



THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DROIT (ED n°41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

par **Marion DAMY**

LES MUTATIONS DU DROIT DE LA FILIATION

Sous la direction de la Professeure Adeline GOUTTENOIRE

Soutenue publiquement le 18 décembre 2024

Membres du jury :

Madame Pascale DEUMIER,

Professeure à l'université Jean Moulin Lyon 3,

Rapporteure

Monsieur Hugues FULCHIRON,

Professeur à l'université Jean Moulin Lyon 3,

Président

Monsieur Jérémie HOUSSIER,

Professeur à l'université de Reims Champagne-Ardenne,

Rapporteur

Madame Marie LAMARCHE,

Professeure à l'université de Bordeaux,

Examinatrice

Madame Adeline GOUTTENOIRE,

Professeure à l'université de Bordeaux,

Directrice de thèse

*L'université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans cette thèse.
Elles doivent être considérées comme propres à leur auteure.*

REMERCIEMENTS

Madame la Professeure Gouttenoire, mes plus sincères remerciements pour votre force de conviction et votre passion qui m'ont d'abord ouvert la voie puis accompagnée sur celle-ci. J'ai progressivement su y tracer mon propre chemin, sous votre regard aiguisé et, à bien des égards, maternel.

Un immense merci au « gang » du CERFAPS, famille du quotidien, au pluralisme inspirant et à la bonne humeur rassurante. Les adoptions ponctuelles des voisins de l'IRDAP ont été, tout autant, un accueil indispensable pour rompre les jours de solitude et de doute. Manon et, jusqu'à la dernière seconde, Alexia, sans vous il y aurait encore beaucoup trop de questionnements sans réponse et cet aboutissement vous doit beaucoup ; mes cafés matinaux n'auront plus jamais la même saveur. Thibaud, merci pour ta motivation finale, la gestion des fins de thèse est désormais notre spécialité commune. Maruis, merci pour ton sourire, antidote indispensable pour franchir les derniers mètres. L'université ne serait pas complète sans les TD et les belles rencontres qu'ils nous offrent. Thomas et Émilie, particulièrement, vous êtes les amis des tous premiers jours et c'est aujourd'hui l'heure de porter loin tous nos projets.

Un grand merci à tous ceux, famille et amis, qui ont été là, de près ou de loin, pendant ce périple et ont su supporter l'investissement qu'il demande. Un remerciement tout particulier à Max et Martin et leur humour affectueux, à Chloé, la plus fidèle des relectrices, toujours enthousiaste et si passionnée, à Manon tellement encourageante et à Flavie, traductrice si réactive et efficace.

Le plus précieux de mes remerciements ne pouvait s'adresser qu'à toi Maman, qui m'accompagne avec toute ta force et ta douceur sur les chemins que j'emprunte et illumine tous les sens du terme filiation.

Enfin, les mots de KIPLING étaient bien meilleurs que les miens pour te remercier Malcolm. Ce passage choisi traduit tant la vie du chercheur, juriste ou artiste, que les promesses plus grandes qu'ils offrent :

*« Si tu sais méditer, observer et connaître
Sans jamais devenir sceptique ou destructeur ;
Rêver, mais sans laisser ton rêve être ton maître,
Penser sans n'être qu'un penseur... »*

Rudyard KIPLING, « Si... tu seras un homme mon fils », 1910.

*À ma Clara,
Coquin de sort.*

PRINCIPALES ABREVIATIONS

§	Paragraphe(s)	CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Act.	Actualisation		
Al.	Alinéa	Ch.	Chambre
<i>AJ fam.</i>	Actualité juridique famille	Chron.	Chronique
AMP	Assistance médicale à la procréation	CIDE	Convention internationale relative aux droits de l'enfant
AN	Assemblée nationale		
<i>Arch. Philo. Dr.</i>	Archives de philosophie du droit	Circ.	Circulaire
Art.	Article	Coll.	Collection
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation	Comm.	Commentaire
C.	Contre	Comp.	Comparer
C. civ.	Code civil	Concl.	Conclusions
C. pén.	Code pénal	Cons.	Considérant
CA	Cour d'appel	Cons. Const.	Conseil
CASF	Code de l'action sociale et des familles	constitutionnel	
Cass.	Cour de cassation	<i>Contra</i>	En sens contraire
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation	CPC	Code de procédure civile
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation	CSP	Code de la santé publique
Cass. AP	Assemblée plénière de la Cour de cassation	CSS	Code de la sécurité sociale
CCNE	Comité Consultatif National d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé	D.	Recueil Dalloz
CE	Conseil d'État	Dactyl.	Dactylographié
CECOS	Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme	DC	Décision du Conseil constitutionnel
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme	Décr.	Décret
		Dir.	Sous la direction de
		<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
		Doctr.	Doctrine
		<i>Dr. pat.</i>	Droit et patrimoine
		<i>Dr. fam.</i>	Revue droit de la famille
		Éd.	Édition
		EHESS	École des hautes études en sciences sociales

Ét.	Étude		choix techniques et scientifiques
Et al.	<i>Et alli</i> , et autres		Page(s)
Et s.	Et suivants	P.	Procréation
Fasc.	Fascicule	PMA	médicalement assistée
GACEDH	Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme	Préc.	Précité
		PU	Presses
GAJC	Les grands arrêts de la jurisprudence civile	universitaires	
		PUAM	Presses universitaires d'Aix Marseille
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais		
GPA	Gestation pour	PUF	Presses universitaires de France
autrui			
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit		
		QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
IGAS	Inspection générale des affaires sanitaires	Rapp.	Rapport
		Rappr.	Rapprocher
<i>In</i>	Dans	RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Infra	Ci-dessous		
<i>IRJS</i>	Institut de recherche juridique de la Sorbonne	Rec.	Recueil
		<i>Rép. Civ.</i>	Répertoire de droit civil
IVG	Interruption volontaire de grossesse	Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur	<i>Rev. Crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>JCP G</i>	La semaine juridique, édition générale		
		<i>RJPF</i>	Revue juridique personnes et familles
<i>JCP N</i>	La semaine juridique, édition notariale		
		<i>RLDC</i>	Revue Lamy de droit civil
JORF	Journal officiel de la République française	<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence	RU	Royaume-Uni
		Spéc.	Spécialement
		<i>Supra</i>	Ci-dessus
LEH	Les études hospitalières	T.	Tome
		TGI	Tribunal de grande instance
<i>LPA</i>	Les petites affiches		
N°	Numéro	Th.	Thèse
Obs.	Observations	TI	Tribunal d'instance
Ord.	Ordonnance	TJ	Tribunal judiciaire
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> , dans l'ouvrage cité précédemment	V.	Voir
		V°	Voir au mot
		Vol.	Volume
OPECST	Office parlementaire d'évaluation des		

SOMMAIRE

Version à jour au 16 janvier 2024.

PARTIE I : LA SUBJECTIVISATION DES NORMES DU DROIT DE LA FILIATION

TITRE I : LA DIFFUSION DE METHODES CASUISTIQUES EN DROIT DE LA FILIATION

CHAPITRE I : LA METHODE CASUISTIQUE AU CŒUR DE LA DEMARCHE BIOETHIQUE

CHAPITRE II : LA CONSIDERATION DE LA SINGULARITE AU CŒUR DES DROITS FONDAMENTAUX

TITRE II : LA MUTATION DU MODELE FILIATIF AU GRE DES SINGULARITES

CHAPITRE I : LA CONSECRATION DE LA BI-MATERNITE

CHAPITRE II : LE REFUS DE DISSOCIER MATERNITE ET ACCOUCHEMENT

PARTIE II : LA SUBJECTIVISATION DU CONTENTIEUX DU DROIT DE LA FILIATION

TITRE I : LA SUBJECTIVISATION DES ACTIONS RELATIVES A LA FILIATION

CHAPITRE I : LA SUBJECTIVISATION DES ONFLITS ET CONTESTATIONS DE FILIATION

CHAPITRE II : LA SUBJECTIVISATION DE L'ETABLISSEMENT CONTENTIEUX DE LA FILIATION

TITRE II : LA SUBJECTIVISATION DE L'ETABLISSEMENT DU LIEN DE FILIATION AB INITIO

CHAPITRE I : LA SUBJECTIVISATION DE L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION INCESTUEUSE

CHAPITRE II : LA SUBJECTIVISATION DE L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION PATERNELLE DE L'ENFANT NE DANS LE SECRET

INTRODUCTION

1. L'évolution en question. La citation attribuée à LAVOISIER « rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme »¹ a une certaine résonance dans l'étude des évolutions du Droit. Tout aussi profonds que ce soient les changements, ils ne jaillissent jamais du néant et s'inscrivent nécessairement dans une continuité. Pourtant, le changement ne manque pas de perturber le juriste. Attaché au besoin de stabilité du Droit, il peut, souvent malgré lui, se laisser entraîner dans une critique de ce changement, celui-ci remettant en question l'ordre établi. Une rupture profonde est facilement perçue comme un déclin². Pourtant, le changement ne serait-il pas un simple élément que le juriste ne peut que constater ? Objectiver le changement ou, à tout le moins, ne pas se concentrer sur le seul résultat issu de ce changement, permet d'acquérir une autre perspective, conduisant à estimer que « la véritable révolution n'est pas rupture de la continuité du passé. Son paradoxe c'est d'être tout à la fois rejet et conservation de la tradition »³.

¹ Bien que communément attribuée à Antoine Lavoisier, cette citation n'a jamais été réellement formulée comme telle par le célèbre chimiste mais est une simplification de son *Traité élémentaire de chimie*, publié en 1789.

² En ce sens v. PELLÉ S., « Métamorphoses de la loi et contrôle de proportionnalité », in *Les métamorphoses de la loi, hommage à Jean Foyer*, Éditions Panthéon-Assas, 2022, p. 348 qui estime que « en doctrine, l'idée d'un déclin du droit semble avancée de manière cyclique, en présence d'une mutation profonde, en rupture avec l'ordonnement des solutions établies ».

³ KOUASSIGAN G.-A., *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pédone, 1974, p. 279.

2. Mutations. Le terme de « mutation » est particulièrement employé depuis la fin du XX^e siècle relativement à la matière familiale. Mutations⁴, métamorphoses⁵, révolutions⁶ ont fleuri dans le discours doctrinal, laissant présager que la famille, matière mère de la filiation, subirait l'une de ses plus importantes évolutions. La mutation renvoie, en effet, à un « changement radical et profond »⁷, synonyme de « transformation »⁸. Le terme peut, de plus, traduire tant le mouvement impliqué par le changement que le résultat substantiel de ce mouvement. L'emploi du pluriel, corrélé au droit de la filiation, objet de l'étude, tend, cependant, à pencher vers la première acceptation du terme. En effet, étudier *les mutations du droit de la filiation* par une approche dynamique offre l'occasion d'analyser les moteurs et effets d'un domaine aujourd'hui en tension, là où l'approche statique tendrait davantage à proposer une réponse reposant sur le constat de ces tensions. Au regard de l'ampleur des débats suscités par ces transformations et des réformes récentes réalisées, l'approche dynamique offre un certain recul, particulièrement sur les réformes les plus récentes, tout en tentant de mener une étude sur le droit de la filiation, « sans participer aux émotions collectives qu'il suscite »⁹. Cette

⁴ V. par ex., MONGET Q., *Les mutations du statut patrimonial des couples*, thèse Droit, dactyl. Paris, 2024 ; GOGOS-GINTRAND A., MORACCHINI-ZEIDENBERG S. (dir.), *2010-2020, une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021 ; BERNARD S., FARGE M. (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, PUG, 2019 ; SÈVE R., FENOUILLET D. (dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, 2014 ; BOURON-CRÉMET V., *Les mutations du droit de la filiation face à l'évolution de la génétique*, thèse Droit, dactyl., Nantes, 2010 ; MEULDERS-KLEIN M.-T., *La personne, la famille et le droit, 1968-1998, trois décennies de mutations en occident*, LGDJ, 2000 ; THÉRY I. (dir.), *Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, 1998.

⁵ V. par ex., BOSSE-PLATIERE H., FAVIER Y., FULCHIRON H., GOUTTENOIRE A., *Les métamorphoses du droit de la famille, En hommage à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Edilaix coll. « Thèses & actes », 2023 ; LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, PUF coll. « Thémis droit », 2022, n°279 ; THÉRY I., *Mariage et filiation pour tous, une métamorphose inachevée*, Éditions du Seuil et de la République des Idées, 2016 ; CATALA P., « La métamorphose du droit de la famille », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 41 et s. ; GODELLIER M., *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004. V. aussi TEYSSIÉ B. (dir.), *Les métamorphoses du droit des personnes*, Lexisnexis, 2023.

⁶ V. par ex., CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769 ; GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975 ; BINET J.-R., « Bioéthique et filiation : évolution ou révolution en perspective ? », in LEGROS B., *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, LEH Édition, 2018, p. 63-74 ; BÉNABENT A., *Droit de la famille*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2022, n°470. V. aussi MIRABAIL S., « La possession d'état revisitée : une révolution juridique ! », *Gaz. Pal.*, 28 mars 2023, n°11 ;

⁷ CNRTL, [en ligne].

⁸ V° « mutation », Le petit Robert de la langue française, Le Robert, 2023.

⁹ CARBONNIER J., *Droit civil t.1 : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF coll. « Quadrige », 2004, n°450, p. 946.

perspective permet également d'inscrire l'étude dans les mutations du droit en général¹⁰, l'inflation législative actuelle conduisant de plus en plus les juristes à essayer de saisir le sens et la densité des évolutions pour tenter de déceler où, demain, celles-ci mèneront¹¹.

I. Famille, filiation et évolutions : l'encadrement par le droit d'un phénomène social

3. Filiation et famille : des phénomènes évolutifs. Filiation et famille ne sont pas définies par le Code civil, tant leur sens est à la fois instinctif et abstrait¹². La définition de la famille s'esquisse par l'encadrement des différents liens qui la composent, dont le lien de filiation. Celui-ci désigne le lien de droit rattachant l'enfant à son père – filiation paternelle – et à sa mère – filiation maternelle –¹³. À ce titre, il encadre le lien vertical de parenté entre un ascendant et son descendant direct. Il se distingue des autres liens composant la famille. En effet, la famille est constituée de l'adjonction de différents liens, verticaux et horizontaux, certains étant factuels quand d'autres sont juridiques. Au titre des liens verticaux, le mariage et le PACS, liens de droit, se distinguent du concubinage. Au titre des liens horizontaux, le lien de droit qu'est le lien de filiation s'oppose aux liens factuels de parenté, unissant des personnes descendant les uns des autres – la parenté en ligne directe – ou descendant d'un ancêtre commun – la parenté en ligne collatérale –. Le lien de filiation est ainsi au cœur de l'organisation des relations individuelles. Face à une réalité sensible, multiple et évolutive, le législateur de 1804 a fait de ces liens familiaux un outil technique, élaborant une institution familiale¹⁴, afin de répondre aux enjeux individuels et collectifs du domaine. Il a choisi de faire reposer la famille sur le mariage en rattachant les individus la composant les uns aux autres par des liens, dont le lien de filiation, selon le rapport entretenu. Étudier les mutations du droit de la filiation conduit, dès lors, à étudier l'évolution de la considération, par le Droit, de certaines

¹⁰ V. par ex., TEYSSIÉ B. (dir.), *Les métamorphoses de la loi, hommage à Jean Foyer*, Éditions Panthéon-Assas, 2022.

¹¹ V. par ex., MONGET Q., *Les mutations du statut patrimonial des couples*, thèse Droit, dactyl. Paris II, 2024 ; GRULIER P., *Les mutations du droit de la consommation – à la recherche des valeurs consuméristes*, thèse Droit, dactyl., Paris, 2022 ; RUELLAN M., *Les mutations identitaires du juge pénal*, thèse Droit, dactyl., Paris II, 2021 ; BOURON-CRÉMET V., *Les mutations du droit de la filiation face à l'évolution de la génétique*, thèse Droit, dactyl., Nantes, 2010.

¹² DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, LGDJ, 2019, n°1.

¹³ CARBONNIER J., *Droit civil t.1 : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, op. cit., n°450, p. 947.

¹⁴ DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit. n°1.

de ces relations individuelles, dans le contexte plus général de l'évolution de la matière familiale.

4. Le droit de la famille en mutation. De prime abord, s'interroger sur l'évolution du droit de la famille pourrait surprendre : si la famille n'est pas définie dans le Code civil, c'est justement parce qu'elle évolue. Pilier du droit¹⁵, la famille est un phénomène mouvant au gré des mœurs et des époques, « désarmant [le juriste] comme si son objet d'étude lui était difficilement accessible »¹⁶. Il faut dire que sa tâche n'est pas facilitée : la famille est un « objet d'étude pluridisciplinaire »¹⁷, l'apport des autres sciences, mais également des réalités concrètes influençant nécessairement le juriste dans son rôle d'encadrement. En organisant des relations individuelles, le juriste tente, ainsi, d'esquisser une définition de la famille, d'un phénomène dont les contours s'avèrent plus ou moins précis, mais devant répondre à certains enjeux : phénomène collectif, l'encadrement de la famille implique un minimum de stabilité ; phénomène individuel, la famille doit correspondre aux attentes de membres de la société. L'histoire du droit de la famille¹⁸ illustre cette tension entre ces deux pôles, comme si l'encadrement idéal des relations familiales consistait à atteindre un équilibre entre ces enjeux, imposant au Droit des arbitrages tendant à concilier bien plus qu'à opposer. Le groupe doit correspondre à l'individu et l'individu doit se retrouver dans le groupe. Difficulté supplémentaire, ce point d'équilibre est flottant, l'arbitrage opéré hier ne correspondant plus aux besoins de demain.

5. Déséquilibres. Étudier les mutations du droit de la filiation conduit, dès lors, à s'interroger sur la quête d'équilibre du Droit et sa capacité à concilier, aujourd'hui, les enjeux auxquels est confronté le droit de la famille. En effet, si celui-ci est considéré comme transformé, c'est qu'après un siècle et demi de stabilité de la famille napoléonienne, les évolutions légales, amorcées dans les années 60, se succèdent et se densifient, ne conservant

¹⁵ LAURENT-BONNE N., POSE N., SIMON V., *Les piliers du droit civil, famille, propriété, contrat*, Mare & martin, 2014 ; V. aussi CARBONNIER J., *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 10^{ème} éd., 2014.

¹⁶ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°1.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ V. par ex., THIREAU J.-L., *Histoire du droit de la famille*, L'hermès, 1^{ère} éd., 1998 ; RENAUT M.-H., *Histoire du droit de la famille*, 2^{ème} éd., Ellipses, 2012 ; LECA A., *Petite histoire du droit de la famille : droit de l'Antiquité, juslexque, droit français, droit musulman, Farâ'idh*, LexisNexis, 2019.

que quelques restes des éléments fondateurs de 1804¹⁹. La famille traditionnelle, celle du Code civil, était légitime. Elle reposait sur l'institution matrimoniale et était placée sous l'autorité du père de famille, équilibre subtil entre tradition et modernité, acquis révolutionnaires et inspirations religieuses²⁰. La subtilité de l'équilibre est telle qu'elle permet un fonctionnement juridique familial apaisé²¹ malgré les transformations sociétales opérées pendant cent cinquante ans. Cet apaisement juridique ne doit, pourtant, pas dissimuler l'évolution progressive des mœurs durant cette période, imposant d'importantes réformes à partir des années 1960. Les choix de 1804 étaient, en effet, impératifs : soit la famille correspondait au modèle légal légitime, soit elle était « atypique »²² existant partiellement à la frontière du Droit. Comme l'explique CARBONNIER, il n'est pas possible pour le droit familial « d'épouser la mobilité des faits sociaux, au risque de cristalliser ce qui n'est qu'une mode passagère ni la diversité des classes ou des régions, au risque d'abdiquer sa propre unité. Aussi, n'interviendra-t-il qu'avec un temps légitime de retard et sur une moyenne acceptable par tous, à moins qu'il ne préfère ouvrir aux justiciables une option »²³. Tant la généralité des modifications²⁴ que la temporalité

¹⁹ ÉGÉA V., *Droit de la famille, op. cit.*, n°9 ; LEROYER A.-M., *Droit de la famille, op. cit.*, n°279 ; LEMOULAND J.-J., « Filiation : 1972-2022, et maintenant ? », *Dr. fam.* n°6, juin 2022, dossier 11.

²⁰ THIREAU J.-L., *Histoire du droit de la famille*, L'harmès, 1^{ère} éd., 1998 ; RENAUT M.-H., *Histoire du droit de la famille*, 2^{ème} éd., Ellipses, 2012 ; LECA A., *Petite histoire du droit de la famille : droit de l'Antiquité, juslexque, droit français, droit musulman, Farâ'idh*, LexisNexis, 2019.

²¹ Il est, néanmoins, nécessaire de signaler quelques lois d'envergure intervenues en cette période : Loi Naquet, 27 juillet 1884 : réintroduction du divorce en France en cas de comportement fautif de l'un des époux ; Loi du 6 février 1893 relative au régime de la séparation de corps ; Loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, placement des mineurs et action éducative en milieu ouvert, JORF du 25 juillet 1889 ; Loi du 25 mars 1896 sur les droits des enfants naturels dans la succession des parents et sur la dévolution de la succession des enfants naturels ; Loi du 2 juillet 1907 relative à la protection et à la tutelle des enfants naturels ; Loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire et à la contribution des époux aux charges du ménage ; Loi du 6 novembre 1912 modifiant l'article 340 du Code civil, JORF du 17 novembre 1912 : création de l'action en recherche de paternité naturelle et première entrée dans le droit du terme concubinage depuis la création du Code civil ; Loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, JORF du 19 février 1938 ; Loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux, JORF du 3 novembre 1942 ; Loi n°67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L 648 et L 649 du Code de la santé publique, JORF du 29 décembre 1967, dite loi Neuwirth.

²² CARBONNIER J., *Droit civil t.1 : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, p. 759.

²³ *Ibid.*, p. 757.

²⁴ V. par ex., FULCHIRON H. (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz coll. « thèmes & commentaires », 2009 ; AUNE A.-C., *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, PUAM, 2007 ; DE DINECHIN J., *L'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux, approche judiciaire*, thèse Droit, dactyl., Paris II, 2023 ; SIFFREIN-BLANC C., *La parenté en droit civil français, étude critique*, PUAM, 2009 ; DIONISI-PEYRUSSE A., MAUGER-VIELPEAU L. (dir.), *Les fondements de la filiation*, Institut Universitaire Varennes, coll. Colloques & Essais, 2017 ; FULCHIRON H., SOSSON J., *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013.

des réformes²⁵ sont, pourtant, aujourd'hui questionnées, la citation de CARBONNIER pouvant, dès lors, se comprendre comme un rappel opportun du rôle du droit.

6. Politique familiale « clinique ». La seconde moitié du XX^e siècle s'illustre par la diversification des formes familiales et surtout, la transformation juridique des contours de la famille, la politique familiale tendant à devenir « clinique ». Elle « se rend au chevet de ceux qui souffrent et elle se veut thérapeute »²⁶, accordant une attention particulière à des catégories considérées comme plus vulnérables – l'enfant, la femme –, priorisant la protection accordée aux individus, au détriment de la protection du groupe. Ce faisant, s'élabore « une politique des personnes, plutôt que de la famille, des droits subjectifs plutôt que de l'institution »²⁷, que l'évolution du temps et, avec lui, les réformes entreprises, ne font que confirmer.

7. Pluralisme normatif. À coups d'évolutions saccadées, le modèle familial légitime de 1804 s'est, en substance, renouvelé et principalement en un demi-siècle. Cette frénésie réformatrice intervenue à partir des années 1960 s'explique par différents facteurs. Le tournant opéré lors de la seconde moitié du XX^e siècle est concomitant à l'essor du mouvement de fondamentalisation²⁸, favorisant, en ce qui concerne la matière familiale, à la prise en considération croissante de la Cour européenne des droits de l'homme puis, plus récemment, du droit de l'Union européenne²⁹. Au-delà du pluralisme conjugal, la fin du XX^e siècle marque la consécration du pluralisme normatif³⁰, la loi civile naguère reine en matière familiale³¹, se voyant dès lors, progressivement et diversement concurrencée par des sources moins

²⁵ V. par ex., FULLI-LEMAIRE S., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, 2022 ; BOUTEILLE-BRIGANT M. (dir.), *Le droit court-il après la PMA ?* Institut Universitaire Varenne 2019 ; BRUNETTI-PONS C. (dir.), *La filiation face aux évolutions de l'assistance médicale à la procréation*, Mare & Martin, 2021 ; FIORENTINO K., FIORENTINO A. (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent et avenir d'un adage*, Bruxelles Bruylant, 2018.

²⁶ CARBONNIER J., *Droit civil t.1 : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, op. cit., p. 776.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Sur la question, v. par ex., DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux, Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, IFJD, 2021 ; BENEZECH L., *La fondamentalisation des droits dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la CEDH*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2021.

²⁹ Sur la question v. par ex., MARCHADIER F., « Le droit international et européen de la famille en devenir », *RTD civ.* 2023, p. 336 ; BIDEAUD-GARON C., FULCHIRON H., *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz coll. « thèmes & commentaires », 2014.

³⁰ OST F., VAN DE KERVOCHE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002 ; BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016.

³¹ CARBONNIER J., *Droit civil t.1 : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, op. cit., n°388, p. 766.

« ordonnées »³² qu'elle. Les déclarations de droits et traités internationaux fleurissent à cette période, manifestations de la considération différente accordée à l'être humain. En conséquence des atrocités commises pendant la Seconde Guerre mondiale, la nature intrinsèque de l'Homme, son essence, doit être proclamée pour pouvoir être davantage protégée³³. Ce mouvement marque, en sus d'une multiplication des sources textuelles, le développement du rôle du juge, ou plutôt, des juges. Les juges européens viennent s'ajouter aux juges nationaux, ces derniers voyant également leur rôle croître, spécialement grâce au développement de la fonction de contrôle du juge national³⁴. Le juge constitutionnel est, quant à lui, également chargé d'intensifier son contrôle de la norme par l'introduction de la QPC³⁵.

8. Prolifération de droits individuels : droits subjectifs, droits à, droits de l'homme. La considération supplémentaire accordée à l'individu se traduit par la multiplication des droits individuels accordés³⁶. Relançant le débat sur le droit subjectif³⁷, une part de la doctrine s'oppose surtout au développement de ce qu'elle nomme les « droits à », prérogatives individuelles qui seraient le signe de l'expansion démesurée des droits subjectifs³⁸. Ces « droits à... » marqueraient l'« explosion des institutions en “mini-droits” » dont le principal défaut

³² TERRÉ F., « Droit civil, L'ordre du civiliste », in BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 1202 et s.

³³ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz 5^{ème} éd., 2022, p. 15 ; GUTMANN D., « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 330 et s.

³⁴ Sur le développement du rôle du juge en matière familiale v. spéc. ÉGEA Vincent, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010 ; Pour des travaux plus généraux sur la fonction de juger et l'évolution des méthodes v. par ex., LARROUTOUROU T., *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, LGDJ, 2021 ; DE DINECHIN J., *L'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux, approche judiciaire*, thèse Droit, dactyl., Paris II, 2023 ; FOURMENT V., *Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation*, Dalloz, 2024 ; AGRESTI J.-P. (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM coll. « Droits, pouvoirs & sociétés », 2018 ; GOUËZEL A., BINET J.-R. (dir.), *La CEDH et le droit de la famille*, IFJD, 2021.

³⁵ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF du 24 juillet 2008.

³⁶ AUNE A.-C., *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, PUAM, 2007 ; Pour une vue d'ensemble v. PICHARD M., *Le droit à, étude de législation française*, Economica, 2006.

³⁷ Sur le débat originel v. par ex., DABIN J., *Le droit subjectif*, Dalloz, 2007 ; ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2007 ; Pour une synthèse v. par ex., ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, PUF coll. « Thémis droit », 3^{ème} éd., 2022, p. 231 et s.

³⁸ COHEN D., « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Editions Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 393-400 ; GUTMANN D., « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Éditions Dalloz, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 329-341 ; CHÉNÉDÉ F., « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Champenois*, Defrénois, 2012, p. 139-182.

serait de manquer de technique juridique³⁹. Ce manque de technique juridique reproché aux « droits à... » est de plusieurs ordres⁴⁰. Le reproche principal semble surtout être l'objectif poursuivi : ils seraient le moyen de satisfaire les revendications individuelles, d'assurer le bonheur de la société, au prix d'un excès de permissivité remettant en question l'organisation du groupe social⁴¹. Ils seraient ainsi le signe de la disparition du droit objectif au profit d'un règne des droits subjectifs, densifiant les conflits de valeurs et ne pouvant être réglés qu'au cas par cas. L'origine de cette prolifération n'est pas, non plus, indifférente. Les principales sources de l'expansion des droits individuels sont originellement les traités et conventions internationaux, au cœur desquels la Cour européenne des droits de l'homme ne peut que se distinguer, sa jurisprudence « dynamique »⁴² alimentant en continu le phénomène. Les droits de l'homme sont, de plus, critiqués par le basculement qu'ils opèrent. Protégeant « les libertés contre les lois »⁴³, ils sont conçus comme des « droits-créances » et, progressivement, étendent leur domaine aux relations horizontales.

À tout le moins, si le droit international n'est pas l'unique cause de la prolifération des droits individuels, il a fortement encouragé le mouvement et alimenté une redondance avec le recours, croissant lui aussi, aux droits individuels en droit interne⁴⁴. Surtout, il fondamentalise certains droits subjectifs, leur donnant une valeur supralégislative⁴⁵. Concurrence de l'autorité normative nationale et perte de la logique institutionnelle au profit de la protection individuelle sont ainsi au cœur des évolutions du XIX^e siècle, perturbant l'organisation du droit français qui suit lui-même le mouvement⁴⁶.

9. Argument sociologique, considération des attentes de la société. L'individu, au-delà de sa considération par l'octroi croissant de droits subjectifs, se voit autrement considéré dans l'élaboration même de la loi. La seconde moitié du XX^e siècle consacre

³⁹ PICHARD M., *Le droit à, étude de législation française*, Economica, 2006, n°2 : absence de titulaire, exacerbation des conflits de valeurs, promotion excessive de l'individualisme, perte du rôle impératif du droit.

⁴⁰ Pour une synthèse de ces critiques v. par ex. PICHARD M., *Le droit à...*, *op. cit.*, n°5 et s.

⁴¹ CARBONNIER J., *Droit civil t.1 : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, n°392, p. 776 ; PICHARD M., *Le droit à...*, *op. cit.*, n°5 et s.

⁴² SUDRE F., « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP éd. G.* n°28, 11 juillet 2001, I 335.

⁴³ DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2023, n°53.

⁴⁴ PICHARD M., *Le droit à...*, *op. cit.*, n°11.

⁴⁵ DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n°53 et s.

⁴⁶ PICHARD M., *Le droit à...*, *op. cit.*, n°4, qui évoque à ce titre les articles 9 et 9-1 du Code civil.

également l'intégration des sciences sociales dans l'élaboration normative⁴⁷. Le recours aux rapports et études préparatoires se densifie⁴⁸, ceux-ci pouvant, de plus, être confiés non seulement aux juristes,⁴⁹ mais également aux sociologues⁵⁰, voire être commandés avec une approche pluridisciplinaire⁵¹. L'évolution des mœurs en général et les revendications individuelles gagnent ainsi en puissance au stade même de l'élaboration normative.

10. Progrès techniques et scientifiques. Une « seconde révolution »⁵² a également bouleversé la matière familiale. Les progrès techniques et scientifiques ont, en effet, apporté certitudes et nouveautés, bouleversant les équilibres établis en 1804.

La certitude est acquise grâce au développement des tests sanguins et génétiques, ceux-ci permettant la confirmation d'un lien de parenté entre deux individus. La matière familiale, fondée originellement sur de nombreuses fictions et présomptions⁵³, a progressivement intégré ce savoir, « biologisant » davantage les rapports familiaux⁵⁴. L'attrait de la certitude ne pouvait qu'ébranler la matière et, sous l'influence de la jurisprudence, la preuve biologique est progressivement devenue le mode de preuve le plus utilisé, obligatoirement ordonnée par le juge et probant, même malgré le refus de se soumettre au test⁵⁵.

Les nouveautés apparaissent sur le terrain de la procréation. La naissance d'Amandine, le premier « bébé-éprouvette » français, en 1982, illustre le spectaculaire bond dans la maîtrise de la procréation assistée, grâce à la cryoconservation qui permet une conservation des œufs et du sperme. L'apport technique est incomparable : il est désormais possible de dépasser un *a priori*

⁴⁷ FENOUILLET D. (dir.), *L'argument sociologique en droit, pluriel et singularité*, Dalloz, 2015.

⁴⁸ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°278.

⁴⁹ DEKEUWER-DÉFFOSSEZ Françoise, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps : rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice*, septembre 1999.

⁵⁰ THÉRY I. (dir.), *Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, 1998.

⁵¹ THÉRY I., LEROYER A.-M. (dir.), *Rapport remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, ministère des Affaires sociales et de la Santé, Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014.

⁵² BÉNABENT A., *Droit de la famille*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2022, n°470 ; HOUSIER J., « Le contentieux de la filiation, brève rétrospective sur un demi-siècle d'évolutions », *AJ fam.* 2021 p. 414.

⁵³ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°158.

⁵⁴ NICOLAU G., *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, PUB, 1991 ; SUPLOT E., *Les tests génétiques, contribution à une étude juridique*, PUAM, 2014 ; BORRILLO D., *La famille par contrat*, PUF, 2018, p. 106 et s.

⁵⁵ Cass., 1^{ère} civ., 28 mars 2000, n°98-12.806, *D.* 2000. 731, note T. Garé, *JCP* 2000. II. 10409, concl. Petit, note Monsallier-Saint-Mieux ; Cass., 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n°02-18.943, *D.* 2006, panor. 1200, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 2005, n°03-12.641, *RTD civ.* 2005. 584, obs. Hauser, *RJPF* 2005-11/36, note Garé.

biologique qui semblait indestructible, ouvrant davantage de perspectives aux nouvelles formes familiales qui se développent dans le même temps. Le phénomène « naturel » de la procréation est lui-même concurrencé par la technique, renouvelant par là même le rôle du droit, ce dernier se devant d'encadrer de nouveaux enjeux⁵⁶. Ce faisant, le rythme de la loi s'accélère afin de suivre celui des évolutions scientifiques, en perpétuel mouvement.

11. Progrès scientifiques et reconnaissance des situations. Le développement des techniques de procréation a, de plus, était encadré très diversement dans l'ordre international provoquant ce que la doctrine a qualifié de « tourisme procréatif »⁵⁷. Les individus obtenant à l'étranger ce que leur droit national n'autorisait pas, les États ont dû, par conséquent, affronter les relations familiales valablement constituées à l'étranger. La reconnaissance de ces situations est rapidement devenue un enjeu majeur du droit international privé de la famille perturbant l'ordre juridique interne qui doit désormais composer avec des réalités familiales qui n'existent pourtant pas au sein du droit interne⁵⁸. Cet impératif de reconnaissance des situations, largement exacerbé par les droits européens, conforte d'autant plus la considération accordée à l'individu : malgré le recours à une technique prohibée sur le territoire national, le contournement de cet interdit par un recours à l'étranger à cette même technique lui permettra finalement de bénéficier de ses pleins effets. Qualifiée également de « technique du fait accompli »⁵⁹, l'impératif de reconnaissance de situations s'est progressivement renforcé depuis la fin du XX^e siècle encourageant lui aussi les bouleversements de la matière familiale.

⁵⁶ Sur ces nouveaux enjeux v. par ex., BOUTEILLE-BRIGANT M. (dir.), *Le droit court-il après la PMA ?* Institut Universitaire Varenne 2019 ; BRUNETTI-PONS C. (dir.), *La filiation face aux évolutions de l'assistance médicale à la procréation*, Mare & Martin, 2021 ; CATTO M.-X., MARTIN-CHENUT K. (dir.), *Procréation assistée et filiation, AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie : actes du colloque*, Editions Mare & Martin, 2019 ; FIORENTINO K. et FIORENTINO A. (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent et avenir d'un adage*, Bruxelles Bruylant, 2018 ; LEGROS B. (dir.), *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, vers l'ébranlement de certains interdits ?*, LEH Edition, 2018.

⁵⁷ LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *LPA* 28 mars 2001, p. 24 et s. ; FULCHIRON H., « Du tourisme procréatif », in *La famille en mutation*, Dalloz, Arch. phil. droit t. 57, 2014, p. 331. V. aussi les actes du colloque « Regards comparés sur les enjeux contemporains du droit des personnes et de la famille » organisé par J. DUBARRY et L. LEVENEUR à la Cour de cassation et publiés à la RJPF (édition du 1^{er} janvier 2022) dont l'un des quatre thèmes retenus porte sur le tourisme procréatif.

⁵⁸ Sur la question v. spécialement FULLI-LEMAIRE S., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, 2022.

⁵⁹ HAUSER J., « État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! », *RTD civ.*, 2014, p. 616.

12. Vagues de réformes : 1964-1975. Plusieurs vagues de réformes se sont enchaînées à partir de 1964 intégrant progressivement ces nouveaux enjeux. Classiquement, la doctrine estime que la première vague s'est formée entre 1964 et 1975⁶⁰. Marquée par l'œuvre du doyen CARBONNIER, celle-ci a principalement pour but de réaliser une adaptation de la matière familiale aux évolutions sociales, tout en inscrivant ces évolutions dans le respect d'un certain traditionalisme, particulièrement en préservant la place centrale du mariage. L'égalité est au cœur de ce mouvement : la réforme des régimes matrimoniaux⁶¹ ainsi que celle sur l'autorité parentale⁶² rétablissent l'équilibre des époux et des parents quand celle relative à la filiation améliore le sort des enfants illégitimes⁶³. Ne bénéficiant pas de la plume de CARBONNIER, l'adoption⁶⁴ et les successions⁶⁵ ont également été réformées lors de cette première vague. Cette période n'est pourtant pas vécue comme un bouleversement, mais comme l'élaboration d'un nouvel équilibre⁶⁶, un déplacement du centre de gravité du modèle familial⁶⁷ correspondant aux comportements sociétaux majoritaires.

Une deuxième vague peut être identifiée entre 1974 et 1999, bien qu'elle vise principalement à poursuivre et compléter les réformes CARBONNIER⁶⁸. Seules les premières lois de bioéthique en 1994⁶⁹ sont plus novatrices, amorçant la vague suivante.

⁶⁰ Pour des découpages synthétiques et à peu près identiques v. ÉGÉA V., *Droit de la famille, op. cit.*, n°9 ; LEROYER A.-M., *Droit de la famille, op. cit.*, n°279.

⁶¹ Loi n°65-570 du 13 juillet 65 portant réforme des régimes matrimoniaux, JORF du 14 juillet 1965.

⁶² Loi n°70-459 du 4 juillet 1970 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 juillet 1970.

⁶³ Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, JORF du 5 janvier 1972.

⁶⁴ Loi n°66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption, JORF du 12 juillet 1966.

⁶⁵ Loi n°71-523 du 3 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du code civil relatives aux rapports à succession, à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et à la nullité, à la rescision pour lésion et à la réduction dans les partages d'ascendants, JORF du 4 juillet 1971.

⁶⁶ En ce sens LEMOULAND J.-J., « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997.

⁶⁷ Sur le modèle comme technique législative et ses manifestations v. TERRASSON DE FOUGÈRES A., *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction, Essai de droit comparé interne*, thèse Droit, dactyl., Paris, 1994 ; DEUKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 281-298.

⁶⁸ Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, JORF du 26 décembre 1985 ; Loi n°87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, JORF du 24 juillet 1987 ; 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, JORF du 9 janvier 1993 ; Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, JORF du 6 juillet 1996.

⁶⁹ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF n°175 du 30 juillet 1994.

13. Vagues de réformes : 1999-2013. Un nouveau besoin d'adaptation du droit familial face aux évolutions sociales se fait sentir à la fin du XX^e siècle. Le mouvement égalitaire se poursuit tout en se diversifiant : l'égalité doit exister au sein des familles, mais également entre les familles. La loi relative au PACS⁷⁰ propose une nouvelle organisation conjugale, fondée sur une logique contractuelle. Symbole du pluralisme conjugal, la loi définit également le concubinage dans le Code civil, mais surtout, marque la reconnaissance du couple homosexuel, le PACS étant notamment créé pour répondre aux demandes de protection conjugale des couples de personnes de même sexe⁷¹. À cette réforme d'envergure, peuvent être ajoutées, par exemple, la loi relative à la prestation compensatoire⁷², la loi relative à l'égalité des filiations qui aligne la vocation successorale de l'enfant adultérin à celle de l'enfant légitime⁷³, celle relative à l'autorité parentale afin de rendre effective l'égalité entre parents⁷⁴, la loi relative au divorce⁷⁵ ou celle relative aux successions⁷⁶, ainsi qu'une seconde réforme de la filiation en 2005, par ordonnance⁷⁷, complétée par sa loi de ratification en 2009⁷⁸. L'évolution quant à la production normative est déjà visible par ces rapides exemples : le recours à l'ordonnance amorce un renouvellement de sources⁷⁹ et le rythme de réformes s'accélère. Substantiellement, les évolutions sont également notables. À la famille légitime traditionnelle, est désormais totalement préféré un pluralisme familial⁸⁰. L'égalité réclamée aux yeux du droit favorise ainsi la libéralisation de la matière, laissant progressivement s'exprimer

⁷⁰ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JORF n°265 du 16 novembre 1999.

⁷¹ LAMARCHE M., « Pacte civil de solidarité », *Rép. civ. Dalloz*, act. juillet 2021, n°4.

⁷² Loi n°2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, JORF du 1^{er} juillet 2000.

⁷³ Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, JORF du 4 décembre 2001.

⁷⁴ Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 mars 2004.

⁷⁵ Loi n°2004-439 du 26 mars 2004 relative au divorce, JORF du 27 mars 2004.

⁷⁶ Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF du 24 juin 2006.

⁷⁷ Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JORF du 6 juillet 2005.

⁷⁸ Loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, JORF du 10 janvier 2009 qui, par exemple, supprime la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité après un accouchement dans le secret.

⁷⁹ MASSIP J., « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois* 2005 ; HAUSER J., « Des filiations à la filiation », *RJPF*, n° 9, sept. 2005 ; BEIGNIER B., « Le législateur », *Dr. fam.*, 2005, repère 3 ; TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille*, 9^{ème} éd., Dalloz coll. « Précis », 2018, n°408.

⁸⁰ ROY O. (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires Paris Nanterre, 2011 ; FULCHIRON H. (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz coll. « thèmes & commentaires », 2009 ; SAULIER M., *Le droit commun du couple*, thèse Droit, dactyl., Paris, 2014 ; FULCHIRON H., SOSSON J., *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013.

les volontés individuelles, au détriment d'un ordre public de direction⁸¹. L'aboutissement de cette vague de réforme le traduit significativement. La loi du 17 mai 2013⁸² transforme le mariage, originellement rattaché à une fonction procréative au sein du couple⁸³, en abandonnant la condition d'altérité sexuelle entre les membres du couple. Corrélativement, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe leur ouvre la voie de l'adoption, à défaut d'avoir, à ce stade, réformé le droit de la filiation en leur faveur sur lequel les ambitions institutionnelles du domaine familial se concentrent.

14. Le basculement de 2013 : nouvelle vague ? La réforme de 2013 serait-elle l'amorce d'un tournant majeur au sein de cette frénésie réformatrice ? Une nouvelle étape dans l'expansion du principe d'égalité s'amorce avec la transformation du mariage, l'égalité devenant « volontariste et politique »⁸⁴. En effet, malgré l'ordonnance de 2005, le droit de la filiation a été décrit comme « menacé »⁸⁵ avant même l'entrée en vigueur de la loi de ratification en 2009⁸⁶. Une nouvelle vague de réforme semblait se former, avant même que la vague précédente n'ait réellement achevé son mouvement. Le droit de la filiation n'a, en effet, pas manqué d'être questionné⁸⁷, particulièrement après l'évolution du mariage : devait-il, une fois

⁸¹ ÉGÉA V., *Droit de la famille, op. cit.*, n°14 ; Sur l'évolution de la notion d'ordre public en matière familiale v. spéc. LEMOULAND J.-J., PIETTE G., « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ. Dalloz*, act. juin 2023, n°92 et s.

⁸² Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013.

⁸³ LAMARCHE M., LEMOULAND J.-J., « Mariage : conditions de formation », *Rép. civ. Dalloz*, act. janvier 2022, n°32 et références citées.

⁸⁴ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826. Dans le même sens, CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769 ; GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

⁸⁵ SIFFREIN-BLANC C., *La parenté en droit civil français, étude critique*, PUAM, 2009, n°689.

⁸⁶ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

⁸⁷ MURAT P., « Repenser le droit de la famille : le faut-il vraiment ? » in BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques, op. cit.* ; DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation, op. cit.* ; FERRER-LORMEAU P., *Le droit de la filiation au prisme du genre*, thèse Droit, dactyl., Paris, 2019 ; FULLI-LEMAIRE S., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, 2022 ; MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Helbing Lichtenhahn coll. « Neuchâteloise », 2018 ; MONTILLET-DE SAINT PERN L., *La filiation, entre statut et rôle, étude de droit français et de droit anglais*, thèse Droit, dactyl., Paris II, 2013 ; SIFFREIN-BLANC C., *La parenté en droit civil français, étude critique*, PUAM, 2009 ; TEREL J., *Les figures de la maternité*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2016 ; BRUNETTI-PONS C. (dir.), *La filiation face aux évolutions de l'assistance médicale à la procréation*, Mare & Martin, 2021 ; CATTO M.-X., MARTIN-CHENUT K. (dir.), *Procréation assistée et filiation, AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie : actes du colloque*, Editions Mare & Martin, 2019 ; DIONISI-PEYRUSSE A., MAUGER-VIELPEAU L. (dir.), *Les fondements de la filiation*, Institut

l'égalité des filiations acquise en 2005, être réformé à nouveau dans le sens d'une égalité politique ? En ce sens, l'égalité entre les familles devait-elle conduire à permettre à chaque famille, peu importe la composition du couple parental, d'engendrer un enfant au sein de ce couple ? L'assistance médicale à la procréation le permettant, le droit se devait-il de répondre à une demande considérée comme sociétale, quand ce recours repose sur un critère d'infertilité ? Corrélativement s'est développé le « tourisme procréatif »⁸⁸, la mondialisation favorisant l'accès à l'étranger, de techniques interdites en France, imposant aux juridictions de répondre aux demandes de reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger face à un interdit de plus en plus malmené. Les arrêts *Mennesson et Labassée*⁸⁹ condamnant le refus de la France de faire produire des effets aux conventions de gestation pour autrui (GPA) réalisées à l'étranger confortent d'autant plus cette nouvelle conception égalitaire. Surtout, les barrages prétoriens cèdent⁹⁰, affaiblissant les interdicts français. Cristallisant les mêmes débats que la réforme du mariage⁹¹, sinon davantage, la loi de bioéthique du 2 août 2021⁹² s'est prononcée. Consacrant la bi-maternité, elle a mis fin au caractère hétéronormé du lien de filiation. « Changement anthropologique majeur »⁹³, le bouleversement est désormais considéré comme

Universitaire Varennes, coll. Colloques & Essais, 2017 ; FIORENTINO K. et FIORENTINO A. (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent et avenir d'un adage*, Bruxelles Bruylant, 2018 ; FULCHIRON H., SOSSON J., *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013.

⁸⁸ LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *LPA* 28 mars 2001, p. 24 et s.

⁸⁹ CEDH, *Mennesson et Labassée c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11, *D.* 2014, 1797, note Chénéde ; 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, 1806, note L. d'Avout, chron. p. 1773, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *AJ fam.* 2014. 499, obs. B. Haftel, 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; CEDH, *Mandet c. France*, 14 janv. 2016, n° 30955/12 ; *D.* 2016. 257 ; *D.* 1966, obs. Gouttenoire ; *D.* 2017. 729, obs. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2016. 213, obs. Chénéde ; *RTD civ.* 2016. 331, obs. Hauser ; *RLDC* 2016, n° 1636, p. 39.

⁹⁰ Cass ass. plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002, n° 14-21.323 ; *D.* 2015. 1819, note Fulchiron et Bidaud-Garon ; *ibid.* 1773, obs. Sindres ; *ibid.* 1919, obs. Bonfils et Gouttenoire ; *AJ fam.* 2015. 496, obs. Chénéde ; *ibid.* 364, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2015. 581, obs. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2015. 2949, obs. LE Maigat ; *Dr. fam.* 2015, n° 166, obs. Binet.

⁹¹ CANDIDE L., « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.* 4 oct. 2012, p. 7 ; DUPRÉ DE BOULOIS X., « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit », *RDLF* 2012, chron. n°23 ; VIALA A., « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, chron. n°4 ; LE POURHIET A.-M., « Un PFRLR contre le mariage gay ? réponse à Alexandre Viala », *RDLF* 2013, chron. n°5 ; ROUX J., « Le "mariage pour tous" et la Constitution. La méthode et le fond (réponse à Alexandre Viala) », chron. n°6 ; ROUSSEAU D., « Le mariage pour tous relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gaz. Pal.* 13 déc. 2012, p. 5 ; BRÉCHOT F.-X., « La constitutionnalité du "mariage pour tous" en question », *JCP G* 2012, doctr. 1388 ; PAUVERT B., « Sur une disputation contemporaine et brûlante », *Dr. fam.*, 2013, étude 10 ; Pour une critique de ces argumentaires v. CHÉNÉDE F., « Le constitutionnalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe », *LPA* n°37, 20 fév. 2013, p. 6.

⁹² Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, *JORF* du 3 août 2021.

⁹³ CAIRE A.-B., « L'anthropotechnie procréative à l'aune de la loi de bioéthique du 2 août 2021 », *LPA* n°02, 28 février 2022 p. 33.

total. L'évolution du droit de la filiation serait le signe d'un « déclin »⁹⁴ pour la doctrine la plus pessimiste, d'une nouvelle ère pour celle voyant le changement comme inexorable, mais pas nécessairement néfaste.

II. Les enjeux contemporains de l'encadrement des relations familiales

15. Constat : la subjectivisation. Il ressort de ces évolutions une attention plus conséquente au sujet, impression qui ne semble pas s'être démentie avec le passage au XXI^e siècle, au contraire. Phénomène qualifié de « subjectivisation » par CARBONNIER, il implique un recentrage du droit sur le sujet, une place prépondérante qui lui est accordée⁹⁵, et spécialement quant à la satisfaction de ses intérêts personnels. L'individu et son épanouissement personnel intègrent le cœur de la réflexion normative, traduisant, dans le même temps, l'évolution du rôle du droit. En effet, « cette évolution du statut du droit civil est indissociable de celle du modèle politique légitime dont il était un des attributs. Celui-ci ne pourrait plus fonctionner comme par le passé, le pouvoir politique central étant relativement dépourvu d'autorité, ce qui signifie aussi de l'adhésion des citoyens qui fonde celle-ci. Nous serions à la recherche d'un nouveau modèle de domination légitime »⁹⁶.

En termes de valeurs, ce phénomène se traduit par la diffusion des principes d'égalité et de liberté au sein de la matière familiale. L'égalité existe au sein de la famille, mais également entre les familles, quand la liberté consiste à progressivement décliner le modèle familial⁹⁷, afin que chacun puisse trouver celui qui lui convient ou, à l'inverse, quitter celui qui ne lui convient plus. Le droit des couples illustre ces évolutions : le mariage unique, impératif et indissoluble a largement évolué en faveur du développement du divorce, tout en se voyant concurrencé par le PACS et le concubinage qui s'est, pour partie, juridicisé.

⁹⁴ Le thème du « déclin du droit » a été avancé par Ripert en 1949 à propos des bouleversements subis par le droit français notamment à la suite de la Seconde Guerre Mondiale et a été régulièrement « alimenté » depuis. V. en ce sens RIPERT G., *Le déclin du droit. Étude sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949. Pour une critique qui lui a été faite v. BATIFFOL H., « Le déclin du droit. Examen critique », *Arch. phil. droit*, t. VIII, Sirey, 1963, p. 43 et s. Dans la continuité de Ripert, critiquant le déclin du modèle juridique français v. par ex., TERRÉ F., « La crise de la loi », *Arch. phil. droit*, t. XXV, Sirey, 1980, p. 17 et s. ; CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996.

⁹⁵ PICHARD M., *Le droit à, étude de législation française, étude de législation française*, Economica, 2006, p. 6.

⁹⁶ COMMAILLE Jacques, *L'esprit sociologique des lois*, PUF, 1994, p. 8.

⁹⁷ Sur le rôle du modèle et la technique que consiste l'utilisation d'un modèle en matière familiale v. TERRASSON DE FOUGÈRES A., *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction, Essai de droit comparé interne*, thèse Droit, dactyl., Paris, 1994.

16. Droit de la filiation et perte de repères. Le droit de la filiation a un parcours particulier dans ces évolutions. « Héritier d'une histoire »⁹⁸, bousculé par les évolutions scientifiques récentes, il est particulièrement tiraillé entre ses aspirations collectives et individuelles. Comment prévoir un droit de la filiation unitaire répondant à la diversité des demandes individuelles ? Cette modification est-elle, d'ailleurs, réellement opportune ? Insuffler trop de droits subjectifs en la matière serait plus risqué qu'en droit des couples, la logique de satisfaction des désirs individuels étant encore plus discutée en droit de la filiation car derrière la satisfaction individuelle d'un parent, l'enfant doit être considéré. Le droit de la filiation perdrait son rôle symbolique organisant les chaînes générationnelles au profit d'un basculement où s'affronteraient des droits individuels perpétuellement en conflit⁹⁹, ce conflit ne pouvant se régler, selon certains, que subjectivement¹⁰⁰. Le droit de la filiation ne serait plus que perçu par ses fonctions immédiates, l'éducation d'un enfant, investissement variable au gré des volontés individuelles et détaché de toute fonction institutionnelle. Pourquoi consacrer un tel bouleversement ? Une déclinaison du modèle filiatif fondée sur cette fonction éducative est déjà prévue : face à une défaillance parentale, un palliatif fondé sur la fonction éducative de la filiation existe avec l'adoption¹⁰¹. La filiation adoptive est ainsi fondée sur la fonction du modèle originel, celui-ci reposant sur la vraisemblance de l'engendrement de l'enfant par le couple parental¹⁰². Or, les revendications actuelles perturbent ces repères. L'essor des techniques scientifiques ayant « biologisé » la conception de la filiation¹⁰³, s'est répandue en doctrine l'idée que la filiation du titre VII du Code civil était biologique, par opposition à la

⁹⁸ DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°11.

⁹⁹ MURAT P., « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012.

¹⁰⁰ En ce sens v. par ex., CHÉNEDÉ F., « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Champenois*, Defrénois, 2012, spéc., p. 139 et s. ; DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°17.

¹⁰¹ MURAT P., « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 405 et s.

¹⁰² V. par ex., DEUKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », préc., p. 292 qui évoque un « couple parental hétérosexuel, égalitaire, monogame et indissoluble à l'égard des enfants » ; MURAT P., « Structures sociales ou droits fondamentaux ? », in *La famille en mutation*, op. cit., p. 286 qui estime que la « biparenté hétérosexuelle fondée sur la possibilité d'avoir engendré. La norme portée par le Code civil est celle d'un père et d'une mère, ayant apparemment conçu ensemble l'enfant, ce qui suppose que les parents aient été vivants, à tout le moins pour le père lors de la conception, pour la mère lors de l'accouchement » ; FENOUILLET D., « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté », préc., p. 38, qui parle du « modèle de l'engendrement, celui qui procède dans la nature des relations charnelles d'un homme et d'une femme » ; PARICARD S., « Vers un droit spécial de la filiation ? », *D.* 2018, p. 75, qui qualifie le droit de la filiation de « généré ».

¹⁰³ BORRILLO D., *La famille par contrat*, op. cit., p. 106 et s.

filiation adoptive du titre VIII considérée comme volontaire, faisant de perdre de vue le réel fondement de la filiation¹⁰⁴.

17. Indétermination du modèle. C'est donc à la fois les craintes quant aux techniques scientifiques et l'indétermination du fondement perturbant la détermination du modèle qui sont à l'origine de l'opposition entre la procréation charnelle et la procréation assistée. Dans un tel contexte, l'altérité sexuelle a été perçue comme consubstantielle au modèle charnel. De là, toute évolution ultérieure n'a fait que renforcer les oppositions malgré un fondement pouvant être considéré comme commun et l'absence de réflexion autonome relative à ce fondement : la notion de parent a changé, ses composantes éducatives et affectives étant devenues centrales, mais ce changement n'a pas été parlé juridiquement et a plutôt été intégré par touches successives en fonction des évolutions de mœurs, des comportements et des revendications¹⁰⁵. Ce mouvement éloigne, dès lors, d'autant plus les pôles individuel et collectif composant le droit de la filiation. La conviction acquise par les juristes de l'existence de deux modèles, l'un charnel et l'autre volontaire, a perturbé l'insertion des conséquences des techniques de procréation assistée dans le droit de la filiation qui ont été perçues comme relevant à la fois de l'un et l'autre de ces modèles. Le contexte sociétal a, de plus, attisé ces oppositions en raison du renouvellement de la parenté qu'implique la considération des demandes des couples de même sexe, rendant les discussions d'autant plus sensibles¹⁰⁶.

18. Détermination du modèle. C'est sur le modèle issu de ces évolutions que le raisonnement suivant s'appuiera. L'intérêt d'un modèle est, en effet, d'être une « référence, comme étalon (objet ou instrument qui matérialise une unité de mesure et sert de référence pour l'étalonnage d'autres objets ou instruments) normatif des comportements »¹⁰⁷. Mais la notion de modèle en droit familial traduit également la méthode de raisonnement du droit civil, en ce sens que le modèle articule les institutions les unes à partir des autres¹⁰⁸. L'élaboration d'un modèle en devient une technique législative participant « à la construction d'une théorie

¹⁰⁴ Sur la question v. DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit.

¹⁰⁵ Dans le même sens, v. LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°284.

¹⁰⁶ MURAT P., « Structures sociales ou droits fondamentaux ? », préc., p. 286 qui évoque « la représentation collective des liens fondant la famille » comme l'enjeu social principal des nouvelles techniques de procréation.

¹⁰⁷ DEUKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 280.

¹⁰⁸ V. sur ce point TERRASSON DE FOUGÈRES A., *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction*, *Essai de droit comparé interne*, thèse Droit, dactyl., Paris, 1994.

générale du droit de la famille »¹⁰⁹ et garantissant sa cohérence. La référence au modèle permet, en ce sens, de mieux cerner les évolutions que connaît le droit de la filiation. « Figure idéale consacrée par le droit »¹¹⁰, le modèle de ce domaine est celui d'une procréation charnelle, reposant donc sur la rencontre physique d'un homme et d'une femme. Le couple parental et l'altérité sexuelle des parents sont ainsi les deux éléments centraux¹¹¹ qui, progressivement, sont estompés par le mouvement de subjectivisation irriguant la matière.

19. *Filiation, parenté et biologie.* Le droit de la filiation résultant du Code civil de 1804 repose sur le constat de l'accouchement articulé avec la promotion d'une forme de couple légitimée : le mariage. Les connaissances de l'époque sont mises au profit de l'encadrement des relations individuelles afin de promouvoir un modèle familial. Le modèle institué est ici explicite et l'ensemble du droit de la famille est tourné vers cet objectif de protection et de promotion du modèle¹¹².

Le développement des connaissances scientifiques relatives à l'humain a perturbé cet édifice et a provoqué des confusions à l'origine des incohérences du droit de la filiation. Le développement des tests sanguins et surtout génétiques a permis de lever le voile sur des incertitudes ancestrales quant à la détermination de l'homme à l'origine de la conception de l'enfant. Cette « révélation » et surtout, l'intégration des tests sanguins et génétiques dans les modes de preuve du droit de la filiation a perturbé les équilibres originels, au profit du développement d'une conception « biologisante » du droit¹¹³, en ce sens que « la biologie a ainsi été envisagée comme la valeur de définition de la parenté, élément factuel sur lequel s'appuie la filiation¹¹⁴, et comme le véritable fondement de la filiation »¹¹⁵. La distinction tenue entre la parenté et la biologie a ainsi conduit, notamment en doctrine, à une confusion de l'un et l'autre. Ce raccourci a occulté l'entière notion de parenté qui comprend également l'engagement parental résultant de la venue au monde de l'enfant : au-delà du pur acte de reproduction, la filiation a vocation à créer un lien instituant « la transmission de la vie en

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 379.

¹¹⁰ FENOUILLET D., « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté », in *La famille en mutation*, Dalloz, Arch. phil. droit 57, 2014, p. 49.

¹¹¹ Correspond à celui élaboré par MURAT P., « Structures sociales ou droits fondamentaux ? », préc., p. 291 : biparenté, hétérosexualité, possibilité d'avoir engendré.

¹¹² MURAT P., « Structures sociales ou droits fondamentaux ? », préc., p. 290.

¹¹³ BORRILLO D., *La famille par contrat*, op. cit., p. 106 et s.

¹¹⁴ La parenté devant être entendue comme le lien de fait rattachant l'enfant à ceux qui l'ont mis au monde. V. sur ce point DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit. n°51.

¹¹⁵ DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°40

rattachant juridiquement l'enfant à ceux qui sont responsables de sa venue au monde »¹¹⁶. Pour autant, il ne pose que peu de difficultés dans un contexte où la seule façon de mettre au monde un enfant est charnelle.

20. Parenté et diversification des moyens de reproduction. Le développement des techniques de procréation assistée a bouleversé les discours innervant le droit de la filiation en déconnectant reproduction et parenté. Les premières lois de bioéthique ont, en effet, adapté le droit de la filiation pour y intégrer les couples ayant recours à un don de gamètes, sur le modèle originel, au point que ces règles ont été ajoutées au titre VII du Code civil relatif à la filiation. Pour autant, l'intégration des conséquences de l'assistance médicale à la procréation dans le titre VII du Code civil peut être expliquée autrement que par une volonté de dissimulation excluant les revendications à venir des couples homosexuels, le système du « ni vu ni connu » démocratisé par les travaux de la sociologue Irène THERY¹¹⁷. Cette intégration peut tout autant traduire l'instinct du législateur sur les similitudes entre un couple procréant charnellement et un couple ayant recours à une technique d'assistance à la procréation, l'un comme l'autre participant à la venue au monde d'un enfant. La dissimulation du don serait dès lors davantage justifiée comme une volonté de poser des limites au champ des possibles des techniques de procréation assistée et dans cet objectif, le modèle de la procréation charnelle a été choisi afin de ne pas perturber le cadre déjà existant. Le caractère hétéronormé de ce modèle n'est ainsi pas, ou en tous cas pas seulement, une volonté d'exclusion des couples de personnes homosexuelles, *a fortiori* dans un contexte où la parenté homosexuelle était bien moins questionnée qu'elle ne l'est aujourd'hui¹¹⁸. Le recours à une assistance médicale à la procréation, malgré l'apport de gamètes extérieurs au couple, correspond ainsi à un engendrement différent, mais correspond malgré tout au fondement de la filiation : être à l'origine de la venue au monde d'un enfant¹¹⁹. L'essor des revendications homosexuelles dans

¹¹⁶ DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°40 ; MURAT P., « Structures sociales ou droits fondamentaux ? », préc., p. 290.

¹¹⁷ THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit. ; Dans le même sens BORRILLO D., *La famille par contrat*, op. cit., p. 106 et s. ; Pour une analyse approfondie des postulats imprécis sur lequel repose le rapport v. DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°392 et s.

¹¹⁸ MONTEIRO E., « Exercice de l'autorité parentale et insémination artificielle entre parents homosexuels », *D.* 1995, p. 197 ; D'AVOUT L., « La parenté homosexuelle à travers l'adoption : réflexions d'actualité », *D.* 2012, p. 1973.

¹¹⁹ Sur la question du fondement de la filiation v. DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit. ; v. aussi DIONISI-PEYRUSSE A., MAUGER-VIELPEAU L. (dir.), *Les fondements de la filiation*, Institut Universitaire Varennes, coll. Colloques & Essais, 2017.

les années suivantes et parmi ces revendications, la vive opposition au recours à l'adoption pour établir la filiation vont dans le sens de cette analyse : le projet parental est la traduction de l'engagement des couples à la conception d'un enfant, pourquoi devraient-ils dès lors se battre davantage pour établir un lien de droit ?

21. Actualité du phénomène. La logique institutionnelle du droit de la filiation semblait pourtant avoir limité l'ampleur du phénomène. Certes, l'ordonnance de 2005 consacrant l'égalité des enfants au-delà de la nature du couple parental est un aboutissement du mouvement de subjectivisation. L'enfant s'est autonomisé dans le rapport filial, le choix conjugal de ses parents n'ayant plus de conséquence sur ses propres droits. Pourtant, le passage à la décennie suivante ne s'est pas circonscrit à la simple interprétation, explication ou développement jurisprudentiel et doctrinal de l'ordonnance. La réforme du mariage semble avoir, au contraire, catalysé les demandes, provoquant l'effet « boule de neige » qui avait été annoncé en doctrine¹²⁰. Les demandes tendant à la reconnaissance d'un lien de filiation établi à l'étranger à la suite d'une technique médicale d'aide à la procréation ont afflué devant les tribunaux. Au-delà, les réponses apportées à ces demandes ont, en moins de dix ans, transformé l'interdit en France de certains techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP) en une reconnaissance quasi totale de leurs effets lorsque ces mêmes techniques sont utilisées par des Français, à l'étranger¹²¹.

22. Nouveau défi. L'égalité entre les projets parentaux indépendamment de la forme du couple parental – voire de l'absence de couple parental – aurait pu être le nouveau défi du droit de la filiation. La question est d'ailleurs, à elle seule, particulièrement vaste et complexe. Le phénomène de subjectivisation semble pourtant s'insinuer dans l'ensemble du droit de la filiation. L'admission du contrôle concret de conventionnalité en droit de la famille¹²² a eu l'effet d'une onde de choc en droit de la filiation¹²³, la fin de la décennie 2010 s'illustrant par

¹²⁰ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Mariage pour tous : l'effet papillon », *RJPF* 2013-2/5.

¹²¹ Cass., AP, 3 juillet 2015, n° 15-50.002, n° 14-21.323 ; *D.* 2015. 1819, note Fulchiron et Bidaud-Garon ; *ibid.* 1773, obs. Sindres ; *ibid.* 1919, obs. Bonfils et Gouttenoire ; *AJ fam.* 2015. 496, obs. Chénédé ; *ibid.* 364, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2015. 581, obs. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2015. 2949, obs. LE Maigat ; *Dr. fam.* 2015, n° 166, obs. Binet.

¹²² Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014. 179, note F. Chénédé, 153, point de vue H. Fulchiron, 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, et 2017. 123, chron. V. Vigneau ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. Thouret, et 2013. 663, point de vue F. Chénédé ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud.

¹²³ Pour une vue d'ensemble v. par ex., SAULIER M., HOUSIER J., « Dix ans de contrôle concret de conventionnalité en droit de la famille », *AJ fam.* 2024, p. 124.

plusieurs décisions rapprochées recourant à cette nouvelle technique judiciaire. Au-delà de la prise en considération de l'individu croissante dans le contenu de la norme, celui-ci est également considéré lors de son application.

23. Logique institutionnelle, logique individuelle. Toute la difficulté de l'encadrement actuel du droit de la filiation repose sur la délicate conciliation de la logique institutionnelle et de la logique individuelle de la matière. La logique juridique, et spécialement dans les domaines touchant directement l'intimité des personnes, est de trouver un équilibre entre des règles allant dans le sens des désirs personnels, tout en construisant un système uniforme et cohérent organisant les rapports individuels afin de garantir la stabilité de la société¹²⁴. Le droit doit trouver un équilibre entre différents enjeux, particulièrement en matière de filiation où les rapports sont déséquilibrés : un lien de droit est établi entre un parent et un enfant, généralement à sa naissance, ce dernier n'étant donc pas acteur de l'établissement. Ce lien crée, de plus, des effets sur le long terme dont les enjeux directeurs et protecteurs sont fondamentaux : l'établissement d'un lien de filiation octroie aux père et mère l'autorité parentale, « institution de protection naturelle du mineur non émancipé »¹²⁵, composée de droits et devoirs devant être exercés dans l'intérêt de l'enfant¹²⁶. Le droit doit, dès lors, tant garantir la protection individuelle des individus composant la famille que protéger les liens rattachant les membres d'une même famille afin de protéger la cellule familiale. Pour atteindre ce double enjeu, le droit de la famille a fait, originellement, le choix d'une approche institutionnelle, protégeant dans un premier temps davantage le modèle familial promu que les membres de la famille.

Le modèle était conçu de telle sorte à correspondre à la majeure partie des attentes individuelle. Les évolutions normatives et le phénomène de subjectivisation qu'elles ont insufflé ont temporisé cette approche : le pluralisme familial est le signe de la déperdition du caractère institutionnel de la famille, « 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 »¹²⁷. Dans les conceptions plus contemporaines, en effet, le droit est perçu comme un moyen d'épanouissement personnel, la reconnaissance juridique des revendications individuelles devenant un véritable enjeu, car « reconnaître en

¹²⁴ MURAT P., « Structures sociales ou droits fondamentaux ? », préc., p. 286.

¹²⁵ TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille*, op. cit.

¹²⁶ Art. 371-1 C. civ.

¹²⁷ MASSON C., « L'ordre public familial en péril ? », *RTD civ.* 2018 p. 809.

droit, c'est légitimer dans tous les sens du terme. Ce qui était jugé jusque là illicite et/ou immoral devient "normal", *i. e.* conforme à ce qu'admet ou attend la société »¹²⁸. Pour autant, l'ambition institutionnelle de la matière familiale ne disparaît pas totalement. Dans la conception française¹²⁹, l'entière du droit de la famille repose sur cette logique institutionnelle, perçue comme garante d'une organisation sociale cohérente. En ce sens, les débats qu'ont généré l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe et la dernière loi de bioéthique sont symptomatiques d'un certain attachement à un modèle familial, spécialement dans le rapport filial : la remise en cause de la parenté hétéronormée – le mariage homosexuel étant vu comme la première étape de cette remise en cause¹³⁰ – attise les antagonismes entre les pans plus conservateurs, défendant l'institution familiale, face à ceux plus libéraux, davantage attachés à une conception plus contractualisée des relations familiales.

