. La considération de l'intérêt de l'enfant fonde également la délivrance des titres d'identité et de voyage ne fait pas obligation de produire un acte d'état civil transcrit⁹³⁵.

Cette mesure est un « bricolage » car elle ne fait pas entrer ces familles dans le droit. Il existe deux moyens pour donner un cadre juridique à ces familles: soit transcrire les actes d'état civil étrangers sur les registres français, soit légalisée la GPA en France. La transcription, mesure en apparence moins radicale, est un premier pas vers la légalisation. C'est cette voie qu'à finalement retenue la jurisprudence, au mépris du texte de la loi.

SECTION 2 : FRAUDE JUDICIAIREMENT IGNOREE

323. Lorsqu'ils sont conformes à la réalité biologique, les actes de naissance des enfants issus d'une GPA pratiquée à l'étranger peuvent être retranscrits par le juge sur les registres français (A). Cette retranscription désigne l'homme qui a donné son sperme comme père et la femme qui a accouché comme mère. Il est évident que cette tolérance

⁹³¹ Affaire Mennesson et Labassée contre France, CEDH, 26 juin 2014.

⁹³² CE, 12 décembre 2013, n° 367324, 366989, 366710, 365779, 367317 et 368861.

Isabelle CORPART, « Validation de la circulaire Taubira par le Conseil d'Etat », *Revue juridique personnes et famille*, février 2015, p. 16 et 17.

⁹³³ Claire NEIRINCK, « Transcrire sur les registres de l'état civil français les actes de naissances établis à la suite d'une GPA : une erreur juridique », *Droit de la famille*, juillet-Aout 2015, p. 61 à 63.

⁹³⁴ <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2013/02/13/entree-en-vigueur-de-la-circulaire-taubira-relative-a-la-delivrance-des-certificats-de-nationalite-francaise/>

⁹³⁵ www.assemblee.afe.fr/nouvel-article,1330.html

implicite de la GPA permettra à terme à l'admission de l'adoption de l'enfant par le conjoint masculin du père (B), au nom de l'égalité entre les couples⁹³⁶.

§1 : La question de la transcription et la jurisprudence

324. Les personnes qui se sont rendues à l'étranger pour recourir à une mère porteuse ne sont pas obligées de demander la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres français car celle-ci n'est pas obligatoire. Si elle est demandée c'est pour accéder à un cadre légal interne. Elle offre ainsi une facilité de preuve de la filiation, chaque fois qu'elle doit être fournie. Sur cette question, la loi n'a pas changé mais la jurisprudence a évolué.

325. Le point de départ de revirement se trouve dans la condamnation par la CEDH – dans les arrêts *Mennesson et Labassée*⁹³⁷ – de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, au motif que le refus de la transcription plaçait les enfants nés d'une GPA pratiquée à l'étranger dans une troublante incertitude en ce qui concernait leur nationalité. Or la nationalité est, selon la CEDH, un élément important de l'individu⁹³⁸. En effet, sans transcription de leur acte de naissance étranger, ces enfants ont un père français qui, par la renaissance, est reconnu comme tel dans leur acte de naissance. La Cour considère que le refus de reconnaître en droit français la filiation américaine des enfants a des conséquences sur ces derniers, leur vie privée en est affectée⁹³⁹. Ce n'est pas parce qu'elle reconnaît une existence juridique sur les actes de l'état civil que la

⁹³⁶ L'adoption de l'enfant de l'épouse étant admise sans réserve. Cf. supra n° 288 à 291.

⁹³⁷ CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France* : JurisData n° 2014-015212 ; Dr. famille 2014, comm. 128, C. Neirinck.

⁹³⁸ La CEDH a considéré que le refus de transcrire la filiation des enfants à l'égard du père biologique, telle qu'elle apparaît sur l'acte étranger, constitue une atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants, vie privée protégée par l'art. 8 de la Convention. En effet, chacun doit pouvoir établir les détails de son identité d'être humain, ce qui comprend sa filiation.

Même si cet arrêt n'est pas de principe et concerne un couple hétérosexuel, il peut s'appliquer aux couples homosexuels car les arguments avancés sont larges. La CEDH a estimé qu'en refusant la transcription dans l'état civil français des enfants des époux *Mennesson*, nées grâce à une GPA à l'étranger, la France mérite d'être condamnée pour avoir porté atteinte à la vie privée de ces enfants et à leur intérêt supérieur.

⁹³⁹ Aude MIRKOVIC, « Mère porteuse : la CEDH anéantit la jurisprudence française », *Dictionnaire permanant Santé, bioéthique, biotechnologies*, juillet 2014, p. 4.

Pour la Cour, les enfants issus de GPA se trouvent, au regard de leur filiation, « dans une situation d'incertitude juridique » car la France, sans ignorer qu'ils sont identifiés aux Etats-Unis comme étant les enfants des commanditaires, leur « nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique ».

Cour légalise le principe de GPA en France. Peuvent-ils se prévaloir de l'article 18 du code civil? C'est pour répondre positivement à cette question que le Conseil d'état a validé la circulaire Taubira.

326. La Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, dans un arrêt rendu le 3 juillet 2015⁹⁴⁰, a opéré un revirement jurisprudentiel. La Cour était saisie de deux affaires. Dans chacune d'elles, un Français a reconnu la paternité d'un enfant à naître en Russie - le recours à la GPA était nié dans l'une, alors qu'il était admis dans l'autre - : l'acte de naissance établi en Russie mentionne l'homme en tant que père et la femme ayant accouché en tant que mère. L'homme a ensuite demandé la transcription de l'acte de naissance russe à l'état civil français. Mais le procureur de la République s'y est opposé. La filiation s'établit notamment par la reconnaissance paternelle et maternelle. La maternité peut être contestée par le ministère public en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant ; la paternité peut l'être en établissant que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père. La Cour de cassation a considéré que l'acte de naissance établi à l'étranger correspondant à la réalité devait être transcrit à l'état civil français⁹⁴¹. En l'espèce, les juges écartent expressément le contrôle de la fraude. Ils se basent sur l'existence d'une certitude du rapport biologique entre le père et l'enfant pour justifier la transcription. La Cour aurait rendu une jurisprudence différente si l'acte désignait comme père et mère ceux que la pratique nomme « les parents d'intention »⁹⁴² ou s'il désignait deux pères.

327. La CEDH est allée plus loin dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli*⁹⁴³. Elle a condamné l'Italie pour violation du droit à la vie familiale d'un couple. Pour la Cour, l'Italie n'aurait pas dû, au nom de ce droit, retirer à ce couple l'enfant avec lequel ils

⁹⁴⁰ Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002 et n° 14-21.323 : JurisData n° 2015-015881 ; JurisData n° 2015-015879 ; Dr. famille 2015, comm. 166.

⁹⁴¹ « L'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et (...) les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité ». Jean-René Binet, « GPA : si le père est certain... », In Droit de la famille 2015, Repère 8.

⁹⁴² Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 10-19.053, n° 09-66.486. La Cour de cassation, en date du 6 avril 2011, approuve le refus des cours d'appel de retranscrire en France les actes d'état civil des jumelles Mennesson et de J. Labassée qui imposaient comme mère une femme autre que celle qui avait accouché. Mmes Mennesson et Labassée, infertiles, ont eu recours à un don d'ovocytes suivi d'une gestation pour autrui. Les époux Mennesson ont eu recours à une GPA en Californie, qui a donné naissance à des jumelles. Les époux Labassée ont effectué ce procédé au Minnesota ; J. Labassée en est le fruit. Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005.

CA Rennes, 6^e ch. A, 28 septembre 2015, RG n° 14/05537 ; CA Rennes, 6^e ch. A, 28 septembre 2015, RG n° 14/07321. Par ces deux arrêts, la Cour d'appel de Rennes confirme l'annulation des actes de naissance de deux enfants nés de mères porteuses à l'étranger. Ces actes sont annulés, en application de l'article 47 du code civil, car ils ne reflètent pas la vérité quant à la filiation maternelle. Chaque acte désigne comme mère de l'enfant l'épouse du père biologique, alors qu'elle n'a pas accouché.

⁹⁴³ CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, n° 25358/12.

n'avaient aucun lien génétique, produit sur commande et payé 49 000 euros à une société commanditaire. Il n'existe pas de consensus européen sur cette question, mais la Cour précise que la marge d'appréciation des Etats dans ces circonstances doit être « réduite dès lors qu'il est question de filiation, car cela met en jeu un aspect essentiel de l'identité des individus ». L'intérêt de l'enfant permet-il d'exiger de fermer les yeux sur des pratiques illégales ? Cela semble trop léger, mais la Cour l'a quand même fait.

328. L'acte de naissance établi à l'étranger est transcrit sur les registres français s'il déclare la mère porteuse en qualité de mère et le géniteur comme père. Pourtant, en France, la mère porteuse n'est pas la mère puisque l'accouchement n'a pas été assorti de la volonté de devenir mère⁹⁴⁴. Si on considère que la GPA est une forme particulière d'AMP, l'article 311-19 peut s'appliquer. Ce dernier précise explicitement qu'aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'enfant et l'auteur du don. Si on se place sur le terrain d'une maternité "normale", soit la maternité est établie par l'effet de la loi, soit par reconnaissance parce que la femme qui a accouché consent à devenir mère en acceptant que son nom figure sur l'acte de naissance de l'enfant. Si elle refuse ou ne peut assumer son rôle de mère, elle accouche sous X⁹⁴⁵. Enfin il est impossible de consentir avant la naissance à l'adoption de son enfant car la filiation devait préalablement être établie⁹⁴⁶. Ainsi, une femme ne peut consentir à l'avance à abandonner son enfant en renonçant à ses droits parentaux. La transcription vient donc pervertir la maternité⁹⁴⁷. De plus, le géniteur est père parce qu'il est géniteur, mais cela n'est pas conforme au droit commun français. En effet, la paternité repose sur du vraisemblable, des présomptions. Pourquoi, en l'espèce la rattacher à la biologie et ériger cette biologie en

⁹⁴⁴ Cette conception de la maternité qui ne repose que sur l'accouchement est contraire à l'ordre public français.

⁹⁴⁵ Article 326 du code civil.

⁹⁴⁶ Article 348 du code civil : "Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption.

Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, s'il a perdu ses droits d'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit."

⁹⁴⁷ La GPA remet en cause la réalité de la maternité en niant le rôle fondateur de l'accouchement. Claire NEIRINCK, « la filiation, une question juridique », In Claire NEIRINCK, Martine GROSS, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, op.cit, p. 86.

Claire NEIRINCK, « Question civile ou enjeux médical ? », In Sous la dir. de Daniel FENOUILLET, *La famille en mutation*, op.cit, p. 310. La GPA fait éclater la maternité. Elle la fait éclater entre mère d'intention et mère de naissance, au point que se pose aujourd'hui la question de savoir laquelle des deux peut prétendre au congé de maternité. La Cour de justice de l'Union Européenne, dans une décision rendue le 18 mars 2014, a précisé qu'il n'y avait pas d'obligation européenne de prévoir, au bénéfice des mères commanditaires, un droit à un congé payé équivalent à un congé de maternité ou à un congé d'adoption. Ainsi, une femme commanditaire se trouve dans l'impossibilité juridique d'invoquer la directive 92/85 CEE relative aux travailleuses enceintes. CJUE, 18 mars 2014, Aff. C-167/12 et Aff. C-363/12.

critère de droit ? La position jurisprudentielle est *contra legem*. Les couples d'intention hétérosexuels dont la femme a donné ses ovocytes ne peuvent pas obtenir retranscription qui les désigne tous deux comme parents. Les arrêts de l'assemblée plénière favorisent donc uniquement les couples homosexuels, ce qui relève de la discrimination.

329. Pour conclure, la retranscription est possible mais elle n'est pas systématique. Elle n'est possible que pour reconnaître la paternité de celui qui a fourni son sperme à la condition que le nom de la femme étrangère qui a accouché figure également sur l'acte de naissance. Ainsi, seul(s), l'homme qui est désigné dans l'acte de naissance étranger et qui est « censé » avoir donné son sperme et/ou la femme qui a accouché, peu(ven)t être désigné(s) comme parent(s) en droit français. Le juge invoque la réalité de la biologie. Or, cette dernière importe peu pour l'établissement de la filiation paternelle qui s'établit par présomption. Avec ce raisonnement « juridique », la « pilule » est plus facile à avaler. Le juge est dispensé de vérifier que l'homme désigné comme père a bien donné son sperme. Dans les faits, la volonté d'être le père suffit donc à devenir père. La mère d'intention est étrangère à la filiation en droit français, tout comme l'homme qui a contribué au projet mais qui n'est pas désigné dans l'acte de naissance étranger comme parent. Tous les couples ne demandent pas cette retranscription ; seulement ceux qui veulent entrer dans un cadre légal la demandent.

§2 : Conséquences de la transcription

330. Cette transcription entraîne des conséquences en droit positif, essentiellement relatives à l'établissement de la filiation et à la nationalité (A). Au-delà, le droit prospectif est également concerné par cette question (B).

A/ En droit positif

331. La transcription permet en particulier de disposer d'un acte de naissance français. La demande de transcription d'un acte de naissance doit être accompagnée : de la copie de l'acte de naissance étranger et de sa traduction, d'un justificatif de nationalité française pour celui qui se prétend père, du livret de famille pour mise à jour, et pour les enfants nés hors mariage – ce qui est souvent le cas enfants issus de GPA – d'une copie de l'acte relatif à la reconnaissance souscrite par le père, lorsque ce dernier

est français⁹⁴⁸. Cette transcription fait entrer dans notre ordre juridique les actes de naissance litigieux, réintégrant la filiation dans la loi personnelle des parents désignés, ce qui permet d'appliquer l'article 18 du code civil⁹⁴⁹.

332. La transcription consacre ainsi automatiquement la qualité de ressortissant français à l'enfant mais cela n'est pas la priorité puisqu'elle peut s'obtenir hors retranscription, par la délivrance d'un certificat de nationalité française facilitée depuis la circulaire de la garde des sceaux du 25 janvier 2015. Ce qui importe dans cette retranscription est la conséquence quant à la filiation⁹⁵⁰. Le juge a transformé une filiation contractuelle en filiation de droit commun. En permettant ces transcriptions, le juge fait entrer ces familles dans le droit, sans doute dans le but de mieux les contrôler. Mais le problème réside dans le fait que la mère ne se comporte pas comme une mère et le père n'est pas le vrai père en droit français⁹⁵¹.

333. Le parent d'intention qui n'est pas désigné dans l'acte de naissance retranscrit peut-il recourir à l'adoption ? La réponse est actuellement négative car les conventions de mère porteuse détournent l'institution de l'adoption⁹⁵², puisque l'enfant a officiellement deux parents même si un seul est réellement effectif. Toutefois, ce qui est impossible aujourd'hui ne l'est pas nécessairement demain. Ainsi, conformément à la loi ou à la jurisprudence, ce recours peut devenir envisageable. De plus, le recours à l'adoption simple de l'enfant majeur est possible.

⁹⁴⁸ <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/services-aux-citoyens/etat-civil-et-nationalite-francaise/transcription-des-actes-d-etat/article/les-naissances-a-l-etranger>

⁹⁴⁹ Claire NEIRINCK, « Transcrire sur les registres de l'état civil français les actes de naissance établis à la suite d'une GPA : une erreur juridique », op.cit.

L'article 18 du code civil précise qu'est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français ».

⁹⁵⁰ Claire NEIRINCK, « Transcrire sur les registres de l'état civil français les actes de naissance établis à la suite d'une GPA : une erreur juridique », op.cit. « La question accessoire –celle de la nationalité des enfants– règle indirectement le problème principal, celui de l'acceptation de la filiation frauduleuse qui fait suite à une GPA ».

⁹⁵¹ Cf. Jean HAUSER, RTD civ. 2015, p. 581 ; RTD civ. 2016, p. 79.

⁹⁵² Cass., ass. plén., 31 mai 1991, Defrénois 1981, art. 35088, n° 67, note J. Massip ; Defrénois 1991, art. 35142, n° 103, note J.-L. Aubert ; D. 1991, 417, rapport Y. Chartier, note D. Thouvenin ; D. 1991, somm., 318, obs. J.-L. Aubert ; D. 1992, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; JCPG 1991, II, 21752, audition du professeur J. Bernard, concl. F. Dontenwille, note F. Terré ; RTD civ. 1991, 517, obs. D. Huet-Weiller. Cette jurisprudence a été confirmée plusieurs fois par la Cour de cassation : V. par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1994, Bull. civ. I, n° 236 ; Defrénois 1995, art. 36024, n° 4, note J. Massip.

« La maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du code civil et, aujourd'hui, de son article 16-7, réalise un détournement de l'adoption » Civ. 1^{er}, 9 déc. 2003, Bull.civ. I, n° 252 ; Dr. Famille 2004, n° 17, note P. Murat ; RTD civ. 2004. 75, obs. J. Hauser

⁹⁵² V. par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1994, Bull. civ. I, n° 236 ; Defrénois 1995, art. 36024, n° 4, note J. Massip.

« La maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du code civil et, aujourd'hui, de son article 16-7, réalise un détournement de l'adoption » Civ. 1^{er}, 9 déc. 2003, Bull.civ. I, n° 252 ; Dr. Famille 2004, n° 17, note P. Murat ; RTD civ. 2004. 75, obs. J. Hauser

B/ En droit prospectif

334. Le recours à la GPA fait éclater la maternité.⁹⁵³ D'une part, les femmes commanditaires qui ne peuvent porter l'enfant revendiquent que le don d'ovocyte soit privilégié sur l'accouchement⁹⁵⁴. D'autre part, l'accouchement est imposé au profit des femmes qui, au contraire, renoncent par contrat à être mère. La CJUE a été saisie de la question de savoir si la mère commanditaire qui a eu un enfant grâce à une mère porteuse pouvait bénéficier d'un congé de maternité ou d'adoption. Elle a précisé, dans un arrêt rendu le 18 mars 2014⁹⁵⁵, que le droit de l'Union européenne ne prévoit pas de tels droits au profit des mères commanditaires. Ainsi, les droits de la mère commanditaire doivent être précisés dès que l'Etat admet le recours à la GPA.

335. L'admission d'un GPA de pure convenance pour les pères supposerait que ce dernier soit fécond et que la femme choisie pour procréer soit éliminée dès le départ sur le terrain du droit. Cela traduit un réel mépris pour l'autre sexe et une indifférence totale des besoins de l'enfant puisqu'on ignore les relations nouées entre l'enfant et la femme qui l'a mis au monde.

336. Pour la société, la légalisation des mères porteuses revient à admettre, sous le marché de l'infertilité – pathologique ou de convenance –, la fabrication des enfants et la cession des enfants.

337. Cette évolution mettrait fin à la parenté au sens actuel. De même qu'il existe deux mariages, il existera deux filiations et donc, sous prétexte d'égalité, une véritable inégalité entre les enfants. Il y aurait d'une part, les enfants procréés qui auront un père et une mère au sens actuel et d'autre part – état civil crédible et structuré –, les enfants fabriqués pour répondre à un projet d'accès à l'enfant – état civil qui interdit à l'enfant de penser ses origines –.

⁹⁵³ Claire NEIRINCK, « Question civile ou enjeu médical ? », In D. FENOUILLET (sous la dir.), *La famille en mutation*, op.cit, p. 310.

⁹⁵⁴ Exemples de Mesdames Mennesson et Labassée.

⁹⁵⁵ CJUE, 18 mars 2014, affaire C-167/12 C. D./S/ T. et C-363/12 Z./A Government and Board of Management of a Community School.

Cf. Claire NEIRINCK, Martine GROSS, *Parents- enfants, vers une nouvelle filiation?*, éd. La documentation française, 2014, coll. "Doc en poche", p. 86-87.

Marie LAMARCHE, "Gestation pour autrui: deux femmes et un seul congé de maternité", Dr. famille 2013, Focus 54.

338. Certains auteurs revendiquent un cadre juridique pour ceux qui auraient un projet de vie pour un enfant⁹⁵⁶. Ainsi, plusieurs adultes⁹⁵⁷ pourraient s'accorder sur le principe d'une conception d'un enfant et sur celui du partage de l'autorité parentale. Cette dernière est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. L'article 371-1 du code civil précise qu' « *elle appartient aux pères et mères jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ». Actuellement, seuls les parents légaux sont titulaires de l'autorité parentale. Si ce mécanisme venait à être institué, cela signifierait que la mère porteuse, la mère qui a accouché sous X, la donneuse d'ovule ou le donneur de sperme non anonyme accepte que deux hommes ou deux femmes partagent l'autorité parentale sur l'enfant à naître, ou qu'un gay et une lesbienne décident de concevoir ensemble un enfant et de partager leur autorité parentale avec leur partenaire respectif⁹⁵⁸. Afin de gommer toutes les difficultés que les parents pourraient rencontrer vis-à-vis des tiers, suite au décès du ou des détenteurs de l'autorité parentale ou bien lors de conflits concernant le choix de l'éducation, le législateur pourrait mettre en place un « mandat »⁹⁵⁹. Ce dernier permettrait à chacun des adultes de gérer seul les actes de la vie courante de l'enfant.

339. Dès lors que l'on accepte la fabrication d'enfant, l'adoption par l'autre membre du couple devient envisageable. Ainsi, le droit de la famille ne joue plus aucun rôle. Chacun crée sa famille à sa convenance⁹⁶⁰, en imposant la seule loi de son désir. Finalement peu importe comment l'on est devenu parent, ce qui prime c'est d'être parent.

⁹⁵⁶ Mathieu ANDRE-SIMONET, « Peut-on avoir juridiquement plus de quatre parents ? », In Martine GROSS (sous la dir.), *Homoparentalité, état des lieux*, op.cit., p. 102.

⁹⁵⁷ Minimum trois adultes.

⁹⁵⁸ Mathieu ANDRE-SIMONET, « Peut-on avoir juridiquement plus de quatre parents ? », In Martine GROSS (sous la dir.), *Homoparentalité, état des lieux*, op.cit., p. 103.

⁹⁵⁹ Mathieu ANDRE-SIMONET, « Peut-on avoir juridiquement plus de quatre parents ? », In Martine GROSS (sous la dir.), *Homoparentalité, état des lieux*, op.cit., p. 104.

⁹⁶⁰ Sophie PARICARD-PIOUX, *La convenance personnelle*, éd. Dalloz « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003. La convenance personnelle renvoie à un comportement divergent qui ne répond à aucune des justifications traditionnelles du droit telles que le besoin, la nécessité ou l'intérêt légitime. Admettre une AMP par convenance personnelle reviendrait à renoncer à l'encadrement de l'AMP et à admettre un droit à l'enfant (Claire NEIRINCK, « Question civile ou enjeu médical ? », In D. FENOUILLET (sous la dir.), *La famille en mutation*, op.cit., p. 305). Par conséquent, la filiation par convenance personnelle permet aux individus d'accéder à la parenté comme ils l'entendent, selon ce qu'exige leur épanouissement personnel.

340. Pour conclure, la légalisation de la GPA démembrerait l'état civil de l'enfant, rendrait incertaine la maternité, dénaturerait les présomptions relatives à la paternité et supplanterait l'adoption⁹⁶¹. Le législateur ouvrirait ainsi un marché de la fécondité et validerait les fabrications d'enfant. Cette légalisation ferait sauter les règles actuelles de la filiation et de la bioéthique ; la réforme serait trop importante, allant même jusqu'à autoriser le principe de copaternité⁹⁶². Ce mécanisme désignerait deux pères à un enfant. Il est plus imaginable et moins contraignant de recourir à l'adoption de l'enfant du conjoint, pour au final obtenir le même résultat. L'adoption de l'enfant du conjoint est la première étape vers la copaternité, au même titre que la transcription est la première étape vers la légalisation.

CONCLUSION DU SOUS-TITRE 1

341. Pour conclure, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a créé une nouvelle forme de parenté sans sexualité, doublement manipulée⁹⁶³. D'une part, la filiation est manipulée par le recours à l'AMP qui permet d'éviter la sexualité procréative et d'effacer un des géniteurs. D'autre part, la manipulation passe par l'adoption de l'enfant de l'épouse. Cette institution ne répond plus à l'idée que l'adoption crée une famille à l'enfant qui n'en a pas ou qui n'a qu'une parenté incomplète. Elle devient une institution qui permet aux adultes de construire la famille qu'ils veulent en fabriquant des enfants qu'ils ne procréent pas. Toutefois, il en résulte une inégalité entre les couples hétérosexuels et homosexuels, mais aussi entre les couples de femmes et les couples d'hommes.

⁹⁶¹ Claire NEIRINCK, « Question civile ou enjeu médical ? », In D. FENOUILLET (sous la dir.), *La famille en mutation*, op.cit., p. 301.

⁹⁶² Sophie PARICARD, « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé », *Droit de la famille*, janvier 2013, dossier 8.

La plupart des pays qui ont admis le mariage homosexuel continue d'interdire le principe de la GPA et corrélativement interdit le principe de la copaternité.

Toutefois, le principe d'égalité est déjà mis en avant en Belgique et en Espagne. Claire NEIRINCK, « De la comaternité », op.cit.

⁹⁶³ Claire NEIRINCK, « La filiation, une question juridique », In Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ? Claire NEIRINCK, Martine GROSS, op.cit, p. 94.

342. Les femmes qui ont eu recours à une AMP à l'étranger, en dépit d'une interdiction légale, sont toutes deux désignées comme parents en droit français : l'une selon le droit commun et l'autre grâce au mécanisme de l'adoption de l'enfant du conjoint. Tandis que les gays qui ont eu recours à une GPA à l'étranger en l'état de la jurisprudence ne peuvent former que des familles juridiques incomplètes et nécessairement unilinéaires. En effet, seuls un des hommes peut être désigné comme père – condition de la transcription sur les registres français des actes de naissance conformes à la réalité –, l'autre homme ne pouvant accéder à la filiation de quelque manière que ce soit puisque l'enfant a officiellement deux parents, la mère porteuse étant imposée comme telle. Ainsi, l'égalité mathématique qui a justifié le mariage pour tous – à savoir un homme égale une femme et un être humain égale un autre être humain quand il s'agit de droit – est fausse car la différence sexuelle s'impose sur le terrain de la reproduction et par conséquent sur l'établissement de la filiation. Ainsi, cette différence de fait a toujours justifié une différence de traitement juridique entre les pères et les mères.

343. La filiation repose sur la volonté et la biologie. Si la filiation repose uniquement sur la volonté, elle prend la forme d'un contrat ; on peut déjà parler de contractualisation de la filiation. Or un enfant n'est pas le fruit de la seule volonté. Il est nécessairement le fruit d'un engendrement entre un homme et une femme. Ainsi, admettre l'accès des couples de personnes de même sexe à la parenté, revient à nier cette réalité et à remplacer la filiation par un droit à l'enfant. Celui-ci, expressément refusé dans l'organisation légale de l'AMP, est peu à peu imposé par une jurisprudence *contra legem*.

SOUS-TITRE 2 : L'ACCES LEGAL A LA FILIACTION FICTIVE

344. L'accès aux différentes formes d'adoptions apparaît difficile dans les faits pour tous les couples. (Chapitre 1) Or, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, les époux de même sexe semblent avantagés par rapport aux époux de sexe différent quant à l'accès à l'adoption simple de l'enfant du conjoint. (Chapitre 2)

CHAPITRE I : LES DIFFERENTES FORMES D'ADOPTION

345. L'institution mérite d'être présentée (Section 1) afin de mieux comprendre ses difficultés d'accès (Section 2).

SECTION 1 : PRESENTATION DE L'INSTITUTION

346. L'adoption a évolué depuis son introduction dans le code civil de 1804 (§1), même si ces formes demeurent inchangées depuis la loi du 11 juillet 1966 (§2).

§1 : L'évolution de l'adoption

347. L'adoption est une filiation fictive⁹⁶⁴, également appelée filiation élective⁹⁶⁵. Elle est établie entre deux personnes qui ne sont unies par aucun lien biologique. Dans ses fondements, elle se distingue de la filiation dite classique –filiation par procréation– parce qu'elle est indifférente à l'engendrement compte tenu de sa neutralité sexuelle⁹⁶⁶. Dans ses conséquences, elle ne diffère de la filiation par procréation que dans le domaine des prohibitions au mariage⁹⁶⁷.

⁹⁶⁴ La fiction est une procédure juridique qui accorde au droit une liberté virtuellement absolue sur les faits. Yan THOMAS, « Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », In *Droits*, n° 21, 1995, p. 17-63.

Il s'agit d'une manipulation légale du réel, qui seule permet d'obtenir le résultat juridique recherché (Vocabulaire juridique CORNU). Elle consiste à faire « comme si ». En l'occurrence, l'adoption consiste à faire comme si les adoptés étaient nés des adoptants.

⁹⁶⁵ Claire NEIRINCK, « Les filiations électives à l'épreuve du droit », JCP G 1997, I, p. 4067.

⁹⁶⁶ Claire NEIRINCK, « Homoparentalité et adoption », In Etudes offertes à Pierre CATALA, *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, éd. Litec, 2001, p. 355.

⁹⁶⁷ Articles 161 à 164 du code civil.

348. Il s'agit d'une vieille institution qui a connu de nombreuses évolutions. Dans le droit romain, l'adoption était une pratique courante⁹⁶⁸. L'Ancien Droit a ignoré cette filiation⁹⁶⁹. Du XV^{ème} au XVIII^{ème} siècle, l'adoption n'était plus réglementée. Toutefois, cela n'empêchait pas les adoptions de fait⁹⁷⁰. La Révolution⁹⁷¹ et le code civil⁹⁷² ont restauré cette pratique. Toutefois, des limites furent apportées. En effet, la loi votée le 2 germinal an XI précisa que ne pouvaient adopter, devant un Juge de Paix, que des personnes sans enfants, âgées de plus de cinquante ans et ayant quinze ans de plus que l'adopté et aucun descendant légitime⁹⁷³. A côté de cette adoption de droit commun, deux autres formes d'adoption existaient : l'adoption rémunératoire⁹⁷⁴ et

Les empêchements associés à une adoption plénière sont identiques à ceux prévus en raison d'un lien de parenté direct. Autrement dit, en cas d'adoption plénière, le mariage est interdit entre ascendants et descendants (adopté-adoptant), entre deux frères, entre deux sœurs, entre un frère et une sœur, entre deux demi-frères, entre deux demi-sœurs, entre un demi-frère et une demi-sœur, entre un oncle ou une tante et une nièce ou un neveu, entre l'adoptant et l'ex conjoint de l'adopté, entre l'adopté et l'ex conjoint de l'adoptant. En cas d'adoption simple, le mariage est interdit entre l'adopté et l'adoptant, entre l'adoptant et les descendants de l'adopté, entre l'adopté et les descendants de l'adoptant, entre enfants adoptifs d'une même personne, entre l'adoptant et l'ex conjoint de l'adopté, entre l'ex conjoint de l'adoptant et l'adopté. Par contre, le mariage peut être autorisé entre l'adopté et le frère ou la sœur de l'adoptant.

www.vosdroits.service-public.fr

⁹⁶⁸ L'adoption est pratiquée dans l'Antiquité. En Grèce, elle permet à un homme sans fils légitime de transmettre le nom et pérenniser sa maison. A Rome, cette pratique permet d'introduire un nouveau membre dans la famille, indépendamment de tout lien biologique. La visée principale de l'adoption est de pallier l'absence de descendant.

Caroline MECARY, *L'adoption*, op.cit, p. 13-14. Il s'agissait également d'une stratégie familiale à l'époque où la famille reposait sur le culte des ancêtres.

⁹⁶⁹ Le Moyen-âge est une période de déclin de l'adoption. L'Eglise développe sa doctrine et met en avant la filiation légitime issue du mariage comme seul fondement de la famille. Parallèlement à ce déclin, s'est développée la pratique de l'*affiliatio*, aux termes de laquelle les parents de l'un des époux déclarent publiquement lors des noces qu'ils considèrent leur belle-fille ou leur gendre comme l'un de leurs enfants. L'*affiliatio* a des points communs avec l'adoption romaine, puisqu'elle permet la perpétuation d'un nom, la transmission d'un patrimoine et donc de la famille. Caroline MECARY, *L'adoption*, op.cit, p. 17- 18. Une hiérarchie entre filiation naturelle et filiation adoptive se mit en place sous l'influence du jus naturel qui tendait à juger l'adoption comme « contraire aux lois de la nature et du Christianisme ». Lucile LAMBERT-GARREL, *L'adoption, une institution à la recherche d'un équilibre*, op.cit., p. 20.

⁹⁷⁰ Lucile LAMBERT-GARREL, *L'adoption, une institution à la recherche d'un équilibre*, op.cit, p. 20.

⁹⁷¹ Les révolutionnaires ont réhabilité l'adoption en 1792 sans toutefois définir les modalités à suivre pour adopter. Décret du 18 janvier 1792.

La Révolution voyait en l'adoption une institution d'intérêt social, propice à la division des fortunes et à l'éducation des enfants des familles pauvres. Lucile LAMBERT-GARREL, *L'adoption, une institution à la recherche d'un équilibre*, op.cit, p. 22.

⁹⁷² Le législateur napoléonien fut le premier à définir le régime juridique de l'adoption.

Bonaparte songeait à s'assurer une descendance que Joséphine ne lui avait pas donnée. Ainsi, il affirmait que « l'adoption est une fiction qui singe la nature, une espèce de sacrement destiné à établir des sentiments et des affections de la filiation et de la paternité entre deux individus nés étrangers l'un de l'autre : c'est dans l'essence de l'institution ainsi conçue qu'il faut rechercher son organisation ». Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil du 9 août 1793*, éd. Paris : Videcoq, 2^e éd., 1827, tome 1, p. 101-148.

⁹⁷³ Lucile LAMBERT-GARREL, *L'adoption, une institution à la recherche d'un équilibre*, op.cit, p. 23.

⁹⁷⁴ Dans cette adoption, l'adopté était supposé avoir sauvé la vie de l'adoptant, « soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots ». Lucile LAMBERT-GARREL, *L'adoption, une institution à la recherche d'un équilibre*, op.cit, p. 23.

l'adoption testamentaire⁹⁷⁵. En 1804, l'adoption était réservée aux personnes majeures⁹⁷⁶ - aussi bien aux adoptants qu'aux adoptés -. La loi du 19 juin 1923 a permis pour la première fois d'adopter des enfants mineurs⁹⁷⁷. L'adoption conjointe était toujours réservée aux époux car le mariage était l'institution qui ouvrait sur la filiation. Seules les conditions relatives à l'âge des époux et à la durée du mariage ont été modifiées⁹⁷⁸. La loi du 11 juillet 1966⁹⁷⁹ a ouvert l'adoption aux personnes célibataires⁹⁸⁰. Dans l'hypothèse de l'adoption par une personne seule, le code civil ne prévoit rien pour assurer l'altérité sexuée dans la prise en charge de l'enfant adopté. Il est juridiquement indifférent d'être hétérosexuel ou homosexuel. Pourtant ce raisonnement ne s'est pas imposé facilement, car les services sociaux considéraient que l'altérité sexuelle du modèle familial était conforme à l'intérêt de l'enfant. Dans un arrêt rendu le 26 février 2002, la Cour européenne avait elle-même considéré que le refus fondé sur l'homosexualité du requérant de délivrer un agrément poursuivait un but

⁹⁷⁵ L'ancien article 361 du code civil, en application du 2 avril 1803 au 1^{er} janvier 1835, disposait que « tout individu âgé de plus de cinquante ans, et sans enfants ni descendants légitimes, qui voudra, durant la minorité d'un individu, se l'attacher par un titre légal, pourra devenir son tuteur officieux, en obtenant le contentement des père et mère de l'enfant, ou du survivant d'entre eux, ou, à défaut, d'un conseil de famille, ou enfin, si l'enfant n'a point de parents connus, en obtenant le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli, ou de la municipalité du lieu de sa résidence ».

L'adoption testamentaire bénéficiait aux mineurs à la condition que l'adoptant se fût constitué le tuteur officieux de l'adopté pendant cinq ans au moins. Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil, tome II, La famille : mariage, divorce, filiation*, avec le concours d'André ROUAST, éd. LGDJ, 1926, n° 1003-1057.

Cette situation répondait au fait que l'adoption, conçue comme un contrat, ne concernait que des adoptés majeurs qui pouvaient y consentir. Mais il était fréquent de recueillir un enfant et d'en assurer la tutelle officieuse, pour l'adopter une fois devenu majeur.

⁹⁷⁶ Ancien article 346 du code civil : « l'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté. Si l'adopté ayant encore ses père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère, ou par le survivant ; et s'il est majeur de vingt-cinq ans, de requérir leur conseil ».

⁹⁷⁷ Cette loi a été insaturée dans le but de donner une vie familiale aux nombreux orphelins de la première guerre mondiale.

⁹⁷⁸ Ancien article 343 (loi n° 66-500 du 11 juillet 1966) : « L'adoption peut être demandée après **cinq ans de mariage** par deux époux non séparés de corps ».

Article 343 (loi n° 96-604 du 5 juillet 1996) : « l'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, **mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans** ».

⁹⁷⁹ Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption : JO 12 juillet 1966. Cette loi a été complétée par les lois du 22 décembre 1976 -Loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976 modifiant certaines dispositions concernant l'adoption (simplification)- et du 8 janvier 1993 -Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales-.

Au sujet des commentaires de la loi, cf. Pierre RAYNAUD, « La réforme de l'adoption », D. 1967, chron. , p. 77 ; Edmond DE LA MARNIERRE, « Commentaire de la loi du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption », JCP G 1966, I, p. 2028.

⁹⁸⁰ Le code civil admet expressément l'adoption par une personne seule. La loi du 11 juillet 1966 fixait l'âge pour recourir à l'adoption individuelle à trente ans. Depuis la loi du 5 juillet 1996, l'âge a été abaissé à vingt-huit ans. Article 343-1 du code civil (modifié par loi n° 96-604 du 5 juillet 1996) : « L'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans ».

légitime, celui de protéger l'intérêt de l'enfant⁹⁸¹. Une différence de traitement entre les demandeurs à l'adoption a été relevée par la Cour, mais conformément à l'absence de consensus entre les différents Etats européens sur la question de l'adoption par une personne homosexuelle, elle avait admis que la France disposait d'une large marge d'appréciation. En 2008⁹⁸², la CEDH a procédé à un revirement et a condamné la France pour avoir refusé l'agrément à une célibataire vivant en couple homosexuel pour défaut de référence paternelle⁹⁸³. Or la loi n'impose pas de modèle paternel puisqu'elle admet l'adoption par une personne seule. L'exigence d'un référent paternel sanctionnait donc l'homosexualité de la candidate à l'agrément. La prise en compte de son homosexualité, dès lors qu'elle était décisive, constituait une discrimination au regard des articles 8 et 14 de la convention européenne. A la suite de cette condamnation par la CEDH, l'autorité administrative ne refuse de délivrer l'agrément qu'en se fondant sur l'intérêt de l'enfant⁹⁸⁴. Ce qui exclue de prendre en compte l'orientation sexuelle du parent adoptif qui ne menace pas à priori l'intérêt de l'enfant.

Dès lors qu'un homosexuel célibataire homosexuel peut adopter un enfant, il serait étrange de l'interdire aux époux de même sexe⁹⁸⁵. Ainsi, en ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe⁹⁸⁶, le législateur leur a également ouvert l'adoption. En conséquence, le champ d'application de l'adoption conjointe a été élargi, complété par des adoptions successives⁹⁸⁷, et modifié en ce qui concerne sa publicité. L'adoption peut être nationale ou internationale⁹⁸⁸.

⁹⁸¹ CEDH, 26 fév. 2002, Fretté c/ France, D. 2002. Somm. 2024, obs. F. Granet ; JCP 2002. II. 10074, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; RTD civ.2002.281, obs. J. Hauser ; RTD civ. 2002.389, obs. J.-P. Marguénaud.

⁹⁸² CEDH, gr. ch., 22 janv. 2008, req. n° 43546/02, E. B. c/ France : D. 2008. AJ. 351, obs. Royer; Gaz. Pal. 27-29 janv. 2008. 2008-2/32, note Valory ; LPA 7févr. 2008, étude Chaltiel ; RLDC 2008/5, n° 2991, note Le Boursicot.

⁹⁸³ La Cour européenne des droits de l'Homme considère que la convention EDH ne garantit pas un droit d'adopter. Le droit de fonder une famille, notamment par la voie de l'adoption, n'est protégé par l'article 8 de la Convention qu'au titre du droit de la vie privée. CEDH, E.B c/ France, 22 janv. 2008, JCP 2008.II.10071, comm. A Gouttenoire et F. Sudre.

Le simple désir de fonder une famille n'entre pas dans le droit au respect d'une vie familiale. CEDH, 26 févr. 2002, Fretté c/ France, D. 2002. Somm. 2024, obs. F. Granet ; JCP 2002. II. 10074, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; RTDciv. 2002.2811, obs. J. Hauser.

⁹⁸⁴ Le conseil constitutionnel a rappelé le 17 mai 2013 que l'autorité administrative devait vérifier « le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution ».

Cons. Const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC.

⁹⁸⁵ Bernard BEIGNIER, « Note sur l'homoparentalité. Hommage à Madame le professeur Claire Neirinck », Droit de la famille n° 12, déc. 2015, étude 17.

⁹⁸⁶ Loi du 17 mai 2013.

⁹⁸⁷ Cf. infra n° 366.

⁹⁸⁸ Article 370-3, 370-4 et 370-5 du code civil.

§2 : Les deux formes de l'adoption française

349. Le droit français connaît deux formes d'adoption : l'adoption plénière (A) et l'adoption simple (B).

A/ Adoption plénière

350. Les dispositions relatives à l'adoption plénière sont inscrites aux articles 343 à 359 du code civil. L'adoption plénière est une filiation exclusive⁹⁸⁹ et irrévocable⁹⁹⁰, qui fait disparaître la famille d'origine. Elle ne concerne que les mineurs de moins de quinze⁹⁹¹. Elle est apparue comme un « instrument de remodelage de la famille »⁹⁹². L'article 343 du code civil dispose que « l'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans ». Pendant de nombreuses décennies, l'adoption était perçue comme une filiation volontaire qui imitait la procréation. Aujourd'hui, l'adoption se présente plus comme une filiation volontaire consacrée par un jugement. Elle se distingue clairement de la procréation, et cela encore plus depuis que la loi du 17 mai 2013 a remplacé les mentions « né ou née de » par « fils ou fille de » dans la transcription du jugement d'adoption à partir de laquelle sont tirées les copies et extraits des documents d'état civil de l'adopté. L'adoption consacre en effet un rapport de filiation⁹⁹³ mais elle ne donne pas des parents, ce terme étant exclusivement réservé dans le code civil au rapport de filiation par le sang, ce qui est conforme à son étymologie.

Face à la multiplication des adoptions internationales, une Convention internationale a été signée à La Haye le 29 mai 1993 et est en vigueur dans de nombreux pays depuis 1998, imposant l'institution dans chaque Etat d'une autorité centrale ayant pour but d'empêcher les trafics d'enfants. En France, la France a ratifié cette convention. Elle a ainsi mis en place l'« Agence française de l'adoption internationale ».

⁹⁸⁹ L'adoption plénière fait disparaître la famille d'origine.

⁹⁹⁰ Article 359 du code civil.

⁹⁹¹ Article 345 du code civil : « L'adoption n'est permise qu'en faveur des enfants âgés de moins de quinze ans, accueillis au foyer du ou des adoptants depuis au moins six mois.

Toutefois, si l'enfant a plus de quinze ans et a été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter ou s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint cet âge, l'adoption plénière pourra être demandée, si les conditions en sont remplies « pendant la minorité de l'enfant et dans les deux ans suivant sa majorité ».

S'il a plus de « treize ans », l'adopté doit consentir personnellement à son adoption plénière. « Ce consentement est donné selon les formes prévues au premier alinéa de l'article 348-3. Il peut être rétracté à tout moment jusqu'au prononcé de l'adoption ».

⁹⁹² Michelle GOBERT, « Réflexions pour une indispensable réforme de la filiation », JCP 1968. I. 2207.

⁹⁹³ Article 356 du code civil.

La conception de l'adoption a changé puisqu'elle ne fait plus croire que l'enfant est né des adoptants. Le Conseil constitutionnel a estimé que « l'identité de sexe des adoptants ne constituait pas, en elle-même, un obstacle à l'établissement d'un lien de filiation adoptive »⁹⁹⁴.