24. Révolution de 2021. Les paradoxes innervant l'encadrement du droit de la filiation ont abouti à la « révolution de 2021 » qui a renouvelé la parenté : désormais, un couple de femmes a accès aux techniques de procréation assistée¹³¹. Un nouveau modèle reposant sur l'engendrement, « cause efficiente principale » d'une naissance¹³², serait-il en train d'émerger ? La réponse paraît visiblement négative. Le modèle est effectivement effrité, mais pas renouvelé. L'hétéronormativité n'a pas cédé la place à l'indifférence de la composition du couple parental, seul le couple de femmes est concerné par la réforme. La condition de couple est également relativisée : les femmes seules ont désormais accès à l'assistance médicale à la procréation. Cependant, des interdits subsistent : l'insémination *post-mortem* reste, par exemple, interdite et la femme célibataire semble perçue comme hétérosexuelle et dans l'attente d'un homme qui

¹²⁸ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2023, n°51.

¹²⁹ Pour une comparaison de l'encadrement du droit de la filiation entre la France et le Royaume-Uni, entre lesquels les modes de protection de la cellule familiale reposent sur une logique opposée v. par ex., MONTILLET-DE SAINT PERN L., *La filiation, entre statut et rôle, étude de droit français et de droit anglais*, thèse Droit, dactyl., Paris II, 2013.

¹³⁰ PELLET R., « Familles, égalité et différence des sexes », *AJ fam.* 2023, p. 331 ; CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Mariage pour tous : l'effet papillon », *RJPF* 2013-2/5.

¹³¹ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JORF du 3 août 2021.

¹³² V. DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, *op. cit.*, qui propose une analyse renouvelée de l'engendrement – considéré comme charnel ou volontaire, l'approche envisagée reposant sur la parenté appréhendée sous l'angle de la causalité et non réduite à sa seule composante biologique –, fondement de la filiation permettant de restaurer la cohérence du titre VII du Code civil.

acceptera de venir occuper la place laissée vacante¹³³, sorte de mythe du prince charmant revisité.

25. Nouvelle étape dans la subjectivisation. Une nouvelle étape du phénomène de subjectivisation semble, dès lors, à l'œuvre. Désormais, la « présomption de satisfaction des intérêts »¹³⁴, spécialement individuels, contenus de la norme paraît insuffisante. Le premier mouvement de subjectivisation a, en effet, principalement visé à concilier les intérêts existant en droit de la famille – intérêts des individus composant la famille, intérêt général et intérêts des tiers –, conciliation découlant du principe d'égalité¹³⁵. Dans cette optique, les différents intérêts des individus, empreints de subjectivité, sont pris en considération dans la norme qui, en les conciliant *a priori*, gagne en objectivité, garantissant dès lors l'équilibre entre les enjeux individuels et collectifs. Le point d'équilibre traduit les valeurs poursuivies, car « la conception plus ou moins objective de cet intérêt a nécessairement une incidence sur la norme familiale dans toutes ces dimensions. Le choix opéré donne à la norme contenu et signification et permet de dessiner les contours de la famille au sens juridique »¹³⁶.

Le droit de la famille intègre, de plus, davantage de critères d'adaptabilité au sein de la norme, l'exemple le plus visible de ces critères étant l'intérêt de l'enfant. Ces critères sont plus subjectifs et leur application est confiée à des « gardiens » chargés de les mettre en œuvre¹³⁷. Octroyant, *ab initio*, une souplesse supplémentaire, ces critères d'adaptabilité ne sont pourtant pas réellement employés en droit de la filiation, contrairement au droit des couples et, surtout, au droit de l'autorité parentale.

26. Insuffisance de la présomption de satisfaction des intérêts individuels au stade de l'élaboration de la norme. Or, cette technique semble désormais insuffisante, d'une part en raison de la concurrence pouvant découler du pluralisme normatif, promouvant une approche plus individualisée, et d'autre part, en raison de la perte de légitimité de la loi elle-même, désormais en quête d'adhésion. Le législateur n'est plus seul dans les choix à opérer, même en

¹³³ MESNIL M., « Les femmes non mariées et l'AMP avec tiers donneur, révélateur des reconfigurations opérées par la loi de bioéthique », *AJ fam.* 2021, p. 538.

¹³⁴ LAMARCHE M., « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 232.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ LAMARCHE M., « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 233.

matière familiale, constituant pourtant, par principe, une prérogative nationale. Il est également contesté dans la mise en œuvre de la norme, la diffusion des droits fondamentaux ayant entraîné avec elle la diffusion de la balance d'intérêts, mode de résolution des conflits de droits¹³⁸. Souplesse et adaptabilité sont ainsi de plus en plus réclamées dans le rapport individuel à la loi. L'interdit ne pourrait plus être formulé en la matière : à défaut de règles satisfaisantes, l'individu s'en affranchirait, sa volonté individuelle devenant toute puissante, soutenue par le développement du droit à l'auto-détermination.

III. Les mutations du droit de la filiation : étude dynamique d'un encadrement juridique en quête d'équilibre

27. Objet de l'étude. Cette étude a pour objet d'analyser les manifestations les plus contemporaines du phénomène de subjectivisation en droit de la filiation. Plus précisément, il s'agira de se concentrer principalement sur les manifestations de la décennie écoulée. En effet, le droit de la filiation, bien que réformé en profondeur en 2005, paraît incapable de répondre aux réalités auxquelles il est aujourd'hui confronté. Le début des années 2010 marque la montée en puissance des revendications individuelles dans les prétoires, mais surtout, paraît illustrer un basculement quant aux réponses apportées à ces revendications, traduisant, en sus, un renouvellement des modes de contrôle de la matière. Résistant davantage que le droit des couples aux phénomènes de contractualisation¹³⁹ et de déjudiciarisation¹⁴⁰, le droit de la filiation paraît avoir « plié » une fois le mariage renouvelé. Pour autant, un pluralisme filiatif n'est pas observable et s'inscrirait, au contraire, à contretemps du principe d'égalité. La liberté de choix réclamée porte, en effet, sur l'accès à l'engendrement, qu'il s'agira par la suite de consacrer juridiquement. Dans une telle optique, il est plus complexe de décliner le modèle filiatif afin de proposer une palette de choix, d'autant plus quand le résultat de la demande individuelle est la venue au monde d'un enfant, posant, dès lors, des questionnements éthiques¹⁴¹. Cet enjeu se renforce, par ailleurs, par les effets de la mondialisation : les parents

¹³⁸ DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, op. cit., n°58.

¹³⁹ MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « Quelles avancées pour la contractualisation en droit de la famille ? », in GOGOS-GINTRAND A. et MORACCHINI-ZEIDENBERG S. (dir.), *2010-2020 : Une décennie de mutations de droit de la famille*, op. cit., p. 113 et s.

¹⁴⁰ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°284.

¹⁴¹ Sur la question v. par ex., LABRUSSE-RIOU C., *Produire l'homme de quel droit ?* PUF, 1987 ; NICOLAU G., *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, PUB, 1991 ; BRUNETTI-PONS C. (dir.), *La filiation face aux évolutions de l'assistance médicale à la procréation*, Mare & Martin, 2021 ; LEGROS B. (dir.),

en demande n'obtenant pas ce qu'ils veulent en France partent l'obtenir à l'étranger¹⁴². Le particularisme du droit de la filiation conduit, dès lors, à ce que le mouvement de subjectivisation ait des conséquences particulières en la matière, ne pouvant traiter la volonté individuelle de la même façon qu'en droit des couples. Le défi du droit contemporain de la filiation est de trouver ses nouveaux points d'équilibre entre ses aspects objectifs et subjectifs, tout en répondant à l'impératif temporel des techniques scientifiques, bien plus pressant que la temporalité juridique pour laquelle « cet équilibre n'existe en réalité jamais à l'état pur, car il exigerait une intemporalité dont l'homme et ses actions ne peuvent jouir. L'acte juridique s'analyse comme un constant déséquilibre et de constantes mises au point entre l'objectif et le subjectif »¹⁴³. Or, il semblerait que le droit de la filiation n'ait jamais tant illustré ce constant déséquilibre éternellement réajusté.

28. *Domaine de l'étude.* L'étude ayant vocation à étudier les mouvements perturbant le droit de la filiation, seul celui-ci, entendu au sens du titre VII du Code civil, sera au cœur de l'étude. Les notions voisines que sont la filiation adoptive et les origines personnelles ne seront pas, dès lors, traitées à titre autonomes. Elles seront davantage considérées comme des éléments de contexte, permettant de mettre en perspective les mutations du droit de la filiation. La question des origines sera, ainsi, davantage considérée comme l'un des facteurs bouleversant les équilibres, tandis que l'adoption sera mobilisée lorsqu'elle sert de palliatif à défaut d'un droit commun de la filiation permettant le recours aux modes de droit commun d'établissement du lien. Ce choix se justifie, de plus, par la perméabilité de ces notions et les évolutions qu'elles vivent, elles-mêmes. En ce sens, l'adoption a été réformée en 2022¹⁴⁴ et peut sembler, elle aussi, menacée, en raison des détournements qu'elle subit, questionnements méritant une réflexion à part entière. Dans le même sens, les origines personnelles transcendent la filiation : elles y participent tout en s'en détachant et dépassent la distinction filiation charnelle – filiation adoptive. Au regard de l'enjeu identitaire aujourd'hui central, les origines personnelles mériteraient une réflexion éclairant l'ensemble de ces aspects, ce qui éloignerait excessivement le propos actuel de son objectif.

De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, vers l'ébranlement de certains interdits ?, LEH Edition, 2018.

¹⁴² Sur l'influence de la mondialisation sur la reconnaissance d'effets des GPA réalisées à l'étranger v. FULLI-LEMAIRE S., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, 2022.

¹⁴³ HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, 1971, p. 20.

¹⁴⁴ Loi n°2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, JORF n°0044 du 22 février 2022.

Dans cette même logique d'approche dynamique, les effets découlant de l'établissement d'un lien de filiation ne seront pas étudiés à titre autonome, ces questions méritant, elles aussi, une étude approfondie autonome. Néanmoins, leur éclairage sera mobilisé, particulièrement en ce qui concerne l'autorité parentale, l'engagement parental étant au cœur du droit de la filiation, mais également successoral, les successions illustrant la temporalité de la filiation.

29. Approche dynamique. Au vu de la densité du phénomène actuel, l'étude a pour objectif d'analyser l'évolution de la discipline, par une approche dynamique. Une approche exhaustive du droit de la filiation afin de proposer une réforme d'ensemble ne sera pas menée. En effet, ce travail a déjà été réalisé¹⁴⁵, parfois même grâce au recours à de nouvelles approches ou méthodes de recherche pour y répondre¹⁴⁶. Il a, en ce sens, été récemment proposé de redonner sa cohérence au titre VII du Code civil, par une révélation du fondement de la filiation – l'engendrement –, permettant une adaptation de ce titre intégrant les évolutions actuelles. L'auteur y propose une analyse renouvelée de l'engendrement, fondement exclusif de la filiation, mais pouvant être charnel ou volontaire. Cette exclusivité n'empêche, cependant, pas ce fondement d'être relatif, permettant ainsi de concilier les logiques individuelle et collective de la matière, conciliation garantissant la cohérence du régime¹⁴⁷. Cette étude, réalisée avant l'aboutissement de la loi de bioéthique de 2021, si elle a pu inspirer la réforme, ne correspond pourtant pas aux choix législatifs qui ont été faits. Au contraire, les choix législatifs opérés sont bien plus frileux que les propositions de l'auteur, laissant présager qu'une étude de l'élaboration des normes familiales et de l'évolution des rapports entre les acteurs du domaine familial est nécessaire.

30. Étude des causes. Dans la continuité de ces travaux, l'étude actuelle vise plus particulièrement à se concentrer sur les points de tension du droit de la filiation et les réponses que leur apporte le droit. L'étude repose, en effet, sur la mise en perspective des évolutions normatives et jurisprudentielles par rapport au droit de la filiation, en raison du constat initial selon lequel la loi peine à répondre aux enjeux actuels. Les choix politiques quant à la

¹⁴⁵ DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., ; TEREL J., *Les figures de la maternité*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2016.

¹⁴⁶ FERRER-LORMEAU P., *Le droit de la filiation au prisme du genre*, thèse Droit, dactyl., Paris, 2019 ; MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Helbing Lichtenhahn coll. « Neuchâteloise », 2018 ; v. aussi pour une étude plus générale HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.), *La loi et le genre, Étude critique de droit français*, CNRS Éditions, 2014.

¹⁴⁷ DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit.

détermination des valeurs contenues dans la norme, l'objectif poursuivi par le législateur, les incomplétudes légales et les compléments indispensables qui se développent, guideront ainsi ce travail, afin de déterminer comment les réponses juridiques sont apportées, d'étudier leur contenu, et d'envisager les évolutions à venir.

Ce sont donc les mouvements évolutifs qui seront plus particulièrement exploités, ceux-ci permettant de mieux comprendre les mutations substantielles du droit de la filiation. Autrement dit, pour comprendre les résultats, il faut en maîtriser les causes. L'étude révèle, en effet, qu'au-delà des modifications de fond, de nouvelles façon d'élaborer la règle mais également de l'appliquer se développent. Ainsi, si le contenu du droit de la filiation est en mutation, c'est en premier lieu car la façon dont on élabore et applique ce contenu évolue. Le pluralisme normatif a un effet bien plus conséquent en droit de la filiation qu'il n'y paraissait à première vue. La loi civile ne plie pas face aux injonctions européennes : elle dialogue avec elles. De même, la loi civile ne plie pas face aux progrès techniques et scientifiques, elle les encadre différemment voire délègue aux lois de bioéthique le soin de les encadrer. Élaboration normative et application de la norme mutent donc de concert, ce qui se répercute sur le contenu alimentant pour partie les clivages mais renouvelant le contenu des règles. Ces mutations intègrent autrement l'individu, ce qui pourrait expliquer que le phénomène de subjectivisation soit en train de franchir une nouvelle étape.

31. Résultats: le cas concret au cœur du droit de la filiation. Il ressort ainsi de l'étude que le mouvement de subjectivisation se manifeste avec un certain particularisme en droit de la filiation. En ce sens, le droit de la filiation se libéralise encore davantage, étendant dès lors les configurations familiales envisageables. Cela n'implique pourtant pas une incapacité totale du législateur de poser des limites. Seulement, celles-ci sont élaborées en perspective d'une considération accrue de l'individu. Celui-ci est, en effet, plus largement considéré dans la norme.

En amont, la loi s'élabore différemment et considère plus facilement le cas concret, influencé par les sources européennes mais utilisant également cette méthode *ab initio* dans le cadre de la bioéthique. Cela se traduit également par une attention plus marquée aux revendications individuelles, particulièrement celles relatives aux techniques de procréation assistée, c'est-à-dire aux revendications des personnes « occultées » par le droit commun. Le législateur doit, dès lors, articuler les limites consubstantielles au modèle qu'il promeut avec ces méthodes casuistiques.

En aval, la mise en œuvre de la règle considère également davantage l'individu. Ses droits

fondamentaux justifient désormais de dépasser la simple application abstraite de la règle. La place du législateur n'en semble pourtant pas menacée, le juge judiciaire ayant mis cette évolution méthodologique au service de l'intention normative, justifiant et rendant d'autant plus acceptable une norme contestée mais qu'il aura choisi de ne pas écarter.

32. Nouvelle étape du phénomène de subjectivisation : les singularités, moteurs des évolutions. La considération accrue du cas concret en amont et en aval de la loi semble offrir un nouveau souffle au phénomène de subjectivisation qui se concentre davantage sur les « singularités », entendues comme la considération de la spécificité des individus. Au-delà de l'individualisation des personnes composant la famille, la famille doit permettre à chacun des membres de s'inscrire dans le modèle familial sans nier le particularisme des membres qui la composent, ce particularisme reposant sur le parcours de vie propre à l'individu. Sur le terrain de la filiation, l'enjeu est de taille grâce au développement des techniques de procréation : l'individu réclame l'accès à la parenté sans que les singularités de sa situation ne soient un frein à cet accès.

Originellement considérées comme des revendications individuelles éloignant le modèle familial de son objectif, les singularités semblent désormais devenir des moteurs d'évolution. Elles guident l'élaboration normative que ce soit lors d'une réforme ou par un jeu de sources renouvelé en raison de la densification du dialogue des juges et de la loi. La norme abstraite est ainsi nourrie par ces singularités, dans un souci politique majeur d'adhésion à la norme, évoluant ou s'élaborant en perspective de celles-ci. Les limites aux volontés individuelles ne disparaissent pas : elles sont discutées autrement pour devenir acceptables. Partant, le rythme est nécessairement plus progressif, plus catégoriel, mais permet également de garantir une certaine survie de la logique de modèle qui n'a pas totalement disparu de la politique familiale et ne semble donc pas, pour l'heure, avoir vocation à muter subitement. Le rôle de régulateur du Droit ne disparaît pas : en amont, le législateur dialogue et autrement, en aval le juge régule davantage, sa place naturelle au plus près des cas d'espèce l'ayant conduit à développer son rôle de contrôle.

33. *Plan de l'étude.* Dès lors, il s'agira d'étudier plus précisément cette nouvelle étape du phénomène de subjectivisation qui se concentre davantage sur les singularités. Le phénomène étant auto-entretenu, ces singularités sont considérées tant dans le contenu abstrait de la norme que dans sa mise en œuvre. L'étude successive de ces deux étapes permettra ainsi de mieux cerner l'ampleur et les manifestations de ce phénomène.

PARTIE I : LA SUBJECTIVISATION DES NORMES DU DROIT DE LA FILIATION

PARTIE II : LA SUBJECTIVISATION DU CONTENTIEUX DU DROIT DE LA FILIATION

PARTIE I :

LA SUBJECTIVISATION DES NORMES DU DROIT DE LA

FILIATION

34. Nouvelle étape de subjectivisation et pluralisme normatif. Le droit contemporain de la filiation est marqué par une diffusion du pluralisme, désormais bien installé dans le paysage normatif familial. Cette diffusion contribue à un renouvellement des sources qui conduit à intégrer autrement l'individu dans le contenu de la norme. En effet, la loi civile n'est définitivement plus seule : elle compose et intègre les droits fondamentaux tout comme elle est complétée par les lois de bioéthique. Or, l'étude de ces sources tend à démontrer que tant la diffusion des droits fondamentaux que le droit de la bioéthique ont comme point commun des raisonnements au cœur desquels se trouve le cas concret. Ces raisonnements intègrent progressivement le contenu de la norme, la loi civile composant avec ces nouvelles sources.

35. Modèle et singularités. Le contenu de la norme ainsi que son élaboration ne peuvent qu'être affectés par la diffusion de ce pluralisme. En effet, élaborer ou faire évoluer un modèle à partir du cas concret conduit à partir du particulier pour en inférer une règle générale. Dès lors, on considère l'individu au plus près de sa singularité, on s'appuie sur ses demandes, de son comportement pour élaborer la norme ou la modifier afin de faire mieux accepter les limites légales imposées à l'individu. Ces apports, s'ils s'inscrivent dans le mouvement d'individualisation qui irrigue le droit contemporain de la filiation, s'en distinguent également. L'individualisation s'est traduite par une « politique [familiale] clinique »¹⁴⁸ selon laquelle la « loi, prenant en compte les besoins, voire les désirs, les sentiments, les érige en droits subjectifs, et une philosophie d'État les transcende en les reliant aux principes fondateurs : liberté, égalité – ainsi, liberté dans la vie sexuelle, égalité des sexes et des naissances »¹⁴⁹.

¹⁴⁸ CARBONNIER J., *Droit civil t.1 : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, op. cit., p. 776.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 276.

L'individualité est nécessairement considérée par un tel mouvement. Néanmoins, elle reste plus générale, le législateur cherchant davantage les tendances des évolutions sociétales afin d'éventuellement les consacrer là où un raisonnement partant d'un cas particulier va chercher à proposer une réponse à ce cas avant d'éventuellement le généraliser.

Or, face au pluralisme, l'art législatif du XX^e siècle a été remplacé par une action politique utilisant les revendications individuelles comme « la » mesure sociale qui sera mise en place dans une loi, une fois l'élection remportée¹⁵⁰. Le législateur a ainsi densifié son intérêt pour la singularité. Dans un tel raisonnement, la technique juridique n'est pas réellement mise au soutien d'une réforme qui paraîtrait nécessaire au vu des évolutions de la société. Elle semble plutôt reléguée au second plan, limitée à un rôle de retouches des textes existants, pour intégrer le point qui a été modifié. Au-delà de son influence substantielle, le pluralisme normatif paraît donc également être utilisé par le législateur afin de favoriser l'adhésion à la règle dans un contexte où les clivages quant à l'encadrement du domaine familial sont vifs¹⁵¹.

36. Impact en droit de la filiation. Ce « chaud-froid » législatif – attentisme face à une mutation sociale, loi symbolique une fois la mutation suffisamment établie –, ainsi que l'attachement aux restes du modèle familial a évidemment influencé le droit de la filiation, sur lequel s'étaient recentrées les ambitions institutionnelles du législateur. Apparemment appuyé sur un fondement faisant référence à une nature immuable, le droit de la filiation, une fois unifié au prisme de l'égalité, aurait peut-être pu résister aux évolutions acquises en droit des couples. Le développement des techniques de procréation et surtout la démocratisation de ces techniques ont pourtant ouvert le champ des possibles quant à la structuration familiale complexifiant la capacité du législateur à poser des limites. Ces limites se sont également heurtées à la légitimité acquise, notamment grâce à l'influence de la Cour européenne, en droit des couples par les personnes homosexuelles. Les contournements de ceux-ci des limites légales a définitivement consacré la fracture du modèle familial fondé sur l'altérité sexuelle des parents¹⁵². Le pluralisme pose ainsi des difficultés de coordination de sources tant matérielles que substantielles : tel ou tel acteur se sera déjà prononcé sur un cas, imposant aux autres acteurs de considérer la réponse qu'il aura apporté.

¹⁵⁰ MURAT P., « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », préc., p. 777-794.

¹⁵¹ DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, op. cit., n°68.

¹⁵² MURAT P., « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », préc., p. 777-794.

37. Plan. Il s'agira ainsi d'étudier comment ce nouveau « jeu de sources » conduit à renouveler la considération de l'individu dans la norme par une étude des raisonnements mis en œuvre à cette occasion. En effet, la diffusion de raisonnements faisant la part belle aux singularités pose le risque évident de la multiplication de règles conduisant à éloigner le législateur de sa logique de promotion d'un modèle : il ne reconstruirait finalement pas un modèle mais déclinerait ce modèle en autant de copies qu'il y aurait de cas concrets. Or, au regard de la dernière réforme de bioéthique, la réponse semble être entre l'éclatement du modèle et sa préservation (titre II.), la diffusion des méthodes casuistiques tentant d'être mise au service de la promotion du modèle filiatif (titre I.).

TITRE I : LA DIFFUSION DE METHODES CASUISTIQUES EN DROIT DE LA FILIATION.

TITRE II : LA MUTATION PROGRESSIVE DU MODELE FILIATIF.

TITRE I : LA DIFFUSION DE METHODES CASUISTIQUES EN

DROIT DE LA FILIATION

38. *Diffusions de méthodes casuistiques.* Le pluralisme normatif existant en droit de la filiation a un certain particularisme : les nouvelles sources désormais à l'œuvre considèrent davantage le cas concret que la loi civile. Conséquence de la diffusion du pluralisme, la loi compose désormais avec ces méthodes de raisonnements. La loi civile, source unique et traditionnelle en droit de la famille, a dû composer avec d'autres sources proposant de nouveaux raisonnements fondés, par essence sur l'individu. Au plan interne, le droit de la filiation est également régi par les lois de bioéthique, source de l'encadrement des techniques d'assistance médicale à la procréation, dont l'élaboration repose sur une démarche fondée à partir du cas particulier. En droit européen, la Cour européenne et son arrêt *Mennesson* ont mis le droit français face à ses manquements conventionnels, conduisant à considérer davantage les situations concrètes : les droits fondamentaux ne permettent plus de laisser dans le non-droit les situations n'entrant pas dans le modèle.

39. *Jeu de sources et consensus.* La diffusion du pluralisme ne repose pourtant pas sur une concurrence des normes mais plutôt sur leur collaboration. En ce sens, le législateur n'est pas dépossédé de l'encadrement des relations familiales mais est influencé, compose voire se sert de ces différentes sources mais également les raisonnements qu'elles utilisent. La singularité en est davantage appréciée dans le contenu de la norme. La loi elle-même utilise la démarche bioéthique afin de légitimer les évolutions familiales face aux progrès scientifiques (Chapitre I.). Plus complexe est le jeu de source face aux droits fondamentaux : l'intérêt individuel est renforcé par la diffusion des droits fondamentaux au détriment de la limite d'intérêt général. Il en résulte une considération accrue de la situation concrète de l'individu, insufflant indirectement la singularité au cœur de la norme (Chapitre II.).

Chapitre I : La méthode casuistique au cœur de la démarche bioéthique

Chapitre II : La considération de la singularité au cœur des droits fondamentaux

CHAPITRE I : LA METHODE CASUISTIQUE AU CŒUR DE LA DEMARCHE BIOETHIQUE

40. *Intégration d'un objet scientifique dans la norme.* Au regard des transformations vécues par le droit des couples, le droit de la filiation semblait être le « dernier bastion » de l'institutionnalisation du droit de la famille. Une fois l'égalité des filiations acquise, le développement des droits fondamentaux l'a préservé jusqu'au début des années 2010. Le développement des techniques scientifiques de reproduction n'a, dans un premier temps, eu qu'un effet limité sur le droit de la filiation, les premières lois de bioéthique s'inscrivant dans la continuité des modes d'établissement déjà mis en place par la loi civile. La première étape du renouvellement de l'encadrement des règles relatives à la filiation était pourtant déjà franchie : les dispositions civiles relatives à la filiation sont issues des lois de bioéthique, au même titre que l'encadrement de l'accès aux techniques. Deux lois encadrent désormais le droit de la filiation. Or, les lois de bioéthique sont issues d'un processus normatif différent. Parce que cette loi encadre un objet scientifique, son rythme doit être adapté afin d'atteindre un équilibre entre la stabilité du droit et l'adaptation rapide au progrès technique. De plus, en raison de ses enjeux, les lois de bioéthique reposent sur un processus normatif différent fondé sur la concertation et la révision. Surtout, la quête d'équilibre et le système de valeurs résultant de la démarche bioéthique mise en œuvre au cours du processus normatif repose sur une méthode de raisonnement particulière. Consensus, pluridisciplinarité et considération des singularités sont au cœur de cette méthode apportant dès lors, une nouvelle considération de l'individu dès le stade de l'élaboration normative.

41. *Lois de bioéthique et régularité des réformes.* Dans un contexte de crise de la loi¹⁵³, les lois de bioéthique ont une place particulière puisqu'elles ont notamment pour défi d'encadrer les désirs individuels suscités par les développements techniques de procréation assistée. Face aux conséquences, parfois risquées, de techniques scientifiques en constante

¹⁵³ TERRÉ F., MOLFESSIS N., *Introduction générale au droit*, 14^{ème} éd., Dalloz coll. « précis », 2022, n°360 et s. ; GHESTIN J. et BARBIER H., *Traité de droit civil, t.1 Introduction générale*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2018, n°430 et s. ; BÉCANE J.-C., COUDERC M., HÉRIN J.-L., *La loi*, Dalloz coll. « Méthodes du droit », 2^{ème} éd., 2010, p. 53 et s.

évolution, le désir individuel est appréhendé différemment, la justification de l'interdiction légale étant fondée sur la protection de l'individu contre lui-même¹⁵⁴. De même, les choix à opérer engageant la collectivité dans son ensemble¹⁵⁵, les individus sont davantage inclus dans le processus normatif. Ainsi, le développement du droit de la bioéthique repose sur une approche bien plus pragmatique que dogmatique¹⁵⁶, favorable à la considération des cas concrets en droit de la filiation et la diffusion de cette considération dans le contenu de la norme.

42. Annonce de plan. Prêtes à répondre aux évolutions techniques et scientifiques, les lois de bioéthique sont évaluées et révisées à intervalles réguliers, considérant dès lors davantage les singularités en lien avec ces techniques (Section I.). Surtout, les principes de révision et d'évaluation ont conduit au développement d'un processus prénormatif perçu comme « l'antichambre de la norme juridique »¹⁵⁷, mettant en œuvre la démarche bioéthique et son système de valeurs (Section II.).

Section I : La révision et l'évaluation des lois de bioéthique

Section II : Le transfert de la discussion de valeurs hors de l'enceinte parlementaire

¹⁵⁴ C'est, en tout cas, la conception française de la bioéthique qui repose sur une certaine défiance à l'égard de l'individu et sa capacité à disposer de son corps. V. sur ce point BORRILLO D., « Bioéthique à la française et paternalisme d'État », *Raison Publique*, 2012, art. 524 ; V. aussi BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826 : « L'esprit des premières lois, depuis la loi de 1994, qui a rassemblé différents sujets et a ainsi posé le périmètre de la "bioéthique à la française", résidait dans l'idée d'un droit correctif, suiveur de la technique, devant évoluer à date fixe pour ce faire » ; Dans le même sens v. MARAIS A., *Droit des personnes*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°10 : « Le droit de la bioéthique « à la française » repose sur les principes fondamentaux énoncés en 1994 : primauté de la personne, respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, inviolabilité et non-patrimonialité du corps humain, intégrité de l'espèce humaine », ce qui pourrait être traduit par la "devise" "dignité, liberté, solidarité" ».

¹⁵⁵ MARAIS A., « La procréation post-mortem », *RDSS* 2018, p. 498.

¹⁵⁶ DEUMIER P., « Le droit de la famille vu par ses sources », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, 2015 p. 234 et s.

¹⁵⁷ MARTINEZ É. et VIALLA F., « Introduction », in MARTINEZ É., VIALLA F., *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, LGDJ, 2013, p. 10.

SECTION I : LES PARTICULARITES DES DES LOIS DE BIOETHIQUE

43. Caractères du droit de la bioéthique. L'essentiel des modifications législatives relatives à l'établissement de la filiation est issu des lois de bioéthique. Or, l'originalité du droit de la bioéthique¹⁵⁸ repose sur ses caractères évolutif et consensuel, au risque de fragiliser ses dispositions dans « le provisoire, “l'expérimental”, le “transitoire”, car “s'est joué dans ce débat une certaine vision du processus démocratique en matière de bioéthique et une reprise en mains, par la représentation parlementaire, des questions de bioéthique” »¹⁵⁹. Cette originalité conduit à faire reposer une réforme sur une évolution technique nécessairement en lien avec des enjeux sociétaux lorsqu'une technique de procréation assistée est concernée.

44. Annonce de plan. Au regard des enjeux, tant substantiels que temporels posés par les manipulations du vivant, les lois de bioéthique reposent sur une révision régulière, afin de s'ajuster à la temporalité scientifique (§I.). Ce principe de révision implique une évaluation de l'application de la loi, censée justifier l'opportunité d'une réforme (§II.).

§I. La révision régulière de la loi de bioéthique

45. La révision, principe consubstantiel aux lois de bioéthique. Depuis juillet 1994, les principales sources du droit de la bioéthique sont des lois, qualifiées de lois de bioéthique¹⁶⁰. Résultant d'une « volonté politique tendue vers la construction d'une législation d'ensemble en matière de sciences de la vie et de la santé »¹⁶¹, le biodroit, ou droit de la bioéthique, repose

¹⁵⁸ Pour une critique de la notion même de « droit de la bioéthique », qualifiée « d'hérésie juridique », v. LEGROS B., *Droit de la bioéthique*, LEH, 2013, p. 17 et s. : la bioéthique est distincte du droit, c'est un domaine d'étude autonome, un domaine de réflexion pluridisciplinaire et permanent, mettant en œuvre un système de valeurs, ce n'est donc pas la bioéthique que le droit encadre – « parler de “droit de la bioéthique” serait aussi choquant que de parler de “droit de la morale” » – mais les techniques scientifiques relatives à l'humain.

¹⁵⁹ BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, LGDJ, 2016, p. 57.

¹⁶⁰ Auxquelles on peut également ajouter d'autres dispositions complémentaires. V. sur ce point BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2023, n°42, p. 40.

¹⁶¹ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., n°42, p. 40.

aujourd'hui sur cinq lois, issues des réformes de 1994¹⁶², 2004¹⁶³, 2011¹⁶⁴ et 2021¹⁶⁵. Ces lois encadrent tant les modalités de recours aux techniques de procréation médicalement assistée que celles relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation des enfants issus de ces techniques. Les premières sont intégrées au Code de la santé publique, tandis que les secondes le sont au Code civil. Bien que le régime mis en place en 1994 n'ait que peu évolué jusqu'à 2021, le principe de révision, consubstantiel aux lois de bioéthique, a permis un questionnement régulier sur les techniques de reproduction (A.), ce qui altère le rythme de construction de la loi (B.), favorable à la « révolution » de 2021 ouvrant l'accès à la PMA.

A. Les conditions de la révision

46. Principe de révision. À l'exception de la loi de 1994 relative au respect du corps humain, chacune des lois de bioéthique contient une disposition qui prévoit la révision de l'entièreté de la loi dans un délai déterminé. S'inspirant de la méthode employée pour autoriser la pilule contraceptive¹⁶⁶ et l'interruption volontaire de grossesse¹⁶⁷, cette clause de révision a également été utilisée dans la Convention d'Oviedo¹⁶⁸ pour laquelle une révision était prévue dans les cinq années suivant sa signature. Cette méthode ne signifie pas pour autant le caractère provisoire des dispositions des lois de bioéthique : celles-ci ont vocation à s'inscrire dans la durée tant qu'elles sont adaptées aux techniques scientifiques. Ainsi, les fondements du droit de la bioéthique, que sont les principes directeurs guidant les applications concrètes en ce domaine¹⁶⁹, consacrés en 1994, ne sont pas réellement visés par cette clause de révision. Au contraire, ils restent le cadre dans lequel s'inscrira la réforme suivante.

¹⁶² Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF n°175 du 30 juillet 1994.

¹⁶³ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JORF n°182 du 7 août 2004.

¹⁶⁴ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF n°0157 du 8 juillet 2011.

¹⁶⁵ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JORF n°0178 du 3 août 2021.

¹⁶⁶ Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique, JORF du 29 décembre 1967.

¹⁶⁷ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JORF du 18 janvier 1975.

¹⁶⁸ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (STE n° 164), art. 32§2.

¹⁶⁹ Le principe de dignité, placé au sommet des principes éthiques et guidant l'ensemble de la réflexion bioéthique, auquel on peut ajouter le respect du corps humain et le consentement libre. Plus largement, le CCNE évoque au titre des repères guidant sa réflexion la liberté, l'autonomie, l'égalité et la solidarité, la tolérance et la fraternité, la justice et l'équité. V. CCNE, *Méthodes et repères du CCNE*, 1^{er} juillet 2020, p. 5 ; MARTINEZ É., VIALLA F., « Introduction », in MARTINEZ É., VIALLA F., *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, op. cit., p. 35 et s.

Dans la continuité de ces fondements, le principe de révision implique davantage un questionnement quant à l'adaptation de la loi aux techniques qu'elle encadre plutôt qu'elle ne présage l'abrogation anticipée de certaines dispositions. Seules quelques dispositions précises de la loi de 2004, relatives à la recherche sur l'embryon et au bébé-médicament, ont un caractère purement expérimental¹⁷⁰. Ce mode de législation « quasi expérimental »¹⁷¹ explique l'absence de réels bouleversements entre les différentes lois de bioéthiques. Au contraire, l'un des objectifs du principe de révision est d'inscrire les évolutions techniques en cohérence et en continuité avec les principes fondamentaux du droit de la bioéthique, tout en pouvant revenir sur certains choix ou en les adaptant¹⁷².

47. Relativité du principe : non-respect des délais de révision. Malgré son utilisation renouvelée à chaque réforme de bioéthique, le principe de révision présente une certaine relativité. En premier lieu, aucune sanction n'est prévue en l'absence de révision. L'obligation de légiférer est davantage morale et seul un contrôle politique à ce manquement pourrait être envisagé¹⁷³. L'observation des délais de révision des différentes lois de bioéthique confirme cette analyse : si chacune d'elles a fait l'objet d'une réforme en application de sa clause de révision, aucune n'en a, pour l'instant, respecté le délai initialement prévu. L'une des lois de bioéthique de 1994, qui devait être révisée dans un délai de cinq ans¹⁷⁴, a été révisée en 2004. De plus, bien que la clause de révision ne concernait qu'une des lois de 1994, les deux lois ont été révisées lors de la réforme suivante. La loi de 2004, qui devait être révisée dans le même délai¹⁷⁵, a été modifiée par la réforme de 2011. Prenant notamment acte de ces retards, le délai est passé de cinq à sept ans pour la loi de 2011¹⁷⁶. À nouveau, le délai de révision n'a pas été respecté, la révision intervenant en 2021. Malgré, à nouveau, un non-respect du délai de révision, la même durée a été conservée par la nouvelle loi¹⁷⁷. L'aboutissement du délai de

¹⁷⁰ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 86, n°133 et s.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² BRUS F., « Le cadre de la réforme », in LARRIBAU-TERNEYRE V. et LEMOULAND J.-J., *La révision des lois de bioéthique, Loi n°2011-814- du 7 juillet 2011*, L'Harmattan coll. « BibliothèqueS de droit », 2011, p. 20 et s.

¹⁷³ BRUS F., « Le cadre de la réforme », préc., p. 22.

¹⁷⁴ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, art. 21.

¹⁷⁵ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, art. 40 I.

¹⁷⁶ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, art. 47 I.

¹⁷⁷ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, art. 41 al. 1.

révision paraît, pour l’instant, davantage servir de date de déclenchement des procédures d’évaluation que de date de dépôt d’un projet de loi¹⁷⁸.

48. Relativité du principe : absence de recours à une loi de bioéthique. Le principe de révision est également relativisé par la pratique législative. En effet, si le législateur estime nécessaire une réforme sur un point précis de bioéthique, rien ne paraît pouvoir l’empêcher de légiférer sans répondre aux exigences spécifiques des lois de bioéthique. La réforme est faite, sans se nommer loi de bioéthique, et par conséquent, ne respecte pas la démarche bioéthique d’élaboration de la norme, ni ne prend en considération les délais de réexamen prévus¹⁷⁹. Par exemple, la déjudiciarisation du consentement à l’AMP est issue de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice¹⁸⁰. Ce dispersement nuit à la cohérence de l’encadrement, même de légères modifications à la marge pouvant perturber l’organisation de règles dépendant les unes des autres par un effet boule de neige. Ici, la déjudiciarisation répond principalement à une volonté de désengorger les tribunaux¹⁸¹ et ne semble pas être le signe d’une volonté spécifique du législateur d’alléger le recueil du consentement du couple. Or le consentement à l’assistance médicale à la procréation est la pierre angulaire de l’établissement et de la contestation de la filiation, les conditions de son recueil devenant, dès lors, déterminantes. La relativité du principe de révision influe, par conséquent, sur le contenu de la norme.

¹⁷⁸ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 89, n°139.

¹⁷⁹ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 86, n°133 et s.

¹⁸⁰ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice JORF n°0071 du 24 mars 2019 ; Pour une présentation de l’ensemble des modifications à la marge des lois de bioéthique v. BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 56 et s.

¹⁸¹ Ministère de la justice, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, Rapport d’exécution établi au titre de l’année 2020*, [\[en ligne\]](#), qui énonce, dès son introduction, l’objectif de la loi : « La loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (loi de programmation pour la justice) a pour objectifs de simplifier et de clarifier les procédures, recentrer le juge sur sa fonction première [...] ».

B. Les effets sur le contenu de la norme

49. Collaboration des pouvoirs. La clause de révision conduit à des modifications progressives du contenu de la loi. En raison de cette avancée progressive du législateur, le contenu de la loi ne répond pas à l'ensemble des situations de fait (1.). Nécessairement, les pouvoirs exécutif et surtout judiciaire se sont prononcés pour compléter le régime légal (2.), collaboration qui participe à la création progressive et catégorielle du droit de la procréation assistée.

1- Contenu incomplet

50. Rationalisation du droit. Le principe de révision permet une mise en perspective du droit conduisant à le rationaliser. Face aux paradoxes posés par les avancées techniques et scientifiques, cet enjeu est devenu fondamental. L'objectif est de trouver un juste milieu entre un immobilisme faisant perdre l'efficacité d'un encadrement juridique et un aveuglement face aux progrès scientifiques qui conduirait le droit à enregistrer chaque nouvelle évolution sans se poser de questions.

Si la clause de révision favorise l'adaptation du droit aux évolutions scientifiques, elle constitue également une technique politique et légistique, en ce qu'elle offre le moyen de ne pas intervenir dans l'immédiat, tout en pouvant le faire dans un délai raisonnable. Cette gestion de la temporalité de la loi permet au « législateur d'affirmer, à chaque fois qu'il prend parti sur des questions bioéthiques, qu'elles ont en quelque sorte un caractère temporaire et qu'elles seront réexaminées à relativement brève échéance »¹⁸², ce qui participe « d'une volonté de tempérer les éventuelles oppositions suscitées, le cas échéant, par les options qu'il retient »¹⁸³. Cette « astuce légistique » est ainsi un moyen d'emporter l'adhésion des opposants plus modérés comme des sceptiques afin de constituer la majorité nécessaire au vote de la loi. « L'engagement au réexamen du texte serait une sorte de gage »¹⁸⁴ consenti par les partisans d'une évolution pour convaincre les plus réticents en leur promettant qu'il sera possible de rapidement modifier le texte, voire de revenir dessus. Dans des réformes qui se veulent les plus fédératrices possibles, cette clause de révision est « un outil qui permet au législateur de

¹⁸² HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, op. cit., p. 34.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 36.

tempérer les esprits. Elle permet de construire progressivement le droit consensuel de la bioéthique, de répondre aux attentes des justiciables »¹⁸⁵.

51. *Attentisme.* Le principe de révision permet une réforme progressive, ce caractère progressif ayant été perçu comme le plus à même de permettre une réflexion sur les questions de bioéthique, dans le but de trouver un consensus. Par là même, il laisse la possibilité de laisser des situations de fait se développer afin de permettre aux mœurs de s'y « habituer » et faire évoluer l'opinion publique¹⁸⁶. Cet attentisme permet de faire progressivement admettre les évolutions à une partie de la population originellement plus réticente. De plus, il se peut qu'une nouvelle avancée technique crée un nouveau débat, qui favorisera l'acceptation de l'avancée précédente, qui sera désormais vécue comme moins bouleversante¹⁸⁷. Ce phénomène a, par exemple, déjà été décrit relativement à la gestion légale du changement de sexe¹⁸⁸.

52. *Révision et cohérence.* Par principe, la révision induit une réflexion d'ensemble sur la loi de bioéthique, fondée sur les rapports d'évaluation de la loi actuelle¹⁸⁹, et devrait conduire à des modifications consistant tant en des avancées qu'en des reculs. L'idée même d'une révision dans le cadre des lois de bioéthique est de pouvoir protéger l'humanité si les progrès techniques la menacent. Cependant, l'étude des révisions de l'ensemble des lois de bioéthique permet de remarquer que chaque réforme conduit à lever les interdictions et, au contraire, ne revient jamais sur ce qui a été acquis¹⁹⁰. Partant, le principe de révision paraît davantage avoir une portée symbolique que réelle. Il semble principalement dissimuler une volonté de précaution dans la levée des interdictions plutôt qu'une remise en question d'options antérieurement autorisées. Dans le domaine de la procréation, ce fonctionnement peut cependant se comprendre, car la levée des interdictions permet d'ouvrir à davantage d'individus l'accès aux techniques d'AMP. Cette ouverture est perçue par eux comme un gain, un « droit »¹⁹¹

¹⁸⁵ BRUS F., « Le cadre de la réforme », préc., p. 20 et s.

¹⁸⁶ MEULDERS-KLEIN M.-T., « La production des normes en matière de bioéthique », in NEIREINCK C. (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ, 1994, p. 37.

¹⁸⁷ MONNIER S., « La préparation de la future loi de bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019 p. 287.

¹⁸⁸ POUSSON-PETIT J., « Une illustration : le cas du transsexualisme », in NEIREINCK C. (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ, 1994, p. 133 et s.

¹⁸⁹ Sur les évaluations des lois de bioéthique v. *infra* n°59 et s.

¹⁹⁰ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 89.

¹⁹¹ Pour plus de développements sur le « droit à », v. PICHARD M., *Le droit à, étude de législation française*, op. cit. ; COHEN D., « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Éditions

supplémentaire qui leur est offert. Retirer cette possibilité, au regard de la sensibilité d'une telle question, paraît encore plus délicat que de refuser, dès le départ, l'accès à la procréation à un groupe d'individus désigné selon un critère considéré comme objectif¹⁹². Dans ce domaine, le principe de révision permet, dès lors, une modification « par petits pas » qui favorise, si ce n'est l'apaisement, la maîtrise des clivages sociétaux.

Pourtant, alors même que cette avancée progressive vise la cohérence, elle ne la favorise pas, bien au contraire. En ce sens, elle conduit à un certain effritement des principes et au développement et la pérennisation de régimes catégoriels ou d'exception, ce qui « affaiblit la portée des dispositions législatives perçues, dès lors, comme transitoires »¹⁹³.

53. Remise en cause de la révision. Les analyses des différentes réformes de bioéthique sont plutôt mitigées quant à ce principe de révision. Synthétiquement, si elles estiment le principe nécessaire, sa mise en œuvre reste perfectible, car « non seulement la clause de révision n'élude pas tous les conflits, mais elle ne permet pas, en outre, l'élaboration d'un corps de règles cohérent. Elle participe même activement à la désacralisation des principes originaires »¹⁹⁴ ce qui « paraît renvoyer à une conception relativiste des valeurs »¹⁹⁵. Dans le même sens, le Conseil d'État pointe un risque de « dérive normative »¹⁹⁶ généré par une révision trop régulière. Il avait préconisé, en ce sens, en 2009, un abandon du principe de révision régulière contenu dans la loi. Au contraire, il estimait que les lois de 1994 et 2004 avaient créé un cadre opérationnel qui permettait la mise en lumière des principes généraux du droit de la bioéthique. Désormais, il s'agissait, à ses yeux, de décliner ces principes selon les avancées techniques auxquelles le droit pouvait être confronté, ce qui ne justifiait qu'une révision provoquée par un besoin. Il avait ainsi affirmé qu'« après la définition des principes, après la fixation des grandes législations, vient peut-être le troisième temps de la bioéthique, qui consiste non plus à définir de façon toujours plus précise les règles applicables, mais à fixer le cadre dans lequel évolueront la pratique et les espaces de négociation dans lesquels les

Dalloz, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 393-400 ; ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, PUF coll. « Thémis droit », 3^{ème} éd., 2022, p. 222 et s.

¹⁹² V. *infra* n°282 et s.

¹⁹³ LÉONETTI J., *Rapport fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois bioéthiques*, Assemblée Nationale, n°2235, déposé le 20 janvier 2010, t1, p. 474.

¹⁹⁴ BRUS F., « Le cadre de la réforme », *préc.*, p. 22.

¹⁹⁵ LÉONETTI J., *Rapport fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois bioéthiques*, Assemblée Nationale, n°2235, déposé le 20 janvier 2010, t1, Exposé général et travaux de la commission, p. 474.

¹⁹⁶ CE, *La révision des lois de bioéthique*, dossier de presse, 6 mai 2009, p. 45, [[en ligne](#)].

conflits éventuels pourront se résoudre »¹⁹⁷. Pour lui, ce troisième temps ne nécessitait pas un recours à une procédure spécifique d'élaboration de la loi et pouvait tout à fait être compatible avec l'élaboration législative de droit commun¹⁹⁸. Cette préconisation rejoignait celle faite dans le rapport de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique et a conduit à la suppression de cette clause dans le projet de loi¹⁹⁹. Néanmoins, le débat parlementaire l'a réintroduite, tout en augmentant le délai de révision de deux ans, probablement en estimant qu'un délai plus long ne perturberait pas, outre mesure, ces principes directeurs²⁰⁰. Surtout, la révision permet de ne pas justifier le besoin d'évolution, renforçant la logique de droit négocié sur laquelle repose le droit de la bioéthique²⁰¹.

54. Biopolitique. En refusant l'abandon du principe de révision, les parlementaires ont implicitement affirmé leur volonté de se prononcer sur les questions de bioéthique. Pour autant, bien que les réformes soient régulières, certaines situations de fait n'entrent pas dans le cadre législatif, malgré un contentieux ne pouvant permettre d'ignorer le phénomène. Certes, le législateur s'est rapidement montré impuissant face au tourisme procréatif, la loi pénale française ne pouvant s'appliquer que si l'un des éléments constitutifs de l'infraction a été réalisé sur le territoire national²⁰². Jusqu'en 2021, il s'est pourtant défaussé de la question des effets des filiations valablement établies à l'étranger plutôt que de proposer d'éventuelles solutions. Or, si, « la stratégie du défaussement semble d'ailleurs assez prisé en droit de la famille, peut-être du fait, encore une fois, de la sensibilité des questions qui en relèvent »²⁰³, elle explique également l'importance de la procédure d'élaboration des lois de bioéthique. La portée symbolique du principe de révision s'inscrit dans le contexte plus général de la recherche d'adhésion à la loi et la quête de légitimité du législateur²⁰⁴.

Pour autant, l'absence de réponse légale à ces situations de fait, corrélée à la fondamentalisation

¹⁹⁷ CE, *La révision des lois de bioéthique*, dossier de presse, 6 mai 2009, p. 45 et s.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ LÉONETTI J., *Rapport fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois bioéthiques*, Assemblée Nationale, n°2235, déposé le 20 janvier 2010, t1, p. 474.

²⁰⁰ BRUS F., « Le cadre de la réforme », préc., p. 24.

²⁰¹ Sur le développement de la négociation dans l'élaboration de la règle de droit v. DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, op. cit., n°68.

²⁰² Art. 113-2 C. pén.

²⁰³ DEUMIER P., « Le droit de la famille vu par ses sources », préc., 2015, p. 234.

²⁰⁴ MONNIER S., « La préparation de la future loi de bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019 p. 287.

du droit²⁰⁵, influe également sur l'élaboration du droit de la bioéthique. En l'absence de réponse légale, d'autres acteurs ont nécessairement dû répondre à ces difficultés factuelles et ont complété le frêle régime légal²⁰⁶.

55. Affaires médiatiques. Les « affaires » illustrant différents enjeux éthiques ont un rôle important dans l'élaboration du droit de la bioéthique. Elles mettent en lumière des situations concrètes, des revendications individuelles, qui questionnent le cadre légal existant. En ce sens, elles peuvent orienter la politique législative. En effet, « un problème éthique ne devient public qu'à la faveur de mobilisations et médiatisations qui conduisent à une mise à l'agenda politique ("fenêtres d'opportunités") ». Désormais, les choix bioéthiques appartiennent aux programmes des partis et des candidats aux élections »²⁰⁷. L'affaire HUMBERT a ainsi conduit à la mission d'information présidée par Jean LEONETTI et, dans sa suite, la loi du 22 avril 2005 a modifié le régime de la fin de vie²⁰⁸. L'affaire MENNESSON est, quant à elle, l'affaire symbolique de la gestation pour autrui (GPA) en raison du combat judiciaire en résultant et surtout des avancées obtenues auprès de différentes juridictions dans la reconnaissance des liens de filiation²⁰⁹. Cette médiatisation illustre le caractère politique de la révision bioéthique²¹⁰.

Ces affaires contribuent également « à alimenter, entretenir, légitimer la "demande de droit" sur ces questions »²¹¹. L'issue de chacune de ces affaires et du débat qu'elles entraînent se répercute sur le terrain du droit, lequel est jugé trop ou insuffisamment permissif. Ce trait renforce la légitimité de l'intervention de l'État dans l'encadrement des pratiques techniques. L'État devient, en quelque sorte, le garant de l'individualisme en ce qu'on attend de lui d'obtenir les moyens d'être libre dans son cadre privé²¹². L'hypothèse esquissée en 2004 par

²⁰⁵ V. *infra* n°121 et s.

²⁰⁶ V. *infra* n°214 et s.

²⁰⁷ BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, op. cit., p. 38.

²⁰⁸ HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, op. cit., p. 17.

²⁰⁹ V. *infra* n°376 et s.

²¹⁰ HENNETTE-VAUCHEZ S., *Le droit de la bioéthique*, La découverte, Repères, 2009, p. 7.

²¹¹ HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, op. cit., p. 17.

²¹² Relevé par Jacques COMAILLE relativement à la politique familiale : « par un extraordinaire renversement des conceptions, la famille n'est plus une question politique seulement parce que l'État le veut ainsi, au nom des fonctions sociales que la famille remplit, mais parce que les individus, à partir de ce qu'ils vivent ou aspirent à vivre dans leur univers privé, font de ce dernier un problème politique. L'individualisme positif est alors revendiqué au nom des valeurs démocratiques ». COMAILLE J., « Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus. Du "législateur juridique" au juriste consultant », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 21.

un auteur du « rapport causal entre événements scientifiques/demande de droit/intervention désormais légitimée du législateur » semble s'être confirmée, tout comme le caractère autoentretenu de ce processus qui aboutit à « “toujours plus” de droit de la bioéthique »²¹³. Cette demande de droit est étroitement associée au principe de révision. La gestion des réformes de la loi permet au législateur d'intervenir si son action est considérée comme nécessaire. Entre-temps, il laisse le soin à d'autres acteurs de se prononcer sur ces situations de fait qu'il a laissées hors du droit.

2- Contenu complété

56. Complément par l'exécutif. Confronté aux difficultés concrètes des situations laissées hors du droit, le pouvoir exécutif a pu intervenir afin de compenser l'absence de réponse législative. L'exemple le plus visible d'une telle intervention est la circulaire dite Taubira²¹⁴, enjoignant la délivrance de certificats de nationalité aux enfants « dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'art. 47 c. civ. » même s'il existe un soupçon de recours à une gestation pour autrui à l'étranger. Cette pratique est critiquée, notamment au regard de l'atteinte qu'elle cause au principe de séparation des pouvoirs : le pouvoir législatif affirme l'interdiction de la gestation pour autrui en France, tandis que le pouvoir exécutif enjoint à la reconnaissance de ses effets en France. L'impérativité des lois familiales serait remise en question par cette concurrence des sources infralégislatives²¹⁵, d'autant plus que ces dernières sont confortées par le pouvoir judiciaire. Faisant l'objet de recours pour excès de pouvoir, la circulaire avait ainsi été validée par le Conseil d'État²¹⁶ qui s'est fondé sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les juridictions européennes s'inscrivent dans la même logique. Elles développent, en effet, leur jurisprudence²¹⁷ consistant « à faire produire de plus en plus d'effets au statut tel que

²¹³ HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, op. cit., p. 19.

²¹⁴ Circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation.

²¹⁵ NEIRINCK C., « La gestation pour autrui : les conséquences déléteres des arrêts Mennesson et Labassée sur le recours en annulation pour excès de pouvoir de la circulaire sur le certificat de nationalité française », *Dr. fam.* n°2, fév. 2015, comm. 30.

²¹⁶ CE, 12 déc. 2014, n° 365779, *RFDA* 2015. 163, concl. X. Domino.

²¹⁷ Pour un exemple récent, v. CJUE, gde ch., 14 décembre 2021, aff. C-490/20, *V.M.A. c/ Stolichna obshtina*, « Pancharevo » ; *D.* 2022. 331, note L. D'avout et R. Legendre, 565, chron. H. Fulchiron, et 872, obs. M. Mesnil ; *AJ fam.* 2022. 5, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2022. 352, obs. L. Usunier : « il serait contraire aux droits fondamentaux que les articles 7 et 24 de la Charte garantissent à cet enfant, de priver celui-ci de la relation avec l'un de ses parents dans le cadre de l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des

valablement constitué dans un pays membre de l'Union européenne dans les autres pays membres de l'Union/parties à la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH), sans que les ordres publics nationaux puissent vraiment s'y opposer »²¹⁸.

Pour autant, « il est possible de se demander si l'exécutif est le principal responsable de la situation, quand le législateur a laissé la question des effets sur la nationalité sans réponse directe. S'il a interdit la gestation pour autrui par principe, et interdit dès lors l'établissement de la filiation, l'enfant qui en naît n'en est pas moins une réalité et il appartient au droit de déterminer sa situation. À cet endroit, les sources non législatives ne se prononcent pas sur un choix d'orientation législative, mais sur une situation réelle et c'est cette différence de positionnement qui va entraîner des modifications de la prise en charge des normes de la branche »²¹⁹. Face à des situations concrètes, où les ressortissants français ont contourné la loi plus qu'ils ne l'ont enfreinte²²⁰, la position du pouvoir exécutif est, en effet, plutôt délicate. Le respect des conventions internationales, et spécialement de la Convention européenne, ou la volonté politique de faire droit à la demande le conduit à réagir, même si, en le faisant, il semble cautionner le fait accompli devant lequel il est placé²²¹.

57. Complément par le juge. Les juridictions nationales sont également confrontées à la question de la reconnaissance des liens de filiation valablement établis à l'étranger. Tenues de se prononcer malgré l'absence de réponse légale à cette question, elles se sont petit à petit émancipées, au point de quasiment élaborer un statut pour l'enfant né d'une technique de procréation assistée à l'étranger²²². Progressivement, les décisions passent, pour les gestations pour autrui par exemple, de l'irrecevabilité de la demande au nom de l'ordre public²²³, puis au

États membres ou de lui rendre l'exercice de ce droit, de fait, impossible ou excessivement difficile au motif que ses parents sont de même sexe ».

²¹⁸ FULCHIRON H., « La reconnaissance de la filiation des enfants nés dans des couples de même sexe devant les juridictions européennes : entre autolimitation et dynamique commune », *D.* 2022, p. 565.

²¹⁹ DEUMIER P., « Le droit de la famille vu par ses sources », *préc.*, p. 234.

²²⁰ Sur les difficultés d'encadrer le recours à la gestation pour autrui à l'étranger v. *infra* n°202 et s. ; sur la fraude dans le cadre d'une gestation pour autrui v. *infra* n°376 et s.

²²¹ Pour une critique de cette pratique : HAUSER J., « État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! », *RTD civ.*, 2014, p. 616.

²²² V. *infra* n°213 sur l'évolution des rapports juges et loi et n°376 et s. sur l'évolution jurisprudentielle relative aux effets des gestations pour autrui conclues à l'étranger.

²²³ Cass, AP, 31 mai 1991, n° 90-20.105, *D.* 1991. 417, rapp. Y. Chartier ; *ibid.* 318, obs. J.-L. Aubert, note D. Thouvenin ; *ibid.* 1992. 59, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; *Rev. crit. DIP* 1991. 711, note C. Labrusse-Riou ; *RTD civ.* 1991. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; *ibid.* 1992. 88, obs. J. Mestre ; *ibid.* 489, étude M. Gobert.

nom de la fraude à la loi²²⁴, puis à la recevabilité de la demande et à la reconnaissance partielle au fond²²⁵, puis totale²²⁶. Cette évolution de fondements et de réponses, dans un délai de presque trente ans, est particulièrement symptomatique du rôle indirect du juge dans l'élaboration de la norme et de l'influence qu'auront ses décisions²²⁷. Son rôle n'est pas de faire la loi, ce que le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement²²⁸. Néanmoins, une sorte de collaboration des pouvoirs législatif et judiciaire semble largement participer à l'élaboration de la norme dans le domaine de la procréation. Or, cette collaboration paraît principalement reposer sur le fait que les juges « dispenseraient ainsi le Parlement d'une tâche qui lui incombe, mais dont il hésite visiblement à se saisir, car elle porte sur une question très polémique qui ne se réduit nullement à un débat éthique »²²⁹.

Dans cette optique, le juge se trouve également dans une position différente de celle du législateur : il doit se prononcer *a posteriori*, sur une situation concrète. Pour autant, l'étude croisée de l'évolution législative et des décisions portant sur les liens de filiation établis à l'étranger laisse peu de doutes quant à l'importante marge de manœuvre laissée au pouvoir judiciaire²³⁰. La reconnaissance progressive judiciaire des situations laissées hors du droit par la loi permet une acceptation relative de ces situations ainsi qu'une certaine acclimatation. L'avancée progressive semble même être le maître-mot imposé aux juridictions du fond par les cours régulatrices²³¹ et le législateur. Le dernier pas de la Cour de cassation, qui a finalement

²²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 10-19.053, n° 09-17.130 ; *D.* 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *D.* 2011. 1001, édito. F. Rome ; *D.* 2011. 1064, entretien P. Labbee ; *D.* 2011. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2011. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *D.* 2012. 308, spéc. 320, obs. J.-C. Galloux ; *D.* 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2011. 262, obs. B. Haftel ; *AJ fam.* 2011. 266, interview Domingo ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2011. 722, note P. Hammje.

²²⁵ Cass 1^{ère} civ, 3 juillet 2015, n° 15-50.002, n° 14-21.323 ; *D.* 2015. 1819, note Fulchiron et Bidaud-Garon ; *ibid.* 1773, obs. Sindres ; *ibid.* 1919, obs. Bonfils et Gouttenoire ; *AJ fam.* 2015. 496, obs. Chénéde ; *ibid.* 364, obs. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2015. 581, obs. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2015. 2949, obs. Le Maigat ; *Dr. fam.* 2015, n° 166, obs. Binet.

²²⁶ Cass, AP, 4 octobre 2019, n° 10-19.053 ; *D.* 2019. 2228, note Fulchiron et Bidaud ; *AJ fam.* 2019. 487, obs. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* 592, obs. G. Kessler ; *RTD civ.* 2019. 817, obs. Marguénaud ; *ibid.* 841, obs. Leroyer ; *JCP* 2019, n° 1184, note GOUTTENOIRE et SUDRE ; *Dr. fam.* 2019, n° 261, note Binet.

²²⁷ MEULDERS-KLEIN M.-T., « La production des normes en matière de bioéthique », préc., p. 51.

²²⁸ V. *infra* n°221 et s.

²²⁹ NEIRINCK C., « 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 », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2014, comm. 160.

²³⁰ Pour de plus amples développements v. *infra* n°213 et s.

²³¹ À propos de la qualification de parent biologique pour le cas d'un parent transgenre ayant procréé avec son sexe d'origine par la cour d'appel de Montpellier, la Cour de cassation a rappelé qu'« en statuant ainsi, alors qu'elle ne pouvait créer une nouvelle catégorie à l'état civil et que, loin d'imposer une telle mention sur l'acte de naissance de l'enfant, le droit au respect de la vie privée et familiale des intéressées y faisait obstacle, la cour d'appel a violé

autorisé la transcription intégrale de l'acte de naissance de l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger²³², a été remis en question par la loi de 2021²³³, illustrant la partielle maîtrise que conserve le pouvoir législatif qui a préféré imposer la voie de l'adoption. Ce défaussement législatif ne peut ainsi que conduire à une avancée progressive et catégorielle et favoriser la libéralisation de la matière.

§II. L'évaluation régulière de la loi de bioéthique

58. Efficacité et succès de la législation. Les lois de bioéthique doivent être régulièrement évaluées, ce qui s'inscrit dans l'objectif plus général d'évaluation et de rationalisation de la législation de la loi²³⁴. Depuis la révision constitutionnelle de 2008²³⁵, l'article 48 de la Constitution prévoit qu'« une semaine de séance sur quatre est réservée par priorité et dans l'ordre fixé par chaque assemblée au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques », consacrant la fonction d'évaluation du Parlement²³⁶. L'objet d'une telle réforme est d'évaluer l'efficacité et le succès de la législation²³⁷, traduisant l'évolution du rapport à la loi des citoyens. Celle-ci a perdu de son autorité naturelle et doit maintenant convaincre ceux à qui elle s'adresse. La construction des règles familiales a évolué dans le sens d'une plus grande négociation de son contenu, illustrant la fin de la stricte

les textes susvisés », Cass., 1^{ère} civ., 16 septembre 2020, n° 18-50.080 ; Plus généralement, le Conseil constitutionnel fait régulièrement référence, dans le domaine familial, au rôle du législateur à l'égard duquel il a « une déférence importante » : v. sur ce point CARAYON L., « Un droit forcément conforme à la Constitution ? La QPC : outil inopérant dans l'évolution du droit familial », in GOGOS-GINTRAND A. et MORACCHINI-ZEIDENBERG S. (dir.), *2010-2020 : Une décennie de mutations de droit de la famille*, Dalloz, 2021, p. 28 et s.

²³² Cass., 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n° 18-14.751 et 18-11.815 : « en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres d'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du Code civil ».

²³³ V. *infra* n°405 et s.

²³⁴ Sur la question v. par ex., DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, op. cit., n°68.

²³⁵ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF du 24 juillet 2008.

²³⁶ Les différentes offices parlementaires d'évaluation ont été créées en 1983 pour l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques et en 1996 pour l'office parlementaire d'évaluation de la législation et l'office parlementaire d'évaluation des politiques publiques en 1996.

²³⁷ MONNIER S., « La préparation de la future loi de bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019 p. 287.

domination légale décrite par WEBER²³⁸. L'adhésion à la norme n'est plus acquise par principe, mais se fonde sur une « légitimité consensuelle ». Désormais, « la légitimité de la norme se conquiert. Il ne suffit plus que la règle s'énonce comme un ordre obligatoire émis par les institutions habilitées. Elle dépend de la recherche du consensus et de la participation des intéressés à son élaboration. La légitimation de la norme est fondée sur la discussion qui a relégué l'argument d'autorité ou encore celui de la tradition. Dans ce contexte, la multiplication des procédures d'évaluation et de consultation apparaît comme un instrument de légitimation de la norme juridique dans un domaine où "aucun individu ni aucun groupe ne dispose d'un monopole légitime de réponse" »²³⁹. Cet enjeu est spécialement visible en droit de la bioéthique. Chaque loi de bioéthique doit être évaluée (A.), ce qui a nécessairement un effet sur l'élaboration de la norme (B.).

A. Les conditions de l'évaluation

59. Évaluations. L'évaluation des lois de bioéthique repose, en réalité, sur l'action d'un nombre important d'institutions. Si certaines ont été créées dans cet objectif d'évaluation afin d'informer le Parlement ou le Gouvernement (1.), d'autres s'autosaisissent notamment si leur domaine d'étude correspond au thème révisé par la loi de bioéthique (2.).

1- Les évaluations destinées au Parlement et au Gouvernement

60. Présentation de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques (OPECST). L'OPECST a été créé par la loi du 8 juillet 1983²⁴⁰ afin « d'informer le Parlement des conséquences des choix de caractère scientifique et technologique afin, notamment, d'éclairer ses décisions »²⁴¹. Dans cet objectif, il « recueille des informations, met en œuvre des programmes d'études et procède à des évaluations »²⁴² pour permettre d'apprécier la politique du Gouvernement dans des domaines techniques. Il est composé de dix-huit députés et de dix-huit sénateurs, représentant proportionnellement les groupes politiques présents au

²³⁸ Pour une synthèse de la pensée de Max Weber v. par ex. HEURTIN J.-P., MOLFESSIS N., *La sociologie du droit de Max Weber*, Dalloz coll. « L'esprit du droit », 2006.

²³⁹ MONNIER S., « La préparation de la future loi de bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019 p. 287.

²⁴⁰ Loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 portant création d'une délégation parlementaire dénommée office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, JORF du 9 juillet 1983.

²⁴¹ *Ibid.*, art. 6 *ter*.

²⁴² *Ibid.*, art. 6 *ter*.

Parlement²⁴³.

Lien entre le politique et la technique, l'OPECST est assisté par un conseil scientifique composé de vingt-quatre experts issus des différents domaines susceptibles d'apporter des connaissances. Ce conseil peut être convoqué à tout instant par le président de l'OPECST. Si les évaluations de l'OPECST reposent par principe sur une saisie parlementaire, celles concernant les lois de bioéthique sont récurrentes et inscrites dans le contenu de la norme²⁴⁴. L'une des lois de 1994 prévoit une évaluation par l'OPECST cinq ans après son entrée en vigueur²⁴⁵, celle de 2004 contient la même obligation, mais dans un délai de quatre ans²⁴⁶, celle de 2011 impose un délai de six ans²⁴⁷ et celle de 2021, un délai de quatre ans²⁴⁸.

L'existence de l'OPECST n'empêche pas, par ailleurs, la création de missions d'informations, chargées d'informer l'Assemblée. La dernière loi de bioéthique a ainsi également fait l'objet d'une mission d'information parlementaire *ad hoc*²⁴⁹ ayant une vocation davantage prospective. En effet, ce rapport « fournit à cet égard plusieurs clefs de lecture puisque, pour chacun des thèmes, figure, au côté de l'indispensable rappel du cadre législatif et des évolutions opérées au fil des révisions, une synthèse des enjeux et des points de vue qui prend appui sur les auditions ou la lecture d'ouvrages ou d'articles juridiques, politiques, philosophiques ou sociologiques »²⁵⁰ tout en faisant un nombre important de propositions.

61. Nature rétrospective et prospective de l'évaluation. Le but principal de ces évaluations est d'analyser l'efficacité du cadre légal. La première étape d'une telle évaluation

²⁴³ LECA A., LEGROS B., v° « OPECST », *Petit dictionnaire de droit de la santé et de bioéthique*, LEH Édition, 2017.

²⁴⁴ « À côté des études sur saisine, l'OPECST procède à des évaluations dans le cadre de procédures définies par diverses lois comme celles de 1994, 2004 et 2011 relatives à la bioéthique, celle de 1998 relative au contrôle de la sécurité sanitaire, la loi de 2005 fixant les orientations de la politique énergétique, la loi de 2006 relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs, les lois de 2006 et de 2013 sur la recherche, ou encore la loi de 2015 sur la transition énergétique. Certaines de ces évaluations sont récurrentes : évaluation biennale de la stratégie nationale de recherche, évaluation triennale du plan national de gestion des matières et déchets radioactifs, consultation préalable à toute réforme en matière de bioéthique. Les évaluations sont réalisées, comme les études et selon les mêmes modalités, par des rapporteurs nommés par l'Office en son sein » Présentation officielle de l'Assemblée nationale, [\[en ligne\]](#).

²⁴⁵ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, art. 21.

²⁴⁶ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, art. 40.

²⁴⁷ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, art. 47 II.

²⁴⁸ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, art. 41.

²⁴⁹ BRETON X. et TOURAINE J.-L., *Rapport d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, Rapport n° 1572, 15 janvier 2019.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 1.

est nécessairement rétrospective puisqu'il s'agit de dresser le bilan de la mise en œuvre du texte. Néanmoins, ce bilan conduit rapidement à basculer dans une évaluation prospective : le constat de difficultés d'application ou d'inadéquation des techniques scientifiques et du cadre légal, tout comme ses enjeux politiques et sociétaux, conduit rapidement à proposer des pistes d'amélioration.

Par ailleurs, la clause d'évaluation contenue dans les lois de bioéthique est associée à celle de révision, laissant facilement présager une volonté de modification des textes à échéance régulière et relativement rapide. Cette association peut questionner : elle paraît sous-entendre que la révision aura lieu, peu importe les conclusions de l'évaluation, celle-ci pouvant pourtant établir que le cadre légal est parfaitement adapté aux techniques existantes. La loi de bioéthique de 2011 paraît, par exemple, illustrer cet écueil : malgré une absence de réelle nécessité d'une intervention législative constatée dans les rapports d'évaluation de la loi de 2004²⁵¹, la loi de 2011 lui a succédé²⁵². La clause d'évaluation semble ainsi avoir, en premier lieu, une fonction symbolique légitimant l'action du législateur en garantissant une expertise renouvelée, fondée sur des constats scientifiques et rationnels.

62. Neutralité relative de l'OPECST. La création de l'OPECST en complément des missions parlementaires « témoigne d'une réappropriation par le politique de la bioéthique »²⁵³. L'Office constitue, en effet, un entre-deux permettant « d'expertiser le politique ». Dès lors, « on ne peut attendre une position entièrement neutre et scientifiquement robuste des rapporteurs de l'OPECST, qui sont impliqués politiquement dans leurs autres activités. Faisant face à des options susceptibles de nécessiter des fonds publics, ils expriment leur opinion comme ils le feraient dans un débat parlementaire normal. Par conséquent, leurs opinions et leurs recommandations ne peuvent être considérées comme une analyse scientifique objective et indépendante, mais plutôt comme la réaction d'acteurs politiques concernant un problème

²⁵¹ Les rapports considéraient que seuls quelques points de la loi de 2004 méritaient d'être clarifiés mais qu'une absence de réforme n'aurait pas causé de difficulté particulière d'application de la loi, ce qui ne justifiait pas une réforme d'une telle ampleur par rapport à ce qui a été fait. La loi de 2011 n'a ainsi que peu modifiés les règles préexistantes. BRUS F., « Le cadre de la réforme », préc., p. 24 et s., spéc. p. 26 ; BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 48 et s.

²⁵² BRUS F., « Le cadre de la réforme », préc., p. 24 et s.

²⁵³ ADAM-FERREIRA B., « La délégation de compétences normatives : le rôle du comité d'éthique dans l'élaboration des normes dans le domaine biomédical », in LOCHAK D., *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses universitaires Paris Nanterre, 2007, n°16.

avec lequel ils ne sont pourtant pas familiers au départ »²⁵⁴. Pour autant, malgré la neutralité scientifique relative de l'OPECST, le symbole que représente une évaluation par le pouvoir législatif est à nouveau notable. Perçue également comme « un mécanisme de rationalisation du droit »²⁵⁵, elle garantit une introspection législative dans un domaine particulièrement clivant et évolutif.

63. Agence de la biomédecine. Cantonnée à un domaine plus précis, l'Agence de la biomédecine procède à une évaluation des lois de bioéthique. Depuis la loi de 2011²⁵⁶, elle est, en effet, chargée d'établir un rapport annuel d'activité qu'elle doit adresser au Parlement, et plus précisément à l'OPECST, au Gouvernement et au CCNE. Ce rapport annuel « expose les principaux développements des connaissances et des techniques pour les activités relevant de sa compétence²⁵⁷ ainsi que dans le domaine des neurosciences » et comporte notamment « une évaluation de l'état d'avancement des recherches sur l'embryon », « un bilan sur la mise en œuvre des diagnostics préimplantatoire et prénatal » et « un état des lieux d'éventuels trafics d'organes ou de gamètes et des mesures de lutte contre ces trafics ». Elle est également chargée de l'évaluation des lois de bioéthique et, à ce titre, elle a rendu un rapport en janvier 2018 relativement à l'application de la loi de bioéthique²⁵⁸.

Sa dernière évaluation des lois de bioéthique est principalement rétrospective. Elle est composée de quatre fiches thématiques : prélèvement et greffe d'organes, de tissus et de cellules ; assistance médicale à la procréation ; génétique, diagnostic prénatal, diagnostic préimplantatoire ; recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires humaines. Concernant l'AMP, l'Agence y relève l'absence de difficultés d'application de la loi elle-même, mais soulève des « questionnements de société ». Elle bascule donc dans un début d'analyse prospective, sans excéder, pour autant, ses compétences. Elle propose ainsi succinctement les pistes de travail suivantes : « apporter des précisions sur "l'âge de procréer" ; s'interroger sur l'interdiction du double don de gamètes ; prévoir le devenir des gamètes et tissus germinaux autoconservés ; de réfléchir à l'opportunité et le cas échéant aux conditions d'une extension au

²⁵⁴ DELVENNE P., « Analyse socio-institutionnelle de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) », *Histoire de la recherche contemporaine*, Tome VIII-n°1, 2019, n° 36, [9-18].

²⁵⁵ MONNIER S., « La préparation de la future loi de bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019 p. 287 ; v. aussi DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, op. cit., n°68.

²⁵⁶ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, art. 50.

²⁵⁷ Art. L. 1418-1 CSP : l'Agence de la biomédecine « est compétente dans les domaines de la greffe, de la reproduction, de l'embryologie et de la génétique humaines ».

²⁵⁸ Agence de la biomédecine, *Rapport sur l'application de la loi de bioéthique*, janvier 2018, [[en ligne](#)].

secteur privé lucratif de l'activité de don, pour favoriser le don d'ovocytes ; supprimer le consentement de l'autre membre du couple à un don de gamètes ; expliciter la durée et la révocabilité du consentement au don du donneur n'ayant pas procréé ; alléger les procédures administratives de l'accueil d'embryon »²⁵⁹.

64. Conseil d'État. En sa qualité de « conseil juridique du Gouvernement »²⁶⁰, le Conseil d'État est associé à la réflexion bioéthique depuis la fin des années 1980. Il est, en effet, compétent pour réaliser, à la demande du Gouvernement ou de sa propre initiative, des études qui consistent en « des diagnostics et des propositions pour améliorer le droit et les politiques publiques, dans l'intérêt général »²⁶¹. Dans le cadre de la dernière révision des lois de bioéthique, saisi par le Premier ministre, il a rendu son étude le 28 juin 2018²⁶². Celle-ci est relativement neutre : le Conseil d'État ne prend pas position sur le contenu de la future loi de bioéthique. Il propose une analyse de l'état du droit et des demandes et une « évaluation des évolutions juridiques possibles »²⁶³. En complément, il a été saisi par le Gouvernement d'une demande d'avis sur le projet de loi de bioéthique²⁶⁴.

2- Les évaluations complémentaires

65. Autosaisies. Différentes institutions ont spontanément participé au processus d'évaluation, en raison de leur domaine de compétence se rattachant à la bioéthique. À ce titre, peuvent être relevés, pour la dernière réforme, les rapports de l'Académie de médecine²⁶⁵, de l'Ordre des médecins²⁶⁶, de l'Académie des sciences²⁶⁷ qui permettent d'inclure dans la réflexion les points de vue des praticiens, ces organismes étant « les porte-paroles des prises de

²⁵⁹ Agence de la biomédecine, *Rapport sur l'application de la loi de bioéthique*, janvier 2018, p. 38.

²⁶⁰ MARTIN C., DELMAS-GOYON P., « Le CCNE entre l'éthique et le droit », in DELFRAISSY J.-F., DIDIER E., DUÉE P.-H. (dir.), *Quarante ans de bioéthique en France, le Comité consultatif national d'éthique : 1983-2023*, Odile Jacob, 2023, p. 238.

²⁶¹ L'ensemble des études et leur objectif est présenté sur le site du Conseil d'État, [\[en ligne\]](#).

²⁶² CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018.

²⁶³ MARTIN C., DELMAS-GOYON P., « Le CCNE entre l'éthique et le droit », préc., p. 239.

²⁶⁴ CE, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, n° 397.993, 18 juillet 2019.

²⁶⁵ Académie nationale de médecine, *Rapport sur le projet de loi relatif à la bioéthique*, n°19-08, 18 septembre 2019.

²⁶⁶ Ordre national des médecins, *Révision de la loi bioéthique : l'Ordre s'exprime sur quelques points particuliers*, juin 2018.

²⁶⁷ Académie des sciences, *Révision de la loi de bioéthique : les recommandations de l'Académie des sciences*, avril 2018.

position de leurs pairs »²⁶⁸.

La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) s'est également autosaisie, spécifiquement sur la question de l'AMP, et a rendu un avis en novembre 2018²⁶⁹. À l'issue de son avis, elle estime « que l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes célibataires procède autant d'une consécration du principe d'égalité de traitement que de la cohérence de notre système juridique. Les hommes transgenres qui n'ont pas procédé à des opérations de réassignation sexuelle ont aujourd'hui la possibilité de faire reconnaître leur genre à l'état civil. Ils gardent donc la possibilité biologique d'être enceintes et peuvent avoir besoin de recourir à la procréation médicalement assistée (PMA) s'ils sont en couple avec une femme ou un autre homme transgenre. La CNCDH est favorable à ce que ces personnes puissent aussi y recourir au regard de ce même principe d'égalité. Elle considère également qu'il est essentiel de sauvegarder les trois piliers du régime juridique du don de gamètes - liberté, gratuité, anonymat, tout en y apportant les aménagements requis par le respect des droits des femmes et des droits des personnes conçues au moyen d'un tiers donneur »²⁷⁰.

L'ensemble de ces rapports exprime une position commune quant à l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes. Surtout, ces rapports ne sont pas isolés les uns des autres. Conscients de leur complémentarité, des références aux positions affirmées dans les autres rapports sont faites.

66. Comité Consultatif National d'Éthique. Enfin, le CCNE a également contribué à l'évaluation des lois de bioéthique. Après avoir rendu un premier avis en juin 2017²⁷¹ se positionnant en faveur de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes et établi le bilan des états généraux de la bioéthique²⁷² en juin 2018, il a rédigé un avis spécifique sur la révision des lois de bioéthique en septembre de la même année. En outre, les états généraux, organisés sous la direction du CCNE, permettent, de plus, d'intégrer les citoyens au processus d'évaluation²⁷³. Par ailleurs, la quantité de rapports dans un délai bref « témoigne

²⁶⁸ MONNIER S., « La préparation de la future loi de bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019 p. 287.

²⁶⁹ CNCDH, *Avis relatif à l'assistance médicale à la procréation*, JORF n°0273 du 25 novembre 2018.

²⁷⁰ *Ibid.*, n°7.

²⁷¹ CCNE, Avis 126, *Les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017.

²⁷² CCNE, *Rapport de synthèse des états généraux de la bioéthique*, juin 2018, [[en ligne](#)].

²⁷³ Sur le développement de la participation des destinataires à l'élaboration de la règle de droit v. DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n°67.

de la volonté du comité de se démarquer des états généraux et de compter en tant qu'acteur à part entière de la réforme »²⁷⁴. Le CCNE s'affirme ainsi comme un acteur central dans le processus d'élaboration des lois de bioéthique, et met implicitement en exergue la singularité de son rôle dans la réflexion bioéthique²⁷⁵.

B. Les effets sur le contenu de la norme

67. Nécessité de l'expertise. Au regard de la technicité du contenu de la norme, un tel recours aux experts, qui se veut le plus exhaustif possible, n'est pas réellement étonnant. Il semble complexe de légiférer sur des domaines techniques sans recours à un minimum d'expertise²⁷⁶. De plus, une approche pluridisciplinaire est consubstantielle à la démarche bioéthique qui tend à rassembler l'ensemble des points de vue afin d'aboutir à un consensus²⁷⁷. Dès lors, il est nécessaire de permettre à chaque domaine d'expertise de peser dans le processus normatif : chaque acteur et chaque domaine a un rôle précis dans l'évaluation de la loi et les points de vue exprimés sont considérés comme complémentaires²⁷⁸.

68. Légitimité du processus décisionnaire. Le recours à l'évaluation législative par les experts a également une fonction symbolique importante. Les évaluations « parent le processus d'élaboration du droit d'un esprit d'ouverture »²⁷⁹ favorisant l'adhésion des citoyens à la loi sur des sujets complexes. La loi doit, aujourd'hui, convaincre et l'évaluation favorise cette quête de conviction²⁸⁰. L'évaluation, spécialement rétrospective, rassure quant à l'encadrement des techniques scientifiques. Au regard des risques existant, elle garantit la volonté d'une prise de recul et, associée à la clause de révision, d'un questionnement régulier. Par ailleurs, les évaluations sont conduites par des experts issus de domaines variés et complémentaires, ce qui légitime d'autant plus ce processus²⁸¹. Le monde médical est ainsi spécialement sollicité, étant représenté dans la majorité des institutions procédant à des

²⁷⁴ MONNIER S., « La préparation de la future loi de bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019 p. 287.

²⁷⁵ V. *infra* n°83 et s.

²⁷⁶ BRUS F., « Le cadre de la réforme », préc., p. 30 ; BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 66 et s.

²⁷⁷ V. *infra* n°77 et s.

²⁷⁸ BRUS F., « Le cadre de la réforme », préc., p. 30.

²⁷⁹ MONNIER S., « La préparation de la future loi de bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019 p. 287.

²⁸⁰ Sur le développement plus général de ce phénomène v. par ex., DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n°67 et s.

²⁸¹ BRUS F., « Le cadre de la réforme », préc., p. 29.

évaluations²⁸². La présence de scientifiques offre une légitimité supplémentaire à l'élaboration de la norme, la confiance des citoyens leur étant davantage acquise, sur ces questions, qu'elle n'est donnée au législateur²⁸³. L'institutionnalisation de ces différents acteurs renforce ce positionnement, leur garantissant une expression publique, accessible et articulée avec le processus parlementaire.

69. *Légitimité de l'action législative.* L'évaluation prénormative renforce la légitimité de l'intervention législative, qui peut s'appuyer sur des rapports établis par des spécialistes. L'évaluation peut même permettre de faire passer comme nécessaire une réforme, contraignant le législateur à se prononcer sur certains sujets, bien que ces sujets soient complexes à encadrer. Pour autant, la conséquence première de cette technique d'élaboration de la loi est un déplacement de la discussion quant au contenu de la loi. Les évaluations étant tant rétrospectives que prospectives, « une partie de la discussion a été épuisée dans la phase préparatoire »²⁸⁴ et spécialement les questions quant aux valeurs représentant les choix de la société, domaine qui relève habituellement du rôle du politique. Il ne faut cependant pas y voir un désinvestissement total du politique dans l'élaboration des lois de bioéthique. Le processus d'institutionnalisation permet à l'État de peser dans l'élaboration de la norme et lui réserve des voies d'action. Le Gouvernement peut saisir le Conseil d'État et ce dernier peut spontanément intervenir, les parlementaires sont intégrés plus ou moins directement dans certaines institutions, autant d'éléments qui traduisent un renforcement de l'interventionnisme étatique²⁸⁵. Cet étalement des discussions quant au contenu de la norme lui permet davantage de se désister de sujets sensibles, tout en convainquant que son action est indispensable. La dernière réforme de bioéthique illustre cette répartition des rôles : en amont de la phase parlementaire, le principe même de la réforme semblait admis²⁸⁶. Lors du débat parlementaire, le principe de la réforme avait été admis et les discussions ont davantage porté sur les modalités techniques de sa mise en œuvre²⁸⁷.

²⁸² BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., n°93.

²⁸³ *Ibid.* n°95.

²⁸⁴ MONNIER S., « La préparation de la future loi de bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019 p. 287.

²⁸⁵ BORRILLO D., *Bioéthique*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2022, p. 3.

²⁸⁶ MEHL D., « La loi de bioéthique de 2021 », *AJ fam.* 2021, p. 519.

²⁸⁷ VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43 ; BARET B., « Les 10 ans de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *RJPF*, n°5, 1^{er} mai 2023.

CONCLUSION SECTION I.

70. *Élaboration progressive et catégorielle.* En raison de l'objet qu'elles encadrent, les lois de bioéthique reposent sur une procédure d'élaboration spécifique. Les principes de révision et d'évaluation permettent à la loi de s'ajuster aux évolutions techniques et scientifiques. Ils sont, en ce sens, des garanties procédurales légitimant les modalités d'élaboration de la norme, dans un contexte clivant. Cette légitimation est nécessaire au politique, qui peut se mettre en retrait au profit de l'avis d'experts, considérés comme mieux à même de prendre position sur de telles questions.

Cette modalité particulière d'élaboration a plusieurs conséquences. En premier lieu, elle conduit à une élaboration plus catégorielle et progressive des règles applicables aux techniques de procréation assistée. En second lieu, elle conduit à un transfert du questionnement des valeurs contenues dans la norme, en raison de l'intégration de nouveaux acteurs dans le processus normatif.

SECTION II : LE TRANSFERT DE LA DISCUSSION DE VALEURS HORS DE L'ENCEINTE PARLEMENTAIRE

71. Émergence de la norme. Les lois de bioéthique, régulièrement révisées et évaluées, sont discutées en dehors de l'enceinte parlementaire. L'intégration des nouveaux modes de procréation dans le droit de la filiation amène, dès lors, une nouvelle méthode de raisonnement dans la réflexion normative. Ces techniques, parce qu'elles relèvent du domaine scientifique, ont vocation à évoluer, imposant au droit une certaine souplesse afin d'éviter que la règle ne soit obsolète avant même son entrée en vigueur. Une attention particulière doit donc être portée sur l'émergence de la norme c'est-à-dire sur le processus prénormatif et ses implications²⁸⁸. Dès 1994, dans un contexte où la légitimité de l'intervention étatique dans l'encadrement des techniques scientifiques sur le vivant était questionnée, il avait été relevé que « les importantes difficultés juridiques et morales suscitées par les progrès de la médecine et de la biologie révèlent les limites de cette conception positiviste²⁸⁹. Par exemple, l'édiction d'un statut de l'embryon, indépendamment de sa nécessité, risque de poser autant de problèmes qu'il n'en résoudra »²⁹⁰.

72. Annonce de plan. L'encadrement législatif en la matière est donc particulier : il engage la collectivité en ce que les choix établis concernent nécessairement chaque individu et symboliseront les valeurs de la société. Le développement de ce qui est communément appelé « droit de la bioéthique »²⁹¹ a, en conséquence, apporté une nouvelle démarche dans la production normative²⁹² (§I.), car « cette intensification de la réglementation juridique de la bioéthique fait nécessairement évoluer la ou les lignes de partage décisionnel entre individu et

²⁸⁸ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 65, n°87 et s.

²⁸⁹ La conception consistant à se focaliser sur une analyse des sources du droit au détriment du processus d'édiction normative.

²⁹⁰ LAVIALLE C., « De la difficulté à légiférer sur le vivant », in NEIREINCK C. (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ, 1994, p. 14.

²⁹¹ Bien que certains auteurs rejettent cette formulation qui induit une certaine confusion quant aux enjeux de la démarche bioéthique et aux différents niveaux d'influence qui peuvent exister. Ils estiment que cette démarche implique une réflexion tant évaluative que normative, la norme en résultant pouvant être de nature morale ou juridique. V. par ex., BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, op. cit., p. 10 et s. ou HENNETTE-VAUCHEZ S., *Le droit de la bioéthique*, op. cit., 2009, p. 4 et s ; LEGROS B., *Droit de la bioéthique*, op. cit.

²⁹² MEULDERS-KLEIN M.-T., « La production des normes en matière de bioéthique », préc., p. 23, qui insiste sur le terme de production de la norme plutôt que sur celui de création car « le terme de production évoque au contraire une *émergence* progressive et lente au départ d'un terreau composite ».

communauté politique pour les questions concernées »²⁹³. L'influence de nouveaux acteurs s'est largement construite grâce à l'institutionnalisation de la démarche bioéthique (§II.) permettant la diffusion d'un discours renouvelé (§III.) conduisant à une considération plus singulière de l'individu dans l'élaboration de la norme.

§I. La démarche bioéthique : discussion pluridisciplinaire et confrontation de valeurs

73. Questionnement permanent. La démarche bioéthique est relative aux avancées techniques et scientifiques portant sur l'humain. Elle porte tant sur des pratiques que sur des discours et est fondée sur une discussion et une confrontation de valeurs où les enjeux en deviennent tant éthiques que sociétaux. Au-delà du questionnement sur l'autorisation de pratiques, elle conduit donc à un questionnement plus général relatif à l'humain. Afin de mieux cerner cette démarche, il est nécessaire de saisir ce qui relève de la bioéthique (A.), ainsi que ses modalités d'élaboration (B.).

A. Brève définition de la bioéthique

74. Bioéthique. Éthique du vivant, la bioéthique peut se définir comme « une science étudiant des problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les avancées ou les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé »²⁹⁴. Elle emprunte aux différentes éthiques²⁹⁵ leur questionnement pluridisciplinaire, tout en ayant pour spécificité que cette approche pluridisciplinaire est « consubstantielle à la bioéthique »²⁹⁶, celle-ci étant par nature le lieu de rencontre de différentes disciplines²⁹⁷. Issue

²⁹³ HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, op. cit., p. 21.

²⁹⁴ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 14. V. aussi LECA A., LEGROS B., v° « Bioéthique », *Petit dictionnaire de droit de la santé et de bioéthique*, op. cit.

²⁹⁵ L'éthique irrigue aujourd'hui de nombreux domaines : le sport, le monde des affaires, l'entreprise, la formation doctorale..., au point d'être qualifié de « phénomène de mode ». V. sur ce point, TERRÉ F., MOLFESSIS N., *Introduction générale au droit*, op. cit., n°66 ; DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, op. cit., n°41 ; MONNIER S., *Les comités d'éthique et le droit, Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, L'Harmattan, 2005, n°3.

²⁹⁶ MONNIER S., *Les comités d'éthique et le droit, Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, op. cit., n°5.

²⁹⁷ Médecine et biologie fondent la bioéthique, auxquelles s'ajoutent les sciences humaines au sens large : sociologie, anthropologie, philosophie, droit...

de la prise de conscience de l'ambivalence des avancées scientifiques relatives au vivant, la régulation de la bioéthique s'est, dans un premier temps, développée dans le domaine médical avant d'être appréhendée par le droit²⁹⁸, tout en apportant avec elle ses spécificités dans l'élaboration de raisonnements. Elle « résulte de la conjonction de plusieurs facteurs : la contestation de l'autorité médicale, la complexité des progrès scientifiques et technologiques, les conflits de valeurs et l'échelle des enjeux »²⁹⁹. La démarche bioéthique renvoie en effet à l'idée d'une confrontation, sans parti pris, de valeurs, de principes, de connaissances, dans le but d'isoler une difficulté et de proposer une solution pour la résoudre. Synthétiquement, elle questionne, délibère et propose : elle questionne d'abord des valeurs afin de déterminer la nature du conflit ; elle délibère ensuite quant aux implications de la confrontation de ces valeurs ; elle tente, enfin, de déterminer « ce qu'il y a lieu de faire pour bien faire »³⁰⁰. En ce sens, la démarche bioéthique implique une évaluation tant rétrospective que prospective, ne se limitant pas à la seule analyse d'une difficulté.

75. Double niveau de la démarche bioéthique. La démarche bioéthique comprend tant une éthique pratique, situation de fait qui nécessite une réponse singulière, qu'une éthique plus théorique, ayant pour but une réflexion générale sur des difficultés éthiques afin de proposer des éclairages quant aux solutions à adopter³⁰¹.

L'aspect pratique est ainsi une réflexion *in casu*, mise en œuvre principalement par les équipes médicales pour déterminer, à l'issue d'une délibération, la meilleure solution à apporter aux questionnements auxquels elles sont confrontés.

L'aspect théorique traite de problèmes généraux et abstraits, philosophie du corps et de l'humanité, et est davantage mise en œuvre par ceux qui « pensent le vivant »³⁰². L'objet de la démarche bioéthique est, en ce sens, défini dans l'exposé des motifs du projet de loi bioéthique de 2001³⁰³ comme « les questions éthiques et sociétales liées aux innovations techniques et

²⁹⁸ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 17 et s., n°6 et s.

²⁹⁹ MONNIER S., *Les comités d'éthique et le droit, Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, op. cit., n°5.

³⁰⁰ GIL R., *Les grandes questions de bioéthique au XXIème siècle dans le débat public*, LEH édition, 2018, p. 54.

³⁰¹ Une opposition est généralement faite entre l'éthique appliquée ou éthique pratique, consistant à évaluer et trancher une difficulté éthique concrète, par opposition à l'éthique théorique ou "méta-éthique" ayant vocation à proposer une analyse abstraite et théorique. V. BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, op. cit., p. 14.

³⁰² GIL R., *Les grandes questions de bioéthique au XXIème siècle dans le débat public*, op. cit., p. 55 qui évoque, à ce titre, les philosophes et les théologiens.

³⁰³ Exposé des motifs, Projet de loi relatif à la bioéthique n°3166, enregistré le 20 juin 2001, [[en ligne](#)].

médicales qui impliquent une manipulation du vivant ». Ces éléments traduisent le double enjeu de la démarche bioéthique qui, au-delà d'un questionnement de valeurs, a également un enjeu sociétal important, en ce que les réflexions élaborées peuvent guider et influencer les rapports et relations individuels. Au regard de ces enjeux, l'éthique théorique spécialement, afin de permettre la concertation nécessaire à la réflexion, a été progressivement institutionnalisée afin « d'inscrire la bioéthique dans les préoccupations de la société, mais aussi comme moyen d'approfondir les débats éthiques pour mieux en saisir les enjeux »³⁰⁴.

76. Doctrines bioéthiques. Malgré une certaine unité de méthode, deux grands courants éthiques peuvent être distingués et influent sur la construction du discours lors des débats éthiques. Traditionnellement, il est possible de distinguer une éthique immanente d'une éthique transcendante. Pour la première conception, « l'origine et la fin de la norme bioéthique sont à chercher dans la société elle-même, à travers un processus de délibération argumentative »³⁰⁵. Pour la seconde, ces éléments se trouvent « au-dessus d'elle-même, en se référant à un ordre extérieur s'imposant aux individus »³⁰⁶. La conception française de la bioéthique se rapproche davantage de cette dernière, s'inscrivant dans « un courant idéologique de type néo-traditionaliste qui allie un contenu essentialiste à une rhétorique laïque »³⁰⁷.

B. Les modalités d'élaboration de la démarche bioéthique

77. Questionnements et argumentation bioéthiques : exigence d'une pluridisciplinarité. Le questionnement et l'argumentation sont nécessaires à tout débat éthique et sont particulièrement centraux dans la démarche bioéthique. Ce débat se pose comme « un exercice de problématisation visant au discernement de conflits de valeurs »³⁰⁸ afin tout autant de « savoir ce qu'il convient de faire dans une situation, individuelle ou collective, de risque social, dans le domaine du vivant, qu'à savoir comment le faire »³⁰⁹ grâce à un croisement des savoirs et des connaissances de tout domaine en lien avec le vivant. La démarche, « étant une réflexion holiste sur l'être humain, elle ne saurait relever d'un seul domaine, qu'il soit scientifique, juridique, philosophique ou autre ; elle se situe nécessairement au carrefour de tous

³⁰⁴ GIL R., *Les grandes questions de bioéthique au XXIème siècle dans le débat public*, op. cit., p. 56.

³⁰⁵ BORRILLO D., *Bioéthique*, op. cit., p. 41.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 42.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 43.

³⁰⁸ GIL R., *Les grandes questions de bioéthique au XXIème siècle dans le débat public*, op. cit., p. 54.

³⁰⁹ BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, op. cit., p. 11.

ces domaines »³¹⁰. Elle constitue donc « un champ disciplinaire dont la dimension purement éthique ne peut être isolée sans résidu des dimensions juridique, politique, psychologique ou sociale »³¹¹.

Par conséquent, chaque domaine de connaissances ayant un lien avec le vivant a un élément de réflexion à apporter et l'ensemble des éléments apportés doit être confronté de façon constante. Cette spécificité de la démarche bioéthique « a permis de réunir depuis quelques dizaines d'années ceux qui “pensaient l'éthique” sans la mettre en pratique, c'est-à-dire les philosophes et les théologiens et ceux qui prenaient des décisions aux lourds enjeux éthiques sans avoir travaillé pour la plupart les fondements de l'éthique, c'est-à-dire les médecins et les chercheurs. Mais cette rencontre a aussi inclus les juristes et, au-delà, de plus en plus de personnes intéressées par les dimensions culturelles et sociétales de la bioéthique »³¹². Le développement de la bioéthique a donc permis la reconnaissance et la légitimité d'un ensemble de spécialistes dans la réflexion prénormative, bien que le choix français s'oriente davantage vers des études théoriques et idéologiques qu'empiriques³¹³.

78. Questionnements et argumentation bioéthiques : exigence d'un pluralisme de valeurs. Parce qu'elle est un exercice de problématisation des conflits de valeurs, la démarche bioéthique implique également un pluralisme de valeurs, c'est-à-dire qu'elle repose sur un « système admettant l'existence d'opinions politiques et religieuses, de comportements culturels et sociaux différents, au sein d'un groupe organisé »³¹⁴. Elle est considérée, au regard de la sensibilité des sujets traités, comme la garantie nécessaire à une approche la plus neutre possible, permettant d'apprécier l'ensemble des éléments et des opinions en présence. L'idée est ainsi de permettre une « liberté d'expression des conflits »³¹⁵ de valeurs afin de présenter

³¹⁰ MONNIER S., « Le devenir de l'adage “*mater semper certa est*” appréhendé par le Comité consultatif national d'éthique », in FIORENTINO K. et FIORENTINO A. (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent et avenir d'un adage*, Bruxelles Bruylant, 2018, p. 192 qui cite LE BRIS S., *Les instances nationales d'éthique*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1993, p. 10.

³¹¹ MONNIER S., « Le devenir de l'adage “*mater semper certa est*” appréhendé par le Comité consultatif national d'éthique », préc., p. 41.

³¹² GIL R., *Les grandes questions de bioéthique au XXI^{ème} siècle dans le débat public*, op. cit., p. 55.

³¹³ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°930 et s. qui relève que la bioéthique française repose davantage sur des arguments structurels, rattachés à des connaissances issues de l'anthropologie ou de la psychanalyse, tandis que les pays anglo-saxons usent davantage d'études sociologiques de terrain, raisonnant ainsi de façon davantage empirique.

³¹⁴ V° « pluralisme », *Le petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2023.

³¹⁵ MONNIER S., « Le devenir de l'adage “*mater semper certa est*” appréhendé par le Comité consultatif national d'éthique », préc., p. 192-205.

l'ensemble des points de vue pouvant exister dans la société pour faire émerger des valeurs communes, dans un contexte où est dénoncée la perte d'une universalité de valeurs³¹⁶. Son objectif est de mobiliser l'intégralité des éléments permettant de répondre au problème posé, d'envisager les différentes alternatives possibles, de trancher entre elles voire de les écarter toutes si aucune ne convient... Chaque opinion a vocation à être étudiée par cette démarche et l'exemple le plus frappant en est l'intégration, parmi les membres du CCNE, de représentants des principaux courants religieux³¹⁷. Dogmes, opinions, connaissances scientifiques sont tout autant d'éléments participant à la démarche bioéthique. Par conséquent, le discours relatif à l'humain est renouvelé, car la notion de personne humaine y est étudiée détachée du concept de personnalité juridique et davantage tournée vers le corps et la socialisation³¹⁸. Le but est la recherche d'un nouvel équilibre entre la protection de l'humain contre lui-même, la promotion de sa liberté et la promotion de l'autodétermination.

79. « Corpus bioéthique »³¹⁹. Au croisement de différents savoirs, la démarche bioéthique « présente la particularité de s'adresser dans un langage qui n'est à proprement parler ni scientifique, ni juridique, ni philosophique ». Au contraire, elle a vocation à réunir et « traduire » ces savoirs afin d'éclairer chacun sur l'ensemble des enjeux d'une problématique éthique. Conçue comme un pont reliant l'ensemble des connaissances et savoirs relatifs à l'humain, elle « participe d'une langue commune, largement compréhensible, qui sert de référence dans la révision des lois de bioéthique »³²⁰. Distincte du domaine juridique, elle a pour but de proposer une réflexion et de fixer des repères, qui seront des guides dans la stricte construction normative³²¹.

80. *Apports de la démarche bioéthique.* La démarche bioéthique cherche à aboutir à un consensus qui serait l'accord, la solution, à laquelle est arrivé l'ensemble des participants au débat. Cette approche permet par conséquent de traiter sur un même plan l'ensemble des

³¹⁶ MONNIER S., « La préparation de la future loi bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019, p. 287.

³¹⁷ V. *infra* n°83 ; Pour une critique de l'institutionnalisation de courants religieux, v. BORRILLO D., *Bioéthique*, *op. cit.*, p. 79 et s.

³¹⁸ BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 100.

³¹⁹ BLOUD-REY C., « La tour de Babel, réflexions autour de l'élaboration des règles de bioéthique », in *Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guével*, LGDJ, 2021, p. 15.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ MARTINEZ E. et VIALLA F., « Introduction », in MARTINEZ E. et VIALLA F., *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, *op. cit.*, p. 9.

éléments du débat, sans *a priori* sur la prévalence de l'un de ces arguments, modifiant les certitudes juridiques originellement construites sur une connaissance moins poussée de l'être humain³²². Elle permet également de modifier la conception des différents intérêts contenus dans la norme. Les principes traditionnels du droit rattachés à la protection de l'individu – dignité, indisponibilité, inviolabilité – en deviennent relativisés, ou à tout le moins, mis sur le même plan que l'ensemble des intérêts présents dans le contexte étudié puisque dans cette conception, aucun principe n'est, en lui-même, supérieur à un autre. À ce titre, la dignité dans une approche bioéthique « est une dignité à géométrie variable : moins on a de dignité, plus on est réifié, et inversement, plus on a de dignité, moins on est réifié »³²³. Enfin, l'approche bioéthique questionne le rapport de chacun aux évolutions techniques et scientifiques en considérant que « le corps individuel devient le souci de tous dans l'intérêt de l'individu »³²⁴. Elle modifie ainsi le rapport de chacun avec les éléments pouvant être contenus dans la norme, en estimant que chaque individu au titre de son expertise professionnelle, mais aussi à titre individuel, est légitime pour se questionner et participer à la réflexion. L'individu n'est ainsi plus vu exclusivement comme le destinataire de la règle qui lui sera appliquée, mais devient acteur quant à la réflexion sur le contenu de cette règle, ce qui, nécessairement, donne un poids plus important à la volonté individuelle³²⁵.

La démarche bioéthique, apportant nouveaux raisonnements et nouveaux acteurs, s'inscrit dans un processus d'institutionnalisation des acteurs la mettant en œuvre.

³²² V. par exemple MONNIER S., *Les comités d'éthique et le droit, Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, op. cit., n°17, qui liste les défis auxquels doit faire face la bioéthique, d'une part la remise en question de fondements juridiques notamment sur le début et la fin de la vie, en raison de l'évolution des connaissances scientifiques et partant, le risque d'une biologisation de la conception de l'être humain ; d'autre part le nouveau rapport d'articulation entre les plans collectif et individuel en raison de la mise à disposition des corps, sachant que « la poursuite d'un objectif collectif se réalise souvent au prix d'un sacrifice de l'individu » ; la mondialisation économique et scientifique qui « monétise » l'être humain ; et enfin, l'étiollement du modèle commun au profit de la protection de la singularité.

³²³ LEGROS B., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 31.

³²⁴ BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, op. cit., p. 64.

³²⁵ Sur l'institutionnalisation de la participation des citoyens aux débats par la mise en place de débats publics et états-généraux v. *infra* n°88.

§II. L'institutionnalisation des acteurs de la bioéthique

81. Institutionnalisation. Dès les années 1970, l'institutionnalisation de la démarche bioéthique a été envisagée afin de faire émerger « une élite dont l'objectif sera d'influer sur les législations, de s'imposer comme un interlocuteur des gouvernants sur toutes les questions relatives aux problèmes de société posés par le développement de la science biomédicale »³²⁶. La France a fait le choix d'une telle approche et progressivement, le paysage institutionnel s'est développé. Les différents comités d'éthique et en tête, le CCNE, ont pris de l'ampleur et gagné en influence³²⁷, bien qu'ils ne soient pas les seuls acteurs influant sur la construction normative³²⁸. Le CCNE, et suivant son modèle, les comités locaux sont néanmoins des acteurs singuliers du droit de la bioéthique, seules instances pluridisciplinaires, spécialisées et ayant un rôle purement consultatif³²⁹.

82. Comités d'éthique. Modèles de la régulation bioéthique, illustrant le plus visiblement la nouvelle forme normative associée à ce domaine³³⁰, les comités d'éthique jouent « un rôle institutionnel d'inspiration du pouvoir politique »³³¹. Que ce soit au regard de leur composition ou de leur compétence, ces comités ont le rôle le plus prégnant et le plus spécifique dans l'articulation de l'éthique et du juridique. À l'échelle nationale, le CCNE est devenu l'organe central de la réflexion bioéthique, étroitement associé à la création de la norme. Sur le modèle du CCNE, des comités d'éthique locaux ont également été institutionnalisés³³², dans le prolongement des missions attribuées au CCNE. Fondés sur des principes communs, « la particularité des comités réside dans leur mode de composition et leur mission qui concourent à en faire des “médiateurs de la société civile” »³³³. Ils sont ainsi des figures de la démarche

³²⁶ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique, op. cit.*, p. 17, résumant la pensée de V. R. POTTER, *Bioethics, Bridge to Future*, Englewoods Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall Inc., « Prentice-Hall biological science series », 1971.

³²⁷ Ils en sont devenus « une source d'inspiration des futures normes juridiques », LEGROS B., *Droit de la bioéthique, op. cit.*, p. 71.

³²⁸ V. *supra* n°60 et s. Pour plus de développements, v. notamment BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique, op. cit.*, p. 64 et s.

³²⁹ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique, op. cit.*, p. 122, n°210.

³³⁰ MONNIER S., *Les comités d'éthique et le droit, Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique, op. cit.*, n°22.

³³¹ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique, op. cit.*, p. 23.

³³² Pour une distinction des différents comités locaux v. par ex., LEGROS B., *Droit de la bioéthique, op. cit.*, p. 80 et s.

³³³ MONNIER S., *Les comités d'éthique et le droit, Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique, op. cit.*, n°252.

bioéthique par leur composition pluridisciplinaire, leur pluralisme, leur indépendance et leur fonctionnement consensuel, permettant la confrontation des différents systèmes de valeurs existant, tout en assurant l'information et la mise en œuvre de débats publics. Surtout, ils ont pour spécificité d'être des acteurs dédiés à la réflexion bioéthique : leur mission est permanente³³⁴ et comprend largement, voire au-delà, les questions éthiques posées par la manipulation du vivant ³³⁵(A.), leur conférant également un rôle d'intermédiaire (B.).

A. Les comités d'éthique, figures de la démarche bioéthique

83. Composition, modalités de saisie et indépendance. Né de l'idée qu'il était « essentiel de ne pas laisser les questions du progrès de la science aux seuls scientifiques et médecins et d'ouvrir la réflexion sur les conséquences des progrès de la science aux juristes, aux philosophes, aux grands corps de l'État, aux cultes ... »³³⁶, le CCNE a été institué par un décret du 23 février 1983³³⁷. Permanent, il a été consacré législativement par la loi du 29 juillet 1994³³⁸. Sa composition est prévue à l'article L. 1412-2 du Code de la santé publique, garantissant les exigences d'indépendance, de pluridisciplinarité et de pluralisme, éléments centraux de la démarche bioéthique. Avant 2021, il comportait trente-neuf membres, cinq appartenant aux principales familles philosophiques et spirituelles, dix-neuf choisis pour leurs expertises et intérêts pour les questions éthiques tels que des juristes, des parlementaires, quinze choisis pour leur appartenance au secteur de la médecine ou de la recherche en sciences du vivant ou sciences sociales. Désormais, y siègent également des représentants d'associations de personnes malades et d'usagers du système de santé, d'associations de personnes handicapées, d'associations familiales et d'associations œuvrant dans le domaine de la protection des droits des personnes. Son indépendance se traduit de plus par son financement qui, depuis 2004, est rattaché directement au budget du Premier ministre³³⁹. L'article R. 1412-4 du Code de la santé publique prévoit qu'il peut être saisi par un certain nombre d'institutions politiques, mais

³³⁴ Contrairement aux instances d'évaluation qui sont mobilisées lors d'une réforme bioéthique. Sur ce point, v. *supra* n°58 et s.

³³⁵ Contrairement aux administrations centrales en lien avec le domaine de la santé dont certaines, comme l'Agence de la biomédecine, ont un domaine plus restreint que celui du CCNE et d'autres, comme l'IGAS, qui n'ont pas, par principe, une mission de bioéthique mais peuvent indirectement se prononcer sur des questions de bioéthique. V. BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, op. cit., p. 64 et s.

³³⁶ Les missions du CCNE sont exposées sur leur site, [[en ligne](#)].

³³⁷ Décr. n°83-132, 23 février 1983, JO 25 février 1983 ; *RTD civ.* 1983.400, comm. P. Godé.

³³⁸ Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF n°175 du 30 juillet 1994, art. 24.

³³⁹ Il était antérieurement rattaché à celui de l'Inserm ce qui pouvait conduire à des conflits d'intérêts.

également scientifiques en lien avec le domaine de la santé. Enfin, il peut s'autosaisir, afin de pouvoir réaliser l'entièreté de ses missions.

84. *Domaine des missions du CCNE et avis.* Le domaine de compétence du CCNE s'est progressivement élargi au fil des réformes bioéthiques. En 1994, il portait sur les questions éthiques soulevées par les progrès de la connaissance dans le domaine de la biologie, de la médecine et de la santé. Les techniques de procréation assistée font, dès l'origine, partie du domaine de compétence du CCNE, intrinsèquement liée à la filiation des enfants qui en sont issues. En 2004 y ont été ajoutées les questions de société soulevées par les progrès de la connaissance, permettant d'y inclure notamment les revendications des couples de personnes de même sexe. À nouveau, la loi de 2021 a élargi sa compétence en y ajoutant les problèmes posés « par les conséquences sur la santé des progrès de la connaissance dans tout autre domaine »³⁴⁰. Chargé de rendre des avis dans ce large domaine de compétence, le CCNE bénéficie d'une importante liberté de réflexion. Le particularisme de la démarche bioéthique est ainsi traduit dans son domaine de compétence, où les revendications individuelles portant sur l'accès à une technique scientifique, comprises comme des « questions de société », font partie des éléments à intégrer lors de la réflexion. Il a une importante liberté dans le choix des thèmes sur lesquels portent ses avis et, aujourd'hui, apprécie très largement le domaine de compétence qui lui a été attribué. Certains avis semblent même n'avoir qu'un lointain rapport avec ce domaine de compétence, par exemple l'avis 134 relatif à « l'adoption : accroître la transparence des procédures pour favoriser l'objectivité et la qualité des choix »³⁴¹. Les intérêts individuels sont, dès lors, au cœur de la démarche bioéthique, intégrant par la même, l'élaboration normative en découlant.

85. *Missions générales des comités d'éthique locaux.* La loi bioéthique de 2004³⁴² a permis l'institutionnalisation d'espaces éthiques au niveau régional ou interrégional. Ces espaces sont des lieux de formation, de documentation, de rencontres et d'échanges interdisciplinaires sur les questions d'éthique dans le domaine de la santé³⁴³. Progressivement,

³⁴⁰ Art. L. 2512-1 CSP.

³⁴¹ CCNE, Avis 134, *L'adoption : accroître la transparence des procédures pour favoriser l'objectivité et la qualité des choix*, 7 mai 2020, [\[en ligne\]](#).

³⁴² Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

³⁴³ Art. L. 1412-6 al. 3 CSP : « Des espaces de réflexion éthique sont créés au niveau régional ou interrégional ; ils constituent, en lien avec des centres hospitalo-universitaires, des lieux de formation, de documentation, de rencontre et d'échanges interdisciplinaires sur les questions d'éthique dans le domaine de la santé. Ils font également fonction d'observatoires régionaux ou interrégionaux des pratiques au regard de l'éthique. Ces espaces

ces comités sont devenus des relais locaux du CCNE³⁴⁴, notamment grâce à la similitude de missions garantissant les exigences de la démarche bioéthique dans une logique de plus grande proximité. Il faut ajouter à ces espaces, des comités *ad hoc*, dépourvus de réelle consécration légale, mais qui existent dans des structures de recherche ou dans les établissements de santé, davantage tournés vers l'éthique pratique, mais dont les solutions peuvent inspirer indirectement l'éthique théorique³⁴⁵. L'article L. 1412-6 du Code de la santé publique précise le lien entre ces comités informels et les comités institutionnalisés, ces derniers devant réaliser leurs missions « en lien avec des centres hospitalo-universitaires ».

86. *Rapport annuel et recommandations.* L'article L. 1412-3 du Code de la santé publique confie au CCNE la rédaction annuelle d'un rapport d'activité qui « comporte une analyse des problèmes éthiques soulevés dans les domaines de compétence de l'Agence de la biomédecine et dans le domaine des neurosciences ». Ce rôle est également dévolu aux comités locaux, qui doivent, eux aussi, rédiger un tel rapport qui sera transmis au CCNE. Ce même article octroie au CCNE la possibilité d'élaborer « des recommandations sur les sujets relevant de sa compétence ». Or, une recommandation du CCNE a une portée symbolique importante et sera nécessairement prise en considération : l'entièreté des missions du CCNE est tournée vers une réflexion permanente sur les évolutions scientifiques et les choix envisageables selon ces évolutions. Contrairement à la pure réflexion normative soumise à l'agenda politique, le CCNE raisonne et propose en permanence.

Cependant, le rôle de recommandation octroyé au CCNE est porteur d'une certaine ambiguïté. En effet, les recommandations sont nécessairement publiées³⁴⁶. Or, celles-ci ont « un degré de normativité plus élevé » que de simples avis, ce qui tend à reconnaître au CCNE un « statut

participent à l'organisation de débats publics afin de promouvoir l'information et la consultation des citoyens sur les questions de bioéthique. Ils établissent chaque année un rapport d'activité qui est communiqué au Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé ; celui-ci en fait la synthèse dans le rapport annuel mentionné à l'article L. 1412-3. Les règles de constitution, de composition et de fonctionnement des espaces de réflexion éthique sont définies par arrêté du ministre chargé de la santé après avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé ».

³⁴⁴ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 125.

³⁴⁵ Sur la distinction éthique théorique et éthique pratique v. *supra* n°75.

³⁴⁶ Décret n° 97-555 du 29 mai 1997, relatif au Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, art. 6.

d'autorité normative »³⁴⁷ et illustre le rôle central du CCNE³⁴⁸, incontournable lorsque se pose une question de bioéthique³⁴⁹. Cette reconnaissance grandissante d'un tel statut place le comité dans un entre-deux particulier. Le contexte juridique est l'un des éléments qu'il apprécie, mais ses recommandations influencent également l'évolution des normes. La démarche bioéthique et la production normative sont en interaction, dessinant une frontière délicate entre le raisonnement éthique théorique, la démarche bioéthique et la production normative au sens strict. Les lois de bioéthique sont co-construites par le législateur et les acteurs de la bioéthique, le CCNE étant au cœur de ce processus.

87. Valeurs des avis et des recommandations. L'importance donnée aux avis et recommandations questionne quant à leur valeur normative, pouvant permettre d'estimer qu'ils relèvent du droit souple, au sens proposé par le Conseil d'État en 2013. Celui-ci propose une définition reposant sur trois critères cumulatifs : « les instruments du droit souple ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion. Ils ne créent pas, par eux-mêmes, de droits ou d'obligations pour leurs destinataires. Enfin, ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit »³⁵⁰. Le qualificatif de droit souple aurait vocation à s'appliquer aux avis et recommandations du CCNE au regard de leur influence et de l'absence de corrélation systématique entre un avis du CCNE et une loi de bioéthique. Néanmoins, ils sont appréciés ici comme une étape de l'élaboration de la loi et non de façon autonome à celle-ci. En tout état de cause, si le qualificatif de droit souple peut être envisagé pour les avis du CCNE³⁵¹, ceux-ci restent des sources comprises comme une force d'inspiration, mais non contraignantes, ce qui implique le soutien d'une « source dure » pour devenir du droit³⁵². C'est ce rapport qui est, ici, spécialement envisagé afin de mettre en exergue la particularité de la place du CCNE dans la construction normative. Cette place lui permet d'avoir un rôle central dans la discussion des valeurs contenues dans la norme. Lié tant aux

³⁴⁷ ADAM-FERREIRA B., « La délégation de compétences normatives : le rôle du comité d'éthique dans l'élaboration des normes dans le domaine biomédical », préc., n°11 et s.

³⁴⁸ Sur le développement des sciences auxiliaires du droit v. DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, op. cit., n°68.

³⁴⁹ *Ibid.*, n°10.

³⁵⁰ GHESTIN J. et BARBIER H., *Traité de droit civil, t.1 Introduction générale*, op. cit., n°376.

³⁵¹ *Ibid.*, n°387.

³⁵² *Ibid.*, n°393.

pouvoirs législatif et exécutif, il est tout autant proche des experts ainsi que des citoyens qu'il est en charge d'informer.

88. États généraux et débats publics. « Conférences de citoyens choisis de manière à représenter la société dans sa diversité »³⁵³, les états généraux ont été expérimentés lors de l'élaboration de la loi de 2011³⁵⁴ qui a généralisé cette pratique. L'article L. 1412-1-1 du Code de la santé publique charge donc désormais le CCNE de leur organisation. Cette organisation est un préalable obligatoire à toute réforme relative à la bioéthique et doit intervenir après « après consultation des commissions parlementaires permanentes compétentes et de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques ». Les membres de la société civile choisis pour participer aux états généraux sont, en amont, formés, par des experts sélectionnés « en fonction de critères d'indépendance, de pluralisme et de pluridisciplinarité »³⁵⁵.

89. Organisation des états généraux de 2018. Lors des états généraux organisés en 2018, plusieurs modes de participation ont été proposés. Un site internet a été mis en place, structuré autour de neuf thèmes, permettant aux participants de faire des propositions, de formuler des arguments ou de voter. Des rencontres régionales ont été organisées, sous diverses formes : colloques, conférences, débats, ateliers... qui ont réuni près de vingt et un mille participants. De plus, un comité citoyen, composé de vingt-deux personnes choisies dans un objectif de représentativité de la société et constitué par un institut de sondage, a été mis en place³⁵⁶. Formé au préalable, ce comité a formulé des opinions qui ont été ajoutées distinctement au rapport de synthèse des états généraux³⁵⁷.

90. Régularité des états généraux. En l'absence de projet de réforme, le Comité est tenu d'organiser ces états généraux au moins une fois tous les cinq ans. Le caractère obligatoire des états généraux précédant un projet de réforme reste néanmoins discutable, en raison de

³⁵³ Art. L. 1412-3-1 CSP.

³⁵⁴ Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique - art. 46, qui trouve un écho à l'article 28 de la Convention du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (dite Convention d'Oviedo), ratifiée par la France le 13 décembre 2011.

³⁵⁵ Art. L. 1412-3-1 CSP.

³⁵⁶ MONNIER S., « La préparation de la future loi bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », RDSS 2019, p. 287, spéc. IIA.

³⁵⁷ CCNE, *Rapport de synthèse des états généraux de la bioéthique*, juin 2018, [\[en ligne\]](#).

l'absence de sanction prévue en cas de défaut d'organisation³⁵⁸. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a limité la portée de ce caractère obligatoire en ne l'imposant qu'aux projets de loi³⁵⁹. À l'issue des états généraux « le comité établit un rapport qu'il présente devant l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, qui procède à son évaluation, en faisant ressortir les éléments scientifiques indispensables à la bonne compréhension des enjeux de la réforme envisagée »³⁶⁰.

91. Débats publics. En complément des états généraux, le CCNE est également investi, depuis 2021³⁶¹, d'une mission plus générale d'organisation « de débats publics, une fois par an, sur un ou plusieurs des problèmes éthiques et des questions de société »³⁶². Ceux-ci relèvent également de la compétence des comités locaux, chargés de participer à l'organisation de ces débats en lien avec le CCNE « afin de promouvoir l'information et la consultation des citoyens sur les questions de bioéthique »³⁶³.

92. États généraux et CCNE. Différents dysfonctionnements ont pu être remarqués à l'issue de l'organisation des états généraux. La participation par internet questionne quant à la représentativité des avis qui y ont été donnés, d'autant plus qu'en règle générale, ce sont les personnes qui ont les avis les plus militants qui se prononcent³⁶⁴. Cette potentielle surreprésentativité des militants a également été évoquée lors de la tenue des débats régionaux par l'une des opinions du comité citoyen³⁶⁵. La brève durée des états généraux³⁶⁶ ainsi que le déséquilibre géographique dans la répartition des espaces de discussion³⁶⁷ ont également été relevés. Les retours d'expérience sur un mode de participation citoyenne mis en œuvre à une telle échelle, pour la première fois, laissent néanmoins présager une amélioration de ces différents éléments pour optimiser la participation citoyenne.

³⁵⁸ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 77 et s.

³⁵⁹ Cons. Const., 1^{er} août 2013, n°2013-674 DC, *D.* 2014. 843, obs. J.-C. Galloux ; *Constitutions* 2013. 443, chron. X. Bioy ; *JCP* 2013. 904, obs. B. Mathieu.

³⁶⁰ Art. L. 1412-1-1 CSP.

³⁶¹ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

³⁶² Art. L. 1412-1-1 II CSP.

³⁶³ Art. L. 1412-6 CSP.

³⁶⁴ MONNIER S., « La préparation de la future loi bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019, p. 287.

³⁶⁵ Le comité citoyen a rendu un avis et trois opinions dont l'une fait un bilan de l'organisation des états généraux.

³⁶⁶ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p.52.

³⁶⁷ MONNIER S., « La préparation de la future loi bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019, p. 287 ; CCNE, « Rapport de synthèse des états généraux de la bioéthique », juin 2018.

Par ailleurs, l'ambiguïté du rôle du CCNE et des comités d'éthique régionaux vis-à-vis des états généraux interroge quant à l'autonomie et l'indépendance de tels débats citoyens. Chargés de l'information et de l'organisation de ces états généraux, les comités ont également un rôle de formateurs pour les citoyens, ce qui peut influencer sur les débats publics. Le comité citoyen, pour lequel l'indépendance des formateurs est spécifiée dans les textes, a lui-même été formé par certains membres du CCNE³⁶⁸. Dans cette idée, le « discours populaire » des états généraux n'est pas vu comme un gage de l'expression citoyenne, mais est, au contraire, instrumentalisé afin de faciliter les réformes bioéthiques, tout en les légitimant par l'utilisation de ce mode de démocratie participative³⁶⁹, afin de ne pas limiter la quête de légitimité à la seule expertise.

B. Le rôle d'intermédiaire du CCNE entre décideurs publics et société civile

93. Intermédiaire objectif. Au regard des différentes missions du CCNE, et dans son sillage, celles des comités locaux, aucun pouvoir réglementaire ne leur a été accordé. Les avis et recommandations du CCNE, bien que dépourvus de tout pouvoir décisionnel, bénéficient néanmoins d'une influence normative indéniable. Les cent quarante avis rendus depuis sa création ont, en effet, donné lieu à des commentaires doctrinaux et surtout, le contenu de ces avis inspire très largement le contenu des lois³⁷⁰. L'ouverture à toutes les femmes de la procréation médicalement assistée est, par exemple, un engagement de campagne du candidat Macron lors de l'élection présidentielle de 2017. Celui-ci avait cependant précisé attendre l'avis du CCNE et suivre ses recommandations. L'avis du CCNE a précédé de quelques mois l'annonce du Gouvernement³⁷¹ et le contenu de l'avis et la réforme sont assez proches. Ainsi, « les normes émises par les comités sont de nature hybride, tant par rapport à la déontologie classique que par rapport au droit. Il ne s'agit pas de décisions, mais pour autant la notion paresseuse “d'avis” ne suffit pas à les caractériser, car, d'un point de vue juridique, il existe bien des sortes d'actes consultatifs »³⁷².

³⁶⁸ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 79 et s.

³⁶⁹ MONNIER S., « La préparation de la future loi bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019 ; BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 49.

³⁷⁰ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 121 et s., spéc. n°210.

³⁷¹ CCNE, Avis 126, *Les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017 ; l'annonce du Gouvernement a été faite, quant à elle, le 12 septembre de la même année.

³⁷² BERNARD-DOUCHEZ M.-H., « L'incertitude quant à la forme normative ; La déontologie médicale », in NEIREINCK C. (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ, 1994, p. 101.

94. Intermédiaire neutre. Son organisation, ses missions et son domaine de compétence permettent au CCNE d'avoir un rôle tant rétrospectif – évaluation de l'état actuel du droit et des connaissances dans le domaine de la bioéthique – que prospectif – afin de déterminer comment améliorer ce qui existe – dans la réflexion prénormative. Sa démarche et l'affirmation répétée³⁷³ de son indépendance, de sa pluridisciplinarité et de son pluralisme renforcent ce positionnement tout en lui permettant de conserver sa neutralité et son autonomie. Ainsi, « la mise en place de ces structures intermédiaires permet d'éviter le conflit frontal entre les idéologies opposées au niveau politique et d'attendre sans brusquer les choses que le fruit d'un possible consensus murisse ou que les problèmes s'effacent spontanément avec de nouvelles avancées scientifiques ou l'évolution de la conscience sociale elle-même »³⁷⁴.

95. Intermédiaire citoyen. Le rôle du CCNE dans l'organisation des états généraux lui octroie une légitimité supplémentaire puisqu'il en devient le porte-parole de « l'opinion publique institutionnalisée »³⁷⁵. Il a su, en effet, s'imposer comme un entre-deux permettant d'intégrer la démarche bioéthique dans la création du biodroit. En ce sens, le CCNE tente de juridiciser son discours, il a ainsi pu être relevé le recours croissant à un vocabulaire juridique dans les rapports du Comité³⁷⁶. La même idée se retrouve dans les paroles d'un président du Comité qui exprimait la volonté « d'être mis en mesure de répondre à des questions sociales, de sciences humaines »³⁷⁷.

96. Intermédiaire légitimé. L'institutionnalisation d'instances intermédiaires, spécialisées, utilisant une démarche fondée sur la discussion et le consensus et intégrant une participation citoyenne est une source de garantie supplémentaire au processus d'élaboration normative³⁷⁸. En effet, « l'intérêt de ces comités nationaux permanents n'est pas purement pratique, mais aussi symbolique dans la mesure où, mis en place par l'Exécutif ou le Parlement, ils jouissent d'une légitimité plus grande aux yeux des milieux professionnels et de l'opinion

³⁷³ L'expression est utilisée à plusieurs reprises dans les articles du CSP relatifs au CCNE : art. L. 1412-1, art. L. 1412-2, art. L. 1412-3-1.

³⁷⁴ MEULDERS-KLEIN M.-T., « La production des normes en matière de bioéthique », préc., p. 47

³⁷⁵ En détournant la formule de Jean-René Binet qui nomme « institutionnalisation de l'opinion publique » le choix de la France de mettre en place des états généraux au détriment de sondages d'opinion : BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 72.

³⁷⁶ LEROYER A.-M., « L'avis du Comité d'éthique sur les demandes sociétales de recours à l'AMP ou les présupposés idéologiques d'une pensée institutionnelle », *JCP éd. G*, n°37, 11 septembre 2017, 927.

³⁷⁷ HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, op. cit., p. 20.

³⁷⁸ DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, op. cit., n°67 et 68.

publique »³⁷⁹. Détachés de la déontologie médicale, ils rassurent en garantissant une absence d'autorégulation dans un domaine sensible. Chargés d'une mission prénormative de conseil dans l'élaboration de la norme, ils gagnent en légitimité vis-à-vis de l'État, s'inscrivant davantage dans une démarche participative « par rapport au système démocratique traditionnel jugé insuffisamment représentatif et trop autoritaire »³⁸⁰. Cette organisation offre ainsi une légitimité procédurale à la construction normative. Pour autant, elles produisent un discours dont l'objectivité peut être discutée.

§III. Le discours bioéthique, diffusion d'un raisonnement pluridisciplinaire et consensuel

97. Objectivité présumée. Au regard des interactions entre la démarche bioéthique et de la production normative, il semble nécessaire de s'interroger sur le contenu du discours produit par cette démarche, afin de déterminer l'influence qu'il a sur le contenu des normes. La démarche bioéthique a, en effet, contribué au décloisonnement de l'éthique et du droit, par son approche pluridisciplinaire et consensuelle. Deux biais sont, cependant, susceptibles de perturber l'approche de valeurs contenues dans la démarche bioéthique. En premier lieu, le consensus aboutit à une solution négociée, tentant d'articuler des valeurs parfois difficilement conciliables. De plus, le CCNE fait office d'expert sur ces questions et, en tant que tel, produit un discours considéré comme scientifique. Pour autant, certains biais de la démarche bioéthique nuisent à l'objectivité du discours. La pluridisciplinarité et le pluralisme centraux dans la démarche bioéthique sont ainsi susceptibles d'être instrumentalisés en faveur d'un objectif politique. Or les discours produits lors du processus d'élaboration questionnant des valeurs, ils déchargent le politique de son rôle traditionnel, justifiant l'étude du contenu de ces discours. La question a un relief particulier sur le terrain de la filiation, la dernière loi de bioéthique faisant davantage un choix de société qu'encadrant une nouvelle découverte scientifique. Considérant davantage l'individu, le discours bioéthique apporte une approche nouvelle dans

³⁷⁹ MEULDERS-KLEIN M.-T., « La production des normes en matière de bioéthique », préc., p. 39.

³⁸⁰ MONNIER S., *Les comités d'éthique et le droit, Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, op. cit., n°499.

l'appréciation de ces valeurs (A.), mais est ainsi facilement susceptible de manquer d'objectivité, notamment sur les questions de société (B.).

A. L'approche des valeurs dans le discours bioéthique

98. Le discours bioéthique se veut neutre et représentatif. Les méthodes de raisonnement employées (1.) ont pour but d'aboutir à un consensus résultant d'une expression et d'une confrontation de valeurs (2.).

1- La méthode de raisonnement

99. Méthode de raisonnement : raisonnement par intérêt. En premier lieu, le CCNE hiérarchise les problèmes éthiques auxquels il est confronté. Par exemple, il estime plus complexe le don d'ovocyte que le don de sperme ou d'embryon³⁸¹. Pour ce faire, il identifie des repères éthiques et les articule entre eux lorsqu'il est confronté à une tension afin de trouver un équilibre³⁸². Il relève également les tensions spécifiques posées par certains thèmes : tel est le cas de la procréation assistée et la fin de vie qui mettent particulièrement en tension le collectif et l'individuel³⁸³. Cette hiérarchisation, qui se veut moralement neutre et détachée de parti pris, correspond à l'objet de la démarche bioéthique. Par conséquent, si « la réflexion bioéthique entend susciter la discussion et, le cas échéant, trouver un accord [...] elle ne se prononce pas sur des orientations morales de fond, et donc sur la substance même de l'éthique, alors même qu'elle en reconnaît l'existence et met en garde qui veut l'entendre de son évidence face au marché et à sa logique de profit à propos de la gestation pour autrui »³⁸⁴. Or, le droit de la filiation est originellement construit « comme un droit de valeurs soumettant les intérêts particuliers »³⁸⁵, ce que la méthode de raisonnement du CCNE remet en question.

Cette hiérarchisation renvoie à un raisonnement par intérêts, dans le but de leur conciliation et éloigne l'idée d'élaborer une règle impérative proposant un modèle de conduite. En effet, la détermination de la complexité du problème est liée à l'ensemble des enjeux individuels et

³⁸¹ MONNIER S., « Le devenir de l'adage "*mater semper certa est*" appréhendé par le Comité consultatif national d'éthique », préc., p. 200 et s.

³⁸² CCNE, Méthodes et repères du CCNE, 1^{er} juillet 2020, p. 5 ; CCNE, Avis 129, Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019, 25 septembre 2018, p. 34 et s.

³⁸³ CCNE, Avis 129, Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019, 25 septembre 2018, p. 36.

³⁸⁴ BLOUD-REY C., « La tour de Babel, réflexions autour de l'élaboration des règles de bioéthique », préc., p. 18.

³⁸⁵ DEUMIER P., « Le droit de la famille vu par ses sources », préc., p. 239.

collectifs qu'il contient et à la volonté de conciliation de ceux-ci dans la solution qui sera proposée. En conséquence, chaque point de vue individuel est relevé, apprécié, comparé et évalué, afin de proposer la solution la plus respectueuse possible de l'ensemble des intérêts qui auront été analysés. À ce titre, l'intérêt supérieur de l'enfant est spécialement apprécié dans les différents avis du CCNE qui tentent d'en avoir une approche la plus concrète possible en le confrontant aux autres intérêts en présence, tout en gardant en considération les spécificités de la minorité – vulnérabilité, développement sain, construction identitaire... – lesquelles peuvent justifier la supériorité de cet intérêt sur d'autres³⁸⁶.

100. Méthode de raisonnement : comparaison et analogie. En second lieu, le CCNE utilise régulièrement des raisonnements par comparaison. Deux éléments ressortent. Tout d'abord, le CCNE s'appuie sur les avis qu'il a déjà rendus pour faire évoluer ses positions et « en répétant ses prises de position, il conforte la portée et l'autorité de ses précédents avis »³⁸⁷, raisonnement assez proche de celui utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme³⁸⁸. Il peut, en ce sens, utiliser l'argument de « nouveauté » ou « d'évolution des mentalités » pour adapter ses propositions et ne pas s'auto-contraindre en étant lié par un précédent. La comparaison, est, ensuite, surtout utilisée en étudiant les réponses étrangères apportées aux difficultés qu'il rencontre. Cette méthode est, dès lors, utilisée « comme un instrument d'harmonisation »³⁸⁹, l'objectif étant la recherche d'un consensus le plus global possible, les difficultés éthiques dépassant largement les frontières.

101. Méthode consensuelle. Pragmatique et consensuelle, la démarche bioéthique est avant tout une « démarche concrète fondée sur le dialogue »³⁹⁰. « Ce raisonnement pragmatique, ouvert à des motifs très divers (politique, sociologique, scientifique, idéologique) ne laisse guère de place à la recherche de critères de fond sur l'éthique »³⁹¹, ce qui apparaît en analysant le contenu substantiel de ce discours.

³⁸⁶ GIBELIN A., « Les techniques d'AMP », in MARTINEZ É. et VIALLA F., *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, op. cit., p. 269 et s.

³⁸⁷ MONNIER S., « La préparation de la future loi bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019, p. 287.

³⁸⁸ V. *infra* n°143 et s.

³⁸⁹ MONNIER S., « La préparation de la future loi bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019, p. 287.

³⁹⁰ BLOUD-REY C., « La tour de Babel, réflexions autour de l'élaboration des règles de bioéthique », préc., p. 17.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 23.

2- Le contenu substantiel

102. Fondements du discours. Le discours du CCNE repose sur « les valeurs historiquement fondatrices de nos sociétés, telles que la garantie et la protection de la dignité humaine, la liberté et l'autonomie, l'égalité et la solidarité, la tolérance et la fraternité, la justice et l'équité. Aucune hiérarchisation *a priori* des valeurs n'est possible et, seule, la protection de la dignité humaine fournit un repère indépassable des normes éthiques »³⁹². La particularité de la démarche bioéthique et ses différentes facettes irrigue les fondements du discours bioéthique, traduisant les valeurs confrontées, desquelles découlent des principes sur lesquels reposent des règles, plus concrètes et opérantes, en ce sens que « les valeurs ne peuvent prendre vie qu'en s'incarnant dans des principes et en débouchant sur des règles, sans quoi elles demeureraient théoriques et inopérantes »³⁹³.

Ces fondements sont souples, permettant l'adaptabilité du raisonnement et l'articulation de ces valeurs entre elles³⁹⁴. Seule la dignité s'en distingue légèrement, placée par le CCNE « au sommet de la “hiérarchie des normes éthiques” », mais qu'elle ne soit définie, conformément à la logique éthique³⁹⁵. Ces fondements ont une existence juridique. En effet, le biodroit propose un cadre général, reprenant les principes généraux et originellement déontologiques et un cadre spécial, où ces principes sont éprouvés par la situation qu'ils encadrent, au point qu'ils peuvent être relativisés³⁹⁶. Les articles 16 à 16-9 du Code civil énoncent les principes fondamentaux sur lesquels s'appuie la démarche bioéthique, tandis que les textes applicables aux techniques de procréation, qu'ils soient issus du Code civil ou du Code de santé publique, proposent un cadre juridique technique guidé par l'articulation de ces principes entre eux.

103. Méthode de raisonnement : contextualisation. La valeur normative des principes bioéthiques traduit les interactions permanentes des discours bioéthique et juridique³⁹⁷. Ces interactions apparaissent dans la construction argumentaire du discours bioéthique : le juridique n'est pas seulement un moyen d'assurer l'effectivité des principes bioéthiques, c'est également un élément de contexte permettant de nourrir la réflexion

³⁹² CCNE, « Méthode et repères du CCNE », 1^{er} juillet 2020, p. 5.

³⁹³ MARTINEZ É., « La dignité », in MARTINEZ É., VIALLA F., *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, op. cit., p. 38.

³⁹⁴ CCNE, *Méthode et repères du CCNE*, 1^{er} juillet 2020, p. 5.

³⁹⁵ MARTINEZ É., « La dignité », préc., p. 38.

³⁹⁶ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, op. cit., p. 129, n°228.

³⁹⁷ MONNIER S., *Les comités d'éthique et le droit, Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, op. cit., n°751 et s.

bioéthique. Le cadre juridique est ainsi sollicité dans la construction argumentaire afin de déterminer notamment l'envergure de la modification juridique qu'impliquerait une proposition du CCNE. Une modification juridique importante, par exemple l'ouverture de la procréation médicalement assistée ou de la GPA, qui implique la modification du critère de désignation de la mère³⁹⁸, est un élément apprécié dans les avis du CCNE.

La contextualisation permanente qu'effectue le CCNE lui permet également d'apprécier l'évolution de la société et des mœurs, comme par exemple l'évolution impulsée par les progrès techniques qui a pour conséquence des « mutations anthropologiques majeures »³⁹⁹. Il pousse d'ailleurs son questionnement jusqu'à la détermination de la frontière entre les différents éléments de contexte, par exemple celle entre le médical et le sociétal dans le fondement de l'AMP⁴⁰⁰. Ainsi, le discours du CCNE est à la fois proche d'un discours de nature juridique, tout en s'éloignant et en y intégrant davantage de souplesse, dans la continuité de la réflexion bioéthique qui est en perpétuel questionnement.