351. La publicité de l'adoption plénière est particulière. L'article 354 du code civil dispose « *dans les quinze jours de la date à laquelle elle est passée en force de chose jugée, la décision prononçant l'adoption plénière est transcrite sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté, à la requête du procureur de la République. Lorsque l'adopté est né à l'étranger, la décision est transcrite sur les registres du service central d'état civil du ministère des affaires étrangères (...) Elle ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant. La transcription tient lieu d'acte de naissance de l'adopté* ». L'acte de naissance originaire qui revêt une mention « adoption » est annulé⁹⁹⁵. Il ne peut ainsi être ni consulté ni donner lieu à des copies ou extraits. L'ouverture de l'adoption aux époux homosexuels a impliqué la modification de la mention « né de » par « fils de » sur les registres de l'état civil. L'adoption, même plénière, présente plus l'adopté comme né de, ce qui imposait l'adoption conjointe par deux hommes ou deux femmes. En ce sens, la Cour de cassation avait refusé l'exequatur de deux jugements d'adoption plénière anglais et québécois prononcés au profit de deux couples d'hommes⁹⁹⁶. La Cour affirme « qu'est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant naissance, emporte inscription d'un enfant né de deux parents de même sexe ». En effet, rédigé sous le contrôle de l'Etat, les actes d'état civil ne peuvent être que le reflet de la réalité. C'est pourquoi la publicité de l'adoption plénière a été modifiée : pour ne faire apparaître que le rapport de filiation fictif.

352. En ce qui concerne le nom de l'adopté plénier, la réforme de 2013 a réécrit certaines dispositions. L'adoption plénière confère toujours le nom de l'adoptant, mais l'article 357 du code civil prévoit qu'en cas d'adoption de l'enfant du conjoint ou d'adoption d'un enfant par deux époux, l'adoptant et son conjoint ou les adoptants choisissent par déclaration conjointe le nom de de famille dévolu à l'enfant : soit le nom

⁹⁹⁴ Cons. Const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC.

⁹⁹⁵ Il est conservé matériellement mais est juridiquement détruit. Claire NEIRINCK, Martine GROSS, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, op.cit, p. 44.

⁹⁹⁶ Cass. civ. 1^e, 7 juin 2012, pourvois n° 11-30261 et 11-30262.

de l'un d'eux, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Cette faculté de choix n'est ouverte qu'une seule fois. Ce même article précise qu'en l'absence de déclaration conjointe mentionnant le choix de nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de l'adoptant et de son conjoint ou de chacun des adoptants, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique. Cela est comparable à ce qui a été retenu pour les enfants dont la filiation est établie selon le droit commun⁹⁹⁷, à la différence près que la règle joue en cas de désaccord entre les parents, signalé au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation.

B/ Adoption simple

353. Les dispositions relatives à l'adoption simple sont inscrites aux articles 363 à 370-2 du code civil. L'adoption simple s'ajoute à la filiation de naissance⁹⁹⁸. A ce caractère additif, il faut ajouter sa révocabilité admise pour motifs graves. Toutefois la révocation de l'adoption simple d'un mineur a été très fortement réduite par loi du 14 mars 2016 sur la protection de l'enfance. En principe, seule l'adoption d'un majeur est révocable⁹⁹⁹. Enfin, à la différence de l'adoption plénière réservée aux mineurs de moins de 15 ans, elle s'adresse aussi bien aux majeurs qu'aux mineurs. L'enfant de plus de treize ans doit consentir à son adoption. Il n'existe pas d'enfant adoptable réservé à une forme d'adoption spécifique.

354. La publicité de l'adoption simple ne touche pas à l'acte de naissance de l'adopté. L'article 362 du code civil dispose « dans les quinze jours de la date à laquelle elle est passée en force de chose jugée, la décision prononçant l'adoption simple est mentionnée ou transcrite sur les registres de l'état civil à la requête du procureur de la République ». La dimension fictive de cette adoption est donc visible.

355. Antérieurement à la loi du 17 mai 2013, si la filiation était établie simultanément à l'égard des deux parents – ce qui était toujours le cas dans le mariage –

⁹⁹⁷ Article 311-21 du code civil.

⁹⁹⁸ Les parents d'origine qui ont consenti à l'adoption conservent un rôle subsidiaire.

⁹⁹⁹ Article 370 du code civil: (modifié par loi n° 2016-297 du 14 mars 2016): " S'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, lorsque l'adopté est majeur, à la demande de ce dernier ou de l'adoptant.

Lorsque l'adopté est mineur, la révocation de l'adoption ne peut être demandée que par le ministère public".

l'enfant prenait le nom du père. Si la filiation n'était pas établie simultanément – ce qui était fréquent dans la filiation hors mariage – l'enfant prenait le nom du premier parent qui avait procédé à cet établissement. Ainsi, le nom de la mère s'imposait souvent, ce qui avait permis de justifier les reconnaissances prénatales¹⁰⁰⁰. Cette règle de base avait été transposée dans l'adoption en cas de désaccord sur le nom. La loi du 17 mai 2013 – en ouvrant l'adoption aux couples de même sexe – a imposé la déssexualisation de la règle au profit de l'ordre alphabétique.

A la différence de l'adoption plénière antérieure à la loi du 17 mai 2013, l'adoption simple se présentait comme une filiation fictive visible. Depuis cette loi, le caractère fictif des deux formes d'adoption est affirmé, puisque dans les deux hypothèses les adoptants ne remplacent pas les parents de naissance, ce qui remet en cause et ébranle l'organisation française de l'adoption. En effet, les règles de l'adoption simple et plénière d'un mineur de quinze ans sont identiques. Pourquoi, dès lors, une unique procédure répondant aux mêmes exigences justifierait-elle deux formes d'adoption, l'un étant irrévocable et l'autre non? Ainsi la loi du 17 mai 2013 ne justifie plus deux formes d'adoption d'enfants mineurs, l'une étant traitée comme la naissance et l'autre respectant la naissance et faisant seulement de l'adopté le fils des adoptants.

356. Les dispositions relatives au nom de l'adopté simple sont très complexes¹⁰⁰¹. La loi de 2013 maintient le principe que l'adopté simple se voit ajouter son nom à celui de l'adoptant¹⁰⁰².

Dans l'hypothèse d'une adoption simple par une personne seule, quand l'optant et l'opté portent un double nom de famille, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction du nom de l'adoptant à son propre nom, dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Toutefois, le choix du nom adjoint, ainsi que l'ordre des noms, appartiennent à l'adoptant, qui doit recueillir le consentement de l'adopté âgé de plus de treize ans. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction en seconde position du premier nom de l'adoptant au premier nom de l'adopté.

En présence d'une adoption simple par des époux qui portent un double nom, le nom ajouté à celui de l'adopté est, à la demande des adoptants, celui de l'un d'eux, dans

¹⁰⁰⁰ Article 316 du code civil (ordonnance du 4 juillet 2005).

¹⁰⁰¹ Jean HAUSER, RTD civ. 2004, p. 262.

¹⁰⁰² Article 363 al. 1 du code civil.

Circulaire du 25 octobre 2011 relative à la modification des modalités d'indications des "doubles noms" issus de la loi du 24 mars 2002: suppression du double tiret, NOR : JUSC 1028448C.

la limite d'un nom. Quand l'adopté porte un double nom de famille, le choix du nom de l'adopté conservé et l'ordre des noms appartiennent aux adoptants qui doivent recueillir le consentement personnel de l'adopté âgé de plus de treize ans.

Le système complexe peut être éludé: le nom que l'adopté simple tient de sa première famille peut être supprimé. Il suffit à l'adoptant de demander au tribunal que l'adopté ne porte que son nom. Dans le cas d'une adoption par deux époux, le nom de famille substitute à celui de l'adoptant est alors le nom de famille qu'ils choisissent selon les règles de l'article 311-21 du code civil. Cette demande peut être formulée dans la requête en adoption mais aussi ultérieurement.

L'adoption simple était sans incidence sur les prénoms de l'adopté. Depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, par renvoi de l'article 361 au dernier alinéa de l'article 357 du code civil, les adoptants peuvent désormais demander la modification des prénoms de l'adopté.

357. Pour conclure, les actes de l'état civil doivent énoncer des faits vrais. Avec la mention « fille ou fils de » à la place de « né de », l'adoption plénière est détachée de la naissance et crée un rapport de filiation, au même titre que l'adoption simple. Cette évolution rend inutile l'annulation de l'acte de naissance initial¹⁰⁰³. Le caractère électif de l'adoption, de plus en plus assumé, est confirmé par le conseil constitutionnel, puisqu'il précise qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose ni que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé ni que les liens de parenté établis par filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique »¹⁰⁰⁴.

Les deux formes d'adoption se ressemblent de plus en plus. Ne vaudrait-il mieux pas les combiner afin de tendre vers un modèle unique, puisque depuis le mariage pour tous le caractère fictif de cette forme de filiation ne peut plus être nié ni ignoré? Ce modèle aurait des incidences sur la nationalité et serait irrévocable jusqu'aux dix-huit ans de l'adopté, ce qui est déjà pratiquement le cas de l'adoption simple.

¹⁰⁰³ Claire NEIRINCK, Martine GROSS, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, op.cit., p. 74.

¹⁰⁰⁴ Cons. Const., déc. 17 mai 2013, n° 2013-669, consid. 51.

SECTION 2 : LA REALITE DE L'ADOPTION FRANÇAISE AVANT SON OUVERTURE AUX COUPLES DE MEME SEXE

358. Toute demande d'adoption doit être justifiée par l'obtention d'un agrément. Ce dernier prend la forme d'un arrêté pris par le président du conseil général de leur lieu de résidence, accordé pour une durée de 5 ans, renouvelable une fois. Il est le résultat d'une analyse de la cohérence du projet d'adoption et de la capacité des candidats à s'identifier en tant que parents. En droit français, le fait d'être célibataire ne peut constituer en soi un motif de refus d'agrément¹⁰⁰⁵, le code civil admettant expressément l'adoption par une personne seule.

359. Durant ces 5 années, il faut trouver un enfant adoptable conforme au projet¹⁰⁰⁶, ce qui n'est pas chose simple. Les enfants adoptables sont de plus en plus rares, cela pouvant s'expliquer en partie par l'apparition de la contraception. En effet, avec la contraception, les naissances sont, pour la large majorité, désirées. Une femme qui ne veut pas assumer une grossesse peut utiliser un moyen contraceptif. Et si celui-ci échoue, elle peut avorter. Avant de faire adopter l'enfant que l'on n'a pas désiré, il y a les moyens contraceptifs – préservatif, stérilet, pilule, anneaux, patch etc. –, la pilule du lendemain et l'avortement qui font obstacle à sa conception et à son développement utérin. La maîtrise négative de la procréation a rendu les naissances non désirées de plus en plus rares. De plus, tous les enfants non désirés ne sont pas concernés par l'adoption car grand nombre de parents, qui, à l'origine, ne voulaient pas de cet enfant, décident finalement de s'en occuper. Ces facteurs ont conduit à une pénurie des enfants adoptables dans l'adoption interne¹⁰⁰⁷. Ainsi l'adoption internationale a été, ensuite,

¹⁰⁰⁵ Article 343-1 code civil.

L'agrément est une procédure administrative préalable à l'adoption des enfants pupilles de l'Etat, des enfants étrangers ou des enfants recueillis par un organisme autorisé pour l'adoption. Il a pour objet de déterminer l'aptitude des candidats à offrir de bonnes conditions d'accueil sur le plan familial, éducatif, psychologique et matériel. Il est délivré par le président du conseil général (Code de l'action sociale et des familles, art. L. 225-2) après une enquête administrative et l'avis d'une commission (décret n° 2006-981 du 1^{er} août 2006 relatif à l'agrément des personnes souhaitant adopter un pupille de l'Etat ou un enfant étranger et modifiant le code de l'action sociale et des familles : JO. 4 août, p. 11691).

¹⁰⁰⁶ Les rares enfants adoptables ont en général plus de 7 ans et sont souvent atteints de pathologies. Les adoptants préfèrent recueillir un enfant en bas âge et en bonne santé.

¹⁰⁰⁷ De nombreux facteurs sont à l'origine du déclin du nombre d'enfants disponibles pour l'adoption et parmi eux la révolution des années 60, la légalisation de l'avortement et la tendance des mères célibataires à ne plus remettre leur enfant en vue de l'adoption. Agnès FINE et Claire NEIRINCK, *Parents de sang, parents adoptifs*, éd. LGDJ, 2000, coll. « Droit et société Maison des sciences de l'Homme, vol. 29 », p. 39.

privilegiée. Cependant, au fil du temps, de nombreux pays pourvoyeurs d'enfants ont privilégiés les adoptions internes. Pour remédier à ce « manque », des situations d'abandon d'enfant sont programmées, soit avec l'accord des géniteurs¹⁰⁰⁸ ou parents¹⁰⁰⁹ soit contre leurs volontés¹⁰¹⁰. A cela il faut ajouter que les procédures d'adoption sont longues, onéreuses et sans garantie de résultat.

360. De plus, la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale¹⁰¹¹, pour les pays qui l'ont ratifié¹⁰¹², contrôle d'avantage les conditions d'accès aux adoptions internationales, afin de garantir qu'elles aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux, ainsi que pour prévenir l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants. En effet, le pays d'origine a la responsabilité de s'assurer que l'enfant est bien adoptable, que les consentements des parents biologiques de l'enfant, de son représentant légal, ainsi que celui de l'enfant, ont été obtenus et qu'il a été tenu compte des souhaits éventuels de l'enfant. Réciproquement, le pays d'accueil doit s'assurer que les adoptants remplissent toutes les conditions juridiques demandées pour l'adoption,

Ces facteurs ont été posés pour démontrer le déclin du nombre des enfants blancs disponibles pour l'adoption en droit américain. Toutefois, ils trouvent tout leur sens également dans le droit français.

Le nombre d'adoptions internationales dans le monde entier ne serait que de 25 000. Or la France, à elle seule, compte 25 000 personnes ou familles titulaires d'un agrément pour l'adoption internationale. Marie-Christine LE BOURSICOT, « Nouveaux mariés de même sexe : l'adoption de l'enfant du conjoint plus aisée que l'adoption conjointe », *RJPF*, n° 7.8, 2013, p. 31.

Les enfants adoptables sont rares en France et à l'étranger.

¹⁰⁰⁸ Dans la GPA, la mère porteuse abandonne son enfant. Dans l'AMP, le donneur de sperme s'engage à ne pas être père.

¹⁰⁰⁹ Les parents consentent à vendre leur(s) enfant(s). L'enfant peut être acheté quelques dollars pour être revendu de 10 000 à 30 000 dollars, le prix dépendant de l'âge, du sexe, de la couleur des yeux, de son état de santé. <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/comment-adopter-a-l-etranger/le-glossaire-de-l-adoption/tous-les-termes-de-l-adoption/article/trafic-d-enfants-et-adoption>

¹⁰¹⁰ On considère qu'il y a un trafic d'enfant dès qu'un acte illégal, attentatoire à son état, est commis en vue du transfert de l'enfant d'une personne ou d'une institution à une autre.

L'obtention d'un consentement peut résulter d'une fraude, en faisant croire à des parents illettrés que leurs enfants vont partir étudier à l'étranger ou y être soignés, ou d'une violence. De plus, les enlèvements d'enfants dans les lieux publics mais aussi dans les maternités sont fréquents. Ces formes de rapt ont été recensées en Amérique latine, en Europe et en Asie. Ces méthodes peuvent se combiner avec une falsification de l'état civil de l'enfant. <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/comment-adopter-a-l-etranger/le-glossaire-de-l-adoption/tous-les-termes-de-l-adoption/article/trafic-d-enfants-et-adoption>

Le trafic d'enfants à la frontière entre Haïti et la République dominicaine s'est intensifié ces dernières années. Selon une enquête réalisée en 2008 par l'Organisation Internationale pour les Migrations au moins 2500 mineurs haïtiens sont victimes de ce trafic chaque année.

www.coeuradoption.org/wiki/doku.php?id=actualite:blog:2010.02_monde

Il est courant que les adoptés ne soient pas de vrais orphelins.

¹⁰¹¹ <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=69>

¹⁰¹² La Convention a été signée par 90 Etats, dont une grande majorité l'a ratifiée. D'autres Etats adaptent progressivement leur législation afin de pouvoir la ratifier. La France a signé la convention en 1993, sa ratification ayant lieu en 1998.

qu'ils ont reçu les conseils et l'information nécessaires et que toutes les mesures seront prises pour que l'enfant soit autorisé à entrer et séjourner de façon permanente sur son sol. Cette convention interdit les démarches directes des futurs parents adoptifs auprès de l'Autorité Centrale. Les postulants doivent s'adresser soit à l'Agence Française de l'Adoption¹⁰¹³, soit à un Organisme Autorisé pour l'Adoption¹⁰¹⁴ au sein de leur département. Ainsi, l'adoption était devenue avant la loi du 17 mai 2013 une démarche longue et douloureuse qui n'était plus automatiquement couronnée de succès.

361. Enfin, avant l'ouverture de l'adoption aux époux homosexuels, les adoptions successives étaient limitées puisqu'elles n'étaient admises qu'en raison du décès de l'adoptant ou des adoptants, ou après décès de l'un des deux adoptants, si la demande était présentée par le nouveau conjoint du survivant d'entre eux¹⁰¹⁵. Cette règle confirmait l'idée que le recours à l'adoption doit être exceptionnel.

¹⁰¹³ A.F.A.

¹⁰¹⁴ O.A.A.

¹⁰¹⁵ Article 346 du code civil : « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux. (Loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976) Toutefois, une nouvelle adoption peut être prononcée soit après décès de l'adoptant, ou des deux adoptants, soit encore après décès de l'un des deux adoptants, si la demande est présentée par le nouveau conjoint du survivant d'entre eux ».

Jean-François MATTEI et Marie-Christine LE BOURSICOT, *Rapport au premier ministre, Enfant d'ici, enfant d'ailleurs : l'adoption sans frontière*, éd. La documentation française, 1995, coll. « Collection des rapports officiels », p. 157 et s. L'alinéa 2 de l'article 360 du code civil autorise, sur démonstration de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant déjà fait l'objet d'une adoption plénière.

« Adoption sur adoption ne vaut... même dans la famille recomposée ! », note sous arrêt par Hubert BOSSE-PLATIERE et Adeline GOUTTENOIRE, *La semaine juridique* édition générale n° 15, 11 avril 2011, 415. Cass. 1re civ., 12 janv. 2011, n° 09-16.527, FS P+B+I : JurisData n° 2011-000142. Le droit d'adopter lorsqu'il est admis peut être limité à une adoption par personne sans que cette limite ne constitue une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée et familiale puisque ce droit n'implique pas la consécration juridique, par la voie de l'adoption, des liens entre l'enfant et son beau-parent.

CHAPITRE 2 : L'ADOPTION ET LA LOI DU 17 MAI 2013

362. La loi du 17 mai 2013 autorise l'adoption par les époux homosexuels ; ce qui signifie que deux hommes mariés ou deux femmes mariées peuvent formuler des demandes d'adoptions conjointes – même si elles ont peu de chance d'aboutir – (Section 1) et des demandes d'adoption d'enfant du conjoint (Section 2).

SECTION 1 : L'ADOPTION CONJOINTE PAR LES COUPLES DE MEME SEXE PLUS DIFFICILE

363. En droit français, la filiation fictive a considérablement changé de physionomie ces derniers siècles. Pendant de nombreuses années, l'adoption imitait la filiation biologique¹⁰¹⁶. Aujourd'hui, cela n'est plus vrai¹⁰¹⁷, puisque l'adoption individuelle et l'adoption des époux homosexuels sont admises. La filiation fictive s'est déséxuée avec l'ouverture de l'adoption aux époux homosexuels. Le législateur, en remplaçant les termes père et mère par « parents »¹⁰¹⁸, a déséxualisé la filiation. Le recours au terme générique de parents a vite rendu certaines dispositions intelligibles¹⁰¹⁹. Le législateur, pour faire face à ces incohérences terminologiques, a eu recours à un article balais : l'article 6-1 du code civil, ce qui évite de nommer les

¹⁰¹⁶ Un glossaire anonyme du XI^e siècle déclarait qu'adopter c'est « recevoir en lieu de fils ». Glossarium (XI^e s.), V^o adoptivus « loco filii receptus », Paris, bibliothèque nationale, ms.lat.7643, f^o6va. Un autre glossaire, définissant le terme d'affiliatio employé par le code wisigothique, précisait que « l'adoption imitait pleinement la nature ».

Du XIII^e jusqu'à la fin du XV^e siècle, l'adoption se définissait comme un « acte légitime, par lequel celui qui n'est pas le fils est tenu pour fils. L'adoption est aussi une action de la loi, inventée pour la consolidation de ceux qui n'ont pas d'enfants, imitant pleinement la nature.

Franck ROUMY, *L'adoption dans le droit savant du XII^e siècle au XVI^e siècle*, Préface de Anne LEFEBVRE-TEILLARD, éd. LGDJ, 1998, coll. « Bibliothèque de droit privé tome 279 », p. 93-94.

¹⁰¹⁷ L'adoption n'est plus le décalque de la procréation. Une telle représentation est récente : elle n'a existé qu'à partir de la légitimation de l'adoption en date de 1939 et de l'adoption plénière de 1966.

¹⁰¹⁸ Article 371-1 du code civil par exemple.

¹⁰¹⁹ Claire NEIRINCK, Martine GROSS, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation*, op.cit, p. 73.

membres des couples de même sexe qui prétendent former une famille avec des enfants qu'ils n'ont pas procréés.

364. Même si sa physionomie a changé, l'adoption demeure l'apanage non exclusif des époux. Le conseil constitutionnel, dans sa décision du 17 mai 2013, précise que l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a pour conséquence de permettre l'adoption par les couples de personnes de même sexe ainsi que l'adoption au sein de tels couples¹⁰²⁰.

Les partenaires et concubins n'y ont pas accès¹⁰²¹. Or, cette faveur du mariage ne constitue pas un principe essentiel reconnu par le droit français¹⁰²². Pourquoi continuer de réserver l'adoption aux seuls époux ou aux personnes seules et la refuser aux partenaires par exemple? Dès lors que le mariage n'est plus l'institution en lien avec l'engendrement et qui organise les conséquences sur le terrain de la filiation et dès lors qu'on admet déjà l'adoption par une personne seule, on ne comprend pas pourquoi le mariage est maintenu comme clé d'accès à l'adoption. Le législateur pourrait exiger un couple juridiquement formé : marié ou pacsé, de sexe différent et de même sexe, en maintenant les conditions requises des couples mariés : c'est-à-dire être âgés de plus de 28 ans ou justifier d'une vie commune d'au moins deux ans.

365. Toutes les adoptions sont difficiles et contraignantes. Les époux homosexuels peuvent se heurter à des difficultés supplémentaires. En effet, 70 pays condamnent l'homosexualité, ainsi seuls moins d'une vingtaine de pays autorisent l'adoption par des couples homosexuels¹⁰²³. De plus, très peu d'adoptions par des couples de même sexe

¹⁰²⁰ Cons. Const. 17 mai 2013, n° 2013-669.

¹⁰²¹ Les concubins ou les partenaires ne peuvent donc pas adopter ensemble le même enfant. Cette règle est retenue par de nombreux pays. Toutefois, que se passe-t-il si une décision étrangère prononce l'adoption d'un enfant par deux parents non mariés ? Cette adoption ne peut avoir d'effet en France, autrement dit elle ne peut être transcrite à l'état civil de Nantes ou recevoir l'exequatur. Dans ce cas, seule l'adoption individuelle est reconnue en France.

Refus partiel d'exequatur, pour contrariété à l'ordre public international, à un jugement étranger prononçant l'adoption d'un enfant par un couple de concubins hétérosexuels. Pau, 26 janv. 2004 : Dr. famille 2004, n° 214, note Farge.

Pau, 26 janv. 2004 : Dr. famille 2004, n° 214, note Farge. Le jugement a été reconnu valable à l'égard d'un seul des adoptants, mais c'était avant la loi du 17 mai 2013.

¹⁰²² Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2012, Bull.civ. I, n° 125.

La Cour de cassation, dans le cadre d'une procédure d'une décision rendue à l'étranger au profit d'un couple non marié, a affirmé que « l'article 346 du code civil qui réserve l'adoption conjointe à des couples unis par le mariage ne consacre pas un principe essentiel reconnu par le droit français ».

¹⁰²³ « Moins d'une vingtaine de pays autorisent l'adoption par des couples homosexuels, 70 condamnent l'homosexualité » rapporte Arnaud Del Moral, responsable de l'agence française de l'adoption.

www.metronews.fr/info/l-adoption-par-des-couples-gay-une-illusion/mmeC!KUVRSQFwHeJCQ/

Les pays hors Union européenne admettant l'adoption par des couples homosexuels sont peu nombreux. On recense parmi eux certains Etats du Brésil, Mexico, certains Etats des Etats-Unis, l'Afrique du Sud.

ont été prononcées dans ces pays. Il ne serait pas surprenant que certains pays modifient leur législation pour interdire l'adoption par les couples homosexuels. En ce sens, le 3 juillet 2013 est entrée en vigueur en Russie¹⁰²⁴ une nouvelle loi interdisant l'adoption internationale d'enfants russes par des couples du même sexe ou des célibataires de pays reconnaissant les unions homosexuelles¹⁰²⁵. Cette loi a fait l'objet le 29 Août 2013 d'une circulaire interprétative de la Cour suprême russe, qui enjoint aux tribunaux de s'opposer à toute procédure d'adoption par des ressortissants d'un pays qui autorise le mariage de personnes du même sexe¹⁰²⁶. Cette circulaire a ainsi bloqué la plupart des dossiers d'adoption en cours par des familles françaises.

366. La rareté des enfants adoptables ainsi que la sensibilité de certains pays de donner des enfants aux époux de même sexe rendent l'adoption conjointe homosexuée quasi impossible. Pour pallier à ces difficultés, le législateur, depuis la loi du 17 mai 2013, prévoit qu'un enfant adopté individuellement peut ensuite être adopté plénièrement ou simplement par le conjoint¹⁰²⁷. Les personnes célibataires peuvent adopter, de manière simple ou plénière, et de ce fait accéder à la qualité juridique de parents, au même titre qu'une femme ou un homme qui a eu recours aux forces procréatrices d'une personne de l'autre sexe –à travers la procréation biologique ou la procréation artificielle- dans le but de devenir parent célibataire. Le législateur reconnaît ainsi les situations de monoparenté, dans lesquelles l'altérité sexuée est un élément indifférent. La filiation fait la famille et cela même si elle est unilinéaire et fictive. Mais cette adoption individuelle ne répond pas au désir de fonder une famille entre l'adoptant et son époux de même sexe ou de sexe différent qui s'occupe de l'adopté comme de son propre enfant. Pour transformer la réalité factuelle en réalité juridique, l'époux ou l'épouse peut adopter l'enfant du conjoint.

L'article 345-1 du code civil précise que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise « lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ». Deux adoptions plénières sont additionnées,

¹⁰²⁴ La Russie figure parmi les premiers pays d'origine des enfants adoptés dans le monde, avec 3017 enfants russes adoptés en 2011. www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1474.asp

¹⁰²⁵ Loi fédérale russe du 2 juillet 2013 n° 167-FZ interdit désormais « aux personnes de même sexe liées par une union qui est reconnue comme un mariage et qui a été enregistrée en conformité avec la législation de l'Etat où un tel mariage est autorisé, ainsi qu'aux ressortissants de ces Etats qui ne sont pas mariés » d'adopter un enfant russe. Mireille BACACHE, Anne-Marie LEROYER, « Législation française », op.cit, p. 684.

¹⁰²⁶ www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1474.asp

¹⁰²⁷ Articles 360 et 345-1 du code civil.

modifiant ainsi 3 fois l'état civil de l'enfant. L'alinéa 3 de l'article 360 du code civil autorise l'adoption simple de l'enfant d'un conjoint précédemment adopté par une personne seule, quelle que soit la forme de la première adoption. Cet article dispose que *« l'enfant précédemment adopté par une personne seule, en la forme simple ou pléniaire, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple »*. L'adoption est la seule forme de filiation envisageable pour un couple obligatoirement non procréateur. C'est cette même considération, et non l'intérêt de l'enfant, qui a justifié la multiplication des adoptions successives dans la forme simple ou pléniaire¹⁰²⁸.

*« Cette dérogation n'est pas réservée aux couples mariés de même sexe, mais elle devrait, pour ces couples qui ne peuvent procréer du fait de l'identité de sexe des conjoints, faciliter l'accès de l'établissement d'un double lien de filiation à l'égard d'un enfant »*¹⁰²⁹. Cette règle, exclusivement favorable aux époux de même sexe, ne change rien car, en amont, l'accès à l'adoption individuelle demeure compliqué. Elle vient, en quelque sorte, combler l'impossibilité que les couples de personnes de même sexe ont eu pendant plusieurs décennies de recourir à l'adoption conjointe. Mais au final, les adoptions successives ne concernent que très peu d'époux homosexuels car ils préfèrent recourir à une AMP dans un premier temps, puis à une adoption de l'enfant du conjoint dans un second temps. La majorité des couples homosexuels veulent être parents d'un enfant qu'ils ont fabriqué ensemble et non d'un enfant adopté ensemble ou successivement. L'adoption de l'enfant du conjoint ne répond pas à la définition même de l'adoption, qui est de donner une famille à un enfant qui n'en a plus. Ainsi, les adoptions successives, parce qu'elles impliquent une adoption de l'enfant du conjoint, ne répondent pas à la définition initiale de l'adoption. L'institution de l'adoption a profondément changé. De l'adoption qui donnait une famille à un enfant qui n'en avait pas, on est passé à l'adoption de l'enfant du conjoint qui permet de partager en couple de même sexe l'enfant qu'on n'a pas individuellement procréé en ayant recours à l'AMP.

¹⁰²⁸ Claire NEIRINCK, « Les avis de la Cour de cassation relatifs à l'adoption pléniaire par l'épouse de la mère et la consécration jurisprudentielle d'un droit à l'enfant », Droit de la famille n°11, novembre 2014, comm. 160.

¹⁰²⁹ Commentaire de la décision n° 2013-669 DC, site du conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr/

SECTION 2 : L'ADOPTION SIMPLE DE L'ENFANT DU CONJOINT PLUS FACILE

367. L'adoption devait, semble-t-il, réaliser une forme d'égalité entre les couples mariés en les autorisant à élever des enfants. Les faits démontrent au contraire que l'adoption de l'enfant du conjoint, plus facile que l'adoption, est source de profondes inégalités.

368. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint, qui implique une situation de monoparenté, est très rare pour les couples hétérosexuels car l'enfant mineur à la plupart du temps deux parents. L'adoption simple de l'enfant majeur du conjoint est plus envisageable pour ces couples.

369. Grâce à la fraude¹⁰³⁰, les couples de personnes de même sexe peuvent adopter l'enfant du conjoint. Toutefois, cela semble plus favorable et « complet » pour les couples de femmes¹⁰³¹. En effet, même l'adoption plénière de l'enfant de la conjointe est envisageable suite à une fraude alors que cela demeure interdit pour les hommes. Mais pour combien de temps ?

370. Les volontés du législateur et du juge de faire entrer les familles homosexuelles dans le droit de la famille mais par certaines portes sont assez claires. En effet, même si l'adoption leur est désormais possible, elle demeure limitée à certaines situations. Ce « contrôle » va-t-il durer ? N'y aura-t-il pas, à terme, un accès total à l'enfant pour tous les couples ?

¹⁰³⁰ La fraude se caractérise par un recours à une AMP à l'étranger pour les couples de femmes et à un recours à une GPA à l'étranger pour les couples d'hommes.

¹⁰³¹ Cf. supra n° 290 à 303.

CONCLUSION DU SOUS-TITRE 2

371. L'accès à l'adoption est complexe et difficile. La multiplication des adoptants potentiels augmente les difficultés liées au nombre d'enfants disponibles. L'adoption de l'enfant du conjoint est plus favorable au beau-parent homosexuel qu'au beau-parent hétérosexuel, et plus particulièrement à l'épouse de la mère qu'à l'époux du père. Néanmoins, ce n'est pas parce que quelqu'un se comporte en parent, qu'il faut juridiquement le désigner comme tel¹⁰³². L'adoption de l'enfant du conjoint doit constituer une situation exceptionnelle, qui n'est admise que sous le contrôle effectif des juges.

372. L'accès à l'enfant ne prend en compte que le désir des adultes. De plus, l'intérêt de l'enfant est toujours assimilé à la seule existence du projet parental. En outre, il n'est rien prévu dans l'hypothèse de la séparation du couple. Par exemple, en cas de divorce entre les deux femmes désignées par une adoption plénière de l'enfant du conjoint, la résidence de l'enfant pourra-t-elle être confiée à la femme qui ne lui a pas donné la vie? Quel sens cela aura-t-il pour lui?

¹⁰³² Le principe « In loco parentis », qui signifie à la place d'un parent, n'est pas utilisé en droit français.

TITRE SECOND : ACCES AUX DROITS

PARENTAUX POUR LES TIERS

373. « La chose la plus importante à l'homme est, j'imagine, l'éducation » proclamait Antiphon le Sophiste¹⁰³³. L'éducation des enfants est par principe confiée aux parents, car elle relève de l'autorité parentale¹⁰³⁴. Les parents se voient également confier l'administration légale¹⁰³⁵. Ils ont en charge l'enfant, en conséquence de

¹⁰³³ Cité par Paulin ISMARD, *L'évènement Socrate*, éd. Flammarion, 2013, coll. "Au fil de l'histoire". Cité dans le chapitre 4 intitulé "L'impiété socratique".

¹⁰³⁴ L'autorité parentale –AP– a été introduite dans le code civil par la loi du 4 juin 1970. La notion d'autorité vient du latin *auctoritas*, dérivant du terme *augere*, qui signifie augmenter, accroître : Dictionnaire le Robert, éd. 2013, V° autorité.

Avant cette loi, il était question de puissance paternelle, notion héritée du droit romain

La loi du 4 mars 2002¹⁰³⁴ a modifié la définition de l'autorité parentale qui ne correspond non plus à un ensemble de droits et de devoirs de garde, de surveillance et d'éducation mais à « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » (Article 371-1 du code civil).

La notion d'autorité parentale a été critiquée, notamment en ce qu'elle fait référence à l'autorité. Certains ont voulu substituer à l'AP d'autres expressions, telle la « responsabilité parentale » ou « la coparentalité ».

Clotilde BRUNETTI-PONS, « L'exercice de l'autorité parentale face au pluralisme familial », In *Dialogue*, 2004/3, n° 165, p. 7-22.

La notion de « coparentalité », quant à elle, a été adoptée par la doctrine ; elle n'existe pas dans les textes mais de nombreux commentateurs de la loi y font référence.

Hugues FULCHIRO, « L'autorité parentale renouvelée », *Defrénois*, 2002, p. 959 ; Frédéric VAUVILLE, « Du principe de coparentalité », *Les Petites Affiches*, 18 oct. 2002, p. 4.

L'actuel alinéa 2 de l'article 371-1 du code civil, modifié par la loi du 17 mai 2013, précise que l'autorité parentale « appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant, pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et lui permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ». La réforme du 17 mai 2013 a remplacé les termes de père et mère par celui de parents.

¹⁰³⁵ L'administration légale, même si étroitement liée à l'autorité parentale, se distingue de cette dernière. Elle concerne les biens de l'enfant ; elle pallie l'incapacité juridique du mineur en mettant en œuvre sa représentation dans tous les cas de la vie civile, sauf dans les cas dans lesquels il est autorisé par la loi ou l'usage à agir seul.

Maryline BRUGGEMAN, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, thèse soutenue en 2000, sous la direction de Claire NEIRINCK.

l'établissement d'un lien de filiation. Toutefois, il se peut que des tiers – c'est-à-dire des personnes qui ne sont pas les parents de l'enfant – prennent en charge l'enfant et par conséquent éduquent ce dernier. Comme nous le rappelle le professeur Jean HAUSER « les juristes savent depuis longtemps que le mot de tiers est terriblement inquiétant, les tiers ce sont les autres par lesquels l'enfer arrive, c'est l'étranger, celui qui doit rester à la porte, celui qui ne peut profiter de la convention mais à qui elle est opposable »¹⁰³⁶

Sont recensés, parmi les tiers les plus présents dans la vie de l'enfant ceux qui entretiennent un rapport familial avec lui : les grands parents, les beaux-parents, les frères et sœurs, mais parmi ces tiers y figurent également les concubins ou partenaires du parent de l'enfant, les voisins, les amis des parents, les professeurs, les assistants familiaux de l'aide sociale à l'enfance, les tuteurs. Parce que ce terme est large, la liste est non exhaustive. Ces tiers qui, par définition, sont ceux qui n'ont ni droit – pas d'autorité parentale – ni obligation peuvent néanmoins exercer la parentalité, c'est-à-dire une fonction parentale de fait, à condition que les parents le veuillent bien. On parle de « parenté sociale ». La difficulté apparaît lorsque la consécration de ces droits parentaux est demandée au législateur. En effet, des distinctions doivent être faites. Certains tiers, ceux que nous appellerons les "tiers privilégiés", bénéficient déjà de droits parentaux sur l'enfant et peuvent, si les circonstances l'exigent, se voir confier l'enfant (Sous-titre 1). Les autres tiers, c'est-à-dire les "tiers non privilégiés", dont l'accès à l'enfant n'est pas légalement organisé, ne peuvent en principe établir un rapport juridique avec l'enfant qu'ils élèvent (Sous-titre 2). Des revendications sont ainsi formulées par tous ces tiers qui souhaitent avoir les mêmes droits que les parents alors qu'ils n'en sont pas. En l'espèce, les familles de fait veulent entrer dans le droit en élargissant les principes actuels, c'est-à-dire en poursuivant l'ouverture de l'autorité parentale à des non parents.

Article 388-1-1 du code civil : « (Crée par ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015) :

« L'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes ».

Conformément à l'article 17 de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, le présent article entre en vigueur le 1er janvier 2016.

Toutefois il est applicable aux administrations légales en cours au jour de son entrée en vigueur.

¹⁰³⁶ Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2009 : RTD civ. 2009, p. 309

SOUS-TITRE 1 : LES TIERS

PRIVILEGES

374. L'article 371-4 du code civil¹⁰³⁷ confère dans son alinéa 1 des droits aux grands-parents et vise dans son alinéa 2 les autres tiers – parent ou non –. La loi française distingue ainsi les tiers familiaux, tiers nécessairement privilégiés, (Chapitre 1) des autres tiers. Depuis quelques années, c'est-à-dire depuis que les enfants adoptables se font de plus en plus rares, la question de la kafala s'est imposée en droit français. Comme pour les tiers familiaux, ceux qui recueillent un enfant en kafala – autrement dit les kafils – connaissent un privilège, qui s'étend au-delà de l'octroi de la fonction parentale, puisqu'ils ont la possibilité dans certaines situations d'accéder à la parenté. (Chapitre 2)

¹⁰³⁷ Article 371-4 du code civil : « l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non.

CHAPITRE 1: LES TIERS FAMILIAUX

PRIVILEGES PAR LA LOI

375. Par tiers familiaux, il faut entendre des personnes ayant un rapport d'ascendance ou un rapport collatéral qui ne comporte en lui-même aucun droit ni obligation envers l'enfant. Il s'agit de tiers qui n'exercent pas – normalement – l'autorité parentale. Mais en raison d'un rapport de parenté particulier – ascendant au deuxième degré c'est-à-dire père ou mère des père et mère de l'enfant – (Section 1) ou d'un rapport d'alliance – époux(se) du père ou de la mère – (Section 2), la loi leur reconnaît des droits et éventuellement des obligations envers l'enfant.

SECTION 1 : UN RAPPORT DE PARENTE

PRIVILEGE: LES GRANDS-PARENTS

376. C'est précisément parce que les grands-parents ont une position juridique (§1) que le législateur leur accorde des droits d'office et les privilège dans la prise en charge de l'enfant dans les situations de crise (§2).

§1 : Une reconnaissance légale

377. L'article 371-4 du code civil distingue les grands-parents qualifiés d'ascendants dans son alinéa 1 des autres parents assimilés aux tiers dans son alinéa 2¹⁰³⁸. Ainsi, les oncles, tantes et cousins membres de la famille sont juridiquement traités comme des

¹⁰³⁸ Article 371-4 du code civil : « L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.

Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non ».

tiers. (A) Les ascendants sont traités de manière différente puisque la loi leur confère le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant (B).

A/ Les Grands-parents, membres de la famille de l'enfant

378. Les grands-parents, tiers privilégiés, sont ceux qui ont un lien de parenté avec l'enfant. Ils sont de véritables membres de la famille, les ascendants, parents des père et mère de l'enfant. L'article 741 du code civil dispose que « la proximité de parenté s'établit par le nombre des générations ; chaque génération s'appelle degré ». L'article 742 du code civil précise que « la suite des degrés forme la ligne ; on appelle ligne directe la suite des degrés entre personnes qui descendent l'une de l'autre ; ligne collatérale, la suite des degrés entre personnes qui ne descendent pas les unes des autres, mais qui descendent d'un auteur commun. On distingue la ligne directe descendante de la ligne directe ascendante ». En ligne directe, on compte autant de degrés qu'il y a de générations entre les personnes¹⁰³⁹. Ainsi, les grands-parents sont des ascendants au deuxième degré, les arrière grands-parents au troisième degré. On les nomme également aïeuls. Les grands-parents sont de plus en plus jeunes et dynamiques. Ils forment un véritable réseau de soutien familial.

Les grands-parents peuvent être paternels et/ou maternels. Toutefois, lorsque la filiation est adoptive, il convient de distinguer entre les parents des adoptants dans la forme plénière¹⁰⁴⁰, des parents des adoptants dans la forme simple. En ce qui concerne l'adoption plénière, l'article 356 du code civil indique qu'elle confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine. Cependant il n'indique pas que l'adoption plénière donne à l'enfant des parents qui prennent la place de ceux que sa naissance lui a désignés. En outre, le code civil n'emploie jamais le terme « parent » pour désigner les adoptants. Ainsi on ne peut pas parler de "grands-parents adoptifs". Néanmoins dans l'adoption plénière, les parents des adoptants occupent cette place. Ainsi l'adopté devient leur petit-fils. Au contraire dans l'adoption simple, l'article 368 du code civil limite cette portée sur le terrain de la filiation¹⁰⁴¹ puisqu'il n'existe ni obligation alimentaire ni qualité d'héritier réservataire pour l'adopté dans la famille de l'adoptant¹⁰⁴².

¹⁰³⁹ Article 743 du code civil.

¹⁰⁴⁰ Seule l'adoption plénière crée un rapport familial complet, impliquant les ascendants de l'adoptant.

¹⁰⁴¹ Article 366 du code civil.

¹⁰⁴² Article 368 du code civil.

Généralement, un enfant a 4 grands-parents – vivants ou morts – : 2 paternels et 2 maternels. Mais il est de plus en plus fréquent, avec les familles monoparentales et les familles homoparentales qui ont eu recours à une AMP ou à une GPA à l'étranger, qu'il n'ait plus que 2 grands parents au lieu de 4. En effet, l'enfant issu de ces familles est privé d'une lignée soit maternelle soit paternelle. L'enfant conçu par convenance personnelle perd la moitié de son ascendance¹⁰⁴³ et par conséquent une partie de son histoire familiale¹⁰⁴⁴. Actuellement, dans toutes les familles, nous pouvons recenser un ascendant – mort ou vivant – de sexe opposé au parent. Même si ces parents sont de même sexe, l'enfant est nécessairement élevé par des hommes et des femmes, car les grands-parents, nécessairement de sexe opposé, participent à l'éducation de l'enfant. Or, avec l'ouverture de l'adoption aux époux homosexuels, il est possible que dans les prochaines générations certains enfants aient 4 grands-mères, effaçant ainsi toutes références paternelles et grandes paternelles.