104. Discours pluriel : appréciation des singularités. La démarche bioéthique permet un regard différent sur les singularités, les situations les plus rares étant désormais tout autant appréciées dans la construction prénormative que les situations généralisées. Cette volonté est affirmée par le CCNE qui déclare que « cette pluralité constitue un beau défi à relever : comment garantir que le collectif n'écrase pas les singularités et les libertés individuelles ? »⁴⁰¹ tout en précisant immédiatement « mais aussi : comment veiller à ce que la défense des libertés individuelles ne morcelle pas la société en une seule juxtaposition de points de vue et de pratiques inconciliables ? »⁴⁰². Plutôt que de concevoir le collectif comme une limite à l'individuel, le discours du CCNE cherche à trouver un point d'équilibre entre les deux en les appréciant sur un même plan⁴⁰³. La composition des comités tente d'ailleurs de garantir la mise en lumière d'intérêts singuliers, ce qu'illustre, par exemple, l'intégration en 2021 de

³⁹⁸ Dont la preuve repose actuellement sur l'accouchement, art. 332 C. civ.

³⁹⁹ CCNE, Avis 110, *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*, 1^{er} avril 2010.

⁴⁰⁰ CCNE, Avis 126, *Les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017 ; LEROYER A.-M., « L'avis du Comité d'éthique sur les demandes sociétales de recours à l'AMP ou les présupposés idéologiques d'une pensée institutionnelle », *JCP éd. G*, n°37, 11 septembre 2017, 927.

⁴⁰¹ CCNE, Avis 129, *Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, 25 septembre 2018, p. 5.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ Sur la délicate définition de l'intérêt général v. DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique*, La mémoire du Droit, 2001, p. 170 et s.

certaines associations de protection des personnes parmi les membres du CCNE⁴⁰⁴. De même, la participation citoyenne grâce aux états généraux ainsi que les retours des comités pratiques peuvent mettre en lumière une difficulté issue d'une situation concrète.

En tout état de cause, il est possible d'y voir un discours où le raisonnement part de situations concrètes pour ensuite être théorisé dans un cadre général, spécialement en mettant ces espèces en perspective des textes qui auraient vocation à s'appliquer. La singularité ressort ainsi davantage dans un raisonnement « ascendant » puisqu'elle en devient le point de départ du raisonnement, contrairement aux constructions normatives traditionnelles davantage fondées sur un raisonnement « descendant ». Ces raisonnements se rapprochent ainsi de la méthode clinique se développant dans les enseignements juridiques où, au-delà de l'apprentissage par l'action, une théorisation est possible. Il est, par exemple, relevé à propos de cette méthode clinique que, « à travers le principe d'“alchimie ascendante” portant sur l'expérimentation clinique “en action” par le chercheur, il serait possible de “déboucher sur une réflexion substantielle et théorique sur le contenu de la norme” – réflexion qui porterait sur la rencontre entre cette norme et un contexte, et serait autre que celle obtenue par le cheminement classique du juriste continental à partir de la norme, ou encore du juriste de *common law* par le *case method* »⁴⁰⁵. Nourri tant par les expériences diverses de ses membres que par ses liens avec les comités locaux et l'éthique pratique, le discours du CCNE permet donc une appréciation davantage individualisée.

105. Contenu du discours : place du biologique. Le discours du CCNE entretient le paradoxe actuel du droit « qui a construit la filiation autour de sa vraisemblance⁴⁰⁶ et, quand celle-ci n'est plus, il revient vers elle comme s'il n'acceptait pas les fictions inévitables de la filiation »⁴⁰⁷. En effet, la complexité de ce qui relève du lien de filiation est régulièrement mise en lumière par le Comité. L'objectif de ne pas réduire le lien de filiation à sa seule composante biologique est affirmé dans différents avis⁴⁰⁸, afin de cerner les enjeux des demandes d'accès à la parenté, spécialement lorsqu'un des parents relève de la parenté dite sociale. Cependant, la

⁴⁰⁴ Art. L. 1412-2 CSP, v. *supra* n°83.

⁴⁰⁵ PERELMAN J., « Penser la pratique, théoriser le droit en action : des cliniques juridiques et des nouvelles frontières épistémologiques du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014/2 (volume 73), p. 133-153.

⁴⁰⁶ Vraisemblance d'une conception de l'enfant par les parents qui demandent l'établissement du lien.

⁴⁰⁷ THIERRY J.-B., « Accès aux origines » in MARTINEZ E. et VIALLA F., *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, op. cit., p. 334.

⁴⁰⁸ CCNE, Avis 90, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, 24 novembre 2005 ; CCNE, Avis 100, *Migration, filiation et identification par empreintes génétiques*, 9 octobre 2007.

part « importante » de la composante biologique du lien de filiation est mise en exergue, spécialement sur les questions d'accès à la connaissance des origines personnelles⁴⁰⁹. Les évolutions techniques et scientifiques modifient, aux yeux du CCNE, le rapport aux « liens de sang » dans la construction du lien de filiation⁴¹⁰. Observant les compositions familiales et la variabilité des situations, il y répond par un raisonnement « risque/bénéfice » quant aux techniques de procréation, qu'il rattache à un questionnement plus général sur la biologie de la reproduction. Il en ressort un discours assez ambivalent sur cette place du biologique qui n'a pas à correspondre nécessairement au lien de filiation établi, tout en lui donnant une place centrale par l'affirmation d'une nécessité de connaissance de cette vérité biologique.

B. L'objectivité relative du discours bioéthique

106. Objectivité relative. Le discours du CCNE peut emporter quelques critiques. Si une grande partie de ces critiques sont justifiées par la démarche bioéthique, elles questionnent, une fois replacées dans le contexte d'élaboration de la norme. En effet, les fondements ambivalents employés (1.), la place particulière faite au fait (2.) et la conception immanente sous-jacente (3.) limitent l'objectivité du discours produit.

1- L'ambivalence des fondements

107. Critiques des fondements. Les fondements des raisonnements bioéthiques sont critiqués en doctrine⁴¹¹. Reposant sur une certaine souplesse, ils ont l'avantage d'être adaptables et l'inconvénient d'être versatiles⁴¹². Synthétiquement, les opposants aux « concepts mous » voient dans ces notions une conception immanente qui est pressentie sans pouvoir être parfaitement qualifiée, tandis que les partisans y voient des notions adaptables, principes directeurs illustrant les valeurs actuelles, mais pouvant tout autant évoluer selon les valeurs futures... voire être abandonnées si elles n'y correspondent plus. Le CCNE reconnaît lui-même les difficultés d'utilisation de ces différents fondements. Il a ainsi relevé que « cette valeur de

⁴⁰⁹ CCNE, Avis 90, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, 24 novembre 2005.

⁴¹⁰ CCNE, Avis 42, *Évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation*, 30 mars 1994, CCNE, Avis 126, *Les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017.

⁴¹¹ V. par ex., BRUNETTI-PONS Clotilde (dir.), *La filiation face aux évolutions de l'assistance médicale à la procréation*, Mare & Martin, 2021, p.16 et s. ; LIBCHABER R., « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875. BLOUD-REY C., « La tour de Babel, réflexions autour de l'élaboration des règles de bioéthique », préc., p. 11-24.

⁴¹² Le débat n'est pas nouveau que ce soit temporellement ou matériellement ; l'intérêt de l'enfant est un terrain fertile pour ce même débat, toute décision de la Cour européenne voire des juridictions du fond nous le rappelle.

la dignité et les différents angles par lesquels elle est entrée dans les débats montrent à la fois un socle commun (tout le monde s'accorde à considérer la dignité comme une valeur à protéger), mais aussi des dérives et des risques qu'une revendication de liberté ne conduise à un individualisme croissant, que des revendications d'égalité au nom de la dignité ne conduisent à une souffrance croissante devant des inégalités structurelles »⁴¹³. Les fondements du discours du CCNE ont ainsi pu être critiqués, considérant qu'« après un examen d'un grand sérieux dans la méthode, au service d'une réflexion sereine, il a cédé à des arguments pseudo-juridiques qu'il importe de dénoncer parce qu'ils polluent constamment le débat : les principes d'égalité et de non-discrimination »⁴¹⁴. Ainsi, « l'énonciation de “valeurs” ou “repères” [...] ne permet pas de saisir ce qui justifie sur le fond l'assentiment du comité sur tel ou tel thème, à défaut de critères précis »⁴¹⁵, piège dans lequel le Comité a pu lui-même tomber. Il relève ainsi dans son avis 129 « les incohérences dans les avis provenant d'interprétations contradictoires de ces principes ou de leur oubli »⁴¹⁶.

108. Fondements ambivalents. Surtout, c'est la nature ambivalente de ces fondements qui interroge. La réflexion bioéthique et le cadre juridique sont en interaction permanente, chacun nourrissant l'autre : le droit de la bioéthique a consacré des principes éthiques, les figeant en une règle correspondant au résultat de la réflexion à un instant précis, tandis que la réflexion éthique, permanente et continue, évolue sur ses appréciations et y intègre le contexte juridique. Dès lors, la traduction juridique des réflexions éthiques est tant un résultat de la démarche bioéthique qu'une source de celle-ci. Les interactions des systèmes éthiques et juridiques conduisent ainsi à un discours reposant sur des droits qu'il qualifie de fondamentaux, que la démarche bioéthique a permis de consacrer, mais sur lesquels elle s'appuie pour en consacrer des nouveaux. Ce mode de fonctionnement est « trompeur pour l'équilibre du débat. D'abord parce que ces principes interdisent toute délibération libre, d'abord inhérente au mode

⁴¹³ CCNE, Avis 129, *Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, 25 septembre 2018, p. 34.

⁴¹⁴ LIBCHABER R., « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875. V. aussi BLOUD-REY C., « La tour de Babel, réflexions autour de l'élaboration des règles de bioéthique », préc., p. 16, qui estime que « la réflexion bioéthique du CCNE est équivoque », cherchant davantage à susciter la discussion dans le but de trouver un compromis, tout en prenant de la distance en ne se prononçant pas « sur des orientations morales de fond ».

⁴¹⁵ BLOUD-REY C., « La tour de Babel, réflexions autour de l'élaboration des règles de bioéthique », préc., p. 23.

⁴¹⁶ CCNE, Avis 129, *Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, 25 septembre 2018, p. 34 qui tempère toutefois immédiatement ces propos en affirmant que « on constate aujourd'hui que la réflexion antérieure constitue toujours un apport précieux, ce qui sous-entend qu'il pourrait exister un “invariant éthique” ».

de décision démocratique. Ils sont par ailleurs, dangereux par leur dynamisme propre : à l'œuvre les mêmes principes favoriseront demain la légalisation de la GPA »⁴¹⁷. Ce n'est pas tant l'aspect fondamentaliste des raisonnements qui est ici critiqué, le droit comme l'éthique se construisant en référence à un système de valeur⁴¹⁸. C'est davantage la confusion et les incertitudes qu'entraînent les références aux droits fondamentaux, émanant d'autorités éthique ou juridique. Les interactions entre la démarche bioéthique et sa consécration juridique ont développé dans la construction juridique une recherche de légitimité du contenu de la norme par une référence à une valeur qui justifierait son existence⁴¹⁹ et ce phénomène atteint désormais ce qui relève traditionnellement du droit civil, les dernières lois d'envergure relatives à la filiation étant toutes des lois relatives à la bioéthique.

L'emploi de termes similaires et l'absence de réflexion purement sémantique sur le sens des termes employés dans chaque discipline, en amont d'un questionnement pluridisciplinaire, renforcent ainsi les risques d'incohérences.

2- La place particulière du fait

109. Absence d'études de terrain. Malgré la volonté d'une approche concrète et pragmatique, il y a peu de recours aux études de terrain dans les analyses du CCNE. Par exemple, le CCNE relève l'absence d'études sur le devenir des enfants nés dans des configurations familiales différentes et spécialement homo ou monoparentales, alors que ces familles existent dans les faits, se sont construites hors du droit, et pourraient permettre d'éclairer les conséquences qu'aurait l'absence d'un père dans la construction individuelle de l'enfant⁴²⁰.

110. Arguments sociologiques. Une autre critique régulièrement convoquée en doctrine est l'usage d'arguments sociologiques, voire le développement d'une « pensée “sociologisante” du droit »⁴²¹ dans laquelle le fait serait une source du droit, voire la

⁴¹⁷ LIBCHABER R., « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875.

⁴¹⁸ MONNIER S., *Les comités d'éthique et le droit, Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, *op. cit.*, n°506 et s.

⁴¹⁹ *Ibid.*, n°510.

⁴²⁰ LIBCHABER R., « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875.

⁴²¹ BRUNETTI-PONS C., « Réflexions autour du rôle de la norme face aux évolutions récentes du droit de la famille », in BRUNETTI-PONS C., *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité, approche pluridisciplinaire*, Bruylant, 2016, p. 25.

justification à sa modification. L'argument sociologique est particulièrement délicat à utiliser en droit⁴²². Les réalités sociales, le constat d'usages, de contournements de la loi par les individus sont pourtant régulièrement convoqués dans le discours du CCNE. Au regard des compétences qui lui ont été attribuées⁴²³, la prise en considération des demandes individuelles ou la souffrance ressentie par les individus sont, dans la logique ascendante du comité, un élément de réflexion et de contexte qui doit nécessairement être pris en considération. Cependant, les juristes reprochent régulièrement à ce type d'argument de jouer sur un terrain émotionnel, auquel il est difficile de répondre par des arguments juridiques plus rationnels et abstraits : « l'incontestable souffrance qui s'exprime dans sa revendication peut éblouir la réflexion par son intensité : s'il y a un besoin et qu'existe un moyen, pourquoi ne pas l'utiliser ? »⁴²⁴. Ce fondement sociologique perturberait ainsi les valeurs juridiques qui seraient instrumentalisées pour permettre le développement de « droits subjectifs individualistes » afin de répondre aux demandes individuelles⁴²⁵. L'usage de ces arguments par le CCNE s'inscrit pourtant en cohérence de la démarche bioéthique, d'autant plus que son objet n'est pas de créer une règle de droit.

111. Précautions quant aux arguments factuels. Pour autant, au vu de l'influence du CCNE sur la construction normative, des précautions quant à l'utilisation de ces arguments semblent nécessaires parce qu'ils participent très largement aux oppositions passionnelles qui nuisent au débat. À ce titre, l'affirmation du CCNE en 2017 qui estime qu'« on peut faire toute confiance à des femmes qui souhaitent accéder à la maternité »⁴²⁶ questionne quant à l'usage qui est fait des réalités sociales. Sur quels éléments repose une telle conscience ? Sur le constat

⁴²² Pour une vue d'ensemble, v. FENOUILLET D. (dir.), *L'argument sociologique en droit, pluriel et singularité*, Dalloz coll. « Thèmes & commentaires », 2015, qui relève que « Certaines [faiblesses] sont d'ordre méthodologique : danger de la "religion du chiffre qui respire l'intolérance" ; limites des sondages d'opinion, instrumentalisés ou mal interprétés ; faiblesse d'une opinion publique "toujours précaire et peu sûre d'elle-même", et dont l'existence même a pu être contestée ; risque d'un sociologisme intuitif, dépourvu de toute base théorique et empirique ; neutralité illusoire d'un argument prétendument objectif ; "illusion scientiste" d'un argument au soubassement incertain ; équivocité de l'interprétation des faits, d'où résulte la fréquente réversibilité de l'argument sociologique ; dévoiement facile d'un argument imprécis, caractère partial, et partiel, des arguments utilisés, risque d'arbitraire du juge ».

⁴²³ V. *supra* n°84.

⁴²⁴ LIBCHABER R., « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875.

⁴²⁵ BRUNETTI-PONS C., « Réflexions autour du rôle de la norme face aux évolutions récentes du droit de la famille », *préc.*, p. 26.

⁴²⁶ CCNE, Avis 126, *Les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017, p. 27.

du combat des personnes souhaitant devenir parent malgré un cadre juridique qui leur interdit et qui seront donc une « preuve » de la force de leur volonté ? Et face à une telle affirmation, le CCNE voudrait-il au contraire indirectement affirmer qu'il est impossible de faire confiance à une femme souhaitant porter l'enfant d'autrui ou demandant une insémination *post-mortem* ? Certes, le poids des faits n'est pas à ignorer. Cependant, le simple fait ne doit pas être utilisé comme un argument présenté comme neutre et objectif, « une juste place entre le tout et le rien »⁴²⁷ doit lui être faite.

112. Juste milieu. Au regard du rôle du CCNE et des implications de la démarche bioéthique, l'usage d'arguments sociologiques dans la construction argumentaire paraît cohérent et même inévitable. La confrontation de valeurs à l'origine de la démarche bioéthique pose cependant le risque d'un glissement de raisonnements fondés sur des opinions davantage que des connaissances. Ainsi, « certains y voient le laboratoire privilégié de l'élaboration de nouvelles normes sociales et juridiques et le lieu où l'on passe par une alchimie mystérieuse du “singulier” à l'universel, en d'autres termes des opinions individuelles des experts ou des sages légitimés par leur savoir, à ce qui sera censé représenter l'opinion publique ou le vœu de la Nation »⁴²⁸. Le CCNE tente pourtant de ne pas produire un discours s'inscrivant dans les clivages habituels. Au contraire, tout l'enjeu de l'institutionnalisation de la démarche bioéthique est de construire un discours éthique autonome. Ce discours « émanant du CCNE entremêle, du fait même de sa mission légale, des mots techniques afin de construire une argumentation au soutien de ses avis »⁴²⁹.

Pour autant, le pragmatisme de la démarche cherchant à obtenir un consensus nuit au débat. L'attention portée aux demandes individuelles et les fondements égalitaristes fréquemment invoqués biaisent le discours⁴³⁰. Ces éléments ne s'apprécient jamais de façon autonome, mais nécessairement en comparaison de ce qui est fait. Une telle rhétorique conduit donc en premier lieu à renforcer les oppositions, risquant de caricaturer les débats en positions figées où le seul objectif serait finalement d'obtenir gain de cause. En second lieu, elle aboutit à un résultat de

⁴²⁷ FENOUILLET D., « Avant-propos », in FENOUILLET D. (dir.), *L'argument sociologique en droit, pluriel et singularité*, op. cit., p. 13.

⁴²⁸ MEULDERS-KLEIN M.-T., « La production des normes en matière de bioéthique », préc., p. 48.

⁴²⁹ BLOUD-REY C., « La tour de Babel, réflexions autour de l'élaboration des règles de bioéthique », préc., p. 16.

⁴³⁰ LIBCHABER R., « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875, n°10 et s.

compromis dans lequel les camps les plus opposés font des concessions ce qui nuit à une vision d'ensemble.

3- *La conception immanente*

113. *Techniques de procréation médicalement assistée et jusnaturalisme.* Le développement des techniques de procréation a été un terrain favorable à l'émergence et à la diffusion d'un discours qualifié de jusnaturaliste renouvelé ou néojusnaturaliste. Le phénomène était déjà visible dans les années 1980 où l'expression « droit naturel » avait été utilisée par le TGI de Créteil⁴³¹ et la cour d'appel de Paris⁴³² relativement à une insémination *post-mortem* dans la première affaire et une gestation pour autrui dans la seconde. En doctrine, le milieu des années 90 marque un renouveau de l'argument jusnaturaliste, principalement utilisé pour déterminer l'autorisation de certaines techniques. Est ainsi mise en valeur la « nature » immuable de l'Homme, une nature biologique, psychique, généalogique que les progrès techniques viendraient remettre en question en dénaturant l'Humain. Biologie, psychanalyse et anthropologie fournissent ici un champ d'arguments particulièrement dense. L'existence d'un principe généalogique inscrivant l'individu dans son histoire en le rattachant à ses ancêtres et faisant de lui un élément de continuité vers l'avenir, l'existence d'un « ordre symbolique » ou d'un ordre anthropologique du droit est ainsi évoquée au soutien de cette argumentation⁴³³ et connaît un écho favorable dans les écrits juridiques, le débat législatif voire même l'inconscient individuel.

À cette conception s'oppose un courant qui estime que les droits fondamentaux, les principes d'égalité et de non-discrimination, ne s'opposent pas à la libéralisation de la matière, voire l'y poussent⁴³⁴. Est ici défendue une conception où l'homme est ce qu'il souhaite être, l'unité de la nature humaine se trouvant dans les droits et la protection équitable octroyés aux individus. Dans cette optique, la singularité de l'humanité implique une protection unitaire, tandis que dans la première, c'est davantage l'unité de l'humanité qui implique une protection unitaire.

⁴³¹ TGI Créteil, 1^{er} août 1984 ; *JCP*, 19847, II, 20231 ; *RTD Civ*, 1984, p. 703, note J. Rubellin-Devichi.

⁴³² CA Paris, 15 juin 1990 ; *JCP*, 1991, II, 21653.

⁴³³ V. par ex, HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique*, op. cit., p. 41 et s. ; CARAYON L., *La catégorisation des corps, Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, IRJS, 2019, n°410 et s., spéc. 477 ; BORRILLO D., *Bioéthique*, op. cit., p. 42 et s.

⁴³⁴ Courant qui, paradoxalement, est parfois également qualifié de jusnaturaliste : CHÉNEDÉ F., « Le constitutionnalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe », *LPA* n°37, 20 fév. 2013, p. 6, spéc. n°2 et 3 ; NEIRINCK C., « Le droit à la recherche de ses nouvelles catégories », in NEIRINCK C. (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ, 1994, p. 155.

Concernant le CCNE, « le fondement des normes éthiques construites par le Comité réside [...] dans leur adéquation à une “vérité” préexistante, vérité à laquelle il est possible d’accéder grâce à la procédure posée par l’éthique de la discussion »⁴³⁵. Or, la vérité qu’il souhaite atteindre repose sur l’idée que « l’être, la nature profonde des choses existent et il est possible de les découvrir par l’exercice de la raison »⁴³⁶. Dès lors, le CCNE semble lui aussi s’inscrire dans un courant jusnaturaliste.

114. Arguments extrajuridiques instrumentalisés. De ces éléments, certains auteurs en tirent des critiques plus radicales, dénonçant l’argumentation creuse des débats relatifs aux nouveaux modes de procréation⁴³⁷. La volonté de pluralisme et de pluridisciplinarité revendiquée dans la méthode de production du CCNE apparaîtrait en effet comme la production d’un discours scienticisé, proposant des arguments passant pour objectifs, tout en perpétuant un certain traditionalisme plus ou moins conscient, mais qui ne dit pas son nom. Pour ces auteurs, certains biais méthodologiques nuisent à l’objectivité du discours. Sous couvert d’une volonté de pluridisciplinarité, les discours juridiques cherchent davantage des fondements en dehors du droit permettant de justifier les règles de droit, qu’une approche purement pluridisciplinaire. En découle la production du discours juridique selon lequel il existerait une nature humaine, fondée sur un ordre anthropologique – générationnel – et symbolique – distinction homme-femme. Dans la lignée des conceptions développées par LEGENDRE ou se fondant sur LACAN ou LEVI-STRAUSS, certains juristes « insistent sur l’importance de l’ordre symbolique, entendu comme la nécessaire différence des sexes et des générations dans la construction de la parenté »⁴³⁸. Le discours du CCNE pourrait ainsi emporter la même critique, bien que celui-ci tente de prendre de la hauteur sur ces postulats contestés au sein même des disciplines dont ils sont issus. Son avis du 27 juin 2017 traduit les difficultés de cette prise de hauteur dans une réflexion où il n’existe aucune certitude réelle. Dans cet avis, le CCNE expose deux conceptions de la place du père dans la structure familiale, l’existence matérielle d’un père permettant à l’enfant de distinguer le masculin et le féminin et l’existence d’une fonction symbolique du père qui n’est pas réductible à la différence de sexe des parents. Cependant, « il n’en discute pas pour autant

⁴³⁵ ADAM-FERREIRA B., « La délégation de compétences normatives : le rôle du comité d’éthique dans l’élaboration des normes dans le domaine biomédical », préc., n°22.

⁴³⁶ *Ibid.*, n°22.

⁴³⁷ Pour une vue synthétique des « courants » de pensée et de l’argumentation en découlant, v. LIBCHABER R., « L’ouverture de l’assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875.

⁴³⁸ LEROYER A.-M., « L’avis du Comité d’éthique sur les demandes sociétales de recours à l’AMP ou les présupposés idéologiques d’une pensée institutionnelle », *JCP éd. G.* n°37, 11 septembre 2017, 927.

les présupposés alors qu'une telle discussion serait essentielle »⁴³⁹. L'existence même d'une telle fonction paternelle, fondée sur une conception psychanalytique, est, en tant que telle discutable, bien que le CCNE ne l'inclut pas réellement dans les discussions autour de la parenté⁴⁴⁰ et au contraire, « dans de multiples hypothèses, la psychanalyse ainsi instrumentalisée, tend à devenir nettement prescriptive »⁴⁴¹. Le CCNE propose ainsi, malgré sa volonté de neutralité, un discours de valeurs plus orienté qu'il n'en a l'air.

115. Finalité du lien de filiation. La difficulté posée par un tel discours est qu'il manque de questionnements quant à la finalité de l'institution. La finalité du droit de la filiation n'est finalement que peu étudiée ou alors n'est pas étudiée de façon autonome⁴⁴². Les mises en perspective, spécialement avec le droit de l'autorité parentale, ne sont pas l'approche communément faite et pourtant, ce rapport est éclairant au regard des transformations actuelles⁴⁴³. Quand certains couples se battent pour qu'un lien juridique existe entre eux et l'enfant dont ils se considèrent comme parents, d'autres voient leur lien de filiation rompu « pour des raisons affectives »⁴⁴⁴. Surtout, la doctrine actuelle évoque de plus en plus la responsabilité reposant sur la venue au monde, contrepartie de l'engagement parental et de l'éventuel recours à une technique scientifique de reproduction⁴⁴⁵. L'investiture de la parenté

⁴³⁹ LEROYER A.-M., « L'avis du Comité d'éthique sur les demandes sociétales de recours à l'AMP ou les présupposés idéologiques d'une pensée institutionnelle », *JCP éd. G*, n°37, 11 septembre 2017, 927.

⁴⁴⁰ CARAYON L., *La catégorisation des corps, Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, op. cit. ; LEROYER A.-M., « L'avis du Comité d'éthique sur les demandes sociétales de recours à l'AMP ou les présupposés idéologiques d'une pensée institutionnelle », *JCP éd. G*, n°37, 11 septembre 2017, 927

⁴⁴¹ LEROYER A.-M., « L'avis du Comité d'éthique sur les demandes sociétales de recours à l'AMP ou les présupposés idéologiques d'une pensée institutionnelle », *JCP éd. G*, n°37, 11 septembre 2017, 927 ; V. aussi CARAYON L., *La catégorisation des corps, Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, op. cit. ; BORRILLO D., *Bioéthique*, op. cit., p. 81 et s. ; PELLET R., « Familles, égalité et différence des sexes », *AJ fam.* 2023, p. 331 ; DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit. ; FERRER-LORMEAU P., *Le droit de la filiation au prisme du genre*, thèse Droit, dactyl., Paris, 2019.

⁴⁴² MURAT P., « Passer par la filiation ou dépasser la filiation », in FULCHIRON H. et SOSSON J., *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013, p. 260 et s.

⁴⁴³ V. par ex., sur la question, FULCHIRON H., « Projet parental, engagement et responsabilité : réflexions sur les fondements de la filiation », *D.* 2024, p. 1827.

⁴⁴⁴ Cass., 1^{ère} civ., 30 nov. 2022, n°20-22.903 : « les démarches destinées à restaurer le lien avec [la mère de l'enfant] et entreprises par le service gardien sous le contrôle du juge pendant plusieurs années avaient maintenu l'enfant dans un état d'insécurité affective et entravé son bon développement, ce qui justifiait de le libérer du lien avec ses parents biologiques, des progrès de celui-ci ayant été constatés depuis la fin des visites obligatoires. ». Arrêt rendu dans le cadre d'une procédure de délaissement parental, art. 381-1 et 381-2 C. civ.

⁴⁴⁵ V. par ex., THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit. ; FULCHIRON H., « Projet parental, engagement et responsabilité : réflexions sur les fondements de la filiation », *D.* 2024, p. 1827.

doit donc nécessairement conduire à se questionner sur les fonctions parentales⁴⁴⁶. L'évolution des valeurs, le recentrage sur l'individu et sa singularité ont mis l'épanouissement personnel au premier plan⁴⁴⁷. Si l'on fait un parallèle entre les demandes d'accès à la parenté et les lourdes défaillances parentales sur le terrain de la protection de l'enfance, les situations en deviennent finalement assez paradoxales. Des parents ne parvenant pas à manifester leur volonté de ne pas être parent ou incapable de répondre aux besoins de leur enfant, le mettent dans une situation d'entre-deux pendant plusieurs années avant qu'une décision quant à son avenir – et notamment une adoption – ne soit prise. Au contraire, des parents manifestant de toutes les façons possibles leur volonté de prendre en charge un enfant pour lequel ils ont participé à la venue au monde, doivent attendre plusieurs années pour être juridiquement reconnus, voire se heurtent à un refus et se contentent d'une prise en charge matérielle sans aucun cadre juridique. Cette opposition n'est certes pas, en soi, suffisante pour justifier un accès élargi aux techniques de procréation, mais elle interpelle quant à la conception actuelle de la parenté.

CONCLUSION SECTION II.

116. *Le CCNE, repère ou instance de préconstruction normative ?* La démarche bioéthique a vocation « à fournir des repères destinés à guider la réflexion sans aspirer à la déterminer »⁴⁴⁸. Cependant, l'institutionnalisation de cette démarche pose nécessairement « l'incontournable question de l'institutionnalisation du discours »⁴⁴⁹. L'influence du discours institutionnalisé sur la construction normative du droit de la filiation n'est plus à démontrer. Cette influence a modifié la production normative. « Trait d'union entre la dynamique de l'évolution des sciences et la stabilité de la norme », la réflexion du CCNE permet au droit d'éviter « la permanence de règles juridiques érigées en principe en décalage avec les interrogations et évolutions du corps social »⁴⁵⁰. Souplesse, adaptation et révisions régulières sont ainsi désormais intégrées dans la production normative, afin de suivre les repères dégagés par le CCNE. Pour autant, « les avis éthiques doivent être conçus comme des documents d'aide

⁴⁴⁶ Pour une critique d'une approche exclusivement finaliste du droit de la filiation v. DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit.

⁴⁴⁷ Au point que, pour certains, « le droit devient un phénomène d'épanouissement individuel, devant lequel la société n'aurait qu'à s'incliner », LIBCHABER R., « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875, n°12.

⁴⁴⁸ MARTINEZ É. et VIALLA F., « Introduction », in MARTINEZ É. et VIALLA F., *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, op. cit., p. 9.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 10.

à la réflexion et non comme des normes dictées du haut par quelques-uns à beaucoup »⁴⁵¹. En tout état de cause, il ressort de ces critiques un même constat, l'influence centrale du CCNE dans la réflexion bioéthique, au point que son institutionnalisation peut être critiquée, renforçant les liens et l'influence de ce discours dans la production normative. En ce sens, « la création du CCNE a produit la constitution d'une hiérarchie des arguments en octroyant aux membres le statut de Sages capables d'émettre des avis plus éclairés que ceux provenant de la représentation populaire »⁴⁵². Les différents niveaux de réflexion éthique, coordonnés par le CCNE et les discours qui en résultent « sont de grands poids symbolique et politique, au sens large du terme, et en outre, au travers des missions d'information et d'éducation du public dont ils sont généralement investis, il leur incombe de former "l'*opinion publique*" qu'ils sont par ailleurs censés refléter »⁴⁵³.

117. *Quête d'adhésion et légitimation du discours.* L'absence de pouvoir normatif au sens strict, la méthode de raisonnement utilisée et la composition permettent ainsi de légitimer un discours qui ne se veut pas contraignant, mais illustre un « renouveau démocratique »⁴⁵⁴. Cette volonté de légitimation substantielle du contenu de la norme apporte une nouvelle approche, plus singulière, dans l'élaboration de la norme mais conduit dans le même temps au développement d'un droit plus catégoriel.

118. *Le consensus comme valeur cardinale.* Elle conduit également à limiter le questionnement traditionnel de valeurs dans l'enceinte parlementaire, « lieu naturel de telles préoccupations »⁴⁵⁵ dans la tradition française. Le rôle central accordé au CCNE perturbe les frontières entre le juridique et l'éthique, malgré une différence de positionnement de chacun de ces domaines : la bioéthique n'a pas vocation à offrir des réponses déterminées, mais davantage des éléments de réflexion permettant au législateur de se positionner.

⁴⁵¹ GIL R., *Les grandes questions de bioéthique au XXIème siècle dans le débat public*, op. cit., p. 63 ; Dans le même sens sur la question de la terminologie même de « droit de la bioéthique », LECA A., LEGROS B., v° « Droit de la bioéthique », *Petit dictionnaire de droit de la santé et de bioéthique*, op. cit.

⁴⁵² BORRILLO D., *Bioéthique*, op. cit., p. 73.

⁴⁵³ MEULDERS-KLEIN M.-T., « La production des normes en matière de bioéthique », préc., p. 48.

⁴⁵⁴ MONNIER S., « La préparation de la future loi bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019, p. 287.

⁴⁵⁵ CHÉNEDÉ F. et DEUMIER P., « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et des familles », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 39, 2013, p. 5-18.

CONCLUSION CHAPITRE I.

119. Particularisme de l'élaboration des lois de bioéthique. L'étude de l'élaboration des lois de bioéthique met en exergue le particularisme de cette élaboration. La construction des lois de bioéthique illustre, en effet, la « “procéduralisation” du droit qui fait dépendre la légitimité d'une norme de l'observation préalable de procédures de consultation préalables qui conduisent à négocier le projet de norme avec ses futurs destinataires »⁴⁵⁶. Le contenu de la norme, élaborée dans cette optique, dépend, très largement des avis et recommandations des instances paranormatives, le CCNE en tête. Reposant sur le consensus et le pluralisme, ces rapports, avis et recommandations modifient l'approche de valeurs à intégrer dans la norme. En effet, la valeur première est davantage la quête d'un consensus légitimant la réforme. Dans cette perspective, la singularité est considérée non pas comme une réflexion sur un renouveau de valeurs mais davantage comme une revendication qui permettra un gain de légitimité.

120. Particularisme des lois de bioéthique et instrumentalisation politique de la démarche. Cette méthode perturbe le rôle traditionnel du législateur, car le risque qui en découle est que « l'absence de quête de critères substantiels de l'éthique au nom d'une prétendue neutralité morale nourrit précisément le sentiment ou le fait que le législateur “navigue à vue” »⁴⁵⁷. *Quid* du rôle du législateur dans ce contexte ? Semblant, de prime abord, dépossédé de tout pouvoir décisionnel au profit des instances paranormatives, l'étude montre, au contraire, une certaine instrumentalisation de la démarche bioéthique par le législateur, gagnant en légitimité grâce au transfert de discussions de valeurs en amont de tout débat parlementaire. Cette analyse est particulièrement visible relativement à la loi de bioéthique de 2021, pour laquelle « les priorités ont changé »⁴⁵⁸ : les questions sociétales n'ont jamais été ignorées des réflexions bioéthiques, mais elles pourraient « avoir pris le dessus » en ce qu'elles seraient politiquement instrumentalisées. La légitimation des réformes est permise par le recours aux instances paranormatives, les réformes sont mises au service d'un certain objectif

⁴⁵⁶ MARTINEZ E. et VIALLA F., « Introduction », in MARTINEZ E. et VIALLA F., *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, op. cit., p. 9.

⁴⁵⁷ BLOUD-REY C., « La tour de Babel, réflexions autour de l'élaboration des règles de bioéthique », préc., p. 24.

⁴⁵⁸ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826.

politique qui balance entre la faveur aux demandes individuelles et l'encadrement modélisé des relations familiales, donnant un peu par là pour retirer par ici : est-ce le basculement du modèle « de bioéthique à la française »⁴⁵⁹ et la promotion annoncée de l'autodétermination, au détriment de la protection de l'individu contre lui-même ? Il semblerait que le législateur soit au carrefour de ce questionnement.

⁴⁵⁹ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826.

CHAPITRE II : LA CONSIDERATION DE LA SINGULARITE AU CŒUR DES DROITS FONDAMENTAUX

121. *Fondamentalisation du droit.* L'un des traits marquants de l'évolution du droit contemporain est l'apparition et l'expansion du phénomène de « fondamentalisation », néologisme doctrinal permettant de nommer la diffusion des droits fondamentaux dans l'ordre interne. Cette appellation permet d'englober les différentes sources à l'origine de la diffusion de ces droits et s'est généralisée au début du XXI^e siècle, succédant aux termes « d'eupéanisation » et de « constitutionnalisation »⁴⁶⁰. Cette évolution sémantique traduit l'un des éléments les plus visibles de ce phénomène, l'essor des sources supralégislatives. Plus précisément, le droit de l'Union européenne et le droit européen des droits de l'homme au plan international d'une part et le droit constitutionnel au plan interne d'autre part ont particulièrement bénéficié de ce mouvement. Dotés d'un *corpus* de textes propres et d'une juridiction chargée de l'interpréter afin de garantir la protection des droits fondamentaux, leur développement est venu perturber l'ordre juridique, contraignant davantage la loi en imposant des articulations normatives « en réseau »⁴⁶¹. L'intégration des droits fondamentaux a ainsi permis spécialement la diffusion des raisonnements européens. Ceux-ci sont employés au gré des contentieux soumis mais impliquent également une importante contextualisation, favorisant la considération des singularités.

122. *Renouvellement des sources en droit de la filiation.* Bien que fortement marqué par un renouvellement de ses sources, le droit de la filiation présente quelques particularités vis-à-vis du phénomène de fondamentalisation⁴⁶². Au plan européen, le domaine est particulièrement investi par le droit européen des droits de l'homme grâce à « l'instrument phare »⁴⁶³ que constitue la Convention européenne des droits de l'homme dont le

⁴⁶⁰ DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux, Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, op. cit., n°11.

⁴⁶¹ FULCHIRON H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “dynamique des normes” », *RTD civ.* 2017, p. 271.

⁴⁶² DEUMIER P., « Le droit de la famille vu par ses sources », préc., p. 236-237.

⁴⁶³ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°75.

« rayonnement »⁴⁶⁴ est plus que visible. Le contentieux du droit de l'Union n'est généré que par des questions de circulation des personnes⁴⁶⁵, le droit de la filiation – tout comme le mariage – relevant de la compétence nationale⁴⁶⁶, laissant « en dehors du champ les deux questions les plus profondément liées aux structures fondamentales d'une société »⁴⁶⁷. Par ailleurs, une grande partie des contentieux comprenant un élément d'extranéité ne relève pas du droit de l'Union, mais du droit international : les Français se rendent davantage dans les pays non membres de l'Union pour bénéficier notamment d'une GPA⁴⁶⁸. Il est néanmoins nécessaire de relever la volonté d'« européeniser » et d'« internationaliser » la matière par l'élaboration d'un règlement dont la proposition a été publiée le 7 décembre 2022⁴⁶⁹, afin de faciliter la gestion des situations liées aux déplacements de personnes. Dans le même sens, la CJUE étend progressivement sa protection des droits fondamentaux aux questions relatives au statut personnel, à partir de la liberté de circulation, mais laissant présager un dépassement très large de cette liberté⁴⁷⁰.

Au plan national au contraire, la « constitutionnalisation » de la matière n'a pas réellement eu lieu. La loi est, à première vue, restée souveraine sur les questions relatives à la filiation, la concurrence paraissant venir quasi exclusivement de la jurisprudence de Strasbourg.

123. Prévalence de la Cour européenne. Bien que le phénomène de fondamentalisation ne touche pas que le droit de la filiation, sa rencontre avec les demandes individuelles qui découlent des techniques de procréation assistée a été fructueuse, spécialement au plan européen. Ce contentieux a permis à la Cour européenne des droits de l'homme de se prononcer sur cette branche du droit, traditionnellement rattachée à la souveraineté des États et surtout de s'émanciper. Le caractère inédit de ces contentieux et les difficultés d'y apporter une

⁴⁶⁴ FULCHIRON H., « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libres propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Les droits de l'homme à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexisnexis, 2018, p. 246.

⁴⁶⁵ V. par ex., CJUE, gde ch., 14 décembre 2021, aff. C-490/20, *V.M.A. c. Stoliczna obshtina, « Pancharevo »* ; D. 2022. 331, note L. d'Avout et R. Legendre, 565, chron. H. Fulchiron, et 872, obs. M. Mesnil ; *AJ fam.* 2022. 5, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2022. 352, obs. L. Usunier qui se fonde sur le droit d'entrée et de séjour des étrangers pour se prononcer sur les effets d'une double filiation maternelle établie à l'étranger.

⁴⁶⁶ FULLI-LEMAIRE S., « Vers un droit international privé de la filiation ? », *D.* 2023, p. 246.

⁴⁶⁷ FULCHIRON H., « La famille au cœur des systèmes : renouvellement des sources et dynamique des normes », in BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 1202.

⁴⁶⁸ MARCHADIER F., « Le droit international et européen de la famille en devenir », *RTD civ.* 2023, p. 336.

⁴⁶⁹ Disponible sur le site du Conseil de l'Europe, [\[en ligne\]](#).

⁴⁷⁰ FULCHIRON H., « La reconnaissance de la filiation des enfants nés dans des couples de même sexe devant les juridictions européennes : entre autolimitation et dynamique commune », *D.* 2022, p. 565.

réponse législative au plan national ont permis à la Cour de bénéficier d'une marge de manœuvre plus importante et ainsi, de se positionner en acteur incontournable en la matière.

124. Individualisation de la protection. Le mouvement de fondamentalisation est central dans l'évolution du rapport à la loi, celle-ci passant d'une position souveraine à une exigence de conformité à des exigences supranationales. Devant composer avec des impératifs d'origine diverse et un contentieux particulièrement sensible, la loi doit aussi convaincre les individus, plus facilement enclins à la contourner. Les droits fondamentaux, davantage tournés vers les individus, favorisent également la libéralisation de la matière, ce qui s'inscrit à contretemps du rôle initial de la loi, protectrice d'un modèle familial. Difficulté supplémentaire, la sensibilité du contentieux et les questions éthiques qu'il suscite poussent à la vigilance et aux réponses normatives rapides et adaptables, élément favorable au développement du droit européen, jurisprudentiel et sans volonté d'établir un modèle familial.

125. Renouvellement des raisonnements. Pourtant, une certaine vigilance est de rigueur en droit européen, les réponses apportées aux demandes de « parentés particulières »⁴⁷¹ restant prudentes. L'influence européenne repose davantage sur la confrontation du droit national à des méthodes d'interprétation différentes bien plus qu'à une réelle divergence d'objectif ⁴⁷². En effet, « au-delà des débats de fond, c'est un problème de source du droit et de méthodologie dans l'art juridique que pose la place prise par la CEDH : c'est tout un système qui s'interroge aujourd'hui sur sa manière de penser le droit, sur ses sources, sur ses institutions judiciaires »⁴⁷³.

126. Annonce de plan. Il est, dès lors, impossible de nier l'influence qu'a eu la Cour sur le droit français, en élaborant une protection familiale plus singulière au gré des contentieux qui lui étaient soumis. La protection européenne repose, en effet sur une protection de l'individu au sein de sa famille (Section I.). Pour autant, une relation complexe, semblant aller vers une complémentarité des actions nationales et européennes, bien plus que vers une soumission de

⁴⁷¹ V. *infra* n°150.

⁴⁷² MURAT P., « Repenser le droit de la famille : le faut-il vraiment ? » in BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 796 et s.

⁴⁷³ MURAT P., « Filiation et vie familiale », in SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 208.

l'un à l'autre semble illustrée par l'étude de l'intégration de cette protection individuelle dans l'ordre juridique interne (Section II.).

Section I : L'élaboration d'une protection familiale individualisée par la Cour européenne des droits de l'homme.

Section II : La fondamentalisation du droit interne.

SECTION I : L'ELABORATION D'UNE PROTECTION FAMILIALE

INDIVIDUALISEE PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

127. *Influence renouvelée.* Le droit européen des droits de l'homme a influencé en deux temps le droit français. Dans un premier temps, le recours individuel⁴⁷⁴ a permis le développement du droit européen « qui est parfois venu déstabiliser, parfois aussi littéralement, renverser des modèles pourtant traditionnels. La lame de fond a été remarquable, même si elle a, en définitive, accompagné des changements sociétaux majeurs, qui se sont précisément dessinés dans les années 90-2000 »⁴⁷⁵. Dans un second temps, l'influence de la Cour européenne s'est renouvelée, « moins marquée sur le fond, car les bases avaient été posées, elle a davantage consisté à approfondir l'œuvre passée en prenant en considération les droits fondamentaux et leur paradigme au sein des logiques du droit de la famille »⁴⁷⁶. Ces deux temps ont chacun leurs « arrêts phares » : les arrêts *Marckx* et *Mazurek* pour le premier temps, l'arrêt *Menesson* pour le second. Cependant, si les premiers ne sont pas étrangers aux réformes familiales des années 1990 à 2005, l'arrêt *Menesson* n'est pas, quant à lui, directement à l'origine de la dernière réforme de bioéthique⁴⁷⁷. Confrontée à des configurations familiales inédites et éthiquement sensibles, la Cour européenne a élaboré un cadre minimal de protection s'imposant aux États et favorable aux singularités. Cette faveur accordée aux singularité est consubstantielle aux droits de l'homme (§I.) et repose sur les méthodes d'interprétation de la Cour guidées par un souci d'effectivité (§II.).

§I. La protection de l'humain par les droits de l'homme

128. *Quête d'un équilibre.* Pour reprendre les mots du professeur MURAT relatifs à la Cour européenne des droits de l'homme, « l'œuvre est immense, jugée très diversement, mais

⁴⁷⁴ Pour de plus amples développements sur les effets du recours individuel v. MADELAINE C., « La CEDH, une "Cour constitutionnelle protectrice des individus ? », in *Les droits de l'homme à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexisnexus, 2018, p. 415 et s.

⁴⁷⁵ GAUTHIER C., GOUTTENoire A., « Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille », in GOGOS-GINTRAND A., MORACCHINI-ZEIDENBERG S. (dir.), *2010-2020, une décennie de mutations du droit de la famille*, op. cit., p. 66.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 66.

⁴⁷⁷ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JORF n°0178 du 3 août 2021.

il est incontestable que la Cour de Strasbourg a activement participé à un renouveau du droit de la famille. La suprématie dont elle profite du fait des traités internationaux a donné à sa jurisprudence un rayonnement qui fait pâlir le législateur national et courber la jurisprudence interne »⁴⁷⁸. L'influence de la Cour de Strasbourg est indéniable en droit de la filiation. Pour autant, les techniques de raisonnement de la Cour reposent sur la recherche permanente d'un équilibre entre respect du principe de subsidiarité et protection effective des droits fondamentaux. Cette quête la conduit à moduler le rythme des évolutions qu'elle promeut afin de respecter la cadence des évolutions au sein des États membres, tout en s'adaptant à la vitesse des évolutions techniques et scientifiques, proposant des configurations parentales inédites. Dès lors, « chargée de promouvoir les droits fondamentaux, la Cour européenne des droits de l'homme a sans doute davantage [que les juridictions internes] participé à l'évolution vers la libéralisation et la consécration de l'égalité en droit de la famille, mais elle a plus souvent accompagné qu'initié l'évolution de la famille, qu'elle n'appréhende d'ailleurs pas directement en tant que notion ; mais par le prisme de la vie privée et familiale et de l'égalité des droits ou de la non-discrimination »⁴⁷⁹.

129. Révolution méthodologique. L'objet de la protection européenne étant centré sur l'humain (A.), l'ampleur de son influence repose essentiellement sur l'utilisation de nouveaux modes de raisonnement et leur diffusion dans une logique d'effectivité, bien plus que sur un éventuel « fossé culturel entre la teneur du droit national de la famille et les droits fondamentaux de l'individu dans la famille tel qu'affirmés par la Cour européenne »⁴⁸⁰ (B.).

A. Un système de valeurs fondé sur l'humain

130. Droits de l'homme. Reposant sur un idéal démocratique de promotion et valorisation « de valeurs morales et spirituelles qui sont le patrimoine commun »⁴⁸¹ de l'Europe et « à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde tout démocratie véritable »⁴⁸², les droits de l'homme sont considérés, dans la Convention européenne des droits de l'homme, comme des droits inhérents à l'être

⁴⁷⁸ MURAT P., « Repenser le droit de la famille : le faut-il vraiment ? », préc., p. 795.

⁴⁷⁹ LARRIBAU-TERNEYRE V., « Libres propos sur le jeu de rôle des juridictions suprêmes », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Lexisnexis, 2015, p. 282.

⁴⁸⁰ MURAT P., « Repenser le droit de la famille : le faut-il vraiment ? », préc., p. 796.

⁴⁸¹ Conseil de l'Europe, *Statut du Conseil de l'Europe*, Londres, 5 mai 1949.

⁴⁸² *Ibid.*

humain. Cette conception implique « que ces droits ne sont pas attribués aux individus par le biais d'un statut juridique particulier révocable, mais qu'ils sont attachés, par ce principe à la seule qualité de personne humaine »⁴⁸³. Les droits de l'homme ont ainsi pour objectif de garantir la protection des libertés fondamentales, ces dernières reposant sur un ordre public européen, c'est-à-dire « un ensemble de règles perçues comme fondamentales pour la société européenne et s'imposant à ses membres »⁴⁸⁴, que l'on peut également qualifier « d'ordre public humaniste »⁴⁸⁵. En tout état de cause, ils ont une « tonalité jusnaturaliste »⁴⁸⁶ : les droits de l'homme seraient les prérogatives inaliénables et sacrées, accordées aux individus en raison de la qualité même d'être humain.

131. Droits fondamentaux. Les droits fondamentaux sont généralement associés aux droits de l'homme. Le terme de « fondamental » pouvant renvoyer tant à ce qui est essentiel qu'à ce qui relève du fondement traduit, dans une approche instinctive, l'importance des droits en question⁴⁸⁷. Pour autant, une définition précise des droits fondamentaux est délicate à formuler. Deux approches sont proposées sans qu'aucune ne puisse véritablement emporter l'adhésion⁴⁸⁸.

Dans une approche formelle, les droits fondamentaux seraient caractérisés par leur source qui leur octroierait leur caractère fondamental. Les droits fondamentaux seraient ainsi les droits consacrés par la norme fondamentale par excellence, la Constitution, ou dans une approche plus large, par une norme supérieure à la loi.

Dans une approche substantielle, un droit fondamental est caractérisé par son essence, la valeur protégée par le droit étant particulièrement importante, ce qui justifiera la protection de ce droit par une norme de valeur supralégislative⁴⁸⁹. Les deux conceptions emportant chacune des

⁴⁸³ SUDRE F., *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF coll. « que sais-je ? », 2021, p. 4.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁸⁵ DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux, Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, op. cit., n°292.

⁴⁸⁶ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz 5^{ème} éd., 2022, p. 15 ; GUTMANN D., « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 330 et s.

⁴⁸⁷ V° « Droits fondamentaux (classification) » in CHAGNOLLAUD D., DRAGO G., *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010, p. 276 et s. ; DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux, Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, op. cit., n°9 et s. ; ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, op. cit., p. 222 et s.

⁴⁸⁸ Pour une synthèse des courants favorables à l'une ou l'autre des approches v. DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux, Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, op. cit., n°9 et s.

⁴⁸⁹ Pour de plus amples développements, v. par ex. : HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 14 et s. ; DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux*,

critiques, il semblerait que leur combinaison soit le plus à même de caractériser un droit fondamental. Ainsi, « un droit fondamental mériterait cette appellation de par son essence, sa fondamentalité, ce qui se traduirait en pratique le plus souvent par une valeur normative supralégislative »⁴⁹⁰. Dans cette optique, la substance d'un droit fondamental justifie sa valeur supérieure et cette combinaison permet également de mettre en exergue la « normativité spécifique »⁴⁹¹ encadrant les droits fondamentaux.

En tout état de cause, la « tonalité jusnaturaliste » se retrouve à nouveau dans la tentative de définition de la notion de droit fondamental. Droits « à la base du regroupement social »⁴⁹², contenant une « valeur permanente et antérieure à tout acte politique »⁴⁹³ et au caractère « essentiel et déterminant »⁴⁹⁴, ils sont pressentis avant d'être formulés et visent à protéger l'humanité en elle-même. Ils aspirent ainsi à « exprimer une idéologie commune à l'humanité toute entière, dont le principe premier est l'égalité »⁴⁹⁵.

132. L'humain comme valeur fondamentale. Au-delà de la question d'une éventuelle distinction entre les deux notions, droits de l'homme et droits fondamentaux paraissent porter sur le même domaine et poursuivre le même objectif. Le terme de droits fondamentaux, plus récent, semble plus générique, ne distinguant par la source à l'origine du droit, contrairement aux droits de l'homme, rattachés aux déclarations de droits consécutives à la Seconde Guerre mondiale. Par ailleurs, l'utilisation du terme de « droits fondamentaux » est régulière dans les décisions de la Cour européenne, conduisant à dépasser ce clivage et à utiliser, pour les besoins de cette étude, les deux termes indistinctement. L'un comme l'autre sont, en effet, considérés comme des forces impulsant le mouvement de fondamentalisation, ils ont une valeur normative généralement supralégislative et reposent sur le même système de valeurs accordant une place essentielle à l'individu. Ils présentent dès lors, l'un comme l'autre, le paradoxe du mouvement de fondamentalisation, « tout entier tiraillé par une double identité politique (un projet normatif, l'expression de valeurs) et juridique (des règles et des

Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne, op. cit., n°10 et s. ; SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 16^{ème} éd., 2023, n°84.

⁴⁹⁰ DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux*, *Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, op. cit., n°10.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n°84.

⁴⁹⁴ DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux*, *Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, op. cit., n°10.

⁴⁹⁵ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n°84.

principes) »⁴⁹⁶, conduisant à un contenu des droits « souple », ou « flou et imprécis »⁴⁹⁷, selon la faveur des auteurs à l'égard de ce mouvement. En tout état de cause, un discours en termes de « droits fondamentaux » ou de « droits de l'homme » offre un éventail d'arguments politico-juridiques reposant sur une logique du juste et non sur l'affirmation de principes moraux⁴⁹⁸.

133. Résurgence d'une forme de jusnaturalisme ? Les caractères essentiel et inhérent des droits humains. La « tonalité jusnaturaliste » accordée aux droits fondamentaux repose sur une approche « néo-naturaliste »⁴⁹⁹ impliquant l'idée que « quelque chose est dû à l'être humain parce qu'il est humain »⁵⁰⁰. Ils traduisent l'existence de droits au caractère essentiel, fondés sur l'idée même d'humanité, exprimant « des valeurs – la dignité de l'homme, l'égalité des hommes – qui constituent un fonds commun à toutes les civilisations et à toutes les religions »⁵⁰¹. Cette conception, qui s'oppose au courant « néoconservateur »⁵⁰², conduit à considérer que les principes d'égalité et de non-discrimination ne s'opposent pas à la libéralisation de la matière, voire l'y poussent⁵⁰³, afin d'octroyer une protection équitable aux individus, tout en construisant un argumentaire « qui n'encourt pas le grief d'individualisme exacerbé qui est habituellement adressé à la rhétorique de la transformation magique du désir en droit »⁵⁰⁴. Mise à mal par les événements ayant lieu pendant la Seconde Guerre mondiale, la protection de la nature humaine et l'octroi de droits humains ont dû être affirmés et, dans un tel contexte, en deviennent un argument difficilement contestable. Dans cette optique, la singularité de l'humanité implique une protection unitaire⁵⁰⁵, qui se traduit, en droit de la

⁴⁹⁶ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 10.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ PICHARD M., *Le droit à... Étude de législation française*, Economica, 2006, n°83, p. 108.

⁴⁹⁹ ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, op. cit., p. 228.

⁵⁰⁰ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n°17, p. 37.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 38.

⁵⁰² CARAYON L., *La catégorisation des corps, Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, op. cit., n°410 et s., spéc. 477. Ce courant néoconservateur s'inscrit dans la résurgence du jusnaturalisme reposant sur une nature de l'homme biologisante dans la continuité de la pensée de Legendre. V. *supra* n°105.

⁵⁰³ CHÉNEDÉ F., « Le constitutionnalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe », *LPA* n°37, 20 fév. 2013, p. 6, spéc. n°2 et 3 ; NEIRINCK C., « Le droit à la recherche de ses nouvelles catégories », préc., p. 155.

⁵⁰⁴ GUTMANN D., « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », préc., p. 333.

⁵⁰⁵ Cette universalité est pourtant relative, cette approche restant très majoritairement occidentale, v. sur ce point SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n°17, p. 38 ; RIVERO J., *Les libertés publiques*, PUF, 1984, t. 1, p. 109.

filiation, par la considération prépondérante donnée au projet parental, indépendamment de l'orientation sexuelle et donc du mode de conception de l'enfant.

134. Renouveau du débat sur la nature humaine. Pourtant, le débat a été renouvelé par les progrès techniques et scientifiques pouvant modifier – dénaturer ? – l'homme. La nature humaine interrogée, est délicate à fixer et en devient un argument instrumentalisé, soit en dissimulant cette instrumentalisation, soit, car l'argument s'est inscrit dans l'inconscient⁵⁰⁶. Toute la difficulté entourant les questionnements quant à cette question de « nature » porte, en réalité, sur une quête de sens, la réponse aux mystères de l'humain, la détermination de ce « qui fait » un parent pour ce qui concerne le droit de la filiation. Des questions sans réponse absolue, que le juriste doit affronter afin de proposer des statuts qui font sens⁵⁰⁷.

135. Dogmatisme français. L'absence de certitude s'articule difficilement avec le dogmatisme juridique français, ce qui explique, peut-être, l'émergence du courant « néoconservateur » dans la doctrine française. Face à lui, le questionnement permanent et renouvelé que permettent les évolutions techniques interroge la conception d'une nature humaine. Contrairement au droit français, la Cour européenne ne cherche pas à apporter de réponse absolue à ces questions. « Les droits de l'homme ne connaissent guère de lieux, guère de temps »⁵⁰⁸ et dès lors, la Cour n'affirme que de façon relative : elle propose, met en perspective et nuance. En cela, elle tranche singulièrement. Pour autant, elle tente de dévoiler ce qui est, ce qui lui permet de ne pas affirmer trop rapidement « une certaine perception du réel »⁵⁰⁹. Elle en devient relative, tentant de s'adapter à ce que fugacement, elle décèle de la nature humaine, là où la loi française est davantage en recherche d'absolu. Le droit français cherche ainsi à créer *in abstracto* un modèle familial à la fois structurant socialement et

⁵⁰⁶ V. *supra* n°107 et s.

⁵⁰⁷ LABRUSSE-RIOU C., « Sciences de la vie et légitimité », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Daniel Huet-Weiller*, Presses Universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 283-303.

⁵⁰⁸ PICHARD M., « Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille », in FULCHIRON H. (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz coll. « thèmes & commentaires », 2009, p. 191.

⁵⁰⁹ COMMAILLE J., « Le droit de la famille revisité par une grande juriste », in BOSSE-PLATIÈRE H., FAVIER Y., FULCHIRON H., GOUTTENOIRE A., *Les métamorphoses du droit de la famille, En hommage à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Edilaix coll. « Thèses & actes », 2023, p. 34-35 qui développe le concept de « Neutre » chez Roland BARTHES, à savoir « toute inflexion qui esquivé ou déjoue la structure paradigmatique, oppositionnelle, de sens, et vise par conséquent à la suspension des données conflictuelles du discours », Neutre qui est « proactif, fondé sur le dévoilement de ce qui hypothèque toute vision inspirée par l'intention d'imposer une certaine perception du réel ou d'en donner exclusivement une vision indignée » (BARTHES R., *Le Neutre, notes de cours au collège de France 1977-1978*, Seuil/IMEC, 2002).

répondant aux attentes individuelles, là où le droit européen se fonde sur la situation de fait à laquelle il est confronté et la traite concrètement, en articulant les relations des membres de la famille.

B. L’octroi de droits fondamentaux : l’humain protégé

136. Droits de l’homme, droits fondamentaux, droits subjectifs. Originellement, les droits de l’homme étaient distingués des droits subjectifs par une partie de la doctrine. Les partisans de la distinction la justifiaient par les fondements, la finalité et les destinataires de ces deux ensembles⁵¹⁰. Le mouvement de fondamentalisation, émergeant dans la seconde moitié du XX^e siècle, a perturbé cette distinction déjà peu stable et ainsi, « le passage des droits de l’homme aux droits et libertés fondamentaux ou droits humains (voire “droits moraux”), plus qu’un changement de vocabulaire, marque donc une mutation profonde dans les représentations convoquées et les théories sous-jacentes »⁵¹¹. La perméabilité de chaque ensemble, l’incertitude quant à leur contenu et la variabilité de leur régime, selon la source qui les consacre, sont tout autant d’éléments justifiant l’importance des critiques du mouvement de fondamentalisation du droit⁵¹².

Au-delà de la toute-puissance accordée à l’individu, les risques relevés expriment des craintes quant à la viabilité d’un système juridique organisé exclusivement autour de droits individuels⁵¹³. En effet, « le droit se trouverait “pulvérisé” en autant de droits inconciliables entre eux et sources de conflits, d’autant que ceux-ci revêtiraient un caractère auto-poïétique et se renouvellerait de façon exponentielle »⁵¹⁴. Plus précisément, est ici exposé « le doute de l’aptitude du droit contemporain à dépasser l’affrontement d’intérêts concurrents s’exprimant par la revendication de droits subjectifs présentés le plus souvent comme fondamentaux »⁵¹⁵. Dès lors, leur exaltation conduirait à la fin, ou *a minima* à l’importante relativisation, de toute recherche d’un but commun ou de stabilité des institutions⁵¹⁶. Les droits fondamentaux seraient

⁵¹⁰ ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, op. cit., p. 229.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² *Ibid.*, p. 230 et s.

⁵¹³ FULLI-LEMAIRE S., *Le droit international privé de la famille à l’épreuve de l’impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, 2022, n°68 et s., spéc. n°70.

⁵¹⁴ ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, op. cit., p. 231.

⁵¹⁵ FULLI-LEMAIRE S., *Le droit international privé de la famille à l’épreuve de l’impératif de reconnaissance des situations*, op. cit., n°70.

⁵¹⁶ CHÉNEDE F., « Le Droit à l’épreuve des droits de l’homme », in *Mélanges en l’honneur du Professeur G. Champenois*, Defrénois, 2012, spéc., p. 181 et s. ; ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, op. cit., p. 229.

ainsi la marque d'une protection individuelle reposant sur le désir⁵¹⁷ d'un « individu-consommateur »⁵¹⁸ au détriment d'une organisation collective⁵¹⁹. La critique est dès lors rattachée à l'expansion de l'individualisme, les détracteurs les plus hostiles réduisant l'un à l'autre, l'essor des droits fondamentaux n'étant finalement que la traduction juridique de l'essor de l'individualisme.

137. *Renouveau démocratique.* Une autre part de la doctrine défend « l'importance de ces droits et leur caractère bénéfique »⁵²⁰, considérant « qu'il ne serait pas si critiquable, pour une société, de viser l'épanouissement social et environnemental des individus qui la composent et ce but pourrait même constituer l'axe majeur d'une "réinvention du collectif" »⁵²¹. En effet, la revendication individuelle à l'origine d'une demande de droit n'est pas, en soi, incompatible avec le principe même de la démocratie. Permettre aux individus de faire valoir leur voix dans un cadre judiciaire permet un questionnement renouvelé des intérêts à faire prévaloir dans le contenu substantiel de la norme. Par ailleurs, l'avantage de la voie judiciaire est qu'elle ne peut que mettre en exergue les difficultés concrètes du contenu de la norme, et spécialement d'éventuelles incohérences qui résultent de son application⁵²².

De plus, l'attention plus importante accordée aux demandes individuelles est généralement associée à l'impossibilité actuelle d'affirmer des interdictions, de poser des limites à ces revendications⁵²³. En droit de la famille, les contournements légaux opérés par le tourisme procréatif et les réponses jurisprudentielles associées ne feraient ainsi que renforcer cette prédiction. Pour autant, les principales sources du mouvement de fondamentalisation restent prudentes quant à l'affirmation de libertés totales octroyées aux individus. La Cour européenne des droits de l'homme fait, par exemple, un usage limité des obligations positives dans le

⁵¹⁷ CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Vème République*, op. cit., p. 121 ; CHÉNEDÉ F., « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », préc., spéc., p. 181 et s.

⁵¹⁸ ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, op. cit., p. 231 qui synthétise les principales critiques adressées à la fondamentalisation des droits subjectifs.

⁵¹⁹ MATHIEU B., « Une démocratie ne peut être exclusivement fondée sur la promotion des droits individuels », in *Les droits de l'homme à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexisnexis, 2018, p. 453-459.

⁵²⁰ ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, op. cit., p. 232.

⁵²¹ *Ibid.* ; V. aussi ROMAN D., *La cause des droits*, Dalloz, 2021, p. 34.

⁵²² PICHARD M., *Le droit à, étude de législation française*, op. cit., n°52 et s., p. 65.

⁵²³ CHÉNEDÉ F., « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », préc., spéc., p. 181 et s. ; DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°1135.

contentieux de la filiation⁵²⁴. Certes, elle a imposé aux États la reconnaissance des filiations valablement établies, que ce soit pour le parent biologique⁵²⁵ ou pour le parent d'intention⁵²⁶. Néanmoins, l'essentiel du droit de la filiation est encadré par une obligation positive à la formulation très large⁵²⁷ depuis l'arrêt *Marckx*⁵²⁸. Le raisonnement européen repose bien plus sur les ingérences et, partant, une recherche permanente d'équilibre⁵²⁹ entre intérêts concurrents, dans lequel elle expose les limites considérées comme légitimes à l'exercice d'un droit. Par ailleurs, les obligations positives reposent également sur une recherche d'équilibre dans leur mise en œuvre. La Cour est, par conséquent, beaucoup plus incitative face à un obstacle purement légal que face à un conflit de droits dans lequel l'appréciation concrète est non négligeable.

138. Protection de l'humain. Pour autant, la Cour européenne et, avec elle, l'essor des droits fondamentaux sont traditionnellement rattachés à la prééminence accordée à l'individualisme, compris comme « une idéologie sociale qui promeut et privilégie le droit de l'individu de faire autant que possible respecter et prévaloir ses choix et intérêts personnels par rapport à d'autres finalités qui lui seraient imposées en raison de considérations générales ou collectives »⁵³⁰. Les valeurs portées par la Convention sont pensées « à partir des droits et des

⁵²⁴ Pour une vue d'ensemble sur le positionnement de la Cour européenne en matière de filiation v. FULCHIRON H., « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la Cour EDH », in DIONISI-PEYRUSSE A. et MAUGER-VIELPAU L., *Les fondements de la filiation*, Institut universitaire Varenne, coll. « Colloque & Essais », 2017, p. 137-153.

⁵²⁵ CEDH, *Mennesson et Labassée c. France*, 26 juin 2014, n°65192/11, D. 2014, 1797, note Chénéde ; 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, 1806, note L. d'Avout, chron. p. 1773, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *AJ fam.* 2014. 499, obs. B. Haftel, 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

⁵²⁶ CEDH, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française, 10 avril 2019, n°P16-2018-001 ; D. actu. 19 avr. 2019, obs. T. Coustet.

⁵²⁷ Sur les différentes obligations positives existant en droit de la filiation v. *infra* n°155 et s.

⁵²⁸ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, §31 : « L'État, en fixant dans son ordre juridique interne le régime applicable à certains liens de famille comme ceux de la mère célibataire avec son enfant, doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale. Tel que le conçoit l'article 8, le respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'État, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le paragraphe 1 de l'article 8 (art. 8-1) sans qu'il y ait lieu de l'examiner sous l'angle du paragraphe 2 ». V. *infra* n°154.

⁵²⁹ ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, op. cit., p. 232.

⁵³⁰ RENCHON J.-L., « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in FULCHIRON H., (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 210.

libertés de la personne »⁵³¹, lesquels sont sacralisés. L'objet des droits fondamentaux est ainsi tourné vers la protection de l'être humain pris en son individualité, contrairement au droit national davantage fondé sur une norme alliant organisation des rapports individuels et protection de l'individu par son rattachement à un groupe organisé⁵³². Le point de départ des raisonnements diffère sur ce point, la CEDH raisonnant à partir des individus composant le groupe familial, là où le droit national protège la cellule familiale. La protection individuelle européenne comprend, de plus, une protection catégorielle des personnes les plus vulnérables⁵³³. La protection fondamentale individualisée conduit ainsi à ce que « dans les domaines traditionnels de l'impératif sont imaginées de nouvelles articulations entre intérêt collectif et intérêt individuel, ne serait-ce que parce que la défense de l'intérêt collectif ne semble plus passer par l'organisation de structures familiales fortes dans lesquelles les individus seraient contraints de s'inscrire »⁵³⁴. Dès lors, « les relations familiales [...] sont peu à peu reconstruites à partir des droits et libertés de l'individu »⁵³⁵. Le risque sous-jacent d'un tel raisonnement serait ainsi la perte de l'universalisme de la loi qui n'aurait plus la capacité de « figer une hiérarchie entre des intérêts ou des questions, opération qui suppose nécessairement d'en sacrifier certains »⁵³⁶. Pourtant, une telle méthode de raisonnement n'induit pas automatiquement une négation complète de l'intérêt général. Le raisonnement inductif de la Cour européenne, confronté à la méthodologie juridique française, relève davantage d'une opposition en termes de modalités d'élaboration de la règle que d'une opposition strictement substantielle⁵³⁷.

139. Famille et droits fondamentaux. Transposée au contentieux familial, cette approche inquiète, la matière étant « aisément perméable aux droits fondamentaux »⁵³⁸.

⁵³¹ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », in GOGOS-GINTRAND A., MORACCHINI-ZEIDENBERG S. (dir.), *2010-2020, une décennie de mutations du droit de la famille*, op. cit., p. 40.

⁵³² LAMARCHE M., « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », préc., p. 232.

⁵³³ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n°84. V. par exemple pour la protection catégorielle des mineurs, BONFILS P., et GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2021, n°74 et s.

⁵³⁴ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », préc., p. 40.

⁵³⁵ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°38.

⁵³⁶ MURAT P., « Individualisme, libéralisme, légistique », in FULCHIRON H., (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 239.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 240.

⁵³⁸ MURAT P., « Repenser le droit de la famille : le faut-il vraiment ? », préc., p. 809.

Illustration centrale de l'opposition groupe-individu, la famille disparaîtrait progressivement en tant qu'entité et seuls les droits des individus la composant garantiraient son existence. Ainsi, « il n'y aurait donc pas de modèle juridique familial européen, ni au singulier ni au pluriel, mais des droits et libertés reconnus aux individus à partir desquels seraient construites diverses formes de relations familiales : pas de modèle familial, mais des relations familiales "modélisées" "par des principes communs" »⁵³⁹. Dans une telle approche, la famille serait, en elle-même, une source de contentieux puisque les droits des membres qui la composent entreraient nécessairement en conflit à un moment donné⁵⁴⁰. Il est, en effet, impossible de nier que l'exercice de certains droits familiaux porte atteinte aux droits d'autres individus de la famille : l'accouchement dans le secret le prouve immédiatement, opposant le droit de la femme à préserver le secret de son identité et le droit de l'enfant de connaître ses origines personnelles⁵⁴¹.

Pour autant, cette critique est relative. L'essor des droits octroyés aux personnes composant la famille n'implique pas automatiquement une absence de protection de la cellule familiale. Au plan européen, la distinction faite par la Cour européenne des droits de l'homme entre la vie privée et familiale et la vie familiale *stricto sensu* l'illustre parfaitement : la protection de l'individu peut se limiter au constat d'une vie familiale de fait non empêchée, sans imposer aux États de traduire juridiquement cette réalité⁵⁴². L'effectivité de la vie familiale est ainsi appréciée au stade de la mise en balance des intérêts pour qualifier ou non une ingérence à l'article 8 de la Convention⁵⁴³. Dans un tel raisonnement, les protections individuelle et collective se conjuguent : la protection collective permettra de compenser la relativité de la protection individuelle.

⁵³⁹ MURAT P., « Repenser le droit de la famille : le faut-il vraiment ? », préc., p. 796.

⁵⁴⁰ ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, op. cit., p. 232.

⁵⁴¹ V. *infra* n°678 et s.

⁵⁴² V. *infra* n°187.

⁵⁴³ V. par ex., CEDH, *Menesson et Labassé c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11 et n°65941/11 où l'existence d'une vie familiale de fait entre les enfants et la mère d'intention est suffisante aux yeux de la Cour pour ne pas imposer la reconnaissance d'un lien de filiation (bien qu'elle soit revenue sur cette appréciation en 2019, v. CEDH, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française*, 10 avril 2019, n°P16-2018-001 ; *D. actu.* 19 avr. 2019, obs. T. Coustet ; Suivant le même raisonnement et sans modification ultérieure de la position de la Cour, v. aussi CEDH, *Mandet c. France*, 14 janv. 2016, n° 30955/12 ; *D.* 2016. 257 ; *D.* 1966, obs. Gouttenoire ; *D.* 2017. 729, obs. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2016. 213, obs. Chénéde ; *RTD civ.* 2016. 331, obs. Hauser ; *RLDC* 2016, n° 1636, p. 39.

140. Libéralisme, individualisme et subjectivisation. S'il est impossible de nier le rapport entre individualisme et droits de l'homme, il semblerait que « le second apparaît alors comme une manifestation du premier, une manifestation parmi d'autres, serait-elle emblématique »⁵⁴⁴ et non comme la cause du phénomène. Par ailleurs, l'individualisation contenue dans les raisonnements européens n'implique pas automatiquement une absence de considération du collectif. L'individualisme conduit davantage à une approche différente du collectif plutôt qu'à sa disparition⁵⁴⁵. Or, cette articulation n'est pas étrangère à la méthode employée par la Cour européenne. L'ensemble de l'appréciation de cette juridiction repose sur la quête d'une solution articulant intérêt général et intérêts individuels. L'intérêt général, traduit comme « le but nécessaire dans une société démocratique » lors de la mise en œuvre du contrôle de la Cour, devient la justification de la règle et partant, une limite possible à l'exercice d'un droit fondamental, manifestation de l'intérêt individuel. L'approche européenne conduit, dès lors, à relativiser la force donnée à la protection de l'intérêt général qui n'est plus une limite automatique et intangible aux intérêts individuels, mais ne nie pas l'intérêt du collectif. La conséquence en est un déplacement du point d'équilibre « vers l'épanouissement des droits individuels », ce qui « ne doit pas signifier que cet équilibre n'est pas nécessaire »⁵⁴⁶.

Cet individualisme découle d'une certaine forme de libéralisme⁵⁴⁷, puisqu'il « postule au profit de l'individu une exigence d'être laissé libre de réaliser ses choix et ses intérêts singuliers »⁵⁴⁸ conduisant à « une amplification des phénomènes pris individuellement : les forces se trouveraient alors démultipliées par synergie »⁵⁴⁹. L'individu tout puissant serait libéré de la contrainte juridique, trouvant ainsi un moyen de mettre en œuvre cette toute-puissance. Cette

⁵⁴⁴ FULLI-LEMAIRE S., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, op. cit., n°46.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, n°46 et s., spéc. n°60 à 62.

⁵⁴⁶ HAUSER J., « Décadence et grandeur du droit civil des personnes et de la famille à la fin du XXème siècle », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 242 qui reprochait déjà au droit interne cette absence de recherche quant à au renouveau de l'articulation entre intérêts individuels et intérêt collectif : « On aimerait que pareille recherche puisse être faite en droit interne de la famille, tant par le législateur avant de faire les lois, que par la jurisprudence avant de rendre des décisions, ou à la doctrine avant de proposer des solutions. [...] La succession de thèmes médiatiques du type droit au bonheur, droit au libre choix du modèle familial, droit à l'enfant, droits de l'enfant etc... conduit inéluctable à des conflits d'intérêts et de modèles où les choix ne peuvent être effectués qu'en réintroduisant l'intérêt général et, à long terme, à travers des solutions juridiques cohérentes et prévisibles ».

⁵⁴⁷ RENCHON J.-L., « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », préc., p. 210.

⁵⁴⁸ *Ibid.*

⁵⁴⁹ MURAT P., « Individualisme, libéralisme, légistique », préc., p. 237.

liberté résulterait, en partie, de la « concurrence des normes »⁵⁵⁰. En effet, le phénomène de globalisation conduit à des interactions entre différents ordres juridiques. Or, toute volonté de coordination de ces différents systèmes, tel que l'entreprend notamment la Cour européenne des droits de l'homme, va « naturellement » tendre à développer le système le plus libéral. De plus, « ce système est particulièrement sensible lorsque ces ensembles placent au centre de leurs préoccupations le respect des droits et libertés de l'individu : la dynamique propre aux droits et libertés fondamentaux, fût-ce à travers des lectures différentes, renforce et oriente la dynamique des normes »⁵⁵¹.

Actrice centrale de ces conjonctions, la Cour européenne « peut, à bien des égards, paraître irréprensible »⁵⁵², d'autant plus lorsque les juridictions françaises s'approprient ses méthodes de raisonnement⁵⁵³. Le rôle structurant de la loi familiale paraît, dès lors, ne plus pouvoir s'affirmer en tant que « droit du modèle »⁵⁵⁴, au profit d'une régulation *a posteriori* des rapports interindividuels.

141. Concurrence et hiérarchie des normes. Le mouvement de fondamentalisation est venu perturber à deux niveaux l'articulation et l'agencement des différentes normes juridiques.

En premier lieu, le développement des sources supranationales a relativisé le rôle de la loi, source originelle de l'encadrement des rapports familiaux⁵⁵⁵. En intégrant ces mêmes rapports interindividuels dans des strates supérieures, « la loi centre de gravité jusqu'ici de l'ordre normatif, doit se conformer à ces textes supranationaux et à la jurisprudence des juridictions chargées d'en assurer le respect »⁵⁵⁶, intensifiant, dès lors, les conflits verticaux de normes, résolus par un principe hiérarchique donnant priorité aux normes supranationales.

⁵⁵⁰ FULCHIRON H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “dynamique des normes” », *RTD civ.* 2017, p. 271 ; MURAT P., « Individualisme, libéralisme, légistique », préc., p. 241, qui note que le libéralisme résulte également d'un « désengagement de la norme juridique », mis en œuvre depuis les réformes familiales amorcées dans les années 1960. Sur ce point, v. *infra* n°208 et s.

⁵⁵¹ FULCHIRON H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “dynamique des normes” », *RTD civ.* 2017, p. 271, IIA1.

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ JESTAZ P., MARGUÉNAUD J.-P., JAMIN C., « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061 ; CHÉNEDÉ F., « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796. V. *infra* n°232 et s.

⁵⁵⁴ MURAT P., « Individualisme, libéralisme, légistique », préc., p. 243.

⁵⁵⁵ CARBONNIER J., *Droit civil t.1 : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, op. cit., n°388, p. 766.

⁵⁵⁶ DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux, Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, op. cit., n°107.

En second lieu, le système hiérarchique pensé par Kelsen est, en lui-même, perturbé, ce qui a pu être résumé par l'idée d'un passage d'une organisation pyramidale à une organisation en réseau⁵⁵⁷. Or, « pour un pays comme la France, le niveau d'interaction le plus fécond est sans doute celui des *normes nationales et des normes européennes* »⁵⁵⁸. L'influence du droit européen sur le droit national n'est plus à démontrer que le législateur français ait modifié ses textes à la suite d'une condamnation européenne⁵⁵⁹ ou anticipé une condamnation probable⁵⁶⁰. Néanmoins, au vu des méthodes d'interprétation de la Cour, ce phénomène peut être qualifié d'interactionnel plutôt que de concurrentiel. Dépasant le principe de « conformité-validité », les normes des différents ordres juridiques évoluent en perspective les unes des autres, s'influençant réciproquement. Davantage qu'une concurrence, l'articulation fonctionne grâce au partage de valeurs considérées comme fondamentales⁵⁶¹.

142. Individu et fondamentalisation. Enfin, l'individu est devenu un acteur privilégié du mouvement de fondamentalisation. Bénéficiant d'un droit de recours individuel⁵⁶², il peut lui-même porter, devant la Cour, une affaire dans laquelle il s'estime victime d'une violation d'un droit protégé par la Convention, bien que les conditions de saisie prévues⁵⁶³ encadrent ce droit afin, notamment, de garantir le principe de subsidiarité⁵⁶⁴. Les justiciables français se sont d'ailleurs largement saisis de cette possibilité, la France formant un nombre important de requêtes : à titre d'exemple, 764 requêtes ont été faites en 2021, contre 574 en Allemagne ou

⁵⁵⁷ OST F., VAN DE KERVOCHE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002 ; BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit. ; FULCHIRON H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “dynamique des normes” », *RTD civ.* 2017, p. 271.

⁵⁵⁸ FULCHIRON H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “dynamique des normes” », *RTD civ.* 2017, p. 271

⁵⁵⁹ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation à la suite de l'arrêt *Mazureck*, CEDH, *Mazureck c. France*, 1^{er} févr. 2000, *D.* 2000, p. 332, note Thierry ; *JCP G* 2000, II, 10286, note Fr. Sudre et A. Gouttenoire ; *JCP G* 2000, I, 278, obs. Le Guidec ; *JCP G* 2000, I, 293, obs. J. Rubellin-Devichi ; Defrénois 2000, p. 37179, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 2005, p. 311, note J. Hauser ; *ibid.*, p. 429, obs. J.-P. Marguénaud.

⁵⁶⁰ Loi n°2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État qui a précédé l'arrêt *Odièvre*, CEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003, n° 42326/98 ; *D.* 2003, chron. 1240 par B. Mallet-Bricout ; *JCP G* 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *Dr. fam.* 2003, n° 58, note P. Murat ; *RTD civ.* 2003, 276, obs. J. Hauser ; 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDSS* 2003, 219, étude F. Monéger.

⁵⁶¹ FULCHIRON H., « La famille au cœur des systèmes : renouvellement des sources et dynamique des normes », préc., p. 1206 et s.

⁵⁶² Art. 34 CESDH.

⁵⁶³ Art. 35 CESDH.

⁵⁶⁴ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n°217 et s.

210 au Royaume-Uni⁵⁶⁵.

Surtout, c'est l'extension de l'opposabilité de la Convention aux relations interindividuelles qui a considérablement installé l'individu au centre du mouvement de fondamentalisation. Pensée originellement comme juge des relations États-individus, la Cour européenne a, en 1981, étendu sa compétence aux atteintes causées par un individu⁵⁶⁶. L'effet horizontal permet, dès lors, de reprocher à l'État de n'avoir pas mis en place une législation suffisante empêchant la violation d'un droit garanti par la Convention par un individu et a justifié l'élaboration de la théorie des obligations positives⁵⁶⁷. Il s'applique également aux situations dans lesquelles il est reproché à l'État d'avoir fourni, par sa législation, les moyens pour un individu de porter atteinte aux droits d'un autre. Cette extension conduit à un élargissement du contentieux envisageable devant la Cour et surtout, au développement des conflits de droit⁵⁶⁸. Associé à l'objectif de protection effective mise en œuvre par la Cour, l'effet horizontal permet à l'individu de se prévaloir de toute violation à la Convention, laquelle ne sera pas appréciée de la même manière au niveau européen et au niveau national en raison des différences de raisonnement. La protection de l'individu par le droit européen des droits de l'homme est également favorisée par les modes de raisonnement de la Cour.

§II. Un raisonnement constructif en faveur des singularités

143. Construction progressive. La Cour européenne a principalement perturbé les logiques du droit français en raison de ses modalités de raisonnement⁵⁶⁹. Son interprétation dynamique de la Convention, c'est-à-dire « les techniques d'interprétation utilisées aux fins de développement des droits »⁵⁷⁰, s'appuie sur un raisonnement constructif fondé sur le principe d'effectivité. Cette exigence permet à la Cour d'être particulièrement incitative quant à

⁵⁶⁵ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n°195 et s.

⁵⁶⁶ CEDH, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, n°7601/76 et 7806/77.

⁵⁶⁷ V. *infra* n°153.

⁵⁶⁸ ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 257 et s. ; SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n°165 et s., spéc. n°168.

⁵⁶⁹ Pour une critique d'ensemble v. EDELMAN B., « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.* 2008, p. 1946 qui estime que « le constat est affligeant ; non seulement, on le verra, la Cour s'affranchit du traité qui l'a instituée, non seulement elle s'affranchit de sa propre jurisprudence, mais encore, de ce fait même, elle donne libre cours au subjectivisme des juges ou, si l'on préfère, à leur arbitraire ».

⁵⁷⁰ SUDRE F., « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP éd. G.* n°28, 11 juillet 2001, I 335.

l'applicabilité de la Convention, afin de garantir une protection efficace et surtout applicable à toutes les individualités (A), laissant davantage de marge de manœuvre aux États dans la mise en œuvre des droits (B.)

A. L'effectivité, justification centrale de l'extension de l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme

144. *Effectivité et finalité.* Le raisonnement constructif de la Cour européenne repose sur « une interprétation finaliste, visant à donner tout son effet utile à la disposition normative »⁵⁷¹. Effectivité et finalité sont ainsi au cœur des raisonnements européens et, pour la matière familiale, ont permis l'extension du champ d'application de l'article 8, texte le plus mobilisé en droit de la filiation, qui a bénéficié d'un « fabuleux destin »⁵⁷².

145. *Abstraction et concrétisation.* Puisque les raisonnements de la Cour européenne sont générés par les situations d'espèce qui lui sont soumises, elle part nécessairement du concret pour élaborer ses solutions. Elle est ainsi « gardienne du respect concret des exigences d'une convention internationale et elle est saisie par des requêtes individuelles après épuisement des voies de recours internes dans l'État mis en cause »⁵⁷³ relativement aux solutions juridictionnelles rendues dans cet État, ce qui camoufle son contrôle du texte normatif abstrait et facilite la légitimité de son action⁵⁷⁴. Son action dynamique et son statut juridictionnel sont cependant la source des critiques qui lui sont adressées. Son « rôle délétère », source de désordre⁵⁷⁵, reposerait principalement sur la généralisation issue de ces solutions concrètes, car,

⁵⁷¹ SUDRE F., « Convention européenne des droits de l'homme. – Droits garantis. – Droit au respect de la vie privée. – Principes directeurs. – Droit à la vie privée personnelle », *Jcl. Europe Traités*, fasc. 6524-1, 23 juin 2023.

⁵⁷² MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°75.

⁵⁷³ DE MONTGOLFIER J.-F., « La CEDH devrait-elle s'inspirer du Conseil constitutionnel ? », in GOUËZEL A., BINET J.-R., *La CEDH et le droit de la famille*, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, p. 133.

⁵⁷⁴ CHÉNEDÉ F. et DEUMIER P., « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et des familles », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 39, 2013, p. 5-18.

⁵⁷⁵ DEUKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », préc., p. 281 ; HAUSER J., « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Presses Universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 235-242.

« en partant d’une situation particulière et pas toujours généralisable parce qu’elle est importée, on ébranle la cohérence de tout un système »⁵⁷⁶.

146. Concrétisation et interprétation finaliste. L’approche concrète, complétant l’approche abstraite dans les raisonnements européens, découle de l’interprétation finaliste que met en œuvre la Cour. Cette interprétation la conduit à « réévaluer objectif légitime et moyens employés, au regard de l’impact de la règle dans un cas particulier »⁵⁷⁷. Guidé par un souci d’effectivité, le raisonnement de la Cour « semble répondre à une préoccupation exclusivement finaliste, qui est d’accorder à l’intéressé la protection la plus favorable »⁵⁷⁸. Dès lors, la situation individuelle est nécessairement appréciée différemment. Le questionnement quant au but recherché – qui est, de plus, régulier puisque chaque affaire permet de l’éprouver – tranche avec celui employé dans les normes nationales bien plus figées et qui ont, en amont, répondu à l’interrogation. Si cette façon de procéder peut facilement heurter le juriste français qui se sentirait désormais contraint de maîtriser la *case method*⁵⁷⁹, elle n’implique pourtant pas nécessairement une remise en question de l’objectif poursuivi par la règle. Le raisonnement européen peut tant renforcer la législation nationale⁵⁸⁰ que la questionner : si l’équilibre recherché par la Cour existe dans la norme française, tant abstraitement que concrètement, celle-ci n’en sera que plus consolidée par la « certification européenne »⁵⁸¹.

La perturbation qu’apportent, principalement, les raisonnements européens est ailleurs et porte sur le rythme de questionnement de la règle, « cette permanence de la discussion » qui « s’accorde fort bien avec les modèles de pensée contemporains »⁵⁸². La Cour impose

⁵⁷⁶ MURAT P., « Filiation et vie familiale », préc., p. 208 ; Dans le même sens DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°902.

⁵⁷⁷ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », préc., p. 46.

⁵⁷⁸ SUDRE F., « La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, 2002, p. 30-31.

⁵⁷⁹ Bien qu’il y ait une confusion, dans l’imaginaire français, entre les méthodes de raisonnement de la Cour EDH et des pays de *common law* qui sont pourtant bien distinctes, le Royaume-Uni critiquant tout autant que la doctrine française le contrôle de proportionnalité et les États-Unis n’utilisant la proportionnalité que dans des situations précises, v. sur ce point MARZAL T., « La Cour de cassation à “ l’âge de la balance”, analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD civ.* 2017, p. 789, spéc. IIIB.

⁵⁸⁰ DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux*, Contribution à l’étude de la fondamentalisation du droit privé interne, op. cit., n°413 et s.

⁵⁸¹ V. *infra* n°513 et s.

⁵⁸² MURAT P., « Filiation et vie familiale », préc., p. 207. Dans le même sens relativement au ressenti de justice et au processus désormais indispensable permettant de faire accepter le juste v. DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, op. cit., n°93.

finalement un questionnement permanent de la raison d'être de la règle dans son sens le plus large – abstrait et concret –, qui se rapproche par ailleurs du questionnement régulier de la démarche bioéthique⁵⁸³. Ce rythme de questionnements participe dès lors à l'adaptabilité des raisonnements européens face à des évolutions, par rapport à un droit écrit, plus abstrait et rigide⁵⁸⁴. Il apporte également un questionnement en termes de valeurs⁵⁸⁵ : fonder un raisonnement sur les conséquences que produit la règle contestée, en les replaçant dans la réalité sociale, sociologique, économique ou morale dans laquelle elles se produisent et, partant, choisir l'alternative qui sera considérée comme la plus avantageuse est un choix subjectif, porteur des valeurs protégées par celui qui fait ce choix⁵⁸⁶. En ce sens, la Cour rappelle régulièrement les valeurs sur lesquelles elle se fonde, à savoir « les valeurs de la “société démocratique” promue par la Convention, au premier rang desquelles figurent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »⁵⁸⁷. En droit de la filiation, elle exprime principalement ces valeurs grâce à l'interprétation qu'elle fait de l'article 8 de la Convention.

147. Vie privée, vie familiale. « Caractérisé par l'exigence d'effectivité, l'interprétation dynamique du droit au respect de la vie privée et familiale se déploie d'abord sur le terrain de la définition conceptuelle »⁵⁸⁸ c'est-à-dire, sur la question de l'applicabilité de l'article 8 de la Convention. Le contentieux de la filiation est traité, par la Cour européenne, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, parfois combiné au principe de non-discrimination prévu à l'article 14⁵⁸⁹. Il est cependant nécessaire de préciser que l'article 14 de la Convention est un fondement peu utilisé dans les condamnations européennes relatives aux questions de filiation, à l'exception de celles portant sur l'égalité des filiations⁵⁹⁰ et parfois relativement à la

⁵⁸³ V. *supra* n°77 et s.

⁵⁸⁴ MURAT P., « Filiation et vie familiale », préc., p. 207 qui rattache le « désordre » du droit de la filiation aux « contradictions structurelles entre le droit interne et le droit européen », bien plus qu'aux questionnements substantiels.

⁵⁸⁵ Pour plus de développements sur la conception du droit comme résultat d'un discours de valeurs « dont l'existence et le sens sont eux-mêmes au cœur du débat », v. MAINGUY D., « Norme juridique, De la légitimité des normes et de son contrôle », *JCP éd. G.* n°9, 28 février 2011, doctr. 250.

⁵⁸⁶ HOURQUEBIE F., « Libres propos sur le juge constitutionnel et les valeurs », *Les cahiers de la justice*, 2022/1, p. 7-14 ; Pour une critique v. DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°870 et s., spéc. n°902.

⁵⁸⁷ V. par ex., CEDH, *Fedotova c. Russie*, 27 janvier 2023, n° 40792/10, 30538/14 et 43439/10, §179.

⁵⁸⁸ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n°456.

⁵⁸⁹ V. par exemple CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74 ; F. Sudre (dir.), *GACEDH*, n°51.

⁵⁹⁰ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74 ; F. Sudre (dir.), *GACEDH*, n°51 ; CEDH, *Mazurek c. France*, 1^{er} févr. 2000, D. 2000, p. 332, note Thierry ; *JCP G* 2000, II ; CEDH, *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juillet 2004, n°69498/01, *RTD civ.* 2004. 804, chron. Marguénaud.

recevabilité de l'action⁵⁹¹. Ce fondement a davantage vocation à être utilisé en droit des couples ou relativement aux conditions d'adoption⁵⁹².

En se fondant principalement sur l'article 8, en étendant son applicabilité⁵⁹³ selon les situations qui lui ont été soumises et en se gardant de définir la notion de « famille », la Cour s'est progressivement construit un domaine de protection étendu lui permettant de protéger tant l'individu dans son rapport à lui-même, que dans ses relations personnelles ou dans la cellule familiale en tant que telle. L'article 8 est par ailleurs pris tant en son volet vie privée qu'en son volet vie familiale dans le contentieux de la filiation. Selon la nature du contentieux et l'identité du demandeur, le fondement utilisé relèvera du droit à l'identité, composante de la vie privée – en général pour des demandes tendant à établir un lien de filiation, spécialement si le demandeur est l'enfant –, ou du droit au respect de la vie familiale – en général si l'unité de la cellule familiale est menacée.

148. Porosité des frontières entre vie privée et vie familiale. Pour autant, la distinction entre ces différents volets de l'article 8 est devenue complexe en raison de l'extension des notions par la Cour. L'intégration des relations personnelles et du développement personnel⁵⁹⁴ – qui comprend lui-même l'identité⁵⁹⁵ dans le champ du droit au respect de la vie privée conduit la Cour européenne à y intégrer des droits individuels qui relèvent de la vie privée de l'individu, mais sont également des éléments constitutifs de la famille. Une part du contentieux de la filiation, spécialement les questions d'établissement, peut donc relever de la vie privée.

149. Porosité des notions : l'extension de la vie familiale. Concernant la « vie familiale », celle-ci repose, à l'origine, sur l'existence d'une famille⁵⁹⁶ et relève d'abord d'une question de fait qui dépend de l'existence de liens personnels étroits⁵⁹⁷. Ces liens comprennent

⁵⁹¹ CEDH, *Paulik c. Slovaquie*, 10 octobre 2006, n° 10699/05 ; CEDH, *Konstantinidis c. Grèce*, 3 avril 2014, n°588009/09.

⁵⁹² Pour de plus amples développements v. PICHARD M., « Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille », préc., p. 181-196.

⁵⁹³ SUDRE F., « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP éd. G.* n°28, 11 juillet 2001, I 335.

⁵⁹⁴ CEDH, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, n°13710/88.

⁵⁹⁵ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n°483 et s.

⁵⁹⁶ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74 § 31 ; CEDH, *Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012, n°25951/07.

⁵⁹⁷ *Ibid.*

les relations familiales personnelles et patrimoniales⁵⁹⁸ incluant les successions et les libéralités ainsi que les obligations alimentaires⁵⁹⁹. La notion vise donc, en premier lieu, la protection des relations entre les membres qui composent la cellule familiale. Par principe, le constat de l'existence d'une vie familiale repose sur deux conditions cumulatives : l'existence d'un lien de droit – parenté et alliance – et l'effectivité de la relation⁶⁰⁰, bien que, la Cour puisse constater l'existence d'une vie familiale malgré l'absence de l'un de ces critères⁶⁰¹. Or, c'est justement cet élargissement qui conduit au questionnement quant à la distinction vie privée-vie familiale. En considérant que la parenté empêchée – la Cour parle de vie familiale « projetée » dans ces situations⁶⁰² – où l'apparence de parenté peut constituer une vie familiale, la Cour utilise un critère rattachable au droit à l'identité et perturbe la distinction. L'extension de la notion, par la Cour, est telle qu'un phénomène de « dilatation » et de « dilution » a été constaté⁶⁰³. La vie familiale concerne aujourd'hui, en effet, « un ensemble de situations de droit et de faits divers et mouvants »⁶⁰⁴, conduisant la Cour à, parfois, préférer le terme englobant de « vie privée et familiale » et surtout à conclure que cette question n'a pas de réel intérêt, tant que l'article 8 est applicable⁶⁰⁵.

150. Extension de la protection. L'extension de l'applicabilité de l'article 8 a été incontestablement nourrie par les « parentés particulières [...] entendues comme des parentés qui ne sont pas fondées sur des liens charnels ou reconnues comme tels par le droit »⁶⁰⁶. L'utilisation de la notion de vie familiale, dynamisée par l'exigence d'effectivité a ainsi permis de garantir la protection des relations issues des avancées techniques et scientifiques. Dès 1997,

⁵⁹⁸ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979 préc. ; CEDH, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, 3 oct. 2000, n°28369/95.

⁵⁹⁹ CEDH, *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juillet 2004, n°69498/01, *RTD civ.* 2004. 804, chron. Marguénaud.

⁶⁰⁰ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit.*, n°504 et s.

⁶⁰¹ *Ibid.*, n°506.

⁶⁰² CEDH, *Gorgülü c. Allemagne*, 26 février 2004, n°74969/01 pour l'hypothèse d'un père qui n'avait pas connaissance de l'existence de l'enfant ; CEDH, *Pini, Bertani et al. c. Roumanie*, 22 juin 2004, n°78028/01 et 78030/01 dans une affaire où des parents adoptifs n'avaient pas pu accueillir l'enfant qu'ils avaient adopté en raison du refus de l'orphelinat de le leur remettre.

⁶⁰³ SUDRE F., « La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 11-54.

⁶⁰⁴ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n° 21.

⁶⁰⁵ Selon la Cour EDH, « les notions de vie privée et de vie familiale sont des notions larges qui ne peuvent faire l'objet d'une définition exhaustive » (*Hadri-Vionnet c. Suisse*, 14 mai 2008, n°55525/00) et il n'est pas nécessaire de déterminer si le droit en cause se rapporte à la notion de vie privée ou de vie familiale, l'essentiel étant que l'article 8 soit applicable (*Elli Poluhas Dödsbo c. Suède*, 17 janv. 2006, n°61564/00).

⁶⁰⁶ GOUTTENOIRE A., « La Cour européenne des droits de l'homme et les parentés particulières », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 295-303.

la Cour, se fondant sur « la réalité concrète de la relation entre les intéressés », a reconnu l'existence d'une vie familiale entre l'enfant né d'une insémination avec donneur et son parent d'intention, transgenre dans le cas d'espèce⁶⁰⁷. L'hypothèse d'une procréation médicalement assistée au sein d'un couple de femmes⁶⁰⁸ et le contentieux de la gestation pour autrui lui ont permis d'étendre cette reconnaissance, la Cour précisant dans l'arrêt *Mennesson* que « les requérants vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la vie familiale dans son acception habituelle »⁶⁰⁹.

Or, l'apport premier de cette reconnaissance est avant tout d'ordre symbolique. Ayant conscience du particularisme de ces situations et des délicates questions éthiques soulevées – formulations utilisées dans la majorité des décisions relatives à ces questions⁶¹⁰ – la Cour ne déduit pas automatiquement de cette reconnaissance, la nécessité de traduire juridiquement cette situation factuelle. Reconnaître l'existence d'une vie familiale dans une situation de parenté particulière n'est qu'une étape du raisonnement européen, ne conduisant pas nécessairement à l'octroi d'une protection totale de cette vie familiale⁶¹¹.

⁶⁰⁷ CEDH, *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, n°21830/96, JCP G 1998, I, 107, obs. F. Sudre.

⁶⁰⁸ CEDH, *Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012, n°25951/07, AJDA 2012. 1726, chron. Burgorgue-Larsen.

⁶⁰⁹ CEDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, n°65192/11, §45.

⁶¹⁰ V. par exemple CEDH, *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande*, 18 mai 2021, n°71552/17.

⁶¹¹ GAUTHIER C., GOUTTENOIRE A., « Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille », préc., p. 75.

B. L'effectivité, critère d'ajustement dans la mise en œuvre de la protection par les États

151. *Raisonnement progressif.* Si, au stade de l'applicabilité, la Cour est dans un raisonnement de nature constructive, le raisonnement mis en œuvre au stade de l'application relève davantage d'une interprétation évolutive et consensuelle⁶¹². Cette logique lui permet ainsi de moduler les ingérences actives des États dans les droits garantis, tout en leur imposant des obligations positives et en s'interrogeant, dans les deux cas, sur la proportionnalité de l'atteinte. Dans ces hypothèses, la volonté d'effectivité de la protection s'articule donc avec le principe de subsidiarité. À ce stade, la Cour s'interroge en deux temps, en premier lieu quant à la détermination des modes de protection pesant sur les États (1.), puis en contrôlant la mise en œuvre de cette protection (2.).

1- La détermination des modes de protection à la charge des États

152. *Équilibre.* L'exigence d'effectivité implique, aux yeux de la Cour, « de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des parties »⁶¹³, ce qui la conduit à étendre les modes de protection (a.), tout en respectant le principe de subsidiarité (b.).

a. L'extension des modes de protection

153. *Ingérences passives et actives.* Comme la majorité des articles de la Convention, l'alinéa 2 de l'article 8 de la Convention prévoit la possibilité de porter atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale. Cette « réserve de l'ordre public »⁶¹⁴ traduit le but poursuivi par la Cour qui « a ainsi pour finalité de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme »⁶¹⁵. Traduction de cette recherche permanente d'équilibre entre intérêt général et intérêt individuel,

⁶¹² SUDRE F., « La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 25.

⁶¹³ CEDH, *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, n°2122/64.

⁶¹⁴ GOUËZEL A., « Que reste-t-il de la marge nationale d'appréciation en droit de la famille ? », in GOUËZEL A., BINET J.-R., *La CEDH et le droit de la famille*, op. cit., p. 35.

⁶¹⁵ CEDH, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, 31 août 2022.

l'ingérence est ainsi centrale dans la mise en œuvre de la protection des droits fondamentaux⁶¹⁶. Pourtant, au-delà de la possibilité classique reconnue aux États de s'ingérer dans le droit au respect de la vie privée, la Cour a progressivement estimé que l'ingérence passive de l'État pouvait lui être reprochée⁶¹⁷. Autrement appelées obligations positives, celles-ci sont des mesures positives, mises à la charge d'un État, dans le but de rendre effectifs les droits et libertés de la Convention⁶¹⁸. L'État doit, dès lors, « adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits »⁶¹⁹ garantis aux individus. Elles peuvent être tant substantielles que procédurales⁶²⁰.

154. Théorie de l'inhérence. La « découverte » d'une obligation positive répond à l'exigence d'effectivité. La Cour européenne a recours, en effet, pour justifier cette obligation au fait que celle-ci soit « inhérente » au droit garanti. Concernant le droit de la filiation, la formulation est reprise dès l'arrêt *Marckx* où la Cour affirme qu'aux ingérences actives « peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un “respect” effectif du droit au respect de la vie familiale »⁶²¹. L'interprétation dynamique mise au profit de l'élaboration d'obligations positives est ainsi favorable au développement du contenu de la protection des relations familiales. Pour autant, l'obligation positive a pour particularité de conduire à un contrôle allégé qui se limite à l'équilibre des intérêts, au détriment du critère de la nécessité dans une société démocratique, déterminant dans le contrôle d'une ingérence. De prime abord, cette conséquence paraît plutôt logique : l'obligation positive est imposée par la Cour européenne pour renforcer le cadre légal national, elle est donc présumée être nécessaire dans une société démocratique. Pour autant, le recours aux obligations positives par la Cour lui est souverain et n'est pas systématiquement utilisé avec cohérence⁶²². Le choix même des modes

⁶¹⁶ ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, op. cit., p. 252 qui estime de plus que cette recherche d'équilibre, si elle est systématisée pour les droits fondamentaux, peut être généralisée à l'ensemble des droits subjectifs.

⁶¹⁷ CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, n°6289/73, §26.

⁶¹⁸ V° « Vie familiale (droit au respect de la) », in CHAGNOLLAUD D., DRAGO G., *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010, p. 719 et s.

⁶¹⁹ CEDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, n°16798/90, §51.

⁶²⁰ Pour de plus amples développements sur la distinction entre obligations positives substantielles et procédurales v. SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n°160 et s.

⁶²¹ CEDH, *Marckx c. Belgique*, préc., §31.

⁶²² V. par exemple l'utilisation surprenante de l'obligation positive dans l'arrêt *Odièvre*, relative à la confrontation du droit de la mère de ne pas révéler son identité lors de son accouchement et le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines personnelles. Contre toute attente, une affaire similaire a été traitée sous l'angle de l'ingérence récemment. Pour de plus amples développements, v. *infra* n°699 et s.

de protection par la Cour peut ainsi être instrumentalisé par la Cour afin de limiter ou d'amplifier son contrôle. Cependant, l'analyse des décisions européennes laisse penser que les questions relatives à la filiation sont davantage traitées sous l'angle de l'ingérence que celui de l'obligation positive.

Les obligations positives relevant de la matière familiale semblent, de plus, suivre deux directions. D'une part a été élaborée une obligation positive à vocation générale⁶²³ et d'autre part, des obligations positives plus précises ont, par la suite, été imposées.

155. *Obligation positive générale.* L'obligation positive découlant de l'arrêt *Marckx*, peut, au regard de sa généralisation, s'appliquer à une variété importante de situations puisqu'elle implique d'« accorder une protection juridique rendant possible dès sa naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille ». La Cour applique cette obligation à l'ensemble du contentieux de la filiation, imposant une obligation d'examen d'une demande tendant à faire établir un lien de filiation, spécialement s'il est conforme à la réalité biologique, et notamment dans les hypothèses de liens de filiation concurrents⁶²⁴. Pour autant, la généralité de la formulation lui permet de ne pas s'autocontraindre en érigeant une obligation d'établir certains liens de filiation.

156. *Obligations positives spéciales.* D'autres obligations positives sont, au contraire, beaucoup plus spécifiques. Relatives aux situations de « parentés particulières »⁶²⁵, elles s'appliquent à une situation précise et ne sont pas transposables à l'ensemble des configurations familiales. Le caractère inédit des situations a, en effet, conduit la Cour à imposer « un droit commun minimum permettant d'assurer une protection fondamentale »⁶²⁶. Le contentieux de la gestation pour autrui fournit un certain nombre de ces obligations : en premier lieu a été imposée une obligation d'établir le lien de filiation entre l'enfant issu de la gestation et le père

⁶²³ SUDRE F., « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP éd. G.* n°28, 11 juillet 2001, I 335.

⁶²⁴ GAUTHIER C., GOUTTENOIRE A., « Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille », préc., p. 75.

⁶²⁵ GOUTTENOIRE A., « La Cour européenne des droits de l'homme et les parentés particulières », préc., p. 295-303.

⁶²⁶ GAUTHIER C., GOUTTENOIRE A., « Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille », préc., p. 76.

biologique⁶²⁷, puis en second lieu à l'égard du parent d'intention⁶²⁸, tout en laissant une certaine marge de manœuvre aux États⁶²⁹.

Cette absence de juste milieu dans la détermination des obligations pesant sur les États permet à la Cour à la fois d'étendre sa protection à l'égard de la diversité des formes familiales envisageables tout en ne se positionnant pas sur une solution trop précise qui esquisserait un modèle familial ou figerait une solution sans possibilité d'évolution. Soumise à la diversité des systèmes juridiques européens relatifs à la filiation, « la Cour ne fait pas prédominer un élément composant la filiation sur un autre »⁶³⁰.

157. Interprétation évolutive. Le « rayonnement de la Convention »⁶³¹ grâce aux méthodes d'interprétation de la Cour permet à celle-ci de forger un standard de protection des relations familiales en adaptant le texte aux évolutions sociales. En effet, « seule interprète autorisée »⁶³² de la Convention, la Cour rappelle régulièrement que la Convention s'analyse « à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques »⁶³³ ce qui implique que « sa lecture doit être guidée par les principes de la “société démocratique” dont se réclame la Cour, *i. e.* le pluralisme, l'esprit d'ouverture et la tolérance vis-à-vis d'idées qui peuvent “heurter, choquer, ou inquiéter de larges fractions de la population” »⁶³⁴. La Convention est, dès lors, en constante adaptation prétorienne et a pu prouver son adaptabilité face aux situations de parenté inédite. Ce pouvoir est tel qu'il est impossible de nier que « ce

⁶²⁷ CEDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11, D. 2014, 1797, note Chénéde ; 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, 1806, note L. d'Avout, chron. p. 1773, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *AJ fam.* 2014. 499, obs. B. Haftel, 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014. 616, obs. J. Hauser.

⁶²⁸ CEDH, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française, 10 avril 2019, n°P16-2018-001 ; D. actu. 19 avr. 2019, obs. T. Coustet ; CEDH, D.B. et autres c. Suisse, 22 novembre 2022, n°58817/15 et 58252/15 : Dr. famille 2023, comm. 21, V. Égée ; JCP G 2023, 37, F. Sudre.

⁶²⁹ CEDH, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française, 10 avril 2019, n°P16-2018-001 ; D. actu. 19 avr. 2019, obs. T. Coustet : si l'établissement du lien est obligatoire, les États peuvent en déterminer librement les modalités d'établissement, tout en respectant une exigence de célérité et d'effectivité. V. infra n°170 et s.

⁶³⁰ FULCHIRON H., « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la Cour EDH », préc., p. 150.

⁶³¹ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°75.

⁶³² SUDRE F., « Convention européenne des droits de l'homme. – Droits garantis. – Droit au respect de la vie privée. – Principes directeurs. – Droit à la vie privée personnelle », *Jcl. Europe Traités*, fasc. 6524-1, 23 juin 2023.

⁶³³ CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, n°5856/72, § 31 ; SUDRE F., « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP éd. G.* n°28, 11 juillet 2001, I 335.

⁶³⁴ FULCHIRON H., « La famille au cœur des systèmes : renouvellement des sources et dynamique des normes », préc., p. 1198.

faisant, le juge européen s'aventure sur le terrain de la politique législative, mais il faut, cependant, noter que la Cour européenne prend soin de préciser qu'elle ne saurait aller (en principe) jusqu'à créer un droit qui n'est pas inséré au départ dans le texte »⁶³⁵. En droit de la filiation, la Cour se limite ainsi à imposer, dans certaines situations, la reconnaissance d'un lien de filiation en raison d'inadaptations du droit national, sans imposer systématiquement de mode d'établissement et conciliant cette exigence avec les conceptions familiales nationales.

Par ailleurs, une certaine réciprocité s'observe dans les évolutions sur lesquelles s'appuie la Cour. Le caractère « vivant » de la Convention la conduit à fonder son interprétation sur les tendances qu'elle observe et ainsi, « dans de nombreuses hypothèses, la Cour s'appuie sur les mutations du droit interne pour accélérer une évolution ou en fixer, au moins temporairement, les limites »⁶³⁶. Ce n'est, ici, pas réellement le consensus qui sert de justification au renouveau de l'interprétation, mais davantage la réaction des États membres face aux impulsions européennes. L'intégration des standards européens par les États membres lui permet ainsi de conforter l'existence d'une obligation positive, en raison de l'évolution générale que suivent les pays, la Cour accompagnant les évolutions nationales⁶³⁷.

158. Globalisation des sources. Le dynamisme européen repose, enfin, sur une utilisation de sources dépassant la Convention et ses protocoles additionnels. Cette « globalisation des sources »⁶³⁸ par la Cour européenne consiste en « l'utilisation [...] de textes et de jurisprudences d'origines diverses, que cette juridiction met au service d'une lecture de son texte de référence en vue d'augmenter le niveau de protection garanti »⁶³⁹. Dans le contentieux familial, la Cour fait ainsi particulièrement référence à la Convention internationale

⁶³⁵ SUDRE F., « Convention européenne des droits de l'homme. – Droits garantis. – Droit au respect de la vie privée. – Principes directeurs. – Droit à la vie privée personnelle », *Jcl. Europe Traités*, fasc. 6524-1, 23 juin 2023.

⁶³⁶ FULCHIRON H., « La famille au cœur des systèmes : renouvellement des sources et dynamique des normes », préc., 1204.

⁶³⁷ Pour un exemple récent relatif au statut du couple formé par deux personnes de même sexe v. CEDH, *Fedotova c. Russie*, 27 janvier 2023, n° 40792/10, 30538/14 et 43439/10, §166 où la Cour relève que « la jurisprudence précitée de la Cour relative à l'article 8 de la Convention, dont découle une obligation positive incombant aux États parties de reconnaître et de protéger juridiquement les couples de même sexe, s'avère en phase avec l'évolution tangible et continue des droits internes des États parties comme du droit international » ; pour un exemple plus ancien en droit de la filiation, v. CEDH, *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000, n°34406/97, § 52, « où, après avoir constaté “une nette tendance à la disparition des discriminations à l'égard des enfants adultérins” au sein des États membres du Conseil de l'Europe, la Cour a considéré qu’“elle ne saurait négliger une telle évolution dans son interprétation nécessairement dynamique des dispositions litigieuses de la Convention” ».

⁶³⁸ Qui est un phénomène global, v. SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n°155.

⁶³⁹ FULCHIRON H., « La famille au cœur des systèmes : renouvellement des sources et dynamique des normes », préc., p. 1208.

des droits de l'enfant (CIDE), et spécialement à l'article 3§1 qui prévoit que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Au-delà de l'attention spécifique donnée à l'intérêt de l'enfant, cette intégration conduit à interpréter les droits issus de la Convention par le prisme de la CIDE et renouvelle l'appréciation tant de la place spécifique de l'enfant que du rapport parent-enfant⁶⁴⁰, comme l'a par ailleurs fait le législateur français⁶⁴¹. Cette globalisation des sources participe de la mise en réseaux des systèmes normatifs, et ce, à une échelle variée, les systèmes pouvant tant être d'ordre national, qu'international ou européen⁶⁴². Elle favorise ainsi l'harmonisation entre ces différents systèmes et l'élaboration de tendances et principes communs.

b. Les limites à l'extension : les manifestations du principe de subsidiarité

159. Interprétation consensuelle. L'interprétation consensuelle est la manifestation originelle du principe de subsidiarité, pris en son versant matériel. Impliquant la recherche d'un « dénominateur commun » présent au sein des États membres par la Cour, elle est quasi systématiquement évoquée dans ses décisions, afin d'inscrire celles-ci dans un certain respect de la souveraineté nationale. Elle est fondée sur le Préambule de la Convention qui évoque la « conception commune » et le « commun respect des droits de l'homme » existant en Europe. L'interprétation consensuelle est, par conséquent, le critère originel de la marge nationale d'appréciation⁶⁴³, permettant de déterminer la latitude laissée aux États, selon l'ampleur du consensus constaté. Dès 1984, la Cour a, en effet, précisé que l'étude de la marge d'appréciation « varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard »⁶⁴⁴.

L'attachement à la souveraineté des États a été rappelé au moment de l'adoption du Protocole

⁶⁴⁰ FULCHIRON H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “dynamique des normes” », *RTD civ.* 2017, p. 271.

⁶⁴¹ Pour de plus amples développements v. GOUTTENOIRE A., « L'intérêt supérieur de l'enfant au cœur des systèmes », in BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 1209-1225.

⁶⁴² FULCHIRON H., « La famille au cœur des systèmes : renouvellement des sources et dynamique des normes », préc., p. 1207 et s.

⁶⁴³ SUDRE F., « La mystification du consensus européen », *JCP éd. G.* n°50, 7 décembre 2015, étude 1369.

⁶⁴⁴ CEDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, n°8777/79, §40.

n°15⁶⁴⁵. L'article 1^{er} de celui-ci modifie, en effet, le préambule de la Convention en ajoutant « qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention »⁶⁴⁶. Le principe de subsidiarité, la marge nationale d'appréciation et, implicitement, le recours à l'interprétation consensuelle sont donc désormais textuellement consacrés, contrairement à l'exigence d'effectivité qui conserve son fondement prétorien⁶⁴⁷.

160. Détermination du consensus. Le consensus tel qu'utilisé par la Cour repose sur une logique de droit comparé, à savoir un état des lieux quantitatif des droits positifs des États membres relativement à la question que la Cour doit trancher⁶⁴⁸. Deux consensus peuvent exister : un consensus positif – les États se rejoignent dans la reconnaissance d'un droit – et un consensus négatif – les États se rejoignent dans le refus de reconnaissance d'un droit –. La marge nationale d'appréciation dépend originellement de l'existence d'un consensus : elle s'en trouvera réduite, si la majeure partie des États se rejoint tandis qu'elle sera plus ample en l'absence d'unité dans les législations. Cependant, d'autres éléments peuvent être appréciés par la Cour, relativisant l'ampleur de la marge de manœuvre accordée aux États⁶⁴⁹.

161. Instrumentalisation du consensus : justifier une évolution. L'utilisation du consensus par la Cour ne correspond pas si parfaitement à une étude de droit comparé. Les études relatives à l'interprétation consensuelle mettent en exergue un manque de détermination

⁶⁴⁵ Conseil de l'Europe, *Protocole n°15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Strasbourg, 24 juin 2013.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, art. 1^{er}.

⁶⁴⁷ SUDRE F., « La subsidiarité, “ nouvelle frontière ” de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP éd. G*, n°42, 14 octobre 2013, étude 1086 qui estime que cet ajout a pour risque de faire évoluer le raisonnement des juges européens, désormais guidés davantage par le principe de subsidiarité que par l'exigence d'effectivité ; tandis que d'autres estiment, quelques années plus tard, que cet ajout n'a pas modifié les modes de raisonnements de la Cour : GOUËZEL A., « Que reste-il de la marge nationale d'appréciation en droit de la famille ? », préc., spéc. p. 38 et s.

⁶⁴⁸ FULCHIRON H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “ dynamique des normes ” », *RTD civ.* 2017, p. 271.

⁶⁴⁹ GOUËZEL A., « Que reste-il de la marge nationale d'appréciation en droit de la famille ? », préc., p. 34.

et de rigueur dans sa mise en œuvre⁶⁵⁰ et concluent à une instrumentalisation du consensus⁶⁵¹. En effet, la Cour a tendance à utiliser le consensus afin de justifier une évolution⁶⁵², voire même pour accompagner l'évolution lorsqu'elle estime que le consensus est en cours d'élaboration. Dans cette hypothèse, elle a recours davantage à l'argument de « la tendance nette et continue » en faveur de la reconnaissance d'un droit, lui permettant d'inscrire son interprétation évolutive dans une évolution générale qu'elle pense déceler au sein des États membres, voire sur le plan international⁶⁵³. Elle reste cependant prudente sur ce point, ne poussant pas à l'extrême cet argument, particulièrement si l'État a pris en compte cette tendance, afin de ne pas « reprocher à l'État défendeur son rythme d'adoption de la réforme et d'avoir tardé à consentir à une telle réforme », comme elle l'a récemment fait sur la modification de l'accès aux origines personnelles par la dernière loi de bioéthique en France⁶⁵⁴. Elle peut également évoquer, plus rarement, l'absence de consensus pour refuser une évolution⁶⁵⁵. Cette jonction des interprétations évolutive et consensuelle permet ainsi à la Cour de légitimer ses justifications et d'amorcer les évolutions⁶⁵⁶ puisque « la référence au consensus porte en elle-même la

⁶⁵⁰ V. par ex., CEDH, *X. et al. c. Autriche*, 19 février 2013, n°19010/07, relatif à l'adoption par un couple homosexuel. En l'espèce, la Cour constate que dix États autorisent l'adoption par un couple non-marié, dont 6 en ne distinguant pas entre couple hétérosexuel et couple homosexuel et quatre en la réservant aux couples homosexuels. La Cour tire de ce constat que cet échantillon ne permet pas de tirer des conséquences quant à l'existence d'un consensus, alors qu'elle aurait pu estimer que le consensus qui se formait portait sur un refus majoritaire des États-membres de permettre l'adoption par un couple homosexuel *a fortiori* non-marié.

⁶⁵¹ SUDRE F., « La mystification du consensus européen », *JCP éd. G.* n°50, 7 décembre 2015, étude 1369 ; GOUËZEL A., « Que reste-il de la marge nationale d'appréciation en droit de la famille ? », préc., p. 31-41.

⁶⁵² CEDH, *Marckx c. Belgique*, préc.

⁶⁵³ SUDRE F., « La mystification du consensus européen », *JCP éd. G.* n°50, 7 décembre 2015, étude 1369, n°21 et s.

⁶⁵⁴ V. par ex., CEDH, *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, 7 septembre 2023, n°21424/16 et 45728/17, §116 à 123 dans lesquels la Cour revient sur l'élaboration de la loi de bioéthique du 2 août 2021 et les « débats extrêmement tendus » qui l'ont entourée.

⁶⁵⁵ L'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne relative au couple de personnes de même sexe est particulièrement topique de cette utilisation de l'interprétation consensuelle : entre 2010 et 2015, la Cour a, dans un premier temps, admis que le couple formé par deux personnes de même sexe relevait de la vie familiale (*Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, n°30141/04) en raison de l'évolution de la société sur le couple homosexuel, avant d'imposer une égalité de traitement dans l'accès partenariat enregistré (*Vallianatos c. Grèce*, 7 novembre 2013, n°29381/09) puis la reconnaissance d'un statut conjugal (*Oliari c. Italie*, 21 juillet 2015, n°18766/11), en se fondant sur le consensus à venir, confirmant cette interprétation malgré l'argument avancé par certains États de l'atteinte que causerait une telle ouverture à leur conception de la famille traditionnelle (*Fedotova c. Russie*, 17 janvier 2023, n° 40792/10, 30538/14 et 43439/10).

⁶⁵⁶ ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle limitée dans l'élaboration de sa jurisprudence ? » in GOUËZEL A., BINET J.-R., *La CEDH et le droit de la famille, op. cit.*, spéc. p. 123.

potentialité d'évolutions ultérieures, dès lors qu'un consensus "positif" se sera peu à peu formé ou que le consensus "négatif" se sera rompu »⁶⁵⁷.

162. Instrumentalisation du consensus : question sensible. En second lieu, la Cour peut contourner le consensus sur des questions porteuses d'une certaine sensibilité et ce phénomène est spécialement visible en droit de la filiation. Elle peut, en effet, ignorer le consensus existant, c'est-à-dire qu'en présence d'un consensus négatif, elle va plutôt en conclure à l'inexistence du consensus. Illustration topique de cette négation, l'accouchement dans le secret, système existant seulement en France, en Italie et au Luxembourg, n'a pas été contesté en tant quel tel par la Cour, en raison « de la diversité des systèmes et des traditions juridiques » mis en œuvre en Europe en matière d'abandon d'enfant. L'originalité de la procédure aurait pourtant pu la conduire à se prononcer sur un consensus existant en Europe quant à la certitude de la maternité. Cependant, la difficulté de l'encadrement des abandons d'enfants⁶⁵⁸ peut avoir expliqué la prudence de la Cour, qui a octroyé une large marge d'appréciation aux États et s'est limitée à contrôler l'articulation des intérêts en présence lorsqu'elle a été confrontée aux systèmes français⁶⁵⁹ puis italien⁶⁶⁰. Enfin, la Cour peut explicitement rejeter le consensus existant lorsqu'est en jeu « un aspect essentiel de l'identité des individus », même si sont soulevées des questions éthiques ou morales délicates qui, par principe, laissent une latitude importante aux États. Justification principale de la décision *Menesson*⁶⁶¹, cet argument illustre également la relativité de la force du consensus face à l'exigence d'effectivité.

163. Politisation du consensus. Il ressort de ces éléments que le consensus n'est qu'une limite relative à l'exigence d'effectivité : il devient une réelle limite lorsque la Cour souhaite contenir l'ampleur d'une évolution, mais elle s'en détache si elle souhaite encourager

⁶⁵⁷ FULCHIRON H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et "dynamique des normes" », *RTD civ.* 2017, p. 271.

⁶⁵⁸ Le Monde, « En Europe, les boîtes à bébés se multiplient », 11 juin 2012, [[en ligne](#)].

⁶⁵⁹ CEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003 n° 42326/98, D. 2003, chron. 1240 par B. Mallet-Bricout ; *JCP G* 2003. II. 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *Dr. fam.* 2003, n° 58, note P. Murat ; *RTD civ.* 2003. 276, obs. J. Hauser ; 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDSS* 2003. 219, étude F. Monéger.

⁶⁶⁰ CEDH, *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012, n°33783/09 ; *RLDC* 2013, n° 100, p. 35, obs. M.-C. Le Boursicot ; *JDJ*, n° 325, mai 2013, p. 41, obs. G. Mathieu ; *RTD civ.* 2013. 104, obs. Hauser ; *AJ fam.* 2012. 554, obs. Chénéde.

⁶⁶¹ CEDH, *Menesson c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11, D. 2014, 1797, note Chénéde ; 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, 1806, note L. d'Avout, chron. p. 1773, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *AJ fam.* 2014. 499, obs. B. Haftel, 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014. 616, obs. J. Hauser ; §80.

le changement⁶⁶². Indéniablement, « derrière une apparente objectivité (une étude de droit comparé), la référence au consensus peut, en réalité, avoir un caractère éminemment “politique”, qu’il soit déclaré existant ou inexistant ou en cours de formation : tout dépend de l’échantillon retenu, du seuil de consensus exigé, de la finalité recherchée »⁶⁶³. L’interprétation consensuelle sert davantage à la Cour à guider les évolutions dans le sens d’une plus grande effectivité des droits fondamentaux⁶⁶⁴, sans brusquer cette évolution si nécessaire, ou au contraire en la brusquant selon l’ampleur de l’atteinte. En tout état de cause, l’interprétation consensuelle conduit nécessairement à une interprétation progressivement plus libérale. La Cour est, en effet, dans une gestion des rythmes des évolutions en faveur d’une reconnaissance plus ou moins progressive. Elle ne revient pas sur ce qui a été accepté. Au contraire, « dans des matières qui touchent aux droits les plus intimes de la personne, ce qui est souvent le cas en droit de la famille, les États ne disposent plus que d’une marge d’appréciation restreinte »⁶⁶⁵. Au vu de la mise en réseau des systèmes, cette logique favorise l’acclimatation des États membres aux solutions les plus libérales, prélude probable à leur consécration future, plus ou moins incitée directement par la Cour⁶⁶⁶.

164. Subsidiarité juridictionnelle. Au-delà des conditions de saisie de la Cour européenne, imposant l’épuisement des voies de recours internes, règle découlant directement du principe de subsidiarité, la subsidiarité se manifeste aujourd’hui par le biais d’une procédure spécifique⁶⁶⁷. Issue du Protocole 16⁶⁶⁸, la procédure d’avis consultatif permet aux juridictions suprêmes des pays ayant ratifié le Protocole⁶⁶⁹ d’adresser à la Cour « des questions de principe

⁶⁶² FULCHIRON H., « La famille au cœur des systèmes : renouvellement des sources et dynamique des normes », préc., p. 1203.

⁶⁶³ FULCHIRON H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “dynamique des normes” », *RTD civ.* 2017, p. 271.

⁶⁶⁴ SUDRE F., « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l’homme », *JCP éd. G.* n°28, 11 juillet 2001, I 335.

⁶⁶⁵ FULCHIRON H., « La famille au cœur des systèmes : renouvellement des sources et dynamique des normes », préc., p. 1199.

⁶⁶⁶ FULCHIRON H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “dynamique des normes” », *RTD civ.* 2017, p. 271.

⁶⁶⁷ SUDRE F., « La subsidiarité, “nouvelle frontière” de la Cour européenne des droits de l’homme », *JCP éd. G.* n°42, 14 octobre 2013, étude 1086.

⁶⁶⁸ Conseil de l’Europe, Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales, Strasbourg, 2 octobre 2013, entré en vigueur le 1^{er} août 2018.

⁶⁶⁹ Comme c’est le cas de la France depuis le 3 avril 2018 ; v. loi n°2018-237 du 3 avril 2018 autorisant la ratification du protocole n°16 à la convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, JORF du 4 avril 2018.

relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». La procédure repose sur la volonté d'intensifier le dialogue des juges, « considérant que l'extension de la compétence de la Cour pour donner des avis consultatifs renforcera l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et consolidera ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité »⁶⁷⁰. Procédure facultative entre les mains des juridictions nationales, elle inclut les individus parties à la procédure, lesquels peuvent être invités par le Président de la Cour « à présenter également des observations écrites ou à prendre part aux audiences »⁶⁷¹.

165. Réorientation du rôle de la Cour. Cette procédure traduit la « réorientation du système de contrôle de la Cour »⁶⁷². En instaurant un contrôle préventif, elle traduit l'évolution du rôle de la Cour⁶⁷³ qui, après avoir renouvelé l'appréciation des droits fondamentaux dans les États membres, est davantage dans une logique collaborative. Les « révolutions » jurisprudentielles laissent place depuis une dizaine d'années à des décisions plus nuancées, davantage tournées vers un contrôle de l'articulation concrète des intérêts en présence⁶⁷⁴. La France a d'ailleurs rapidement saisi cette possibilité après l'entrée en vigueur du protocole et sur le sujet particulièrement délicat de la gestation pour autrui⁶⁷⁵. Grâce à la précision et « l'habileté » des questions formulées⁶⁷⁶, l'avis rendu par la Cour, non contraignant, a permis à celle-ci d'apporter une réponse nuancée. Réciproquement, elle permet à la France, en pleine réforme bioéthique à l'époque, tant de cadrer les dispositions nationales si nécessaire, que de légitimer celles-ci, bénéficiant désormais d'un certificat de conventionnalité.

⁶⁷⁰ Conseil de l'Europe, *Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Strasbourg, 2 octobre 2013, préambule.

⁶⁷¹ *Ibid.*, art. 3.

⁶⁷² SUDRE F., « La subsidiarité, “ nouvelle frontière ” de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP éd. G*, n°42, 14 octobre 2013, étude 1086.

⁶⁷³ Pour de plus amples développements v. MADELAINE C., « La CEDH, une “ Cour constitutionnelle protectrice des individus ? ” », préc., p. 413-422.

⁶⁷⁴ GAUTHIER C., GOUTTENOIRE A., « Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille », préc., p. 66.

⁶⁷⁵ V. Cass. AP, 5 octobre 2018, 10-19.053 ; CEDH, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française, 10 avril 2019, n°P16-2018-001 ; D. actu. 19 avr. 2019, obs. T. Coustet.

⁶⁷⁶ BURGORGUE-LARSEN L., « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2019, 1804-1805.

Nouvelles sources du droit européen des droits de l'homme⁶⁷⁷, les avis consultatifs bénéficient de la même influence que les arrêts de condamnation, tout en s'écartant de la logique « violation-sanction »⁶⁷⁸. Permettant aux juridictions d'intervenir avant qu'une violation ne soit définitivement constituée, ils replacent, de plus, les États dans un rôle central dans la garantie des droits fondamentaux dans le cadre de marge d'appréciation octroyée par la Cour.

2- *Le contrôle des modes de protection par la Cour*

166. *Aboutissement du contrôle.* La protection des droits garantis par la Cour la conduit à contrôler la mise en œuvre des droits par les États. Elle vérifie, lors de cette étape, si les États ont respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence (b.), dans le cadre de la marge d'appréciation qui leur est octroyée (a.)

a. Le cadre de la marge nationale d'appréciation

167. *Identification des facteurs de la marge nationale d'appréciation en droit de la filiation.* Le consensus n'a, en réalité, qu'une influence relative sur la détermination de la marge nationale d'appréciation en droit de la filiation. Il est ainsi régulièrement évoqué, s'effaçant pourtant facilement face à d'autres éléments ou étant convoqué au soutien de ces éléments s'il est établi⁶⁷⁹. Les principaux facteurs déterminant l'ampleur de la marge nationale d'appréciation relèvent davantage des situations suivantes : « lorsqu'un aspect essentiel de l'existence ou de l'identité est en jeu »⁶⁸⁰, « lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates »⁶⁸¹ ou « lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention »⁶⁸². Dans le premier cas, la marge d'appréciation des États est réduite, la Cour favorisant l'importance de la question pour l'individu. Dans les deux autres cas, la marge d'appréciation est plus ample. Cependant, si la question éthique ou morale se combine avec une question relative à l'identité, comme l'a illustré le contentieux de la GPA, la marge d'appréciation s'en trouve réduite. Au contraire, la troisième

⁶⁷⁷ Les avis consultatifs sont utilisés par la Cour dans ses décisions, au même titre que les décisions rendues, v. par ex. CEDH, *D. c. France*, 16 juillet 2020, n°11288/18 ; CEDH, *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, n°58817/15 et 58252/15 : *Dr. famille* 2023, comm. 21, V. Égéa ; *JCP G* 2023, 37, F. Sudre.

⁶⁷⁸ JACQUÉ J.-P., « Union Européenne et Conseil de l'Europe, À propos des droits de l'homme en Europe », *RTD Eur.* 2013, p. 195.

⁶⁷⁹ V. par ex. CEDH, *S. H. et autres c. Autriche*, 3 novembre 2011, n°57813/00.

⁶⁸⁰ V. par ex. CEDH, *Mennesson c. France*, préc.

⁶⁸¹ *Ibid.*

⁶⁸² V. par ex. CEDH, *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n°6339/05, §77.

situation, constituée par un conflit de droits, conduit la Cour à favoriser, de façon générale, l'arbitrage légal effectué par les États. La nature des obstacles et l'arbitrage effectué lors de la détermination de ceux-ci permet à la Cour d'adopter une position variable lors de son contrôle. Le droit français n'a, dès lors, subi qu'un bouleversement relatif, la majorité des règles du droit de la filiation étant, *in abstracto*, conforme aux exigences européennes.

168. Obstacle légal immédiat et lien de filiation vacant. Face à un obstacle légal *ab initio*, laissant au moins l'un des liens de filiation vacant, la Cour a tendance à être plus incitative dans la reconnaissance du lien. Deux catégories de situations en droit français peuvent être analysées. De plus, seules des questions d'établissement d'un lien de filiation seront traitées, la Cour n'ayant pas imposé aux États l'ouverture des techniques de procréation assistée⁶⁸³.

169. Obstacle légal immédiat et lien de filiation vacant : inceste absolu. La première situation concerne l'impossibilité d'établir la filiation de l'enfant, né d'un inceste absolu, à l'égard des deux parents⁶⁸⁴. Cependant, en l'absence de décision de la Cour européenne à propos de la filiation incestueuse, seule une étude prospective est envisageable et aboutirait, vraisemblablement, à une marge d'appréciation plutôt ample, tant que les États se questionnent *in concreto* sur le ou les liens à établir⁶⁸⁵.

170. Obstacle légal immédiat et lien de filiation vacant : AMP. La seconde possibilité concerne les parentés particulières. Face à ces situations, la Cour se prononce sur un droit inadapté, en ce sens que la situation en question n'a pas été pensée par le droit national lors de l'élaboration de la norme. Concernant les assistances médicales à la procréation réalisées au sein d'un couple de femmes, la question de l'établissement de la filiation de la femme ayant donné naissance à l'enfant n'a jamais posé réellement de difficulté, les règles traditionnelles du droit de la filiation pouvant s'appliquer. Concernant la mère d'intention, cette situation a posé des difficultés limitées, la Cour de cassation ayant estimé dès 2014 que « 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'elle est conforme à l'intérêt

⁶⁸³ CEDH, *S. H. et autres c. Autriche*, 3 novembre 2011, n°57813/00 ; CEDH, *Charron et Merle-Montet c. France*, 8 février 2018, n° 22612/15

⁶⁸⁴ Art. 310-2 C. civ.

⁶⁸⁵ Pour une analyse plus approfondie v. *infra* n°649 et s.

de l'enfant »⁶⁸⁶. La réforme de l'adoption a, par la suite, supprimé la condition de mariage, permettant à la compagne de la mère, quel que soit leur statut de couple, d'adopter l'enfant issu du projet parental⁶⁸⁷.

171. Droit d'accès aux techniques de procréation assistée. La Cour européenne a développé une jurisprudence relative au « droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent », au sens génétique du terme⁶⁸⁸ et, dans sa suite, d'un droit du couple d'accéder aux techniques de procréation assistée, davantage traité par le prisme de la vie privée et familiale. Abordée sous l'angle du droit à l'autodétermination⁶⁸⁹, il « émerge peu à peu l'idée que l'individu serait créancier d'un véritable droit à bénéficier des techniques scientifiques et de l'aide matérielle qui lui permettraient de combler ses aspirations à la paternité ou à la maternité : un droit à avoir une descendance, pour ne pas parler, *horresco referens*, d'un “droit à l'enfant” ; un droit dont la société serait débitrice »⁶⁹⁰. Pour autant, si l'accès à la procréation assistée est favorisé par la Cour, elle a également affirmé qu'il n'y avait pas de droit absolu à fonder une famille⁶⁹¹. En effet, la diversité des législations des pays membres la conduit à octroyer une ample marge d'appréciation aux États, l'ouverture de la technique relève donc de la décision du décideur national⁶⁹². Elle encadre cependant cette marge d'appréciation en imposant une cohérence quant à l'encadrement. Elle admet que la différence de situation justifie une différence de traitement⁶⁹³, notamment sur la question de l'adoption⁶⁹⁴. Pour autant, elle a éludé la question sur l'accès à l'assistance médicale à la procréation en France par un couple lesbien en déclarant la requête irrecevable pour défaut d'épuisement des voies de recours⁶⁹⁵. Le

⁶⁸⁶ Cass, Avis du 22 septembre 2014, n°15010 et n°15011, *D.* 2014, 2031, note A.-M. Leroyer, *AJ fam.* 2014, 555, note Chénéde, *Dr. fam.* 2014, 160, comm. C. Neirinck, *RTD civ.* 2014, p. 872, obs. J. Hauser.

⁶⁸⁷ Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, JORF n°0044 du 22 février 2022.

⁶⁸⁸ CEDH, *Dickson c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2007, n°44362/04 ; CEDH, *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 6339/50.

⁶⁸⁹ SUDRE F., « Cour européenne des droits de l'homme et santé », *RDSS* 2023. 49.

⁶⁹⁰ MALAURIE P. et FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°1196.

⁶⁹¹ CEDH, *Fretté c. France*, 26 février 2002, n°36515/97 ; CEDH, *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, n°43546/02, CEDH, *Petithory Lanzmann c. France*, 12 novembre 2019, n° 23038/19.

⁶⁹² CEDH, *S.H et autres c. Autriche*, 3 novembre 2011, n°57813/00.

⁶⁹³ Pour une différence de traitement injustifiée v. CEDH, *Dickson c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2007, Gr. Ch., n°44362/04

⁶⁹⁴ CEDH, *X et autres c. Autriche*, 19 février 2013, n°19010/07 : mêmes droits pour un même statut, mais sur question de l'adoption.

⁶⁹⁵ CEDH, *Charron et Merle-Montet c. France*, 16 janvier 2018, n°22612/15.

débat est désormais tranché par le législateur français qui a fait le choix d'ouvrir l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes⁶⁹⁶.

172. Obstacle légal immédiat et lien de filiation vacant : gestation pour autrui.

Concernant la gestation pour autrui, la Cour s'est prononcée en plusieurs temps. Elle a d'abord imposé la reconnaissance du lien de filiation à l'égard du père d'intention, considérant que le refus de transcription d'un acte d'état civil légalement établi à l'étranger ne portait pas atteinte à la vie familiale des intéressés qui peut exister dans les faits. En revanche, ce refus porte atteinte au droit au respect de la vie privée et ainsi au droit à l'identité du père et des enfants⁶⁹⁷. Dans un second temps, à la suite de la demande d'avis consultatif de la France, elle a apporté une réponse nuancée quant à l'établissement du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention. Elle impose la reconnaissance des liens entre l'enfant et le parent d'intention si ces liens se sont concrétisés, tout en laissant la liberté aux États de déterminer la modalité de reconnaissance, tant que celle-ci respecte une exigence de célérité et d'effectivité⁶⁹⁸. Elle a précisé par la suite que l'adoption était une solution valable, même si la mère d'intention est la mère génétique⁶⁹⁹ et a également étendu cette solution au partenaire du père⁷⁰⁰, puis à la mère d'intention également mère génétique⁷⁰¹. Face à cette hypothèse, la Cour a été largement incitative, bien que progressive dans les obligations qu'elle a imposées aux États. Néanmoins, il est possible de constater également sur ce point un certain embarras de la Cour de tempérer sur la question de la GPA⁷⁰², illustré par l'affaire *S.-H*⁷⁰³. Le cas d'espèce lui permet de contourner la question de la reconnaissance des effets d'une gestation pour autrui valablement conclue à l'étranger en déclarant la requête irrecevable. La question portait sur l'impossibilité d'obtenir la nationalité polonaise par filiation pour les enfants d'un couple homosexuel nés aux États-Unis au terme

⁶⁹⁶ V. *infra* n°281 et s.