379. Il est important de distinguer les grands-parents statutaires des grands-parents non statutaires – également nommés grands-parents de fait –, qui n'ont pas de lien de parenté avec l'enfant. On recense parmi ces derniers les parents de celui qui est le géniteur de l'enfant mais qui n'est pas désigné comme parent de l'enfant¹⁰⁴⁵, mais aussi les parents du beau parent ou du compagnon du parent¹⁰⁴⁶, autrement dit les parents de celui qui n'est ni le géniteur ni le parent de l'enfant mais qui, dans les faits, s'occupe de l'enfant. Ces grands-parents non statutaires peuvent obtenir des droits parentaux sur l'enfant en situation de crise. Cependant la jurisprudence publiée ne fournit pas d'illustration de cette possibilité. Il convient de souligner toutefois que les critères diffèrent de ceux prévus pour les grands parents statutaires. Ils doivent porter un intérêt tout particulier à l'enfant, s'ils veulent se voir attribuer des droits parentaux, non pas en qualité de membre de la famille mais en qualité de tiers digne de confiance¹⁰⁴⁷. Ainsi, récemment, un juge a fait droit au recours en annulation de l'arrêté du Président du Conseil départementale qui admettait l'enfant né sous X comme pupille de l'Etat. Ce recours était exercée par celle qui n'était qu'une grand-mère de fait en raison de l'anonymat et du secret réclamés par sa fille lors de l'accouchement. Néanmoins la

¹⁰⁴³ Claire NEIRINCK, « Filiation par convenance personnelles et droit de l'enfant », *Droit de la famille* n° 4, avril 2013, repère 4.

¹⁰⁴⁴ L'enfant né grâce à un don de sperme ou à une gestation pour autrui naît du néant. Son histoire n'a pas de passé. Claire NEIRINCK, « Filiation par convenance personnelles et droit de l'enfant », *op.cit.*

¹⁰⁴⁵ Grands-parents de fait biologiques.

¹⁰⁴⁶ Grands-parents de fait non biologiques.

¹⁰⁴⁷ Cf. *infra* n° 461 à 463.

Cour d'appel de Metz a admis que la volonté de la grand-mère d'élever son petit-fils et l'affection qu'elle lui avait témoignée étaient conformes à l'intérêt de ce dernier. Ces sentiments devaient en conséquence prévaloir sur le projet adoptif qu'impliquait l'arrêt annulé. Toutefois si au moment où elle obtient cette décision, il ne s'agit que d'une grand-mère de fait, il est évident qu'elle devra exercer une action en recherche de maternité aujourd'hui admise pour faire reconnaître son statut de grand-mère¹⁰⁴⁸. L'affection devient un critère juridique. Ce sous-titre consacré aux tiers statutaires est limité aux droits parentaux des grands parents ayant un lien de parenté établi à l'égard de l'enfant.

380. Le code civil prévoit que les ascendants et descendants, sans limitation de générations, sont tenus de s'entraider¹⁰⁴⁹. Ainsi, les grands-parents peuvent réclamer une pension alimentaire à leurs petits-enfants ; et inversement, les petits-enfants peuvent réclamer une pension alimentaire à leurs grands-parents. Toutefois, concernant ce deuxième cas de figure, les petits-enfants dans le besoin n'obtiennent une pension alimentaire de la part de leurs grands-parents que s'ils ne peuvent l'obtenir de leurs parents.

Récemment, la Cour de cassation a précisé que les grands-parents, même s'ils sont tenus à une obligation alimentaire à l'égard de leurs petits-enfants, ne peuvent pas en cette qualité être tenus de régler l'obligation d'entretien à laquelle leur fils divorcé a été condamné¹⁰⁵⁰. Cet arrêt rappelle que l'obligation d'entretien est différente de l'obligation alimentaire¹⁰⁵¹. L'obligation d'entretien est première ; ce n'est que si les parents ne peuvent pas la fournir que les grands-parents peuvent être tenus de verser à l'enfant des aliments. Par conséquent, les grands-parents tenus de verser une dette

¹⁰⁴⁸ CA Metz, ch. Fam., 22 janv. 2013, n° 11/04085 : JurisData n° 2013-004027.

Claire NEIRINCK, « Accouchement anonyme et secret, grand-parent et article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles », Droit de la famille n° 4, avril 2013, comm. 54.

Claire NEIRINCK, « Notification de l'arrêt d'admission en qualité de pupille de l'Etat : protection procédurale de la famille ou protection de l'adoptabilité de l'enfant ? », Droit de la famille n° 10, octobre 2013, comm. 137.

Dans le même sens, cf. CA Angers, 26 janv. 2011, n° 10/01339 : JurisData n° 2011-000717 ; Dr famille 2011, comm. 37, obs. C. Neirinck.

¹⁰⁴⁹ Article 205 du code civil : « Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin ».

Article 207 alinéa 1 du code civil : « Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques ».

¹⁰⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2014, n° 12-29.803 : JurisData n° 2014-011460.

¹⁰⁵¹ L'obligation alimentaire, qui prend la forme d'une pension alimentaire, est effective entre ascendants et descendants, et réciproquement, sans limitation de générations ; alors que l'obligation d'entretien, qui prend la forme d'une contribution parentale, n'est effective qu'entre parents et enfants.

d'aliment ne peuvent être tenus d'exécuter une obligation d'entretien dont seuls les parents sont détenteurs¹⁰⁵².

L'obligation alimentaire est calculée en fonction du besoin de la personne à aider et de la capacité financière de celui qui doit apporter l'aide¹⁰⁵³. L'obligation alimentaire est décidée d'un commun accord entre les grands-parents et ses petits-enfants. A défaut d'accord trouvé, le juge aux affaires familiales du tribunal dont relève les grands-parents peut être saisi. Il existe des dispenses à cette obligation. En effet, si celui qui réclame cette aide a lui-même manqué à ses obligations, le juge peut décharger sa dette alimentaire celui qui la doit¹⁰⁵⁴. De plus, si le créancier est responsable de son état de besoin ou si le débiteur est insolvable¹⁰⁵⁵, le grand-parent ou le petit-enfant peut être exempté d'obligation alimentaire. L'article 210 du code civil dispose que « si la personne qui doit fournir des aliments justifie qu'elle ne peut pas payer la pension alimentaire, le juge aux affaires familiales pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments ».

B/ Le droit aux relations personnelles avec l'enfant

381. La loi du 4 juin 1970¹⁰⁵⁶ a inséré les prérogatives des grands-parents dans le code civil à l'article 371-4. Cet article a connu de nombreuses versions¹⁰⁵⁷, la dernière

¹⁰⁵² Claire NEIRINCK, « Les grands-parents ne peuvent pas être tenus d'exécuter l'obligation d'entretien qui incombe à leur fils », Droit de la famille n° 11, novembre 2014, comm. 162.

¹⁰⁵³ Article 208 du code civil : « Les aliments ne sont accordés que dans les proportions du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit.

Le juge peut, même d'office, et selon les circonstances de l'espèce, assortir la pension alimentaire d'une clause de variation permise par les lois en vigueur ».

¹⁰⁵⁴ <http://social-sante.gouv.fr/affaires-sociales/famille-enfance/droits-et-aides/petite-enfance-aides-sociales-et-financieres/article/les-personnes-tenues-a-l-obligation-alimentaire>

¹⁰⁵⁵ <http://social-sante.gouv.fr/affaires-sociales/famille-enfance/droits-et-aides/petite-enfance-aides-sociales-et-financieres/article/les-personnes-tenues-a-l-obligation-alimentaire>

¹⁰⁵⁶ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970. « Les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. A défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal.

En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non ».

¹⁰⁵⁷ Article 371-4 du code civil modifié par loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 : « Les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. A défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le juge aux affaires familiales.

En considération de situations exceptionnelles, le juge aux affaires familiales peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non ».

Modifié par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 : « L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seuls des motifs graves peuvent faire obstacle à ce droit.

datant de la réforme n° 2013-404 du 17 mai 2013. L'actuelle lettre de l'article 371-4, alinéa 1, du code civil dispose que *"l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit"*. Cette règle consacre la primauté des droits des grands-parents juridiques: un droit aux relations personnelles qui prend la forme d'un droit de visite – droit de recevoir l'enfant pendant la journée – et/ou un droit d'hébergement – droit d'inviter l'enfant à dormir à son domicile –, ainsi qu'un droit de correspondance – droit d'échanger quelques courriers et/ou appels téléphoniques –, à l'égard de l'enfant. Il s'agit de droits et non d'obligations. Ce droit doit être distingué de l'autorité parentale qu'ils ne détiennent jamais¹⁰⁵⁸. Les parents et grands-parents peuvent s'accorder à l'amiable sur les modalités de ce droit¹⁰⁵⁹. A défaut d'accord conclu à l'amiable, le conflit est porté devant le juge aux affaires familiales du domicile des petits-enfants.

Majoritairement, ceux sont les grands-parents qui saisissent le juge. Le juge peut fixer un droit de visite progressif¹⁰⁶⁰. Lorsque l'enfant est confié à l'ASE, un droit de visite des grands-parents peut être aménagé, tant que l'enfant n'est pas adopté¹⁰⁶¹. Si les parents sont divorcés ou séparés, le juge peut prévoir que les grands-parents exercent leur droit en même temps que leur propre enfant, afin de ne pas multiplier les droits de

Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non ».

Modifié par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2007 : « L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.

Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non ».

¹⁰⁵⁸ Cette part d'autorité parentale pouvait revenir aux ascendants que lorsqu'il existait encore la tutelle légale qui confiait, à défaut de tutelle testamentaire, la qualité de tuteur aux grands-parents. Or la tutelle légale a été supprimée.

¹⁰⁵⁹ Il est préférable de trouver une solution amiable au conflit, et pour cela le recours aux services d'un médiateur familial est envisageable. La médiation familiale est payante, mais il est possible de demander la prise en charge de tout ou partie de ces frais dans le cadre de l'aide juridictionnelle.

¹⁰⁶⁰ Exemple : d'abord une fois par trimestre puis une fois par mois.

¹⁰⁶¹ Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (sous la dir.), « Droit de la famille », *La Semaine juridique édition générale* n° 1-2, 11 janvier 2016, doctr. 35. Cass. 1re civ., 23 sept. 2015, n° 14-16.425, n° 14-24.267, P+B : JurisData n° 2015-021004 ; AJF 2015, p. 606, P. Salvage-Gerest ; Dr. Famille 2015, comm. 202, A.-C. Réglier. Mais dans l'adoption simple, les grands-parents de naissance peuvent continuer à bénéficier d'un droit de visite.

Dans l'arrêt du 23 septembre 2015, une grand-mère demande l'annulation de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État de sa petite-fille née en 2009 et confiée aux services du conseil général à la suite d'un retrait total de l'autorité parentale à ses parents maltraitants. Après 6 mois de placement par mesure d'assistance éducative, l'enfant est finalement admise en qualité de pupille de l'État. À la demande de la grand-mère, des droits de visites ont été organisés par l'ASE, même s'ils étaient source d'angoisse pour l'enfant. La grand-mère invoquait devant la Cour de cassation une atteinte à son droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention EDH. Le pourvoi est rejeté car, comme le leur prescrivait le texte, les juges avaient correctement motivé leur décision sur le seul intérêt de l'enfant, tout en aménageant un droit de visite de la grand-mère, lequel ne sera cependant effectif que tant que l'enfant n'est pas adopté.

visite et d'hébergement¹⁰⁶². Les grands-parents ne peuvent être empêchés d'avoir des relations personnelles avec leurs petits-enfants, sauf motifs graves de nature à porter atteinte à l'intérêt de ces derniers¹⁰⁶³.

382. La consécration légale des relations personnelles entre l'enfant et ses grands-parents traduit le fait que de telles relations sont à priori nécessaires et bénéfiques à la construction identitaire et l'équilibre psychologique des enfants. En conséquence, une seule limite à ce droit est posée : l'intérêt de l'enfant. Les juges du fond apprécient souverainement s'il y a lieu ou non d'accorder un droit de visite aux grands parents¹⁰⁶⁴. Ils ont jugé qu'un conflit ancien et violent entre la grand-mère et les parents de l'enfant justifiait un refus pour motif grave¹⁰⁶⁵, tout comme un passé familial troublé¹⁰⁶⁶. Néanmoins, la réécriture de l'article 371-4 du code civil par la loi du 5 mars 2007 est venue limitée ce type de refus qui ne peut désormais être motivé que par l'intérêt de l'enfant. Ainsi l'existence du conflit, qui explique la démarche des grands-parents, ne peut plus fonder un refus de relations personnelles. Le juge aux affaires familiales doit dans sa décision pointer les éléments de fait qui sont incompatibles avec l'intérêt de l'enfant. Ainsi la seule mésentente entre les grands-parents et leur fille et gendre ne caractérise pas de motif grave de refus¹⁰⁶⁷. Les parties ne peuvent pas passer un contrat dans lequel elles s'attribuent la libre disposition du droit reconnu à l'enfant par l'article 371-4 du code civil de manière à le soustraire de tout contrôle, puisque les règles d'autorité parentale sont d'ordre public¹⁰⁶⁸. Les autorités nationales ont l'obligation de permettre l'exécution des décisions de justice, en particulier les décisions organisant le maintien des relations personnelles des grands-parents avec leurs petits-enfants.

383. Seul l'intérêt de l'enfant peut empêcher l'exercice de ce droit. Les refus injustifiés peuvent faire l'objet d'un recours devant la CEDH. Cette dernière a précisé que les liens entre les grands-parents et les petits-enfants relèvent des liens familiaux

¹⁰⁶² <http://www.dossierfamilial.com/famille/couple/le-droit-de-visite-des-grands-parents-55394>

¹⁰⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 14 janvier 2009, n° 08-11.035 : D. 2009, 372, obs. Egéa, et 1923, obs. Gouttenoire ; RTD civ. 2009, 309, obs. Hauser ; JCP 2009, n° 28, chron. 115, n° 9, obs. Favier ; Dr. Famille 2009, 41, note Murat ; JurisData n° 2009-046523.

¹⁰⁶⁴ Civ. 1^{re}, 13 décembre 1989 : Bull.civ. I, n° 389 ; Defrénois 1990. 304, obs. Massip.

¹⁰⁶⁵ Rennes, 5 juin 2003 : BICC 15 octobre 2003, n° 1264.

¹⁰⁶⁶ Lyon, 14 mars 2000 : Dr. Fam. 2000, n° 126, note Berthet.

¹⁰⁶⁷ Douai, 15 mars 2001 : BICC 15 décembre 2006, n° 2441.

¹⁰⁶⁸ Douai, 23 mars 2006 : BICC 15 décembre 2006, n° 2443.

aux sens de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme¹⁰⁶⁹ ; ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que des mesures aboutissant à briser les liens entre l'enfant et sa famille peuvent être appliquées¹⁰⁷⁰. Récemment¹⁰⁷¹, la CEDH a estimé que l'interdiction de rencontre entre les grands-parents et l'enfant, au motif que l'enfant associait ses grands-parents à son père et aux souffrances subies en raison de prétendues attouchements sexuels, s'inscrit dans les démarches que les autorités sont en droit d'entreprendre dans les affaires de sévices. Toutefois, la Cour considère que les autorités n'ont pas déployé les efforts nécessaires pour sauvegarder le lien familial entre les grands-parents et leur petite-fille, qui ne se sont pas vus depuis douze ans environ.

Parce que les grands parents sont des membres de la famille, ils peuvent se prévaloir de l'article 8 de la CEDH pour faire appliquer le droit de maintenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants. Les grands-parents, même s'ils ont un lien de parenté avec l'enfant, n'exercent pas la parenté, puisqu'elle est réservée aux parents. En revanche, ils exercent la parentalité lorsqu'ils s'occupent de l'enfant. Les jurisprudences rendues par la CEDH et la législation française érigent clairement un droit pour les grands-parents d'exercer la parentalité. Les grands-parents sont des tiers privilégiés d'une part parce qu'ils sont des membres de la famille et d'autre part parce qu'ils participent directement ou indirectement à l'éducation des enfants. Les liens de famille doivent être maintenus et ce maintien passe par le droit de visite et/ou d'hébergement.

Ce cadre juridique permet aux grands-parents d'exercer leur rôle grand-parental, quelles que soient les circonstances.

384. Les grands-parents ne disposent d'aucune prérogative d'autorité parentale. Ils n'ont droit qu'à des relations personnelles, c'est-à-dire des relations de nature affective avec leurs petits-enfants. Seuls les parents détiennent l'autorité parentale qui implique un pouvoir de décision. C'est d'ailleurs pour cela que les grands-parents qui gardent

¹⁰⁶⁹ CEDH, 20 janvier 2015, n° 107/10, *Manuello et Nevi c/ Italie* ; CEDH, 2 novembre 2010, n° 14565/05, § 71, *Nistor c/ Roumanie* ; CEDH, 9 juin 1998, *Bronda c/ Italie*, Recueil des arrêts et décisions 1998-IV. La vie familiale préservée par la CEDH s'étend par-delà la famille nucléaire afin de préserver les droits d'autres membres de la cellule. Jurisprudence rendue en faveur des grands-parents : CEDH, 13 juillet 2004, n° 69498/01, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, CEDH 2004 VIII.

¹⁰⁷⁰ CEDH, 21 janvier 2014, n° 33773/11, §46, *Zhou c/ Italie* ; CEDH, 21 octobre 2008, n° 19537/03, § 60, *Clemen et autres c/ Italie*.

¹⁰⁷¹ CEDH, 20 janvier 2015, n° 107/10, *Manuello et Nevi c/ Italie* : JursiData n° 2015-000515.

L'affaire concernait l'impossibilité pour les requérants de voir leur petite-fille en raison, dans un premier temps, de la non-exécution des décisions du tribunal autorisant des rencontres et, dans un deuxième temps, de la décision du tribunal de suspendre ces rencontres.

leurs petits-enfants ne peuvent voir leurs responsabilités engagées sur l'article 1384 du code civil mais uniquement en raison de leur faute prouvée. Il est donc important de souligner que si les grands-parents tirent leurs droits de la filiation, ceux-ci ont pour fondement l'affection réciproque avec l'enfant.

§2 : Un rôle élargi sous le contrôle d'un juge

385. Dans les situations de crises, dues soit à une défaillance, soit à une incompetence, soit à une incapacité, soit à un décès – d'un parent ou des deux parents –, le juge peut soit désigner les grands-parents comme tiers digne de confiance (A), soit les substituer aux parents (B).

A/ L'intervention judiciaire en faveur d'un tiers digne de confiance

386. Les grands-parents – tiers privilégiés – peuvent compléter l'autorité parentale défaillante par le biais de trois mesures provisoires : l'assistance éducative à caractère non professionnel (A), le tiers désigné dans le cadre d'une séparation parentale (B), la délégation d'autorité parentale (C). Ainsi, ces ascendants, en plus d'avoir un rôle grand-parental, ont un rôle parental, sans pour autant prendre la place des père et mère.

1° Assistance éducative à caractère non professionnel

387. Les dispositions relatives à l'assistance éducative sont inscrites dans les articles 375 à 375-9 du code civil. L'article 375 alinéa 1 du code civil dispose que « *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public* ». Les mesures d'assistance éducative lourdes sont compatibles avec le droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la convention européenne¹⁰⁷². Elles préservent l'autorité parentale tout en assurant la protection de l'enfant. Quelle que soit la personne ayant déclenché la procédure, le juge des enfants

¹⁰⁷² CEDH, 19 sept 2000 : Dr. fam. 2000, n° 150, note De Lamy ; JDI 2001. 207, obs. D. L.-D. et S. R

doit convoquer et entendre chacun des parents, le tuteur s'il y en a un, ou la personne ou le service à qui l'enfant a été confié et l'enfant s'il est capable de discernement. L'assistance éducative n'implique pas obligatoirement un retrait de l'enfant de son milieu familial, notamment si ses parents bénéficient d'aides et conseils afin de surmonter leurs difficultés.

388. En revanche, si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier : 1° à l'autre parent ; 2° à un membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ; 3° à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance ; 4° à un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ; 5° à un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé¹⁰⁷³.

On constate qu'en cas de difficulté, les grands-parents par adoption plénière¹⁰⁷⁴ sont peu présents auprès de l'enfant. Ainsi, les juges des enfants¹⁰⁷⁵ ou les juges aux affaires familiales¹⁰⁷⁶ ne leur confient pratiquement jamais l'enfant adopté en danger ou menacé par la séparation parentale¹⁰⁷⁷. Les grands parents adoptifs ne sont pas vus par le juge comme des tiers de confiance, à la différence des grands-parents biologiques¹⁰⁷⁸.

2° Tiers désigné dans le cadre d'une séparation parentale

389. L'article 373-3 du code civil dispose que « *la séparation des parents ne fait pas obstacle à la dévolution prévue à l'article 373-1, alors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de l'exercice de certains des attributs de cette autorité par l'effet du jugement prononcé contre lui. Le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté (...). Dans des circonstances exceptionnelles,*

¹⁰⁷³ Article 375-3 du code civil.

¹⁰⁷⁴ Distinction entre adoption simple et adoption plénière quant aux grands-parents.

¹⁰⁷⁵ Article 375-3 du code civil.

¹⁰⁷⁶ Article 373-3 al. 2 et article 373-4 du code civil.

¹⁰⁷⁷ Claire NEIRINCK, « Filiation par convenance personnelle et droit de l'enfant », op.cit.

Cf. infra n° 389.

¹⁰⁷⁸ Sur la question des tiers digne de confiance, voir « décision MDE-2014-134 du 29 septembre 2014 relative à des recommandations portant sur l'accueil des enfants confiés, dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative, à une personne désignée tiers digne de confiance ».

<http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/actions/protection-des-droits-libertes/decision/decision-mde-2014-134-du-29-septembre-2014-relative>

le juge aux affaires familiales qui statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents peut décider, du vivant même des parents, qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette autorité, l'enfant n'est pas confié au survivant. Il peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle l'enfant est provisoirement confié ». Il est fréquent que le tiers choisi dans la parenté soit les grands-parents¹⁰⁷⁹. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 25 février 2009¹⁰⁸⁰, a jugé que seuls les parents et le Ministère public, lui-même éventuellement saisi par un tiers, peuvent saisir le juge aux affaires familiales à l'effet de voir confier l'enfant à un tiers en application de l'article 373-3 alinéa 2 du code civil. Ainsi, les grands-parents ne peuvent pas saisir directement le juge pour se voir confier l'enfant suite à une séparation des parents. Même si l'enfant est confié aux grands-parents, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère¹⁰⁸¹. Toutefois, ils sont en mesure d'accomplir tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation¹⁰⁸². Ainsi, même si l'autorité parentale continue d'être exercée par les parents, les grands-parents exercent des droits parentaux sur l'enfant. Dans ces situations, les grands-parents cumulent leur fonction grand-parentale avec une part de fonction parentale.

3° Délégation d'autorité parentale

390. L'article 377 du code civil dispose que *« les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance. En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou un membre de la famille peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale. Dans tous les cas visés au présent article, les deux parents doivent être appelés à l'instance.*

¹⁰⁷⁹ CA Paris, 15 mai 2003, AJ famille 2003. 307. Dans cette affaire, les enfants dont la résidence avait été fixée chez leur père lors du divorce vivaient en réalité chez leur grand-mère depuis plus de dix ans. Le juge a ainsi décidé de « mettre en accord le droit et le fait et de confier à titre exceptionnel, en application de l'article 373-3 du code civil, les deux enfants, dont l'intérêt l'exige, à leur grand-mère ».

¹⁰⁸⁰ 1^{re} Civ 25 février 2009, pourvoi n° 07-14.849.

¹⁰⁸¹ Article 373-4 du code civil.

¹⁰⁸² Article 373-4 du code civil.

Lorsque l'enfant concerné fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation ne peut intervenir qu'après avis du juge des enfants. » La délégation de l'article 377 est organisée soit comme une mesure de nature « contractuelle », qui implique l'accord des parents délégants avec le délégataire ; soit comme une mesure confiscatoire de l'autorité parentale, destinée à protéger l'enfant contre des parents gravement défaillants, cette défaillance étant le fait de leur désintérêt manifeste ou de leur impossibilité d'exercer leur autorité¹⁰⁸³. La délégation de l'article 377 peut être prononcée sans que soit spécifiés les droits délégués¹⁰⁸⁴. Les grands-parents peuvent être titulaires de cette délégation puisqu'ils remplissent les critères de membres de la famille, et même de proches digne de confiance.

391. A l'inverse, la délégation de l'article 373-2-8¹⁰⁸⁵ n'impose ni l'accord des détenteurs de l'autorité parentale ni des carences graves dans l'exercice de l'autorité parentale. Les grands-parents peuvent invoquer cet article, seulement s'ils ont en amont effectué une demande au procureur de la République. Il s'agit d'un filtre qui permet de vérifier le bien-fondé de l'action des tiers. Sur le fondement de l'article 373-2-8 du code civil, le juge aux affaires familiales peut déléguer, dans l'intérêt de l'enfant, certaines prérogatives de l'autorité parentale aux grands parents qui assument entièrement la charge de leur petit-enfant¹⁰⁸⁶. Il est rare que les juges accordent une délégation

¹⁰⁸³ Claire NEIRINCK, « Délégation partielle de l'autorité parentale à des grands-parents », Droit de la famille n° 7-8, juillet 2013, comm. 103.

Cette mesure confiscatoire de l'autorité parentale peut être due à des mauvais traitements, à une consommation habituelle et excessive d'alcools ou de drogues, à une inconduite notoire ou des agissements délictueux, ou à un défaut de soins ou à un manque de direction –maltraitance psychologique, pressions morales, abandon matériel et affectif de l'enfant-.

¹⁰⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 24 février 2006, n° 04-17.090 : JurisData n° 2006-032294 ; Dr. Famille 2006, comm. 89, obs. P. Murat.

¹⁰⁸⁵ Article 373-2-8 du code civil: "Le juge peut également être saisi par l'un des parents ou le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ».

¹⁰⁸⁶ CA Agen, 1^{re} ch., matrimonial, 11 avril 2013, n° 12/01488: JurisData n° 2013-008776.

De l'union de Bernard H. et de Sylvie V. sont nés deux enfants : Ophélie et Pauline. Les époux ont divorcé en 2002 et la résidence des enfants a été fixée chez la mère. Le père est décédé en 2003. Par jugement de 2006, les grands-parents paternels ont obtenu un droit d'accueil de leurs deux petites-filles. Le 3 mars 2011, ces mêmes grands-parents saisissent le juge aux affaires familiales d'une demande de délégation parentale sur Ophélie, sur le fondement de l'article 377 du code civil. Le 21 juin 2011, le juge les déboute, il a été interjeté appel de cette décision. Parallèlement, par requête du 18 octobre 2011, les grands-parents ont saisi le Procureur de la République, sur le fondement de l'article 373-2-8 du code civil d'une demande visant à obtenir la résidence d'Ophélie et demandant qu'il soit statué sur les modalités de l'autorité parentale et la pension alimentaire de la mère.

Les juges de la Cour d'appel d'Agen considèrent que dans la mesure où l'enfant vit chez ses grands-parents et qu'elle n'a plus de contact avec sa mère il est indispensable de déléguer aux grands-parents certaines prérogatives afin d'assurer la vie quotidienne d'Ophélie.

d'autorité parentale avec énumération des droits ; mais il est encore plus rare que les juges l'accordent sur le fondement de l'article 373-2-8 du code civil¹⁰⁸⁷.

392. La délégation d'autorité parentale, qu'elle résulte de l'article 377 ou de l'article 373-2-8 du code civil, doit être justifiée par l'intérêt de l'enfant. Ces articles permettent d'accorder aux tiers délégataires des prérogatives relevant de l'autorité parentale et en particulier un vrai pouvoir de décision sur la personne de l'enfant. Il n'existe pas de perdant dans l'exercice de l'administration légale.

B/ L'intervention judiciaire et la substitution aux père et mère

393. Les grands-parents se substituent partiellement aux parents lorsqu'ils ont en charge la tutelle de l'enfant (1°) et totalement lorsqu'ils adoptent ce dernier (2°). L'adoption, même si elle est intrafamiliale, crée un lien de filiation ; alors que la tutelle permet de représenter juridiquement l'enfant. Mais dans les deux cas, les grands-parents changent de statut.

1° Substitution partielle : les grands parents tuteurs

394. La tutelle des mineurs est une mesure de protection et de représentation juridique des mineurs. Elle peut être mise en place dans deux hypothèses : soit quand l'autorité parentale ne s'exerce plus : les deux parents du mineurs sont décédés, ses deux parents sont l'objet d'un retrait de l'autorité parentale par décision de justice, l'enfant n'a ni père ni mère – la filiation n'est pas établie –¹⁰⁸⁸ ; soit en cas de circonstances graves lorsque le mineur a toujours ses deux parents, et en toute circonstance appréciée par le juge lorsque le mineur est orphelin de l'un de ses deux parents¹⁰⁸⁹.

395. La tutelle d'un mineur est toujours organisée avec un conseil de famille¹⁰⁹⁰. Le tuteur peut être désigné par le dernier parent vivant, par testament ou déclaration devant notaire¹⁰⁹¹. En l'absence de testament, le conseil de famille nomme un tuteur qu'il choisit. Ce choix peut porter sur l'ascendant le plus proche de l'enfant – autrement dit le

¹⁰⁸⁷ Claire NEIRINCK, « Délégation partielle de l'autorité parentale à des grands-parents », op.précit.

¹⁰⁸⁸ Article 390 du code civil.

¹⁰⁸⁹ Article 391 du code civil.

¹⁰⁹⁰ Article 398 du code civil.

Le conseil de famille est présidé par le juge des tutelles. Il est composé de 4 membres au minimum et 6 au maximum. Le conseil se réunit sur convocation du juge de tutelle. Il prend toutes les grandes décisions concernant l'éducation, l'entretien et la gestion du patrimoine de l'enfant. Articles 399 et 400 du code civil.

¹⁰⁹¹ Article 403 du code civil.

grand-parent –. La tutelle légale n'existe plus. Autrefois, la loi la confiait aux ascendants. Cela a été supprimé car précisément le législateur a considéré que dans le monde moderne les concubins et autres tiers étaient mieux à même de s'occuper et d'aimer l'orphelin. Un subrogé tuteur est également nommé¹⁰⁹². Si le tuteur est un membre de la famille, le subrogé tuteur sera –si possible- choisi dans l'autre branche de la famille. Dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 décembre 2014¹⁰⁹³, les faits sont les suivants : deux parents décèdent, laissant à leur survivance trois enfants. Une tante paternelle élève alors les enfants avec les siens. Le 12 septembre 2012, un conseil de famille, initié par le juge des tutelles, auditionne les enfants en présence d'un avocat, puis, à l'aune des réponses apportées par les enfants et des autres éléments débattus, désigne la tante en qualité de tutrice et la grand-mère maternelle en qualité de subrogée tutrice. La cour d'appel en a déduit que la délibération était conforme à l'intérêt des enfants, en considérant les deux branches de la famille. Et pour cause : en désignant la grand-mère maternelle subrogée tutrice, le conseil de famille lui a confié une fonction importante, sa bienveillance et son amour envers ses petits-enfants étant reconnus. La recherche de l'intérêt de l'enfant, dans la désignation d'un tuteur familial, nécessite de la part du conseil de famille et du juge, une appréciation souveraine, c'est-à-dire une compréhension globale intégrant le cadre de vie de l'enfant, l'écoute de ses attentes et de ses souhaits. Ce n'est que dans l'hypothèse d'une dénaturation des faits que la Cour de cassation est amenée à casser un arrêt d'appel.

Il résulte de cette évolution, que même si un grand-parent n'est plus automatiquement désigné comme tuteur, il peut être choisi comme tel soit par le dernier vivant soit par le conseil de famille. Il peut également être membre du conseil et participer ainsi aux prises de décisions les plus importantes pour l'enfant. En effet, en application de l'article 399 du code civil, dernier alinéa, "le juge doit éviter dans la mesure du possible, de laisser l'une des deux branches paternelle ou maternelle, sans représentation".

Si aucun membre n'est en mesure d'exercer la tutelle, on est en présence d'une vacance de tutelle. Le juge la défère à la collectivité puisqu'elle est compétente en

¹⁰⁹² Articles 409 et 410 du code civil.

¹⁰⁹³ Cass. Civ 1^{re}, 16 septembre 2014, n° 13-20440 .

<http://www.legavox.fr/blog/maitre-valery-montourcy/tutelle-mineurs-recherche-interet-enfant-16140.htm#.VuLj-fnhCUk>

matière d'aide sociale à l'enfance, c'est-à-dire au département¹⁰⁹⁴. Dans ce cas, le service départemental de l'Aide sociale prend en charge l'enfant. Mais cette tutelle ne comporte ni conseil de famille ni subrogé tuteur¹⁰⁹⁵. Le service joue ainsi un rôle de tuteur, qui n'est assorti d'aucun contrôle.

396. Le grand-parent désigné comme tuteur a en charge l'éducation et l'entretien de l'enfant ainsi que la gestion de ses biens patrimoniaux sous le contrôle du conseil de famille¹⁰⁹⁶. Dans certains cas, il ne lui sera confié qu'une de ces deux charges. Il prend en charge les actes courant d'administration, notamment la représentation dans les actes courants de la vie civile et/ou la vente de biens ordinaire. Il doit obtenir l'accord du conseil de famille pour les actes plus graves, comme les emprunts, la vente de biens immobiliers. Le subrogé tuteur, quant à lui, est chargé de surveiller la gestion du tuteur, d'informer le juge des tutelles de toute faute commise par le tuteur et de représenter l'enfant dans les cas où ses intérêts entrent en conflit avec ceux du tuteur.

La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 7 novembre 2012¹⁰⁹⁷, a approuvé la Cour d'appel d'avoir refusé aux grands-parents, qui avaient saisi le juge des tutelles pour provoquer l'ouverture d'une tutelle aux biens de leur petits-fils, l'accès au dossier de celui-ci. Les droits des grands-parents en matière de tutelle sont importants. La Cour se fonde sur l'article 1222-2 du code de procédure civile qui dispose que « la consultation de son dossier par le mineur sous tutelle capable de discernement, par son père, sa mère et son tuteur ne peut se faire que dans les conditions prévues aux deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article 1187 »¹⁰⁹⁸. Le juge rappelle que les grands-parents ne doivent pas être intrusifs. Les grands-parents ont des droits en matière de tutelle. En effet, ils peuvent saisir le juge des tutelles pour provoquer l'ouverture d'une tutelle¹⁰⁹⁹. Toutefois, ces droits restent limités puisqu'ils ne peuvent avoir accès au dossier de tutelle de l'enfant s'ils ne sont pas eux même tuteur de l'enfant. De plus,

¹⁰⁹⁴ Article 411 du code civil (modifié par ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015): "Si la tutelle reste vacante, le juge des tutelles la défère à la collectivité publique compétente en matière d'aide sociale à l'enfance.

En ce cas, la tutelle ne comporte ni conseil de famille ni subrogé tuteur".

¹⁰⁹⁵ Article 411 du code civil.

¹⁰⁹⁶ Article 408 du code civil.

¹⁰⁹⁷ Cass. 1re civ., 7 nov. 2012, n° 11-18.529 : JurisData n° 2012-024863.

¹⁰⁹⁸ Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Droit de la famille », La semaine juridique Edition générale n° 1, 7 janvier 2013, doctr. 38.

¹⁰⁹⁹ Article 391 du code civil : « En cas d'administration légale, le juge des tutelles peut, à tout moment et pour cause grave, soit d'office, soit à la requête des parents ou **alliés** ou du Ministère public, décider d'ouvrir la tutelle après avoir entendu ou appelé, sauf urgence, l'administrateur légal. Celui-ci ne peut faire aucun acte de disposition à partir de la demande et jusqu'au jugement définitif sauf en cas d'urgence ».

ils peuvent être en concours avec les beaux-parents, ils ne sont plus privilégiés. Il ne faut pas perdre de vue que les grands-parents ne sont pas les parents de l'enfant.

2° Substitution totale les grands-parents adoptants

397. En droit français, l'adoption intrafamiliale, soit l'adoption d'un enfant par un membre de sa famille, est possible sous certaines conditions¹¹⁰⁰. En principe, les juges refusent de prononcer une adoption intrafamiliale plénière, car elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation d'origine et a pour effet de troubler l'enfant dans ses repères généalogiques¹¹⁰¹. Ils préfèrent prononcer une adoption simple, à condition qu'elle présente un intérêt pour l'enfant. Ainsi, les grands-parents peuvent adopter simplement leur petit-enfant¹¹⁰². Or, il s'avère que les juges sont néanmoins méfiants à l'égard de cette adoption¹¹⁰³. Récemment¹¹⁰⁴, la Cour de cassation est venue

¹¹⁰⁰ Notamment, l'adoptant doit avoir au moins quinze ans de plus que l'adopté –article 344 du code civil- ; l'adoption ne doit pas être détournée de son but qui est de créer un lien de filiation : la Cour de cassation a rejeté une requête en adoption simple, présentée par une grand-mère de six de ses sept petits-enfants, cette adoption ayant un seul but successoral. Civ. 1^{re}, 16 oct. 2001, Bull.civ. I., n° 256, p. 162; D. 2001, p. 1097, note F. Boulanger; Petites Affiches, 28 févr. 2002, n° 43, p. 21, note J. Massip ; Defrénois 2002, art. 37478, n° 6, p. 195 ; Droit de la famille 2002, n° 41, note P. Murat.

¹¹⁰¹ <http://www.adoption.gouv.fr/Je-souhaite-adopter-un-membre-de.html>

Bordeaux, 21 janv. 1988, D. 1988. 453, note J. Hauser.

¹¹⁰² Si l'enfant est élevé de façon continue par ses grands-parents, l'adoption –conforme à l'esprit de la loi- est envisageable. CA Douai, 6 mars 2000.

¹¹⁰³ Refus des juges de faire droit à une demande d'adoption simple par des grands-parents, Paris, 26 févr. 2004, AJ fam. 2004. 400, obs. F. Chénédé ; RTD civ. 2005. 114, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{re}, 16 oct. 2001, n° 00-10.665, D. 2002. 1097, note F. Boulanger ; AJ fam. 2002. 26, et les obs. ; RDSS 2002. 118, obs. F. Monéger ; RTD civ. 2002. 84, obs. J. Hauser ; LPA 2002, n° 43, note Massip ; RJPF mars 2002. 20, obs. Villa-Nys ; Dr. fam. avr. 2002. 18, obs. Murat.

Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2009, n° 08-20.153 : La Cour de cassation a jugé qu'il était impossible pour les parents d'une femme ayant accouché sous X de briser l'anonymat afin d'adopter leur petit-enfant –Constantin-. La Cour a rejeté le pourvoi considérant qu'« en l'absence de filiation établie entre leur fille et Constantin, ils n'avaient pas la qualité pour intervenir à l'instance en adoption ».

¹¹⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 12-17.183, P+B : JurisData n° 2013-003732.

Claire NEIRINCK, « L'adoption simple d'un majeur par ceux qui lui ont servi de substituts parentaux », Droit de la famille n° 5, mai 2013, comm. 67.

Dans cette affaire, des grands-parents paternels ont présenté une requête en adoption de leur petite-fille. Dans une procédure d'adoption, procédure gracieuse quelle qu'en soit la forme, les parents d'origine n'ont pas la qualité de parties. Mais dans l'adoption d'un mineur, ils doivent consentir en amont à son adoption. Leur refus modifie alors la nature de la procédure qui devient contentieuse (Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999, n° 96-13.882 : JurisData n° 1999-000008 ; Dr. famille 1999, comm. 38 ; Bull. civ. 1999, I, n° 9). Dans l'adoption d'un majeur, les parents de l'adopté n'interviennent jamais. Lorsque le mineur a plus de 13 ans, les consentements des parents et du mineur doivent ainsi se cumuler jusqu'à la majorité de ce dernier. Ensuite, seul le consentement de l'adopté majeur est exigé.

L'intérêt de l'enfant doit être contrôlé. En l'espèce, adoptée, Sandra deviendrait la sœur de celui qui demeure son père. Aussi les magistrats ont relevé que « l'adoption projetée constituerait pour les parties un bouleversement anormal de l'ordre familial et aurait donc des effets plus négatifs que positifs ».

CA Aix-en-Provence, ch. 6 C, 15 sept. 2015, n° 2015/858 : JurisData n° 2015-021604. Aurélien MOLIERE, « Du bon usage de l'adoption simple : conformité à l'intérêt de l'enfant et à la vie familiale », Droit de la famille n° 3, mars 2016, comm. 48. « Rien ne fait par principe obstacle à l'adoption d'un enfant par ses

nourrir le contentieux relatifs aux demandes d'adoption des grands-parents de leurs petits-enfants, en rappelant qu'il ne fallait pas que cette adoption bouleverse l'ordre familial¹¹⁰⁵. L'opposition des parents peut être prise en considération, même si la loi n'exige pas leur consentement. Les juges se livrent à un véritable contrôle d'opportunité sur cette question¹¹⁰⁶, dont la motivation repose sur l'intérêt de l'enfant¹¹⁰⁷. En l'espèce, l'enfant n'a pas d'intérêt à être adopté par ses grands-parents, puisque les parents sont vivants, qu'ils ont reconnu l'enfant, que, par ailleurs, les grands-parents ont déjà obtenu une délégation entière de l'autorité parentale et que l'enfant porte le même nom qu'eux¹¹⁰⁸. La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance fait d'une certaine manière de l'adoption une mesure de protection, mais cette évolution est très contestable car les deux institutions n'ont pas la même nature, l'une étant statutaire alors que l'autre non. Néanmoins, à l'issue de l'étude du rôle joué par les grands-parents, on peut souligner que la loi leur reconnaît assez largement la faculté d'exercer des droits issus de l'autorité parentale ainsi qu'un droit propre aux relations personnelles avec l'enfant. Toutefois, certains ne s'en contentent pas et demandent une reconnaissance supplémentaire : prendre la place des père et mère.

grands-parents. En revanche, le juge a la charge de vérifier si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant et si elle ne risque pas de compromettre la vie familiale. Dans cette affaire, l'enfant ayant un double lien de filiation déjà établi à l'égard de ses parents biologiques, il deviendrait, en vertu de l'adoption envisagée, le frère de son père. Puisque l'adoption simple, au contraire de l'adoption plénière, « ne cache pas son fondement fictif » (C. Neirinck, *Enfance : Rép. civ. 2015*, n° 36), l'ordre familial et générationnel s'en trouverait chamboulé. La confusion des générations peut être surmontée si le requérant parvient à démontrer que ce désagrément est virtuel ou minime et contrebalancé par l'intérêt pour l'enfant d'être adopté, autrement dit s'il apparaît que les inconvénients ne l'emportent pas sur les avantages (Cass. 1re civ., 16 oct. 2001, n° 00-10.665 : Bull. civ. I, n° 256 ; D. 2002. 1097, note F. Boulanger ; Defrénois 2002, 195, obs. J. Massip ; Dr. famille 2002, comm. 41, obs. P. Murat ; RTD civ. 2002. 84, obs. J. Hauser. – Cass. 1re civ., 6 mars 2013, n° 12-17.183 : JurisData n° 2013-003732 ; Bull. civ. 2013, I, n° 35 ; Dr. famille 2013, comm. 67, obs. C. Neirinck ; AJF 2013. 229, obs. P. Salvage-Gerest). En l'espèce, la délégation d'autorité parentale permet à la grand-mère et son conjoint de s'investir quotidiennement auprès de l'enfant et d'exercer des prérogatives parentales. Il est vrai cependant que l'adoption simple permettrait en plus à l'enfant d'adjoindre à son nom celui du conjoint de sa grand-mère et d'acquérir une vocation dans sa succession. Mais comme l'ont décidé le premier juge et le juge d'appel, respectivement à propos des droits successoraux et de la transmission du nom, il s'agit seulement des conséquences de l'autorisation d'adopter. Il est ainsi sous-entendu qu'elles ne constituent pas des motifs suffisants pour faire droit à la requête ».

¹¹⁰⁵ Avec cette adoption, la jeune fille adoptée devient la fille de ses grands-parents et la sœur de son père, puisque l'adoption simple ne supprime pas la filiation déjà établie.

¹¹⁰⁶ V. déjà, en ce sens, Rép. pr. civ., v° Adoption, par LARRIBAU-TERNEYRE, n° 306.

¹¹⁰⁷ Paris, 4 mai 1984, D. 1985. II. 278, note Bétant-Robet ; Caen, 20 nov. 1997, RTD civ. 1999. 828, obs. J. Hauser ; Civ. 1re, 16 oct. 2001, n° 00-10.665.

¹¹⁰⁸ « Adoption intrafamiliale : rejet de l'adoption par les grands-parents », Dalloz actualité, 22 mars 2013, publié sur <http://www.dalloz-actualite.fr>

SECTION 2 : UN RAPPORT D'ALLIANCE PRIVILEGIE, LE BEAU-PARENT

398. Les beaux-parents – c'est-à-dire les parâtres et marâtres –, ceux que les anglais appellent "step father", combinent à la fois les qualités de membres de la famille et de tiers (§1). Néanmoins, ils se distinguent des autres tiers car ils sont les seuls à pouvoir recourir à l'adoption de l'enfant du conjoint (§2).