⁶⁹⁷ CEDH, *Mennesson et Labassée c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11 et n°65941/11. Pour de plus amples développements sur ces décisions et les suivantes v. *infra* n°378 et s.

⁶⁹⁸ CEDH, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française, 10 avril 2019, n°P16-2018-001 ; D. actu. 19 avr. 2019, obs. T. Coustet.

⁶⁹⁹ CEDH, *D. c. France*, 16 juillet 2020, n°11288/18 : Adoption possible même si la mère d'intention est la mère génétique.

⁷⁰⁰ CEDH, *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, n°58817/15 et 58252/15, *Dr. fam.* 2023, comm. 21, V. Égéa ; *JCP G* 2023, 37, F. Sudre.

⁷⁰¹ CEDH, *R. F. et autres c. Allemagne*, 12 novembre 2024, n°46808 ; *Dr. fam.* 2025, comm. 3, V. Égéa.

⁷⁰² FULCHIRON H., « La reconnaissance de la filiation des enfants nés dans des couples de même sexe devant les juridictions européennes : entre autolimitation et dynamique commune », *D.* 2022, p. 565.

⁷⁰³ CEDH, *S.-H c. Pologne*, 16 nov. 2021, n° 56846/15 et n° 56849/15.

d'une gestation pour autrui et résidant en Israël, où le lien juridique de filiation a été reconnu. La Cour estime que les requérants n'apportent pas la preuve d'une atteinte à leur vie privée ou à leur vie familiale. Dès lors, « déclarer inapplicable l'article 8 *ratione materiae*, et, en conséquence, la requête irrecevable, évite à la Cour de trancher le problème de fond : celui du refus de reconnaître le lien de filiation. D'autant qu'interviendrait dans ce cas la question de la discrimination, que la Cour écarte par un second tour de passe-passe : l'article 8 n'étant pas applicable *ratione materiae*, l'article 14 ne l'est pas non plus »⁷⁰⁴. Si cette décision laisse présager une certaine limitation de la Cour européenne, qui a su faire preuve de plus « d'audace »⁷⁰⁵ dans le passé et notamment face à la France, l'importance de l'ordre public matrimonial en Pologne comparé au libéralisme français peut également être une part de l'explication de la décision, la Cour respectant également pour partie le rythme des évolutions nationales⁷⁰⁶.

173. Obstacle légal temporel et lien de filiation vacant. L'obstacle à l'établissement de la filiation peut également être temporel et consister en l'impossibilité d'agir en établissement de la filiation en raison de l'écoulement d'un délai de prescription⁷⁰⁷. Dans cette situation, le conflit de droits est relatif, dans le sens où il est réglé *in abstracto* par la norme : un enfant, ou son parent agissant en son nom, peut imposer un lien de filiation à l'autre parent, mais cette possibilité est soumise à un délai de dix ans, dont le point de départ est reporté à la majorité de l'enfant.

Face à cette règle, la Cour adopte une position nuancée. Elle estime, en effet, que l'arbitrage entre l'intérêt d'un enfant à voir son lien de filiation établi et celui du parent à « être à l'abri de plaintes tardives »⁷⁰⁸, qui rejoint l'intérêt général consistant à « prévenir une injustice éventuelle dans le cas où les tribunaux seraient amenés à établir des faits remontant à plusieurs années »⁷⁰⁹, relève de la marge d'appréciation des États. Cependant, elle encadre quelque peu la liberté des États. Elle estime ainsi que la fixation d'un délai n'est pas en soi incompatible avec la Convention, mais que le délai prévu ne doit pas être trop rigide. Celui-ci doit permettre la possibilité d'action pour chaque protagoniste, ce qui implique une appréciation concrète de

⁷⁰⁴ FULCHIRON H., « La reconnaissance de la filiation des enfants nés dans des couples de même sexe devant les juridictions européennes : entre autolimitation et dynamique commune », *D.* 2022, p. 565.

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ V. *supra* n°161 et s.

⁷⁰⁷ Art. 321 C. civ.

⁷⁰⁸ CEDH, *Phinikaridou c. Chypre*, 20 décembre 2007, n°238990/02, §51.

⁷⁰⁹ *Ibid.*

chaque situation⁷¹⁰. Synthétiquement, « le principal problème réside donc dans le caractère absolu du délai et non dans sa computation en tant que telle »⁷¹¹. Fondant ses décisions sur le droit à l'identité de l'enfant, la Cour précise cependant que celui-ci doit faire preuve d'une certaine diligence dans la mise en œuvre de l'action⁷¹².

174. Obstacle légal temporel à une contestation de filiation. L'obstacle légal à la contestation de filiation peut résulter de l'écoulement du temps, afin de garantir la stabilité du lien de filiation établi. Il implique ainsi qu'un lien de filiation ne peut plus être contesté par son auteur, à l'expiration d'un certain délai. Face à cette situation, la Cour adopte également une position nuancée. Elle estime que l'encadrement des délais de prescription se justifie par la volonté des États de garantir la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l'enfant. Elle laisse ainsi une large marge de manœuvre aux États dans l'organisation du système de contestation. Cependant, elle impose qu'un juste équilibre soit trouvé entre les droits et intérêts concrets en jeu, la logique étant que le système juridique doit offrir une possibilité raisonnable pour agir. La preuve biologique de la non-paternité et l'absence d'existence d'un lien affectif sont des éléments particulièrement appréciés dans la balance des intérêts⁷¹³. À nouveau, le critère décisif dans ces décisions est la possibilité d'avoir pu agir, laquelle se traduit, dans le raisonnement de la Cour, par l'appréciation concrète qu'elle porte sur les circonstances de l'espèce⁷¹⁴.

⁷¹⁰ V. par ex. : CEDH, *Calin et a. c. Roumanie*, 19 juillet 2016, n° 25057/11 : impossibilité légale d'agir ; CEDH, *Capin c. Turquie*, 15 octobre 2019, n° 44690/09 : mensonges de la mère sur l'identité du père.

⁷¹¹ CEDH, *Phinikaridou c. Chypre*, 20 décembre 2007, n° 238990/02, § 62.

⁷¹² V. par ex. : CEDH, *Konstantinidis c. Grèce*, 3 avril 2014, n° 588009/09 ; CEDH, *Lavanchy c. Suisse*, 19 oct. 2021, n° 69997/17.

⁷¹³ V. par ex. pour des solutions concluant à une ingérence disproportionnée : CEDH, *Shofman c. Russie*, 24 novembre 2005, n° 74826/01, CEDH, *Mizzi c. Malte*, 12 janvier 2006, n° 55339/00 ; CEDH, *Paulik c. Slovaquie*, 10 octobre 2006, n° 10699/05 ; Pour un raisonnement identique concluant à une ingérence proportionnée : CEDH, *Iyilik c. Turquie*, 6 décembre 2011, n° 2899/05 : limite du droit de contester sa paternité, justifié par l'intérêt de l'enfant et notamment de la durée de la situation. La Cour rejette la demande, privilégiant les droits des tiers, notamment lorsque le tiers « est un enfant bénéficiant d'une filiation légitime de longue date ». La Cour se fonde ainsi sur le temps écoulé, les conséquences patrimoniales de l'action en désaveu de paternité et le refus de l'enfant de se soumettre à l'expertise.

⁷¹⁴ Pour une illustration intéressante de ces conditions v. CEDH, *Scalzo c. Italie*, 6 décembre 2022, n° 8790/21 : en l'espèce, l'Italie prévoyant un principe chronologique équivalent à l'article 320 du Code civil, la requérante ne pouvait pas agir en établissement, tant que sa filiation légalement établie n'était pas annulée. Or, la procédure de contestation n'était toujours pas définitive lorsque la Cour EDH s'est prononcée, après plus de 12 ans d'instance, ce qui a conduit la juridiction saisie de l'action en établissement de déclarer la requête irrecevable, plutôt que de sursoir à statuer. La CEDH condamne l'Italie car elle estime que « l'intéressée est maintenue dans un état

175. Obstacle légal temporel et conflit de filiations. L'obstacle à l'établissement de la filiation peut également résulter de l'existence d'un lien de filiation préexistant, limitant la possibilité d'action⁷¹⁵. Le conflit des intérêts en présence en devient particulièrement complexe puisqu'il oppose deux personnes réclamant le même statut et inclut l'enfant qui a pu tisser des liens affectifs avec l'un des protagonistes. Face à ces situations, la Cour adopte, à nouveau, une position relative, illustrée, pour le cas français, par l'arrêt *Mandet*⁷¹⁶, en ce qui concerne le droit applicable avant l'ordonnance de 2005. En l'espèce, elle retient l'ingérence dans le droit au respect de la vie familiale et le droit au respect de la vie privée de l'enfant, mais estime que les juridictions n'ont pas excédé la large marge d'appréciation dont elles disposaient. Elle précise, en effet, que « la marge d'appréciation est en principe restreinte lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, ce qui est le cas dès lors que l'on touche à la filiation. Dans le même temps, elle a jugé que la marge d'appréciation est "plus large" lorsqu'il s'agit de déterminer le statut juridique de l'enfant que lorsqu'il s'agit de trancher des questions en rapport avec les droits relatifs au maintien des relations entre un enfant et un parent ; elle a également précisé que cette marge est "importante" lorsqu'il s'agit de mettre en balance les droits fondamentaux concurrents de deux individus »⁷¹⁷. À nouveau, l'appréciation concrète de la situation et ses conséquences sont primordiales dans le raisonnement de la Cour, davantage que l'arbitrage opéré *in abstracto* dans la norme qu'elle ne remet pas en question. La réduction des délais de prescription par l'ordonnance⁷¹⁸ n'a pas modifié l'appréciation européenne de ces délais. Elle a utilisé la même logique de raisonnement récemment face à une contestation par le père biologique⁷¹⁹, rendue impossible en raison de l'extinction du délai de prescription. Celui qui réclamait la qualité de père n'ayant pas agi pendant le délai⁷²⁰ alors qu'il avait connaissance de sa paternité, la Cour a estimé que l'ingérence à son droit au respect de la vie privée et familiale était proportionnée.

176. Nullité de la reconnaissance. Enfin, dans le cas où un parent souhaite contester le lien établi, l'obstacle se « renverse », le reproche ne reposant pas sur une question de

d'incertitude prolongée quant à son identité personnelle. Le déroulement de la procédure porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée ».

⁷¹⁵ Art. 339 C. civ (ancien).

⁷¹⁶ CEDH, *Mandet c. France*, 14 janvier 2016, n°30955.

⁷¹⁷ CEDH, *A et B c. France*, 8 juin 2023, n°12482/21, §47.

⁷¹⁸ Art. 333 C. civ.

⁷¹⁹ CEDH, *C. P. et M. N. c. France*, 12 octobre 2023, n°56513/17 et 56515/17.

⁷²⁰ Plus précisément, le requérant avait agi avant l'expiration du délai mais son action avait été déclarée irrecevable, l'enfant n'ayant été appelé à la cause qu'après l'expiration du délai.

temporalité, mais sur l'admissibilité de l'action en contestation. Dans cette situation, illustrée par l'affaire *A. et B.*⁷²¹, la Cour laisse une large marge d'appréciation à l'État français. En l'espèce, un couple français avait réalisé une procréation médicalement assistée en Espagne avec double don, quelques jours après avoir déposé une requête en divorce par consentement mutuel. Le père reconnaît l'enfant deux jours après sa naissance, mais n'entretient que peu de relations avec elle durant la première année de sa vie en raison de la séparation parentale et des déplacements de la mère, emmenant l'enfant avec elle. Un peu plus d'un an après la naissance, il agit en contestation de paternité, se fondant sur son absence de consentement à l'AMP⁷²², demande à laquelle les juridictions françaises font droit. Face à une telle situation, la Cour octroie une large marge d'appréciation à l'État en raison de l'existence d'un conflit de droit. Elle en déduit une ingérence proportionnée dans le droit au respect de la vie privée de l'enfant. Elle valide ainsi l'arbitrage des intérêts contenus dans la norme, fondant l'établissement d'un lien de filiation à l'issue d'une assistance médicale à la procréation avec donneur sur la validité du consentement donné lors de la procédure⁷²³.

177. Modes de preuves. Enfin, concernant l'organisation du système probatoire dans le contentieux de la filiation, la Cour répond également de façon nuancée. Elle impose l'organisation de moyens – gestion de la preuve – permettant à la juridiction de se prononcer sur une action en établissement de paternité dans un délai raisonnable, tout en laissant une large marge d'appréciation sur les moyens en question⁷²⁴. Le refus de l'expertise n'est pas, en soi, une violation, elle n'impose donc pas le recours à la preuve biologique pour statuer sur la filiation. Elle reconnaît toutefois que la filiation peut être déduite d'un refus d'expertises corroboré par d'autres éléments, l'obligation de soumettre un individu à une expertise génétique étant tout autant discutable que l'impossibilité d'y avoir accès. La distinction faite, par la Cour, entre la question des origines personnelles et celle de la création d'un lien de droit, lui permet, par ailleurs, de moduler son raisonnement.

⁷²¹ CEDH, *A et B c. France*, 8 juin 2023, n°12482/21 ; LAMARCHE M., « Intérêt supérieur de l'enfant né d'une AMP à l'étranger et contestation de paternité devant la CEDH », *Dr. fam.* n°9, septembre 2023, alerte 88.

⁷²² Art. 311-20 (ancien) et 332 C. civ.

⁷²³ Le cadre légal est, par ailleurs, conforté par les éléments de l'espèce que les juges du fond avaient apprécié *in concreto* : conflit parental, absence de lien biologique, absence de liens affectifs et contournement des règles de l'AMP par le couple. Sur la question de l'importance du consentement à l'AMP, rapp. CEDH, *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 6339/50, dans laquelle la Cour a validé l'interdiction faite, par les autorités anglaises, à une femme d'utiliser les embryons conçus avec son ex-mari, bien que ce soit sa seule possibilité de devenir mère.

⁷²⁴ CEDH, *Mikulic c. Croatie*, 7 février 2002, n°53176/99 ; CEDH, *Canonne c. France*, 21 juin 2015, n°22037/13.

178. Norme inadaptée. Au regard de ces différentes illustrations, seule l'impossibilité d'établir un lien de filiation à la suite d'une gestation pour autrui réalisée valablement à l'étranger a conduit la Cour à être particulièrement incitative, ne laissant qu'une très légère marge de manœuvre aux États. Dans toutes les autres situations, le système légal *in abstracto* n'a pas été réellement remis en question, la Cour ayant cependant imposé l'appréciation concrète de la mise en œuvre des règles. Elle contraint ainsi les États à intégrer la souplesse de son raisonnement, mais se limite à cette obligation, laissant aux États une importante liberté dans l'articulation des intérêts abstraits dans la norme. Finalement, elle n'est venue contester que les situations où la norme était inadaptée à la situation, en ce sens que la situation concrète n'avait pas été envisagée lors de l'élaboration de la règle : si certains interdits avaient été prévus dans l'accès aux techniques dès les premières lois de bioéthique, la question des effets des filiations valablement établies à l'étranger était en marge du droit.

179. Intérêt général. Dès lors, l'intérêt général n'est pas absent du raisonnement de la Cour. Première étape du contrôle abstrait de la Cour – atteinte prévue par la loi et poursuivant un but légitime –, il est également pris en considération lors du contrôle concret de proportionnalité, au même titre que les autres intérêts en présence⁷²⁵. Consciente du caractère politique de ses décisions⁷²⁶, la Cour n'occulte pas sa subsidiarité sur ce point, ce qui l'a conduite à rappeler que « lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national. Il en va d'autant plus ainsi, lorsque, comme en l'espèce, il s'agit d'une question de société »⁷²⁷. Ce même arrêt conduit d'ailleurs la Cour à souligner le particularisme de l'élaboration des lois de bioéthique en France, celle-ci relevant la mise en place des états généraux⁷²⁸ « afin de prendre en considération l'ensemble des points de vue et de peser au mieux les intérêts et droits en présence »⁷²⁹. Le processus même d'élaboration de la norme commence ainsi à être contrôlé, peut-être au détriment d'un contrôle concret qui s'affaiblit⁷³⁰.

⁷²⁵ ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, op. cit., p. 252 et s ; DEUMIER P., « Le droit de la famille vu par ses sources », préc., 2015 p. 237.

⁷²⁶ CHÉNEDÉ F., « Brèves remarques sur la fondamentalisation du droit de la famille », *RDA* n°11, octobre 2015, p. 41.

⁷²⁷ CEDH, *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, 7 septembre 2023, n°21424/16 et 45728/17, §116.

⁷²⁸ Sur les états généraux et leur rôle dans l'élaboration des lois de bioéthique v. *supra* n°92.

⁷²⁹ CEDH, *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, 7 septembre 2023, n°21424/16 et 45728/17, §118 à 120. Pour plus de développements sur les particularités de l'élaboration des lois de bioéthique, v. *supra* n°41 et s.

⁷³⁰ V. *infra* n°232 et s.

L'intérêt général est néanmoins apprécié particulièrement par la Cour. Il n'est pas un intérêt prépondérant permettant de justifier n'importe quelle atteinte, mais il est « à égalité normative »⁷³¹ avec les intérêts des particuliers. Ce double niveau d'appréciation que fait la Cour de l'intérêt général, conduit à reconnaître la légitimité de l'arbitrage national contenu dans la norme⁷³² et ainsi la conception étatique abstraite de l'articulation des intérêts privés et publics. L'approche concrète permet, ensuite, de le relativiser sans le nier. Dès lors, l'intégration de ces raisonnements à l'ordre juridique français conduit nécessairement à faire muter l'ordre public. En mettant sur le même plan intérêt collectif et intérêts individuels et leur en octroyant un « certificat de conventionnalité », se développe un « ordre public humaniste »⁷³³, modifiant nécessairement la conception traditionnelle de l'ordre public.

b. L'appréciation concrète de la situation : recherche des intérêts prépondérants

180. *Préalable : l'obligation d'une appréciation in concreto.* Il est régulièrement reproché à la Cour européenne de privilégier subjectivement certains intérêts⁷³⁴ – le lien biologique⁷³⁵, l'intérêt de l'enfant⁷³⁶ et la volonté parentale⁷³⁷ – dans son appréciation concrète des intérêts. Pourtant, il est envisageable de considérer que « pour la Cour, il ne s'agit pas de savoir quelle est la vraie filiation ou quelle vérité doit l'emporter, ce qui la conduirait à juger les principes mêmes sur lesquels les droits nationaux ont construit leur droit de la filiation. [...] La Cour se donne seulement pour mission (et c'est déjà beaucoup), de vérifier si dans la construction de leur droit et/ou de sa mise en œuvre, les États ont respecté un juste équilibre entre les droits et intérêts en jeu, car ce sont ces droits et intérêts dont la Cour a la charge »⁷³⁸.

⁷³¹ DEUMIER P., « Le droit de la famille vu par ses sources », préc., p. 241.

⁷³² ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle limitée dans l'élaboration de sa jurisprudence ? », préc., spéc. p. 120.

⁷³³ DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux, Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, op. cit., n°292.

⁷³⁴ Pour une vue d'ensemble v. FULCHIRON H., « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la Cour EDH », préc., p. 153.

⁷³⁵ GARÉ T., « Pour la Cour EDH, l'intérêt supérieur de l'enfant est d'être rattaché à son père biologique ! », *JCP éd. G*, 14 mars 2016, act. 305.

⁷³⁶ FRISON-ROCHE M.-A., « Sophistique juridique et GPA », *D.* 2016 p. 85 ; DEKEUWER-DÉFFOSSEZ F., « Les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, p. 249 qui qualifie l'intérêt de l'enfant de « boîte où chacun met ce qu'il souhaite y trouver ».

⁷³⁷ HAUSER J., « État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! », *RTD civ.*, 2014, p. 616 ; TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille*, Dalloz coll. « Précis », 2018 n° 841 et s., spéc. 844.

⁷³⁸ FULCHIRON H., « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la Cour EDH », préc., p. 151.

Dans cette optique, elle vérifie l'argumentaire employé par les États, les forçant à étayer leur argumentation, afin que les différences de traitement ne conduisent pas indirectement à accorder à certains ce que l'on refuse à d'autres⁷³⁹. Si certains éléments constitutifs du lien de filiation se détachent, il résulte de l'analyse de la mise en balance des intérêts que la combinaison de ces différents éléments concrets a davantage d'influence qu'un de ces éléments pris isolément.

181. Lien biologique. Un aperçu rapide des affaires *Mennesson* et *Paradiso* laisse facilement à croire que le lien biologique est déterminant dans l'appréciation européenne : dans le premier cas, sa présence justifie la reconnaissance du lien de filiation entre les enfants et le père à la suite d'une GPA, dans le second, son absence est un argument permettant à la Cour de confirmer la décision italienne d'avoir séparé l'enfant issu d'une convention de mère porteuse de ses parents d'intention. La Cour européenne affirme d'ailleurs régulièrement son importance, la connaissance de la réalité biologique étant un élément fondamental dans la construction identitaire de chacun⁷⁴⁰. Il n'en demeure pas moins un élément relatif.

En premier lieu, le lien biologique doit nécessairement être corroboré par d'autres composants du lien de filiation pour primer lors de la balance des intérêts⁷⁴¹. Par ailleurs, il n'aura pas la même résonance si la demande de traduction du lien biologique en lien de filiation émane d'un parent ou d'un enfant⁷⁴², la construction identitaire de ce dernier étant un élément spécialement apprécié par la Cour, en particulier si l'enfant est jeune⁷⁴³.

En second lieu, la Cour adopte une approche différente du lien biologique que celle du droit français. La distinction effectuée par la Cour entre statut juridique de filiation et connaissance des origines personnelles lui permet d'apprécier différemment les atteintes. Ainsi, la prise en

⁷³⁹ V. sur ce point l'analyse portant sur le « droit à l'enfant », argument facilement utilisé pour justifier des refus d'établissement de filiation et limiter l'approfondissement du débat, grâce à la persuasion dont bénéficie cette « menace » ; FULCHIRON H., « Le droit à l'enfant : faux droit, vrai danger ? », in RÉGLIER A.-C., SIFFREIN-BLANC C., *L'intérêt de l'enfant, mythe ou réalité ?*, Institut universitaire Carenne, coll. « Colloques & Essais », 2018, p. 217-228, spéc. p. 224 et s.

⁷⁴⁰ V. par ex., CEDH, *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, n° 10454/83 ; CEDH, *Konstantinidis c. Grèce*, 3 avril 2014, n°58809/09, §61 ; CEDH, *Silva et Mondim Correia c. Portugal*, 3 octobre 2017, n°72105/14 et 20415/15, §68.

⁷⁴¹ V. par ex., CEDH, *Ahrens c. Allemagne*, 22 mars 2012, n°45071/09, §74 ; CEDH, *Marinis c. Grèce*, 9 octobre 2014, n°3004/10, §77 ; CEDH, *C. P. et M. N. c. France*, 12 octobre 2023, n°56513/17 et 56515/17 §51 : ingérences proportionnées malgré l'impossibilité pour le père biologique d'établir son lien de filiation.

⁷⁴² V. par ex., CEDH, *Yousef c. Pays-Bas*, 5 novembre 2002, n°33711/96.

⁷⁴³ Même si l'âge n'est pas nécessairement un critère déterminant, v. par ex., CEDH, *Jäggi c. Suisse*, 13 juillet 2006, n°58757/00 où l'enfant avait 67 ans au moment de la décision.

considération factuelle de la connaissance de la réalité biologique peut permettre de considérer comme proportionnée l'atteinte à l'article 8⁷⁴⁴.

182. Exemple : l'établissement d'un lien biologique contre la volonté de l'enfant.

La Cour estime, par principe, que « lorsque l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible dès la naissance ou, dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille »⁷⁴⁵. Cependant, au vu de certaines circonstances d'espèce, elle a pu, dans l'affaire *Yousef*⁷⁴⁶, faire prévaloir l'intérêt de l'enfant lors de la mise en balance de celui-ci avec les droits du parent – en l'espèce du père qui souhaitait établir sa filiation et se heurtait au refus de la mère – et de l'enfant. Dans cette affaire, la mère était décédée et avait réitéré son refus dans son testament. Le père n'avait eu qu'une brève vie commune avec l'enfant avant de déménager dans un autre pays. L'établissement de la filiation à son égard aurait conduit à un changement de nom pour l'enfant et à une rupture avec sa famille maternelle avec laquelle il avait grandi et qui le prenait en charge depuis le décès de sa mère. En effet, le père souhaitant vivre avec l'enfant dans le pays dans lequel il avait déménagé ce qui a conduit la Cour à conclure, comme l'avaient fait les juges néerlandais, que l'ingérence était proportionnée.

183. Intérêt supérieur de l'enfant. « Facteur d'adaptabilité du droit »⁷⁴⁷, l'intérêt de l'enfant, dont la consécration textuelle est d'ordre international⁷⁴⁸, ne pouvait que séduire la Cour européenne tant il s'intègre dans la logique de raisonnement de celle-ci. Veillant tout particulièrement à la protection des vulnérabilités, la Cour européenne a « en quelque sorte, intégré l'article 3 de la CIDE dans ce que l'on serait tenté d'appeler son “bloc de conventionnalité”, en faisant du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant une dimension essentielle de l'article 8 de la Convention EDH »⁷⁴⁹. L'article 3§1 de la CIDE est ainsi explicitement utilisé par la Cour européenne depuis 2006⁷⁵⁰ bien que l'intérêt de l'enfant soit

⁷⁴⁴ V. par ex., CEDH, *Yousef c. Pays-Bas*, 5 novembre 2002, n°33711/96.

⁷⁴⁵ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74.

⁷⁴⁶ CEDH, *Yousef c. Pays-Bas*, 5 novembre 2002, n°33711/96.

⁷⁴⁷ GOUTTENOIRE A., « L'intérêt supérieur de l'enfant au cœur des systèmes », préc., p. 1209.

⁷⁴⁸ Art. 3 CIDE.

⁷⁴⁹ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », préc., p. 41.

⁷⁵⁰ CEDH, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, n°13178/03.

évoqué depuis 1996⁷⁵¹, la Cour rappelant régulièrement sa primauté⁷⁵². Par ailleurs, l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe ayant ratifié la CIDE, l'utilisation par la Cour européenne de l'intérêt de l'enfant ne pose pas de difficulté de légitimité et permet l'utilisation d'un « standard national » présent plus ou moins formellement dans les différents ordres juridiques nationaux.

184. Double utilisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour fait un double usage de la notion. L'intérêt de l'enfant est, en premier lieu, un intérêt particulier en ce sens qu'il est « un objectif, une ligne de conduite qui doit éclairer, habiter et irriguer »⁷⁵³ les décisions internes. En ce sens, la Cour va s'en servir comme un « guide » et s'assurer que l'intérêt de l'enfant a été apprécié abstraitement et concrètement dans la décision. Il en devient un « critère de conventionnalité »⁷⁵⁴, tout comme son utilisation en droit interne par la Cour de cassation en fait un critère de conformité⁷⁵⁵. De plus, la Cour ne peut pas apprécier trop abstraitement l'intérêt supérieur de l'enfant dans les questions relatives à la filiation, au risque de prendre la place du législateur national. C'est davantage la compilation des appréciations concrètes de l'intérêt de l'enfant par la Cour européenne qui permettra de généraliser le contenu abstrait de cet intérêt, mais ces éléments ne seront que des tendances⁷⁵⁶.

L'intérêt de l'enfant est, en second lieu, un intérêt particulier à apprécier lors de la balance des intérêts effectuée dans le cadre du contrôle concret de conventionnalité. Il doit ainsi être obligatoirement confronté concrètement aux autres intérêts en présence⁷⁵⁷, et spécialement s'il s'oppose à ceux des parents. Dès lors, il devient un élément déterminant à apprécier lors de l'évaluation d'un conflit de droits. Il n'en demeure pas moins que la Cour, si elle impose son

⁷⁵¹ CEDH, *Johansen c. Norvège*, 7 août 1996, n° 17383/90, JCP, 1997, I, 4000, obs. F. Sudre.

⁷⁵² V. par ex., CEDH, *Mennesson et Labassée c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11, D. 2014, 1797, note Chénéde ; 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, 1806, note L. d'Avout, chron. p. 1773, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *AJ fam.* 2014. 499, obs. B. Haftel, 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; CEDH, *Mandet c. France*, 14 janv. 2016, n° 30955/12 ; D. 2016. 257 ; D. 1966, obs. Gouttenoire ; D. 2017. 729, obs. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2016. 213, obs. Chénéde ; *RTD civ.* 2016. 331, obs. Hauser ; *RLDC* 2016, n° 1636, p. 39.

⁷⁵³ GOUTTENOIRE A., « L'intérêt supérieur de l'enfant au cœur des systèmes », préc., p. 1209.

⁷⁵⁴ GOUTTENOIRE A., SUDRE F., « La Cour européenne des droits de l'homme et l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.* 2019, chron. 1.

⁷⁵⁵ GOUTTENOIRE A., « L'intérêt supérieur de l'enfant au cœur des systèmes », préc., p. 1215 et s. V. aussi GOUTTENOIRE A., « Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *LPA* n°200, 2010 p. 24 ; BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, op. cit., n°172 et s., spéc. n°183.

⁷⁵⁶ MURAT P., « Structures sociales ou droits fondamentaux ? », préc., p. 297-298.

⁷⁵⁷ GOUTTENOIRE A., SUDRE F., « La Cour européenne des droits de l'homme et l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.* 2019, chron. 1.

appréciation concrète lors de la mise en balance des intérêts, ne vient pas contester cette appréciation qui relève de l'appréciation nationale, bien qu'elle s'assure de la qualité de la motivation des juridictions françaises⁷⁵⁸. De plus, elle n'assimile pas intérêt et volonté de l'enfant, la détermination de son contenu reste entre les mains des juges qui peuvent ainsi, au nom de l'intérêt de l'enfant, prendre une décision ne correspondant pas à ce que l'enfant a exprimé⁷⁵⁹. Par conséquent, si un certain contenu normatif abstrait de l'intérêt de l'enfant se dessine dans la jurisprudence européenne – établir un lien biologique revendiqué⁷⁶⁰, connaître ses origines afin de garantir une construction identitaire⁷⁶¹ –, il n'en est qu'une « ébauche »⁷⁶², l'appréciation concrète pouvant en décider autrement.

185. Volonté parentale. Enfin, il a été reproché à la Cour de faire primer la volonté parentale, spécialement face à des comportements parentaux contournant les principes nationaux. Qualifié de « technique du fait accompli »⁷⁶³ fondée sur une instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant⁷⁶⁴, le comportement parental – et surtout, derrière lui, la volonté des parents

⁷⁵⁸ V. par ex. sur la question du maintien des relations entre l'enfant et l'ex compagne de sa mère : CEDH, *Honner c. France* 12 novembre 2020, n°19511/15 et CEDH, *Callamand c. France*, 7 juillet 2022, n°2338/20. Si dans la première décision, les arguments justifiant le refus d'accorder un droit de visite ont été considérés comme suffisants par la Cour européenne, ce n'est pas le cas de la seconde où la Cour a relevé « que la présente affaire diffère de l'affaire *Honner* précitée, notamment parce que la conclusion de non-violation de l'article 8 de la Convention à laquelle elle est parvenue dans l'affaire *Honner* repose sur le constat que la décision de la cour d'appel de Paris était attentivement motivée, notamment en ce qui concernait la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour a observé à cet égard que pour juger qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant de poursuivre ses rencontres avec la requérante, la cour d'appel de Paris avait relevé qu'il était fragile, qu'il se trouvait dans une situation traumatisante et culpabilisante, au centre d'un conflit entre la requérante et sa mère biologique, lesquelles ne parvenaient pas à échanger sans agressivité, que les changements de mains de l'une à l'autre se passaient mal et qu'il s'était montré réticent à se rendre chez la requérante. En l'espèce, il n'y a rien dans le raisonnement des juridictions nationales qui permette à la Cour de voir si la situation était comparable et, donc, de nature à conforter la conclusion selon laquelle A. devait être protégée de tout contact avec la requérante ».

⁷⁵⁹ V. par ex., CEDH, *Mandet c. France*, 14 janvier 2016, n° 30955/12.

⁷⁶⁰ CEDH, *Mennesson et Labassé c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11 et n°65941/11.

⁷⁶¹ CEDH, *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, n° 10454/83 ; CEDH, *Mandet c. France*, 14 janvier 2016, n° 30955/12 où seul le père biologique revendiquait la reconnaissance juridique du lien de filiation tandis que la mère, le père juridique et surtout l'enfant s'y opposaient.

⁷⁶² GOUTTENOIRE A., SUDRE F., « La Cour européenne des droits de l'homme et l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.* 2019, chron. 1 ; MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°673 ; DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°733.

⁷⁶³ V. par ex., HAUSER J., « État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! », *RTD civ.*, 2014, p. 616 ; TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille*, op. cit., n° 841 et s., spéc. 844.

⁷⁶⁴ RÉGLIER A.-C., « La notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in RÉGLIER A.-C., SIFFREIN-BLANC C., *L'intérêt de l'enfant, mythe ou réalité ?*, Institut universitaire Carenne, coll. « Colloques & Essais », 2018, p. 96 et s. ; TETARD S., « La notion d'intérêt de l'enfant : de l'imprécision à l'instrumentalisation », *LPA*, 15 juillet 2015, n°140, p. 20 et 21.

– serait un élément décisionnel prépondérant dans le raisonnement européen, permettant de contourner les interdits nationaux. Pourtant, la volonté parentale n'est jamais, à elle seule, suffisante pour fonder une décision européenne. « L'onde de choc » provoquée par la décision *Mennesson* et, à sa suite, la première décision *Paradiso*⁷⁶⁵ a évidemment questionné les commentateurs, mais la Cour européenne n'a pas, semble-t-il, abattu l'intégralité des interdits sur la seule justification de revendications parentales. Le fait accompli ne peut pas être occulté dans de telles décisions et la Cour le prend en compte : l'enfant existe, il a été conçu par une technique de procréation assistée souhaitée par les parents d'intention à l'étranger, et ceux-ci ont revendiqué la reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger à leur retour dans leur pays d'origine. La différence de conclusions de la Cour et son argumentation dans ces deux affaires éclairent cependant les limites de son indulgence dans ces situations. La confirmation dans le second arrêt *Paradiso* – influencée par les opinions dissidentes ?⁷⁶⁶ – de la décision italienne qui avait séparé l'enfant et le couple d'intention repose, en effet, grandement sur le comportement frauduleux des parents. L'absence de lien biologique, élément également déterminant, n'est pas seulement un élément dans la décision : il vient renforcer le caractère frauduleux du comportement parental puisque sont visées tant les règles italiennes de procréation assistée que celles relatives à l'adoption et, partant, le risque de trafic d'enfant⁷⁶⁷.

186. Volonté parentale et réaction étatique. La réaction italienne face à ce comportement frauduleux conduit la Cour à ne pas prendre acte du fait accompli et lui permet de préciser le poids important de l'intérêt général, car une décision contraire « serait revenue à légaliser la situation créée par eux [les parents] en violation de règles importantes du droit italien »⁷⁶⁸. L'intérêt de l'enfant, apprécié in *concreto* et auquel la Cour fait référence, ne l'a ainsi pas conduite à conclure autrement, malgré la référence faite à la rupture brutale des relations affectives d'un enfant de quelques mois avec le couple qui le prenait en charge depuis sa naissance⁷⁶⁹. Dès lors, « la Cour adresse donc un message aux particuliers : quelle que soit la compassion qu'elle peut éprouver pour les personnes, la Cour n'est pas là pour valider au nom des droits de l'homme le fait accompli en violation du droit interne et des principes du

⁷⁶⁵ CEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 27 janvier 2015, n°25358/12 ; mais contredite par la décision de la Grande chambre, CEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, n°25358/12.

⁷⁶⁶ ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle limitée dans l'élaboration de sa jurisprudence ? », préc., p. 120 et s.

⁷⁶⁷ CEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, n°25358/12 §177.

⁷⁶⁸ *Ibid.*

⁷⁶⁹ CEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, n°25358/12 §206.

droit international... ». ⁷⁷⁰ La volonté des parents ne peut ainsi pas contredire la « compétence exclusive de l'État pour reconnaître un lien de filiation – et ce uniquement en cas de lien biologique ou d'adoption régulière – dans le but de préserver les enfants » ⁷⁷¹. L'analogie de cette situation avec l'affaire *Valdís* ⁷⁷² paraît confirmer cette analyse : en l'espèce, les autorités islandaises avaient placé l'enfant, né par GPA, au domicile du couple d'intention dont aucun des membres n'avait de lien biologique avec lui. Si, dans le cas d'espèce, la Cour constate l'existence d'une vie familiale, elle ne conclut pas à une violation de la Convention, l'Islande ayant pris des mesures suffisantes pour préserver cette vie familiale, grâce au placement prévu et la possibilité d'adoption qu'avait le couple. La réaction de l'État et sa cohérence paraissent, dès lors, centrales dans le raisonnement européen ⁷⁷³. S'il laisse la relation entre l'enfant et ses parents d'intention exister, il a l'obligation de la protéger.

187. Vie privée, vie familiale et effectivité. Tout comme elle distingue le fait de connaître ses origines du fait d'établir un lien biologique, la Cour distingue le vivre ensemble et le fait de traduire juridiquement ce « vivre ensemble » en lien de droit. Sa conception de la vie familiale repose, en quelque sorte, sur la distinction entre « vie familiale de fait et juridique » et « vie familiale exclusivement de fait » ce qui lui permet une nuance de réponse plus importante ⁷⁷⁴. L'existence d'une vie de famille est ainsi un élément factuel apprécié dans la mise en balance des intérêts, mais également une notion bénéficiant d'une reconnaissance juridique et d'une protection graduée.

Concernant la notion même de vie familiale, si un certain nombre de configurations familiales a été reconnu comme caractérisant l'existence d'une vie familiale, cette qualification n'emporte pas systématiquement violation de l'article 8. La Cour donne une existence juridique à des situations et c'est la suite du déroulement du contrôle qui permettra de déterminer l'ampleur de la protection ⁷⁷⁵. À cette affirmation, il faut ajouter la prise en compte de la « pure vie familiale de fait » que la Cour utilise pour apprécier la proportionnalité de l'atteinte, la simple existence

⁷⁷⁰ FULCHIRON H., « De l'illicite peut-il naître un droit ? », *JCP éd. G.* n°12, 20 mars 2017, note 323.

⁷⁷¹ CEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, n°25358/12 §177.

⁷⁷² CEDH, *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande*, 18 mai 2021, n°71552/17 : où les autorités islandaises n'ont pas séparé l'enfant du couple d'intention

⁷⁷³ Déjà pressenti en 2014 par Pierre Murat. V. MURAT P., « Structures sociales ou droits fondamentaux ? », préc., spéc. p. 293-300.

⁷⁷⁴ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°108 et s., spéc. n°191 et s.

⁷⁷⁵ GAUTHIER C., GOUTTENOIRE A., « Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille », préc., p. 75 et s

d'une situation de fait qui ne pose pas de difficultés quotidiennes trop importantes pourra être suffisante à ses yeux.

188. Vie familiale et effectivité : illustration. Par exemple, la Cour estime, face à une demande faite par deux femmes ayant eu un enfant par gestation pour autrui à l'étranger que « la jouissance effective par les trois requérants de leur vie familiale n'a pas été interrompue par une intervention de l'État défendeur. Au contraire, ce dernier a pris des mesures pour que les trois requérants puissent continuer à mener une vie familiale, malgré la non-reconnaissance du lien parental et le divorce des premier et deuxième requérants. Bien que la non-reconnaissance ait affecté la vie familiale des requérants, la jouissance de celle-ci était également préservée par la pérennisation du régime familial de garde, ce qui a dû permettre d'atténuer nettement l'incertitude et l'angoisse évoquées par les requérants. En outre, l'État défendeur a naturalisé le troisième requérant, ce qui a eu pour effet de régulariser et de garantir son séjour et ses droits dans le pays. Les obstacles réels et pratiques à la jouissance de la vie familiale créés par la non-reconnaissance d'un lien familial semblent donc être limités »⁷⁷⁶. Cette amplitude de « la notion de vie familiale permet d'embrasser toutes sortes de situations dans lesquelles l'effectivité se marie à l'affectivité »⁷⁷⁷.

Ce raisonnement permet à la Cour d'avoir une certaine souplesse, garantissant le principe de subsidiarité. Cette protection progressive permet une protection prudente sur des questions qui sont tout aussi inédites pour elle que pour les États. Cependant, l'implication symbolique est réelle puisqu'un tel raisonnement garantit la reconnaissance de l'existence de la configuration familiale, malgré l'absence systématique d'effets associés à cette reconnaissance. La souplesse du régime de protection accordée par la Cour européenne permet ainsi de ne pas affronter frontalement la question de la qualification/application du régime en découlant et « d'adapter le droit à la complexité du réel »⁷⁷⁸. Cette « qualification à effet limité » conduit à étendre progressivement le domaine de protection et surtout, favorise l'acclimatation progressive aux configurations familiales non traditionnelles⁷⁷⁹, favorisant, dès lors, la libéralisation de la matière familiale en droit interne.

⁷⁷⁶ CEDH, *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande*, 18 mai 2021, n°71552/17.

⁷⁷⁷ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°21.

⁷⁷⁸ FULCHIRON H., « La part de flou dans le droit, variations sur la souplesse de la règle de droit », *RTD civ.* 2022, p. 333.

⁷⁷⁹ Sur ce point, v. par ex GAUTHIER C., GOUTTENOIRE A., « Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille », préc., p. 75 et s. qui parlent de la reconnaissance des nouvelles situations

189. « Dynamique des normes »⁷⁸⁰. Pour reprendre l'hypothèse formulée par le professeur FULCHIRON, ces techniques d'interprétation nourrissent particulièrement la « dynamique des normes », cette dernière étant gouvernée par « la “loi” du libéralisme maximum » et « la “loi” de la compatibilité minimum ».

Pour la première, elle signifie que la solution la plus libérale aura tendance à s'imposer, plus ou moins directement, étant la plus compatible entre les différentes interactions des ordres juridiques et surtout apparaissant comme la plus avancée, spécialement lorsque le texte de référence repose sur les droits et libertés individuels. Les interprétations évolutives et consensuelles cherchant à atteindre une protection effective de droits individuels, elles amplifient les arguments favorables aux libertés individuelles et impliquent une justification plus importante des États dans l'ingérence qui peut être faite à ces libertés individuelles amplifiées. Par ailleurs, les techniques d'interprétation garantissent l'efficacité de ce phénomène. L'interprétation progressive permet de doser la part de libéralisation et favorise l'acclimatation à des formes familiales inédites, tendant ainsi, à plus long terme, à diffuser l'évolution libérale. La reconnaissance accordée aux situations valablement constituées à l'étranger est un gage supplémentaire de cette acclimatation, permettant une tolérance plus importante du pays d'accueil conduisant à ce que « la réaction de son ordre public va s'atténuer »⁷⁸¹. L'usage du consensus renforce la légitimité de la libéralisation puisqu'il indiquerait le sens de l'avancée commune aux pays occidentaux, ce qui est également conforté par la globalisation des sources.

Pour la seconde, elle consiste, avec le développement de la circulation des personnes, particulièrement visible dans l'UE, à ce que des droits et libertés fondamentaux reconnus dans un État doivent avoir un minimum d'équivalence dans un autre, pour ne pas remettre en cause des situations juridiques légalement créées ou des espérances légitimes fondées sur ces droits, même si l'existence de cette situation repose sur une pratique illégale dans l'État d'origine. Les instruments créés afin de coordonner les différents systèmes conduisent à une certaine standardisation des droits qui, au-delà de la question d'un ordre public européen, renforce le phénomène de dynamique des normes, le standard devenant progressivement un modèle, plus libéral.

familiales sur le fondement de la vie familiale comme d'une « étape » dans « l'élaboration de leur protection complète et effective ».

⁷⁸⁰ FULCHIRON H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “dynamique des normes” », *RTD civ.* 2017, p. 271.

⁷⁸¹ *Ibid.*

Dans un contexte où les familles sont en pleine mutation, « la “dynamique des normes” répond en quelque sorte au “dynamisme des mœurs” »⁷⁸². L’action de la Cour européenne alimente fortement la dynamique, mais ne peut fonctionner qu’en raison d’un ensemble de facteurs, conditionnés par un contexte juridique, politique et idéologique favorable à la promotion des libertés individuelles.

CONCLUSION SECTION I :

190. Révolution substantielle. La Cour européenne des droits de l’homme promeut « une forme de libéralisme familial entendu comme la faculté de l’individu d’organiser sa vie privée et domestique et non pas comme un statut de groupe »⁷⁸³, favorable à la considération des singularités. Elle participe, dès lors, à la libéralisation du droit de la filiation en élaborant une protection familiale individualisée qui « impose aux États un droit commun minimum permettant d’assurer une protection fondamentale notamment à l’enfant eu égard à son intérêt supérieur »⁷⁸⁴. Raisonnant à partir de situations concrètes et cherchant à favoriser l’autonomie individuelle, elle ne prend pas en considération une logique de modèle ni le principe d’indisponibilité garantissant l’intégrité de ce modèle⁷⁸⁵. Pour autant, son influence sur l’ordre juridique interne est encadrée par les méthodes d’élaboration de son raisonnement⁷⁸⁶ articulées autour des principes de subsidiarité et d’effectivité. En découle une influence substantielle relative⁷⁸⁷. La « révolution des droits de l’homme » a, pour le droit français, conduit à une adaptation des règles relatives à la reconnaissance des parentés particulières valablement constituées à l’étranger, justifiée par l’exigence d’effectivité des droits fondamentaux. Seules les situations qui n’avaient pas été envisagées lors de l’élaboration de ces normes ont conduit

⁷⁸² FULCHIRON H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “dynamique des normes” », *RTD civ.* 2017, p. 271.

⁷⁸³ BORRILLO D., *La famille par contrat, la construction politique de l’alliance et de la parenté*, op. cit., p. 13.

⁷⁸⁴ GOUTTENOIRE A., MARCHADIER F., « La famille dans la Convention européenne des droits de l’homme, retour sur 70 ans de jurisprudence », *Dr. fam.* n°4, avril 2021, étude 8, n°7.

⁷⁸⁵ PICHARD M., « Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille », préc., p. 185.

⁷⁸⁶ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°108 et s., spéc. n°184.

⁷⁸⁷ VIGNEAU V., SIFFREIN-BLANC C., « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », in AGRESTI J.-P. (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, p. 91.

la Cour à se montrer plus incitative : le principe de subsidiarité a conduit abstraitement à la validation globale des arbitrages entre intérêts contenus dans les normes relatives à la filiation.

191. Révolution méthodologique. Dès lors, la révolution des droits de l'homme est surtout d'ordre méthodologique en ce sens que « les droits de l'homme n'apparaissent alors que comme des catalyseurs d'évolutions qui semblaient, à terme plus ou moins proche, assez peu évitables et qu'ils n'ont fait que précipiter. En somme, l'emprise des droits de l'homme ne se manifeste pas toujours au premier chef dans les solutions retenues »⁷⁸⁸. Les techniques de la Cour européenne et la place de ses décisions dans la hiérarchie des normes ont relativisé le poids de l'ordre public traditionnel. Celui-ci n'a pas disparu, mais a muté⁷⁸⁹, la promotion d'un modèle devant désormais s'articuler avec la protection des individualités. Le développement d'un ordre public fondamental bouscule, en effet, les articulations d'intérêts traditionnellement faites en droit français. L'intérêt général n'est pas, dans le raisonnement européen, une limite aux intérêts individuels, mais est un intérêt à concilier parmi d'autres⁷⁹⁰, offrant plus de place aux singularités. De plus cette confrontation d'intérêts se fait en deux temps, abstraitement dans le contenu de la règle, voire même sur son processus d'élaboration, mais également concrètement, lors de sa mise en œuvre. L'influence de la Cour modifie l'appréciation des valeurs dans le contenu de la norme ainsi que le degré de protection dont vont bénéficier ces valeurs, octroyant par conséquent une protection plus importante aux libertés individuelles.

192. Raisonnement européen et évolutions sociétales. Cette méthode d'interprétation, son idéologie et sa mise en œuvre sont également particulièrement adaptées aux mutations familiales : l'absence de parti pris prédéterminé – en ce sens que la Cour ne raisonne pas à partir d'un modèle de référence – et l'adaptabilité des solutions permettent le développement d'un pluralisme progressif, évoluant en fonction des configurations parentales proposées.

⁷⁸⁸ PICHARD M., « Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille », préc., p. 191.

⁷⁸⁹ Pour de plus amples développements sur la mutation de l'ordre public v. DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux, Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, op. cit. ; LEMOULAND J.-J. et PIETTE G., v° « Ordre public et bonnes mœurs », in *Rép. Civ. Dalloz*, act. juin 2023, spéc. n°122 et s.

⁷⁹⁰ MARGUÉNAUD J.-P., « La mise en œuvre du principe de “proportionnalité privatisée” par la première chambre civile de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2015 p. 825.

193. Mutation de l'ordre public : intégration des droits fondamentaux. Cette protection individualisée n'est pas déconnectée des logiques du droit français. Les droits fondamentaux ont imprégné l'ordre public interne, qui doit désormais concilier son objectif traditionnel de limite des volontés individuelles avec la protection des individualités parmi les valeurs supérieures⁷⁹¹. Ce double enjeu est, cependant, délicat à manier sur les questions relatives à la filiation. L'intégration des valeurs européennes, mais aussi des techniques de raisonnement souples et élaborées *a posteriori* s'avère complexe dans un ordre juridique reposant sur la construction abstraite d'un modèle⁷⁹².

SECTION II : FONDAMENTALISATION DU DROIT INTERNE

194. Loi et droits fondamentaux. La tradition légicentriste française fait de la loi le fondement de la liberté individuelle. Sacralisée à la Révolution, la loi n'est pas contrôlée dans un premier temps. Le contrôle de conformité de la loi ne s'est véritablement mis en place en France qu'au moment de l'adoption de la Constitution de la V^e République en 1958 et a été renforcé à partir de 1971. Cet héritage participe à l'ambiguïté des rapports de la loi et de la liberté, la loi étant à la fois libératrice et liberticide⁷⁹³. Chargé d'encadrer les relations individuelles, l'article 34 de la Constitution confie à la loi une compétence de principe en matière de libertés dans une optique d'effectivité des droits généraux et abstraits proclamés. Mais désormais dévalorisée et concurrencée, elle doit mettre en œuvre les droits fondamentaux énoncés par les sources supralégislatives, tout en étant contrôlée dans cette mise en œuvre. De plus, le pluralisme des sources fondamentales se traduit par une diversité de contrôles, au contrôle de constitutionnalité, s'est ajouté le contrôle de conventionnalité, contraignant doublement la loi. Dès lors, le mouvement de fondamentalisation a conduit à un renouvellement des sources internes en droit de la famille mais également de ses enjeux. La loi civile n'est plus souveraine dans l'organisation des relations des individus. Paradoxalement, les droits fondamentaux ont à la fois intégré et concurrencé la loi. Il en résulte une considération accrue

⁷⁹¹ FULCHIRON H., « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *D.* 2017, p. 1737.

⁷⁹² PICHARD M., « Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille », *préc.*, spéc. p. 185 et 186.

⁷⁹³ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 229 et s.

de la situation concrète de l'individu, insufflant indirectement la singularité au cœur de la norme.

195. *Announce de plan.* Ces influences conjuguées se manifestent singulièrement en droit de la filiation. L'intégration des droits fondamentaux a ainsi conduit à un renouvellement de l'élaboration normative (§I.), tandis que leur concurrence a renforcé les contrôles internes de la loi (§II.).

§I. Le pluralisme d'influences renouvelant l'élaboration de la loi

196. *Ballotement légal.* Au-delà de la critique de perte de souveraineté, il paraît rapide d'affirmer que le droit français s'est purement et simplement soumis au droit européen des droits de l'homme. Les relations sont plus complexes, le législateur national n'étant pas, par principe, hostile à toute évolution justifiée par le mouvement de fondamentalisation⁷⁹⁴. Le droit français est davantage tiraillé entre la promotion des libertés individuelles et l'élaboration d'un modèle familial⁷⁹⁵, ce que la doctrine signalait dès la fin du XX^e siècle, en considérant qu'« au fond si notre législateur, *volens nolens*, est relativement coopérant pour accueillir les progrès de la liberté individuelle, il l'est moins pour accueillir les progrès de la liberté familiale »⁷⁹⁶. Dans une telle optique, le droit français est à la fois irrésistiblement attiré par le droit européen des droits de l'homme et la protection individuelle des membres d'une famille qu'il promet, tout en étant en opposition avec l'absence de modèle fondant cette conception. Par conséquent seront exposées des modifications légales favorables au développement d'une protection individualisée où les droits fondamentaux sont visiblement à l'origine de l'évolution normative. Ces modifications illustrent la diversité des influences sur la loi (A.) et permettront de saisir le développement des « tactiques législatives » qui trahissent cet oscillement légal (B.).

⁷⁹⁴ V. dans le même sens HAUSER J., « L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, 1996, p. 121.

⁷⁹⁵ LEMOULAND J.-J., « Filiation : 1972-2022, et maintenant ? », *Dr. fam.* n°6, juin 2022, dossier 11.

⁷⁹⁶ HAUSER J., « L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille », préc., p. 122.

A. Modifications légales et fondamentalisation

197. *Modifications à la marge influencées par le Comité des droits de l'enfant.*

L'internationalisation des sources du droit de la famille est indéniablement liée au mouvement de fondamentalisation. Bien que sa manifestation principale en droit de la filiation soit l'influence de la Cour européenne et l'intégration de ses raisonnements dans la jurisprudence française, le législateur s'est également saisi ponctuellement de recommandations internationales afin de protéger, dans l'ordre juridique interne, les atteintes aux droits fondamentaux des individus. À ce titre, la CIDE⁷⁹⁷ et les recommandations du Comité des droits de l'enfant ont été à l'origine de modifications législatives destinées à assurer la protection de l'enfant. Le droit de la filiation n'est pas le principal bénéficiaire des modifications les plus importantes,⁷⁹⁸ mais il est possible de signaler, par exemple, la modification du délai de déclaration de naissance en 2016⁷⁹⁹ qui est directement issue des recommandations du Comité en 2009⁸⁰⁰, réitérées en 2016⁸⁰¹.

198. *Influence relative du Comité des droits de l'enfant ?* Les recommandations du Comité ne sont pas systématiquement suivies d'effets en droit français. L'accouchement dans le secret est, par exemple, un sujet « préoccupant » pour le Comité qui le signale dans l'ensemble des rapports qu'il a adressés à la France⁸⁰². Plus précisément est visée l'impossibilité pour l'enfant de connaître l'identité de la mère si celle-ci décide de maintenir le secret, malgré l'existence du CNAOP, contrairement au point de vue de l'ensemble des acteurs fondamentaux qui se sont prononcés sur ce dispositif ⁸⁰³. Doit-on en conclure une influence relative de

⁷⁹⁷ Dont certains articles sont d'applicabilité directe depuis le revirement de la Cour de cassation en 2005 : Cass., 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *D.* 2005. 1909, note Égée ; *Dr. fam.* 2005, n° 156 ; *Deffrénois* 2005. 1419, obs. Massip.

⁷⁹⁸ L'évolution législative de la prise en considération de la parole de l'enfant dans les procédures judiciaires le concernant ou la prise en charge des mineurs non-accompagnés sont des illustrations bien plus visibles de l'influence de la CIDE sur le droit français. V. sur ce point BONFILS P. et GOUTTENNOIRE A., *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 44 et s ; LEMOULAND J.-J., « Famille », *Rép. Civ. Dalloz*, act. janvier 2023, n°302 et s.

⁷⁹⁹ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016.

⁸⁰⁰ CDE, *Observations finales concernant la France*, CRC/C/FRA/CO/, 22 juin 2009.

⁸⁰¹ CDE, *Observations finales concernant la France*, CRC/C/FRA/CO/5, 23 février 2016.

⁸⁰² BONFILS P., et GOUTTENNOIRE A., *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n°225.

⁸⁰³ CEDH *Odièvre c. France*, 13 février 2003 n° 42326/98, *D.* 2003, chron. 1240 par B. Mallet-Bricout ; *JCP G* 2003. II. 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *Dr. fam.* 2003, n° 58, note P. Murat ; *RTD civ.* 2003. 276, obs. J. Hauser ; 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDSS* 2003. 219, étude F. Monéger ; Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC ; *RTD civ.* 2012. 520, obs J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 120, obs. Neirinck ; *AJ fam.* 2012. 406, obs. F. Chénéde. Pour de plus amples développements, v. *infra* n°699 et s.

certaines sources supranationales ? Une réponse positive paraît assez évidente. Concernant le cas de la CIDE, son influence est notable en droit français⁸⁰⁴ et a largement participé à la reconnaissance de l'enfant comme un sujet de droit autonome. Le contenu de la Convention traduit cet objectif et est organisé autour de la primauté de l'intérêt de l'enfant, curseur central de cette protection effective. Par conséquent, le texte n'est pas réellement conçu comme une articulation des intérêts de l'enfant avec d'autres intérêts privés, notamment ceux des parents, mais a plutôt pour but d'inciter à prendre davantage en considération cet intérêt protégeant une vulnérabilité particulière⁸⁰⁵, en réaction à un droit des mineurs qui a tardivement émergé⁸⁰⁶ et qui est encore largement perfectible. Plus généralement, les sources supranationales poursuivant un objectif précis sont davantage des déclarations de principes directeurs. Au contraire, les sources dont l'organisation prévoit une autorité judiciaire permet une adaptation et une effectivité plus grande, paraissent plus propices aux articulations d'intérêts et, partant, davantage compatibles avec les logiques du droit de la filiation. De plus, le pluralisme des sources fondamentales crée un risque de dissonances entre des normes supranationales pouvant provoquer des influences parfois contradictoires. Ce risque paraît cependant limité et, en tout état de cause, aurait vocation à ne concerner que des situations très précises, spécialement pour la CIDE qui est intégrée dans la jurisprudence européenne⁸⁰⁷.

199. Modifications influencées par la Cour européenne. Dans le même sens, la Convention européenne telle qu'interprétée par la Cour a eu une influence « intellectuelle »⁸⁰⁸ sur diverses réformes législatives, faisant du législateur un acteur du mouvement de fondamentalisation. L'exemple le plus visible en droit de la filiation est, de toute évidence, la consécration finale du principe d'égalité des filiations par l'ordonnance de 2005⁸⁰⁹, bien que celle-ci s'inscrive dans un contexte plus général où l'égalité a été progressivement acquise également en raison de l'évolution des comportements familiaux. Dans le même sens, la

⁸⁰⁴ BONFILS P., et GOUTTENNOIRE A., *Droit des mineurs*, op. cit., 2021, n°61.

⁸⁰⁵ *Ibid* n°51.

⁸⁰⁶ La date même de la Convention, proclamée en 1989, illustre ce caractère tardif en comparaison aux proclamations générales de droits qui ont eu lieu après la seconde guerre mondiale.

⁸⁰⁷ V. *supra* n°158.

⁸⁰⁸ HAUSER J., « L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille », préc., p. 129.

⁸⁰⁹ Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JORF du 6 juillet 2005.

réforme successorale de 2001⁸¹⁰ est la traduction patrimoniale du principe d'égalité des filiations et est directement issue des décisions *Marckx*⁸¹¹ et *Mazureck*⁸¹².

200. Modification d'envergure : la procédure de réexamen. Plus récemment, l'extension de la procédure de réexamen⁸¹³ paraît être la consécration de l'autorité judiciaire européenne, voire même une quasi-intégration de la jurisprudence européenne dans l'organisation judiciaire française à l'initiative du législateur français⁸¹⁴. L'article 452-1 du COJ prévoit désormais que « le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme ». Inspirée du réexamen prévu en matière pénale, la procédure n'est pas imposée par la Cour européenne et est assez rare en Europe, contrairement au recours pénal plus fréquent⁸¹⁵.

201. Mise en œuvre de la procédure de réexamen. Comme l'indiquent les dispositions du COJ, la procédure n'a pas vocation à s'appliquer à l'ensemble du domaine civil, mais est limitée à l'état des personnes. Elle a ainsi naturellement eu vocation à s'appliquer dès son entrée en vigueur au contentieux de la GPA⁸¹⁶ pour lequel la compensation financière ne permet pas de compenser les refus de reconnaissance d'un lien de filiation valablement établi à

⁸¹⁰ Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et réformant le droit des successions, JORF du 4 décembre 2001.

⁸¹¹ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74.

⁸¹² CEDH, *Mazureck c. France*, 1^{er} févr. 2000, D. 2000, p. 332, note Thierry ; JCP G 2000, II, 10286, note Fr. Sudre et A. Gouttenoire ; JCP G 2000, I, 278, obs. Le Guidec ; JCP G 2000, I, 293, obs. J. Rubellin-Devichi ; Defrénois 2000, p. 37179, obs. J. Massip ; RTD civ. 2005, p. 311, note J. Hauser ; *ibid.*, p. 429, obs. J.-P. Marguénaud.

⁸¹³ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016, art. 42.

⁸¹⁴ Dans le même sens, DELAHAIS C., « Le réexamen des affaires civiles à la suite d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'état des personnes dans la loi "Justice du XXI^e siècle" », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2017, p. 49-59.

⁸¹⁵ SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, n°245.

⁸¹⁶ Cass., AP, 4 octobre 2019, n°10-19.053. Pour de plus amples développements substantiels, v. *infra* n°391 et s.

l'étranger. La procédure de réexamen repose, dès lors, « sur le constat d'un paradoxe »⁸¹⁷ que l'affaire *Mennesson* illustre parfaitement : si cette affaire a conduit au revirement de la Cour de cassation permettant la reconnaissance des liens de filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui et valablement établis à l'étranger, la famille Mennesson elle-même n'a pas pu en bénéficier en raison de l'autorité de la chose jugée des décisions internes refusant l'établissement d'un lien de filiation et de l'absence d'effet direct des décisions européennes. La rectification de ce paradoxe répond donc à un objectif d'effectivité des droits fondamentaux d'origine purement légale⁸¹⁸, renforçant l'intégration des valeurs humanistes européennes⁸¹⁹. Associée à l'intégration du contrôle concret de conventionnalité, elle démontre la volonté en droit interne de modifier les rapports entre droit interne et droit européen des droits de l'homme et surtout, de créer de nouveaux outils afin de développer une autonomie au plan national, conforme aux engagements européens pris⁸²⁰. De plus, elle est indirectement le signe d'une considération particulière accordée aux questions relatives à l'état des personnes, seul domaine civil à bénéficier de ce réexamen⁸²¹ – sauf à considérer que le paradoxe de la compensation équitable n'existe pas dans d'autres domaines civils ce qui paraît très discutable⁸²².

202. Cadre répressif. Enfin, le cadre répressif est peu dissuasif, ce qui traduit une certaine volonté nationale à ne pas réellement s'opposer à des questions traitées par la Cour européenne sous l'angle du droit au respect de la vie privée et familiale⁸²³. Au plan civil,

⁸¹⁷ LE BARS T., « Convention européenne des droits de l'homme et état des personnes : instauration d'une procédure de réexamen des décisions de justice en matière civile », *Dr. fam.*, janvier 2017, 12.

⁸¹⁸ LE BARS T., « Convention européenne des droits de l'homme et état des personnes : instauration d'une procédure de réexamen des décisions de justice en matière civile », *Dr. fam.*, janvier 2017, 12 ; V. aussi MÉLIN F., « La Cour de réexamen des décisions civiles prononce ses deux premiers arrêts », *Dalloz actualité*, 20 février 2018.

⁸¹⁹ DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux, Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, op. cit., n°428.

⁸²⁰ DELAHAIS C., « Le réexamen des affaires civiles à la suite d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'état des personnes dans la loi "Justice du XXI^e siècle" », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2017, p. 49-59.

⁸²¹ Bien qu'il a pu être estimé que derrière la notion d'état des personnes, la procédure pouvait avoir vocation à s'appliquer à l'ensemble des questions traitées sous l'angle de la vie privée et familiale par la Cour EDH, v. CHÉNEDÉ F., « Réexamen d'une décision civile après condamnation par la CEDH », *AJ fam.* 2016, p. 595.

⁸²² LE BARS T., « Convention européenne des droits de l'homme et état des personnes : instauration d'une procédure de réexamen des décisions de justice en matière civile », *Dr. fam.*, janvier 2017, 12 ; DELAHAIS C., « Le réexamen des affaires civiles à la suite d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'état des personnes dans la loi "Justice du XXI^e siècle" », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2017, p. 49-59.

⁸²³ En ce sens v. FENOUILLET D., « Les assistances médicales à la procréation interdites », in BÉVIÈRE-BOYER B., DIBIE D., MARAIS A., *La bioéthique en débat : le début de la vie*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2019, p. 83-85.

l'article 16-7 du Code civil prévoit, depuis la première loi de bioéthique en 1994⁸²⁴, la nullité des conventions de gestation pour autrui. Au plan pénal, cette même loi a créé le livre V du Code pénal relatif aux « infractions en matière médicale » qui s'applique aux techniques, ainsi que des infractions protégeant les personnes, prévues aux articles 214-1 à 214-4 du Code pénal et relatifs au clonage et à l'eugénisme, et la filiation, prévues aux articles 227-12 à 227-14 du même Code. Ces dispositions sont venues compléter les différentes infractions protégeant la famille⁸²⁵. Depuis, le cadre répressif ne s'est pas durci, « contrairement à la tendance générale, le champ des incriminations se réduit »⁸²⁶. Concernant le cadre pénal, celui-ci ne semble pas adapté aux problématiques du droit de la filiation et spécialement au recours aux modes de procréation assistée à l'étranger⁸²⁷. Droit pénal général et droit pénal spécial sont tous deux concernés.

203. Droit pénal général. Les règles du droit pénal général ont davantage vocation à être confrontées aux questions relatives aux techniques de procréation assistée. En raison des règles d'application du droit pénal dans l'espace au moins l'un des éléments constitutifs d'une infraction doit être réalisé sur le territoire national. Dès lors, il suffit de se rendre dans un pays où la législation est différente pour pouvoir recourir à des pratiques interdites en France et la sanction pénale nationale sera impuissante⁸²⁸. De plus, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce limite plus ou moins directement l'efficacité d'une éventuelle sanction pénale. En effet, le droit de la bioéthique, par nature évolutif⁸²⁹, repose sur une logique de levée progressive des interdits techniques. Dès lors, le champ du droit pénal se restreint quand celui du droit de la bioéthique augmente. Un assouplissement des règles se fait ainsi au bénéfice des

⁸²⁴ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF n°175 du 30 juillet 1994.

⁸²⁵ Principalement contenues dans le chapitre VII du titre II du livre II du Code pénal, bien que les liens familiaux puissent également être des circonstances aggravantes de diverses infractions ou au contraire des obstacles à la constitution d'une infraction.

⁸²⁶ THIERRY J.-B., « PMA, principes bioéthiques et droit pénal », in BOUTEILLE-BRIGANT M., (dir.), *Le droit court-il après la PMA ?*, Institut Universitaire de Varenne, Collection Colloques et Essais, 2019, p. 51 ; LEMOULAND J.-J., « Famille », *Rép. Civ. Dalloz*, act. janvier 2023, n°187.

⁸²⁷ Bien qu'il aurait été possible de l'adapter : FENOUILLET D., « Les assistances médicales à la procréation interdites », préc., p. 71 ; BLANCHARD C., « Le droit pénal », in *La famille en mutation*, op. cit., p. 349 et s ; BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 226-227.

⁸²⁸ V. principe de réciprocité d'incrimination qui permet de sanctionner un individu français commettant une infraction à l'étranger si cette infraction existe également dans le pays étranger concerné, art. 113-6, alinéa 2 du Code pénal.

⁸²⁹ V. *supra* n°45 et s.

individus dans la situation visée, mais non condamnés définitivement, mais également aux personnes envisageant de contrevenir à la loi française. L'interdit présent perd de sa valeur si l'on « parie » sur l'assouplissement futur des infractions puisque dès lors, on peut se demander « quel intérêt y aurait-il à respecter un interdit pénal si l'on sait qu'il y a de fortes chances que le délit soit supprimé ultérieurement ? »⁸³⁰.

204. *Droit pénal spécial.* Le droit pénal spécial peine également à s'articuler avec le droit de la bioéthique. Les nombreux renvois au Code de la santé publique rendent les infractions confuses et peu lisibles, ce qui questionne quant au respect du principe de légalité. Plus généralement, il n'y a pas de réelle réflexion quant à l'existence même du droit pénal de la bioéthique. Il semble ainsi nécessaire de déterminer les valeurs protégées par le droit pénal en matière de bioéthique – l'éthique n'étant pas une valeur suffisante de par son caractère trop mouvant et incertain – et surtout, les articulations entre le droit pénal de la famille et le droit pénal de la bioéthique. Le droit pénal aurait pu gagner en utilité par ce travail de réflexion, mais le contenu du Code pénal illustre que cette réflexion n'a pas été menée : les infractions contenues dans la section « atteintes à la filiation » n'ont vocation à s'appliquer, en réalité, qu'aux situations de gestation pour autrui, ce qui questionne quant à l'absence de réflexion sur le tourisme procréatif qui est plus large que le seul recours à la gestation pour autrui à l'étranger. Cette catégorisation questionne également sur l'objet de la protection. Les termes « d'atteintes à la filiation » peuvent recouper plusieurs atteintes : la famille, institution dont le modèle est malmené ? L'enfant, objet d'une convention ? Il est même possible de considérer, au regard du contenu des infractions, que la mère porteuse est également protégée : le délit de substitution, simulation et dissimulation d'enfant⁸³¹ existait avant la démocratisation de la gestation pour autrui et les nouveaux délits créés lors de l'adoption des lois de bioéthique ont vocation à punir les intermédiaires⁸³². « La *ratio legis* des incriminations en matière d'éthique biomédicale est actuellement trop difficile à deviner puisqu'elle n'est pas exprimée clairement par le législateur »⁸³³, celui-ci étant vraisemblablement partagé entre une volonté de ne pas freiner les progrès techniques, tout en évitant leur dévoiement.

⁸³⁰ THIERRY J.-B., « PMA, principes bioéthiques et droit pénal », préc., p. 51.

⁸³¹ Art. 227-13 C. pén.

⁸³² Art. 227-12 al. 2 C. pén.

⁸³³ THIERRY J.-B., « PMA, principes bioéthiques et droit pénal », préc., p. 56.

205. Répression civile. Au plan civil, le seul texte explicitement dissuasif est l'article 16-7 du Code civil relatif à la nullité des conventions de gestation pour autrui, complété par l'article 16-9 faisant de cette disposition une disposition d'ordre public. Les questions relatives à la filiation sont ignorées du Code. Les liens de filiation ne peuvent donc pas être établis non pas, car le texte l'interdit, mais, car il ne le prévoit pas. C'est le juge qui s'est davantage opposé à la reconnaissance des liens valablement établis à l'étranger, dans un premier temps en se fondant sur l'atteinte aux principes généraux du droit français⁸³⁴, puis abandonnant la caractérisation de fraude, en basculant sur un terrain plus technique du recours à l'article 47 du Code civil relatif à la transcription des actes d'état civil établis à l'étranger, avant l'intervention de la Cour européenne et les évolutions jurisprudentielles subséquentes⁸³⁵. En parallèle, de ces interventions judiciaires, le pouvoir exécutif a également eu un rôle. La circulaire dite Taubira⁸³⁶, qui invite à la délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger et pour lesquels on soupçonne un recours à une convention de gestation pour autrui, illustre la tolérance du pouvoir exécutif.

Cette tolérance est, de plus, visible lorsqu'on constate une absence totale de réactions sur le terrain de la protection de l'enfance, qui aurait largement pu être investie afin de contenir le phénomène. Certains États européens ont fait ce choix et la Cour européenne des droits de l'homme a intégré cet élément dans son appréciation⁸³⁷. Au contraire, la France a davantage fait le choix de laisser dans le « non-droit » ces familles.

⁸³⁴ Cass, AP, 31 mai 1991, n° 90-20.105 ; D. 1991. 417, rapp. Y. Chartier ; *ibid.* 318, obs. J.-L. Aubert, note D. Thouvenin ; *ibid.* 1992. 59, obs. F. Dekeuwer-Defossez ; *Rev. crit. DIP* 1991. 711, note C. Labrusse-Riou ; *RTD civ.* 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller ; *ibid.* 1992. 88, obs. J. Mestre ; *ibid.* 489, étude M. Gobert : La convention GPA est contraire au principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et à celui d'indisponibilité de l'état des personnes ; Puis Cass. Civ 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 10-19.053, n° 09-17.130 ; D. 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; D. 2011. 1001, édito. F. Rome ; D. 2011. 1064, entretien P. Labbee ; D. 2011. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; D. 2011. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; D. 2012. 308, spéc. 320, obs. J.-C. Galloux ; D. 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; D. 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2011. 262, obs. B. Haftel ; *AJ fam.* 2011. 266, interview Domingo ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2011. 722, note P. Hammje : Refus de la Cour de cassation de faire produire des effets de droit à une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger en se fondant sur la contradiction avec l'ordre public international français ; Cass. Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 12-18.315 : Refus d'établir la filiation paternelle d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger en se fondant sur la fraude à la loi.

⁸³⁵ V. *infra* n°387 et s.

⁸³⁶ Circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation.

⁸³⁷ V. par ex., CEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, n°25358/12 : placement de l'enfant en vue d'une adoption et absence de condamnation de l'Italie ; CEDH, *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande*, 18

206. Volonté politique. Que les modifications soient d'envergure⁸³⁸, ou plus à la marge et qu'elles aient atteint le but poursuivi ou non⁸³⁹, elles traduisent une volonté politique et législative de promouvoir au plan national la protection des droits fondamentaux⁸⁴⁰, spécialement visible sur la fin du XX^e et le début du XXI^e siècle⁸⁴¹. Le Professeur HAUSER affirmait déjà en 1996 que « la confluence fréquente et heureuse des conceptions nationales et internationales contribue encore à brouiller les pistes : telle réforme depuis longtemps projetée, bien avant qu'il y eût des conventions internationales, vient à maturité par l'effet d'une évolution du droit interne inéluctable. Certes, le coup de pouce final a pu être donné par telle norme supranationale ou de telle interprétation de cette norme, mais on est alors en présence de ce que les spécialistes de responsabilité civile appellent la causalité partielle ! »⁸⁴².

Ce pluralisme d'influences est particulièrement visible dans les réformes législatives « sociétales » les plus récentes. Celles-ci ne sont pas directement issues des sources internationales et l'influence intellectuelle de la Cour européenne paraît plus lointaine⁸⁴³ : l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe⁸⁴⁴ et de l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes seules⁸⁴⁵ découle davantage de considérations politiques que d'impératifs issus de sources supranationales⁸⁴⁶. Le mouvement de fondamentalisation, s'il s'est concrétisé par une diversification des sources du droit de la filiation, n'a pas eu pour conséquence un strict remplacement de sources, la loi cédant la place aux textes supranationaux. Le phénomène est global et le législateur, au même titre que les nouveaux acteurs de la matière, y a participé, malgré l'approche parfois fataliste de la doctrine

mai 2021, n°71552/17 : placement au domicile du couple d'intention de l'enfant et absence de condamnation de l'Islande. Pour de plus amples développements v. *supra* n°185.

⁸³⁸ Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, JORF du 4 décembre 2001 ; Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JORF du 6 juillet 2005.

⁸³⁹ La création de la QPC n'a pas diminué le nombre de recours devant la CEDH.

⁸⁴⁰ HAUSER J., « L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille », préc., p. 121.

⁸⁴¹ GAUTHIER C., GOUTTENOIRE A., « Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille », préc., p. 66.

⁸⁴² V. dans le même sens HAUSER J., « L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille », préc., p. 121.

⁸⁴³ MEKKI M., « Le modèle de la loi au sein du Code civil », », in REVET T. (dir.), *Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2005, spéc. p. 41.

⁸⁴⁴ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013.

⁸⁴⁵ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JORF n°0178 du 3 août 2021.

⁸⁴⁶ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Les "lois pour" : des lois privées pour de nouveaux privilèges », in *Les métamorphoses de la loi, hommage à Jean Foyer*, op. cit., p. 109 et s.

qui évoque les risques d'un Parlement qui deviendrait une simple chambre d'enregistrement des requêtes individuelles⁸⁴⁷. L'élaboration de la loi familiale et ses rapports avec les autres acteurs juridiques a, certes, évolué, mais le législateur a su se servir du mouvement de fondamentalisation pour y puiser un renouvellement de la légitimité de ses réformes sur les questions techniques et sociétales⁸⁴⁸. Le courant humaniste qui sous-tend le mouvement de fondamentalisation n'est ainsi pas une valeur que la loi ignore⁸⁴⁹.

B. Le renouvellement de l'élaboration de la loi civile

207. Évolution contextuelle. Désormais contrainte de prouver sa légitimité, la loi n'est plus « cette norme rare et solennelle que les rédacteurs de la Déclaration de 1789 avaient sacralisée »⁸⁵⁰. Outre l'inflation législative et l'influence pluraliste qu'elle subit, la qualité même de la loi est discutée, tout comme son instrumentalisation politique. L'évolution de ce contexte a influencé l'élaboration de la loi, aujourd'hui bien plus progressive et catégorielle (1.) ce qui renouvelle le travail d'interprète du juge judiciaire (2.)

1- L'élaboration législative progressive et catégorielle

208. Individualisme légal au XX^e siècle. La première source de l'intégration d'un certain individualisme est d'origine légale et « trouve probablement son ferment dans les événements des années soixante »⁸⁵¹, bien que l'amplification du phénomène soit plus contemporaine et fasse suite « à l'éclosion des “droits à” dans les années 2000 »⁸⁵². Ces réformes du droit de la famille, initiées depuis les années 60, manifestent un « libéralisme par désengagement de la norme juridique », très présent dans l'œuvre de CARBONNIER. Cette forme de libéralisme repose sur l'idée d'une levée progressive de la contrainte juridique, compensée par un renforcement d'autres normes, non juridiques, mœurs, morale, religion. Ce système

⁸⁴⁷ V. par ex. les craintes exprimées par Dominique Fenouillet qui évoque le risque de « réduire le système juridique à une fonction d'enregistrement du réel » ; FENOUILLET D., « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté », préc., p. 40.

⁸⁴⁸ V. *supra* n°0 et s. et *infra* n°213 et s.

⁸⁴⁹ En ce sens DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux, Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, op. cit., n°133 et s. qui démontre que les droits fondamentaux ont implicitement intégré l'ordre public législatif en raison du renouvellement des valeurs sociales essentielles fondant le droit positif et protégées par l'ordre public.

⁸⁵⁰ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 223.

⁸⁵¹ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Les “lois pour” : des lois privées pour de nouveaux privilèges », préc., p. 98.

⁸⁵² *Ibid.*, p. 101.

place l'individu face à sa propre responsabilité et met en « concurrence » les formes familiales possibles, l'idée sous-jacente étant « que l'emporteront à la longue sur les autres, en réussite sociale, celles qui se seront évertuées à être, sinon les plus vertueuses, du moins les plus sobres, les plus dures envers elles-mêmes »⁸⁵³. Or, le désinvestissement législatif de la fin du XX^e siècle est allé jusqu'à faire douter le doyen CARBONNIER, pourtant acteur central de ce mouvement, aucune source non juridique n'ayant réellement pris le relais. Au contraire, le début du XXI^e siècle serait le siège de « la crise généralisée de toutes les normes familiales, juridiques ou non »⁸⁵⁴. Pour autant, la construction des réformes de la deuxième moitié du XX^e siècle a permis une préservation du caractère institutionnel de la filiation, en faisant évoluer le modèle afin de le faire correspondre aux aspirations sociétales⁸⁵⁵.

209. Individualisme légal au XXI^e siècle. La réforme de la filiation de 2005 a probablement eu la même ambition institutionnelle, mais illustre, déjà, une modification technique dans l'élaboration de la loi par le recours aux ordonnances⁸⁵⁶. Ce recours à l'ordonnance a, de plus, été complété par la loi de 2009 qui ne s'est pas contenté d'une pure ratification du texte. Au contraire, cette loi a, par exemple, supprimé la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité à la suite d'un accouchement dans le secret et a autorisé la reconnaissance du mari pour lequel la présomption de paternité était écartée. Malgré cette évolution en deux temps, l'ambition d'une réforme en profondeur d'un droit de la filiation unifié, simplifié et correspondant aux aspirations sociétales semblait atteinte⁸⁵⁷.

Au-delà de cette modification technique, le début du XXI^e siècle est marqué par une vague de réformes familiales qui sont plus nombreuses « et se succèdent à un rythme rapproché »⁸⁵⁸. Ces vagues de réformes contemporaines paraissent suivre, pour Anne-Marie LEROYER, trois mouvements : un mouvement égalitaire, un mouvement de simplifications procédurales et de déjudiciarisation et un mouvement de protection de l'enfant. En découle un Code civil

⁸⁵³ CARBONNIER J., *Droit civil, la famille*, PUF, 16^{ème} éd., 1993, p. 24, n°6, non reproduit dans les éditions postérieures.

⁸⁵⁴ MURAT P., « Individualisme, libéralisme, légistique », préc., p. 242.

⁸⁵⁵ *Ibid.* p. 238 ; Dans le même sens, DEUMIER P., « Le droit de la famille vu par ses sources », préc., p. 234 qui relève également le fait pour le législateur de laisser un certain nombre de difficultés juridiques sans réponse.

⁸⁵⁶ Critiqué à l'époque : MASSIP J., « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois* 2005 ; HAUSER J., « Des filiations à la filiation », *RJPF*, n° 9, sept. 2005 ; BEIGNIER B., « Le législateur », *Dr. fam.*, 2005, repère 3 ; DEUMIER P., « Le code civil, la loi et l'ordonnance », *RTD civ.* 2014, p. 597 ; TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°408.

⁸⁵⁷ MAUGER-VIELPEAU L., RAOUL-CORMEIL G., « Variations sur les sources du droit de la filiation », *Dr. fam.*, n°10, octobre 2007, étude 31.

⁸⁵⁸ LEROYER A.-M., *Droit de la famille, op. cit.*, p. 216 et s.

« constitué de strates successives, formées à des époques différentes »⁸⁵⁹, ce qui conduit à une cohabitation de règles portant des idéologies différentes, certaines étant les héritières de l'individualisme révolutionnaire quand d'autres sont des réponses aux évolutions des mœurs contemporaines.

210. Intégration des lois de bioéthique dans le Code civil. Autre phénomène d'éclatement observable, la première loi de bioéthique a encadré les modalités d'établissement de la filiation de l'enfant né à la suite d'une technique de procréation assistée, dispositions qui ont été insérées dans le Code civil et reprises, en substance⁸⁶⁰, par l'ordonnance de 2005. Avant même les débats sur l'homoparentalité, les techniques d'élaboration normatives sont, en elles-mêmes, différentes. Le basculement est définitivement acté avec la loi de bioéthique de 2021 qui modifie, pour la première fois et de façon importante, le Code civil⁸⁶¹. Au regard des modalités particulières d'élaboration des lois de bioéthique, la toute fin du XX^e siècle illustre le recours croissant aux instances paranormatives dans la quête de légitimité de la norme⁸⁶², ainsi que le basculement d'une réflexion d'ensemble à une réflexion plus catégorielle⁸⁶³. Les mythes du « Parlement-législateur » et du « Code civil constitution de la France »⁸⁶⁴ sont donc très largement altérés, ce qui crée un contexte d'élaboration normative, pour partie, favorables au développement de normes plus libérales.

211. Réformes catégorielles. Les deux premières décennies écoulées confirment ce glissement vers des réformes multiples, mais « ponctuelles et non coordonnées »⁸⁶⁵. Voulant tout à la fois promouvoir les individualités et préserver le modèle institutionnel, le législateur est partagé entre des injonctions parfois contradictoires⁸⁶⁶. Il a la volonté de satisfaire les demandes individuelles – gain de légitimité – et celle de promouvoir un modèle, modèle qui implique nécessairement de faire des choix par la détermination de catégories juridiques⁸⁶⁷,

⁸⁵⁹ *Ibid.* p. 217.

⁸⁶⁰ Les seules modifications tiennent à l'abolition des distinctions selon la nature du couple parental.

⁸⁶¹ PARICARD S., « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », *D.* 2021, p. 1685.

⁸⁶² V. *supra* n°96.

⁸⁶³ LE BARS T., « Convention européenne des droits de l'homme et état des personnes : instauration d'une procédure de réexamen des décisions de justice en matière civile », *Dr. fam.*, janvier 2017, 12.

⁸⁶⁴ DEUMIER P., « Le code civil, la loi et l'ordonnance », *RTD civ.* 2014, p. 597.

⁸⁶⁵ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Les "lois pour" : des lois privées pour de nouveaux privilèges », *préc.*, p. 103.

⁸⁶⁶ ÉGÉA V., *Droit de la famille, op. cit.*, n°43.

⁸⁶⁷ MURAT P., « Individualisme, libéralisme, légistique », *préc.*, p. 238, qui rappelle que « si la loi se veut, par définition générale, il lui faut poser des catégories. Le droit de la famille est un droit fondé sur des institutions. Le

quand bien même l'objectif poursuivi par ce modèle est, pour partie, le pluralisme familial. Cette opération est délicate, « le découpage idéal – *i. e.* non susceptible de contestation – est un mythe : il est purement introuvable, car toute opération de catégorisation suppose un objectif, un choix de départ, une hiérarchie entre différents buts, qui peuvent toujours être remis en question »⁸⁶⁸. Pourtant, si le législateur contemporain paraît prêt à faire évoluer le modèle, il a davantage de difficultés à fixer des objectifs clairs d'où découleraient de nouvelles catégories juridiques⁸⁶⁹. Souhaitant promouvoir un modèle qui fasse consensus, il se heurte aux clivages sociétaux remettant en question sa légitimité⁸⁷⁰. Les contourner a pour conséquence le développement de techniques de politique législative ne se limitant pas au recours d'experts scientifiques. Se développe l'élaboration de lois catégorielles privilégiant les effets d'annonce aux réformes d'ensemble⁸⁷¹ et une gestion du rythme légal modifiant les rapports du juge et de la loi.

212. Les « lois pour »⁸⁷². L'élaboration normative « est alimentée par le contexte politique et social de la consécration des droits : au vu de l'importance de l'expression et de la reconnaissance de revendications individuelles ou collectives sous la forme de droits consacrés, le discours politique tend à offrir des réponses en termes de proclamation de “droits à” imprécis. Ce faisant, il produit des effets d'annonce et enrôle la loi et le droit dans une “fonction promotionnelle” qui les éloigne de celle, traditionnelle, de définition de prérogatives précises et effectives »⁸⁷³. Ces « lois pour » sont destinées à répondre à certains désirs individuels, justifiées par des objectifs politiques et une part de lobbying, et non par une volonté de former un ensemble juridique cohérent. Elles créent des « privilèges » pour des catégories précises d'individus, au détriment d'une réflexion globale « induisant une déstructuration du système

profil d'une institution se définit par les conditions d'accès à cette institution : pour inclure certaines personnes, il faut nécessairement en exclure d'autres. Comme tous les pans du droit, le droit de la famille crée donc des catégories juridiques ».

⁸⁶⁸ MURAT P., « Individualisme, libéralisme, légistique », préc., p. 238-239.

⁸⁶⁹ MILLARD É., « La dimension politique du pluralisme familial », in ROY O. (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, PU de Paris-Ouest, 2010, p. 233-234.

⁸⁷⁰ MURAT P., « Individualisme, libéralisme, légistique », préc., p. 239.

⁸⁷¹ PARICARD S., « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », *D.* 2021, p. 1685 ; BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826.

⁸⁷² Pour reprendre l'expression utilisée par CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Les “lois pour” : des lois privées pour de nouveaux privilèges », préc., p. 97-108.

⁸⁷³ ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, *op. cit.*, p. 242.

d'ensemble sans lisibilité de l'avenir ni du collectif »⁸⁷⁴. Fondées sur la demande individuelle, elles arguent d'une certaine discrimination pour justifier l'existence d'une évolution à laquelle le droit doit s'adapter afin de légitimer l'action législative qui avance, dès lors, progressivement par des « lois jalons », poursuivant un but distinct de celui affirmé. Cette logique d'adaptation est, *a fortiori*, renforcée par les évolutions techniques et l'adaptation légale qui a été faite dans le domaine de la bioéthique⁸⁷⁵. En découle la multiplication de règles catégorielles où toute réflexion d'ensemble n'a pas réellement lieu. Cette « lutte contre la discrimination faussée et instrumentalisée » a pour effet principal de créer de nouvelles distinctions et de multiplier les paradoxes⁸⁷⁶. En ce sens, l'ouverture du mariage en 2013⁸⁷⁷ peut être vue comme l'un des jalons permettant l'accès à la parenté pour les couples de personnes de même sexe via l'adoption, afin d'ouvrir l'accès aux techniques de procréation assistée aux couples de femmes en 2021. Dans une telle optique, « on recherche en vain une logique d'ensemble »⁸⁷⁸, l'objectif du législateur ne paraît pas viser une réforme de la conception de la parenté pour la faire correspondre aux évolutions sociétales : les couples d'hommes sont encore exclus de l'accès aux techniques de procréation assistée et jusqu'à 2022⁸⁷⁹, les couples non mariés n'avaient pas accès à l'adoption.

L'élaboration des lois familiales paraît, dès lors, suivre un certain schéma temporel : « la proclamation de droits imprécis intervient de plus en plus fréquemment comme une phase préparatoire à l'instauration d'un droit subjectif effectif, dont les composantes (sujet, contenu, objet) seront précisées postérieurement, au fil de l'acclimatation sociale et juridique de la prérogative en question »⁸⁸⁰, ce qui a pour corollaire qu'en élaborant « un sur-mesure individualiste, le législateur évince l'intérêt général de ses préoccupations, déstabilisant dès lors un édifice construit sur l'équilibre global, réfléchi, mesuré et pensé »⁸⁸¹. Dès lors, l'élaboration normative, dans un but mesuré de satisfaction des demandes individuelles, est progressive et

⁸⁷⁴ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Les “lois pour” : des lois privées pour de nouveaux privilèges », préc., p. 99.

⁸⁷⁵ V. *supra* n°40 et s.

⁸⁷⁶ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Les “lois pour” : des lois privées pour de nouveaux privilèges », préc., spéc. p. 110-113.

⁸⁷⁷ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013.

⁸⁷⁸ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Les “lois pour” : des lois privées pour de nouveaux privilèges », préc., spéc. p. 115.

⁸⁷⁹ Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, JORF n°0044 du 22 février 2022.

⁸⁸⁰ ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé, op. cit.*, p. 243.

⁸⁸¹ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Les “lois pour” : des lois privées pour de nouveaux privilèges », préc., p. 100.

catégorielle, altérant tant la cohérence d'ensemble du système que le caractère général de la règle de droit.

2- L'évolution des rapports loi-juge judiciaire

213. Argument politique. L'évolution de la légitimité de la norme et les contrôles qu'elle subit⁸⁸² conduit le législateur à développer de nouvelles stratégies, notamment argumentaires, lors de l'élaboration de la norme. Le risque de censure européenne « peut-être un argument pour forcer une évolution que l'opinion publique rendrait politiquement délicate »⁸⁸³. Au contraire, le législateur peut ne rien faire, ou en tous cas ne pas réagir suffisamment vite, et laisser tout pouvoir au juge, notamment en raison de la complexité du sujet sociétal à encadrer. Le juge, contraint de se prononcer⁸⁸⁴, peut permettre de faire « survivre juridiquement » la situation, le temps que le législateur l'encadre plus spécifiquement, permettant, dès lors, une acclimatation favorable à un débat politique moins clivant.

214. Obligation de juger. L'élaboration législative progressive et catégorielle a modifié le rôle du juge judiciaire. Plus les modifications légales sont catégorielles, plus le travail d'interprète est dense puisque le juge va devoir appliquer des règles qui ne sont pas nécessairement articulées de façon cohérente ou compenser les « oublis » législatifs. Le contentieux familial a pu illustrer cette évolution des rapports loi et juge. Face à une question de société à laquelle le texte ne répondait pas, le juge a pris le relais et a compensé l'inaction législative⁸⁸⁵. Il a ainsi suivi les préconisations européennes quant à l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une GPA⁸⁸⁶ et surtout, a demandé la validation de sa position à la Cour européenne par la procédure d'avis consultatif relativement au parent d'intention non biologique⁸⁸⁷ ce qui laisse apparaître le risque d'un « développement d'un dialogue entre juges nationaux et juges européens, par-dessus la tête du législateur national »⁸⁸⁸. Le législateur n'a eu comme marge de manœuvre que la modification de l'article 47 du Code civil lors de la

⁸⁸² V. *infra* n°216 et s.

⁸⁸³ FULCHIRON H., « Légiférer sous le regard du juge », in *Les métamorphoses de la loi, hommage à Jean Foyer*, op. cit., p. 229.

⁸⁸⁴ Art. 4 C. civ.

⁸⁸⁵ V. en ce sens VIGNEAU V., SIFFREIN-BLANC C., « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », préc., p. 91 et 92 qui estiment, relativement à la décision de 2013 maintenant un mariage incestueux que « la Cour de cassation n'a pas contrevenu à la volonté d'un Parlement élu, mais s'est bornée à gommer les effets non-désirés par celui-ci dans un cas qu'il n'avait pas envisagé ».

⁸⁸⁶ KARILA-DANZIGER A., JOLY F. G., « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, "Fin de partie" », *AJ fam.* 2021 p. 582.

⁸⁸⁷ Cass., AP, 5 octobre 2018, n°10-19.053 ; CEDH, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française, 10 avril 2019, n°P16-2018-001.

⁸⁸⁸ FULCHIRON H., « Légiférer sous le regard du juge », préc., p. 230.

réforme bioéthique⁸⁸⁹ afin d'imposer l'adoption comme moyen de reconnaissance de la parenté d'intention, au détriment de la transcription de l'acte de naissance. Pour pousser le risque à l'extrême, il est envisageable d'imaginer une demande d'avis initiée par le juge sur un sujet avant qu'il ne soit débattu au Parlement, limitant dès lors le débat parlementaire qui peut difficilement s'opposer à la position européenne. Le législateur se doit donc d'être vigilant quant aux rythmes de ses réformes afin de ne pas être totalement dépossédé de sa compétence.

215. Positionnement judiciaire prudent. Le juge judiciaire conserve une certaine autolimitation malgré l'évolution de l'élaboration normative. Il n'adopte pas, du moins pour l'instant, de positions trop audacieuses, se limitant au respect de la loi malgré l'intégration des techniques de raisonnement européennes⁸⁹⁰. Les solutions les plus permissives des juridictions françaises restent des décisions encadrées par le juge européen⁸⁹¹. De plus, en l'absence de catégorie juridique spécifiquement prévue, le juge judiciaire ne prend pas la place du législateur⁸⁹², comme la Cour de cassation l'a récemment rappelé sur la question de la parenté des personnes transgenres⁸⁹³. Cependant, ces situations conduisent à un risque de détournement des règles, à défaut pour le juge, de pouvoir utiliser un texte adapté. Dès lors, il participe malgré lui à l'incohérence du système juridique : dans l'obligation de statuer, il devra se fonder sur des textes qui ne sont pas, *ab initio*, pensés pour le cas d'espèce. La solution de la Cour d'appel de Toulouse⁸⁹⁴, qui a établi judiciairement la maternité à l'égard du parent transgenre, à défaut d'une possibilité d'établissement non contentieux, est topique de ce détournement.

⁸⁸⁹ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, art. 7.

⁸⁹⁰ V. *infra* n°232 et s.

⁸⁹¹ On pense tout particulièrement au contentieux de la GPA, v. *infra* n°378 et s.

⁸⁹² DEUMIER P., « Le droit de la famille vu par ses sources », préc., p. 236-237 ; PARICARD S., « La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence », *D.* 2020 p. 426.

⁸⁹³ Cass., 1^{ère} civ., 16 septembre 2020, n°18-50.80, cons. 30 : « En statuant ainsi, alors qu'elle ne pouvait créer une nouvelle catégorie à l'état civil et que, loin d'imposer une telle mention sur l'acte de naissance de l'enfant, le droit au respect de la vie privée et familiale des intéressées y faisait obstacle, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ; La Cour européenne s'est positionnée après les juridictions françaises sur cette question : CEDH, *O. H. et G. H. c. Allemagne*, 4 avril 2023, n°5368/18 et 54741/18 et CEDH, *A. H. c. Allemagne*, 4 avril 2023, n°7246/20 ; *AJ fam.* 2023. 290, obs. J. Houssier ; *ibid.* 245, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RJPF* 2023, obs. I. Corpart ; *Dr. fam.* 2023. Chron. 4, note A. Gouttenoire et F. Marchadier.

⁸⁹⁴ CA Toulouse, 9 février 2022, n°20/03128 ; *D.* 2022. 888, note S. Paricard ; *ibid.* 846, point de vue M. Thevenot et B. Moron-Puech ; *AJ fam.* 2022. 222, obs. M. Mesnil ; *ibid.* 109, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

§II. Le développement du contrôle interne de la loi

216. Contrepouvoir. La Constitution de 1958, en créant un organe chargé de contrôler la conformité de la loi à la Constitution afin de subordonner la première à la seconde, est revenue, de ce fait, « sur la tradition française de la souveraineté parlementaire qui faisait de l'acte législatif un acte quasiment discrétionnaire »⁸⁹⁵. Pourtant, si la loi est contrôlée, le Conseil constitutionnel n'est pas considéré comme un acteur du mouvement de fondamentalisation en matière familiale. Le contrepouvoir national face à la fondamentalisation d'origine européenne ne s'est pas véritablement mis en place. Les contrôles *a priori* et *a posteriori* du Conseil s'avèrent relatifs (A.). Au contraire, le juge ordinaire s'est saisi des méthodes de raisonnement de la Cour européenne. Il en devient le principal bénéficiaire de l'extension des contrôles, participant à la diffusion de la singularité au sein des enjeux normatifs (B.).

A. La relativité des contrôles de constitutionnalité

217. Au plan national, le mouvement de fondamentalisation s'est traduit par la constitutionnalisation des droits et libertés. Cependant, malgré la subordination de la loi à la Constitution (1.), les contrôles du Conseil constitutionnel sont restreints en matière familiale (2.), limitant son influence dans le mouvement de fondamentalisation (3.)

1- La subordination de la loi à la Constitution

218. Émergence du contrôle de constitutionnalité. Le bilan du contrôle de constitutionnalité révèle une dépendance « plus ou moins grande »⁸⁹⁶ du législateur dans l'élaboration et la détermination du contenu de la loi. En effet, le contexte d'élaboration de la Constitution, rédigée dans l'urgence en pleine guerre d'Algérie, a conduit les constituants à se concentrer sur un texte de nature institutionnelle, organisant le fonctionnement de l'État et n'établissant pas de proclamations de droits individuels⁸⁹⁷, se contentant d'un rappel général dans son préambule et d'un renvoi à la DDHC et au préambule de la Constitution de 1948⁸⁹⁸.

⁸⁹⁵ BÉCANE J.-C., COUDERC M., HÉRIN J.-L., *La loi, op. cit.*, p. 79.

⁸⁹⁶ *Ibid.*

⁸⁹⁷ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales, op. cit.*, p. 190-191.

⁸⁹⁸ Préambule, Constitution du 4 octobre 1958, « Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ».

En découlait un contrôle de constitutionnalité restreint qui avait pour but principal de garantir le bon fonctionnement étatique. Le « tournant »⁸⁹⁹ de 1971 installe véritablement le Conseil constitutionnel comme acteur du mouvement de fondamentalisation. La référence explicite au préambule dans la décision *Liberté d'association*⁹⁰⁰ marque le début de l'élaboration du bloc de constitutionnalité, permettant l'émergence de « droits et libertés de valeur constitutionnelle »⁹⁰¹.

219. Élaboration du bloc de constitutionnalité. L'élaboration du bloc de constitutionnalité a renforcé le pouvoir de contrôle du Conseil qui se fonde désormais sur un « ensemble disparate de textes d'origines et de philosophies différentes, enrichi par une jurisprudence du Conseil constitutionnel démontrant son autonomie à l'égard des textes qu'il interprète »⁹⁰², au détriment du législateur placé dans une forme « d'insécurité juridique »⁹⁰³ en raison du « patchwork souple et évolutif »⁹⁰⁴ que forme cet ensemble. Sa jurisprudence a permis l'émergence d'un droit constitutionnel de la famille par le recours aux notions de liberté, d'égalité et de droit à une vie familiale normale⁹⁰⁵.

220. Dédoublement du contrôle. La création de la QPC⁹⁰⁶ a conforté la subordination de la loi, intégrant, par là même, les individus dans le processus de contrôle de conformité. De prime abord, le Conseil constitutionnel paraît donc être un acteur tout désigné pour participer à la fondamentalisation du droit de la filiation. La QPC n'a, cependant, pas modifié les fondements de la protection familiale constitutionnelle et les décisions QPC s'inscrivent donc dans la continuité des décisions DC⁹⁰⁷.

⁸⁹⁹ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 192.

⁹⁰⁰ Cons. const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, *Liberté d'association*.

⁹⁰¹ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 192.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 198.

⁹⁰³ BÉCANE J.-C., COUDERC M., HÉRIN J.-L., *La loi*, op. cit., p. 81.

⁹⁰⁴ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 198.

⁹⁰⁵ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°229 et s.

⁹⁰⁶ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF du 24 juillet 2008.

⁹⁰⁷ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°227.

2- Le contrôle constitutionnel restreint en matière familiale

221. Compétence légale et compétence constitutionnelle. Le droit de la filiation en particulier et le droit des personnes et de la famille en général ne sont pas les domaines les plus exploités par le Conseil constitutionnel⁹⁰⁸. Dès la décision *IVG*⁹⁰⁹ en 1975, celui-ci a affirmé que « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen », formule récurrente dans la plupart des décisions intéressant le domaine familial. Juge « des dispositions par lesquelles le Parlement incarne la mise en œuvre d'une politique »⁹¹⁰, le Conseil trace, par cette affirmation, la frontière entre sa compétence juridique et l'œuvre politique du législateur, sur laquelle il estime ne pas avoir à se prononcer.

222. Appréciation restrictive des normes de référence. Le contenu du bloc de constitutionnalité a encouragé ce choix⁹¹¹. En l'absence de normes de référence pertinentes, car peu explicites pour se prononcer, le Conseil a fait le choix d'une position de retrait sur certains débats politiques⁹¹². Si sa jurisprudence a permis l'émergence d'un droit constitutionnel de la famille par le recours aux notions de liberté, d'égalité et de droit à une vie familiale normale, celles-ci sont appréciées de manière restrictive⁹¹³. Les atteintes à la liberté individuelle sont protégées, mais perçues comme un rempart aux abus du pouvoir souverain. La vie familiale repose sur une appréciation factuelle, ne permettant pas l'ouverture de droits, tandis que les questions relatives à l'égalité sont justifiées par une formule récurrente reposant sur une différence de traitement en rapport direct avec l'objet de la loi ou l'intérêt général.

223. Décisions concernées. Concernant le droit de la filiation, moins d'une vingtaine de décisions entrent strictement dans le domaine d'étude. Les différentes lois de bioéthique ont

⁹⁰⁸ PIAZZON T., « QPC et droit de la famille », in LEVENEUR L., PÉGLION-ZIKA C.-M., *Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et droit privé*, Dalloz coll. « Thèmes & commentaires », 2019, p. 24-25.

⁹⁰⁹ Cons. Const., 15 janvier 1975, n°74-54 DC, *RD* 1975 p. 185, chr. L. Favoreu et L. Philip, *AJDA*, 1975, p. 134, note J. Rivero, *D.*, 1975, JP, p. 529, L. Hamon.

⁹¹⁰ CHÉNEDÉ F. et DEUMIER P., « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et des familles », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 39, 2013, p. 5-18.

⁹¹¹ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°220 ; PIAZZON T., « QPC et droit de la famille », *préc.*, p. 26.

⁹¹² En ce sens, CATTO M.-X., « La Constitution, la famille et la procréation : la société ou l'égalité ? », *Titre VII n°11, Santé et bioéthique*, octobre 2023.

⁹¹³ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°229 et s.

toutes fait l'objet d'un contrôle *a priori*⁹¹⁴, auquel se rajoutent les différentes QPC relatives à la loi de 2021 dont deux portent sur les relations entre l'enfant et le donneur⁹¹⁵ et l'autre à l'impossibilité d'accès des hommes transgenres aux techniques de procréation assistée⁹¹⁶. Une QPC a également été formée concernant l'accès aux expertises *post-mortem*⁹¹⁷. L'accouchement dans le secret a fait l'objet de deux QPC, l'une quant à l'accès aux origines de l'enfant⁹¹⁸ et l'autre concernant les intérêts du père de naissance⁹¹⁹. Ces décisions sont complétées par une autre QPC relative à la notification de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État⁹²⁰. Seule cette dernière a conduit à une décision de non-conformité, le reste des contrôles concluant à une conformité des textes au bloc de constitutionnalité, à l'exception de l'accès aux informations du donneur qui a fait l'objet d'une réserve d'interprétation. Au-delà de cette délimitation, il est possible d'évoquer des décisions connexes, notamment en droit des couples⁹²¹ ou sur des questions relatives à l'adoption au sein d'un couple non-marié⁹²².

Premier constat notable de ce rapide état des lieux, le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi des « grandes questions qui ont agité, ces dernières années, le droit extrapatrimonial de la famille »⁹²³, comme par exemple la GPA, et les décisions rendues n'ont pas bouleversé la matière familiale. Même les décisions relatives à la dernière loi de bioéthique n'ont pas réellement modifié cette tendance. L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation a,

⁹¹⁴ Cons. const., 27 juillet 1994, n°94-343/344 DC ; Cons. const., 29 juillet 2004, n°2004-498 DC ; Cons. const., 1^{er} août 2013, n°2013-673 DC ; Cons. const., 29 juillet 2021, n°2021-821 DC.

⁹¹⁵ Cons. const., 9 juin 2023, n°2023-1053 QPC, relative à l'accès aux informations non-identifiantes du donneur et à son identité et Cons. const. 9 juin 2023, n°2023-1052 QPC, relative à l'impossibilité d'établissement entre l'enfant et le donneur.

⁹¹⁶ Cons. const., 8 juillet 2022, n° 2022-1003 QPC.

⁹¹⁷ Cons. const., 30 septembre 2011, n°2011-173 QPC, *RLDF* 2011-16, obs. G. Vial.

⁹¹⁸ Cons. const., 16 mai 2012, n°2012-248 QPC, *RTD civ.*, 2012, p. 520, obs. J. Hauser ; *JCP*, 2012, p. 1465, obs. Y. Favier ; *RLDF*, 2012-17, obs. G. Vial.

⁹¹⁹ Cons. const., 7 février 2020, n°2019-826 QPC.

⁹²⁰ Cons. const., 27 juillet 2012, n°2012-268 QPC.

⁹²¹ En droit des couples, la question du mariage entre deux personnes de même sexe a été soulevée à deux reprises devant le Conseil : Cons. const., 28 janvier 2011, n°2010-92 QPC et Cons. const., 17 mai 2013, n°2013-669 DC, ainsi que celle des « mariages blancs » : Cons. const., 22 juin 2012, n°2012-261 QPC ; Pour le PACS, Cons. const., 9 novembre 1999, n°99-419 DC.

⁹²² Cons. const., 6 octobre 2010 n° 2010-39 QPC, *JCP*, 2010, p. 2158, obs. A. Gouttenoire et C. Radé ; *RTD civ.*, 2010, p. 776, obs. J. Hauser ; *Constitutions*, 2011, p. 75, obs. P. Chevalier.

⁹²³ CARAYON L., « Un droit forcément conforme à la Constitution ? La QPC : outil inopérant dans l'évolution du droit familial », préc., p. 34.

certaines, générées de nouvelles QPC, mais celles-ci n'ont pas renouvelé l'approche constitutionnelle des questions de société⁹²⁴.

224. Contrôle restreint. Le contrôle du Conseil constitutionnel s'avère léger en matière familiale et spécialement dans le domaine extrapatrimonial⁹²⁵ : de façon générale, le Conseil effectue un rapide contrôle abstrait des garanties mises en place par le législateur, mais ne se prononce pas quant à la légitimité du but politique que poursuit la règle. En d'autres termes, il s'assure de la conformité du régime légal à des principes constitutionnels souples et généraux et, partant, peu exigeants, afin de ne pas orienter le choix politique, bien que, paradoxalement, ces principes soient proches de ceux bénéficiant de l'interprétation dynamique au plan européen⁹²⁶. Derrière ce positionnement, il faut y voir une conception constitutionnelle des droits fondamentaux comme des « droits-libertés », protégeant l'intimité de l'individu contre le pouvoir souverain, que le Conseil refuse d'interpréter de façon extensive, contrairement au positionnement européen qui les conçoit comme des « droits-créances »⁹²⁷. Les demandes relatives à la protection d'un état ont, dès lors, beaucoup plus de chance d'aboutir devant le Conseil constitutionnel, que celles relevant de la revendication d'un statut⁹²⁸. À l'inverse, le contrôle restreint du Conseil constitutionnel l'inscrit dans une certaine neutralité⁹²⁹ : s'il n'a pas porté les revendications individuelles, il n'a pas non plus adopté une position le conduisant à s'y opposer. Le Conseil a ainsi refusé d'ériger en Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République (PFRLR) le caractère bilinéaire de la filiation fondé sur

⁹²⁴ En ce sens, BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021 devant le Conseil constitutionnel... toujours rien », *AJDA* 2022, p. 42 ; VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43 ; PIAZZON T., « QPC et droit de la famille », préc., p. 27 et s.

⁹²⁵ HOUARI F., « Question prioritaire de constitutionnalité et droit de la famille : pourquoi nous ne nous l'approprions pas ? », *Dr. fam.* n°5, mai 2024, dossier 8 ; PIAZZON T., « QPC et droit de la famille », préc., p. 34.

⁹²⁶ Pour une comparaison des fondements européens et constitutionnels v. GOUTTENOIRE A., « Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et des familles », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n°39, avril 2013, p. 63-77 ; GOGOS-GINTRAND A., « La fondamentalisation du droit des personnes et des familles : contrôle de constitutionnalité *versus* contrôle de conventionnalité », *D.* 2020 p. 2409.

⁹²⁷ DE MONTGOLFIER J.-F., « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ fam.*, 2012, p. 578 ; PIAZZON T., « QPC et droit de la famille », préc., p. 28.

⁹²⁸ CHÉNEDÉ F. et DEUMIER P., « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et des familles », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 39, 2013, spéc. n°4 et 5, qui estiment même que la prudence du Conseil constitutionnel repose exclusivement sur ce critère, critère particulièrement visible en matière personnelle et familiale, « domaine par excellence des statuts juridiques ».

⁹²⁹ V. en ce sens BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021 devant le Conseil constitutionnel... toujours rien », *AJDA* 2022, p. 42 qui estime que le retrait du Conseil ne permet de le qualifier ni de libéral ni de conservateur.

l'altérité sexuelle et le droit de tout enfant de voir sa filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère⁹³⁰.

3- *L'influence limitée du Conseil constitutionnel*

225. Évolutions. Pour autant, une évolution générale du positionnement du Conseil constitutionnel n'est pas souhaitée par la doctrine. Certains considérant qu'il est dans son rôle⁹³¹, quand d'autres estiment que son immobilisme conduira, si ce n'est pas déjà le cas, à ne pas le percevoir comme l'un des acteurs du droit de la famille⁹³². Les principales critiques qui lui sont unanimement adressées reposent sur sa méthode de raisonnement et sur les arguments employés pour justifier sa position de retrait.

226. Nature des questions de société. L'autolimitation du contrôle constitutionnel repose aujourd'hui sur l'argument de la question de société. Pourtant, les décisions intéressant la matière familiale n'évoquent pas ces termes et se fondent davantage sur la distinction des rôles et les domaines de compétences réservés du Conseil et du législateur. L'expression « question de société » commence à être employée au moment de la décision relative à l'adoption par deux concubines en 2010⁹³³ et est utilisée dans les commentaires associés, diffusés par le Conseil. Ceux-ci relèvent que la question constitue « l'archétype des questions de société »⁹³⁴, sans pour autant préciser le sens de cette notion. L'expression « en cette matière » apparaît ponctuellement dans des décisions postérieures relatives au mariage⁹³⁵ et à l'accès à l'assistance médicale à la procréation des personnes transgenres⁹³⁶. Plus précisément, il semblerait que le Conseil refuse « la consécration, outre la volonté du législateur, de revendications individuelles ou communautaires, que certains sollicitent désormais au nom des

⁹³⁰ Cons. const., 17 mai 2013, n°2013-669 DC cons. 56 et 57.

⁹³¹ CHÉNEDÉ F., « Le constitutionnalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe », *LPA* n°37, 20 fév. 2013, p. 6.

⁹³² CARAYON L., « Un droit forcément conforme à la Constitution ? La QPC : outil inopérant dans l'évolution du droit familial », préc., p. 31.

⁹³³ Cons. const., 6 octobre 2010 n° 2010-39 QPC, *JCP*, 2010, p. 2158, obs. A. Gouttenoire et C. Radé ; *RTD civ.*, 2010, p. 776, obs. J. Hauser ; *Constitutions*, 2011, p. 75, obs. P. Chevalier.

⁹³⁴ CATTO M.-X., « La Constitution, la famille et la procréation : la société ou l'égalité ? », *Titre VII n°11, Santé et bioéthique*, octobre 2023 ; GOGOS-GINTRAND A., « La fondamentalisation du droit des personnes et des familles : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité », *D.* 2020 p. 2409.

⁹³⁵ Cons. const., 28 janvier 2011, n°2010-92 QPC cons. 9.

⁹³⁶ Cons. const., 8 juillet 2022, n° 2022-1003 QPC cons. 8.

droits et libertés »⁹³⁷, phénomène particulièrement visible en matière personnelle et familiale où l’octroi d’un statut est une question centrale⁹³⁸. Partant, cette expression semble, en réalité, dissimuler les questions relatives au couple homosexuel à l’homoparenté et à la transidentité⁹³⁹. Cette perception est d’ailleurs renforcée par l’ajout des « questions de société » dans la compétence du CCNE par la réforme de bioéthique de 2021⁹⁴⁰ dont le caractère sociétal a été largement mis en exergue⁹⁴¹.

227. Questions de société et absence de contrôle. L’émergence de l’argument de la question de société serait, de plus, le signe d’un basculement d’un contrôle léger à un certain non-contrôle. En effet, malgré un positionnement de retrait, un contrôle était effectué avant 2010 : la loi sur le PACS avait été largement contrôlée par le Conseil⁹⁴², tout comme la protection de l’embryon l’avait conduit à se fonder sur le principe de dignité⁹⁴³, limite au pouvoir du législateur sur des questions éthiques sensibles⁹⁴⁴. L’ampleur très limitée du contrôle était justifiée par les « exigences constitutionnelles particulièrement faibles en la matière »,⁹⁴⁵ mais n’était pas synonyme d’une absence totale de contrôle. Un glissement d’un contrôle restreint à un « non-contrôle » est, depuis la décision sur l’adoption par deux concubines, observé dans certaines décisions. La reconnaissance d’un domaine de compétences réservé au législateur bascule vers la consécration d’un pouvoir discrétionnaire en ce domaine, malgré l’existence de références constitutionnelles susceptibles d’être appliquées. Le domaine invoqué, puisqu’il est politique, en devient la justification à la totale liberté du législateur. La QPC de 2022 relative à l’impossibilité pour les hommes trans d’accéder aux techniques d’AMP aurait, par exemple, pu conduire le Conseil à contrôler sous l’angle de l’égalité la réforme bioéthique,

⁹³⁷ CHÉNEDÉ F. et DEUMIER P., « L’œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et des familles », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 39, 2013, p. 5-18.

⁹³⁸ Contra LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°236.

⁹³⁹ CATTO M.-X., « La Constitution, la famille et la procréation : la société ou l’égalité ? », *Titre VII n°11, Santé et bioéthique*, octobre 2023.

⁹⁴⁰ V. *supra* n°91.

⁹⁴¹ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826 ; BATTEUR A., « Les conditions du recours à l’AMP : un changement sociétal », *LEFP* septembre 2021, p. 3 ; CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769 ; CAIRE A.-B., « L’anthropotechnie procréative à l’aune de la loi de bioéthique du 2 août 2021 », *LPA* n°02, 28 février 2022 p. 33.

⁹⁴² Cons. const., 9 novembre 1999, n°99-419 DC.

⁹⁴³ Cons. const., 27 juin 2001, n°2001-446 DC, cons. 5.

⁹⁴⁴ CATTO M.-X., « La Constitution, la famille et la procréation : la société ou l’égalité ? », *Titre VII n°11, Santé et bioéthique*, octobre 2023.

⁹⁴⁵ *Ibid.*

au lieu d'ériger la « “question de société” en “matière législative par nature” qui vient neutraliser le principe »⁹⁴⁶ d'égalité⁹⁴⁷. C'est finalement dire que l'encadrement de telles questions est exclusivement politique et en oublier qu'indépendamment de l'avis politique qu'il est possible d'avoir, il est aussi possible de se questionner objectivement sur la conformité du régime aux références constitutionnelles, *a fortiori* si celles-ci sont peu contraignantes.

228. Clarification du sens des questions de société. Si le retrait politique du Conseil se comprend, la clarification du domaine des questions de société et partant, du contrôle qui en découle, est nécessaire⁹⁴⁸. Un positionnement de retrait ne contraint pas le Conseil quant à l'identification des valeurs portées par le statut accordé ou non par le législateur, d'autant plus que « c'est sur des questions de société peut-être plus que sur n'importe quelles autres, que la référence aux valeurs au soutien de l'argumentation juridique pourrait être nécessaire »⁹⁴⁹. La difficulté du droit de la filiation français repose justement sur la question des valeurs contenues en raison des débats que crée la diversification des modèles familiaux. Le retrait du Conseil constitutionnel renforce d'autant plus le délicat positionnement légal sur ces valeurs qui ne sont pas non plus réellement formulées dans le dialogue « Constitution-loi ». Dès lors, « la mobilisation des valeurs pourrait aisément apparaître comme une technique complémentaire ou supplémentaire de justification de la décision du Conseil constitutionnel, faisant entrer le juge constitutionnel dans une démarche réaliste »⁹⁵⁰, garantissant l'identification ou le rappel de « l'esprit » de la loi. Le Conseil constitutionnel n'aurait ainsi pas pour rôle de se prononcer quant à ces valeurs, mais imposerait au législateur de démontrer « la rationalité de ses choix et partant, qu'il les justifie “raisonnablement” »⁹⁵¹. Cette évolution s'inscrirait, de plus, dans la continuité du rôle du Conseil qui, lorsqu'il se prononce, a recours à un contrôle de proportionnalité abstrait, dans lequel il se questionne quant à l'objectif

⁹⁴⁶ CATTO M.-X., « La Constitution, la famille et la procréation : la société ou l'égalité ? », *Titre VII n°11, Santé et bioéthique*, octobre 2023.

⁹⁴⁷ Pour de plus amples développements sur l'analyse de la décision, v. *infra* n°436.

⁹⁴⁸ CHÉNEDÉ F. et DEUMIER P., « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et des familles », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 39, 2013, p. 5-18 ; CATTO M.-X., « La Constitution, la famille et la procréation : la société ou l'égalité ? », *Titre VII n°11, Santé et bioéthique*, octobre 2023.

⁹⁴⁹ HOURQUEBIE F., « Libres propos sur le juge constitutionnel et les valeurs », *Les cahiers de la justice*, 2022/1, p. 7-14.

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 205.

poursuivi par le législateur⁹⁵², « intention qui repose sur un système de valeurs »⁹⁵³. Cette évolution argumentative aurait pour avantage d'intégrer aux acteurs de la fondamentalisation une instance nationale, peut-être plus légitime⁹⁵⁴, spécialement aux yeux des détracteurs de la Cour européenne. Par ailleurs, les risques de conflits de contrôles évoqués en doctrine⁹⁵⁵ sont démentis par les études récentes et approfondies sur la question. Celles-ci relèvent la complémentarité des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité, le contrôle concret et circonstancié de la Cour européenne et dans sa suite, celui opéré par les juges du fond, complétant le contrôle abstrait et *erga omnes* du Conseil constitutionnel⁹⁵⁶.

229. Transfert de discussions de valeurs. Souhaitant ne pas outrepasser son rôle, le Conseil constitutionnel a fait le choix d'une position « de retenue »⁹⁵⁷ quant au contentieux familial, position qui n'a pas été remise en question par la création de la QPC. Cette réserve, qui pourrait pourtant être relativisée, a pour principal inconvénient de ne pas renforcer la loi, elle-même en quête de légitimité. Alors que le Conseil aurait pu être un acteur largement mobilisé, la rigueur avec laquelle il affirme sa neutralité politique participe d'autant plus aux transferts de discussions quant aux valeurs : sur le plan de l'élaboration de la loi, aux instances paranormatives, sur le plan de la fondamentalisation, aux instances européennes.

⁹⁵² V ; par ex., sur la question de l'accouchement dans le secret : Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC ; *RTD civ.* 2012. 520, obs J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 120, obs. Neirinck ; *AJ fam.* 2012. 406, obs. F. Chénéde.

⁹⁵³ HOURQUEBIE F., « Libres propos sur le juge constitutionnel et les valeurs », *Les cahiers de la justice*, 2022/1, p. 10.

⁹⁵⁴ Bien que la légitimité accordée au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur des questions sociétales ne semble pas acquise au regard de la tradition française, qui « voit dans le Parlement le lieu naturel de telles préoccupations », LIBCHABER R., « L'adoption par les homosexuels et le principe d'égalité : une nouvelle rhétorique dans le débat public », *RTD civ.* 2002, p. 611 ; CHÉNEDÉ F. et DEUMIER P., « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et des familles », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 39, 2013, n°3-4.

⁹⁵⁵ GOGOS-GINTRAND A., « La fondamentalisation du droit des personnes et des familles : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité », *D.* 2020 p. 2409.

⁹⁵⁶ DEUMIER P., « Effet constitutionnel différé versus effet conventionnel immédiat », *RTD civ.*, 2018, p. 620 ; LARROUTUROU T., *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, LGDJ, 2021, n°713 et s., spéc. 721 ; DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux, Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, op. cit., n°560 et s., spéc. n°569.

⁹⁵⁷ TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille*, op. cit., n°49.

B. Le renouvellement des contrôles du juge judiciaire

230. Contrôles de la loi. Paradoxalement, le contrôle de la loi par le juge est également une cause de l'évolution de ses modalités d'élaboration⁹⁵⁸. Depuis l'arrêt *Jacques Vabre*⁹⁵⁹, le juge judiciaire est, en effet, garant de la conventionnalité de la loi. Le XXI^e siècle est, pour lui, un tournant, cette fois favorable à l'intensification de son pouvoir de contrôle. L'entrée en vigueur de la QPC a également renforcé le pouvoir de contrôle du juge judiciaire grâce au rôle de filtrage des QPC. Le juge s'est également émancipé de la loi par l'appropriation du contrôle de conventionnalité suivant les modes de raisonnement de la Cour européenne. En matière familiale⁹⁶⁰, il peut désormais écarter, pour un cas d'espèce, la norme applicable au regard des conséquences disproportionnées qu'elle aurait dans l'affaire. Nommée parfois « contrôle de proportionnalité », cette appellation ne doit pas porter à confusion : le contrôle concret de conventionnalité est une extension du contrôle de conventionnalité dans le cadre duquel la proportionnalité est employée. Il se distingue donc du critère de proportionnalité qu'utilise parfois le droit français comme critère d'adaptabilité d'une norme⁹⁶¹.

La loi est donc aujourd'hui contrôlée par le juge judiciaire, mais également par le juge européen et le juge constitutionnel. L'existence de tels contrôles et corrélativement, de la conformité de la loi avec des exigences posées par d'autres textes a pour conséquence que « le législateur sait donc que la norme qu'il édicte est susceptible d'être soumise à ce contrôle et la certitude de ce risque limite son autonomie »⁹⁶².

⁹⁵⁸ V. en ce sens V. en ce sens PUIG P., « L'excès de proportionnalité, à propos de la réforme de la Cour de cassation et de quelques décisions récentes », *RTD civ.* 2016 p. 70.

⁹⁵⁹ Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556.

⁹⁶⁰ Pour une vue d'ensemble sur le développement du contrôle concret dans l'ensemble des branches du droit privé v. GOUËZEL A., MEGRET G., « Dix ans de contrôle de proportionnalité *in concreto* à la Cour de cassation », *D.* 2024 p. 321.

⁹⁶¹ V. par ex., art. 1221 C. civ. « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

⁹⁶² FULCHIRON H., « Légiférer sous le regard du juge », préc., p. 225. Dans le même sens, BÉCANE J.-C., COUDERC M., HÉRIN J.-L., *La loi, op. cit.*, p. 78 et s.

231. Filtrage des QPC. L'une des explications du peu de décisions du Conseil constitutionnel en matière familiale⁹⁶³ repose sur le filtrage⁹⁶⁴ de la Cour de cassation⁹⁶⁵ et du Conseil d'État⁹⁶⁶, qui, peut-être, préjugent aussi de la solution qui sera rendue⁹⁶⁷. En effet, de manière générale, « moins d'un quart des demandes de QPC renvoyées aux juridictions suprêmes sont transmises au Conseil constitutionnel »⁹⁶⁸, le Conseil d'État et la Cour de cassation appréciant souverainement les caractères « sérieux » et « nouveau » des demandes de QPC qui leur sont adressées. L'appréciation du caractère sérieux de la question posée les conduit à une pré-évaluation de la conformité du texte à la Constitution. Spécialement, un refus de transmission pour défaut de caractère sérieux traduit l'existence d'un « véritable pouvoir »⁹⁶⁹ du juge dans le contrôle de la loi. Cependant, la matière familiale ne paraît pas être un domaine dans lequel les juridictions filtreraient plus strictement les demandes⁹⁷⁰. L'explication principale au manque de popularité de la QPC resterait l'absence de confiance des justiciables, confortée par la voie européenne offrant davantage de garanties d'obtenir une décision favorable ; d'autant plus que la saisine constitutionnelle n'étant pas une des voies de recours à épuiser, la QPC en devient une dépense en temps et en argent qui n'est pas nécessaire.

232. Contrôle concret de conventionnalité. L'émancipation judiciaire par le développement des contrôles de la loi n'est pas uniquement due à un désinvestissement législatif, mais également au développement des interactions normatives et à la diffusion des droits fondamentaux⁹⁷¹. Le contrôle de conventionnalité a, en effet, permis à la Cour de cassation de prendre une place active en matière de droits fondamentaux, bien supérieur à sa

⁹⁶³ V. *supra* n°223 et s.

⁹⁶⁴ HENNETTE-VAUCHEZ S. et ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 212.

⁹⁶⁵ V. par ex. sur la filiation incestueuse : Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2012, n° 12-40.021 et sur la contestation de filiation : Cass., 1^{ère} civ., 24 février 2011, n°10-40.068 ; *AJ fam.* 2011. 213, obs. F. Chénédé ; *RJPF* 2011-6/41, obs. T. Garé ; *RTD civ.* 2011. 335, obs. J. Hauser.

⁹⁶⁶ V. par ex. sur l'AMP : CE, 28 septembre 2018, n°42899, *D.* 2018. 1917 et 2019. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJDA* 2019. 533 note T. Escach-Dubourg ; *AJ fam.* 2018. 687 et 497, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

⁹⁶⁷ CARAYON L., « Un droit forcément conforme à la Constitution ? La QPC : outil inopérant dans l'évolution du droit familial », préc., p. 32.

⁹⁶⁸ HENNETTE-VAUCHEZ S., ROMAN D., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 205.

⁹⁶⁹ FULCHIRON H., « Légiférer sous le regard du juge », préc., p. 226.

⁹⁷⁰ CARAYON L., « Un droit forcément conforme à la Constitution ? La QPC : outil inopérant dans l'évolution du droit familial », préc., p. 32-33 ; FULCHIRON H., « Légiférer sous le regard du juge », préc., p. 226.

⁹⁷¹ DEUMIER P., « Le droit de la famille vu par ses sources », préc., p. 238.

part dans le contrôle de constitutionnalité⁹⁷². Le rôle pris par la Cour européenne dans le mouvement de fondamentalisation, au détriment d'acteurs et donc de textes français⁹⁷³, a conduit à ce que la Convention « n'est pas seulement devenue *un* instrument de référence, elle est devenue *l'*instrument de référence par excellence »⁹⁷⁴. La différence de raisonnement entre le législateur et le juge européen a eu pour conséquence que le juge judiciaire a pris le rôle d'intermédiaire, presque de traducteur, afin de limiter le nombre de condamnations devant la Cour de Strasbourg, par une intégration de ses techniques d'interprétation. Le droit de la famille a été l'un des terrains préférentiels de cette évolution conduisant la Cour de cassation à « concrétiser un dialogue formel et vertueux, qui s'est doublé, en parallèle, d'une intensification d'une relation moins formelle, mais tout aussi dense »⁹⁷⁵.

233. Gouvernement des juges ? Cette évolution du rôle du juge judiciaire a été critiquée en doctrine, certains auteurs estimant qu'elle était la preuve du Gouvernement des juges et une atteinte au principe de séparation des pouvoirs et à la sécurité juridique⁹⁷⁶ conduisant à un « émiettement », une « atomisation du droit »⁹⁷⁷. Pourtant, même en effectuant un contrôle concret de conventionnalité, il est possible de considérer que le juge reste dans le cadre de la loi. À ce titre, d'autres auteurs estiment qu'il « ne se place pas “hors la loi” : en écartant la loi *in casu*, il assume pleinement son rôle de gardien des droits et libertés

⁹⁷² FULCHIRON H., « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libres propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », préc., p. 247.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 246 : « La place centrale qu'occupe ce texte aujourd'hui dans le système français de protection des droits de l'homme, jusqu'à détrôner, du moins dans la pratique, le texte fondateur que constitue la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, est-elle seulement le résultat d'un processus d'irradiation qui toucherait tous les pays européens ? Ne serait-elle pas liée également à des carences structurelles du système juridique français ? Si tel était le cas, le rééquilibrage entre droit interne et droit international, entre les États et la Cour, entre le juge français et le juge européen pourrait aussi passer par une évolution du système juridique français lui-même ».

⁹⁷⁴ *Ibid.*

⁹⁷⁵ GAUTHIER C., GOUTTENNOIRE A., « Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille », préc., p. 70.

⁹⁷⁶ V. en ce sens BÉNABENT A., « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137 ; BOULANGER F., « Remarques critiques sur une possible généralisation du critère de proportionnalité dans la jurisprudence », *AJ fam.* 2016, p. 250 ; PUIG P., « L'excès de proportionnalité, à propos de la réforme de la Cour de cassation et de quelques décisions récentes », *RTD civ.* 2016 p. 70 ; CHÉNEDÉ F., « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016 p. 796 ; DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation, op. cit.*, n°1084 et s.

⁹⁷⁷ Pour un état des lieux critique de l'opposition doctrinale sur l'utilisation du contrôle de proportionnalité v. MARZAL T., « La Cour de cassation à “l'âge de la balance”, analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD civ.* 2017, p. 789.

individuelles »⁹⁷⁸. En tout état de cause, la doctrine constate aujourd'hui l'existence d'un tel contrôle et se questionne quant à l'encadrement de sa mise en œuvre et les conséquences qu'a cette nouvelle façon de juger⁹⁷⁹.

234. Renforcement de la norme. Dans cette optique, l'évolution du contrôle est un gain de souplesse qui peut être vu comme un renforcement de la norme⁹⁸⁰ : en l'écartant ponctuellement dans un cas particulier, elle n'est pas remise en question en tant que telle. Au contraire, cette appréciation de sa mise en œuvre permet un questionnement régulier quant à son efficacité en mettant en lumière des situations spécifiques qui avaient pu ne pas être envisagées au stade de l'élaboration abstraite⁹⁸¹. Dans le même sens, elle permet de mettre en exergue l'esprit du texte⁹⁸². Dans un contexte de crise de la loi⁹⁸³, la modification du rapport entre juge et loi⁹⁸⁴ traduit une « quête d'autres formes de médiation entre l'individuel et le collectif »⁹⁸⁵ et invite à repenser le rôle du législateur⁹⁸⁶. L'atteinte à la sécurité juridique serait compensée par la garantie d'une application concrète de la règle, considérée comme plus respectueuse des droits et libertés individuelles, renforçant la légitimité de cette règle⁹⁸⁷ et l'efficacité du contrôle par la mise en place d'un nouveau gardien des droits et libertés⁹⁸⁸. La pratique du contrôle par le juge judiciaire paraît aller en ce sens : malgré les prévisions, le bouleversement annoncé par cette évolution du pouvoir du juge n'a pas eu lieu en droit familial.

⁹⁷⁸ FULCHIRON H., « Légiférer sous le regard du juge », préc., p. 227.

⁹⁷⁹ CHÉNEDÉ F., « Deux leçons de droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *D.* 2021, p. 1142.

⁹⁸⁰ En ce sens v. FULCHIRON H., « Légiférer sous le regard du juge », préc., p. 223-231 ; ÉGÉA Vincent, « Adoption – La Cour de cassation au soutien de l'efficacité du projet parental », *Dr. fam.* n°7-8, juillet 2024, comm. 88 ; *contra* PUIG P., « L'excès de proportionnalité, à propos de la réforme de la Cour de cassation et de quelques décisions récentes », *RTD civ.* 2016 p. 70.

⁹⁸¹ V. *infra* n°513 et s.

⁹⁸² ÉGÉA Vincent, « Adoption – La Cour de cassation au soutien de l'efficacité du projet parental », *Dr. fam.* n°7-8, juillet 2024, comm. 88.

⁹⁸³ BÉCANE J.-C., COUDERC M., HÉRIN J.-L., *La loi, op. cit.*, p. 53 et s. ; TERRÉ F., MOLFESSIS N., *Introduction générale au droit, op. cit.*, n°360 et s. ; GHESTIN J. et BARBIER H., *Traité de droit civil, t.1 Introduction générale, op. cit.*, n°430 et s.

⁹⁸⁴ ÉGÉA V., « Adoption – La Cour de cassation au soutien de l'efficacité du projet parental », *Dr. fam.* n°7-8, juillet 2024, comm. 88.

⁹⁸⁵ FULCHIRON H., « Légiférer sous le regard du juge », préc., p. 228.

⁹⁸⁶ PELLÉ S., « Métamorphoses de la loi et contrôle de proportionnalité », préc., p. 358 et s.

⁹⁸⁷ ÉGÉA V., *Droit de la famille, op. cit.*, n°42 ; JAMIN C., « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, p. 263.

⁹⁸⁸ GUINCHARD S., FERRAND F., MOUSSA T., « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement appropriée au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, p. 278.

Aucune décision d'ampleur n'est à relever⁹⁸⁹ depuis la première décision relative au mariage incestueux qui a mis en œuvre ce contrôle en 2013 aboutissant à écarter la loi applicable sans renvoi au fond⁹⁹⁰. Les décisions qui ont suivi en droit de la filiation se contentent de reprocher l'absence de contrôle concret et renvoient l'affaire ou valident l'utilisation du contrôle par les juges du fond⁹⁹¹. Au contraire, la Cour de cassation a précisé les modalités du contrôle⁹⁹² et la répartition des rôles entre elle et les juges du fond auxquels elle a laissé l'appréciation factuelle permettant la mise en balance des intérêts, s'accordant le « contrôle du contrôle »⁹⁹³.

235. Contrôle concret de conventionnalité et juges du fond. Les juges du fond sont chargés de réaliser le contrôle concret de conventionnalité. Plus précisément, ils doivent apprécier concrètement l'affaire qui leur est soumise, au-delà du traditionnel contrôle abstrait de conventionnalité. L'intégration d'un contrôle concret dans la jurisprudence judiciaire est ainsi la continuité du contrôle de conventionnalité, la mise en balance des intérêts, devant, au sens de la Cour européenne, s'apprécier en réalité tant abstraitement que concrètement. Au plan procédural, ils n'ont pas à soulever d'office l'appréciation concrète, qui doit être demandée par les parties⁹⁹⁴, celles-ci devant également apporter l'ensemble des éléments factuels qu'elles jugent nécessaires. Parallèlement, les juges du fond ont l'obligation de procéder au contrôle lorsqu'il est demandé, au risque de voir leur décision cassée, à l'origine pour non-respect des

⁹⁸⁹ Pour le contentieux de la filiation : Cass., 1^{ère} civ., 10 juin 2015, n° 14-20.790 : cassation pour non-réponse à conclusions avec renvoi ; Cass., 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, n°15-19.853 : rejet du pourvoi ; Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.507 ; Cass., 1^{ère} civ., 9 novembre 2016, n° 15-25.068 : rejet du pourvoi ; Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n° 17-25.938 : arrêt de rejet ; Cass., 1^{ère} civ., 21 novembre 2018, n°17-21.095 : cassation pour défaut de base légale de l'arrêt se limitant à déclarer l'action prescrite, sans rechercher si la mise en œuvre des délais de prescription était disproportionnée au regard du but poursuivi ; Cass., 1^{ère} civ., 2 décembre 2020, n° 19-20.279 : rejet du pourvoi. Pour de plus amples développements quant au contenu de ces décisions, v. *infra* n°480 et s.

⁹⁹⁰ Cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n°12-26.066, *D.* 2014. 179, note Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2015. 596, obs. J. Hauser, 825, obs. J.-P., Marguénaud.

⁹⁹¹ VIGNEAU V., SIFFREIN-BLANC C., « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », *préc.*, p. 83 et s.

⁹⁹² Spécialement dans la décision du 7 novembre 2018 : Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n° 17-25.938 relativement au contentieux de la filiation.

⁹⁹³ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656 ; Par ailleurs, la Cour de cassation continue sa « lancée pédagogique » en élaborant des « standards et des trames rédactionnelles proposant aux juges une modélisation opérationnelle du contrôle de proportionnalité » : « Cour de cassation – “Le Droit accompagne la marche de l'Histoire” - Entretien par Bertrand Louvel », *JCP éd. G.*, n°44-45, 29 octobre 2018, act. 1139.

⁹⁹⁴ V. *infra* n°484.

exigences du texte⁹⁹⁵, désormais pour défaut de base légale⁹⁹⁶, la Cour de cassation vérifiant également la qualité du contrôle réalisé.

236. *Mise en œuvre du contrôle par le juge judiciaire.* Le contrôle réalisé par les juges du fond a pour objet de s'assurer que la mise en œuvre d'une règle ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits et intérêts en présence. Pour cela, il est nécessaire pour le plaideur, en premier lieu, de caractériser le droit atteint, son origine pouvant être tant interne qu'internationale. La révolution méthodologique de la Cour de cassation, bien que fortement inspirée du raisonnement européen, n'a donc pas exclusivement pour but de contrôler la mise en œuvre de la Convention européenne, mais de façon plus générale, l'ensemble des droits et libertés fondamentaux, bien que la source européenne paraît être la plus porteuse. Au-delà de l'association habituellement faite entre contrôle concret et droits et libertés garantis par la Convention, l'interprétation dynamique dont elle bénéficie la rend facilement mobilisable. Seulement, la simple référence à l'un de ces droits et libertés ne sera pas suffisante. La mention de l'article 8 de la Convention européenne ne permettra pas, à elle seule, de fonder une demande, le demandeur devra nécessairement préciser s'il estime qu'une violation à son droit à l'identité par exemple a eu lieu⁹⁹⁷. Cette précision n'est cependant pas surprenante, une lecture d'une décision européenne montre immédiatement le temps que prend la Cour pour caractériser l'atteinte. En second lieu, il est nécessaire de prouver la réalité de l'atteinte, ce qui implique de justifier en quoi la règle porte atteinte au droit caractérisé. En ce sens, la Cour de cassation a, par exemple, constaté une absence d'atteinte réelle aux droits et libertés fondamentaux des héritiers du demandeur qui contestait son lien de filiation en raison du décès de ce dernier en cours d'instance⁹⁹⁸. Enfin, le juge procède au contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, c'est-à-dire à la mise en balance des droits et intérêts en présence.