§1 : Le beau-parent, un tiers familial

399. Malgré la qualité de membre de la famille, les beaux-parents demeurent des tiers à l'égard de l'enfant (A) et par conséquent ils ne se voient attribuer des droits parentaux que s'ils en font la demande. (B)

A/ Un statut légal aux conséquences implicites

400. On entend par recomposition familiale un couple d'adultes vivant avec au moins un enfant dont un seul des membres est le parent¹¹⁰⁹. Peuvent également être inclus dans les familles recomposées les demi-frères ou demi-sœurs. Ces derniers sont des enfants qui partagent un parent en commun. Il s'agit donc bien des frères et sœurs bien que ce rapport soit plus limité: réduit à un seul parent et à une seule branche ascendante commune. En revanche, les quasi-frères ou quasi-sœurs¹¹¹⁰ ne s'inscrivent pas dans un rapport de fraternité puisqu'ils n'ont aucun parent commun. Il existe d'innombrables qualifications pour les familles recomposées¹¹¹¹: secondes familles, famille primaire ou primo-famille et famille seconde, familles greffées, deuxième

¹¹⁰⁹ En France, l'expression « famille recomposée » apparaît pour la première fois en 1987 dans un article rédigé par Irène Théry. Irène THERY, « Introduction », In *Dialogue*, n° 97, « Les beaux-parents. Remariages et recompositions familiales », éd. Erès, 1987, p. 3-6.

Les recompositions familiales ne sont pas un phénomène récent. En effet, jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, les remariages étaient très fréquents, les couples étant souvent brisés prématurément par la mort. Les parents seuls n'avaient d'autre choix que de se remarier pour assurer leur survie et celle de leurs enfants. Aujourd'hui, le motif des recompositions familiales n'est plus la mort du conjoint mais l'instabilité conjugale. Didier LE GALL, Haydée POPPER, « Editorial. Les familles recomposées à l'heure des parentés plurielles », In *Dialogue*, n° 201, « Tes enfants, mes enfants, nos enfants », éd. Erès, 2013, p. 8.

¹¹¹⁰ www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/famille-recomposee.htm
www.senat.fr/rap/r05-388/r05-38817.html

¹¹¹¹ Mathilde CALCIO GAUDINO, *Le statut des beaux parents dans les familles recomposées*, Mémoire sous la direction d'Annette GANZER, dossier d'étude CNAF n° 116, 2009, p. 6. www.caf.fr

famille¹¹¹², famille reconstruite¹¹¹³, familles complexes¹¹¹⁴. Ces situations sont de nature juridique lorsqu'elles reposent sur le mariage du couple dont un des membres ou les deux sont parents. Ainsi, les beaux-parents mariés deviennent de véritables membres de la famille car, alliés, ils ne sont pas véritablement des tiers pour l'enfant. Toutefois, ils n'exercent aucune autorité parentale sur ce dernier¹¹¹⁵. La place générationnelle des beaux-parents n'est pas contestable puisque le droit y attache des prohibitions juridiques de remariage¹¹¹⁶, permet la possibilité d'une dation de nom¹¹¹⁷, et depuis la loi du 14 mars 2016 qui intègre la notion d'inceste dans le code pénal, il est clairement énoncé que les beaux-parents sont concernés par la règle d'interdiction d'inceste.

401. Certains droits vont plus loin dans la reconnaissance familiale des beaux-parents. Au Royaume-Uni, par exemple, le Children Act donne au beau-parent qui s'occupe quotidiennement d'un enfant depuis deux ans des droits et des devoirs, sans remettre en cause ceux des deux parents légaux¹¹¹⁸. En France, malgré des revendications de plus en plus nombreuses¹¹¹⁹, le beau-parent demeure un parent fait,

¹¹¹² Frédéric LUCET, « L'enfant et son patrimoine entre famille primaire et famille seconde », LPA, 08 octobre 1997 n° 121, p. 19.

¹¹¹³ Sylvaine COURCELLE, « Les secondes familles et l'autorité parentale, ouverture de la présidence », LPA, 01 octobre 1997 n° 118, p. 21.

¹¹¹⁴ Hugues FULCHIRON, « La transmission des biens dans les familles recomposées », Répertoire du Notariat Defrénois, 30 juin 1994 n° 12, p. 833

¹¹¹⁵ Par tradition, on s'est méfié du beau-parent venu prendre la place d'un parent. Les contes de fées, par exemple, véhiculent ce mythe de la godmother –marraine- et de la stepmother -belle mère-. La belle-mère a le plus souvent très mauvaise réputation –Cendrillon, Blanche- Neige, Aurore-. Valérie LAFLAMME, Hélène DAVID, « La femme a-mère : maternité psychique de la marâtre », In *Revue française de psychanalyse* 2002/1, Vol. 66, p. 103-118.

Notre époque a élaboré une crainte supplémentaire née de l'affection et de la personnalisation des relations : le beau-parent est perçu comme le rival du « véritable » parent car il le dépouille de l'affection de son enfant, de ses droits et devoirs de parents, pouvant effacer complètement sa filiation au profit d'une nouvelle famille composée d'un père, d'une mère et d'enfants, sans satellites parentaux additionnels. Mathilde CALCIO GAUDINO, *Le statut des beaux parents dans les familles recomposées*, op.cit, p.5.

¹¹¹⁶ Article 161 code civil : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ». Les parâtres et les marâtres sont assimilés à des ascendants. Ainsi, la prohibition à mariage s'applique aux beaux-parents et beaux-enfants. Cela relève de l'inceste, même si la question de la consanguinité ne se pose pas.

Seule une dérogation du Président de la République peut autoriser ce mariage si la personne qui a créé l'alliance est décédée : article 164 1° du code civil.

Cf. supra n° 151.

¹¹¹⁷ Claire LE TERTRE, « Les relations intergénérationnelles dans les familles recomposées de fait ? », In Sylvie MOISDON-CHATAIGNIER (sous la dir.), *Les grands-parents et leurs descendants : quelles relations juridiques ?* éd. Lexis Nexis, 2009, coll. « Colloques et débat », p. 143.

¹¹¹⁸ Martine GROSS, Mathieu PEYCERE, *Fonder une famille homoparentale. Questions éthiques, juridiques, psychologiques... et quelques réponses pratiques*, éd. Ramsay, 2005, coll. « Questions de familles », p. 30.

¹¹¹⁹ Un statut de tiers a été formulé par le Ministère de la justice en mars 2009.

<http://www.senat.fr/lc/lc196/lc1960.html>

ce qui signifie qu'il n'a ni droit ni obligation sur l'enfant. Toutefois, si le beau-parent n'est pas directement débiteur d'entretien, il l'est indirectement puisqu'il participe aux dépenses communes du foyer.

B/ Absence de fonction mais prise en charge de fait de l'enfant

402. Alors même que les beaux-parents ne sont pas ignorés par le droit, ils sont dépourvus de statut juridique lié à leur qualité même de beaux-parents et ne se voient reconnaître ni droit ni obligation sur l'enfant.

403. Les beaux-parents peuvent participer à la prise en charge de l'enfant de leur conjoint, s'occuper de lui, l'aider dans ses devoirs, l'accompagner chez le médecin, participer au financement de ses études, sans qu'aucun lien de filiation ne soit établi entre eux¹¹²⁰. Il est alors question de parentalité¹¹²¹. Ce mot est la traduction de Parenthood, terme emprunté à la psychanalyse¹¹²². Il a été utilisé pour la première fois en 1960 par une psychanalyste américaine Thérèse Benedeck ; il a été repris en France par Paul-Claude Racamier pour désigner « le processus de maturation psychique qui se développe chez les adultes qui deviennent parents »¹¹²³. Ce terme a ensuite été utilisé en sociologie pour désigner l'exercice de l'éducation par des femmes seules, puis par des personnes qui ne sont pas les parents¹¹²⁴. Plus récemment, des définitions à coloration

Pour certains, le beau-parent n'est pas un tiers mais un personnage troisième car il se surajoute à la vie familiale. Christian FLAVIGNY, « Quelle place et quel statut pour le beau-parent ? », In *Etudes* 2009/12, (tome 411), p. 617-628.

Peut-on penser un système juridique dans lequel un enfant pourrait avoir trois, quatre ou cinq parents ? (Actuellement, la pluriparenté juridique est une réalité réservée à l'hypothèse particulière de l'adoption simple. Pour les autres cas, seule la pluriparentalité est envisageable, elle peut être de fait ou de droit – délégation d'autorité parentale-). Cela est possible car le droit n'est qu'une méthode au service de toutes les causes. Mathieu ANDRE-SIMONET, « Peut-on avoir juridiquement plus de quatre parents ? », In Martine GROSS (sous la dir.), *Homoparentalité, état des lieux*, éd. Erès, 2005, coll. « La vie de l'enfant », p. 101. La véritable question est de savoir si cela est souhaitable.

¹¹²⁰ Agnès FINE, *Pluriparentalités et systèmes de filiation dans les sociétés occidentales*, op.cit, p. 78.

¹¹²¹ Le droit civil ne connaît pas la parentalité, mais la parentalité est au centre du droit contemporain de la famille. Thierry FOSIER, « Un droit de la famille centré sur la parentalité », *Informations sociales* 2008/5, (n° 149), p. 32-38.

¹¹²² Mireille BACACHE, Anne-Marie LEROYER, « Législation française », RTDciv. juillet/septembre 2013, n° 3, éd. Dalloz, Chron., p. 682.

¹¹²³ Mireille BACACHE, Anne-Marie LEROYER, « Législation française », op.précit., p. 682.

Voir Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions critiques d'une juriste sur la parentalité », In *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, éd. LexisNexis Dalloz, 2012, p. 41 et s.

¹¹²⁴ Mireille BACACHE, Anne-Marie LEROYER, « Législation française », op.précit, p. 682.

Voir Martine GROSS (sous la dir.), *Homoparentalités, état des lieux*, op.cit, p. 207-214 ; Didier LE GALL et Yamina BETTAHAR (sous la dir.), *La pluriparentalité*, éd. PUF, 2001, p. 21-46 ; Martine GROSS, *L'homoparentalité*, éd. PUF, 2003, coll. « Que sais-je ? » ; Irène THERY, *Des humains comme les autres*.

juridique ont été dégagées mais toutes s'articulent autour de l'idée que le parent, qui ne doit pas être confondu avec le géniteur, remplit des fonctions d'éducation. Maurice Godelier définit la parentalité comme l'ensemble des obligations à assumer, des interdictions à respecter, des conduites, des attitudes, des sentiments et des émotions, des actes de solidarité et des actes d'hostilité qui sont attendus ou exclus de la part d'individus qui se trouvent, vis-à-vis d'autres individus, dans des rapports de parents à enfants¹¹²⁵. La parenté, quant à elle, est de nature juridique ; c'est un pouvoir sur l'enfant, qui ne résulte pas des choix personnels. Claire Neirinck assimile la parentalité –qui n'est pas de la parenté– à la « recherche des compétences parentales susceptibles de rendre compte d'une prise en charge de l'enfant sur les différents plans qui concourent à son épanouissement personnel, sans nécessairement relever d'un lien de parenté génétiquement fondé »¹¹²⁶. La parentalité des beaux-parents n'est pas contestée. La parenté, source d'autorité parentale, quant à elle, est réservée aux parents ; c'est un pouvoir juridique sur l'enfant.

404. La réforme du 4 juin 2002 et la réforme du 17 mai 2013 ont avantagé les tiers et particulièrement les beaux-parents dans l'octroi des droits parentaux, notamment avec la création de la délégation partage¹¹²⁷. Cette dernière n'est admise que si les circonstances l'exigent. Ces droits réellement familiaux impliquent toujours un recours au juge qui ne les accorde que s'ils sont conformes à l'intérêt de l'enfant¹¹²⁸, c'est-à-dire si l'enfant y trouve un réel avantage. De plus, ces droits ne sont accordés que si ses titulaires sont d'accord. En conséquence, le projet souscrit rentre, le plus souvent, directement en conflit avec les droits de l'autre parent de l'enfant qui s'y oppose¹¹²⁹. La Cour de cassation, dans un arrêt du 24 février 2006¹¹³⁰, avait favorisé « une sorte de

Bioéthique, anonymat et genre du don, op.cit, p. 258 et s. ; Agnès FINE, « Avoir deux pères ou deux mères : révolution ou révélation des sens de la filiation ? », In Irène THERY, *Mariage et filiation de même sexe*, op.cit.

¹¹²⁵ Maurice GODELIER, *Métamorphoses de la parenté*, éd. Fayard, 2004, p. 239-240.

Jacques COMMAILLE, Françoise DE SINGLY (sous la dir.), *La Question familiale en Europe*, éd. L'Harmattan, 1997 ; Didier HOUZEL (sous la dir.), *Les enjeux de la parentalité*, éd. Erès, 1997 ; Didier LE GALL, Yamina BETTAHAR (sous la dir.), *La pluriparentalité*, op.cit ; Christine CASTELAIN-MEUNIER, *La place des hommes et la métamorphose de la famille*, éd. PUF, 2002 ; Françoise HURSTEL, Anne THEVENOT, Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, Patrick DE NEUTER. « Quelle place pour le père ? », In *La pensée*, juillet/sept. 2001, n° 327.

¹¹²⁶ Claire NEIRINCK, *De la parenté à la parentalité*, Toulouse, éd. Erès, 2001.

¹¹²⁷ Article 377 et suivants du code civil.

¹¹²⁸ Claire NEIRINCK, « Les droits des tiers, monstre du Loch Ness ou cheval de Troie ? », Droit de la famille n° 3, mars 2014, repère 3.

¹¹²⁹ Claire NEIRINCK, « Les droits des tiers, monstre du Loch Ness ou cheval de Troie ? », op.précit.

¹¹³⁰ Cass. 1re civ., 24 févr. 2006, n° 04-17.090 : JurisData n° 2006-032294, JCP G 2006.I. 199,, n° 16, obs. M. Rebourg ; Bull. civ. 2006, I, n° 101 ; GAJC, 12e éd., 2007, n° 53-55 ; D. 2006, inf. rap. p. 670 et 897,

mode d'emploi du partage de l'autorité parentale dans le contexte particulier de « l'homoparentalité »¹¹³¹. La seule mère de l'enfant né grâce à une AMP avait procédé à une délégation partage en faveur de sa partenaire. Cette jurisprudence a suscité de nombreux excès qui imposèrent à la Cour de cassation un retour à plus de rigueur en 2010¹¹³². Ces décisions rendues sont transposables aux couples hétérosexuels car la problématique de la place du beau-parent s'affranchit de l'orientation sexuelle du couple¹¹³³. Mais il ne faut pas oublier que les beaux-parents, même s'ils se voient déléguer l'autorité parentale, ne sont pas des parents. Ces droits parentaux reconnus aux beaux-parents ne correspondent pas à la parenté, mais sont destinés à faciliter la parentalité. Il est souvent avancé que pour que la parentalité soit exercée de manière effective, la loi devrait permettre à celui qui vit avec un parent de l'assister dans sa tâche éducative, sans que cela vienne interférer avec l'autorité parentale dévolue aux deux parents de l'enfant¹¹³⁴. Cependant l'autorité parentale fait déjà l'objet d'un exercice en commun qui s'avère difficile dans l'hypothèse de la séparation du couple. Il faudrait donc admettre un exercice à trois ou quatre personnes, ce qui serait source de difficultés accrues. En outre, si le couple parental s'est séparé, rien ne permet d'affirmer que le couple que forme aujourd'hui un des parents séparés résistera mieux au temps. Faut-il maintenir les droits du beau-parent au-delà de la vie commune¹¹³⁵.

405. Les beaux-parents ne sont pas tenus de verser des aliments aux enfants de leur conjoint¹¹³⁶. Néanmoins, les époux doivent contribuer aux charges du mariage,

note D. Vigneau et *ibid.* 876, point de vue H. Fulchiron ; *ibid.* p. 1139, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* p. 1414, obs. J.-J. Lemouland ; AJF 2006, 159, obs. F. Chénéde.

¹¹³¹ Adeline GOUTTENOIRE, « L'autorité parentale » in Droit de la famille : Dalloz Action, P. Murat (ss dir.), 2010-2011, n° 232.392, p. 826.

¹¹³² Valérie DEPADT-SEBAG, « La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage », D. 2011, n° 36, p. 2499.

Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, n° 09-12.623 : JurisData n° 2010-011139 ; JCP G 2010.II, 994, note A. Gouttenoire ; D. 2011, p. 1589, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD. civ. 2010, p. 547, obs. J. Hauser ; AJF 2010, p. 394, obs. F. Chénéde ; RD sanit. soc. 2010, p. 1128, note C. Neirinck.

¹¹³³ Stessy TETARD, « Quelle place juridique pour le beau-parent ? », Droit de la famille n° 7-8, juillet 2013, dossier 23.

¹¹³⁴ Bernard BEIGNIER, « Note sur l'homoparentalité . - Hommage à madame le professeur Claire Neirinck », *op.cit.* .

¹¹³⁵ Cf. *infra* n° 394.

¹¹³⁶ CA Orléans, 30 mai 2006 : JurisData n° 2006-327037. – Cass. 1re civ., 28 mars 2006, no 04-10.684 : JurisData n° 2006-032907 ; Bull. civ. 2006, I, n° 174. – Cass. 1re civ., 3 févr. 2010, no 09-65.345 : JurisData n° 2010-051394 ; Bull. civ. 2010, I, n° 33 ; Cass. 1re civ., 21 oct. 2015, n° 14-25.132, F-D : JurisData n° 2015-023498.

Cette règle n'est pas universelle. Aux Pays-Bas, par exemple, l'obligation d'entretien des enfants n'est pas exclusivement liée à l'état de parent, mais peut l'être en fonction du lien d'affection (beau-parent) ou du lien biologique (parent biologique qui n'a pas établi de lien de filiation avec l'enfant). Stessy TETARD, « La contribution des parents à l'entretien de leur enfant après le divorce. - Aspects de droit comparé », Droit de la famille n° 4, avril 2015, dossier 26.

lesquelles englobent la prise en charge des enfants des deux époux¹¹³⁷. Par conséquent, l'époux qui accueille sous le toit conjugal des enfants d'une première union ne peut obtenir le remboursement des sommes acquittées au moment de la dissolution du régime matrimonial¹¹³⁸.

406. Si le beau parent et le parent divorcent¹¹³⁹, le beau parent peut-il bénéficier d'un droit de visite et conserver un lien avec l'enfant ? Selon l'intérêt de ce dernier¹¹⁴⁰, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier si ce tiers a résidé de manière stable avec lui et un de ses parents, a pourvu à son éducation, son entretien ou son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables¹¹⁴¹. Les relations personnelles entre l'enfant et le tiers doivent être maintenues, si tel est l'intérêt de l'enfant. Ainsi dans l'hypothèse d'un conflit entre le beau parent et l'ex conjoint, le beau parent peut obtenir des droits, qui peuvent se traduire sous la forme d'un droit de visite et d'hébergement, lui permettant ainsi de conserver un lien avec l'enfant. Mais l'octroi de ces droits n'est pas automatique comme pour les parents¹¹⁴². De plus, cette règle n'est pas spécifique aux beaux-parents mariés puisqu'elle s'étend à tous les tiers qui ont résidé de manière stable avec l'enfant et un de ses parents. En élargissant le champ d'application de cette règle en 2013, le législateur a fait du droit de visite et d'hébergement un droit commun.

Le beau parent peut se voir confier l'enfant en cas de décès du parent, mais dans des cas très particuliers. Les juges apprécient au cas par cas, selon ce que commande l'intérêt de l'enfant. Ils peuvent le confier au beau parent s'il constate un attachement réciproque fort, ou s'il existe des demi-frères ou demi-sœurs dans le foyer. L'attachement fort découle de la parentalité exercée par le beau parent. La proposition de loi sur l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 27 juin 2014 prévoit qu'en cas de décès d'un de ses parents biologiques, l'enfant pourra être confié au beau parent avec lequel il vivait plutôt qu'à

¹¹³⁷ Les frais d'entretien et d'éducation des enfants sont entendus comme les effets du mariage qui peuvent bénéficier à tous les enfants. Article 214 du code civil : « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile ».

¹¹³⁸ Articles 1433 et 1437 du code civil.

¹¹³⁹ Dans ce cas, le beau-parent redevient ce qu'il est : un tiers comme les autres. Cf. Supra n°§§§§

¹¹⁴⁰ L'intérêt de l'enfant est une notion difficile à appréhender juridiquement. Tous les enfants n'ont pas le même intérêt.

¹¹⁴¹ Article 371-4 du code civil modifié par la loi du 17 mai 2013.

¹¹⁴² CA Paris, 27 mars 2014, JurisData n° 2014-006306.

son autre parent biologique. Dans ce cas, le beau-parent peut être désigné comme tuteur de l'enfant; il peut même bénéficier d'une tutelle testamentaire¹¹⁴³.

407. Pour conclure, l'alliance ne permet pas aux beaux-parents d'avoir plus de droits parentaux sur l'enfant. Ils ont accès aux mêmes droits que les "beaux-parents" non mariés. La seule différence apparaît dans l'accès à la parenté. En effet, seuls les beaux-parents mariés peuvent recourir à l'adoption de l'enfant du conjoint et de ce fait être désignés comme parents de l'enfant; ce mécanisme étant une exclusivité matrimoniale.

§2 : Un rapport de filiation revendiqué, l'adoption

408. Les beaux-parents sont des tiers particuliers car ils sont les seuls à pouvoir recourir à l'adoption de l'enfant du conjoint. Toutefois, ce recours est soumis à des conditions strictes qui varient selon que l'adoption demandée est simple (A) ou plénière (B).

A/ Adoption simple de l'enfant du conjoint

409. L'adoption simple de l'enfant du conjoint présuppose que l'un des époux est déjà parent. L'autre époux peut alors formuler une demande en adoption simple de cet enfant¹¹⁴⁴. Par le biais de ce mécanisme, le beau parent accède au statut juridique d'adoptant; il devient un parent de plus car les deux parents conservent leur lien filial avec l'enfant. Le tribunal doit, en conséquence, recueillir les consentements des deux parents¹¹⁴⁵ et celui de l'enfant, si ce dernier est âgé de plus de treize ans. La volonté de l'adoptant s'exprime dans la présentation de la requête en adoption. Le parent qui n'est pas le conjoint qui souhaite conserver ses droits parentaux sur son enfant s'oppose en général à cette adoption. Toutefois, le juge peut déclarer ce refus abusif et prononcer tout de même l'adoption simple dans l'intérêt de l'enfant¹¹⁴⁶, ce qui est extrêmement rare dans ce contexte.

¹¹⁴³ Article 403 du code civil.

¹¹⁴⁴ Sur adoption simple de l'enfant du conjoint homosexuel cf. supra n° 341 à 345.

¹¹⁴⁵ Article 348 du code civil : » Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption.

Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, s'il a perdu ses droits d'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit. »

¹¹⁴⁶ Article 348-6 du code civil.

L'adoption simple crée un rapport de filiation limité qui ne concerne que l'adopté et l'adoptant, sans s'étendre à la famille de ce dernier. Néanmoins ce rapport de filiation a une incidence sur le nom de l'adopté. En application de l'article 365 du code civil, l'adoption simple permet un exercice en commun de l'autorité parentale, sous réserve d'une déclaration conjointe de l'adoptant et de son conjoint, parent de l'enfant, adressée au greffier en chef du Tribunal de Grande instance. En pratique, l'adoption simple de l'enfant du conjoint est essentiellement pratiquée au profit de l'enfant devenu majeur, ce qui évite l'obligation d'obtenir l'accord de l'autre parent/

410. Si dans le passé l'adoption était généralement demandée par le conjoint du parent dit « gardien », aujourd'hui l'exercice de l'autorité parentale en commun et la mise en place de la résidence alternée favorisent la prise en charge de l'enfant par les deux couples reformés par les parents séparés. De ce fait, un enfant peut-il être adopté par ses deux beaux-parents ? La Cour de cassation a précisé que « le droit au respect de la vie privée et familiale n'interdit pas de limiter le nombre d'adoptions successives, ni ne commande de consacrer par une adoption tous les liens d'affection, fussent-ils anciens et bien établis »¹¹⁴⁷. Conformément à cette jurisprudence, un enfant ne peut être adopté, et même de manière simple, par deux beaux-parents. Le premier qui formule une demande en adoption se voit attribuer la qualité juridique d'adoptant. C'est en quelque sorte une course à l'adoption. Le plus rapide est privilégié.

Depuis la loi du 17 mai 2013, le législateur autorise certaines adoptions successives. Pourquoi permette à un seul beau parent de transformer ces relations purement factuelles en relation filiale, alors que le législateur autorise certaines adoptions successives¹¹⁴⁸? La jurisprudence rendue par la Cour de cassation s'avère discriminatoire mais en réalité elle consiste à refuser des adoptions à finalité successorale. En outre il ne semble pas très sain d'évincer un parent pour mettre à sa place un pseudo-parent. L'adoption simple de l'enfant du conjoint concerne

Même solution en cas d'opposition d'un descendant de l'adoptant : l'adoption simple du bel-enfant face à l'opposition d'une descendante, elle-même adoptive. Civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, n° 03-20.313 : JurisData n° 2005-030903 ; Pierre Murat, *Droit de la famille*, mars 2006, p. 25.

¹¹⁴⁷ Civ. 1^{re}, 12 janvier 2011, n° 09-16.527, FS-P+B+I : jurisdata n° 2011-000142.

La Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt rendu le 28 mai 2009 par la Cour d'appel de Montpellier. La Cour d'appel avait décidé « qu'il convenait d'écarter l'application de l'article 346 du code civil non conforme en l'espèce aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme dès lors qu'il s'agissait d'officialiser et de conforter juridiquement une situation familiale et des liens affectifs anciens et bien établis et que le refus de cette deuxième adoption aboutirait à une discrimination entre les deux « beaux-parents » ».

¹¹⁴⁸ Cf. supra n° 366.

essentiellement l'enfant majeur sur lequel ne s'exerce désormais aucune autorité. Pour l'adoption simple réalisée sur un enfant mineur, le législateur émet une certaine méfiance, comme en témoigne l'article 365 du code civil.

411. Aujourd'hui, la seule manière pour le beau-parent d'avoir une autorité légale sur l'enfant et de faire de ce dernier un héritier est de l'adopter. Comme l'a dénoncé Jean Hauser, une législation incohérente a transformé, de réforme en réforme, l'adoption simple en « joker de la parenté »¹¹⁴⁹. L'adoption simple est le seul cas de pluri-filiation en droit français.

B/ L'adoption plénière de l'enfant du conjoint

412. L'adoption plénière par le beau parent est possible mais elle est soumise à des conditions très contraignantes : l'enfant doit avoir de filiation légalement établie qu'à l'égard d'un seul parent et l'adoption ne doit pas rompre les liens avec les grands-parents. La loi du 17 mai 2013 a apporté une précision touchant la procédure de tierce opposition, insérée à l'article 353-2 du Code civil¹¹⁵⁰. Cet article réserve la tierce opposition à l'encontre du jugement d'adoption aux cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants. Il est désormais précisé que « *constitue un dol au sens du premier alinéa la dissimulation au tribunal du maintien des liens entre l'enfant adopté et un tiers, décidé par le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 371-4* ». Avec cette précision, le législateur tient clairement compte des relations de l'enfant avec un tiers.

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est la plus revendiquée car elle concerne obligatoirement un enfant de moins de quinze ans. Elle n'est permise que lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard d'un seul parent, lorsque l'autre parent a été déchu de son autorité parentale, ou lorsque l'autre parent est décédé sans avoir laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéresser de l'enfant¹¹⁵¹. Elle est ainsi, en général, quasi impossible dans la famille hétérosexuelle. A la suite des différentes réformes de l'article 345-1 du code civil, il est plus utile d'obtenir d'abord le retrait de l'autorité parentale envers le parent qui ne joue

¹¹⁴⁹ Jean HAUSER, « L'adoption simple, joker de la crise de la parenté ! », Droit de la famille 2010, alerte 55.

¹¹⁵⁰ Pierre MURAT, « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », Droit de la famille n° 7-8, juillet 2013, dossier 24.

¹¹⁵¹ Article 345-1 du code civil.

Cette adoption favorise les couples de femmes qui ont eu recours à une AMP à l'étranger

pas son rôle, puis demander ensuite l'adoption de l'enfant du conjoint en application de l'article 345-1-2 du code civil. Par le biais de ce mécanisme, le beau-parent adoptant fait de son enfant adoptif son héritier. Toutefois, cette filiation est limitée aux rapports de l'enfant avec son beau-parent.

L'adoption plénière est une « adoption qui confère à l'enfant adoptif une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine, de telle sorte que l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang et acquiert, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations que s'il y était né »¹¹⁵².

413. La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 7 mars 1989¹¹⁵³, a précisé que « l'adoption en la forme plénière de Céline et Delphine par le second mari de la mère, dans le but (...) de couper les enfants de leur famille paternelle¹¹⁵⁴ et notamment de leurs grands-parents, loin de correspondre à la finalité de l'institution en constituait un véritable détournement ». Le législateur est intervenu avec la loi du 8 janvier 1993, modifiée par la loi du 5 juillet 1996, afin d'interdire l'adoption plénière par le conjoint du parent, lorsque l'enfant a une filiation établie à l'égard de son autre parent¹¹⁵⁵. A l'origine, cette règle a été instaurée pour rendre les adoptions plénières de l'enfant du conjoint moins accessibles¹¹⁵⁶ afin d'éviter de rompre le lien que l'enfant avait ses grands-parents, dans la branche remplacée par l'adoptant. Toutefois la loi précise qu'elle laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille mais produit pour le surplus les effets d'une adoption par deux époux¹¹⁵⁷. Il résulte de l'article 356, alinéa 2, du code civil que, contrairement au principe de l'adoption plénière, l'adoption de l'enfant du conjoint ne donne pas une famille à un enfant qui n'en a pas, mais vient compléter une filiation incomplète. Elle se traduit donc, comme toute adoption plénière, par la transcription du jugement d'adoption sur les registres de l'état civil et l'annulation corrélatrice de l'acte de naissance de l'adopté¹¹⁵⁸. Ainsi l'adoptant et son conjoint ont désormais à égalité pour fils ou fille l'adopté(e).

¹¹⁵² Gérard CORNU (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, op.cit, v° plénière adoption.

Article 356 du code civil.

¹¹⁵³ Civ. 1^{re}, 7 mars 1989 ; Gaz. Pal. 8 mars 1990, p. 131, note Massip ; D. 1989, J., p. 477, note Hauser.

¹¹⁵⁴ Le premier mari et en l'occurrence le père des enfants était décédé.

¹¹⁵⁵ Article 345-1 du code civil.

¹¹⁵⁶ La seule possibilité pour un époux hétérosexuel de recourir à l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est que l'autre parent soit décédé.

¹¹⁵⁷ Article 356, alinéa 2, du code civil.

¹¹⁵⁸ Article 354 du code civil.

CHAPITRE 2 : LES TIERS PRIVILEGES PAR UNE LOI ETRANGERE, LES KAFILS

414. La kafala est une pratique musulmane, substitut en quelque sorte à l'adoption – en principe interdite en droit musulman –. De nombreux français se rendent dans les pays musulmans pour y recourir, bien que la kafala soit étrangère au droit français. Afin de ne pas être confrontés à une incompréhension juridique, les juges procèdent à une assimilation. (Section 1) Une fois l'assimilation opérée, il convient de procéder à l'octroi des droits des kafils – c'est-à-dire à l'octroi des droits de ceux qui ont recueilli l'enfant –. Perçus comme de véritables parents de fait, ils ont, bien que tiers, des droits parentaux. Toutefois, leur situation se distingue quant à leur accès à l'adoption (Section 2). Leur statut particulier mérite d'être précisé ainsi que l'évolution de sa réception en droit français.

SECTION 1 : LA DISPOSITION ETRANGERE, LE PLACEMENT EN KAFALA

415. Si le législateur français ignore cette pratique musulmane (§1), le juge français, quant à lui, l'assimile à des situations juridiques de droit français car il doit prendre en compte la réalité à laquelle il est confronté (§2).

§1 : La Kafala, une pratique musulmane

416. Même si certains pays musulmans, tels que la Tunisie¹¹⁵⁹, l'Indonésie et la Turquie¹¹⁶⁰, autorisent l'adoption, cette dernière est en principe interdite en droit

¹¹⁵⁹ Loi n° 58-27, 4 mars 1958.

Le critère religieux et de nationalité tunisienne est exigé pour les deux membres du couple souhaitant adopter un enfant tunisien. www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/comment-adopter-a-l-etranger/les-fiches-pays-de-l-adoption-internationale/fiches-pays-adoption/article/adopter-en-tunisie

musulman¹¹⁶¹. Cette interdiction renvoie à la conception de la filiation dans le droit musulman¹¹⁶². La filiation relevant de la seule volonté de Dieu, elle ne peut résulter de la seule volonté humaine¹¹⁶³. Le droit marocain affirme que « l'adoption est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation parentale légitime »¹¹⁶⁴. Le droit algérien dispose que « l'adoption est interdite par la Chari'a et la loi »¹¹⁶⁵. Il n'existe pas de principe essentiel du droit qui garantit un droit de l'enfant à être adopté. Néanmoins, le droit musulman, par le biais d'une technique juridique que l'on nomme kafala, organise la prise en charge de certains enfants plus ou moins abandonnés¹¹⁶⁶. Elle se définit comme l'engagement de prendre bénévolement en charge un enfant mineur sans pouvoir créer un quelconque lien de filiation, en lui assurant, entretien, éducation et protection. Elle est proche de la garde mais ne peut y être assimilée, elle implique un pouvoir de fait sur l'enfant qui est « pris en charge par le kafil »¹¹⁶⁷. Le terme de kafala a été traduit par le chercheur algérien Nourredine Bessadi par « recueil

¹¹⁶⁰ Tarek OUBROU, « La kafala et la sharia », Droit de la famille n°1, janvier 2009, dossier 2.

¹¹⁶¹ Verset 5 de la sourate 33 « el ahzeb » les coalisés, se référant aux enfants adoptés mais dont les parents sont connus : « *Appelez – les du nom de leurs pères : c'est plus équitable devant Allah, mais si vous ne connaissez pas leurs pères, alors considérez les comme vos frères en religion ou vos alliés. Nul blâme sur vous pour ce que vous faites par erreur, mais (vous serez blâmés pour) ce que vos cœurs font délibérément. Allah, cependant, est pardonneur et miséricordieux.* » Ce qui rendit l'adoption à partir de ce moment interdite et bannie, le prophète fut le premier à l'appliquer à l'égard de Zaid. Malgré cette prohibition, l'adoption est restée une pratique ancrée dans la société algérienne. Yamina HOUHOU, *La Kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse dirigée par Jean-Jacques Lemouland, soutenue le 24 janvier 2014, Université de Pau et de l'Adour, p. 12 et 59.

Avant l'Islam, l'adoption (tabanni) était autorisée. L'enfant entrait, d'une manière totale et irrévocable, dans la famille de l'adoptant; il avait un statut égal à celui d'un enfant légitime. Le prophète Mohammed, lui-même a adopté Zaid ibn Harit qui était appelé Zaid ibn Mohammed.

Toutefois, les conditions d'accès étaient strictes. Versets 4 et 5 de la sourate XXXIII du Coran titrée « Les factions », édictent : « *Dieu n'a pas placé deux cœurs dans la poitrine de l'homme, Il n'a pas fait que vos épouses que vous pouvez répudier soient pour vous comme vos mères, ni que vos enfants adoptifs soient comme vos propres enfants... Appelez ces enfants adoptifs du nom de leurs pères, cela est plus juste pour Dieu* ». Yamina HOUHOU, *La Kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse dirigée par Jean-Jacques Lemouland, op.précit., p. 9.

¹¹⁶² La filiation dans la Charia ne peut être qu'une filiation réelle et authentique. L'enfant est toujours l'enfant conçu dans une relation « légitime » au sens religieux, et sa filiation est celle de son père. La filiation une fois établie, devient un droit acquis de Dieu, il ne peut être changé ni cédé. Yamina HOUHOU, *La Kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, op.précit., p. 59.

¹¹⁶³ LALHOU-KHIAR Ghenima, « La Kafala en droit algérien : une transgression de l'intérêt supérieur de l'enfant », In Varia, Revue franco-maghrébine de droit, édition presses universitaires de Perpignan et presses de l'université Toulouse I Capitole, 2013, n°20, p. 203-220.

¹¹⁶⁴ Article 149 du code de la famille marocain.

¹¹⁶⁵ Article 46 du code de la famille algérien.

¹¹⁶⁶ Il peut s'agir d'enfant issu de filiation légitime, mais pour une raison ou une autre, la mère et le père encore vivants ou même le conseil de famille ont approuvé la kafala, ou d'enfant sans filiation établie –soit dû à un retrait, soit à un abandon-. En Algérie, par exemple, chaque année, des milliers d'enfants, nés hors mariage, sont abandonnés et placés dans des orphelinats en attendant d'être placé dans des familles dans le cadre de la kafala. Les associations et les ONG avancent le chiffre de 7000 enfants abandonnés chaque année. <http://www.adoptionefa.org/adoptera-l-etranger/l-adoption-prohibee>

¹¹⁶⁷ Le kafil est la personne qui recueille l'enfant en kafala.

légal »¹¹⁶⁸. Dans un avis publié au journal officiel le 5 décembre 2013, la commission générale de terminologie et de néologie a introduit l'expression de recueil légal afin de traduire la kafala et l'a défini comme l'engagement de prendre en charge un enfant mineur sans création de lien de filiation¹¹⁶⁹. Cette institution est très novatrice pour les musulmans car elle permet de vivre en toute légalité une monoparentalité, qui autrefois était inconcevable¹¹⁷⁰. De plus, elle s'avère être une solution pour les couples stériles.

417. En droit marocain, la kafala est régie par le décret royal n° 1-02-172 du 13 juin 2002 portant promulgation de la loi relative à la prise en charge des enfants abandonnés¹¹⁷¹. Elle peut être conférée à des époux musulmans ou à des établissements publics chargés de la protection de l'enfance, à condition qu'ils remplissent tous les critères imposés¹¹⁷². Le juge des tutelles est compétent dans cette procédure. Dans la kafala marocaine, le kafil s'engage à pourvoir à l'éducation de l'enfant et celui-ci peut prendre son nom et recevoir un tiers de ses biens par testament. En effet, le dahir du 3 octobre 2002 portant promulgation de la loi n° 97.99 relative au changement de nom permet au recueillant d'attribuer son nom à l'enfant et de demander la modification de son acte d'état civil, de sorte que l'enfant semble entrer dans la famille. Cependant, il ne s'agit que d'une apparence de filiation¹¹⁷³.

418. En droit algérien, la kafala est régie aux articles 116 à 125 dans le code de la famille. L'article 116 précise que la kafala est «l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal»¹¹⁷⁴. Le titulaire du droit de

¹¹⁶⁸ Nourredine BESSADI, « Le traducteur juridique algérien face à la difficulté de traduire certains termes juridiques arabes », *Alternative francophone*, Vol. 1, 3, 2010, p. 45.

¹¹⁶⁹ Avis n° 0282 du 5 décembre 2013 http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf

¹¹⁷⁰ Yamina HOUHOU, *La Kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, op.cit, p. 20.

En effet, seule la famille en mariage était autorisée ; tous ceux qui avaient des enfants hors mariage –seuls ou en couple- étaient exclus de la société.

¹¹⁷¹ Le droit marocain définit l'enfant abandonné dans l'article 1^{er} de cette loi comme le mineur de 18 ans, né de parents inconnus ou d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré, l'enfant orphelin ou l'enfant dont les parents sont incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposent pas de moyens légaux de subsistance, ou ont une mauvaise conduite, notamment lorsqu'ils ont été déchus de leur tutelle légale. Marie-Marie-Christine LE BOURSICOT, « La kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation », In *Droit et culture*, 59, 2010-1, p. 283-302.

¹¹⁷² Ils doivent être moralement et socialement aptes à assurer la kafala ; ils doivent disposer de moyens matériels suffisants ; ils ne doivent pas avoir été condamnés pour infraction à la morale ou commise contre des enfants ; ils ne doivent pas être atteints de maladie contagieuse ou les rendant incapables d'assumer leur responsabilité ; ils doivent s'engager à donner une bonne éducation à l'enfant et à l'élever dans la religion musulmane

¹¹⁷³ Marie-Christine LE BOURSICOT, « Quand l'interdiction d'adopter des enfants recueillis en kafala conduit à des fausses déclarations à l'état civil », *Revue juridique personnes et famille*, n°2, février 2011, p. 13.

¹¹⁷⁴ <http://www.cicade.org/wp-content/uploads/2015/07/La-kafala-alg%C3%A9rienne.pdf>

recueil légal peut être une personne célibataire, veuve ou mariée, sans condition d'âge et de sexe¹¹⁷⁵. Le recueil légal est accordé devant le juge ou le notaire¹¹⁷⁶.

419. De manière générale, le Kafil, même s'il s'occupe de l'enfant, est un tiers statutaire, puisqu'aucun rapport de filiation ne le rattache au makfoul¹¹⁷⁷. En revanche, il reçoit de nombreux droits parentaux. En effet, il a l'autorité parentale entière, il doit protéger, éduquer et entretenir le makfoul comme un véritable père. La kafala cesse à la majorité de l'enfant, en cas de décès de l'enfant ou du kafil.

420. La décision judiciaire de recueil légal est reconnue de plein droit sur le territoire français, sans formalité particulière, dès lors que sa régularité internationale n'est pas contestée¹¹⁷⁸. Ainsi, le droit français reconnaît la kafala et les droits qui en découlent dès lors que les makfouls mineurs d'origine algérienne ou marocaine vivent sur le territoire français avec leur kafil¹¹⁷⁹. Mais comment traduire les droits et obligations des kafils en droit français ?

Les conditions relatives au kafil sont prévues à l'article 118 du Code de la famille algérien. Le futur titulaire du droit de recueil légal doit être « musulman, sensé, intègre, à même d'entretenir l'enfant recueilli et capable de le protéger ». Le kafil peut être un homme ou une femme, il peut être marié, veuf, divorcé ou célibataire. Si le futur kafil est marié, il faut le consentement de l'autre époux.

¹¹⁷⁵ Malika BOULENOUAR AZZEMOU, « Recueil légal (*kafâla*) et droit(s) positif(s) », *Jurisclasseur Droit de la famille*, janv. 2009, p. 17 à 21.

¹¹⁷⁶ Article 117 du code de la famille algérien.

¹¹⁷⁷ Enfant recueilli en kafala.

Ainsi, la kafala ne confère pas une généalogie, ni un droit successoral.

¹¹⁷⁸ Cass. Req., 3 mars 1930, S. 1930, 1, p. 377, arrêt Hainard, généralisant le principe énoncé dans l'arrêt Bulkley, (Cass. Civ., 28 février 1860 : S. 1860, 1, p. 210).

En principe, il n'est pas nécessaire de demander l'exequatur de la décision judiciaire prononçant la kafala. Or, il se peut que certains la sollicitent. De ce cas, le contrôle exercé par le tribunal de grande instance varie selon qu'il existe ou non une convention avec le pays dont émane la décision de recueil légal. Toutefois, l'exequatur ne permet pas de mentionner celui-ci sur les registres de l'état civil, dès lors qu'il ne crée pas de lien de filiation et n'affecte pas l'état des personnes.

http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf

¹¹⁷⁹ Il existe un contentieux quant à l'obtention de visas auprès des consulats en Algérie et au Maroc. Les délais d'octroi des visas sont extrêmement longs, de trois à six mois au minimum. Les magistrats distinguent les demandes de visas pour les enfants recueillis par kafala formulées par les ressortissants étrangers régies par l'accord bilatéral des demandes « long séjour » formulées par un ressortissant français (qui est toujours binational selon les constatations du consulat) devant obligatoirement être musulman pour bénéficier de ce recueil. L'entrée en France d'un enfant recueilli par cette voie relève de la procédure de regroupement familial pour les enfants algériens, et d'un visa classique pour les enfants marocains. Le Conseil d'État a clairement défini le cadre du pouvoir d'appréciation des autorités consulaires en la matière et sanctionne systématiquement les refus d'octroi de visa, sur la base d'une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée. Le Conseil d'État affirme que l'intérêt de l'enfant est de vivre auprès de la personne qui a reçu la délégation de l'autorité parentale (CE n° 337091, 13 juillet 2010). L'obtention d'un visa ne change pas la qualité des kafils, ils continuent d'être des tiers. Ils n'ont pas plus de droits sur l'enfant recueilli.

<http://www.senat.fr/questions/base/2008/qSEQ08040202S.html>

§2 : Statut de la Kafala en droit français

421. A quoi peut-on comparer la Kafala en droit français ? Dans un premier temps, à la demande des adoptants qui ont vu dans la kafala un véritable vivier d'enfants adoptables, les magistrats français ont accepté de traiter la kafala comme une adoption. (A) Mais en application de l'article 370-3 du code civil issu de la loi du 6 février 2001, ils n'ont pu l'assimiler qu'à une délégation d'autorité parentale ou à une tutelle. (B)

A/ Avant la loi du 6 février 2001

422. La kafala est considérée comme étrangère au droit français, bien qu'elle soit reconnue par la Convention internationale des droits de l'enfant que la France a ratifiée¹¹⁸⁰. En effet, la CIDE ne fait pas de l'adoption une règle générale. Elle l'admet à la condition qu'elle offre des garanties, en particulier dans le cadre international. La présence de cette institution en France a conduit les magistrats français à procéder à une assimilation de la situation juridique de la kafala à une situation juridique de droit français le plus proche possible¹¹⁸¹. Pendant de nombreuses années, ils l'ont, à la demande des adoptants, assimilée à l'adoption, ce qui n'était pas la meilleure assimilation puisque l'une établit un lien de filiation – l'adoption – alors que l'autre – la kafala – l'interdit. Mais la réelle contestation résulte du fait que certains juges ont transformé des kafalas en adoptions puisque ces transformations ont nié l'existence juridique même de la kafala. La nature même de cette institution était changée ; les kafils perdaient leur statut de tiers pour devenir des parents.

423. En 1984, la Cour de cassation¹¹⁸² a posé un principe selon lequel les conditions et les effets de l'adoption sont régis par la loi nationale des adoptants ; tandis que la loi de l'adopté définit simplement les conditions de forme et de fond du consentement à l'adoption¹¹⁸³. En application de cette jurisprudence, le contenu du

¹¹⁸⁰ La Convention internationale des Droits de l'Enfant (CIDE) est un traité international adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies, le 20 novembre 1989. La France a été le 2e pays européen après la Suède, à ratifier cette convention, le 7 août 1990.

Sur CIDE voir https://www.unicef.fr/sites/default/files/userfiles/02_CIDE_QU'EST-CE_QUE_C_EST.pdf
L'article 20-3 de la CIDE énonce : « cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafala de droit islamique, de l'adoption ou en cas de nécessité de placement dans un établissement pour enfant approprié ». www.droitsenfant.com/cide.html

¹¹⁸¹ L'assimilation ne signifie ni introduction de cette pratique dans le droit français ni reconnaissance juridique.

¹¹⁸² 1^{re} Civ., 7 novembre 1984, n° 83-12.897, Bull., I, n° 294. Arrêt Tolet.

¹¹⁸³ « Les conditions comme les effets de l'adoption sont régis, lorsque l'adoption est demandée par une seule personne, par la loi nationale de celle-ci, la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du

consentement donné doit alors être apprécié indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté. Cette position a permis aisément la transformation de la kafala en adoption. Ainsi, la Cour de cassation, dans l'arrêt Fanthou¹¹⁸⁴, a précisé que « deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas, ou prohibe, cette institution, à la condition qu'indépendamment des dispositions de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, dans le cas d'adoption en forme plénière, du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens entre le mineur et sa famille par le sang ou les autorités de tutelle de son pays d'origine ». L'arrêt Lenoir¹¹⁸⁵ a estimé valable le consentement à l'adoption simple du représentant légal, donné par décision judiciaire, du mineur né de parents inconnus et recueilli sous kafala. Certains juges du fond procédaient à une distinction entre l'adoption plénière, créatrice d'un lien de filiation, et l'adoption simple, qui ne créerait qu'une prise en charge éducative¹¹⁸⁶. Ils admettaient ainsi que le consentement des parents d'origine à la kafala n'autorisait pas l'adoption plénière mais pouvait être assimilé à un consentement à l'adoption simple¹¹⁸⁷. Cette analyse ne faisant pas l'unanimité, certains juges ont accepté de retenir la possibilité de reconversion d'une kafala en adoption plénière¹¹⁸⁸. Par le biais de ces assimilations, les kafils devenaient des adoptants, changeant ainsi leur statut de tiers en statut de parents. La circulaire

consentement ou de la représentation de l'adopté ; lorsque le consentement à l'adoption par un français d'un enfant étranger ne précise pas en considération de quel type d'adoption il a été donné, ce consentement vaut pour l'une et l'autre des formes d'adoption que connaît le droit français ».

¹¹⁸⁴ 1^{re} Civ., 10 mai 1995, n° 93-17.634, Bull., I, n° 198. Toutefois, les personnes dont le statut personnel prohibe l'adoption ne peuvent pas adopter.

Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, « Rejet de la requête en adoption plénière d'un enfant marocain, sa loi nationale ne connaissant pas une telle institution », Recueil Dalloz 1995, p. 544 ; Françoise MONEGER, « Adoption internationale. Loi personnelle de l'enfant adopté prohibant l'adoption », Revue de droit sanitaire et social 1995, p. 606 ; Horatia MUIR-WATT, « De l'adoption d'un enfant que sa loi personnelle prohibe », *Revue critique de droit international privé* 1995, p. 547.

¹¹⁸⁵ Civ. 1^{re} 16 décembre 1997, Rev. Crit. DIP 1997, 433, note H Muir Watt ; JCP 1997.II. 10816, note T. Garé.

¹¹⁸⁶ C. Neirinck, J. cl. civ., V° Filiation adoptive, Généralités, Art. 343 à 370-2, fasc. 10, 2003, n° 64 s.

¹¹⁸⁷ Voir, par exemple, CA Besançon, 23 février et CA Toulouse, 22 novembre 1995 : Juris-data n° 1995-051518.

¹¹⁸⁸ CA Aix en Provence, 25 mars 1999, n° JurisData 1999-042765.

Toutefois, les juges ont exigé le changement de nom de l'enfant adopté par kafala, l'acceptation écrite de l'adoption des trois autres enfants légitimes des adoptants, indiquant précisément qu'ils connaissaient l'existence des effets de l'adoption plénière donné par le conseil de famille algérienne. Les juges ont ainsi considéré que « les autorités publiques algériennes avaient consenti à l'adoption plénière en connaissance des effets attachés à cette institution en France ». Ils ont aussi invoqué l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment la nécessité de lui donner une famille.

Yamina HOUHOU, *La Kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, op.cit, p. 32-33.

ministérielle du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale¹¹⁸⁹ a condamné fermement cette position, en rappelant que les adoptions simple et plénière créent un lien de filiation et par conséquent le consentement à la kafala ne peut pas être assimilé au consentement à l'adoption, même si cette dernière est simple.

424. Face au manque d'unité de la jurisprudence et face à la multiplication des polémiques, le législateur est venu apporter une clarification sur la question en 2001. En effet, la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale venait compléter la Convention de la Haye en permettant une autre adoption internationale plus "libre". Elle a inséré au titre VIII du livre Ier du code civil, un chapitre III, intitulé Du conflit des lois relatives à la filiation adoptive et de l'effet en France des adoptions prononcées à l'étranger¹¹⁹⁰. L'alinéa 2 de l'article 370-3 du code civil dispose que *« l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France »*. Cette loi *« est venue consacrer une solution contraire, répondant ainsi aux nombreuses critiques qui reprochaient à la solution de la jurisprudence de mépriser à ce point la loi nationale de l'enfant et de conduire à des adoptions boiteuses, c'est-à-dire à des adoptions non reconnues dans le pays d'origine de l'enfant »*¹¹⁹¹.

B/ Depuis la loi du 6 février 2001

425. Certains magistrats, répondant aux critiques des milieux adoptifs, ont résisté aux prescriptions de l'article 370-3 du code civil – au point même de l'ignorer pour transformer une kafala en adoption¹¹⁹² -, alors que d'autres en faisaient une application stricte¹¹⁹³. En conséquence, la Cour de cassation est intervenue et a rendu deux arrêts de

¹¹⁸⁹ Circulaire du 16 février 1999 : JO, 2 avril 1999 ; D. 1999, Lég. p. 217 ; Rev. crit. DIP 1999 p. 586. La même analyse se retrouve dans le rapport de G. Gouzes, Pour une éthique de l'adoption internationale, Rapport au Premier ministre, Doc. fr. 2001, p. 146.

L'interprétation très large faite au nom de l'intérêt de l'enfant par des juges du fond quant au consentement à l'adoption entraîna une intervention du ministère de la Justice

¹¹⁹⁰ Article 370-3 à 370-5 du code civil.

¹¹⁹¹ MF. MBALA, « Adoption internationale : lorsque le pays d'origine prohibe l'adoption », Recueil Dalloz 2004, p 459.

¹¹⁹² Notamment : Deux arrêts de cours d'appel ont prononcé l'adoption simple d'un mineur recueilli en Kafala. CA Reims, 2ème ch. civ., 2 déc. 2004 : Juris-Data n° 2004-264675 ; CA Toulouse, 1ère ch. 2, 15 févr. 2005 : Juris-Data n° 2005-272818.

¹¹⁹³ Notamment: CA Reims, ch. civ., 4 déc. 2003, B. : Juris-Data n° 2003-232219 ; CA Metz, 1re ch., 21 janv. 2003 ; O. c/ Ministère public : Juris-Data n° 2003-216682.

principe le 10 octobre 2006¹¹⁹⁴, rappelant fermement que la kafala n'est pas une adoption. A la suite de ces arrêts, les juges se sont pliés à la règle¹¹⁹⁵.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans la décision Harroudj c. France du 4 octobre 2012¹¹⁹⁶ qui concernait l'arrêt du 25 janvier 2009¹¹⁹⁷, a conforté cette analyse, en affirmant que la kafala, institution du droit islamique qui prohibe l'adoption, était reconnue par les conventions internationales comme se distinguant de l'adoption mais assurant une protection adaptée à l'enfant, tenant compte

¹¹⁹⁴ Civ. 1ère, 10 oct. 2006, n° 06-15.264 et n° 06-15.265, Bull. civ. I n°431.

¹¹⁹⁵ Cf. notamment : Civ.1ère, 9 juillet 2008, n° 0720279 ; 1^{re} Civ., 25 février 2009, n° 08-11.033. ; Civ. 1ère, 15 décembre 2010, n° 09-10.439 ; Civ. 1ère, 15 décembre 2010, n° 09-10.439 : « *C'est sans méconnaître l'intérêt primordial de l'enfant, ni établir de différence de traitement au regard de sa vie familiale, ni compromettre son intégration dans une famille, qu'une cour d'appel, après avoir relevé que la règle de conflit de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil qui renvoie à la loi personnelle de l'adopté, est la traduction, en droit interne, des règles édictées par la Convention de La Haye du 29 mai 1993 qui dispose, notamment dans son article 4 a), que l'adoption ne peut être prononcée que si l'enfant est adoptable, constate que l'article 46 du code de la famille algérien interdit l'adoption, tandis que l'article 116 de ce même code définit la kafala comme l'engagement bénévole de prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection de l'enfant comme le ferait un père pour son fils, et rejette la requête en adoption, dès lors que la kafala, expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, préserve son intérêt supérieur* ».

D. Boulanger, Droit international privé notarial, JCP n° 30 Septembre 2011, 1256 ; Ch. Chalas, *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, Juillet 2011, 10 ; M. Farge, *Encore le refus de métamorphoser une kafala en adoption*, Droit de la famille n° 4, Avril 2011, comm. 62 ; J. Gallois, *La Cour de cassation persiste et signe : la kafala n'est pas synonyme d'adoption*, RLDC, février 2011, p. 49 ; Th. Garé, *Le refus de transposer la kafala en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux*, JCP G 14 Mars 2011, 301 ; Th. Garé, *Kafala : le rejet de l'adoption n'est pas contraire aux engagements internationaux de la France*, RJPF mars 2011, p. 32 A. Gouttenoire, Droit des mineurs- juin 2010 - juin 2011, *Recueil Dalloz* 2011 p. 1995 ; B. Haftel, *Kafala : le fait de n'avoir aucune filiation n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant*, AJ Famille 2011 p. 101 ; V. Parisot, *Refus de prononcer l'adoption d'un enfant recueilli par kafala et préservation de l'intérêt supérieur de cet enfant*, Petites affiches, 29 novembre 2011 n° 237, p. 5.

Par conséquent, même abandonné de façon définitive et irrévocable, même sans filiation établie, même confié par les autorités étrangères à des Français dans l'espoir d'une adoption en France, un enfant de statut prohibitif, recueilli dans le cadre d'une kafala, ne peut être adopté en France.

Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26161.

¹¹⁹⁶ CEDH Harroudj contre France, 4 octobre 2012, n°43631/09 ; D. 2012 p. 2392 ; JCP G., 2012, 1945, obs. G. Gonzalez ; Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 8 octobre 2012, obs. N. Hervieu ; Dalloz actualité, 17 octobre 2012 obs. M. Kebir ; AJF 2012, p. 546, obs. A. Boiché.

¹¹⁹⁷ Civ. 1^{er}, 25 févr. 2009, Bull. civ. I, n° 41 ; D. 2009. 730, obs. V. Egéa, et 1918, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; AJF. 2009. 170, obs. A. Boiché ; RTD civ. 2009. 308, obs. J. Hauser ; Gaz. Pal 2009, n° 120, note F. Guerchoun ; Dr. fam., 2009, com. 82, obs. M. Farge ; JCP G, 2009, II, 10072, note A. Gouttenoire ; Civ. 1^{re}, 15 déc. 2010, n° 09-10.439 ; Juris-Data n° 2010-023881, Dr. fam., avril 2011, com. 62, obs. M. Farge ; Dalloz actualité, 11 janvier 2011, obs. C. Siffrein-Blanc.

A. Boiché, « L'impossibilité d'adopter un enfant recueilli par kafala ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant », AJ Famille 2009 p. 170 ; V. Egea, « Kafala : préservation de l'intérêt de l'enfant », Recueil Dalloz 2009 p. 730 ; M. Farge, *Le refus de métamorphoser une kafala en adoption n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant recueilli*, JCP G, 18 Mars 2009, act. 136 ; M. Farge, « La Cour de cassation refuse d'atténuer la conception abstraite de l'intérêt de l'enfant retenue par le législateur », Droit de la famille n° 6, Juin 2009, comm. 82 ; E. Fongaro, Droit international et européen, JCP G 27 Juillet 2009, 181 ; Th. Garé, « Kafala : le rejet de l'adoption n'est pas contraire aux engagements internationaux de la France », RJPF mai 2009, p. 24 ; A. Gouttenoire, « Les enfants interdits d'adoption : la Cour de cassation refuse le recours aux droits fondamentaux », JCP G, 29 Avril 2009, II 10072 ; J. Hauser, « Le temps et la filiation : la kafala et l'intérêt de l'enfant », RTDCiv. 2009 p. 308 ; F.Jault-Seseke, « Droit international privé - janvier 2009 - février 2010 », Recueil Dalloz 2010, p. 1585 ; J. Massip, Defrénois, 15 juin 2009 n° 11, p.1156 ; E. Pouliquen, « Adoption et kafala : deux institutions incompatibles », RLDC mai 2009, p. 44.

de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique¹¹⁹⁸. Ainsi, conformément à la CEDH, le refus d'adoption d'une enfant recueillie au titre de la kafala n'est pas contraire au respect de la vie familiale de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme. De plus, la Cour a souligné qu'il n'existe pas de consensus entre les États contractants ni sur les effets de la kafala ni sur l'adoption d'un enfant au statut personnel prohibitif¹¹⁹⁹. Dans le même sens, dans l'arrêt Chbihi Loudoudi et a. c/ Belgique du 16 décembre 2014¹²⁰⁰, la Cour européenne a refusé d'imposer aux États l'obligation de prononcer l'adoption des enfants recueillis en Kafala. Elle a admis, certes, que les relations entre l'enfant et les bénéficiaires de la Kafala sont constitutifs d'une vie familiale, au motif que « les deux premiers requérants s'occupent comme des parents de la troisième requérante depuis qu'elle leur a été confiée par Kafala en 2002, alors qu'elle avait sept ans, et que tous les trois vivent ensemble, depuis lors, d'une manière qui ne se distingue en rien de la « vie familiale » dans son acception habituelle. [...] Par ailleurs, elle a accepté, avec les requérants, que la persistance des liens entre l'enfant et sa famille d'origine n'exclut pas l'existence d'une vie familiale avec d'autres personnes »¹²⁰¹. Mais la Cour européenne privilégie la vie familiale de fait sans exiger que celle-ci fasse l'objet d'une reconnaissance juridique¹²⁰².

¹¹⁹⁸ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/integralite_avis_classes_annees_239/2012_416_0/17_decembre_2012_01200010_4469/avocat_general_25095.html

¹¹⁹⁹ Alain DEVERS, « Les manifestations de l'ordre public », Droit de la famille n° 9, sept. 2015, dossier 47.

¹²⁰⁰ CEDH, 16 déc. 2014, n° 52265/10 : JurisData n° 2014-031877 ; AJF 2015, p. 47, E. Viganotti.

¹²⁰¹ Adeline GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », Droit de la famille n° 7-8, juillet 2015, chron. 2.

La cour précise qu'il ne s'agissait pas pour les autorités belges de reconnaître une situation juridique créée à l'étranger comme dans l'arrêt Wagner et JMWL c/ Luxembourg du 28 juin 2007 (CEDH, 28 janv. 2007, n° 76240/01 : RTD civ. 2007, p. 738, J.-P. Marguénaud) car si la Kafala valablement établie au Maroc a créé un lien juridique entre les requérants, cette institution n'existant pas en Belgique, l'adoption que sollicitaient ces derniers constituait une situation juridique nouvelle.

Dans l'arrêt Wagner, une ressortissante luxembourgeoise a adopté une petite fille péruvienne alors âgée de trois ans, qui avait été déclarée abandonnée, cette adoption étant validée par un jugement péruvien du 6 novembre 1996. Un an plus tard, elle a intenté une procédure civile pour que la décision péruvienne soit déclarée exécutoire au Luxembourg et que l'enfant puisse être inscrite sur les registres d'état civil et puisse acquérir la nationalité luxembourgeoise. Estimant que le jugement d'adoption péruvien avait été rendu en contradiction avec l'article 367 du code civil selon lequel une femme célibataire ne peut adopter plénièrement, le tribunal d'arrondissement rejeta la demande d'exequatur de la requérante. Cette décision a été confirmée par la cour d'appel puis la Cour de cassation.

La ressortissante luxembourgeoise a alors intenté une action devant la CEDH, reprochant aux tribunaux civils luxembourgeois de ne pas avoir examinés son argument tiré de la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie familiale), la privant d'un procès équitable. Bien que reconnaissant que "le refus par les tribunaux luxembourgeois d'accorder l'exequatur du jugement péruvien résulte de l'absence dans la législation luxembourgeoise de dispositions permettant à une personne non mariée d'obtenir l'adoption plénière d'un enfant", la CEDH a considéré que ce refus représentait bien une "ingérence" dans le droit au respect de la vie familiale de la requérante et de sa fille adoptive.

http://www.legalnewsnotaires.com/index.php?option=com_content&view=article&id=182138&catid=944:nocategorise&Itemid=230

Le droit français ne connaissant pas le recueil légal, il convient de permettre à l'enfant et à la personne qui le prend en charge de bénéficier d'un cadre juridique – différent de celui de l'adoption – traduisant les effets de la mesure prononcée à l'étranger. Mais à quoi peut-on assimiler la kafala en droit français, si on ne peut l'assimiler à l'adoption ? Deux qualifications sont possibles, dans certaines situations la kafala est assimilée à une délégation d'autorité parentale ; dans d'autres elle est assimilée à une tutelle¹²⁰³.

426. Dans un arrêt du 27 novembre 2003, la Cour d'appel de Versailles a précisé que la kafala est assimilable à une délégation d'autorité parentale¹²⁰⁴. Elle rappelle que « *l'adoption, qu'elle soit plénière ou simple, crée un lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté* », a jugé que la kafala « n'instaure aucun lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté, même si les enfants recueillis peuvent prendre le nom des titulaires du recueil légal », qui « s'apparente à un transfert de l'autorité parentale et n'équivaut pas à une adoption simple ». De plus, le Conseil d'État l'a souvent assimilée à une délégation d'autorité parentale dans certaines de ses décisions¹²⁰⁵.

La Kafala a également été assimilée à la tutelle, notamment par la garde des sceaux – Rachida Dati – lors des débats au Sénat le 21 août 2008¹²⁰⁶. Jean-Marie Plazy – professeur de droit à l'université de Bordeaux – cependant a précisé que « *la kafala se caractérise par sa simplicité, la tutelle française par la rigueur institutionnelle* »¹²⁰⁷. Or, la tutelle semble assez conforme à la situation de l'enfant placé dans un orphelinat en Algérie ou au Maroc.

Gérard GONZALEZ, « Kafala ici ou là ? », La Semaine juridique édition générale n° 3, 19 janvier 2015, 63.

¹²⁰² Adeline GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », op.cit.

Cette tendance de la Cour européenne de privilégier la vie familiale de fait s'est déjà remarquée à propos des enfants nés de gestation pour autrui. Cf. supra n° 327.

¹²⁰³ La mission adoption internationale du ministère des Affaires étrangères rappelle ainsi que « le recueil légal de droit musulman dit kafala pour les pays du Maghreb ne peut être assimilé tout au plus qu'à une tutelle ou à une délégation d'autorité parentale qui cesse à la majorité de l'enfant. Cette institution musulmane ne peut en aucune façon être comparée à une adoption, simple ou plénière, laquelle emporte création d'un lien de filiation, ce qui est totalement proscrit par la Charia et par la législation familiale en vigueur notamment au Maroc et en Algérie ». <http://www.france.diplomatie.fr/MAI/abcedaire/k.html>

¹²⁰⁴ CA Versailles, 27 novembre 2003, n° 2003-05159 ; Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2009, n° 0810034)

¹²⁰⁵ CE 28 décembre 2007 n°303956 et n°304202 - 9 novembre 2007 n°27 9743 - 7 mars 2007 n°285679 et n°288637.

¹²⁰⁶ Rachida Dati a précisé que « la kafala peut être assimilée en France à une tutelle » pour les enfants abandonnés, sans filiation connue ou orphelins.

¹²⁰⁷ Jean-Marie PLAZY, « La recherche d'équivalent : la tutelle », *Jurisclasseur Droit de la famille*, janv. 2009, p. 22 et s.

427. L'arrêt du 4 décembre 2013 rendu par la Cour de cassation¹²⁰⁸ est un arrêt fondamental en matière de kafala¹²⁰⁹. Cet arrêt est à l'origine de la circulaire du 22 octobre 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France¹²¹⁰. Cette dernière est venue clarifier la situation juridique en France des enfants ayant fait l'objet d'une mesure de « kafala » dans leur pays d'origine et mettre ainsi fin à une jurisprudence abondante.

Par cet arrêt, la Cour de cassation précise que dans le cas d'enfants ayant une filiation établie¹²¹¹, le recueil légal produit des effets semblables à ceux d'une délégation d'autorité parentale totale ou partielle¹²¹² et permet ainsi au juge aux affaires familiales d'ordonner une délégation d'autorité parentale¹²¹³. Cette assimilation permet de protéger la relation découlant de la kafala¹²¹⁴. Cependant la kafala ne peut pas être assimilée à la délégation d'autorité parentale quand l'enfant a été abandonné ou est orphelin.

De plus, elle dispose que dans le cas d'enfants abandonnés, sans filiation connue ou orphelins, le recueil légal produit en France des effets comparables à ceux d'une tutelle qui serait ouverte au motif que l'enfant n'a pas de filiation légalement établie ou que ses parents sont décédés¹²¹⁵. Le recueillant ayant été désigné pour prendre en charge l'enfant, sa situation est semblable à celle d'un tuteur¹²¹⁶.

428. Enfin, certains parlementaires, ont tenté de faire sauter l'interdiction de recourir à l'adoption. Ainsi lors de l'examen en première lecture par le Sénat du projet

¹²⁰⁸ Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26161.

¹²⁰⁹ « Et attendu qu'il ressort des énonciations de l'arrêt que la filiation de l'enfant à l'égard de sa mère était établie, que le consentement de celle-ci à l'adoption n'avait pas été recueilli, et que les époux X seulement que l'enfant avait été déclaré « délaissé » (...) ; qu'il en résulte que, la mère de l'enfant n'ayant pas perdu ses droits d'autorité parentale, le conseil de famille ne pouvait, faute de constatation de l'impossibilité pour celle-ci de manifester sa volonté, valablement consentir à l'adoption de l'enfant ».

¹²¹⁰ Circulaire du 22 octobre 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France
NOR :JUSC1416688C.

¹²¹¹ Pour les enfants abandonnés ou orphelins l'assimilation de la kafala à la délégation d'autorité parentale n'est pas envisageable. La délégation suppose qu'il y ait une autorité à déléguer des parents. Or pour ces enfants, il n'y a pas de parent et de ce fait pas de délégation possible.

¹²¹² Cour d'appel de Paris, Pôle 1 - Chambre 1, 9 juin 2011, n° RG 10/18164 ; Cour d'appel de Paris, Pôle 1 - Chambre 1, 16 octobre 2012, n° RG 11/23072.

http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf

¹²¹³ Cour d'appel d'Agen, 1^{re} chambre, 3 février 2011, n° RG 10/01541.

http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf

¹²¹⁴ Adeline Gouttenoire et Marie Lamarche, « La recherche d'équivalent : l'autorité parentale », Dr famille 2009, dossier 9.

¹²¹⁵ http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf

http://www.gisti.org/IMG/pdf/circ_jusc1416688c.pdf

¹²¹⁶ http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf

de loi relatif à l'immigration, en juin 2006, des sénateurs UMP¹²¹⁷ ont déposé plusieurs amendements relatifs à la situation des enfants en kafala, dont l'un visait l'abrogation de l'interdiction de l'adoption¹²¹⁸. De même en janvier 2007, lors de l'examen du projet de loi relatif à la protection de l'enfance, la députée socialiste Patricia Adam a défendu avec vigueur un amendement visant à introduire à l'alinéa 2 de l'article 370-3 du Code civil, le mot « plénier » sitôt après le mot « adoption », de manière à permettre aux juges français de prononcer l'adoption simple¹²¹⁹. Ces amendements n'ont pas été approuvés par le gouvernement. Par conséquent, deux possibilités de réformes plus convaincantes se dessinent. La première consisterait à réécrire l'article 370-3 du code civil, afin de ne plus faire du statut prohibitif de l'enfant ou des adoptants un obstacle à l'adoption, comme ont pu le faire les législateurs belge et espagnol¹²²⁰, mais n'est-ce pas un manque de respect de la décision internationale qui interdit l'adoption en prononçant la kafala ? La seconde consisterait à reconnaître juridiquement cette pratique, sans pour autant en changer la nature. Ainsi, la simple insertion de la kafala dans le droit français – par le biais d'une définition précise – simplifierait les analyses. Les familles de fait peuvent être introduites dans le droit de la famille à travers une simple définition ; cette introduction étant plus complète qu'une assimilation, même si elle ne permet pas l'obtention de droits, qui est la première demande de ces familles. En droit français, la kafala peut servir de modèle, plus que l'adoption.

429. Actuellement, les kafils ont un statut de tiers aménagé puisqu'ils ont des droits propres à leur qualité ; mais dans les faits ils sont considérés comme les parents de l'enfant. Toutefois, ce statut qui semblait figé, puisqu'ils n'avaient pas la possibilité d'accéder au statut de parent, grâce au recours à l'adoption, a été modifié et l'adoption est devenue possible lorsque certaines conditions sont remplies. La vraie pression sur la

¹²¹⁷ Alain MILON et Jean-René LECERF.

¹²¹⁸ Marie-Christine LE BOURSICOT, « La kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation », In *Droit et culture*, 59, 2010-1, p. 283-302.

¹²¹⁹ Marie-Christine LE BOURSICOT, « La kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation », op.précit.

¹²²⁰ Marie-Christine LE BOURSICOT, « La kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation », op.précit.

« L'article 361-5 du Code civil belge issu de la loi du 6 décembre 2005 prévoit que l'enfant recueilli régulièrement en kafâla par des ressortissants belges ou des personnes résidant en Belgique est autorisé à entrer dans ce pays ; le prononcé de son adoption, simple ou plénier est possible aux mêmes conditions que pour tout enfant étranger, les adoptants devant quant à eux remplir celles requises pour une adoption internationale. Dès lors, leur démarche doit avoir été autorisée par le « jugement d'aptitude à adopter ». L'enfant recueilli en kafâla bénéficie ainsi en Belgique des garanties qui lui sont refusées en France. En Espagne, pays qui ne connaît qu'une seule forme d'adoption, la plénier, le prononcé de l'adoption d'un enfant recueilli en kafâla est possible ».

Kafala vient du manque d'enfants adoptables en Europe, ce qui incite à rendre adoptables les enfants qui ne le sont pas.

SECTION 2 : LA RECONNAISSANCE EN FRANCE DES DROITS DES KAFILS

430. Le droit peut s'adapter aux faits. Cette adaptation est effective en ce qui concerne les familles kafalites. D'une part, elle est toujours effective en matière de droits parentaux reconnus aux kafils en qualité de tiers. (§1) D'autre part, elle peut être effective si certaines conditions sont remplies, par le biais de l'adoption. (§2)

§1 : Les kafils détenteurs de l'autorité parentale

431. Les kafils sont considérés comme les parents de l'enfant aux yeux de tous mais ont la qualité de tiers aux yeux du droit. Ils vivent avec l'enfant, s'occupent de lui au quotidien, se définissent comme parents mais ont des droits limités sur ce dernier. Les familles kafalites sont interdites de parenté, alors qu'elles ne sont pas issues d'une fraude -contrairement aux familles incestueuses, polygames ou issues d'une GPA-. Néanmoins, conformément à la jurisprudence européenne rendue le 22 avril 1997¹²²¹, ces familles qui jonglent entre le fait et le droit peuvent invoquer la vie familiale de facto. La vie familiale est une notion autonome¹²²². A travers cette jurisprudence, la Cour européenne admet que la simple apparence de parenté est constitutive de la vie familiale ; même si elle n'est pas de droit, elle n'en demeure pas moins reconnue par le droit.

432. Dans le cas d'enfants ayant une filiation établie, le juge aux affaires familiales peut ordonner une délégation d'autorité parentale. Ainsi, les kafils sont qualifiés de tiers dignes de confiance, au même titre que les grands-parents, beaux-parents ou autres membres de la famille. Même si le législateur ne les nomme pas précisément dans sa législation relative à la délégation d'autorité parentale, ils peuvent être concernés par

¹²²¹ CEDH, 22 avril 1997, X, Y et Z contre Royaume-Uni.

¹²²² La technique de la notion autonome permet d'élargir le champ d'application.

cette mesure¹²²³. Dans le cas d'enfants abandonnés, sans filiation connue ou orphelins, les kafils ont les mêmes droits qu'un tuteur. Le droit français distingue les parents des tiers ; ainsi si une personne n'a pas la qualité juridique de parent – c'est-à-dire si elle n'a pas de lien de filiation établi à l'égard d'un enfant – elle est un tiers. Par conséquent, les personnes qui ont recueilli un enfant en kafala, se trouvant dans l'interdiction d'établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant, ont la qualité de tiers, bien qu'ils aient les droits d'un tuteur ou d'un délégataire. Ils sont ainsi détenteurs d'une véritable autorité parentale ! De plus, ils sont des tiers privilégiés car d'une part ils peuvent se voir attribuer des droits sociaux complémentaires aux droits parentaux¹²²⁴. Néanmoins, une tendance favorable à l'adoption se dessine en faveur des kafils.

§2 : Les kafils parents par adoption

433. L'acquisition de la nationalité française par déclaration, conformément aux dispositions de l'article 21-12 du code civil, ouvre une perspective de recours à l'adoption plénière (A). Cependant, la seule possibilité d'adoption qui n'est pas discutable est l'adoption simple de l'enfant majeur (B).

A/ Adoption et acquisition de la nationalité française

434. Ne créant pas de lien de filiation, la kafala est sans effet sur la nationalité. Les familles de nationalité française concernées par la kafala, conformément à la loi, doivent attendre l'écoulement d'un délai de 3 ans pour faire acquérir leur nationalité à l'enfant par déclaration devant le juge d'instance. En effet, conformément à l'article 21-12 du code civil, l'enfant qui, depuis au moins trois ans, a été recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française, peut réclamer la nationalité française.

¹²²³ Cf. infra n°452 à 458.

¹²²⁴ Certains tiers n'ont pas à charge l'enfant ; de ce fait, ils ne peuvent pas bénéficier de ces droits sociaux. « Si certains droits à prestations sont justifiés par le lien familial, d'autres sont attribués sur le fondement d'éléments d'ordre affectif et économique synthétisés dans la notion de charge. La personne à la charge de l'assuré social se voit donc reconnaître des droits à prestations, de même que le bénéficiaire d'une prestation peut se voir attribuer des droits au regard de la composition du foyer. Le *makfoul* peut ainsi être ayant droit du *kafil* de même que le *kafil* peut voir ses droits augmentés en considération de la présence du *makfoul* dans son foyer. » La notion de charge se trouve dans la branche maladie, dans la branche vieillesse et dans la branche famille. Maryse BADEL, Olivier PUJOLAR, « Kafala et droits sociaux », Droit de la famille n° 1, janvier 2009, dossier 5.

Toutefois, le changement de nationalité de l'enfant ne suffit pas à le rendre adoptable, puisqu'il faut tenir compte de l'article 370-3 alinéa 2 du code civil et de l'article 348-2 du code civil.

435. L'article 21-12 du code civil a été créé par loi n° 93-933 du 22 juillet 1993. Dans sa rédaction initiale, le législateur précisait que l'obtention de la nationalité française pour l'enfant recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou confié au service de l'aide sociale à l'enfance était possible, et cela sans exigence particulière quant au nombre d'année vécu sur le territoire français. La condition de délai est le fruit de la réforme du 26 novembre 2003, qui est venue préciser que l'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou qui, depuis au moins trois années, est confié au service de l'aide sociale à l'enfance peut réclamer la nationalité française. La récente réforme du 14 mars 2016 a abaissé ce délai de 5 ans à 3 ans. Désormais, l'article 21-12, alinéa 3, 1° du code civil dispose « peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française : 1° L'enfant qui, depuis au moins trois années, est recueilli sur décision de justice et élevé par une personne de nationalité française ou est confié au service de l'aide sociale à l'enfance ». Cette mesure est sans doute à rapprocher des récents développements portant sur la circulaire Taubira¹²²⁵. Cette réduction de délai a été pensée pour les enfants issus d'une GPA, mais elle est, par extension, applicable aussi aux enfants recueillis en kafala. Ainsi, l'enfant recueilli en kafala qui a vécu 3 ans sur le territoire français a de fortes chances de voir sa requête en demande de nationalité française accordée par les tribunaux.

Cet article reconnaît un droit propre à la nationalité française, fondé non pas sur la filiation mais sur l'effectivité de la vie en France. La Cour de cassation a précisé que la notion de recueil n'implique pas que l'enfant ait rompu tous liens avec sa famille d'origine, elle a ajouté que l'enfant doit être effectivement recueilli et élevé en France et qu'il ne doit pas s'agir d'un recueil épisodique, avec résidence alternative en France et dans le pays d'origine¹²²⁶. Les juges font une application au cas par cas de cet article. L'acte de kafala ne suffit pas à établir, à lui seul, que l'enfant est recueilli et élevé en France. Il faut encore vérifier si telle est bien la situation en l'espèce.

¹²²⁵ CE, 12 déc. 2014, n° 366710, n° 365779, n° 366989, n° 367317, n° 368861 et n° 367324, Assoc. Juristes pour l'enfance et a. : JurisData n° 2014-030462 ; Dr. Famille 2015, alerte 13, j. Couard ; Dr. Famille 2015, comm. 30, C. Neirinck.

¹²²⁶ Cour cassation, avis n° 01200010 du 17 décembre 2012, demande n° 1200013.

436. L'acquisition de la nationalité est une condition nécessaire mais insuffisante pour solliciter l'adoption de l'enfant recueilli en kafala. En effet, elle doit être combinée avec le recueil du consentement à l'adoption¹²²⁷. Les recueillants doivent ainsi disposer d'un document comportant un consentement parental éclairé à l'adoption. Sur cette question, la jurisprudence est subtile ; la question semble dépendre exclusivement de l'appréciation du caractère éclairé du consentement par les juges du fond¹²²⁸.

Dans un arrêt du 4 décembre 2013¹²²⁹, la Cour de cassation a rappelé que les conditions de l'adoption de l'enfant devenu français étaient régies par la loi française conformément à l'article 3 du code civil, excluant ainsi l'application de la loi étrangère. Cette position est conforme à l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 4 octobre 2012 Harroudj contre France. En effet, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a considéré que l'acquisition de la nationalité française permettait à l'enfant d'être adopté lorsqu'il a été recueilli par une personne de nationalité française et « *qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, la France qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leurs pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante* »¹²³⁰.

Pour déterminer quelle est la personne habilitée à consentir à l'adoption et la forme du consentement qu'elle doit donner, il convient de se référer à la loi de l'adopté¹²³¹. L'enfant recueilli par kafala ayant acquis la nationalité française par déclaration, il convient donc d'appliquer les articles 348 et suivants du code civil¹²³². Le recueil du consentement des parents d'origine imposé par la loi française conduit alors à distinguer la situation de l'enfant abandonné ou orphelin de celle où ses parents d'origine sont connus et vivants.

¹²²⁷ Cass. 1re civ., 18 juill. 2000 : RJPF janv. 2001, p. 43, note M. C. Le Boursicot. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond pour avoir décidé qu'une adoption prononcée sans le recueil préalable du consentement à l'adoption des représentants légaux de l'enfant était contraire à l'ordre public.

¹²²⁸ Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Droit de la famille », La semaine juridique édition générale n° 1-2, 13 janvier 2014, doct. 43.

¹²²⁹ Civ. 1ère, 4 décembre 2013, n° 12-26.161 : JurisData n° 2013-027970 ; JCP G 2014, doct. 43, n° 6, obs. H. Bosse-Platière.

¹²³⁰ Circulaire du 22 octobre 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France, NOR : JUSC1416688C.

http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf

¹²³¹ Lorsqu'un individu a plusieurs nationalités dont la nationalité française, celle-ci est seule prise en considération par les juridictions françaises. Civ. 1ère 17 juin 1968, Bull n° 175.

¹²³² Article 348 à 349 du code civil.

L'article 348 du code civil dispose que « *Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption. Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, s'il a perdu ses droits d'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit* ». Ainsi, lorsque les parents de l'enfant recueilli en kafala devenu français sont connus et vivants, ils sont habilités à donner le consentement à son adoption.

En revanche, lorsque l'enfant est orphelin ou abandonné, c'est au conseil de famille de donner le consentement à l'adoption. En effet, l'article 348-2 du code civil précise que « *lorsque les père et mère de l'enfant sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou s'ils ont perdu leurs droits d'autorité parentale, le consentement est donné par le conseil de famille, après avis de la personne qui, en fait, prend soin de l'enfant. Il en est de même lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie* ». Les juges de la Cour de cassation ont précisé, dans un arrêt rendu le 4 décembre 2013, que « *le consentement de l'adoption ne peut être donné par le conseil de famille que lorsque les père et mère de l'enfant sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou s'ils ont perdu leurs droits d'autorité parentale ou encore lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie* »¹²³³.

437. Une fois la nationalité française obtenue, le consentement à l'adoption recueilli, le prononcé de l'adoption de l'enfant placé initialement en kafala n'est pas systématique puisque « la solution ne dépend pas de la seule constatation de l'acquisition de la nationalité française mais suppose l'examen d'une situation concrète relevant de l'office du juge du fond »¹²³⁴. Tout est question d'espèce.

Ainsi la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt rendu le 17 novembre 2010, que « *l'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait justifier un état civil et une filiation conférés par fraude à la loi, étant observé en outre que l'enfant, de nationalité marocaine et résidant au Maroc, reste titulaire d'un acte de naissance marocain* »¹²³⁵. En l'espèce, plutôt que de s'exposer à un probable rejet d'une demande d'adoption, les recueillants d'un enfant confié en Kafala avaient décidé de se livrer à une fausse déclaration

¹²³³ AJ Famille 2014, p. 180, A. Boiché.

¹²³⁴ Civ. Avis, 17 décembre 2012, n° 12-00013.

¹²³⁵ Civ. 1^{re}, 17 novembre 2010, n° 09-68399, FS-P+B+I: JurisData n° 2010-021412: JuirisData n° 2012-032704; Cass. Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.161. Dans son arrêt rendu le 4 décembre 2013, la Cour de cassation concrétise l'avis du 17 décembre 2012. La Cour indiquait l'absence d'obstacle de principe à l'adoption d'un enfant étranger recueilli par kafala et devenu français par la suite, à charge cependant pour les juges du fond d'apprécier si les conditions de l'adoption plénière étaient bien réunies et si celle-ci était de l'intérêt supérieur de l'enfant compte tenu des circonstances de l'espèce.

d'accouchement pour contourner l'obstacle. Cette manœuvre frauduleuse ne pouvait qu'être sanctionnée par les juridictions¹²³⁶. Si les mentions relatives aux parents dans un acte de naissance sont facultatives, il est en revanche interdit de désigner comme tels ceux qui ne le sont pas. Dans cette affaire, la femme avait été désignée comme mère alors qu'elle n'avait pas accouché¹²³⁷ ; il s'agit d'une fraude similaire aux cas des mères d'intention dans la GPA. L'invocation de l'article 8 de la CEDH par les époux, comme celle de l'article 3 de la CIDE, ne pouvait qu'être inopérante¹²³⁸. En effet l'annulation de l'acte de naissance frauduleux de l'enfant n'avait aucune incidence sur sa prise en charge par les époux puisque celle-ci résultait de la kafala.

438. Lorsque toutes les conditions sont remplies – acquisition nationalité française, conditions de l'adoption réunies et particulièrement le recueil du consentement à l'adoption, intérêt de l'enfant respecté –, et lorsque les juges du fond ont apprécié la situation in concreto¹²³⁹, ces derniers peuvent obtenir l'adoption de l'enfant qui leur a été initialement confié en kafala¹²⁴⁰. L'adoption peut être simple – révocable – ou plénière – irrévocable –. Contrairement à la kafala qui permet de mettre fin au lien qui les unit aux enfants, les adoptants ne pourront plus rompre leur lien de filiation à l'égard des enfants une fois que l'adoption plénière aura été prononcée par le juge français. Thierry Garé a ainsi souligné que l'accès à la nationalité française reste la seule voie permettant l'adoption plénière d'un enfant recueilli dans un pays de régime prohibitif¹²⁴¹.

¹²³⁶ Marie-Christine LE BOURSICOT, « Quand l'interdiction d'adopter les enfants recueillis en kafala conduit à des fausses déclarations à l'état civil », RJPF n° 2, février 2011, p. 13.

¹²³⁷ Cette fraude est sanctionnée par le code pénal à l'article 227-13.

¹²³⁸ Claire NEIRINCK, « L'intérêt supérieur de l'enfant ne valide pas les fraudes », Droit de la famille n° 1, janvier 2011, comm. 7.

¹²³⁹ Une Cour d'appel a confirmé un jugement rejetant une requête en adoption simple d'une enfant, au motif qu'elle était étrangère et mineure au moment de la requête en adoption, et devenue française et majeure seulement en cours de procédure. Cour d'appel de Versailles, 1^{ère} ch. 1^{ère} sect., 5 avril 2012, n° 11/08532.

¹²⁴⁰ Exemples, Cour d'appel de Paris, 15 février 2011, Pôle 3, chambre 6, n° RG 10/12718 ; Cour d'appel de Douai, chambre 7, section 1, 05/04/2012, n° RG 11/02964.

La cour d'appel de Douai, dans deux arrêts du 5 avril 2012, a prononcée l'adoption simple de deux enfants nés de parents inconnus nés à l'étranger recueillis sous kafala, ayant acquis depuis la nationalité française. Le consentement à l'adoption a été donné par le conseil de famille dans le cadre de l'article 348-2 du Code civil, après audition des deux mineurs dont l'un âgé de plus de 13 ans par la cour d'appel, pour confirmer le consentement donné sur le fondement de l'article 360 du code civil.

¹²⁴¹ Thierry GARE, « Retour sur l'adoption des enfants de statut personnel », RJP Fam. avril 2005, p. 23.

« Pour sortir de l'impasse, à supposer que rien, malgré les nombreuses tentatives, y compris d'origine parlementaire, en ce sens, ne vienne atténuer cette position dogmatique de la loi française, reste la solution qui se dessine de plus en plus : prononcer une adoption plénière lorsque l'enfant a changé de statut personnel, autrement dit est devenu français. Cela revient a priori à appliquer la théorie du conflit mobile et nécessite qu'un conseil de famille constitué en France consente à cette adoption en lieu et place des parents d'origine de l'enfant ».

B/ Adoption simple et majorité

439. L'article 370-3 du code civil ne concerne que les adoptés mineurs. Ainsi la question de l'enfant recueilli en kafala ou celle de l'enfant dont la loi personnelle prohibe cette institution est posée en terme différents lorsque celui-ci est devenu majeur. Toutefois une seule forme d'adoption est alors envisageable: l'adoption simple. L'adoption d'un majeur n'est soumise qu'à trois conditions : le consentement du majeur, même s'il n'a pas la nationalité française¹²⁴², le respect de l'écart générationnel¹²⁴³, et une requête en adoption reposant sur un rapport affectif¹²⁴⁴. Au contraire de l'adoption plénière, l'adoption simple par des Français ne confère pas à l'adopté la nationalité française. Lorsque ces conditions sont remplies l'adoption simple est donc possible.

440. Pour la Cour de cassation, la prohibition de l'adoption par la loi personnelle de l'adopté majeur est sans incidence sur sa validité¹²⁴⁵. En effet l'adoption d'un majeur et soumise aux seule conditions que fixe la loi personnelle de l'adoptant. Il suffit donc que l'adopté y consente. Son acceptation traduit alors la réalité du lien crée entre le kafil et lui. Ce statut permet aux juges de mieux contrôler ces familles.

¹²⁴² Article 360 alinéa 4 du code civil : « Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, il doit consentir personnellement à l'adoption. »

¹²⁴³ Article 344 du code civil: « Les adoptants doivent avoir quinze ans de plus que les enfants qu'ils se proposent d'adopter. Si ces derniers sont les enfants de leur conjoint, la différence d'âge exigée n'est que de dix ans.

Toutefois, le tribunal peut, s'il y a de justes motifs, prononcer l'adoption lorsque la différence d'âge est inférieure à celles que prévoit l'alinéa précédent ».

¹²⁴⁴ Lorsque le rapport affectif entre l'ascendant et le descendant fait défaut, et que l'adoption repose par exemple sur un rapport de subordination ou sur un intérêt exclusivement financier, la requête en adoption ne peut être accueillie.

Rapport de subordination : CA Paris, 6 févr. 1996, 95.11804 : JurisData n° 1996-021088 ; Dr famille 1996, comm. 8, 1re esp., obs. P. Murat.

Intérêt exclusivement financier : Cass. 1re civ., 16 oct. 2001, n° 00-10.665 : JurisData n° 2001-011281; Dr famille 2002, comm. 41, obs. P. Murat.

¹²⁴⁵ Cass. 1re civ., 6 avril 2011, n° 10-30.821, FS+P+B+I: JurisData n° 2011-005584; Dr Famille 2011, comm. 98, obs. C. Neirinck; Dr Famille 2013, comm. 67, obs. C. Neirinck.

CONCLUSION DU SOUS-TITRE 1

441. Il ne faut pas confondre autorité parentale et filiation. La première assure la prise en charge de l'enfant et peut faire l'objet d'une délégation partage, alors que la seconde l'inscrit dans une famille, le nomme et détermine sa nationalité¹²⁴⁶.

442. Les membres de la famille, dans l'octroi des droits parentaux, sont privilégiés mais le droit veille à ne pas mélanger les places, à ne pas engendrer une confusion des générations¹²⁴⁷ ; c'est le même raisonnement que pour l'inceste.

443. Les grands-parents sont de plus en plus concurrencés par les beaux-parents, qui trouvent leur place grâce à l'alliance. Cette concurrence vient renforcer la difficulté en matière d'octroi des droits parentaux. En ouvrant l'adoption au conjoint homosexuel, le législateur a entendu les revendications des couples homosexuels qui veulent partager l'enfant en couple. Ainsi, grâce à ce mécanisme juridique le beau parent, simple parent de fait à l'origine, accède à la parenté de droit. Cette adoption révèle que le beau parent veut plus qu'une reconnaissance, il veut prendre la place des parents. Or, le droit actuel de la famille privilégie les parents dans le rôle d'éducation et d'entretien des enfants. Ainsi permettre à tous les beaux-parents d'accéder à ces fonctions serait abusif et ne servirait pas nécessairement l'intérêt de l'enfant. Il faut mettre en œuvre un droit souple qui maintient les parents dans leurs droits et laisse une place de droit au beau parent. Il ne faut pas évincer l'un au profit de l'autre.

444. A l'heure où la principale difficulté de l'adoption réside dans le faible nombre d'enfants adoptables, s'est développée une réserve de plus en plus convoitée : celle des enfants confiés en kafala. Actuellement, ceux qui se voient confier un enfant en kafala sont des tiers privilégiés, détenteurs d'une véritable autorité parentale. Cependant un rapport de plus en plus étroit semble s'établir entre la kafala et l'adoption qu'elle prohibe cependant. L'évolution jurisprudentielle permet de comprendre que ceux qui prétendent obtenir des droits parentaux veulent en réalité prendre la place des parents. Ainsi, l'instauration d'une pratique semblable à la kafala en droit français, qui prendrait la

¹²⁴⁶ Claire NEIRINCK, « L'adoption plénière par l'épouse de la mère : la marée noire de l'appel », op.cit.

¹²⁴⁷ Daniel FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », Droit de la famille 2003, n° 29.

« L'adoption modifie l'ordre familial, la place juridique de chacun : elle conduit souvent à avantager une ligne sur l'autre, rompt l'égalité qui existait jusque-là au sein d'une même catégorie de parents puisque l'un d'eux acquiert une autre qualité, modifie les hiérarchies qui existaient jusque-là (...) ».

forme d'une « délégation-tutelle-adoption » calquée sur la kafala mais qui ne porterait pas le nom de kafala car le législateur français ne peut instituer une pratique musulmane¹²⁴⁸, limiterait les incompréhensions juridiques. Cependant elle serait insatisfaisante pour les kafils. L'accès à la parenté est de plus en plus convoité car même ceux qui n'y prétendaient pas il y a quelques années commencent à y prétendre.

¹²⁴⁸ A propos de la kafala, cf. Philippe MALAURIE, Hugues FLUCHIRON, *Droit civil*, op.cit, p. 553. Note de bas de page n° 23 : « Plutôt que de dénaturer la loi étrangère, la solution serait, en France, de créer un « statut du tiers » ouvert à tous ceux qui souhaitent prendre en charge un enfant : une kafala à la française ».

SOUS-TITRE 2: LES TIERS NON PRIVILEGIES

445. Nous appelons "tiers non privilégiés" ou "tiers non statutaires" des tiers qui n'ont ni lien d'alliance ni lien de parenté établis entre eux et ceux qui composent le foyer où vit l'enfant. On recense parmi eux : les partenaires ou concubins du parent de l'enfant¹²⁴⁹, les amis de la famille, les voisins. Cette liste est non exhaustive. Il existe une multiplication des tiers car même si les partenaires sont stables ils peuvent se succéder¹²⁵⁰. Cette étude s'attache aux seuls partenaires et concubins du parent de l'enfant. Monsieur Laurent Toulemon, directeur de recherches à l'institut national d'études démographiques, a indiqué que les membres de ces familles pouvaient vivre « à distance », sans cohabiter nécessairement sous le même toit¹²⁵¹. La communauté de vie entre le tiers non statutaire et l'enfant, qui peut être aussi bien permanente qu'occasionnelle, est un critère déterminant dans l'exercice de la parentalité. C'est précisément parce que ces tiers vivent avec l'enfant qu'ils peuvent participer à son éducation et à son entretien. Cette participation est moindre que celle des parents, mais elle est possible. La parentalité –de nature factuelle- n'apporte rien de nouveau à ces

¹²⁴⁹ Une confusion existe car on utilise le même vocable de beaux-parents pour deux situations juridiques et factuelles différentes. La langue anglaise distingue le beau parent par alliance -parent in law- du beau parent par parenté -step-parent-. Ainsi, ces deux beaux-parents qui ne remplissent pas les mêmes fonctions ne sont pas confondus.

Il n'existe pas d'obligation alimentaire pour le « beau-parent non marié ».

Entre concubins, il n'y a pas de partage légal des frais liés à la vie quotidienne, ils s'organisent comme ils le veulent

Entre partenaires liés par PACS, l'article 515-4 du code civil précise que l'aide doit être proportionnelle à leur faculté respective

¹²⁵⁰ Un parallèle peut être fait avec la polygamie successive.

¹²⁵¹ www.senat.fr/rap/r05-388/r05-38817.html

tiers, qui se trouvent dans une situation de non-droit. Tel est le cas notamment du parrainage civil¹²⁵². Ce grand absent du code civil n'est finalement qu'une illusion juridique. Pour les tiers non privilégiés, l'accès à la filiation, même fictive, est limité ; la seule possibilité pour eux de devenir parent est de faire jouer la possession d'état (Chapitre 2) Ainsi, ces tiers n'ont de « garantie » que dans la prise en charge de l'enfant organisée par le droit qui peut leur confier l'exercice de l'autorité parentale, à titre exceptionnel (Chapitre 1).

¹²⁵² A l'origine, il s'agissait pour les parents de religion chrétienne de choisir un homme et une femme pour assurer l'éducation religieuse de leur enfant. A partir du 3^e ou 4^e siècle, la mortalité étant élevée, les parents cherchèrent avant tout des soutiens pour leur enfant. Le parrainage dit civil, selon les bases historiques, serait apparu à l'époque de la Convention (1792-1795) sur l'initiative de Robespierre. Rachel GUIDONI, « Le parrainage civil : une pratique française revisitée », Ateliers, 28/2004, mis en ligne le 6 avril 2010,

<http://ateliers.revues.org/8452>

www.parrainage.net/ndaf.htm

www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1507

Le parrainage civil, également appelé baptême républicain, permet de désigner lors du cadre religieux un ou plusieurs parrains ou marraines à l'enfant. Cela n'a pas de valeur légale, il ne s'agit pas d'un lien contractuel. C'est purement symbolique.

Qu'est-ce que le parrainage de proximité ? Toute famille qui se sent fragilisée ou sans soutien familial peut faire appel à un parrain ou à une marraine pour l'aider dans l'éducation et le développement de son enfant. Cela se met en place dans l'intérêt de l'enfant à la demande des parents, pour une durée en moyenne de 4 ans. Un projet individualisé est élaboré. social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/charte_parrainage-2.pdf .

CHAPITRE 1 : CE QUE LE DROIT PERMET: UN ROLE DE NATURE PARENTALE

446. Le tiers non privilégié peut exercer certains droits et devoirs sur l'enfant, demandés soit par les parents (Section 1) soit par ces tiers en raison de leur compétence (Section2).

SECTION 1 : A L'INITIATIVE DES PARENTS

447. Le tiers non statutaire n'a pas l'autorité parentale ni de devoir financier pour l'entretien ou l'éducation de l'enfant dont il partage la vie. Son rôle de pur fait relève de la bienveillance. En revanche, il peut se voir déléguer l'autorité parentale dans certaines situations, si les parents font une démarche en ce sens. (§1) De plus, il est envisagé de mettre en place un mandat d'éducation quotidienne. (§2) Dans ces deux situations, le tiers n'usurpe pas le parent, il n'est qu'un relais plus ou moins occasionnel.

§1 : Droit positif : la délégation d'autorité parentale

448. Les parents peuvent déléguer l'autorité parentale à un tiers non statutaire. Le plus souvent, ce tiers est la personne qui vit avec le parent de l'enfant. Dans la délégation volontaire, les parents demeurent titulaires de l'autorité parentale mais sont, dans cette hypothèse, dépossédés de son exercice au profit du tiers (A); alors que dans la délégation partage, parents et tiers exercent ensemble cette autorité (B).

A/ La délégation volontaire dite classique

449. Si le partenaire¹²⁵³ de même sexe ou de sexe différent se comporte comme le parent social de l'enfant avec lequel il vit et assume les responsabilités quotidiennes qui sont celles d'un parent, il ne peut être investi des droits de l'autorité parentale, qui découlent de l'établissement d'un rapport de filiation. Ainsi, le beau-parent n'a pas l'administration légale sur l'enfant. Il n'a pas à charge la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants. De plus, il n'a pas à assumer les dettes grevant la succession recueillie par l'enfant en tant qu'elles auraient dû être acquittées sur les revenus¹²⁵⁴. Mais il est fréquent que des tiers non privilégiés participent à l'éducation et à l'entretien de l'enfant avec lequel ils vivent, alors même qu'ils n'ont aucune autorité parentale sur ce dernier. Elever les enfants des autres relève de la conscience, de la moralité ou de l'affection; en aucun cas d'une obligation légale. Le droit, à travers la délégation d'autorité parentale, appréhende indirectement cette situation de manière restrictive.

450. La délégation de l'autorité parentale trouve son origine dans la loi du 24 juillet 1889¹²⁵⁵. La loi du 4 juin 1970 a maintenu la nécessité d'un jugement confié au juge aux affaires familiales. La réforme du 4 mars 2002¹²⁵⁶ a rendu la délégation possible quel que soit l'âge du mineur et ne la subordonne plus à la remise du mineur au tiers délégataire.

451. L'alinéa 1 de l'article 377 du code civil dispose que « *les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance* ». Ainsi, seuls les parents, ensemble ou séparément, peuvent demander au juge aux affaires familiales d'accorder la délégation volontaire, lorsque les circonstances l'exigent¹²⁵⁷. Un des parents ne peut pas

¹²⁵³ En l'espèce, « partenaire » est un terme générique qui fait indifféremment référence au concubin et au partenaire. Le partenaire peut être un homme ou une femme.

¹²⁵⁴ Article 385 du code civil.

¹²⁵⁵ Patrick COURBE, Adeline GOUTTENOIRE, *Le droit de la famille*, op.cit, p. 518.

¹²⁵⁶ D. AUTEM, « La nouvelle physionomie de la délégation de l'autorité parentale », RJPF 2003-1/6 ; Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT et Pierre MURAT, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », Dr. Fam. 2003. Chron. 1.

Avant la réforme du 4 mars 2002, la procédure était particulièrement lourde et supposait un abandon de l'enfant par les parents.

¹²⁵⁷ Les parents ne peuvent demander une délégation à leur simple convenance.

« évincer » l'autre parent au profit de son nouveau partenaire. En effet, dans le cas d'un exercice conjoint de l'autorité parentale, les deux parents doivent consentir à la délégation¹²⁵⁸. Les parents demeurent titulaires de l'autorité parentale mais sont dépossédés de son exercice au profit du tiers délégataire. Le juge doit préciser quels sont les droits dont l'exercice est confié à ce dernier. A défaut de précision, la délégation est totale et porte sur l'ensemble des prérogatives découlant de l'exercice de l'autorité parentale. Seul le droit de consentir à l'adoption ne peut jamais être délégué¹²⁵⁹. La délégation est provisoire. Cette mesure peut être totale ou partielle. Elle peut prendre fin ou être transférée par un nouveau jugement, à condition qu'il y ait des circonstances nouvelles. Les intéressés doivent déterminer les modalités au regard de leur situation familiale. Lorsque la délégation prend fin, les parents se voient restituer les prérogatives déléguées.

Dans les situations d'exercice unilatéral¹²⁶⁰, le parent peut consentir seul à être dépossédé de tout ou partie de son autorité ; l'autre parent devant être informé en application de son droit de surveillance.

L'exercice de l'autorité parentale est lié à la filiation. Ainsi un tiers ne peut bénéficier d'un exercice en commun de l'autorité parentale qui n'est qu'une modalité d'exercice d'un droit attaché à la qualité de parent. Si un droit de visite peut lui être accordé, il doit être justifié par l'intérêt de l'enfant¹²⁶¹.

TGI Versailles, JAF, 06 mai 2004, JurisData n° 2004-247619 « *la délégation d'autorité parentale a été instituée par les articles 376 et 377 du code civil pour les seuls cas où les circonstances l'exigent et dans l'intérêt de l'enfant : elle n'est pas à la disposition des parents* ».

¹²⁵⁸ CA Paris, 05 mars 1968, JCP G II 15639.

¹²⁵⁹ Article 377-3 du code civil : « Le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est jamais délégué ».

¹²⁶⁰ Ce n'est qu'à titre exceptionnel que l'exercice de l'autorité parentale peut être exercée par un seul parent, notamment en cas d'alcoolisme, de violence, d'éloignement géographique des parents ou de risque d'enlèvement. L'article 373-2-1 du code civil précise que le juge aux affaires familiales peut, si l'intérêt de l'enfant le commande, confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.

Celui qui n'exerce pas l'autorité parentale bénéficie toutefois d'un droit de visite et d'hébergement

Ce droit peut être supprimé pour motif grave.

Article 373-2-1 al. 2 du code civil.

Sont considérés comme motifs graves qui peuvent faire obstacle au droit de visite et d'hébergement : les risques d'enlèvement d'enfant, de violences ou encore d'attouchements et de sévices sexuels.

L'inconfort du logement de l'époux non gardien (Rioms, 13 janvier 2004, n° 0094/2003), sa séropositivité (Douai, 27 avril 2000, JuiData n° 117432.212. Paris, 23 juin 1994, JurisData n° 021560), son incarcération, son homosexualité ou sa transsexualité ne font pas nécessairement obstacle à l'exercice du droit de visite et d'hébergement.

La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007a ajouté que lorsque la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec ce parent l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser ce droit de visite dans un lieu de rencontre ad hoc. Article 373-2-1 al. 3 du code civil.

¹²⁶¹ Article 371-4 du code civil.

Claire NEIRINCK, « Un droit de visite de visite accordé à l'ex-compagne de la mère justifié par un projet de coparentalité antérieurement partagé », Droit de la famille n° 6, juin 2014, comm. 99.

452. Les tiers non statutaires qui bénéficient de la délégation d'autorité parentale continuent d'être des tiers car ni le critère d'alliance ni le critère de parenté n'est rempli. Toutefois, leurs droits sont plus importants. A travers ce mécanisme, le juge effectue un contrôle sur ces familles de fait.

B/ La délégation partage

453. La délégation partage, introduite par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, figure à l'article 377-1 du code civil¹²⁶². A la différence de la délégation classique, ce dispositif permet au beau-parent de participer à l'exercice de l'autorité parentale sans qu'aucun des deux parents ne perde ses prérogatives¹²⁶³. L'accord des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, pour entraîner le partage de cette dernière, est subordonné à une décision du juge aux affaires familiales. Ces conditions se révèlent assez contraignantes¹²⁶⁴ et de ce fait les mesures de délégation sont rarement mises en

CA Rouen, 3 avr. 2014, n° 13/03333 : JurisData n° 2014-007171.

Rappel des faits : deux jeunes femmes unies par un pacte civil de solidarité ont élaboré ensemble un projet de coparentalité. Alexandra, qui a accouché, est désignée comme la mère de l'enfant, alors que Sarah, même si elle a participé au projet, a la simple qualité de tiers. La demande d'exercice conjoint de l'autorité parentale est irrecevable, car les deux femmes ne sont mariées. En revanche, la Cour d'appel de Rouen accorde un droit de visite et d'hébergement non médiatisé et progressif à Sarah. Cette solution est discutable car la Cour donne à un tiers, qui n'a pas vécu de manière stable et durable avec l'enfant, qui n'a pas pourvu à son éducation et qui n'a pas noué avec lui des liens affectifs et durables puisque le couple s'est séparé alors qu'il avait huit mois, un droit de visite et d'hébergement identique à celui qu'elle aurait accordé à un parent à la suite d'une séparation. Comment justifier un droit de visite aussi important au profit d'un tiers alors qu'il n'a été procédé à aucune évaluation préalable de l'intérêt de l'enfant ? Pour la cour d'appel, il s'agit d'assurer la réalisation d'un « projet de co-parentalité » grâce auquel l'enfant était né avec « deux mamans ». Or la coparentalité n'est pas une notion juridique rappelle très justement Madame Neirinck. « Cette décision non juridique ne sert que les adultes et contribue à la réification des enfants. Peut-on réellement penser qu'un rapport d'affection réciproque pourra se tisser peu à peu entre l'adulte justement frustrée et l'enfant obligé de rencontrer une femme qui n'est rien pour lui ? »

¹²⁶² Article 377-1 du code civil modifié par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 : « La délégation, totale ou partielle, de l'autorité parentale résultera du jugement rendu par le Juge aux affaires familiales. Toutefois, le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père ou mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. La présomption de l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants ou le délégataire. Le juge peut être saisi des difficultés que l'exercice partagé de l'autorité parentale pourrait générer par les parents, l'un d'eux, le délégataire ou le Ministère public. Il statue conformément aux dispositions de l'article 373-2-11. »

¹²⁶³ Etude de législation comparée n° 196, avril 2009, le statut du beau-parent, p. 1.

¹²⁶⁴ D'une part, le parent s'oppose souvent à cette mesure car « le beau-parent [est] toujours regardé avec méfiance (...) en raison du risque de captation de la mission parentale ». Marie-Laure DELFOSSE-CICILE, *Le lien parental*, Éd. Panthéon Assas, 2003, n° 312, p. 207-208.

D'autre part, on peut douter, depuis la décision de la Cour de cassation de 2010, qu'un juge admette le recours à la délégation-partage lorsque l'intervention d'un tiers n'est pas nécessaire : « si l'on considère le beau-parent comme un beau-parent et non pas comme un parent de substitution, son rôle n'est en droit qu'un rôle d'aide et de collaboration. Dès lors, son obligation ne peut être que subsidiaire : le beau-parent ne pourra être recherché que si les parents ne parviennent pas à subvenir convenablement aux besoins de l'enfant ».

œuvre. Elle ne peut se faire que pour les besoins d'éducation de l'enfant. Ni la loi ni la jurisprudence ne précise l'étendue de cette délégation : les modalités de partage sont à définir entre les parties. Le jugement qui instaure la délégation partage en détermine l'étendue, elle peut être totale ou partielle¹²⁶⁵. Pour les actes usuels, le beau parent est réputé agir avec l'accord des parents¹²⁶⁶. En revanche, le consentement exprès des parents est nécessaire pour les actes graves. Le juge aux affaires familiales arbitre les difficultés que cet exercice partagé peut engendrer. Cette délégation peut cesser du fait d'un nouveau jugement¹²⁶⁷.

454. La Cour de cassation a admis la délégation à la concubine de la mère et considère qu'« aucune disposition légale n'impose au juge de choisir, par priorité parmi les membres de la famille, le tiers à qui il délègue tout ou partie de l'autorité parentale »¹²⁶⁸. Cette délégation doit toujours être justifiée par des circonstances particulières¹²⁶⁹. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt rendu le 8 juillet 2010¹²⁷⁰. Elle a refusé le partage de l'autorité parentale en affirmant que « *si l'article 377, alinéa 1^{er}, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de*

Hugues FULCHIRON, « Autorité parentale et familles recomposées », *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller : droit des personnes et de la famille*, éd. LGDJ 1994, p. 163.

¹²⁶⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 24 février 2006, n° 04-17.090 : Jurisdata n° 2006-032294. « le prononcé d'une délégation partielle de l'autorité parentale sans précision des droits délégués n'équivaut pas au prononcé d'une délégation totale ». Cependant, une délégation partielle sans précision des droits délégués procure exactement les mêmes conséquences qu'une délégation totale dès lors que personne ne peut définir le domaine sur lequel la délégataire peut intervenir.

¹²⁶⁶ Article 377-1 du code civil al. 3 : « La présomption de l'article 372-2 du code civil est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants ou le délégataire ».

¹²⁶⁷ Article 377-2 du code civil.

¹²⁶⁸ Civ. 1^{re}, 24 février 2006, pourvoi n° 04-17.090, D. 2006. 897, note Vigneau, D. 2006. Pan. 1139, obs. Granet-Lambrechts, Dr. Fam. 2006. Comm. n° 89, obs. Murat.

La Cour a considéré que « l'article 377, alinéa 1, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère, seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

¹²⁶⁹ Dans l'arrêt rendu le 24 février 2006, la délégation partagée était justifiée par des circonstances particulières puisqu'il n'y avait pas de filiation paternelle établie et les nombreux déplacements professionnels de la mère rendaient nécessaire la prise en charge des enfants par la délégataire en cas de défaillance du parent.

« Ces droits rentrent, le plus souvent, directement en conflit avec les droits de l'autre parent de l'enfant qui s'y oppose. Ainsi, la reconnaissance d'une sorte d'exercice allégé de l'autorité parentale au profit des tiers, au seul motif qu'ils vivent avec l'enfant et l'aiment, doit permettre le contournement de ces deux obstacles que sont le recours au juge et l'autorisation de l'autre parent. Pour cette raison, le projet serait plutôt un « cheval de Troie en autorité parentale ». » Claire NEIRINCK, « Les droits des tiers, monstre du Loch Ness ou cheval de Troie », op.cit.

¹²⁷⁰ Cass. 1^{re}, 8 juillet 2010, n° 09-12.623, AJ fam. 2010. 394, obs. Chénéde, RTD civ. 2010. 547, obs.

Hauser, JCP 2010. 994, note Gouttenoire.

L'article 377 du code civil est sous contrôle de la Cour qui rejette les demandes si les conditions ne sont pas remplies. Réalité : prise en charge partagée de l'enfant, existence d'une vie commune et stable depuis plusieurs années, circonstances exigeant qu'il soit fait droit à la demande de partage de l'autorité parentale

l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant » et en relevant que les deux femmes ne rapportaient pas la preuve de circonstances particulières qui imposeraient une délégation d'autorité parentale. Dans un arrêt rendu le 10 mars 2016, la Cour d'appel de Caen a précisé que la délégation de l'autorité parentale consentie par la mère à sa compagne, dans le cadre d'un projet de famille homoparentale commun, doit prendre fin à la suite de la séparation du couple, consécutive au changement de sexe de la mère « d'intention » : tel est l'intérêt de l'enfant, « *au regard de la circonstance nouvelle que constitue la séparation entre la compagne et la mère biologique, seule titulaire de l'autorité parentale et dont l'accord est nécessaire pour maintenir la délégation* »¹²⁷¹. La jurisprudence¹²⁷², et maintenant la loi, se construisent pas sur la prise ne compte du lien de parenté mais bel et bien sur l'existence de liens affectifs.

Or, certains juges du fond¹²⁷³ adoptent une conception plus souple des conditions dans lesquelles la délégation partage peut être admise¹²⁷⁴.

¹²⁷¹ CA Caen, 10 mars 2016, n° 15/01208 : JurisData n° 2016-004282.

Hugues FULCHIRON, « Quand la co-mère devient le beau-père », Droit de la famille n°5, mai 2016, comm. 108. « Constatant que la demande de partage de l'exercice de l'autorité parentale avait à sa base un accord des deux femmes « pour un projet parental bien précis dans lequel chacune avait sa place », que cet accord n'existait plus et que les parties s'opposaient désormais totalement sur le projet de vie pour l'enfant et sur la place de l'une et de l'autre auprès de celui-ci, les juges décident de mettre fin à la délégation. Peut-être vont-ils cependant un peu loin en laissant entendre que l'accord de la mère serait « nécessaire » pour maintenir la délégation. De fait, si cet accord est une condition de base pour la mise en place d'une délégation et s'il est opportun qu'il perdure pour assurer son bon exercice (mais en cas de difficulté l'article 377-1, alinéa 3 renvoie aux dispositions de l'article 373-2-11 sur l'exercice en commun de l'autorité parentale), il n'est pas juridiquement « nécessaire » pour son maintien. Lorsqu'il est justifié de circonstances nouvelles (C. civ., art. 377-2), il appartient au juge d'apprécier, dans l'intérêt de l'enfant, si la mesure doit être remise en cause ou non. Il ne peut donc s'agir d'une révocation *ad nutum* : la responsabilité parentale n'est pas la « chose » du parent biologique ».

Si les juges ont mis fin à cette délégation partage, ils n'ont pas complètement fermé la porte des droits au nouveau beau-père puisqu'il bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement. « En ce qui concerne le droit de visite, les juges de Caen s'appuient sur la nouvelle rédaction de l'article 371-4 du Code civil : « si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables ». Selon eux, la mère ne rapporte pas la preuve d'un danger psychologique que courrait l'enfant du fait que Monsieur B. se présente désormais comme un référent masculin. Quant à l'impact du changement de sexe, rien ne permet au juge de l'apprécier concrètement ; il ne semble pas, en tout cas, que l'enfant ne souhaite plus voir l'intéressé. »

¹²⁷² Cass. 1re civ., 7 mars 1989 : D. 1989, p. 477, note J. Hauser. – Adde Cass. 1re civ., 5 nov. 2008, n° 07-20.426 : JurisData n° 2008-045679 ; RJPF 2009-2/38, obs. Th. Garé ; Defrénois 2009, p. 552, note J. Massip ; RTD civ. 2009, p. 107, obs. J. Hauser.

¹²⁷³ TGI Bayonne, 26 oct. 2011, RTD civ. 2012. 111, obs. J. Hauser.

En accordant une délégation partage totale de l'autorité parentale alors que les circonstances ne l'imposent pas, ce jugement permet d'entrevoir toutes les difficultés à venir.

455. Ces deux mesures ne rencontrent pas de vif succès auprès des familles. Elles sont possibles aussi bien pour les hommes que pour les femmes, mais elles sont préférées par les femmes. Le couple de femmes mariées a droit de recourir à l'adoption de l'enfant du conjoint alors que le couple de femmes non mariées ne peut recourir qu'à la délégation. Ceci incite donc les couples de femmes à demander l'adoption de l'enfant du conjoint. Il est donc vraisemblable que la délégation d'autorité parentale va disparaître, sauf dans l'hypothèse de la GPA quand la mère d'intention est stérile. En effet, son mari ou concubin, père géniteur reconnu par la transcription de l'acte de naissance, pourra lui déléguer et partager avec elle l'autorité parentale.

Des inquiétudes formulées par les beaux-parents persistent car la question des successions n'est toujours pas réglée. Si l'intérêt de l'enfant est de recevoir l'héritage du beau-parent, pourquoi lui refuser ou lui faire payer des frais dessus ? Le législateur est attendu sur la question de la création d'un statut de beau-parent, des revendications sont formulées à cet égard, mais rien n'est fait.

Afin de faciliter l'accès à cette mesure, il faudrait éviter l'intervention judiciaire. Ce ne serait qu'en cas de mésentente entre le beau parent et les parents que le juge interviendrait. Cet assouplissement ne serait applicable qu'aux cas de délégation partage, mesure moins lourde que la délégation volontaire. De plus, depuis la loi du 17 mai 2013, ce mécanisme, autrefois demandé pour pallier l'impossibilité pour les couples de même sexe d'établir un double lien de filiation avec l'enfant, a vu son utilisation se limiter aux cas de recompositions familiales. Il s'agit du seul instrument permettant d'opérer le positionnement juridique d'une situation de fait toujours indésirée¹²⁷⁵. La délégation partage n'est pas un démembrement d'autorité parentale laissée au bon vouloir des parties.

Claire NEIRINCK, « Délégation partage totale de l'autorité parentale entre deux partenaires », *Droit de la famille* n° 12, décembre 2011, comm. 179. « Cette décision a été favorablement perçue parce que le juge aux affaires familiales a accordé une délégation totale à la partenaire de la mère. Cependant il n'a pu le faire que parce qu'il n'a pas respecté les critères posés par le législateur. Une telle entorse est d'autant plus regrettable que la délégation était inutile ».

Le JAF de Lille a accordé une délégation de l'exercice de l'autorité parentale « croisée » à deux concubines homosexuelles pour leur enfant respectif né d'une PMA. Jugement du 11 décembre 2007, n° 06-05918, *AJ fam.* 2008. 119 ; *RLDC* 2008. 41.

¹²⁷⁴ Patrick COURBE, Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, op.cit, p. 507.

¹²⁷⁵ Bénédicte DULION « Délégation-partage et famille homoparentale », *La semaine juridique édition générale* n° 11, 12 mars 2012, p. 339.

§2 : Droit prospectif : le mandat d'éducation quotidienne

456. L'Assemblée nationale a adopté en première lecture, le 27 juin 2014, la proposition de loi sur l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant¹²⁷⁶. Cette proposition prévoit qu'un parent, avec l'accord du deuxième parent, pourra donner ce mandat d'éducation quotidienne à son conjoint, concubin ou partenaire de PACS¹²⁷⁷, afin qu'il puisse accomplir les actes usuels de l'autorité parentale¹²⁷⁸, à condition que le beau parent vive de manière stable avec l'enfant. Ce nouveau mandat, à la différence de la délégation, ne serait pas prononcé par l'autorité judiciaire¹²⁷⁹. Il consisterait en une convention privée, conclue sous seing privé ou devant notaire. Le mandat pourrait être rompu à tout moment par le parent biologique et prendrait fin automatiquement en cas de rupture ou de décès du parent. Les beaux-parents exécutent déjà, pour la majorité, ces tâches. Ce mandat viendrait légitimer ce rôle. Mais en aucun cas il ne créerait un statut de beau parent. Cette mesure a une simple portée symbolique¹²⁸⁰. Le passage devant le notaire est onéreux mais cela oblige, en quelque sorte, les parties à ne pas

¹²⁷⁶ www.gouvernement.fr/action/faciliter-la-vie-des-familles-d-aujourd-hui

¹²⁷⁷ Le rapport sur la filiation et les origines dirigé par Irène THERY recommandait que le mandat soit passé entre le parent et son conjoint, sans l'autorisation de l'autre parent. Cette idée est plus clivante.

Irène THERY et Anne-Marie LEROYER, « Les suites du rapport « filiation, origines, parentalité » », Droit de la famille, n° 9, septembre 2014, dossier 3.

L'article 10 de cette proposition de loi prévoit d'insérer dans le code civil un article 373-2-1-1, ainsi rédigé : « Art. 373-2-1-1. – Sans préjudice de l'article 372-2, le parent peut, avec l'accord de l'autre parent, donner un mandat d'éducation quotidienne à son concubin, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou conjoint avec lequel il réside de façon stable pour chacun des enfants vivant avec le couple. Le mandat, rédigé par acte sous seing privé ou en la forme authentique, permet au concubin, partenaire ou conjoint d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale pour la durée de la vie commune.

Le mandat peut être révoqué à tout moment par le mandant. Il prend fin de plein droit en cas de rupture de la vie commune, de décès du mandant ou du mandataire ou de renonciation de ce dernier à son mandat. ».

¹²⁷⁸ Le mandat d'éducation quotidienne ne concerne que la vie quotidienne : les beaux-parents sont donc exclus des décisions les plus graves.

La loi ne définit pas ces actes. Les actes usuels se distinguent des actes importants, également appelés actes non usuels. Le juge apprécie in concreto ces actes, en fonction des circonstances particulières. La jurisprudence considère certains actes comme usuels :

-une intervention chirurgicale bénigne et médicalement nécessaire pratiquée à la demande d'un parent seul ainsi que les soins médicaux de routine : TGI Paris, 6 novembre 1973.

-Une demande d'inscription, par un seul parent, de ses enfants mineurs sur son passeport : CE, 8 février 1999 ; CE 4 décembre 2002.

-La réinscription de l'enfant dans un établissement scolaire ; son inscription dans un établissement similaire ainsi que sa radiation : CA Paris, 2 octobre 2007.

¹²⁷⁹ L'article 376 du code civil prévoit qu'aucune cession ne peut avoir d'effet indépendamment d'un jugement. Or, des accords qui permettraient au beau-parent d'exercer des prérogatives parentales seraient probablement assimilés à une cession de l'exercice de l'autorité parentale. C'est pour cette raison que le mandat d'éducation quotidienne est limité aux actes usuels.

Sur cette question cf. Stessy TETARD, Quelle place juridique pour le beau parent ? », Droit de la famille, n°7-8, juillet 2013, dossier 28.

¹²⁸⁰ Il s'agit d'une attestation.

prendre le contrat à la légère. Ce contrat permet de se protéger des tiers intrusifs, et cela notamment grâce à un double contrôle effectué par les parents d'une part et le notaire d'autre part. Mais le mandat, à la différence de la délégation, fait de l'autorité parentale un droit dont les parents ont la libre disposition, un petit aménagement entre amis qui ignore totalement que l'autorité parentale est d'ordre public.

457. Ce mandat n'est pas à l'abri des contentieux entre délégants et délégataires. Cela ne peut qu'accroître le flux de la judiciarisation des conflits familiaux, alors même que le législateur tente de les alléger. La majorité des familles recomposées arrive très bien à s'organiser sans ces conventions. Avec ce mandat, la contractualisation des relations familiales est poussée à son extrême. Mais ce n'est pas parce que l'on contractualise tout que l'on est à l'abri de tout ! La reconnaissance de la place du beau parent en droit peut se faire autrement que par convention. Plutôt que de mettre en place le mandat d'éducation quotidienne imprécis et peu juridique car le mandat suppose la représentation, il faudrait insérer un article dans le code civil qui définit le beau parent – le nouveau concubin, conjoint ou partenaire du parent de l'enfant est reconnu comme un beau parent –, voire une section sur les familles recomposées.

SECTION 2 : A L'INITIATIVE DES TIERS COMPETENTS

458. Ceux que nous appelons les tiers non privilégiés peuvent être désignés comme des tiers digne de confiance soit par le Juge aux affaires familiales dans le cadre d'une séparation parentale¹²⁸¹, soit par le juge des enfants en ce qui concerne le placement en assistance éducative¹²⁸². La notion de tiers digne de confiance est une notion large. Il s'agit des personnes, parents ou non, qui s'intéressent à l'enfant.

459. En ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation des parents, la règle générale posée par la loi est que l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère, le tiers n'accomplissant que les actes usuels relatifs à la

¹²⁸¹ Articles 373-3 et 373-4 du code civil.

¹²⁸² Article 375-3 du code civil « si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier : 2° à un membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ». Le tiers digne de confiance peut être un tiers non statutaire.

surveillance et à l'éducation du mineur¹²⁸³, qui ne sont pas des actes usuels de l'autorité parentale. En effet, la notion d'acte usuel, édictée dans le code civil, n'exprime qu'une présomption qui dispense le tiers qui traite avec un parent de prouver que l'autre est d'accord. Dans l'acte usuel relatif à l'éducation et à la surveillance du mineur, il faut voir une action éducative ou de surveillance individuelle qui implique l'absence de décision du parent. En quelque sorte l'acte usuel consiste à faire ce que les parents auraient décidé eux-mêmes. Certaines juridictions de l'assistance éducative prennent le soin de préciser que le gardien sera habilité à effectuer tous les actes usuels de la vie courante des mineurs¹²⁸⁴. Pour pouvoir accomplir un acte non usuel relatif à la personne de l'enfant, le tiers non statutaire doit obtenir l'autorisation parentale. En cas de refus parental, le recours au juge par le tiers est nécessaire¹²⁸⁵. Dans le cadre de l'assistance éducative, le juge des enfants peut, exceptionnellement et dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser le tiers auquel il est confié à exercer un acte¹²⁸⁶. Le juge des enfants effectue donc un contrôle sur cet exercice et sur le comportement parental. La protection du mineur peut conduire le juge des enfants à organiser une "sorte de délégation" de l'autorité parentale au profit de la personne à qui l'enfant a été confié. Lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, le juge en organise les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires. Il peut prévoir qu'elle s'effectue dans un espace de rencontre qu'il désigne, ou avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une personne morale qualifiée¹²⁸⁷.

¹²⁸³ Article 373-4 du code civil.

¹²⁸⁴ CA Agen, 31 mars 2005, n° 04/01211 : JurisData n° 2005-272619. – CA Amiens, 31 mai 2007, n° 07/00389 : JurisData n° 2007-343320. – CA Amiens, 28 juin 2007, n° 06/04530 et n° 07/00181 : JurisData n° 2007-343487 et JurisData n° 2007-343717. – CA Amiens, 20 sept. 2007, n° 07/02019 : JurisData n° 2007-345474. – CA Amiens, 8 nov. 2007, n° 04396 : JurisData n° 2007-354010. – CA Amiens, 22 nov. 2007, n° 07/02894 : JurisData n° 2007-354605. – CA Amiens, 20 déc. 2007, n° 07/01784 : JurisData n° 2007-354484. – CA Amiens, 28 févr. 2008, n° 07/02761 et n° 07/00893 : JurisData n° 2008-358660 et JurisData n° 2008-358661. – CA Amiens, 12 nov. 2009, n° 09/02817 : JurisData n° 2009-018212. – CA Amiens, 20 mars 2014, n° 13/06439. – CA Amiens, 5 juin 2014, n° 13/04250 : JurisData n° 2014-013917. – CA Amiens, 15 juill. 2014, n° 13/06271 – CA Amiens, 15 juill. 2014, 13/07004 – CA Amiens, 25 avr. 2015, n° 14/01923.

¹²⁸⁵ Article 375-7 al. 2 du code civil : « Sans préjudice de l'article 373-4 et des dispositions particulières autorisant un tiers à accomplir un acte non usuel sans l'accord des détenteurs de l'autorité parentale, le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure ».

¹²⁸⁶ Article 375-7, alinéa 2, du code civil.

¹²⁸⁷ Article 373-2-9 du code civil.

L'article 371-4 alinéa 2, qui dispose que « *si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non* », protège l'ancienne concubine ou l'ancien concubin qui élevait l'enfant avant la rupture, ce qui est une reconnaissance des liens affectifs noués par un tiers avec l'enfant.

460. Lorsqu'un enfant est pris en charge par l'Aide sociale à l'enfance sur un autre fondement que l'assistance éducative, le Président du Conseil départemental peut décider, si tel est l'intérêt de l'enfant et après évaluation de la situation, de le confier à un tiers, dans le cadre d'un accueil durable et bénévole. Ce tiers peut être non statutaire car la loi ne précise rien. Il peut s'agir d'un beau-parent, d'un ex beau-parent, d'un ami, d'un voisin. Lorsque l'enfant pris en charge par le service de l'ASE est confié à une personne physique ou morale, une liste des actes usuels de l'autorité parentale que cette personne ne peut accomplir au nom de ce service, sans lui en référer préalablement, est annexée au projet de l'enfant. Ces droits du tiers sont très encadrés car il s'agit d'une délégation de délégation.

Le recours au tiers digne de confiance peut constituer une option de placement en assistance éducative. La seule particularité de cette mesure réside dans le caractère non professionnel de la prise en charge. Cette solution présente l'avantage indéniable de maintenir ce dernier dans son environnement habituel, de préserver ses liens d'attachement, d'éviter un déracinement provoqué par un placement institutionnel. Ainsi, l'intérêt de l'enfant, en matière de placement chez un tiers digne de confiance, n'est pas nécessairement le reflet de la volonté des parents¹²⁸⁸. L'assistance éducative ne met pas fin à l'obligation d'entretien des père et mère¹²⁸⁹. En revanche, le tiers peut demander qu'une indemnité lui soit versée¹²⁹⁰, tout comme les prestations et allocations familiales¹²⁹¹. Le tiers étant rarement informé de ces droits prestataires, il formule

¹²⁸⁸ Bastien BARET, « Tiers digne de confiance et intérêt de l'enfant », Droit de la famille n° 3, mars 2016, comm. 53.

CA Lyon, 10 juillet 2015, n° 15/00150 : JurisData n° 2015-019184.

Suite à des problèmes familiaux, un adolescent est placé chez un tiers digne de confiance. Avant cette procédure, l'enfant était déjà placé ce tiers, connu de la mère mais inconnu du père. Le père conteste ce placement. Le juge doit apprécier l'intérêt de l'enfant indépendamment de la volonté des parents. « Il apparaît important de privilégier dans l'intérêt de l'adolescent la stabilité qu'il a trouvée auprès d'une personne ressource qui lui apporte à ce jour un cadre de vie adapté à ses besoins ». Le juge n'était pas obligé de confier l'enfant à ce tiers, mais au vu des éléments, l'intérêt de l'enfant était de continuer de vivre chez ce tiers, qui lui apporte un environnement affectif.

¹²⁸⁹ Article 375-8 du code civil.

¹²⁹⁰ Aucun texte ne précise le montant de cette indemnité ; tout est question de pratique locale.

¹²⁹¹ Claire NEIRINCK, « Les recommandations du défenseur des droits en faveur du tiers digne de confiance », Droit de la famille n° 12, décembre 2014, repère 11.

rarement ces demandes. Ainsi on peut constater que lorsque l'intérêt de l'enfant le commande et sous le contrôle d'un juge, un tiers non statutaire peut se voir reconnaître un droit qui n'est pas de l'autorité parentale mais qui s'en rapproche et surtout qui s'impose aux parents.

CE, 8^e et 3^e ss sect., 15 décembre 2010, n° 334961, min c/ B : JurisData n° 2010-025898. Le Conseil d'état, dans cet arrêt, détermine le nombre de parts pour l'impôt sur le revenu des tiers digne de confiance. A l'origine de cette affaire, une situation familiale dégradée a conduit deux enfants à trouver refuge chez les parents de camarades scolaires. Le juge des enfants a ensuite ordonné le placement de ces enfants chez ces derniers en qualité de tiers digne de confiance. Le département a versé 11 euros par enfant à ces tiers pour les dépenses d'entretien et d'éducation des enfants. Cette indemnité est possible si la prise en charge des enfants recueillis est exclusive.

CHAPITRE 2 : CE QUE LE DROIT REFUSE: UN RAPPORT DE FILIATION

461. Au-delà d'une intervention qui s'apparente plus ou moins à de l'autorité parentale, les tiers non privilégiés ne peuvent aller plus loin et obtenir un rapport de filiation – même fictif – avec l'enfant qu'ils élèvent. (Section 1) Toutefois, la possession d'état et des reconnaissances de complaisance permettent de faire d'un tiers un parent. (Section 2)

SECTION 1 : IMPOSSIBLES ETABLISSEMENTS DE LA FILIATION

462. Les tiers non privilégiés voient la porte de l'établissement de la filiation par l'effet de la loi (§1) et par l'adoption (§2) fermée.

§1 : Impossibles établissements par effet de la loi

463. Par l'effet de la loi, la maternité et la paternité sont automatiquement établies. L'article 311-25 du code civil dispose que « *la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ». Cet établissement automatique ne joue donc qu'en faveur des femmes qui ont accouché. Ainsi, celle qui élève l'enfant mais qui ne l'a pas mis au monde ne peut invoquer la maternité par l'effet de la loi. Elle ne peut pas d'avantage procéder à une reconnaissance car celle-ci doit également correspondre à l'accouchement, faute de quoi elle réalise le délit d'atteinte à l'état civil de l'enfant puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende¹²⁹². Il en résulte que la maternité ne peut jamais être reconnue au profit d'une femme qui n'a pas accouché, alors que la paternité peut reposer sur une reconnaissance de

¹²⁹² Article 227-13 du code pénal.

complaisance. L'établissement automatique de la filiation paternelle, quant à lui, résulte de la présomption de paternité. L'article 312 du code civil précise que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». La présomption de paternité – mécanisme propre au mariage – ne peut être invoquée par des tiers non privilégiés puisqu'ils ne sont pas mariés avec le parent de l'enfant.

§2 : Filiation fictive fermée

464. L'adoption simple ou plénière est réservée aux couples mariés ou aux personnes seules. Les tiers non privilégiés ne peuvent devenir adoptants de l'enfant qu'ils élèvent, le droit français interdisant l'adoption de l'enfant du concubin et du partenaire¹²⁹³. Le juge français¹²⁹⁴ et le juge européen¹²⁹⁵ s'accordent sur cette règle. L'existence d'un PACS ou d'un concubinage est donc sans incidence sur l'accès à la filiation fictive en droit français¹²⁹⁶. Cependant en droit international privé, la Cour de cassation¹²⁹⁷ a validé l'adoption simple de l'enfant de la concubine.

¹²⁹³ Cf. supra n° 364.

¹²⁹⁴ La Cour de cassation précise que l'adoption simple n'est permise qu'entre conjoint, et que le consentement à l'adoption donné par la mère vaut –hors mariage– renoncement à exercer l'autorité parentale. La Cour a refusé d'assimiler la partenaire à un conjoint, refusant ainsi à la concubine homosexuelle l'adoption simple de l'enfant de sa partenaire. Civ. 1^{re}, 20 février 2007, pourvoi n° 06-15.647, D. 2007, 1047, note Vigneau; JCP 2007, 11, 10068, note C. Neirinck; Dr. famille 2007, comm. n° 80 NOTE p; Murat. AJ famille 2007, 182, obs. F. Chénéde; RTD civ. 2007, p. 325, obs. J. Hauser.

François CHENEDE, « Couple homosexuel : refus de l'adoption simple », AJ Famille 2007, p. 182.

Les hauts magistrats estiment que la délégation partielle et l'adoption simple sont antinomiques et contradictoires, puisque la première partage l'autorité parentale alors que la seconde a pour objet de la transférer au seul adoptant.

La Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence par la suite : Civ. 1^{re}, 19 décembre 2007, Bulletin civil 2007 I n° 392 ; Civ. 1^{re}, 6 février 2008, pourvoi n° 07-12948 ; Civ. 1^{re}, 9 mars 2011.

Civ. 1^{re}, 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-21369, D. 2008, p. 1028, obs. F. Luxembourg, note L. Mauger-Vielpeau; AJ famille 2008, p. 75, obs. F. Chénéde; Dr famille comm. 28, note P. Murat; RTD civ. 2008, p. 287, obs. J. Hauser; RTD civ. 2008, p. 438, obs. P. Deumier. Un autre couple de femmes a combattu devant la Cour de cassation cette interprétation de l'article 365 du code civil, soutenant qu'elle était contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour a campé sur ses positions, affirmant que la cour d'appel en refusant l'adoption simple demandée n'avait contredit aucune des dispositions de la Convention.

¹²⁹⁵ CEDH, 15 mars 2012, Gas et Dubois c/ France, n° 25951/07 : Dr. famille 2012, comm. 82, obs. C. Neirinck.

¹²⁹⁶ En revanche, onze pays européens admettent l'adoption de l'enfant du partenaire. Il s'agit de l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Slovaquie et la Suède.

CEDH, gde ch., 19 févr. 2013, n° 19010/07, X. et a. c/ Autriche : JurisData n° 2013-004791 : la non-discrimination impose de traiter à l'identique des couples hétérosexuels et homosexuels qui relèvent du même statut juridique, en particulier en ce qui concerne l'enfant.

V. notamment Claire NEIRINCK, « Adoption au sein d'un couple homosexuel non marié et violation de la vie privée et familiale », *Droit de la famille*, n° 4, avril 2013, p. 24.

¹²⁹⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21740 et pourvoi n° 09-12623.

Si le parent d'origine consent à l'adoption de son enfant par son concubin, il doit renoncer à ses propres droits. Ainsi, s'il continue à élever l'enfant avec l'adoptant(e), son consentement est nul. L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe reconnaît la qualité de beaux-parents homosexuels. Ceux qui étaient autrefois des beaux-parents, en ayant recours à l'adoption de l'enfant du conjoint, deviennent des adoptants et l'enfant devient le fils ou la fille du couple. Une partie du problème a ainsi été réglé.

465. Rien n'empêche les nouveaux couples de se marier pour accéder à l'adoption de l'enfant du conjoint, si le parent par la naissance donne son consentement à cette transformation de son rapport de parenté. Ainsi, avec les recompositions familiales, le mariage retrouve son intérêt, qui n'est pas symbolique ou religieux mais qui est parental. Le mariage permet de partager en couple parental l'enfant d'un de ses membres. La faculté d'adopter est strictement liée au mariage. Les concubins et les partenaires ne sont pas des conjoints.

SECTION 2 : ETABLISSEMENTS MENSONGERS DE LA FILIATION

466. La possession d'état (§1) et la reconnaissance (§2) sont les seuls modes d'établissement de la filiation qui peuvent être détournées de leur finalité pour permettre aux tiers non privilégiés d'accéder à la parenté.

§1 : Le recours à la possession d'état

467. Lorsque la possession d'état est invoquée dans ces hypothèses, elle est nécessairement mensongère, puisqu'elle ne correspond pas à la vérité biologique. Les établissements mensongers ne peuvent concerner que le beau-père, une belle-mère ne pouvant reconnaître l'enfant de son conjoint ou de son concubin, ce qui constituerait une simulation d'enfant pénalement sanctionnée. Ainsi, les femmes qui élèvent l'enfant

Dans le premier pourvoi, la Cour a accordé l'exequatur d'une décision américaine prononçant l'adoption simple de l'enfant de la concubine. Dans le deuxième pourvoi, elle a approuvé la Cour d'appel de Douai qui avait refusé de faire droit à une requête en délégation partagée croisée, demandée conjointement par les deux partenaires sur leurs enfants respectifs.

mais qui ne l'ont pas mis au monde ne peuvent invoquer aucun mode d'établissement de la filiation de droit commun. Ainsi, dans ces hypothèses, le droit ne se substitue au fait que pour les hommes. De plus, pour faire jouer la possession d'état ou la reconnaissance, l'enfant doit être dépourvu de filiation paternelle¹²⁹⁸.

468. « In loco parentis », qui signifie est considéré comme parent celui qui se comporte comme tel, est le fondement de la possession d'état¹²⁹⁹. L'article 311-1 du code civil permet au tiers non statutaire de devenir parent de l'enfant qu'il élève, s'il remplit les conditions de tractatus, fama et nomen¹³⁰⁰. La possession d'état ne fait office de preuve que si elle est constatée par acte de notoriété ou par jugement rendu lors d'une action en contestation d'état. La possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque¹³⁰¹. La continuité ne se comprend pas forcément comme la constance ou l'absence de conflit¹³⁰². Cela est favorable pour le concubin de la mère qui ne rencontre la mère que quelques années après la naissance de l'enfant. L'acte de notoriété fait foi de possession d'état jusqu'à preuve du contraire¹³⁰³. La constatation de cet acte est ouverte pendant cinq ans à compter de la délivrance de l'acte¹³⁰⁴. La preuve de non-conformité de la filiation à la vérité biologique peut être rapportée¹³⁰⁵. La possession d'état ne peut être frauduleuse, c'est ce que recourent les qualificatifs de paisible – elle ne doit pas être le résultat d'un coup de "force" – et publique – c'est-à-dire reconnue par tous, y compris l'Etat et les administrations –. Dans l'arrêt

¹²⁹⁸ La filiation de complaisance n'est possible que si le père biologique n'a pas reconnu l'enfant ou s'il s'est vu retirer l'autorité parentale. Seuls 6 % des enfants ne sont pas reconnus par leur père, selon le chiffre avancé par Monsieur Laurent Toulemon, directeur de recherches à l'Institut national d'études démographiques (INED). <http://www.senat.fr/rap/r05-388/r05-38859.html>

¹²⁹⁹ Article 311-1 du code civil : « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. Les principaux de ces faits sont :

1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ;

2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ;

3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ;

4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ;

5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue. »

¹³⁰⁰ Cf. supra n° 129.

¹³⁰¹ Article 311-2 du code civil.

¹³⁰² La continuité n'implique pas nécessairement une communauté de vie ou des relations constantes. Les juges apprécient si les faits qui, réunis, indiquent le rapport de filiation peuvent être relevés habituellement. Civ. 1^{re}, 3 amrs 1992 : D.1993. 133, note Massip.

¹³⁰³ Article 317 du code civil.

¹³⁰⁴ Article 335 du code civil.

¹³⁰⁵ Irène THERY (sous la dir.), Mariage de même sexe et filiation, op.cit, p. 96. La circulaire du 30 juin 2006 est venue dire que « la preuve de non-conformité de la filiation à la vérité biologique pouvait être rapportée ».

Labassée¹³⁰⁶, c'est le refus de transcrire l'acte de notoriété qui est au cœur du problème; la possession d'état a finalement bénéficié à Madame Labassée puisque pour la CEDH elle est la "mère légale".

§2 : Par reconnaissance de complaisance

469. Lorsque le partenaire ou le concubin de la mère se fait appeler papa, il obtient un titre. Comme pour la possession d'état, pour faire jouer la reconnaissance¹³⁰⁷, l'enfant doit nécessairement être dépourvu de filiation paternelle¹³⁰⁸.

470. La reconnaissance de complaisance est possible mais elle est fragile. En effet, la contestation de reconnaissance est possible¹³⁰⁹, et dans ce cas la première victime est l'enfant. En cas de conflit de paternité, le juge peut ordonner une expertise basée sur la comparaison des empreintes génétiques pour vérifier l'existence du lien de filiation. Pour épargner le plus possible l'enfant de cette fragilité juridiques, le législateur a raccourci le délai de contestation de 5 ans lorsque titre et possession d'état sont conformes et 10 ans lorsqu'ils ne le sont pas¹³¹⁰. L'article 333, alinéa 2, du code civil ainsi modifié par l'ordonnance du 4 juillet 2005 constitue un véritable piège à reconnaissance de complaisance puisque une possession d'état de cinq ans verrouille la filiation¹³¹¹. Pour le concubin ou le partenaire de la mère mieux vaut faire jouer la possession d'état que la reconnaissance.

471. De plus, les juges précisent que les candidats à la reconnaissance de complaisance doivent avoir conscience des conséquences de leur engagement. En ce

¹³⁰⁶ CEDH, 26 juin 2014, Requête n° 65941/11, Labassée contre France.

¹³⁰⁷ Article 316 du code civil : « Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance.

La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur.

Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique.

L'acte comporte les énonciations prévues à l'article 62 et la mention que l'auteur de la reconnaissance a été informé du caractère divisible du lien de filiation ainsi établi ».

¹³⁰⁸ L'enfant peut ne jamais avoir eu de père, ou avoir eu un père qui s'est vu retirer son autorité parentale.

¹³⁰⁹ Toutefois, des échecs de contestations existent en raison du défaut de preuve du caractère mensonger : notamment Civ. 1, 16 juin 1992, n° de pourvoi 90-20467 ; Civ. 1, 08 juin 1999, n° de pourvoi 97-13199.

¹³¹⁰ Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme du droit de la filiation, l'article 333, alinéa 2, dispose que « nul ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement ».

¹³¹¹ Hugues FULCHIRON, « Pot-pourri autour de la contestation de la filiation », Droit de la famille n° 3, mars 2016, étude 4.

sens, la cour d'appel de Metz, dans un arrêt du 10 novembre 2015¹³¹², dispose qu' « *en reconnaissant volontairement l'enfant de sa compagne, alors qu'il savait que cet enfant ne pouvait être le sien, puis en rétractant les engagements pris à l'égard de l'enfant découlant de l'établissement du lien de filiation, l'auteur de la reconnaissance a commis une faute qui engage sa responsabilité et l'oblige à réparer le préjudice moral qui résulte nécessairement du changement intervenu dans sa filiation paternelle ainsi que dans son nom* ». Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes le 24 mai 2011¹³¹³, les juges saisis d'une action en contestation d'une reconnaissance de complaisance se sont demandé s'ils pouvaient admettre que la possession d'état est insuffisante et dans le même temps vérifier qu'elle ne constitue pas une fin de non-recevoir ?¹³¹⁴ La réponse apportée est positive.

472. La reconnaissance par les deux membres d'un couple de même sexe est interdite par la loi¹³¹⁵. Elle ne peut bénéficier au concubin ou partenaire de la mère que si elle est crédible. Il faut que l'intéressé agisse comme le parent de l'enfant.

.

CONCLUSION DU SOUS-TITRE 2

473. Pour les situations familiales qui se coulent dans le moule du droit, la filiation ne pose pas de problème particulier. En revanche, s'il y a des tensions et /ou revendications, le droit n'est plus satisfaisant. Il s'agit certes d'une minorité mais elle ne peut être ignorée, d'autant plus qu'elle tend à devenir la norme. Les relations familiales étant de plus en plus conflictuelles et dictées par la volonté, le législateur doit composer avec.

474. Les problèmes posés sur le terrain de l'autorité parentale se distinguent de ceux posés sur le terrain de la filiation. Néanmoins le problème est identique à celui rencontré par l'accès au mariage. Quand les familles de fait accèdent au statut de famille légale,

¹³¹² CA Metz, 10 novembre 2015, n° 15/00684 et 13/02985 : JurisData n° 2015-025691.

¹³¹³ CA Rennes, 6e ch., 24 mai 2011, n° 08/05968 : JurisData n° 2011-016571.

¹³¹⁴ Claire NEIRINCK, « Contestation d'une reconnaissance de paternité et possession d'état insuffisante », Droit de la famille, n° 3, mars 2012, comm. 46.

¹³¹⁵ Article 6-1 du code civil.

elles font éclater le caractère institutionnel de la qualité qu'elles obtiennent. Le fondement du mariage a changé. La parenté reconnue à un parent n'est plus de la parenté. La question est donc de savoir si la parentalité doit remplacer la parenté et si la parentalité a pour but de consacrer un droit à l'enfant.

CONCLUSION GENERALE

475. Jean CARBONNIER a très justement précisé : « *Que s'estompe le droit de la famille : parlons plutôt d'un droit de l'homme et de la femme à la famille, c'est une forme de droit au bonheur garanti par l'Etat* »¹³¹⁶. La montée en puissance de l'individualisme conduit à des revendications de plus en plus personnelles et difficiles à satisfaire. Une conception mathématique de l'égalité est venue conforter les revendications individualistes.

476. Les familles de fait ont toujours existé; autrefois, elles acceptaient d'être absentes du droit. Quand l'alliance et la parenté étaient étroitement liées, les choses étaient claires, la famille était pérenne. Ce qui n'était pas vécu au sein du mariage n'était pas reconnu et de ce fait demeurait hors du droit. Mais l'introduction des familles de fait dans la famille de droit s'est faite progressivement. Dans un premier temps, le juge a reconnu certains droits aux concubins, partenaires avant la loi 1999. Dans un second temps, le législateur est venu encadrer ces familles en leur accordant pour certaines un statut – statut de parents par PMA pour les couples hétérosexuels, d'époux pour les

¹³¹⁶ Jean CARBONNIER, *A chacun sa famille, à chacun son droit, Essais sur les lois*, 2 éd., Defrénois, 1995, p. 185.

couples homosexuels –. Les autres n'ont bénéficié que de dispositions limitées, comme en témoignent le PACS, le "concubinage", la famille recomposée ou la famille kafalite. Certaines familles continuent d'être exclues du droit car jugées incompatibles avec l'essence même de la famille – famille polygame, famille incestueuse –. La loi, le droit, le licite / l'illicite servent à contenir et encadrer le champ de tous les possibles. Tout peut être réglementés, mais le projet initial qui fonde ces dispositions doit être abandonné au profit d'un autre et tous les projets de familles n'emportent pas l'adhésion car ils sont au service exclusif des adultes et ignorent l'enfant et ses besoins.

477. L'unité du mariage est de constituer l'acte fondateur d'une famille. Aujourd'hui, l'alliance se referme sur le couple, elle ne s'ouvre plus sur la famille. Le couple existe par lui-même, plus besoin d'institution pour le reconnaître. Ainsi, l'opposition ne correspond plus au couple et à l'enfant¹³¹⁷. Le couple est au cœur du mariage, tout comme l'enfant est au cœur de la filiation. Ce qui compte aujourd'hui, plus que les liens juridiques, ce sont les individus et leurs volontés. La montée en puissance de l'individualisme a recentré les valeurs; la jouissance individuelle est maîtresse des relations – je dois avoir la famille que je veux, avec qui je veux –. Aujourd'hui, c'est la liberté de se marier ou de ne pas se marier, de faire des enfants – PMA – ou de ne pas en faire – contraception, IVG –. La famille n'est plus subordonnée à la présence d'enfants. Toutefois, ne pas avoir d'enfant rend la famille moins « complète »¹³¹⁸. Avoir un enfant fonde la famille pérenne. Or, il est possible d'avoir un enfant sans avoir eu recours à la procréation grâce aux progrès scientifiques. De plus, il est possible d'élever un enfant sans avoir de lien de filiation avec lui. Après le mariage, la parenté est ainsi remise en cause.

478. Nous assistons à un véritable éclatement de la structure familiale. Se mêlent à la fois la volonté, le biologique et le juridique. Les critères juridiques sont malmenés et déformés car la volonté n'épuise pas le sujet, et le biologique, même s'il est source de certitude, n'épuise pas la notion juridique de filiation. Alliance et parenté sont ainsi remises en cause; une famille fondée sur la convenance personnelle émerge et impose la contractualisation des relations.

¹³¹⁷ Jean CARBONNIER, *Droit civil, tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, éd. PUF, 21^e éd., 2002, coll. « Thémis », p. 3.

¹³¹⁸ La famille sans enfant laisse une impression d'incomplétude, comme la cage sans oiseaux, écrivait Victor Hugo. In Jean CARBONNIER, *Droit civil, tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, op.cit, p. 8.

479. La relation amoureuse est première. Elle est le socle de cette évolution. Antérieurement, le mariage – qui consacrait le couple – ne consacrait pas l’amour que deux personnes se portaient. Il était l’acte fondateur de la famille car il permettait d’encadrer les conséquences d’une sexualité procréatrice. Le mariage est désormais présenté comme la reconnaissance sociale de l’amour conjugal. Cependant, de l’analyse antérieure du couple on ne retient que la sexualité qui est désormais le critère commun de toute reconnaissance légale des couples. Cet élément objectif sert de révélateur de l’amour, élément subjectif. Ouvert à tous les couples indépendamment de leur composition hétérosexuelle ou homosexuelle, le mariage est officiellement et définitivement coupé de la procréation. Cette institution poursuit donc d’autres objectifs, notamment la protection patrimoniale de la personne aimée, une reconnaissance sociale, des avantages sociaux. Il en résulte que les interdits fondamentaux traditionnels dont il demeure assorti sont de moins en moins compréhensibles. L’inceste est ébranlé par l’amour revendiqué par un couple de personnes parentes ou alliées. Il est au contraire revendiqué quand il n’est pas reconnu comme tel, pour, précisément imposer l’impression qu’il s’agit d’un rapport de famille au sens juridique. L’interdiction de la polygamie, quant à elle, peut être remise en cause puisque son principal fondement – l’établissement incertain de la filiation lorsqu’il existe plusieurs procréateurs potentiels – n’est plus aussi vrai qu’autrefois. En effet, la procréation ne demeurant plus un critère essentiel au mariage, les expertises biologiques étant aujourd’hui possibles, et l’amour revendiqué au sein d’une relation de couple sont autant d’éléments qui remettent considérablement en cause cet interdit.

480. Le couple, dont la reconnaissance juridique repose sur sa seule sexualité, n’est pas assuré de sa pérennité. L’enfant joue en conséquence un rôle nouveau : il permet par l’établissement de liens de parenté au sein du couple d’inscrire ce dernier dans la durée. Le partage de l’enfant entre le parent procréateur et son conjoint ou partenaire non procréateur devient crucial, justifié également par l’affection. Cette affection est déduite soit d’un projet parental commun, soit du seul fait de vivre ensemble. A défaut de se voir reconnaître comme parents, ceux qui vivent avec le parent de l’enfant et ce dernier – qui sont juridiquement des tiers – réclament le bénéfice de certains droits parentaux.

Incontestablement on s’achemine vers une contractualisation des rapports familiaux, comme le montre d’ailleurs l’évolution du divorce avec le divorce par consentement mutuel, vers une famille par convenance personnelle comme on le voit avec le divorce

pour rupture de la vie commune et à travers le traitement de l'adoption de l'enfant par la conjointe de sa mère. Mais avec cette évolution qui permet de faire rentrer la famille de fait dans le droit de la famille, on crée deux systèmes parallèles comme en témoigne l'article 6-1 du code civil : une famille traditionnelle avec un mariage qui encadre la procréation et une famille fondée sur un mariage sans procréation. De même on pourra à terme accorder à certains un statut de parent partiel avec des droits tirés de l'autorité parentale – ce qui se passe dans le cadre de la Kafafa ou pour le partenaire avec le mandat d'éducation – et à d'autres, qui n'auront pas la qualité de parent mais seulement un peu d'autorité parentale. Cela est en relation avec la biologisation actuelle de la filiation et l'incohérence qui en résulte quand on admet comme parents des personnes qui ne peuvent pas l'être. Il y a, aujourd'hui, deux perceptions antinomiques de la parenté.

481. Ainsi l'introduction des familles de fait dans le droit de la famille bouleverse le vocabulaire, le périmètre et les institutions familiales. L'évolution ira-t-elle jusqu'à admettre un droit à l'enfant, c'est-à-dire le législateur peut-il admettre que toute personne a le droit de faire naître un enfant pour son seul plaisir, pour satisfaire son projet parental? A ce stade, les familles de fait seront toutes devenues des familles selon le droit mais le droit de la famille n'existera plus, remplacé par une contractualisation plus ou moins officielle des relations humaines affectives.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

Etudes offertes à Pierre CATALA, *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, éd. Litec, 2001.

Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, éd. LexisNexis Dalloz, 2012.

ALLAND Denis et RIALS Stéphane (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. LAMY-PUF, 2003, coll. « Quadrige »,

BENABENT Alain, *Droit civil, la famille*, éd. Litec, 11^e éd., 2003.

BORILLO Daniel, *Homosexualité et droit*, éd. PUF, 1998, coll. « Les voies du droit ».

CARBONNIER Jean, *Droit civil, Introduction*, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, éd. PUF, 2004, coll. « Quadrige ».

CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, éd. L.G.D.J, 1988, 6^e éd.

CARBONNIER Jean, *Droit civil, tome 2, la famille*, éd. PUF, 16^e éd., 1993, coll. « Thémis ».

CARBONNIER Jean, *Droit civil, tome 2, la famille, l'enfant et le couple*, éd. PUF, 21^e éd., 2002, coll. « Thémis ».

CARBONNIER Jean, *Essais sur les lois*, éd. Defrénois, 1995.

CARBONNIER Jean, *Ecrits. Textes rassemblés par Raymond Verdier*, éd. PUF, 2008.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF, 8^e éd., 2007.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, éd. PUF, 9^e éd., 2011, coll. « Quadrige ».

- CORNU Gérard, *Droit civil, la famille*, éd. Montchrestien, 8^e éd., 2003, coll. « Domat droit privé ».
- COURBE Patrick, *Droit de la famille*, éd. Armand Colin, 4^e éd., 2005.
- COURBE Patrick, *Droit de la famille*, éd. Sirey, 5^e éd., 2008, coll. « Sirey Université », 536 pages.
- COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, éd. Dalloz, 6^e éd., 2013, coll. « Université ».
- DEBOVE Frédéric, SALOMON Renaud, JANVILLE Thomas, *Droit de la famille 2012*, éd. Vuibert, 7^e éd., 2011, coll. « Dyna'sup droit ».
- DEGRYSE Christophe, *Dictionnaire de l'Union européenne*, Préface de Paul Collovald, éd. De Boeck, 3^e éd., 2007.
- GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean, *Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz, 15^e éd., 2005.
- GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry, *Lexique des termes juridiques 2013*, éd. Dalloz, 20^e éd., 2012, coll. « Lexiques ».
- HAUSER Jean et LEMOULAND Jean-Jacques, *Répertoire de droit civil*, éd. Dalloz, 2004.
- LEROYER Anne-Marie, *Droit de la famille*, éd. PUF, 2011, coll. « Licence droit ».
- MALAURIE Philippe, FULCHIRON Hugues, *La famille*, éd. Defrénois, 4^e éd., 2011, coll. « Droit civil ».
- MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre, *Droit civil : les personnes*, éd. Sirey, 3^e éd., 1976.
- MAZEAUD Henri et Léon, CHABAS François, *Leçons de droit civil, la famille*, éd. Montchrestien, 1995.
- MECARY Caroline, *L'adoption*, éd. PUF, 2006, coll. « Que sais-je ? ».
- MILLARD Eric, *Famille et droit public*, éd. LGDJ, 1995, coll. « Bibliothèque de droit public tome 182 ».

MILLIOT Louis, BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, éd. Dalloz, 2001, 669 pages.

MURAT Pierre (sous la dir.), *Droit de la famille*, éd. Dalloz, 5^e éd., 2010.

NEIRINCK Claire (sous la dir.), *Droit de la famille*, éd. Ellipses, 2007, 2^e éd., coll. "Tout le droit".

PLANIOIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil, tome II, La famille : mariage, divorce, filiation*, avec le concours d'André ROUAST, éd. LGDJ, 1926.

PLANIOIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français : la famille, tome 2*, éd. LGDJ, 2^e éd., 1952.

PONTIER Jean-Marie (sous la dir.), *Les principes et le droit*, éd. PUAM, 2007, coll. « Ecole Doctorale Sciences juridiques et politique ».

RENAUT Marie-Hélène, *Histoire du droit de la famille*, éd. Ellipses, 2003, coll. « Mise au point ».

RENAULT-BRAHINSKY Corinne, *Droit des personnes et de la famille*, éd. Lextenso, 8^e éd., 2009, coll. « Mémentos LMD ».

REY Alain (sous la dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, éd. Le Robert, 1995.

TERRE François et FENOUILLET Daniel, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, éd. Dalloz, 6^e éd., 1996, coll. « Précis droit privé ».

Ouvrages spéciaux, monographies et thèses

ABRAVANEL-JOLLY Sabine, *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, thèse dirigée par Bernard BEIGNIER, éd. Defrénois, 2005, coll. « Doctorat et notariat », tome 10.

AGACINSKI Sylviane, *Corps en miettes*, coll. « Café Voltaire », éd. Flammarion, 2009.

ASCHA Ghassan, *Mariage, polygamie et répudiation en Islam. Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains*, éd. L'Hamarttan, 1997, coll. « Histoire et perspectives méditerranéennes ».

ATLAN Henri, FRYDMAN René, GELIS Jacques, MATIGNON Karine Lou, *La plus belle histoire de la naissance*, éd. Robert Laffont, 2013.

BARILLON Jacques, BENSUSSAN Paul, *Le nouveau code de la sexualité*, éd. Odile Jacob, 2007, coll. « Histoire et document ».

BART Jean, *Histoire du droit privé. De la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, éd. Montchrestien, 2^e éd., 2009, coll. « Domat droit privé ».

BENHADJ YAHIA Sonia, *La fidélité et le droit*, thèse soutenue en 2005, sous la direction de Bernard BEIGNIER.

BERDEAUX-GACOGNE Florent, *L'affectio copulae*, thèse Paris X, 2007.

BONTE Pierre, PORQUERES I GENE Enric, WILGAUX Jérôme (sous la dir.), *L'argument de la filiation. Aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes*, éd. De la Maison des Sciences de l'homme, 2011.

BORILLO Daniel et FORMOND Thomas, *Homosexualité et discriminations en droit privé*, éd. La documentation française, 2007, coll. « Etudes et recherches ».

Textes sélectionnés et commentés par BORILLO Daniel, Présentation J. Lang, *Homosexuels quels droits ?*, éd. Dalloz, 2007, coll. « A savoir ».

BORILLO Daniel, *Le droit des sexualités*, éd. PUF, 1^{er} éd., 2009, coll. « Les voies du droit ».

BOUDJEMAI Michel, *Guide de la famille et de l'enfant. Nouvelles formes de parentalité et travail social*, éd. Actualités Sociales Hebdomadaires, 2012, coll. « ASH Professionnels ».

BOUINEAU Jacques (sous la dir.), *Centres d'études internationales sur la Romanité, la famille*, éd. L'Harmattan, 2006.

BOURDELOIS Béatrice, *Mariage polygamique et droit positif français*, éd. GLN Joly, 1993.

BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Préface de François Terré, éd. LGDJ, 1993, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 222.

BRENOT Philippe, *L'éducation à la sexualité*, éd. PUF, 2^e éd., 2007, coll. « Que sais-je ? ».

BRUGGEMAN Maryline, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, thèse en doctorat de droit, soutenue en 2000 à l'Université Toulouse 1 Capitole, sous la direction de Claire NEIRINCK.

BRUNETTI-PONS Clotilde (sous la dir.), *La notion juridique du couple*, éd. Economica, 1998, coll. « Etudes juridiques dirigées par Nicolas Molfessis ».

BUI-TUONG-CHIEU, *La polygamie dans le droit annamite*, thèse soutenue le 4 décembre 1933, Paris.

CABALLERO Francis, *Droit du sexe*, éd. LGDJ Lextenso, 2010.

CACHELOU Roland, *Contraception et sexualité : connaître, choisir, prévenir les risques*, éd. In Press, 2008, coll. « Questions de patients ».

CALCIO GAUDINO Mathilde, *Le statut des beaux parents dans les familles recomposées*, Mémoire sous la direction d'Annette GANZER, dossier d'étude CNAF n° 116, 2009.

CANTO-SPERBER Monique, FRYDMAN René, *Naissance et liberté. La procréation, quelles limites ?*, éd. Plon, 2008.

CAPITANT Henri Travaux de l'Association, *L'ordre public, Journées libanaises de Beyrouth*, tome XLIX, 1998, éd. LGDJ, 2001.

CARBONNIER Jean, *A chacun sa famille, à chacun son droit, Essais sur les lois*, 2 éd., Defrénois, 1995.

CASTELAIN-MEUNIER Christine, *La place des hommes et la métamorphose de la famille*, éd. PUF, 2002.

COMMAILLE Jacques, DE SINGLY Françoise (sous la dir.), *La Question familiale en Europe*, éd. L'Harmattan, 1997.

DE BENALCAZAR Sébastien, *PACS, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, éd. Defrénois, 2007, coll. « Doctorat et notariat », tome 27.

DE BOYSSON Benoît, *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale*, Préface de Hugues Fulchiron, éd. LGDJ, 2012, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 534.

DE BONALD Louis, *Du divorce considéré au XIXe siècle*, 1801.

DELFOSSÉ-CICILE Marie-Laure, *Le lien parental*, Éd. Panthéon Assas, 2003.

DELIEGE Robert, *Anthropologie de la famille et de la parenté*, éd. Armand Colin, 3^e éd., 2011, coll. « Cours sociologie ».

DE PAGE Philippe et DE VALKENEER Roland, *L'union libre. Acte du colloque tenu à l'université libre de Bruxelles le 16 octobre 1992*, éd. Bruylant, 1992.

DORTIER Jean-François, *Familles. Permanence et métamorphoses*, éd. Sciences humaines, 2002.

DUVILLET Amandine, *Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVI-XXe siècle)*, thèse en doctorat de droit, soutenue en 2011 à l'Université de Bourgogne, sous la direction de Madame Françoise FORTUNET.

FABRE-MAGNAN Muriel, *La Gestation pour autrui, Fictions et réalités*, éd. Fayard, 2013.

FASSIN Eric, *Le sexe politique : genre et sexualité au miroir transatlantique*, éd. De l'école des hautes Etudes en Sciences Sociales, 2009, coll. « Cas de figure ».

FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil du 9 août 1793*, éd. Paris : Videcoq, 2^e éd., 1827, tome 1.

FENOUILLET Daniel (sous la dir.), *La famille en mutation*, éd. Dalloz, 2014, coll. « Archives de philosophie du droit ».

FEUILLET-LIGER Brigitte, *Procréation médicalement assistée et anonymat, Panorama international*, éd. Bruylant 2008.

FINE Agnès et NEIRINCK Claire, *Parents de sang, parents adoptifs*, éd. LGDJ, 2000, coll. « Droit et société Maison des sciences de l'Homme, vol. 29 ».

FOURNIER Pascale, *Mariages musulmans, Tribunaux d'occident. Les transplantations juridiques et le regard du droit*, éd. SciencesPo Les Presses, 2013, coll. « Académique ».

FREUD Sigmund, *Résultats, idées, problèmes, Tome I, 1890-1920*, éd. PUF, 1998, coll. « Bibliothèque de psychanalyse ».

FULCHIRON Hugues (sous la dir.), *Mariage, conjugalité, parenté, parentalité*, éd. Dalloz, 2009, coll. « Thèmes et commentaires actes ».

GANGHOFER Roland (sous la dir.), *Droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, éd. Presse universitaire de Strasbourg, 1992, coll. « Collection les publications de la Maison des sciences de l'homme de Strasbourg ».

GASSEAU Catherine, *Droit de la famille et de l'enfant à l'usage des travailleurs sociaux et professionnels de la famille*, éd. Vuibert, 2007, coll. "Social en pratiques".

GILI Emmanuel, *La communauté de vie et la reconnaissance des couples conjugaux*, éd. PUAM, 2008, coll. « Centre Pierre Kayser ».

GIRARD Paul-Frédéric, *Manuel élémentaire du droit romain*, éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1898.

GLANDIER Nathalie, *L'inceste en droit français contemporain*, Préface de Claire Neirinck, éd. PUAM, 2006, coll. « Centre Pierre Kayser ».

GODELIER Maurice, *Métamorphoses de la parenté*, éd. Fayard, 2004.

GODIN Stéphane, *Le couple et le droit pénal*, Mémoire de droit pénal, sous la direction d'Agathe LEPAGE, Université Panthéon-Assas, 2010.

GROSS Martine, *Choisir la paternité gay*, éd. Erès, 2012, coll. « Questions de société ».

GROSS Martine, PEYCERE Mathieu, *Fonder une famille homoparentale. Questions éthiques, juridiques, psychologiques... et quelques réponses pratiques*, éd. Ramsay, 2005, coll. « Questions de familles ».

GROSS Martine (sous la dir.), *Homoparentalité, état des lieux*, éd. Erès, 2005, coll. « La vie de l'enfant ».

- GROSS Martine, *L'homoparentalité*, éd. PUF, 2003, coll. « Que sais-je ? ».
- GRUYER Frédérique, FADIER-NISSE Martine, SABOURIN Pierre, *La violence impensable, Inceste et maltraitance*, éd. Nathan, 2^e éd., 2004, coll. « Famille ».
- HAUSER Jean et RENCHON Jean-Louis (sous la dir.), *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ? Droit belge et droit français*, éd. Bruylant, 2005, Bruxelles.
- HERITIER Françoise, *Les deux sœurs et leur mère*, éd. Odile Jacob, 1994.
- HERITIER Françoise, *Un problème toujours actuel : l'inceste et son universelle prohibition*, éd. Collegium Budapest, 1996.
- HOUZEL Didier (sous la dir.), *Les enjeux de la parentalité*, éd. Erès, 1997.
- HOUHOU Yamina, *La Kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse en doctorat de droit dirigée par Jean-Jacques LEMOULAND, soutenue le 24 janvier 2014, Université de Pau et de l'Adour.
- IACUB Marcela, *L'empire du ventre : pour une autre histoire de la maternité*, éd. Fayard, 2004, coll. « Histoire de la pensée ».
- ISMARD Paulin, *L'évènement Socrate*, éd. Flammarion, 2013, coll. "Au fil de l'histoire".
- KHAIAT Lucette et MARCHAL Cécile (sous la dir.), *La maîtrise de la vie. Les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit*, éd. Erès, 2012.
- LABEE Xavier, *Le droit commun du couple*, éd. Presses universitaires du Septentrion, 2^e éd., 2010, coll. « Droit/Manuels ».
- LAFONTAINE Céline, *Le corps marché*, éd. Seuil, 2014
- LAMBERT-GARREL Lucille, *L'adoption, une institution à la recherche d'un équilibre*, éd. PUAM, 2003.
- LANCHON Anne (sous la dir.), *Les nouveaux parents*, éd. Bayard, 2011.
- LEFEBVRE Francis, *Mariage, PACS, union libre, juridique, fiscal, social*, éd. Francis Lefebvre, 2008, coll. « Dossiers pratiques ».
- LE GALL Didier et BETTAHAR Yamina (sous la dir.), *La pluriparentalité*, éd. PUF, 2001.

LEMOULAND Jean-Jacques et LUBY Monique (sous la dir.), *Le droit à une vie familiale*, éd. Dalloz, 2007, coll. « Thèmes et commentaires Actes ».

LEVI-STRAUSS Claude, *Les structures élémentaires de la parenté*, éd. PUF, 1949.

LINANT DE BELLEFONDS Yvon, *Traité de droit musulman comparé*, 2 tomes, Paris et La Haye, éd. Mouton et Cie., 1965.

LOYSEL Antoine, *Institutes coutumières*, Livre 1, titre 1, éd. De Paris, 1846.

MAC DOUGALL Joyce, *Eros aux mille et un visages*, éd. Gallimard, 1996, coll. « Connaissance de l'inconscient ».

MASSIP Jacques, *Le nouveau droit de la filiation*, éd. Defrénois, 2006.

MASSON Paul, *Etude sur la bigamie et spécialement dans ses rapports avec le droit civil*, Thèse soutenue le 9 mars 1917, Paris.

MATTEI Jean-François et LE BOURSICOT Marie-Christine, *Rapport au premier ministre, Enfant d'ici, enfant d'ailleurs : l'adoption sans frontière*, éd. La documentation française, 1995, coll. « Collection des rapports officiels ».

MECARY Caroline, *Le PACS*, éd. Dalloz, 2e éd., 2008.

MENDELSON Didier, MARCHAND Isabelle, *De mère inconnue : Pascale Odièvre ou le contrat des enfants nés sous X*, éd. Albin Michel, 2004.

MERCIER Pierre, *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, éd. Librairie Droz, 1970.

MOHAMED Bakey Youssef Bakey, *La procréation artificielle : limites morales et juridiques et responsabilité médicale. « Etude comparée entre les lois française, égyptienne et islamique »*, thèse en doctorat de droit, sous la direction de Nicole GUIMEZANES, soutenue en 2004 à l'université Paris Est Créteil Val de Marne.

MOISDON-CHATAIGNIER Sylvie (sous la dir.), *Les grands-parents et leurs descendants : quelles relations juridiques ?* éd. Lexis Nexis, 2009, coll. « Colloques et débat ».

MONÉGER Françoise (sous la dir.), *Procréation pour autrui, Surrogate Motherhood*, Académie internationale du droit comparé, XVIIIe congrès de l'Académie

- internationale de droit comparé (Washington DC, 25-31 juillet 2010), coll. « Colloques », Vol. 14, éd. Société de législation comparée, 2011.
- MOSSUZ-LAVAU Janine, *Les lois de l'amour (les politiques de la sexualité en France 1950-1990)*, éd. Payot, 1991.
- MUZNY Petr (sous la dir.), *La liberté de la personne sur son corps*, éd. Dalloz, 2010, coll. « Thèmes et commentaires Actes ».
- NEIRINCK Claire, *De la parenté à la parentalité*, Toulouse, éd. Erès, 2001.
- NEIRINCK Claire (sous la dir.), *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, éd. Erès, 2003.
- NEIRINCK Claire (sous la dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité. Actes colloque 2007*, éd. PUAM, 2008.
- NEIRINCK Claire, GROSS Martine, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, éd. La documentation française, 2014, coll. « Doc' en poche, place au débat ».
- NEYRAND Gérard, *La famille malgré tout*, éd. Corlet, 1996, coll. « Panoramiques ».
- NOIR-MASNATA Cathérine, *Les effets patrimoniaux du concubinage et leur influence sur le devoir d'entretien entre les époux séparés*, éd. Librairie Droz, 1982.
- PARICARD-PIOUX Sophie, *La convenance personnelle*, éd. Dalloz « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003.
- PAQUAY Sarah, *L'inceste*, Mémoire de Master 2 de droit fondamental privé, sous la direction de Sophie GAUDEMET, Université Paris Sud, 2012-2013.
- PIERRAT Emmanuel, *Le sexe et la loi*, éd. La Musardine, 2008, coll. « L'attrape-corps ».
- PORCHY Marie-Pierre, *Les silences de la loi, Un juge face à l'inceste*, éd. Hachette Littératures, 2003.
- RAIMBAULT Ginette, AYOUN Patrick, MASSARDIER Luc, *Questions d'inceste*, éd. Odile Jacob, 2005.
- RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, éd. Dalloz, 7^e éd., 2014, col. « Précis ».

RAULT Wilfried, *L'invention du PACS, Pratiques et Symboliques d'une nouvelle forme d'union*, éd. Presses de SciencesPo, 2009, coll. « Sciences Po Sociétés en mouvement ».

RAYMOND Guy, *Ombres et lumières sur la famille*, éd. Bayard-Centurion, 1999, coll. « Questions en débat ».

ROUMY Franck, *L'adoption dans le droit savant du XII^e siècle au XVI^e siècle*, Préface de Anne LEFEBVRE-TEILLARD, éd. LGDJ, 1998, coll. « Bibliothèque de droit privé tome 279 ».

Etudes offertes à Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, éd. Litec, 2002.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (sous la dir.), *Les concubinages. Approche socio juridique, Tome 1*, éd. CNRS, 1986.

SEGALEN Martine, *Eloge du mariage*, éd. Gallimard, 2003, coll. « Découvertes Gallimard – Culture et société ».

TAGHIZADEH Ali, *Conceptions matrimoniales et faveur du mariage en droit iranien et français*, thèse soutenue en 1990, sous la direction de Jacqueline POUSSON-PETIT.

TARBY, *La bioéthique : ce qu'elle est, ce qui dit le droit*, éd. Du puits fleuri, 2008, coll. « Le conseiller juridique pour tous ».

TERNAUX Catherine, *La polygamie : pourquoi pas ?*, éd. Grasset, 2012, coll. « Petite collection blanche ».

THERY Irène (sous la dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, éd. De l'école des Hautes Etudes en Sciences sociales, 2013, coll. « Cas de figure ».

THERY Irène, *Couple, filiation et parenté d'aujourd'hui*, éd. Odile Jacob, 1998, coll. « La documentation française »

THERY Irène, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, éd. De l'école des Hautes études en Sciences sociales, 2010, coll. « Cas de figure ».

TREMBLAY Réjean (sous la dir.), *Guide d'éducation sexuelle à l'usage des professionnels, tome 2 la personne handicapée mentale*, éd. Erès, 2001.

WINCKLER Martin, *Choisir sa contraception*, éd. Fleurus, 2007, coll. « La santé en questions ».

WINCKLER Martin, *Contraceptions mode d'emploi*, éd. J'ai lu, 3^e éd., 2007.

WINIKOFF Beverly, WYMELENBERG Suzanne, ULMANN André, Préface du Pr. Etienne-Emile Baulieu, *Le guide de la contraception*, (traduit de l'anglais par Florence Godebska), éd. Odile Jacob, 1999.

Articles et chroniques

ABDEL-BAKI Amal, POULIN Marie-Josée, « Du désir d'enfant à la réalisation de l'enfantement –I- Perspectives psycho-dynamiques du vécu normal autour du désir d'enfant et de la grossesse », *Psychothérapies*, 2004/1, vol. 24, p. 3 à 9.

AMIABLE Louis, « De la condition des enfants illégitimes dans l'ancien droit français », *Revue historique de droit français et étranger*, tome dixième, 1864, p. 369 à 390.

AREND-CHEVRON Christelle, « La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 35/2002, n° 1780, p. 5 à 41.

ARIES Philippe, « L'amour dans le mariage », *Communications*, 35, 1982, p. 118-119.

AUTEM D., « La nouvelle physionomie de la délégation de l'autorité parentale », *RJPF* 2003-1/6.

BACACHE Mireille, LEROYER Anne-Marie, « Législation française », *RTDciv.* juillet/septembre 2013, n° 3, éd. Dalloz, Chron., p. 682

BACCAINI Brigitte, « Les contrastes géographiques des comportements de contraception », *Population*, 50^e année, n° 2, 1995, p. 291-329.

BADEL Maryse, PUJOLAR Olivier, « Kafala et droits sociaux », *Droit de la famille* n° 1, janvier 2009, dossier 5.

BATTEUR Annick, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.*, 2000, p. 759 et s.

BEGUIN François, « IVG : l'assemblée vote la suppression du délai de réflexion de 7 jours », In *Le Monde* du 9 avril 2015.

BEIGNIER Bernard, « A propos du concubinage homosexuel », D., 1998, Chron. p. 215.

BEIGNIER Bernard, « Note sur l'homoparentalité. Hommage à Madame le professeur Claire Neirinck », *Droit de la famille* n° 12, déc. 2015, étude 17.

BERNARD-MAUGIRON Nathalie, « Les femmes et la rupture du mariage en Egypte », *Cahier d'études africaines*, 187-188, 2007, p. 711 à 731.

BESSADI Nourredine, « Le traducteur juridique algérien face à la difficulté de traduire certains termes juridiques arabes », *Alternative francophone*, Vol. 1, 3, 2010, p. 45.

BIEGELMANN-MASSARI Michèle, « Quand le code civil interdit le mariage et marie les défunts », *Droit et société*, n° 26, 1994.

BIEGELMANN-MASSARI Michèle, « Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992 –I- Le choix d'un parent pour un conjoint », *Population*, n° 1, 1996.

BIEGELMANN-MASSARI Michèle, « Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992 –II- Le mariage posthume : mariage de raison ou mariage d'amour ? », *Population*, n° 2, 1996.

BIEGELMANN-MASSARI Michèle, « La jurisprudence des dispenses civiles au mariage depuis 1960 : un apport sur le sens de l'institution matrimoniale », *Droit et société*, n° 35, 1997.

BLACHER et SEUBE, « Le PACS à l'épreuve de la Constitution », RDP, 2000, p. 203.

BONNET Vincent, « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », D., 189^e année, 17 janvier 2013, p. 109.

BONNET Vincent, "Un mariage fictif d'un nouveau genre", Recueil Dalloz 2006, p. 772.

BOTTIAU Annie, « Empreintes génétiques et droit de la filiation », D., 1989, chron. 271.

- BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Recueil légal (*kafâla*) et droit(s) positif(s) », *Jurisque Droit de la famille*, janv. 2009, p. 17 à 21
- BOURGEOIS-PICHAT Jean, « Les facteurs de la fécondité non dirigée », *Populations*, 20^e année, n° 23, 1965, p. 383 à 424.
- BOZON Michel, « Orientations intimes et constructions de soi. Pluralité et divergences dans les expressions de la sexualité », *Sociétés contemporaines*, 1/2001, n° 41-42, p. 11 à 40.
- BOZON Michel, « La nouvelle place de la sexualité dans la constitution du couple », *Sciences sociales et santé*, vol. 9, n° 4, décembre 1991, p. 69 à 88.
- BRECHOT François-Xavier, « La constitutionnalité du « mariage pour tous » en question », *La Semaine juridique*, n° 51, 17 décembre 2012, p. 2326 à 2331.
- BRETON André, « l'enfant incestueux », In *Mélanges Ancel*, éd. Pétonne, tome 1, p. 309.
- BRUGGEMAN Maryline, « Vers de nouvelles initiatives en matière de lutte contre la polygamie ? », *Revue de droit de la famille*, n° 1, janvier 2011, alerte 4.
- BRUNETTI-PONS Clotilde, « L'exercice de l'autorité parentale face au pluralisme familial », In *Dialogue*, 2004/3, n° 165, p. 7-22.
- CATALA DE ROTON Marie-Claude, « L'action à fins de subsides et la pratique des tribunaux », *RTD civ.*, 1990, p.1.
- CHABAS F., « Le cœur de la Cour de cassation », *D.*, 1973, chron., p. 211.
- CHARBONNEAU et PANSIER, « Et in terra PACS. Commentaire du PACS créé par la loi votée du 15 novembre 1999 et à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel », *GP*, 1999, 2, doct., p. 1793.
- CHENEDE François, « Couple homosexuel : refus de l'adoption simple », *AJ Famille* 2007, p. 182.
- CHEYNET de BEAUPRE Aline, « Mariage pour tous : l'effet papillon », *Revue juridique personnes et famille*, février 2013, n°2, éd. du J.N.A.

- CHILAND Colette, « Enfants de transsexuels ou le sexe et le genre revisités », *Le Quotidien du médecin*, n° 9219, 8 février 2013.
- COLIN Ambroise, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.*, 1902, p. 282 et s.
- CORPART Isabelle, « Validation de la circulaire Taubira par le Conseil d'Etat », *Revue juridique personnes et famille*, février 2015, p. 16 et 17.
- CORNU Gérard, « La famille unilinéaire », In *Mélanges en l'honneur de Pierre Raynaud*, éd. Dalloz-Sirey, 1985, 854 pages.
- COURCELLE Sylvaine, « Les secondes familles et l'autorité parentale, ouverture de la présidence », *LPA*, 01 octobre 1997 n° 118, p. 21.
- DAVID Georges, « Don et utilisation de sperme », *Génétique procréation et droit Actes Sud*, 1985, p. 204.
- DEBILY E., « L'adoption simple de l'enfant incestueux prohibée par l'article 334-10 du code civil », *RRJ Droit prospectif*, n° 2004/4, p. 2637.
- DE BOYSSON Benoit, "L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels: quelles perspectives?", Dossier le mariage pour tous, *Droit de la famille*, , juillet Août 2013, p. 35 à 37.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Filiation adoptive sur filiation incestueuse ne vaut », *RLDC*, mars 2004, n° 107, p. 33.
- DE LA CHAPELLE Béatrice, « Le phénomène polygame en France », *Revue française des affaires sociales*, 1997, 51 (2), p. 145-158.
- DE LA MARNIERRE Edmond, « Commentaire de la loi du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption », *JCP G* 1966, I,
- DEL VALLE LEZIER Ismérie, « Solidarité dans les couples : les aspects civils », *Revue française des affaires sociales*, 4/2005, p. 81-100.
- DEPADT-SEBAG Valérie, « La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage », *Dalloz*, 2011, n° 36, p. 2499.

DEPREZ J., « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France, aspects de droit international privé », In M.-C. FOBLET (sous la dir.), *Famille, Islam, Europe, le droit confronté au changement*, éd. L'Hamarttan, 1996, 293 pages.

DEROFF Marie-Laure, « Hétérosexualité et identité sexuelle : des constructions négociées dans la différenciation et l'égalité », *Dialogue*, n° 183, mars 2009, p. 35 à 46.

DEVERS Alain, « Les manifestations de l'ordre public », *Droit de la famille* n° 9, sept. 2015, dossier 47.

DE VILAINE Anne-Marie, « L'homme machine, la femme cobaye, les bébés éprouvettes et les enfants de la science et esquisses pour des réponses à des questions posées », In *Génétique, procréation et droit*, éd. Actes Sud, 1985, p. 549 à 568.

DJAGHAM Mohamed, « La polygamie en Algérie : divergences autour d'un droit en mutation », *Revue des sciences humaines*, Université Mohamed Khilder Biskra, mars 2014, n° 34-35.

DRAGO, « La Constitution en « réserves ». Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 portant sur la loi relative au PACS », *Revue de droit de la famille*, 1999, n° Hors-série, p. 46.

DULION Bénédicte, « Délégation-partage et famille homoparentale », *La semaine juridique*, n° 11, 12 mars 2012.

DUPRANO Marianne, « Elle prête son utérus à son fils : quand la GPA rejoue Œdipe Roi », In *Le figaro*, 10 mars 2015.

EGEA Vincent, « Mayotte : le département français le plus jeune », *Revue de droit de la famille*, n° 3, mars 2014, alerte 13.

EMPERAIRE Jean-Claude, « Enfantillage : techniques actuelles de fécondation », La chose sexuelle, *Nouvelle revue de psychanalyse*, printemps, 1984, p. 80.

ESTROSI Christian, « Mission parlementaire : faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ? », *La documentation française*, juillet 2005, p. 42-43.

EVANO Florence, « Les grands-parents et l'autorité parentale », *Revue juridique Ouest* 2011/1.

FENOUILLET Daniel, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Droit de la famille* 2003, n° 29.

FLAVIGNY Christian, « Quelle place et quel statut pour le beau-parent ? », In *Etudes* 2009/12, (tome 411), p. 617-628.

FORT Marie-Louise, « Proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social », Assemblée nationale, 18 mars 2009.

FOSIER Thierry, « Un droit de la famille centré sur la parentalité », *Informations sociales* 2008/5, (n° 149), p. 32-38.

FOUASSIER, « Vers une clause de conscience des pharmaciens d'officine », *RDSS*, 2003, p. 43.

FULCHIRON Hugues, « Le pacte civil de solidarité et le droit des étrangers », *Revue de droit de la famille*, 1999, n° hors-série, p. 45.

FULCHIRON Hugues, « La transmission des biens dans les familles recomposées », *Répertoire du Notariat Defrénois*, 30 juin 1994 n° 12, p. 833.

FULCHIRON Hugues, « Quand la co-mère devient le beau-père », *Droit de la famille*, n°5, mai 2016, comm. 108.

FULCHIRON Hugues, « Pot-pourri autour de la contestation de la filiation », *Droit de la famille* n° 3, mars 2016, étude 4.

FULCHIRON Hugues, « L'autorité parentale renouvelée », *Defrénois*, 2002, p. 959.

FULCHIRON Hugues, « Autorité parentale et familles recomposées », *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller : droit des personnes et de la famille*, éd. LGDJ 1994, p. 145 et s.

GALLOUX Jean-Christophe, « L'empreinte génétique : la preuve parfaite », *JCP*, 1991, I, p. 3497.

GARE Thierry, « L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant... », *RJPF*, février 2014, p. 33.

GOBERT Michelle, « Réflexions pour une indispensable réforme de la filiation », JCP 1968. I. 2207.

GOMAA N., « La réparation du dommage et l'exigence d'un intérêt légitime juridiquement protégé », D., 1970, chron., p. 145.

GONZALEZ Gérard, « Kafala ici ou là ? », La Semaine juridique édition générale n° 3, 19 janvier 2015, 63.

GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline et MURAT Pierre, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », Dr. Fam. 2003. Chron. 1.

GOUTTENOIRE Adeline, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », Droit de la famille n° 7-8, juillet 2015, chron. 2.

GRANET F., « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'Homme », RTD euro, 1997, p. 659.

GUERY Christian, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », D., 1998, chron. 49.

GUIDONI Rachel, « Le parrainage civil : une pratique française revisitée », Ateliers, 28 /2004.

GUIOL Nathalie, « Les tribulations du vase sacré : une histoire de la contraception et de l'avortement vue du côté des femmes », *Mouvement français pour le planning familial*, 1999.

HAUSER Jean, « L'adoption simple, joker de la crise de la parenté ! », Droit de la famille 2010, alerte 55.

HAUSER Jean, « La notion juridique du couple en question. Face à une nouvelle organisation sociale », *Informations sociales*, 2005/2, n° 122, p. 18.

HAUSER Jean, « Présidentielle : être sexué ou ne pas être sexué, voilà la question ? », JCP G2012, n° 10.

HAUSER Jean, « L'adoption à tout faire », D., 1987, Chron., p. 205 à 208.

HAUSER Jean, « La délocalisation de la fabrication des enfants : avis... de tempête ? » RTD civ. 2014, p. 872.

HAUSER Jean, « la Kafala n'est rien... sauf un fait ou un contrat ? », RTD civ. 2008, p. 665.

HENAFF Gaëlle, « La communauté de vie du couple en droit français », RTD civ. 1996, p. 569.

HURSTEL Françoise, Anne THEVENOT, Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, Patrick DE NEUTER. « Quelle place pour le père ? », In *La pensée*, juillet/sept. 2001, n° 327.

KILKELLY Ursula, « Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme », *Précis sur les droits de l'Homme*, n° 1.

KOUDJIL Abderrahmane, « Polygamie au Maghreb : controverses autour d'un droit en mouvement », *Confluences méditerranée*, 2002/2, n° 41, p. 77-78.

LABBEE Xavier, « PACS hominibus... ou l'infidélité entre homosexuels », D., 2003, p. 515.

LABRUSSE-RIOU Catherine, « L'adoption simple ne peut contourner la prohibition de la filiation incestueuse », JCP G, 2004, II, 10064.

LAFLAMME Valérie, DAVID Hélène, « La femme a-mère : maternité psychique de la marâtre », In *Revue française de psychanalyse* 2002/1, Vol. 66, p. 103-118.

LAHLOU-KHIAR Ghenima, « La Kafala en droit algérien : une transgression de l'intérêt supérieur de l'enfant », In *Varia*, Revue franco-maghrébine de droit, édition presses universitaires de Perpignan et presses de l'université Toulouse I Capitole, 2013, n°20, pp. 203-220.

LAMARCHE Marie, « Testes de paternité « sauvages » : le droit à l'internationalisation des pratiques », *Revue de droit de la famille*, mars 2007, alerte 22.

LAMARCHE Marie, « Empêchement à mariage entre alliés et nullité : sentimentalisme ou pragmatisme de la Cour de cassation ? », JCP G, 2014, act. 93.

LAMARCHE Marie, "Gestation pour autrui: deux femmes et un seul congé de maternité", *Droit de la famille* 2013, Focus 54.

LAMBOY Béatrice, « Soutenir la parentalité : pourquoi et comment ? Différentes approches pour un même concept », *Devenir*, 2009/1, vol. 21, p. 31-60.

LARERE Charles, « L'insémination artificielle en Angleterre », In *L'insémination artificielle*, ouvrage publié par le centre d'études Laennec, éd. Lethielleux, 1947.

LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, « L'amélioration du PACS : un vrai contrat d'union libre civile. A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Revue de droit de la famille*, 2007, chron. n° 1, spéc. n° 9.

LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, « L'ex conjoint divorcé doit démontrer son intérêt à agir en nullité du mariage pour bigamie », *Revue de droit de la famille*, juillet 2012, comm. 115.

LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, « Rejet de la requête en adoption plénière d'un enfant marocain, sa loi nationale ne connaissant pas une telle institution », *Recueil Dalloz* 1995, p. 544.

LARROUMET Christian, « La libéralité consentie pour maintenir une relation adultère est-elle valable ? », *JCP*, 1999, I, p. 152.

LE BOURSICOT Marie-Christine, « La kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation », In *Droit et culture*, 59, 2010-1, p. 283-302.

LE BOURSICOT Christine, « Nouveaux mariés de même sexe : l'adoption de l'enfant du conjoint plus aisée que l'adoption conjointe », *RJPF*, n° 7.8, 2013, p. 31.

LE BOURSICOT Marie-Christine, « La kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation », In *Droit et culture*, 59, 2010-1, p. 283-302.

LE BOURISCOT Marie-Christine, « Quand l'interdiction d'adopter des enfants recueillis en kafala conduit à des fausses déclarations à l'état civil », *Revue juridique personnes et famille*, n°2, février 2011, p. 13.

LEFEBVRE Anne, « Pater is est quem nuptiae demonstrant : jalons pour une histoire de la présomption de paternité », *Revue historique de droit français et étranger*, 1991, p. 1331.

LE GALL Didier, POPPER Haydée, « Editorial. Les familles recomposées à l'heure des parentés plurielles », In *Dialogue*, n° 201, « Tes enfants, mes enfants, nos enfants », éd. Erès, 2013, p. 8.

LERIDON Henri, « Stérilité, hypofertilité et infécondité en France », *Populations*, 37 année, n° 4-5, 1982, p. 807 à 836.

LEROYER Anne-Marie, « Etude de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises sur les mineurs », RTD civ., avril/juin 2006, n° 10, p. 405.

LEVENEUR Laurent., « Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère est-elle valable ? », JCP, 1999, I, 152.

LUCET Frédéric, « L'enfant et son patrimoine entre famille primaire et famille seconde », LPA, 08 octobre 1997 n° 121, p. 19.

MARTI Anne-Laure, DUFOUR Véronique, « Des « quasi » frères et sœurs : inceste et confusion générationnelle », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 4/2009, n° 78, p. 53 à 59.

MAYER Danièle, « Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980 », D., 1981, chron. 283.

MBALA MF., « Adoption internationale : lorsque le pays d'origine prohibe l'adoption », Recueil Dalloz 2004, p 459.

MEMETEAU Gérard, « Avortement et clause de conscience du pharmacien », JCP, 1990, I, p. 3443.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, « Vie privée, vie familiale et droits de l'Homme », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 44, n° 4, octobre-décembre 1992.

MEYZEAUD-GARAND Marie-Christine, « L'influence des droits de l'Homme sur les empêchements à mariage », RJPF, n° 5, mai 2014, p. 10.

MIRABAIL Solange, « Repenser l'action à fins de subsides », *Revue de droit de la famille*, septembre 2011, n° 9.

MIRKOVIC Aude, « Mère porteuse : la CEDH anéantit la jurisprudence française », *Dictionnaire permanent Santé, bioéthique, biotechnologies*, juillet 2014.

MOATASSIME Ahmed, « Femmes musulmanes entre « l'état sauvage » et les « cultures civilisées » », *Tiers Monde*, 1984, tome 25, n° 97. Culture et développement sous la direction de Lê Thành Khôi, p. 139 à 154.

MOLIERE Aurélien, « Du bon usage de l'adoption simple : conformité à l'intérêt de l'enfant et à la vie familiale », *Droit de la famille* n° 3, mars 2016, comm. 48.

MONEGER Françoise, « Adoption internationale. Loi personnelle de l'enfant adopté prohibant l'adoption », *Revue de droit sanitaire et social* 1995, p. 606.

MUIR-WATT Horatia, « De l'adoption d'un enfant que sa loi personnelle prohibe », *Revue critique de droit international privé* 1995, p. 547.

MURAT Pierre, « La portée de l'expertise biologique de droit », *Revue de droit de la famille*, juin 2004, p. 25

Pierre MURAT, « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », *Revue de droit de la famille* n° 7-8, juillet 2013, dossier 24.

MURAT Pierre, « Le refus de se prêter à une expertise biologique et la preuve de la réunion de fait », *Revue de droit de la famille*, mars 2004, p. 20.

NAST M., « Vers l'union libre, ou le crépuscule du mariage légal », D.H, 1938.

NEIRINCK Claire, « Accouchement confidentiel allemand et accouchement secret français », *Revue de droit de la famille*, mai 2014.

NEIRINCK Claire, « Les avis de la Cour de cassation relatifs à l'adoption plénière par l'épouse de la mère et la consécration jurisprudentielle d'un droit à l'enfant », *Droit de la famille* n°11, novembre 2014, comm. 160.

NEIRINCK Claire, « Contestation d'une reconnaissance de paternité et possession d'état insuffisante », *Droit de la famille*, n° 3, mars 2012, comm. 46.

NEIRINCK Claire, « De la comaternité », *Droit de la famille* n° 3, mars 2015, repère 3.

NEIRINCK Claire, « L'adoption plénière par l'épouse de la mère : la marée noire de l'appel », *Droit de la famille*, juillet-août 2015, p. 49.

NEIRINCK Claire, « Délégation partage totale de l'autorité parentale entre deux partenaires », *Droit de la famille*, n° 12, décembre 2011, comm. 179.

NEIRINCK Claire, « Un enfant à tout prix ? Questions d'éthique et de droit », In *La Documentation française, Problèmes politiques et sociaux*, juin 2009, n° 961, p. 5 à 20.

NEIRINCK Claire, « Les droits des tiers, monstre du Loch Ness ou cheval de Troie ? », *Droit de la famille* n° 3, mars 2014, repère 3.

NEIRINCK Claire, « Les recommandations du défenseur des droits en faveur du tiers digne de confiance », *Droit de la famille* n° 12, décembre 2014, repère 11.

NEIRINCK Claire, « Adoption simple au sein d'un couple homosexuel et tierce opposition », *Revue de droit de la famille*, n° 7, juillet 2011, comm. 110.

NEIRINCK Claire, « L'adoption simple d'un majeur par ceux qui lui ont servi de substituts parentaux », *Droit de la famille* n° 5, mai 2013, comm. 67.

NEIRINCK Claire, « Transcrire sur les registres de l'état civil français les actes de naissances établis à la suite d'une GPA : une erreur juridique », *Revue de droit de la famille*, juillet-Aout 2015, p. 61 à 63

NEIRINCK Claire, « Refus de l'adoption simple de l'ex conjoint », *Revue de droit de la famille*, n° 10, octobre 2010, comm. 150.

NEIRINCK Claire, « Inceste qui peut définir l'aire de la faille ? », *Revue de droit de la famille*, 2011, Repère 10.

NEIRINCK Claire, « Un droit de visite de visite accordé à l'ex-compagne de la mère justifié par un projet de coparentalité antérieurement partagé », *Revue de droit de la famille*, n° 6, juin 2014, comm. 99.

NEIRINCK Claire, « Adoption au sein d'un couple homosexuel non marié et violation de la vie privée et familiale », *Revue de droit de la famille*, n° 4, avril 2013, p. 24.

NEIRINCK Claire, « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP G* 1997, I, p. 4067.

NEIRINCK Claire, « Accouchement anonyme et secret, grand-parent et article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles », *Droit de la famille* n° 4, avril 2013, comm. 54.

NEIRINCK Claire, « Les grands-parents ne peuvent pas être tenus d'exécuter l'obligation d'entretien qui incombe à leur fils », *Droit de la famille* n° 11, novembre 2014, comm. 162.

NEIRINCK Claire, « Notification de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat : protection procédurale de la famille ou protection de l'adoptabilité de l'enfant ? », *Droit de la famille* n° 10, octobre 2013, comm. 137.

NEIRINCK Claire, « Filiation par convenance personnelles et droit de l'enfant », *Droit de la famille* n° 4, avril 2013, repère 4.

NEIRINCK Claire, « Délégation partielle de l'autorité parentale à des grands-parents », *Droit de la famille* n° 7-8, juillet 2013, comm. 103.

NEIRINCK Claire, « Délégation partage totale de l'autorité parentale entre deux partenaires », *Droit de la famille* n° 12, décembre 2011, comm. 179

NERSON R. et RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « L'autonomie de la théorie des nullités en droit civil », *RTD civ.*, 1981, p. 139.

NERSON R. et RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « II Les cas de nullité de mariage », *RTD civ.*, 1983, p. 323.

OUBROU Tarek, « La kafala et la sharia », *Revue de droit de la famille* n°1, janvier 2009, dossier 2.

PARICARD Sophie, « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé », *Revue de droit de la famille*, janvier 2013, dossier 8.

PATERNOTTE David, « Quinze ans de débats sur la reconnaissance légale des couples de même sexe », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2004/35, n° 1860-1861.

PAUWELS Johan-Maria, « Le statut de la femme en droit zaïrois », *Revue juridique et politique : indépendance et coopération*, 1974, Vol. 28, p. 818-833.

PERRIN Ségolène, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Revue de droit de la famille*, 2010, étude 16.

PLAZY Jean-Marie, « La recherche d'équivalent : la tutelle », *Jurisque Droit de la famille*, janv. 2009, p. 22 et s.

POULIN Marie-Josée, « Du désir d'enfant à la réalisation de l'enfantement -I- Perspectives psycho-dynamiques du vécu normal autour du désir d'enfant et de la grossesse », *Psychothérapies*, 2004/1, vol. 24.

RAINER Frank, « L'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, 1999, p. 29-50.

RAYNAUD Pierre, « Un abus de l'adoption simple. Les couples adoptifs », *D.*, 1983, Chron., p. 39.

RAYNAUD Pierre, « La réforme de l'adoption », *D.* 1967, chron. , p. 77.

RINGEL F., « Vie privée ? Vie familiale ? Les difficultés d'application de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme à l'homosexualité et au transsexualisme », *RRJ*, 1999.

RONGE Jean-Luc, « L'inceste, l'adoption et la loi », *RAJS JDJ*, n° 239, nov. 2004, p. 13.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Droit de la famille », *La semaine juridique Edition générale* n° 1, 7 janvier 2013, doct. 38

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (sous la dir.), « Droit de la famille », *La semaine juridique édition générale* n° 1-2, 13 janvier 2014, doct. 43.

Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (sous la dir.), « Droit de la famille », *La Semaine juridique édition générale* n° 1-2, 11 janvier 2016, doct. 35.

SERIAUX Alain, *La procréation artificielle sans artifice : illicéité et responsabilités*, *D.*, 1988, chron. p. 201.

SINDRES David, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », In *Journal du droit international Clunet*, avril-mai-juin 2015, doct. 4.

TERRE François, « L'occasion rêvée. A propos de Cass. Ass. plén., 29 octobre 2004 », JCP, 2005, Act. 223.

TETARD Stessy, « Quelle place juridique pour le beau parent ? », *Droit de la famille* n° 7-8, juillet 2013, dossier 28.

TETARD Stessy, « La contribution des parents à l'entretien de leur enfant après le divorce. - Aspects de droit comparé », *Droit de la famille* n° 4, avril 2015, dossier 26.

THERY Irène, « Introduction », In *Dialogue*, n° 97, « Les beaux-parents. Remariages et recompositions familiales », éd. Erès, 1987, p. 3-6.

THERY Irène, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Droit de la famille*, n° 7-8, juillet-août 2013.

THERY Irène et LEROYER Anne-Marie, « Les suites du rapport « filiation, origines, parentalité », *Droit de la famille*, n° 9, septembre 2014, dossier 3.

THIEL Marie-Jo, « Du désir d'enfant à l'enfant désiré », In *Revue des sciences religieuses*, tome 68, n° 1, 1994, p. 95-107.

THIERRY Xavier, « La nuptialité à l'épreuve de la cohabitation », *Population*, 48^e année, n° 4, 1993.

THOMAS Yan, « Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », In *Droits*, n° 21, 1995, p. 17-63.

VAUVILLE Frédéric, « Du principe de coparentalité », *Les Petites Affiches*, 18 oct. 2002, p. 4.

VOISIN Virginie, « Intérêt de l'enfant contre intérêt public », *Petites affiches*, 8 avril 2004, n° 71, p. 13.

YONNET Paul, « L'avènement de l'enfant du désir », *Etudes*, 2010/1, tome 412, p. 43-52.

INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

-A-

Accès aux origines: 221

Accouchement sous X: 103, 328, 338

Adoption..... Simple, 135, 140, 151, 187, 191, 205, 219 à 221, 294, 333, 378, 381, 397, 401, 409 à 411, 423, 426, 433, 438, 439, 464

Plénière: 135, 151, 282 293; 294; 299; 301 à 304; 378; 388; 412; 413; 423; 433

De l'enfant du conjoint: 133; 136; 137; 282; 291 à 294; 303; 306; 340; 342; 398; 407; 408; 412; 413; 464; 465

Individuelle: 92; 303; 344

Conjointe: 92; 283; 344

Affection: 10; 16; 59; 72; 73; 99; 204 à 211; 301; 379; 384; 449; 480

Allié : 145; 147; 151; 159; 161; 164; 188; 400

Altérité sexuée: 12; 14; 16; 17; 18; 20; 25; 36; 56; 57; 79; 348; 366

Amant: 40; 47; 66; 69; 127; 191; 196; 204; 271

Ascendant : 49; 50; 53; 75; 151; 154; 155; 161; 231; 377; 378; 380; 381; 386; 395; 412

Atteinte sexuelle: 42; 145; 171 et s.

-C-

Comaternité: 295; 304 à 306

Consanguinité: 142; 151; 189; 212; 217; 218 à 220

Conseil de famille: 155; 395; 396; 436

Contraception: 83 et s; 281; 283; 359; 477

Contractualisation: 148; 343; 457; 478; 480; 481

Convenance personnelle: 98; 286; 287; 378; 478; 480

Copaternité: 340

Corps humain: 309

-D-

Différence des sexes: 2; 26; 28; 34; 37

-F-

Familles de fait: 1; 11; 177; 185; 220; 224; 225; 282; 373; 428; 452; 474; 480; 481

Familles juridiques: 5; 24; 125; 220; 282; 342

Filiation.....Maternelle: 111; 119; 121; 189; 198; 317

Paternelle: 111; 119; 126; 189; 195; 198; 200; 218; 329; 467; 469;
471

Biologique: 12; 15; 363

Fictive: 12; 118; 280; 283; 290; 347; 363; 464

-G-

Géniteur: 102; 112; 126; 127; 131; 151; 189; 191; 192; 194; 196; 197; 215; 283; 305;
359; 379; 403; 455

Gestation pour autrui – GPA –: 283; 299; 307 à 343; 378; 431; 435; 437; 455

-H-

Homosexualité: 21; 22; 56; 79; 348; 365

Hétérosexualité : 11; 17; 26; 56

-I-

Inceste.....Relatif: 150; 216

Absolu: 142; 150; 151; 184 à 188; 191; 193; 216; 223

Interruption volontaire de grossesses – IVG –: 96 à 101; 477

Intention matrimoniale: 34; 35; 36; 58; 62; 63; 64; 79

-M-

Mariage.....putatif: 155

Incestueux: 13; 153; 155; 156; 161; 163

Polygamique: 226; 237; 238; 250; 254; 266

Homosexuel: 12; 27; 29; 34; 118

Hétérosexuel : 12; 34; 118

Transsexuel: 29; 35 à 37

Blanc: 63

Gris : 64; 71

Opposition à: 154; 156

Mère porteuse: 215; 219; 307; 308; 309; 311; 316; 317; 324; 328; 333; 334; 338; 342

-O-

Ordre public: 26; 47; 61; 75; 141; 144; 148; 158; 166; 191; 239; 246; 263; 266; 278; 297; 310; 320; 382; 456

-P-

Parentalité: 6; 106; 128; 153; 211; 304; 373; 383; 416; 445; 474

Possession d'état: 111; 114; 129; 445; 461; 466 à 471

Prescription: 91; 107; 155; 251; 425

Procréation.....Biologique: 116; 139; 187; 202; 366

Médicalement assistée – PMA –: 16; 92; 104; 109 à 114; 139; 202;
212; 221; 281; 283; 285; 300; 301; 306; 309; 476; 477

Assistance médicale à la – AMP –: 16; 56; 104; 108 à 117; 139;
212 à 223; 282 à 306; 311; 328; 341; 342; 343; 366; 378; 404

-R-

Reconnaissance..... volontaire: 111; 126

De complaisance: 463; 469 à 472

-S-

Sexualité procréatrice: 10; 15; 34; 56; 139; 306; 479

Sperme : 82; 86; 215; 218; 221; 297; 303; 309; 323; 329; 338

Stérilisation: 84; 87

-T-

Tiers donneur: 110; 112; 212; 213; 297

Trouple: 5; 6

Tutelle: 393; 394; 395; 396; 406; 417; 421; 423; 425; 426; 427; 444

-V-

Vie privée et familiale: 7; 76; 410.

TABLE DES MATIERES

Sommaire	7
INTRODUCTION	13
Partie première : L'institutionnalisation acquise des couples de fait	24
Titre premier : La reconnaissance juridique des couples de fait	28
Sous-titre 1 : Le critère conservé et généralisé : une relation sexuelle entre deux personnes	29
Chapitre I: L'altérité sexuée, élément indifférent à la reconnaissance des couples	31
Section 1 : La reconnaissance légale des couples hétérosexuels et homosexuels hors mariage	31
§ 1 : Les concubins	33
§ 2 : Les partenaires	37
Section 2 : L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe	40
§1 : Avant la loi du 17 mai 2013	40
§2 : Depuis la loi du 17 mai 2013	43
A/ L'admission du mariage des couples de même sexe	43
B/ L'admission indirecte du mariage transsexuel sans exigence particulière	45
Chapitre II : La sexualité, critère indispensable de la reconnaissance des couples	47
Section 1 : Absence de sexualité : absence de couple	48
§1 : Les notions en présence	48
§2 : Absence de sexualité dans la jurisprudence et la législation étrangères	51
A/ Deux personnes à la sexualité interdite devant la CEDH	51
B/ Deux personnes sans sexualité	54
Section 2 : Réalité de la sexualité, élément discriminant de la reconnaissance des couples	59
§1 : La sexualité dans le mariage	59
A/ L'exigence d'une sexualité effective	60
B/ L'absence de sexualité sanctionnée	63
§2 : La sexualité hors mariage	66
A/ La sexualité libre et non contrôlée des concubins	67
B/ La sexualité potentielle des partenaires	71
Conclusion du sous-titre 1	75
Sous-titre 2 : Le critère abandonné : la sexualité procréatrice	77
Chapitre 1 : La procréation maîtrisée	80
Section 1 : La « maîtrise négative »	80
§1 : La contraception	81
§2 : Pouvoir décisionnel de la femme	84
Section 2 : La « maîtrise positive »	89
§1 : La procréation naturelle	89
§2 : L'assistance médicale à la procréation	93
Chapitre 2 : Le rapport entre mariage et filiation ébranlé	98
Section 1: L'affaiblissement du rapport entre mariage et filiation par procréation	99
§1 : Mariage et maternité	99
§2 : Mariage et paternité	101
Section 2: Le maintien du rapport entre mariage et filiation par adoption	108
§1: Le principe de l'adoption plénière par un couple de personnes de même sexe	108
§2: L'adoption de l'enfant du conjoint	109
Conclusion du sous-titre 2	110
Titre second : L'incidence de la reconnaissance juridique des couples de fait sur l'ordre social	112

Sous-titre 1 : De l'inceste au fait incestueux	114
Chapitre I : Le couple et l'inceste	116
Section 1 : En droit civil	116
§1 : Refus légal de la sexualité incestueuse	116
A/ Refus d'institutionnaliser le couple incestueux	117
1° Empêchements à mariage	117
2° Non-respect et sanctions	121
B/ Refus de contractualiser le couple incestueux	122
1° Empêchements à PACS	122
2° Non-respect et sanction	124
§2 : Interdit relatif de l'inceste	124
A/ Mariages de nature incestueuse autorisés	125
B/ Concubinage de nature incestueuse toléré	128
Section 2 : Droit pénal	129
§1 : Législation et jurisprudence françaises	130
A/ Relations sexuelles incestueuses non consenties interdites	130
B/ Lien de famille, circonstance aggravante des infractions sexuelles	132
§2 : Législation et jurisprudence européennes	136
A/ Infraction d'inceste	137
B/ Notoriété de l'inceste	138
Chapitre II : L'enfant et l'inceste	140
Section 1 : Inceste et procréation	140
§1 : L'enfant issu d'un inceste absolu subit le fait de sa naissance	141
A/ Interdiction d'établir un double lien de filiation	141
B/ Refus de prononcer l'adoption de l'enfant incestueux par son géniteur	143
§2 : Comment ne pas punir l'enfant du fait de sa naissance incestueuse ?	145
A/ Action à fin de subsides	145
B/ Dommages-intérêts	148
Section 2 : Inceste et rapports de filiation incestueux	150
§1 : Transformer une relation de couple en relation de parenté par l'adoption	150
A/ L'affection amoureuse s'est transformée, hors mariage, en rapports de nature filiale	151
B/ L'affection amoureuse, instituée ou effective, ne peut se transformer en relation filiale	152
1° Refus de l'adoption du partenaire sexuel	152
2° Refus de l'adoption de l'ex conjoint	154
§2 : Faire naître par PMA un enfant entre deux personnes qui sont parentes	155
A/ AMP endogène et fait incestueux	155
B/ AMP exogène et consanguinité	157
Conclusion du sous-titre 1	160
Sous-titre 2 : De l'interdiction de la bigamie à polygamie de fait	162
Chapitre I : La répression de la bigamie	165
Section 1 : Principe monogamique	165
§1 : Dans le mariage	165
§2 : Hors mariage	168
A/ PACS	168
B/ Concubinage	169
Section 2 : Sanctions du mariage bigame	171
§1 : Sanctions civiles	171
§2 : Sanctions pénales	173
Chapitre II : Les limites à la répression de la bigamie	175
Section 1 : La bigamie autorisée par la loi personnelle : l'exemple du droit musulman	175
§1 : Sa consécration	175
A/ Règle religieuse	176
B/ Règles légales	177
§2 : La reconnaissance du mariage bigame en France	179

A/ Effet atténué de l'ordre public	180
B/ Limites	181
Section 2 : La réalité d'une pratique bigame	183
§1 : La polygamie de fait	183
§2 : La polygamie successive	185
Conclusion du sous-titre 2 :	188
Partie seconde : La demande partiellement satisfaite d'accès à l'enfant	189
Titre premier : Accès à la filiation pour les couples de même sexe	193
Sous-titre 1 : L'accès refusé à la procréation médicalement assistée	195
Chapitre 1 : Le recours illicite à l'AMP pour les couples de femmes	196
Section 1 : Le recours frauduleux à l'AMP par les femmes seules	196
Section 2 : Une maternité en couple de femmes	199
§1 : La particularité de l'adoption de l'enfant du conjoint	199
§2 : Les conditions de l'adoption de l'enfant de l'épouse	201
A/ En droit positif français	201
1° La question de la fraude	201
2° Réponse jurisprudentielle à la fraude	202
B/ Vers une évolution de la loi : la comaternité ?	207
Chapitre 2 : Le recours illicite à la GPA par les couples d'hommes	209
Section 1 : Ce que dit la loi	209
§1 : Illicéité absolue des conventions de mères porteuses en France	209
§2 : Réalisation de la convention de mère porteuse à l'étranger : filiation originaire de l'enfant	213
A/ Reconnaissance de l'acte de naissance valablement établi à l'étranger	213
B/ La question du certificat de nationalité française	215
Section 2 : Fraude judiciairement ignorée	217
§1 : La question de la transcription et la jurisprudence	218
§2 : Conséquences de la transcription	221
A/ En droit positif	221
B/ En droit prospectif	223
Conclusion du sous-titre 1	225
Sous-titre 2 : L'accès légal à la filiation fictive	227
Chapitre 1 : les différentes formes d'adoption	228
Section 1 : Présentation de l'institution	228
§1 : L'évolution de l'adoption	228
§2 : Les deux formes de l'adoption française	232
A/ Adoption plénière	232
B/ Adoption simple	234
Section 2 : La réalité de l'adoption française avant son ouverture aux couples de même sexe	237
Chapitre 2 : L'adoption et la loi du 17 mai 2013	240
Section 1 : L'adoption conjointe par les couples de même sexe plus difficile	240
Section 2 : L'adoption simple de l'enfant du conjoint plus facile	244
Conclusion du sous-titre 2	245
Titre second : Accès aux droits parentaux pour les tiers	246
Sous-titre 1 : Les tiers privilégiés	248
Chapitre 1: les tiers familiaux privilégiés par la loi	249
Section 1 : Un rapport de parenté privilégié: les grands-parents	249
§1 : Une reconnaissance légale	249
A/ Les Grands-parents, membres de la famille de l'enfant	250
B/ Le droit aux relations personnelles avec l'enfant	253
§2 : Un rôle élargi sous le contrôle d'un juge	257
A/ L'intervention judiciaire en faveur d'un tiers digne de confiance	257
1° Assistance éducative à caractère non professionnel	257

2° Tiers désigné dans le cadre d'une séparation parentale	258
3° Délégation d'autorité parentale	259
B/ L'intervention judiciaire et la substitution aux père et mère	261
1° Substitution partielle : les grands parents tuteurs	261
2° Substitution totale les grands-parents adoptants	264
Section 2 : Un rapport d'alliance privilégié, le beau-parent	266
§1 : Le beau-parent, un tiers familial	266
A/ Un statut légal aux conséquences implicites	266
B/ Absence de fonction mais prise en charge de fait de l'enfant	268
§2 : Un rapport de filiation revendiqué, l'adoption	272
A/ Adoption simple de l'enfant du conjoint	272
B/ L'adoption plénière de l'enfant du conjoint	274
Chapitre 2 : Les tiers privilégiés par une loi étrangère, les kafils	276
Section 1 : La disposition étrangère, le placement en kafala	276
§1 : La Kafala, une pratique musulmane	276
§2 : Statut de la Kafala en droit français	280
A/ Avant la loi du 6 février 2001	280
B/ Depuis la loi du 6 février 2001	282
Section 2 : La reconnaissance en France des droits des kafils	288
§1 : Les kafils détenteurs de l'autorité parentale	288
§2 : Les kafils parents par adoption	289
A/ Adoption et acquisition de la nationalité française	289
B/ Adoption simple et majorité	294
Conclusion du sous-titre 1	295
Sous-titre 2: Les tiers non privilégiés	297
Chapitre 1 : Ce que le droit permet: un rôle de nature parentale	299
Section 1 : A l'initiative des parents	299
§1 : Droit positif : la délégation d'autorité parentale	299
A/ La délégation volontaire dite classique	300
B/ La délégation partage	302
§2 : Droit prospectif : le mandat d'éducation quotidienne	306
Section 2 : A l'initiative des tiers compétents	307
Chapitre 2 : Ce que le droit refuse: un rapport de filiation	311
Section 1 : Impossibles établissements de la filiation	311
§1 : Impossibles établissements par effet de la loi	311
§2 : Filiation fictive fermée	312
Section 2 : Etablissements mensongers de la filiation	313
§1 : Le recours à la possession d'état	313
§2 : Par reconnaissance de complaisance	315
Conclusion du sous-titre 2	316
CONCLUSION GENERALE	318
Bibliographie	322
Ouvrages généraux	322
Ouvrages spéciaux, monographies et thèses	324
Articles et chroniques	333
Index	348
Table des matières	353