237. *Cour de cassation et contrôle de proportionnalité : « contrôle du contrôle ».* Afin de ne pas contrevenir à son rôle de juge de droit, la Cour de cassation a limité son rôle à une vérification de la mise en œuvre du contrôle par les juges du fond. En ce sens, elle est chargée d'unifier la méthode et de limiter le risque de subjectivité des raisonnements, largement

⁹⁹⁵ Cass., 1^{ère} civ., 10 juin 2015, n° 14-20.790.

⁹⁹⁶ Cass, 1^{ère} civ, 21 novembre 2018, n°17-21.095.

⁹⁹⁷ V. *infra* n°488.

⁹⁹⁸ Cass, 1^{ère} Civ, 6 juillet 2016, n°15-19.853.

dénoncé en doctrine⁹⁹⁹. Dans cette optique, le Professeur FULCHIRON résume le raisonnement de la Cour de cassation en quatre questions successives : « le contrôle a-t-il été effectué ? le contrôle a-t-il été effectivement effectué ? le contrôle a-t-il été correctement effectué ? le contrôle a-t-il été justement effectué ? »¹⁰⁰⁰. Ces étapes permettent une analyse des éléments mobilisés lors de la mise en œuvre du contrôle et sont très majoritairement d'ordre méthodologique. Pour autant, ce contrôle « impose au juge un cadre argumentatif qui se révèle être au moins tout aussi contraignant que le syllogisme »¹⁰⁰¹ et c'est principalement sur le cadre argumentaire que la Cour de cassation va fixer son contrôle et que, vraisemblablement, ses décisions permettront de dégager des tendances¹⁰⁰².

Seule la dernière question entraîne un risque d'appréciation factuelle par la Cour : si la Cour considère que le contrôle n'a pas été justement effectué, cela pourrait la conduire à se prononcer sur le fond voire à refaire elle-même la pesée des intérêts. Cependant, une absence de toute considération au fond de la Cour de cassation malgré un contrôle qui n'a pas, « à l'évidence » été justement effectué – ce qui, en fait, reviendrait à donner un poids trop important à l'un des intérêts –, serait un important risque d'arbitraire, en confiant cette fois le pouvoir aux juges du fond.

238. Cour de cassation et risque d'appréciation factuelle. Comment la Cour de cassation peut-elle se positionner face à ce risque d'appréciation factuelle ? Une position intermédiaire, « à la limite des faits », paraît envisageable et permettrait à la Cour de sanctionner les disproportions manifestes découlant de la pesée réalisée par les juges du fond : l'appréciation des faits relèverait, par principe des juges du fond, seule une « erreur manifeste d'appréciation »¹⁰⁰³ conduirait la Cour de cassation à revenir sur cette appréciation factuelle.

⁹⁹⁹ Pour une synthèse de la controverse doctrinale : VIGNEAU V., SIFFREIN-BLANC C., « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », préc., p. 86 à 92. Pour une critique de l'amalgame contrôle de proportionnalité-décisions casuistiques v. JAMIN C., « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, p. 263.

¹⁰⁰⁰ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656.

¹⁰⁰¹ MARZAL T., « La Cour de cassation à “ l'âge de la balance ”, analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD civ.* 2017, p. 789.

¹⁰⁰² Pour un positionnement proche, CHÉNEDÉ F., « Deux leçons de droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*, contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *D.* 2021, p. 1142 qui propose de fonder le contrôle concret sur la notion « d'équité-jurisprudence » dégagée par Aristote ce qui permettrait au juge de seconder la loi en déterminant des exceptions générales pour lesquels la loi ne serait pas appliquée ; Pour une ébauche des tendances jurisprudentielles du contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la filiation v. *infra* n°496 et s.

¹⁰⁰³ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656. Dans le même sens v. VIGNEAU V., SIFFREIN-BLANC C., « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », préc., p. 85 et 86.

Certes, dans une telle hypothèse, la Cour de cassation a une certaine appréciation en fait, mais avait-elle besoin du contrôle concret de conventionnalité pour ne pas être totalement détachée de toute appréciation factuelle ?¹⁰⁰⁴

Par ailleurs, son appréciation factuelle ne serait que relative puisque sa cassation sera accompagnée d'un renvoi permettant une nouvelle mise en balance des intérêts. En effet, au regard de la logique du contrôle, une cassation sans renvoi ne paraît envisageable que dans les situations où l'orientation donnée par la cassation du contrôle conduirait nécessairement à la solution inverse que celle adoptée par les juges du fond. Malgré une méthode encore hésitante, c'est la voie qu'a choisie la Cour de cassation lors de la première mise en œuvre de ce contrôle : si la mise en balance qui conduit à considérer que le mariage incestueux comme nul est contestée en raison d'une erreur manifeste d'appréciation, une nouvelle mise en balance conduit nécessairement à le considérer comme valable¹⁰⁰⁵. Par conséquent, la Cour n'a pas, dans le cas d'espèce, renvoyé l'affaire, mais a déclaré le mariage valable¹⁰⁰⁶.

Ces exceptions ne devraient cependant pas avoir vocation à être utilisées régulièrement dans le contentieux de la filiation où les règles discutées sont très majoritairement des règles relatives à la recevabilité d'une action. Dans de tels cas, si le contrôle du contrôle conduit à considérer, contrairement aux juges du fond, que l'action est recevable, cette modification ne préjuge pas le raisonnement au fond : par exemple, la solution d'une action en contestation de filiation dont la prescription est écartée dans le cas d'espèce dépendra vraisemblablement du résultat de l'expertise ordonnée par la Cour d'appel de renvoi. De même, la recevabilité de l'action en intervention dans la procédure d'adoption d'un enfant né dans le secret ne conduit pas obligatoirement au rejet de la demande d'adoption et à la restitution de l'enfant à son père de naissance¹⁰⁰⁷. Seule une erreur manifeste d'appréciation concluant à une action recevable

¹⁰⁰⁴ En ce sens v. GUINCHARD S., FERRAND F., MOUSSA T., « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement appropriée au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, p. 278 qui estiment que la technique de cassation repose sur de la souplesse et du pragmatisme permettant de « jouer » avec les faits, sans les juger : le contrôle de la qualification, la technique de la dénaturation sont tout autant de techniques élaborées progressivement par la Cour pour lui permettre d'exercer son office tout en tenant compte que « la distinction du fait et du droit est souvent délicate ». V. aussi JAMIN C., « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, p. 263 ; GOUËZEL A., MEGRET G., « Dix ans de contrôle de proportionnalité *in concreto* à la Cour de cassation », *D.* 2024 p. 321.

¹⁰⁰⁵ JAMIN C., « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, p. 263.

¹⁰⁰⁶ Cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n°12-26.066, *D.* 2014. 179, note Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2015. 596, obs. J. Hauser, 825, obs. J.-P., Marguénaud.

¹⁰⁰⁷ V. *infra* n°728 et s., spéc. n°735.

conduira la Cour de cassation à ne pas renvoyer l'affaire puisque l'irrecevabilité clôturerait l'affaire¹⁰⁰⁸.

239. Conseil d'État. Bien que la généralisation du contrôle concret de conventionnalité soit une évolution des méthodes de jugement des juges judiciaires, les juridictions administratives n'ignorent pas ce raisonnement. Il a, au contraire, été mis en œuvre par le Conseil d'État, notamment dans le contentieux relatif aux demandes d'exportations de gamètes de l'époux prédécédé en vue d'une insémination à l'étranger¹⁰⁰⁹. Conscient de l'évolution du contexte au sein des juridictions judiciaires¹⁰¹⁰, le Conseil d'État consacre pour la première fois en 2016, « sous forme de principe »¹⁰¹¹, le contrôle concret de proportionnalité, ce qui, dans le cas d'espèce, le conduit à autoriser le transfert de gamètes malgré l'interdiction de la procréation médicalement assistée *post-mortem* en France¹⁰¹². D'un point de vue méthodologique, la mise en œuvre du contrôle est la même pour les juridictions administratives et judiciaires. L'un des apports principaux de la décision repose davantage sur les choix ayant justifié l'utilisation du contrôle concret. Il ressort des conclusions du rapporteur public que le contrôle concret a été réalisé, car un risque d'inconventionnalité avait été décelé lors du contrôle abstrait classique du Conseil d'État et que, de plus, la situation jugée ne rentrait pas dans les prévisions du texte applicable¹⁰¹³. Dans une telle optique, le contrôle concret de conventionnalité paraît être un outil intéressant de complément de la norme.

240. Relativité du contrôle concret administratif. Néanmoins, le Conseil d'État a bien moins investi le contrôle concret que la Cour de cassation. Sur le terrain de la procréation assistée, seule l'exportation de gamètes en vue d'une insémination *post-mortem*, si la femme

¹⁰⁰⁸ V. par ex., Cass., 1^{ère} civ., 14 octobre 2020, n°19-15.783.

¹⁰⁰⁹ CE, 31 mai 2016, n° 396848, au Lebon ; *RTD civ.* 2016. 600, obs. J. Hauser ; *AJDA* 2016. 1092 ; *ibid.* 1398, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *D.* 2016. 1470, obs. M.-C. de Montecler ; *ibid.* 1472, note H. Fulchiron ; *ibid.* 1477, note B. Haftel ; *AJ fam.* 2016. 439, obs. C. Siffrein-Blanc ; *ibid.* 360, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2016. 740, concl. A. Bretonneau ; *ibid.* 754, note P. Delvolvé ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 24, note M. Afroukh, n° 27, p. 16, note P. Le Maigat et n° 28, p. 29, note M. Guyomar ; *JCP* 2016. 864, note J.-P. Vauthier et F. Vialla ; *Dr. adm.* 2016. Repère 7, obs. J.-H. Stahl ; *Dr. fam.* sept. 2016. Étude 15, J.-R. Binet et comm. 178, note R. Vessaud.

¹⁰¹⁰ DUTHEILLET DE LAMOTHE L., ODINET G., « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA* 2016, chron. 1398 ; BRETONNEAU A., « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA* 2016, p. 740 ; DEUMIER P., « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.* 2016, p. 578.

¹⁰¹¹ DEUMIER P., « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.* 2016, p. 578.

¹⁰¹² V. *infra* n°320.

¹⁰¹³ Recueil Lebon - Recueil des décisions du conseil d'État, Contrôle de conventionnalité *in concreto* – Conseil d'État 31 mai 2016 – Lebon 2016.

qui la demande justifie d'un lien particulier avec le pays destinataire, a fait l'objet d'un tempérament. Le Conseil a, au contraire, profité d'une affaire relative au principe d'anonymat pour freiner le recours au contrôle concret¹⁰¹⁴. La ligne directrice du Conseil d'État paraît, dès lors, plus simple à saisir : l'élément d'extranéité est quasi indispensable, mais n'est pas suffisant¹⁰¹⁵. Pour autant, il semble rapide de conclure que le Conseil va limiter le développement de ce mode de raisonnement. En premier lieu, il n'est pas le principal juge concerné par le contentieux découlant des questions relatives à la filiation. En second lieu, les incohérences grandissantes inscrites dans la loi risquent de le conduire à devoir l'assouplir pour limiter le risque d'inconventionalité.

241. Bilan des contrôles. Rejoignant les vœux formulés par le premier président de la Cour de cassation¹⁰¹⁶, il semblerait que l'appropriation des méthodes de raisonnement européen par le juge interne assouplisse le contrôle européen sur la question de la filiation. Dans ses décisions les plus récentes, la Cour européenne contrôle désormais le « contrôle concret contrôlé » au plan interne et ne paraît pas, pour l'heure, d'une exigence particulière quant à l'aboutissement du contrôle, l'important étant qu'il soit effectué¹⁰¹⁷. La formule utilisée dans l'affaire *A. et B.* est éclairante : « la Cour relève, *tout en déplorant le caractère elliptique de certains éléments de leur raisonnement*¹⁰¹⁸, que les juridictions internes ont ainsi considéré que l'annulation de la reconnaissance de paternité répondait à l'intérêt supérieur de l'enfant B ». Cette absence d'immixtion européenne trop approfondie confirme, de plus, les hypothèses formulées relativement à la Cour de cassation : un contrôle concret convenablement effectué, bien qu'un effort argumentaire supplémentaire aurait pu être fait, ne sera pas remis en question si son résultat n'est pas une « erreur manifeste d'appréciation ».

¹⁰¹⁴ DUPRÉ DE BOULOIS X., « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État (CE, déc. 2017, Molénat) ? » ; *RDLF* 2018 chron. n°04 ; MAMOUDY O., « Le contrôle concret de la conventionnalité de la loi : disparition tranquille au Conseil d'État », *AJDA* 2023, p. 938.

¹⁰¹⁵ V. par ex. CAA Versailles, 5 mars 2018, n°17VE00826 à propos du refus de la demande d'un homme de 59 ans d'exporter ses gamètes en Belgique pour profiter de dispositions plus favorables. Mais pour une décision contraire, voir T. A. Rennes, ord. Du 11 octobre 2016, n° 1604451.

¹⁰¹⁶ V. *supra* n°232 et s. ; Rejoignant les souhaits évoqués par Bertrand Louvel, à l'époque premier président de la Cour de cassation : LOUVEL B., « Pour exercer son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP éd. G.*, n°43, 19 octobre 2015, 1122.

¹⁰¹⁷ GUINCHARD S., FERRAND F., MOUSSA T., « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement appropriée au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, p. 278

¹⁰¹⁸ Souligné par nous.

242. Décisions pédagogiques. Par ailleurs, le raisonnement qu'induit un contrôle concret peut avoir une vertu pédagogique¹⁰¹⁹ : l'objectif poursuivi par le texte applicable sera développé, les différents points de vue de l'espèce également, garantissant une meilleure compréhension de la décision pour les parties. Ce développement argumentaire renforce la légitimation de la norme dont les tenants et aboutissements sont mobilisés par le juge qui justifie ses choix, renforçant par la même occasion sa propre légitimité¹⁰²⁰. Cet objectif est d'ailleurs clairement affirmé dans le rapport de la commission « Cour de cassation 2030 »¹⁰²¹ qui évoque la « place limitée » du syllogisme au profit du développement d'autres moyens de juger – « la proportionnalité, la balance des intérêts ou encore certains raisonnements téléologiques » – qui sont des « mutations rendues nécessaires pour s'adapter à des contentieux qui portent la complexité du monde »¹⁰²². La réponse à cette complexité doit, dès lors, passer par une motivation enrichie exposant ces nouveaux raisonnements, « pont construit entre les interrogations des parties, souvent largement partagées au sein de la société, et la capacité des juges à élaborer une réponse porteuse de sens, de cohérence et d'adhésion »¹⁰²³. Cette évolution permettrait au juge d'« apparaître comme une source d'autorité légitime, apportant à tous la protection que constitue la prééminence du droit et répondant à la demande de justice selon des modalités transparentes et ouvertes »¹⁰²⁴ en réponse à la complexité et à l'instabilité du monde actuel.

243. Mutation de l'ordre public. Enfin, l'évolution du raisonnement du juge national influencée par le juge européen participe largement à la mutation de l'ordre public. En effet, « un nouvel ordre public émerge peu à peu, tout aussi impératif, centré sur les droits et libertés

¹⁰¹⁹ Sur la nécessité grandissante de justifier l'application de la norme v. DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, op. cit., n°93.

¹⁰²⁰ V. en ce sens JAMIN C., « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, p. 263, qui considère que tout acte d'interprétation d'un texte – qu'il soit mis en œuvre dans le syllogisme ou dans le contrôle de proportionnalité – est nécessairement subjectif. La distinction fait-droit sur laquelle repose le rôle de la Cour de cassation en devient quelque peu artificielle en ce qu'elle a conduit à construire un imaginaire chez les juristes français reposant sur l'idée qu'une « argumentation un peu développée affaiblit l'interprétation que donne le juge d'un texte » alors que, pour l'auteur, ce choix repose davantage sur la tradition « républicaine » française qui « sélectionne une élite à laquelle nous confions le pouvoir d'interpréter la loi ». Cette élite hiérarchisée tire sa légitimité de l'institution qui la supporte et « il n'est pas vraiment nécessaire qu'il [le juge] argumente pour que ses décisions s'imposent » ; Dans le même sens, PELLÉ S., « Métamorphoses de la loi et contrôle de proportionnalité », préc., p. 359 ; PICHARD M., *Le droit à, étude de législation française*, op. cit., n°52 et s., p. 65.

¹⁰²¹ Cour de cassation, *Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, juillet 2021, spéc. p. 31.

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ *Ibid.*

¹⁰²⁴ *Ibid.*

de la personne. Il ne se déploie plus sous forme d'ordres et d'interdits, sur lesquels viendraient se briser les volontés individuelles, mais dans le cadre d'une mise en balance "globale" des droits et intérêts en présence : droits et intérêts des individus, parfois antagonistes, mais aussi intérêts de la collectivité. On retrouve alors les exigences fondamentales pour toute vie en société que sont la sécurité, la prévisibilité et la conciliation des intérêts privés dans la recherche du bien commun. Au législateur et au juge de construire de nouveaux équilibres »¹⁰²⁵. En effet, l'ordre public classique n'a pas disparu, mais a évolué en y intégrant les droits fondamentaux. Les intérêts individuels sont mis au même plan que l'intérêt général¹⁰²⁶, ce qui conduit à questionner l'équilibre du contenu dans la norme civile traditionnelle. Au regard des évolutions méthodologiques, ce questionnement doit être fait tant au stade de l'élaboration de la norme qu'au stade de son application, ce qui implique également une adaptabilité certaine des règles.

244. Quid du législateur ? Face aux évolutions des contrôles des juges, le législateur a plusieurs possibilités. En premier lieu, il peut anticiper au stade de l'élaboration de la loi, spécialement par l'intégration d'un critère d'adaptabilité dans la norme, que ce critère repose sur l'appréciation souveraine des juges du fond ou par l'insertion d'une notion-cadre qui sera appréciée concrètement au stade de l'application¹⁰²⁷. Le droit de l'autorité parentale fournit un certain nombre d'illustrations, les règles applicables étant, généralement, conditionnées à leur conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰²⁸. Il peut également modifier *a posteriori* la norme, soit par les mêmes modalités, soit en intégrant dans la norme l'adaptation que le contrôle concret aura mise en exergue. Modification symbolique, elle permettrait de réaffirmer la tutelle de la loi sur le juge qui sera chargé explicitement d'interpréter la norme¹⁰²⁹. Il est ainsi parfaitement envisageable d'insérer un report du point de départ des délais pour agir dans le contentieux de la filiation, le délai ne commençant à courir qu'au jour de la connaissance de la réalité biologique en cas de filiation mensongère¹⁰³⁰.

¹⁰²⁵ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°42.

¹⁰²⁶ FULCHIRON H., « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *D.* 2017, p. 1737.

¹⁰²⁷ V. en ce sens VIGNEAU V., SIFFREIN-BLANC C., « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », préc., p. 89.

¹⁰²⁸ V. par ex., art. 371-4 C. civ. : « L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seuls des motifs graves peuvent faire obstacle à 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 » et les décisions qui ont pu en découler.

¹⁰²⁹ Dans le même sens, PELLÉ S., « Métamorphoses de la loi et contrôle de proportionnalité », préc., p. 358 et s.

¹⁰³⁰ V. *infra* n°510 et s.

245. Interactions normatives et jurisprudentielles. Dans un contexte où l'élaboration normative évolue dans le sens d'une construction progressive et catégorielle, le développement du contrôle concret de proportionnalité, à l'origine à l'échelle européenne et aujourd'hui également à l'échelle nationale, ne viendrait-il pas finalement renforcer la norme ? Les critiques portant sur les atteintes à la cohérence du droit ou à la sécurité juridique, dans un tel contexte, ont vocation à s'appliquer davantage aux lois qu'aux décisions judiciaires : la simplicité et la cohérence de la loi se trouvent dans sa généralité, généralité mise à mal par le développement de règles catégorielles¹⁰³¹. Le complément apporté par les contrôles concrets des juges serait la garantie d'une certaine sécurité juridique reposant sur la pédagogie découlant du contrôle concret. En effet, « mieux vaut compter sur une jurisprudence qui intègre des distinctions factuelles, car elle fournit aux sujets de droit des indications nettement plus précises et opérationnelles sur le sens et la portée de la règle qu'ils se voient appliquer »¹⁰³².

246. Bilan, Évolution de l'élaboration normative. La prise en considération croissante des individus, portée par le mouvement de fondamentalisation, a modifié les modalités d'élaboration de la norme nationale. Cette évolution se manifeste sous deux angles. Une évolution intrinsèque des modalités d'élaboration de la norme est, en premier lieu, observée. En perte de légitimité, la loi doit désormais convaincre, ce qui conduit à des difficultés de positionnement du législateur, partagé entre la protection d'un modèle familial et la volonté de donner suite aux demandes individuelles. En découle une construction normative désormais progressive et catégorielle, perturbant les rapports traditionnels loi et juge, le travail d'interprétation du juge se trouvant renouvelé. En second lieu, la loi est de plus en plus contrôlée, spécialement dans sa conformité aux conventions supranationales. En raison des nouvelles modalités d'élaboration et de l'influence de Strasbourg, le juge national a adapté ses modalités de jugement et a intégré un caractère concret au contrôle de conventionnalité. Ces évolutions conduisent à une mutation de l'ordre public. L'ordre public classique coexiste désormais avec un ordre public fondamental, ce qui se traduit par une nouvelle recherche d'équilibre dans le contenu de la loi familiale, l'intérêt général étant davantage relativisé¹⁰³³.

¹⁰³¹ MEKKI M., « Le modèle de la loi au sein du Code civil », », préc., spéc. p. 26 et s. ; LEMOULAND J.-J., « Filiation : 1972-2022, et maintenant ? », *Dr. fam.* n°6, juin 2022, dossier 11.

¹⁰³² JESTAZ P., MARGUÉNAUD J.-P., JAMIN C., « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061 ; v. aussi LOUVEL B., « Pour exercer son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP éd. G.*, n°43, 19 octobre 2015, 1122.

¹⁰³³ Pour une démonstration générale en droit privé v. DROUILLER C., *Ordre public et droits fondamentaux, Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, *op. cit.* ; pour une analyse en droit de la

La loi civile n'est donc plus la source souveraine du droit de la famille. La multiplication des sources et surtout des modes de raisonnements rattachés aux droits fondamentaux créent de nouveaux équilibres renouvelant les rapports du juge et la loi. Le juge devient un réel complément de la loi : il pallie les insuffisances du désinvestissement législatif, tout en contrôlant le contenu et l'application des lois familiales. Dès lors, « c'est le processus de production normative dans son ensemble qui est aujourd'hui en pleine mutation. [...] Plutôt que de parler de déclin de la loi ou de prise de pouvoir par les juges, peut-être faut-il voir là le signe d'une démocratie à la recherche de nouveaux équilibres : une démocratie plus respectueuse de "l'individu-citoyen" »¹⁰³⁴. Malgré les critiques, ces évolutions peuvent, en effet, être vues favorablement, la mutation de l'ordre public et le contrôle concret de conventionnalité pouvant être considérés comme un renforcement de la norme.

famille v. GARRIGUE J., « Nouveau plaidoyer pour le contrôle de conventionnalité *in concreto* en matière de filiation », in GOUËZEL A., BINET J.-R. (dir.), *La CEDH et le droit de la famille*, op. cit., spéc. p. 69.

¹⁰³⁴ FULCHIRON H., « Légiférer sous le regard du juge », préc., p. 231.

CONCLUSION CHAPITRE II.

247. *Diversification des sources.* La « révolution des droits fondamentaux » s'est traduite par un important renouvellement des sources en droit de la filiation, remettant en question la place souveraine de la loi civile et ses modalités d'élaboration. La diffusion des droits fondamentaux a favorisé la libéralisation de la matière : reposant sur une protection individuelle, les droits fondamentaux ont permis le développement de règles plus libérales. De plus, le rôle central de la Cour européenne, guidée par une exigence d'effectivité, et la concurrence normative participe très largement à ce phénomène de libéralisation, remettant en question la logique française de « droit du modèle ». Pour autant, les mutations sont davantage méthodologiques que substantielles.

248. *Mutation méthodologique.* La principale évolution du droit de la filiation est d'ordre méthodologique. L'influence des droits fondamentaux et les méthodes de raisonnement mises en œuvre au niveau européen ont très largement influencé l'élaboration normative. La loi subit, en effet, des pressions à la fois intrinsèques et extrinsèques. En perte de légitimité, la loi doit désormais convaincre, ce qui conduit à des difficultés de positionnement du législateur, partagé entre la protection d'un modèle familial et la volonté de donner suite aux demandes individuelles. En découle un certain désinvestissement législatif qui se traduit par une construction normative désormais progressive et catégorielle, perturbant les rapports traditionnels de la loi et du juge, le travail d'interprétation du juge se trouvant renouvelé puisque celui-ci doit davantage pallier les carences de la norme. De plus, les contrôles de la loi se sont accentués. L'exigence d'effectivité des droits fondamentaux imposée par la Cour de Strasbourg a intensifié le contrôle de conventionnalité qui comprend désormais deux aspects. En effet, le juge national a déployé le contrôle de conventionnalité classique et évalue, au-delà de la conformité abstraite de la loi aux droits fondamentaux, l'atteinte concrète pouvant résulter de la mise en œuvre de la règle.

249. *Mutation substantielle.* D'un point de vue substantiel, le développement des droits fondamentaux n'a pas intégralement bouleversé le droit de la filiation, malgré l'influence certaine de la Cour européenne. Le contentieux relatif aux parentés particulières a, effectivement, conduit à des évolutions normatives et jurisprudentielles au plan national, mais celles-ci restent limitées aux situations où les règles en vigueur n'étaient pas adaptées, *ab initio*,

à ces situations. Au contraire, le contenu du droit commun de la filiation reste entre les mains du législateur national et seule l'exigence d'effectivité s'y est intégrée par le développement du contrôle concret de conventionnalité réalisé par le juge judiciaire. La mutation substantielle réelle est plus discrète et consiste en une relativisation de l'intérêt général. L'ordre public a, en lui-même, muté, intégrant les droits fondamentaux et perturbant les équilibres classiques. L'intérêt général est désormais un intérêt mis au même plan que les intérêts particuliers et non plus une limite à ceux-ci.

250. *Abandon d'une construction normative a priori ?* Au regard de l'ensemble de ces facteurs, la construction d'un droit de la filiation modélisé et cohérent paraît utopique. La construction de la norme familiale repose aujourd'hui sur une technique des petits pas¹⁰³⁵ afin de concilier les influences diverses et les débats clivants que suscite la matière. L'élaboration *a priori* d'un modèle reflétant le pluralisme familial ne paraît pas être la voie choisie pour répondre aux évolutions sociales. Au contraire, la prise en considération des effets de la règle semble désormais incontournable.

¹⁰³⁵ LEMOULAND J.-J., « Filiation : 1972-2022, et maintenant ? », *Dr. fam.* n°6, juin 2022, dossier 11 ; Déjà évoqué relativement à la procréation *post-mortem* HAUSER J., « Procréation médicalement assistée : le Conseil d'État a du cœur ! », *RTD civ.* 2016 p. 834.

CONCLUSION TITRE I.

251. *Pluralisme normatif.* L'étude du renouvellement des sources du droit de la filiation confirme l'ampleur du développement d'un pluralisme normatif en la matière. Pour autant, ce pluralisme ne se traduit pas par une soumission de la loi à des impératifs supranationaux, mais davantage vers une complémentarité des rôles, en réseau, voire des techniques de politique législative laissant volontairement des questions de droit sans réponse afin de contraindre d'autres acteurs de se prononcer. L'enjeu d'adhésion à la norme est particulièrement visible à l'étude de ce « jeu de sources ».

252. *Multiplication des dialogues de la loi.* Plus précisément, il semble s'agir d'un subtil dialogue de la loi avec de nouveaux acteurs, en raison de l'exacerbation des tensions auxquelles elle est soumise. Afin d'acquérir sa légitimité, la loi s'appuie sur de nouveaux acteurs. Dans le cadre de la bioéthique, la loi qui est issue du processus d'élaboration particulier à ce domaine, le recours aux experts et aux raisonnements consensuels étant un gain de légitimité. La loi civile mute également dans son rapport aux autres sources. Contrainte de se concilier aux impératifs européens, elle laisse cependant des questions non résolues, qui bénéficient exclusivement d'un encadrement jurisprudentiel s'élaborant progressivement au cas par cas et à la fois aux plans national et européen. En ce sens, le libéralisme est notamment dû à un désengagement législatif partiel quant au choix du modèle familial. Le rôle du juge national en ressort transformé, celui-ci ne se limitant plus à strictement appliquer la loi, mais répondant, grâce aux raisonnements européens qu'il s'est appropriés, aux questions laissées sans réponse par le législateur. Or, ce subtil dialogue est particulièrement favorable à la libéralisation de la matière en ce qu'il considère davantage la singularité.

253. *Influences légales individualisées favorables à la libéralisation.* L'étude met, ainsi, en exergue les ressemblances des nouveaux interlocuteurs de la loi, dont le principal est la considération différente apportée à l'individu. La bioéthique et le droit européen des droits de l'homme étant des domaines considérant autrement l'individu, leur place croissante en droit de la filiation participe largement à la mutation de l'ordre public, modifiant en amont de la loi les valeurs de référence. Les raisonnements par le cas, dans le but d'atteindre un consensus permettent une considération plus singulière de l'individu, au détriment d'un objectif normatif préétabli. En aval, bioéthique et droit européen raisonnent concrètement, dans une quête de

consensus, ressemblance que la Cour européenne a pu d'ailleurs relever¹⁰³⁶. Ce raisonnement ascendant est particulièrement favorable à une considération grandissante de l'individu, celui-ci étant le point de départ du raisonnement. De plus, ces méthodes de raisonnements correspondent aux attentes contemporaines. Les mutations du droit invitent en effet « fortement à une pluridisciplinarité avec les sciences sociales, l'exigence n'étant plus de s'en tenir aux textes, à la logique propre au droit, mais de travailler sur les *processus* ou encore de prendre en considération les *contextes* et les *acteurs* en situation »¹⁰³⁷.

254. *Élaboration catégorielle.* Davantage tourné vers l'individu et s'inscrivant dans une approche qui peut être considérée comme plus humaniste, ce renouvellement normatif a pour inconvénient de s'élaborer progressivement dans une quête de consensus ne permettant pas l'affirmation d'une valeur normative préétablie. Le risque est le développement d'importantes incohérences, le droit ne s'élaborant plus comme un bloc articulé, se fondant sur des valeurs déterminées et poursuivant un but précis et affirmé. Au contraire, l'élaboration est désormais bien plus progressive et catégorielle, modifiant par « touches », questionnant largement quant au but poursuivi. Issue de ce renouvellement, la loi de bioéthique de 2021 illustre particulièrement bien tant ce libéralisme que les incohérences qui en découlent : le modèle mute progressivement, générant un certain nombre d'incohérences mais considérant davantage la singularité.

¹⁰³⁶ CEDH, *Gauvin-Fournis et Silliau* c. France, 7 septembre 2023, n°21424/16 et 45728/17, spéc. §123.

¹⁰³⁷ COMMAILLE J., « Le droit de la famille revisité par une grande juriste », préc., p. 33.

TITRE II : LA MUTATION DU MODELE FILIATIF AU GRE DES SINGULARITES

255. *Fondamentalisation et structuralisme.* Dans son article « structures sociales ou droits fondamentaux » de 2014, le professeur MURAT posait, dès le début de son raisonnement, l'opposition suivante : « une première hypothèse ferait d'une éventuelle réforme de notre droit l'aboutissement d'une logique de droits fondamentaux et conduirait à une déstructuration sociale. "Fondamentalisation" et "structuralisme" seraient alors opposés. [...] La grande conséquence est qu'il y aurait véritablement un choix politique à faire, dont dépendrait l'avenir de nos sociétés. Une seconde hypothèse verrait plutôt dans une réforme de l'AMP, le résultat de mouvements profonds liés à l'évolution des sociétés humaines, faisant évoluer dans une complémentarité plus ou moins harmonieuse, plus ou moins tiraillée, à la fois les structures sociales et la compréhension des droits fondamentaux. "Fondamentalisme" et "structuralisme" se rejoindraient plus ou moins harmonieusement [...]. Conséquence : dans cette représentation, la marge de manœuvre du législateur serait évidemment plus mince »¹⁰³⁸. L'analyse élaborée dans le titre I de la présente thèse semble aller dans le sens de la seconde hypothèse : les droits fondamentaux ont intégré l'ordre public, mais la volonté d'organiser les structures sociales n'a pas disparu, la promotion d'un modèle restant présente dans l'encadrement légal. Les singularités ont, dès lors, vocation à progressivement intégrer le modèle filiatif selon les préconisations découlant des arbitrages opérés par le « jeu de sources » mis en exergue au sein du premier titre.

256. *Interdit maintenu de la gestation pour autrui.* La considération des singularités lors des débats de la dernière loi de bioéthique a abouti aux choix politiques suivants : l'ouverture de la procréation médicalement assistée et le maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui. Objectifs principaux de la réforme, ils créent néanmoins un certain antagonisme, artificialisant la procréation médicalement assistée tout en réaffirmant le lien consubstantiel entre maternité et accouchement. À défaut d'une discussion de valeurs affrontant la définition actuelle de la notion de parent, le choix consensuel a été préféré en ce qu'ils ne

¹⁰³⁸ MURAT P. « Structures sociales ou droits fondamentaux ? », préc., p. 288.

durcit pas les clivages que créent les nouvelles configurations parentales¹⁰³⁹. L'avantage politique d'un certain apaisement social légitimant l'évolution normative a cependant pour inconvénient une évolution nécessairement progressive, source d'incohérences juridiques. De plus, elles imposent de s'inscrire dans le cadre existant, les modifications devant limiter leur envergure.

257. Annonce de plan. Ainsi, le modèle filiatif évolue au gré des singularités. Il en résulte une évolution partielle des configurations parentales : la mère gestatrice est toujours certaines, quand l'autre figure qui l'accompagne se libéralise. Les singularités consensuellement acceptées ont en effet permis la consécration de la bi-maternité (Chapitre I.), tandis que le consensus quant à l'interdiction de la gestation pour autrui a renforcé le lien entre maternité et accouchement (Chapitre II).

Chapitre I : La consécration de la bi-maternité

Chapitre II : Le refus maintenu de dissocier maternité et accouchement

¹⁰³⁹ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826.

CHAPITRE I : LA CONSECRATION DE LA BI-MATERNITE

258. « Loi biopolitique »¹⁰⁴⁰. Malgré les importants effets d'annonce, l'ampleur et la durée des débats et la réception d'une réforme qualifiée de « révolutionnaire »¹⁰⁴¹, « la loi apparaît comme une amorce de révolution, les transformations en la matière laissant un goût d'inachevé »¹⁰⁴². En effet, les tensions que créent les débats sur l'homoparentalité ont conduit le législateur à faire le choix d'une « ouverture tempérée », certes pas totale, mais néanmoins, « incontestable »¹⁰⁴³, dans la logique de consensus à laquelle conduit la démarche bioéthique et l'intégration du mouvement de fondamentalisation. Le modèle a, dès lors, été adapté afin de consacrer la bi-maternité, sans modifier ce qui aurait pu ouvrir la voie à la gestation pour autrui.

259. Incohérences structurelles. Toute la difficulté de cette élaboration progressive s'illustre à l'étude de la loi de bioéthique. D'un point de vue substantiel, l'évolution existe et a une certaine ampleur : le droit français consacre pour la première fois la bi-maternité en dehors d'hypothèses d'adoption. Néanmoins, d'un point de vue structurel, le régime antérieur a été, dans son ensemble, conservé, et des adaptations ont été faites afin d'ouvrir la procédure aux couples de femmes et aux femmes non mariées. Dans cette optique, l'altérité sexuelle des parents et la condition de couple ne sont plus des manifestations systématiques du modèle. Pour autant, ces modifications sont d'envergure, mais n'ont pas été faites dans une logique d'ensemble, à partir du fondement de la filiation, amenant à se questionner sur la pérennité du socle du droit de la filiation.

260. Objet de la loi de bioéthique. Résultant d'un consensus issu d'influences conjuguées, l'encadrement des techniques scientifiques portant sur l'homme est progressif. Ce

¹⁰⁴⁰ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1069.

¹⁰⁴¹ GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975 ; LEMOULAND J.-J., « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89 ; GOUËZEL A., « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* n°10, octobre 2021, 23 ; CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769.

¹⁰⁴² CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769.

¹⁰⁴³ MEHL D., « La loi de bioéthique de 2021, *AJ fam.* 2021 p. 519.

mode de fonctionnement permet au législateur de tempérer les réformes, sans réellement avoir besoin d'avancer d'arguments autres que l'enjeu éthique que poserait la légalisation d'une nouvelle technique. Dans cette optique, l'encadrement des techniques préserve, pour partie, le pouvoir du législateur, d'autant plus que la mise en œuvre des techniques se fait exclusivement au sein des CECOS qui doivent répondre à des conditions légales et réglementaires pour pouvoir réaliser ces techniques. Dès lors, les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation sont déterminantes dans tout questionnement relatif au droit de la filiation. La loi fonctionne en deux temps, déterminant tout d'abord qui peut être parent en encadrant l'accès aux techniques avant d'en tirer les conséquences sur le terrain de la filiation en perspective de l'autre aboutissement du consensus actuel : l'interdiction de la gestation.

261. Annonce de plan. En élargissant les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation (Section I.), le législateur a entériné certaines singularités, consacrant davantage l'engendrement artificiel. La réforme inclut, par conséquent, les adaptations civiles en découlant et reconnaît, sur le terrain de la filiation, la bi-maternité (Section II.), en perspective des singularités exclues, principalement les hypothèses de gestation pour autrui. En résulte une évolution de la figure parentale n'accouchant pas.

Section I : L'évolution de l'encadrement de l'assistance médicale à la procréation résultant du consensus.

Section II : Les adaptations du droit de la filiation.

SECTION I : L'EVOLUTION DE L'ENCADREMENT DE L'ASSISTANCE

MEDICALE A LA PROCREATION RESULTANT DU CONSENSUS

262. Techniques autorisées et conditions d'accès. L'encadrement de l'AMP¹⁰⁴⁴ est le domaine portant en son cœur les enjeux mis en exergue par la démarche bioéthique. À nouveau, deux éléments peuvent être débattus pour libéraliser le domaine et y intégrer les singularités consensuelles. L'autorisation de la technique est la première étape à la libéralisation de la matière : selon les techniques autorisées, les configurations familiales envisageables sont différentes puisqu'il faut que la technique autorisée corresponde aux besoins des couples. Dans cette optique, la loi a une maîtrise des actes techniques pouvant être mis en œuvre sur le territoire national. Dans un second temps, une fois la technique autorisée, un questionnement peut avoir lieu quant aux conditions d'accès à ces techniques. Dans cette perspective, la loi a un certain contrôle quant à la détermination des bénéficiaires, dessinant, par l'élaboration de ces conditions, les configurations familiales possibles. Or, malgré l'annonce d'une réforme révolutionnaire, les débats de la loi de bioéthique de 2021 se sont principalement concentrés sur la deuxième étape. Aucune modification d'envergure n'est à relever quant à l'évolution du cadre technique, l'objectif de la réforme étant de n'ouvrir aucune porte supplémentaire à la gestation pour autrui (§I.). Les principales évolutions concernent les conditions relatives aux bénéficiaires (§II.), conservant pour partie la logique initiale du modèle de l'AMP, calqué sur l'engendrement charnel¹⁰⁴⁵, tout en consacrant de façon parcellaire la part artificielle de cet engendrement, conséquence de l'élaboration progressive découlant de l'usage du consensus.

¹⁰⁴⁴ Sur la distinction sémantique AMP-PMA v. par ex. MURAT P., CIMAR L., BERNARD- XÉMARD C., « Respect et protection du corps humain – Assistance médicale à la procréation – Accès », *Jcl. Civil Code*, fasc. 40, 8 avril 2022.

¹⁰⁴⁵ DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille*, 9^{ème} éd., Dalloz, coll. « Dalloz action », 2022, n°217.190 ; FENOUILLET D., « Les assistances médicales à la procréation interdites », préc., p. 71.

§I. L'absence d'évolution des techniques d'assistance médicale à la procréation

263. *Libéralisation relative des techniques d'assistance médicale à la procréation.*

Le choix quant aux techniques autorisées est un important pouvoir de contrôle entre les mains du législateur. Les choix effectués quant à l'ouverture ou non de certaines techniques en deviennent un premier filtre : en maîtrisant l'accès aux techniques, il limite les demandes sociétales et peut, dès lors, davantage être maître de l'évolution du modèle en interdisant des techniques susceptibles de réellement remodeler le droit de la filiation. Lors de la réforme de 2021, la limite était explicite : maintenir l'interdit de la gestation pour autrui. Dans cette optique, la réforme de 2021 n'a que très relativement libéralisé les techniques existant (A.) et a maintenu les interdits déjà présents (B.), principalement pour ne pas consacrer la gestation pour autrui.

A. L'élargissement à la marge des techniques autorisées

264. *Cadre de l'assistance médicale à la procréation.* Selon l'article L. 2141-1 du CSP, « l'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle. La liste des procédés biologiques¹⁰⁴⁶ utilisés en assistance médicale à la procréation est fixée par arrêté du ministre chargé de la Santé après avis de l'Agence de la biomédecine. Un décret en Conseil d'État précise les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste. Les critères portent notamment sur le respect des principes fondamentaux de la bioéthique prévus, en particulier, aux articles 16 à 16-8 du Code civil et relatifs à l'efficacité, la reproductibilité du procédé ainsi que la sécurité de son utilisation pour la femme et l'enfant à naître ».

Ce texte pose les conditions générales à toute assistance médicale à la procréation, renvoyant au pouvoir réglementaire pour les précisions techniques en raison du caractère médical des actes¹⁰⁴⁷ et illustrant le recours aux instances paranormatives dans la détermination et la mise

¹⁰⁴⁶ Pour de plus amples développements sur ces techniques et notamment la distinction entre les techniques cliniques et les techniques biologiques v. DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, 2022, n°217.70 et spéc. n°217.81.

¹⁰⁴⁷ HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, act. 8 février 2023.

en œuvre du contenu même de la loi¹⁰⁴⁸. Outre un certain allègement quant au rôle de l'Agence de la biomédecine, le texte n'a pas subi de réelle modification par la dernière réforme bioéthique. Une modification du dernier alinéa est cependant à relever, le Code de la santé publique prévoyant désormais que les règles de bonnes pratiques que doit prendre le ministre de la Santé concernent désormais l'ensemble des assistances médicales à la procréation et non plus seulement celles avec donneur. Au-delà de ces modifications, les techniques évoquées dans le texte – conception *in vitro*, conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, transfert d'embryons et insémination artificielle – sont les mêmes depuis 2004. L'évolution du texte va ainsi vers un renforcement de l'encadrement réglementaire et para normatif, davantage que vers une libéralisation des techniques autorisées¹⁰⁴⁹.

265. Techniques d'assistance médicale à la procréation. Les différentes techniques prévues à l'article L. 2141-2 du CSP sont de deux ordres : certaines portent sur la conception en elle-même, tandis que d'autres sont relatives aux gamètes utilisés pour la procréation assistée. En termes de modes de conception, la loi autorise la conception *in vitro*, plus souvent dénommée fécondation *in vitro* (FIV) qui consiste en la reproduction en laboratoire du processus naturel de conception. Elle implique, par conséquent, le transfert d'un embryon dans l'utérus de la femme¹⁰⁵⁰. Au contraire, l'insémination artificielle consiste à déposer un spermatozoïde dans l'utérus de la femme afin que la fécondation se fasse naturellement, *in vivo*¹⁰⁵¹. Concernant les gamètes et les tissus germinaux, leur conservation est considérée comme une technique d'assistance à la procréation puisqu'elle constitue une étape des différentes techniques, au même titre que la stimulation ovarienne qui peut également être utilisée comme une technique autonome.

266. Autorisations légales et réglementaires. Les techniques de procréation assistée sont soumises à différentes autorisations. Seules les techniques inscrites à l'article L. 2141-1 du CSP sont autorisées, celui-ci posant les conditions générales de leur autorisation. À ce titre, les procédés biologiques utilisés dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation sont

¹⁰⁴⁸ V. *supra* n°67 et s.

¹⁰⁴⁹ DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°217.20 et s.

¹⁰⁵⁰ LECA A., LEGROS B., V° « Fécondation *in vitro* », in *Petit dictionnaire de droit de la santé et de bioéthique*, *op. cit.*

¹⁰⁵¹ LECA A., LEGROS B., V° « Insémination ou Insémination artificielle », in *Petit dictionnaire de droit de la santé et de bioéthique*, *op. cit.*

fixés par un arrêté du ministre de la Santé, après avis de l'Agence de la biomédecine. Une fois un procédé inscrit sur cette liste, toute modification technique de ce procédé, notamment pour en améliorer l'efficacité, relève d'une autorisation du directeur de l'Agence de la biomédecine, après avis motivé de son conseil d'orientation. Ce dernier a un certain pouvoir d'appréciation. En effet, s'il estime « que la modification proposée est susceptible de constituer un nouveau procédé, sa mise en œuvre est subordonnée à son inscription sur la liste mentionnée au même premier alinéa ».

Des règles de bonne pratique sont également prévues par le texte. Celles-ci sont précisées par un arrêté du ministre de la Santé de 2008¹⁰⁵² qui a été modifié plusieurs fois, dernièrement à l'occasion de la réforme bioéthique afin d'étendre les bonnes pratiques prévues aux couples de femmes et aux femmes seules¹⁰⁵³ et modifier les règles d'appariement des gamètes¹⁰⁵⁴. Enfin, le non-respect du cadre technique de l'AMP et notamment la pratique de ces techniques en dehors du cadre légal, est sanctionné par les infractions du titre I du livre V du Code pénal relatif aux « autres crimes et délits » et spécialement par celles du chapitre I encadrant les « infractions en matière d'éthique biomédicales ».

La densité de l'encadrement de ces procédés, notamment justifiée par leur technicité et leur précision, apporte une certaine opacité à ce cadre juridique. La dilution du pouvoir décisionnel relatif aux techniques et les enjeux propres au droit médical sont pourtant de réelles limites à la libéralisation de l'assistance médicale à la procréation, mais sont peut-être ses limites les moins visibles.

267. *Techniques endogènes et exogènes.* Les différentes techniques n'impliquent pas, par principe, le recours à un tiers, donneur de gamètes. Les gamètes des membres du couple peuvent être utilisés que ce soit pour une FIV ou une insémination artificielle, ce qui est d'ailleurs le cas de la grande majorité des assistances médicales à la procréation¹⁰⁵⁵. Dans cette situation, la technique est qualifiée d'endogène. Dans certains cas, le recours à un donneur de

¹⁰⁵² Arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, JORF n°0119 du 23 mai 2008.

¹⁰⁵³ Arrêté du 28 septembre 2021 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, JORF du 29 septembre 2021.

¹⁰⁵⁴ Arrêté du 14 avril 2022 portant modification de l'annexe de l'arrêté du 11 avril 2008 modifié relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, JORF du 17 avril 2022.

¹⁰⁵⁵ Les AMP exogènes représentaient, en 2019, un peu plus de 5% des AMP réalisées en France ; v. ABM, *Rapport médical et scientifique*, 2020.

sperme, d'ovocytes ou l'accueil d'embryon est cependant obligatoire. Dans ce cas, la technique sera qualifiée d'exogène ou d'hétérologue¹⁰⁵⁶.

268. Autorisation du double don de gamètes. La réforme de 2021 a modifié les conditions de l'assistance médicale à la procréation exogène. Jusqu'à la réforme, les gamètes devaient appartenir à au moins l'un des membres du couple, un double don de gamètes était, par conséquent, interdit¹⁰⁵⁷, à l'exception de l'accueil d'embryon dont la procédure est lourde¹⁰⁵⁸. En raison de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux femmes seules¹⁰⁵⁹ et des réticences constatées des couples à l'accueil d'embryons issus d'un autre projet parental¹⁰⁶⁰, l'article L. 2141-3 du CSP a été modifié et ne précise désormais plus que l'embryon doit nécessairement être conçu avec les gamètes d'au moins l'un des membres du couple, autorisant implicitement le double don. Le consentement du conjoint au don de gamète de son époux ou de son épouse a également été supprimé par la réforme¹⁰⁶¹.

269. Élargissement de l'autoconservation des gamètes. Les conditions d'accès à la conservation des gamètes ont également été élargies par la loi de bioéthique de 2021. À la conservation ovocytaire prévue lorsque la fertilité est menacée par un traitement médical s'ajoute la conservation de gamètes « sociétale »¹⁰⁶² en vue de réaliser ultérieurement une assistance médicale à la procréation. Pensée principalement pour favoriser l'autoconservation ovocytaire, la loi crée le nouvel article L. 2141-12 du CSP, lui-même complété par les décrets

¹⁰⁵⁶ BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, 2^{ème} éd., *op. cit.*, n°382 et 383, p. 196.

¹⁰⁵⁷ Art. L. 2141-3 CSP ancien.

¹⁰⁵⁸ Art. L. 2141-4 à L. 2141-6 CSP. Malgré les allègements prévus par la réforme du 23 mars 2019 (Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF du 24 mars 2019) concernant les receveurs et celle de 2021 concernant les donneurs, la procédure de don d'embryon reste lourde, impliquant un consentement formalisé et régulièrement renouvelé.

¹⁰⁵⁹ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹⁰⁶⁰ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°1078 ; BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹⁰⁶¹ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JORF n°0178 du 3 août 2021, art. 3.

¹⁰⁶² BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

du 28 septembre 2021¹⁰⁶³ et du 25 août 2022¹⁰⁶⁴ créant et modifiant les articles R. 2141-36 à R. 2141-38 du même Code¹⁰⁶⁵. Cette nouveauté est assez strictement encadrée. Désormais, le prélèvement d'ovocytes en vue de réaliser une assistance médicale à la procréation peut être réalisé chez toute personne à compter de son vingt-neuvième anniversaire et jusqu'à son trente-septième anniversaire et le recueil de spermatozoïdes peut être réalisé chez toute personne à compter de son vingt-neuvième anniversaire et jusqu'à son quarante-cinquième anniversaire¹⁰⁶⁶. Les différents actes médicaux nécessaires à ces prélèvements sont pris en charge par la Sécurité sociale, à l'exception du coût de conservation annuel des gamètes qui reste à la charge du bénéficiaire. L'article L. 2141-12 précise que ces frais ne peuvent être pris en charge par l'employeur, afin d'éviter toute pression professionnelle quant à un projet d'enfant.

270. Stocks de gamètes et incitations au don. La réforme de l'assistance médicale à la procréation a pour conséquence principale d'augmenter le nombre des bénéficiaires nécessitant le recours à un don de gamètes dont le stock était déjà limité pour répondre à la demande¹⁰⁶⁷. De façon générale, les conditions du don de sperme sont progressivement assouplies depuis 2004 afin de répondre à la demande¹⁰⁶⁸. Cependant, la question est renouvelée par la réforme. Les chiffres de l'Agence de la biomédecine¹⁰⁶⁹ confirment les craintes de stock insatisfaisant, tout en rassurant quant à l'absence de diminution du nombre de donneurs malgré la levée du principe d'anonymat¹⁰⁷⁰. Néanmoins, l'incitation au don est l'une des difficultés

¹⁰⁶³ Décret n°2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation.

¹⁰⁶⁴ Décret n°2022-1187 du 25 août 2022 relatif à l'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur pris en application de l'article 5 de la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique et portant modification des dispositions relatives à l'assistance médicale à la procréation.

¹⁰⁶⁵ Décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation.

¹⁰⁶⁶ Art. R. 2141-37 CSP.

¹⁰⁶⁷ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.* p. 77 ; V. aussi DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n°217.156.

¹⁰⁶⁹ ABM, AMP : des demandes de prises en charge toujours à la hausse mais des dons insuffisants pour y répondre, mis à jour au 14 décembre 2023, [[en ligne](#)].

¹⁰⁷⁰ L'aspect idéologique de la réforme emportait de nombreux questionnements quant au devenir du don de sperme, alimenté par les expériences étrangères : possibilité de modifier les profils des donneurs et partant, leur nombre, et surtout, l'effet de la levée de l'anonymat qui paraissait être la principale inconnue de l'équation : allait-elle décourager ou inciter ? Pour de plus amples développements quant à ces craintes v. PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77 ; CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018, p. 66 ; KESSLER G., « Le marché de la procréation : fatalité ou

principales du système actuel de bioéthique, encore verrouillé par le principe de gratuité¹⁰⁷¹. Dans cette perspective, le Gouvernement a demandé un bilan du stock et ses projections à l'Agence de la biomédecine¹⁰⁷². Au vu des données de l'Agence de la biomédecine, le nombre de donneurs est pour l'instant stable, mais la principale difficulté est qu'il n'a pas augmenté, contrairement à la demande¹⁰⁷³. Les délais moyens actuels d'attente au 1^{er} semestre 2023 sont de 15,8 mois pour un don de sperme et de 23,8 mois pour un don d'ovocyte¹⁰⁷⁴. Des sensibilisations au don en général sont prévues¹⁰⁷⁵, ainsi qu'une information plus précise quant au don de gamètes, délivrées par les médecins et gynécologues,¹⁰⁷⁶ mais leurs conditions n'ont pas évolué avec la réforme, le système risque donc de s'avérer insuffisant.

Or, ces délais d'attente inquiètent, spécialement car ils laissent présumer un maintien du recours à l'étranger des techniques de procréation assistée¹⁰⁷⁷ et surtout, le développement de « marchés clandestins »¹⁰⁷⁸. Quelques voix s'élèvent afin de proposer avec « fatalité »¹⁰⁷⁹ une atténuation du principe de gratuité, afin de rendre les conditions du don en France plus attractives et limiter ces risques. Le principe de gratuité et son importance ont cependant été maintenus lors de la réforme, symbole de la préservation des principes fondateurs du système bioéthique « à la française » ?

271. Dualité de régime de l'autoconservation de gamètes. Une dualité de régime est mise en place selon le motif de la conservation de gamètes. Le régime prévu avant la réforme de 2021 est maintenu pour la conservation de gamètes justifiée par un motif médical. Aucune condition d'âge n'est prévue, permettant l'autoconservation thérapeutique pour les mineurs et

opportunité ? », *Dr. fam.* n°10, oct. 2010, étude 24 ; CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769.

¹⁰⁷¹ Art. 16-5 C. civ., L. 1211-4 CSP et 511 C. pén.

¹⁰⁷² Cour des comptes, *Les missions de l'agence de la biomédecine après la dernière loi de bioéthique*, janvier 2024, [\[en ligne\]](#).

¹⁰⁷³ ABM, AMP : des demandes de prises en charge toujours à la hausse mais des dons insuffisants pour y répondre, mis à jour au 14 décembre 2023, [\[en ligne\]](#).

¹⁰⁷⁴ ABM, AMP : des demandes de prises en charge toujours à la hausse mais des dons insuffisants pour y répondre, mis à jour au 14 décembre 2023, [\[en ligne\]](#).

¹⁰⁷⁵ Art. L. 1211-3 CSP.

¹⁰⁷⁶ Art. L. 1244-1-1 et 1244-1-2 CSP.

¹⁰⁷⁷ Cour des comptes, *Les missions de l'agence de la biomédecine après la dernière loi de bioéthique*, préc.

¹⁰⁷⁸ CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769.

¹⁰⁷⁹ KESSLER G., « Le marché de la procréation : fatalité ou opportunité ? », *Dr. fam.* n°10, oct. 2010, étude 24 ; CCNE, Avis 126, *Les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017, p. 24 et s.

les majeurs protégés. Dès lors, le critère thérapeutique n'a pas réellement disparu de l'encadrement de l'assistance médicale à la procréation, bien que sa portée soit réduite à une situation particulière, la conservation de gamètes. Ainsi, selon l'article L. 2141-11 du CSP, toute personne dont « la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée » peut conserver ses gamètes. La réforme de bioéthique a, sur ce point, permis de clarifier la question de la transidentité et plus particulièrement, la conservation des gamètes dans le cadre d'une transition en intégrant les personnes transgenres à ce dispositif¹⁰⁸⁰. Ce même article précise, en effet, que « la modification de la mention du sexe à l'état civil ne fait pas obstacle à l'application du présent article ». Si cette clarification est opportune, elle étonne cependant au regard des conditions relatives aux bénéficiaires d'une AMP, lesquelles ne prennent pas réellement en considération la transidentité¹⁰⁸¹. La difficulté apparaît rapidement : la conservation des gamètes est possible pour toute personne transgenre dans le cadre de sa transition, mais ces mêmes personnes, selon le sexe choisi et la composition de leur couple, ne pourront pas utiliser ces gamètes puisqu'ils ne répondront pas aux conditions d'accès à l'AMP¹⁰⁸².

272. Autoconservation ovocytaire « sociétale »¹⁰⁸³. L'élargissement de la conservation des gamètes vise principalement les femmes. L'avantage et l'une des principales raisons d'un tel élargissement est de limiter le « déclin de la fertilité féminine » afin de « permettre aux femmes de procéder à une conservation de précaution de leurs ovocytes à un âge où ils sont encore fonctionnels en vue d'améliorer la réussite de l'éventuelle assistance médicale à la procréation sans devoir recourir à un don d'ovocytes, au cas où le projet de grossesse surviendrait sur le tard »¹⁰⁸⁴. Cet élargissement a également comme bénéfice complémentaire d'améliorer le « dispositif boiteux »¹⁰⁸⁵ mis en place en 2011, qui permettait aux donneurs n'ayant pas procréé de conserver pour leur propre usage une partie du don qu'ils

¹⁰⁸⁰ MESNIL M., « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP », *RDSS* 2021, p. 790.

¹⁰⁸¹ V. *infra* n°433 et s.

¹⁰⁸² MESNIL M., « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP », *RDSS* 2021, p. 790. Sur la question v. *infra* n°434 et s.

¹⁰⁸³ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*

¹⁰⁸⁵ *Ibid.* ; dans le même sens LEGROS B., « Enjeux autour de l'accès et de la conservation des gamètes », in LEGROS B. (dir.), *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, vers l'ébranlement de certains interdits ?*, LEH Édition, 2018, p. 137 et s.

avaient fait,¹⁰⁸⁶ mais qui était discuté en raison de l'atteinte au principe de gratuité qu'il créait et de la priorité qu'il faisait au don par rapport à la conservation personnelle¹⁰⁸⁷. Néanmoins, il a également pour avantage de préserver quelque peu la fertilité féminine, les ovocytes récoltés après 38 ans limitant les chances de succès d'une assistance à la procréation. Il permet également d'augmenter, de façon plus large, les dons d'ovules¹⁰⁸⁸. Les enjeux d'une telle procédure sont variés selon les personnes la sollicitant et sont autant convaincants que rédhibitoires¹⁰⁸⁹. À ce titre, l'enjeu n'est pas exclusivement individuel et ne se concentre pas seulement sur la volonté de la femme de maîtriser le moment de sa maternité. L'enjeu est tout autant collectif et politique¹⁰⁹⁰, l'expression de « réarmement démographique » employée par le Président de la République¹⁰⁹¹ face au constat de la baisse de la natalité en France le démontre largement.

273. Autoriser l'autoconservation de gamètes « sociétale » sans l'inciter. Cet élargissement a été discuté lors de l'adoption de la loi. En amont, l'Académie nationale de médecine s'était prononcée favorablement à l'égard de cette pratique¹⁰⁹², tandis que le CCNE avait une position plus réservée¹⁰⁹³. Initialement prévue dans le projet de loi, le Sénat s'est opposé à l'autoconservation « sociétale » à ses deux lectures. Il considérait, en effet, que cette option « duperait » les femmes, les incitant à reporter leur grossesse sans garantie de succès lorsqu'elles souhaiteront mettre en œuvre leur projet d'enfant¹⁰⁹⁴. Si ce risque n'a pas été considéré comme suffisant pour supprimer cette mesure dans le texte définitif, l'encadrement et spécialement les conditions d'âge de l'autoconservation en vue de réaliser une assistance

¹⁰⁸⁶ Art. L. 1244-2 al. 3 CSP (ancien).

¹⁰⁸⁷ DECANTER C., « Autoconservation ovocytaire pour raisons non médicales : état des lieux en France et en Europe », in LEGROS B., *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, vers l'ébranlement de certains interdits ?*, op. cit., p. 126 et s. ; BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹⁰⁸⁸ DECANTER C., « Autoconservation ovocytaire pour raisons non médicales : état des lieux en France et en Europe », préc., p. 126 et s.

¹⁰⁸⁹ Pour de plus amples développements v. LEGROS B., « Enjeux autour de l'accès et de la conservation des gamètes », préc., p. 133-155.

¹⁰⁹⁰ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., p. 229 et s., spéc. n°326.

¹⁰⁹¹ Conférence de presse d'Emmanuel Macron, président de la République, sur les priorités du nouveau gouvernement en matière d'école, d'ordre public, d'économie, de natalité, d'égalité des chances, d'écologie, de services publics et de santé, Paris, 16 janvier 2024.

¹⁰⁹² Académie nationale de médecine, *La conservation des ovocytes*, n°17-04, 13 juin 2017.

¹⁰⁹³ CCNE, *Avis 126, Les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017, p. 17.

¹⁰⁹⁴ Sénat, séance publique du 2 février 2021, [[en ligne](#)].

médicale à la procréation traduit une certaine retenue du législateur. L'autoconservation « sociétale » est certes désormais autorisée, mais n'est pas encouragée¹⁰⁹⁵. Cet élargissement en demi-teinte se traduit également dans la prise en charge financière de l'autoconservation : les actes médicaux nécessaires au prélèvement sont pris en charge par l'assurance maladie, contrairement aux frais de conservation qui restent à la charge du bénéficiaire¹⁰⁹⁶.

B. Le maintien général des techniques interdites

274. Confirmation de l'interdiction de la gestation pour autrui. L'illicéité de la gestation pour autrui n'a pas été remise en question lors des débats de la loi de bioéthique. Au contraire, le sujet n'a quasiment pas été évoqué, à l'exception de la modification de l'article 47 du Code civil utilisé pour encadrer la production d'effets des gestations pour autrui légalement réalisées à l'étranger¹⁰⁹⁷ et qui n'était initialement pas prévue dans le projet de loi¹⁰⁹⁸. Le sujet a quasiment été « érigé en véritable tabou »¹⁰⁹⁹ malgré un contexte juridique qui aurait pu sembler plus favorable à un encadrement légal plus précis. Au regard des différentes décisions européennes et françaises sur la question, il semble, de prime abord, surprenant que le débat n'ait pas eu lieu et que ce thème soit totalement absent des travaux législatifs préparatoires, contrairement à la précédente réforme de bioéthique où ce sujet avait été largement traité¹¹⁰⁰. Pour autant, la gestation pour autrui n'a pas disparu des débats et a été un curseur d'ajustement de la réforme¹¹⁰¹ : l'ensemble des modifications a été pensé en fonction du rapport entretenu avec la gestation pour autrui qui est perçue comme la mesure non éthique que le droit français n'est pas prêt à légaliser¹¹⁰². En effet, la loi de bioéthique entretient un rapport quelque peu ambigu avec le principe d'égalité. L'égalité est au cœur des mobilisations en faveur de l'ouverture de la PMA, bien que l'égalité défendue ne soit pas réellement juridique, mais

¹⁰⁹⁵ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522 ; DECANter C., « Autoconservation ovocytaire pour raisons non médicales : état des lieux en France et en Europe », préc., p. 131.

¹⁰⁹⁶ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JORF n°0178 du 3 août 2021, art. 3.

¹⁰⁹⁷ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JORF n°0178 du 3 août 2021, art. 7.

¹⁰⁹⁸ Ce qui s'explique principalement par le fait que la Cour de cassation n'avait pas encore rendu les décisions qui ont initié la modification de l'article 47 du Code civil.

¹⁰⁹⁹ MEHL D., « La loi bioéthique de 2021 », *AJ fam.* 2021 p. 520.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*

¹¹⁰¹ Dans le même sens, CARAYON L., « Arlésienne bioéthique, La procréation *post mortem* en débats », *JDSAM* 2020/1, n°25, p. 45-50 ; GOUËZEL A., « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* n°10, octobre 2021, 23.

¹¹⁰² En ce sens, v. par ex., FENOUILLET D., « Les assistances médicales à la procréation interdites », préc., p. 74 et s.

« volontariste et politique »¹¹⁰³ : aucun constat d'atteinte au principe d'égalité n'a été fait par la Cour européenne ou par le Conseil constitutionnel, les situations des couples hétérosexuels et des couples homosexuels étant considérées comme différentes et justifiant donc une différence de traitement¹¹⁰⁴. La conception « élargie » de l'égalité utilisée lors des débats emporte cependant des risques, en ce que cet argument est tout autant utilisable pour justifier l'ouverture de la gestation pour autrui : paradoxalement, « sur le plan de cette égalité élargie, la loi crée une nouvelle inégalité (de fait) en laissant de côté les couples d'hommes ou hommes seuls »¹¹⁰⁵.

275. Interdiction de la ROPA. Variante de la FIV, la réception des ovocytes de la partenaire (ROPA) consiste à utiliser, au sein d'un couple lesbien, les ovocytes de l'une des femmes afin de créer un embryon qui sera porté par l'autre femme du couple. Le projet de loi initial excluait cette option. Réintroduite par la Commission spéciale de l'Assemblée en deuxième lecture en cas d'infertilité de la femme souhaitant porter l'enfant, cette alternative a cependant été abandonnée à l'initiative du Gouvernement¹¹⁰⁶. Celui-ci s'est principalement fondé sur des arguments d'ordre médical : la ROPA implique un procédé beaucoup plus lourd financièrement et humainement¹¹⁰⁷ qu'une insémination artificielle, car elle comprend une stimulation hormonale, une ponction ovocytaire, une FIV et un transfert d'embryon, ce qui rendrait le procédé contraire au principe fondamental du droit qui interdit de pratique des actes médicaux non nécessaires¹¹⁰⁸. À ces arguments s'ajoutent ceux soulevés par différents amendements parlementaires. La ROPA s'inscrirait à contrecourant de l'interdiction du don dirigé¹¹⁰⁹, « principe structurant du droit français »¹¹¹⁰. De plus, elle induirait un glissement vers

¹¹⁰³ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826. Dans le même sens, CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769 ; GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

¹¹⁰⁴ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, § 44, *RFDA* 2013. 923, étude P. Delvolvé ; *RTD civ.* 2013. 579, obs. J. Hauser ; CEDH, *Gas c. France*, 15 mars 2012, n° 25951/07, *AJDA* 2012. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen.

¹¹⁰⁵ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826.

¹¹⁰⁶ Ass. nat., 2^{ème} lecture du texte n°3181, adopté par la commission spéciale, sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à la bioéthique (n° 2658), amendement n° 2166 (Rect.) déposé par le Gouvernement le 23 juill. 2020.

¹¹⁰⁷ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1078 ; BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus. Splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021 p. 522.

¹¹⁰⁸ MESNIL M., « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP », *RDSS* 2021, p. 790 ; BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus. Splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021 p. 522.

¹¹⁰⁹ Art. L. 1244-7 CSP.

¹¹¹⁰ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus. Splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021 p. 522.

la gestation pour autrui en consacrant un éclatement de la maternité¹¹¹¹. La technique n'est cependant pas exclue explicitement par les textes, ce qui a impliqué que le Conseil d'État le confirme¹¹¹².

276. ROPA et interdiction du don dirigé. À l'origine, l'assistance médicale à la procréation a été conçue de telle sorte à ce que le recours au don soit subsidiaire et si ce dernier recours était employé, les gamètes devaient, par principe, appartenir à au moins l'un des membres du couple, à l'exception du don d'embryon. Dans le cadre de la ROPA, la deuxième condition est remplie puisque la donneuse est l'une des membres du couple¹¹¹³. De plus, le projet reposait sur un critère médical, la ROPA devant se justifier par l'impossibilité, pour la femme souhaitant porter l'enfant, de le faire grâce à ses propres ovocytes. Pour autant, l'argument de l'interdiction du don dirigé lui a été opposé. Dans un tel cas, la partenaire qui fournit l'ovocyte doit-elle être considérée comme un tiers donneur alors qu'elle est partie intégrante du couple ? Elle fournit effectivement des gamètes, mais semble davantage être assimilable à un membre du couple dont les gamètes sont utilisés dans la réalisation de l'AMP, même si effectivement, son don n'est pas indispensable. Le Gouvernement, quant à lui, a rappelé que « la disposition réintroduit la vérification de l'origine pathologique de l'infertilité qui ne conditionne plus l'accès à l'assistance médicale à la procréation compte tenu de l'ouverture aux couples de femmes et aux femmes seules »¹¹¹⁴, rappel plutôt ironique au regard des conditions relatives à l'autoconservation de gamètes qui reposent encore partiellement sur ce critère¹¹¹⁵.

277. ROPA et éclatement de la maternité. L'éclatement de la maternité que permet la ROPA a également été un argument assez paradoxalement employé. Immédiatement, le rapport avec la gestation pour autrui s'impose : deux femmes participent à la conception de l'enfant. Consacrer cette possibilité en droit français, malgré les différences d'implication de ces deux techniques¹¹¹⁶, paraît, en ce sens, être une étape symbolique vers la consécration de la

¹¹¹¹ Ass. nat., 2^{ème} lecture du texte n°3181, adopté par la commission spéciale, sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à la bioéthique (n° 2658), amendement n° 253 déposé le 3 juill. 2020.

¹¹¹² CE, 19 juin 2024, n°472649.

¹¹¹³ VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43.

¹¹¹⁴ Ass. nat., 2^{ème} lecture du texte n°3181, adopté par la commission spéciale, sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à la bioéthique (n° 2658), amendement n° 2166 (Rect.) déposé par le Gouvernement le 23 juill. 2020.

¹¹¹⁵ V. *supra* n°271.

¹¹¹⁶ MESNIL M., « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP », *RDSS* 2021, p. 790.

gestation pour autrui¹¹¹⁷ puisqu'indirectement, la « mère génétique » serait reconnue par le droit. Certes, dans le cadre de la ROPA, les deux femmes participant à la conception de l'enfant ont vocation à en devenir les mères, contrairement à la gestation pour autrui où la femme portant l'enfant n'a pas cette vocation. Cependant, la part de symbolisme dans les justifications des réformes, tout comme l'actuelle construction progressive et catégorielle du droit n'étonne pas quant à l'amalgame fait entre ROPA et gestation pour autrui¹¹¹⁸.

Sans évoquer la gestation pour autrui, le Gouvernement s'est davantage concentré sur l'esprit de la loi de bioéthique pour s'opposer à la ROPA. Considérant que la philosophie du texte est fondée sur le projet parental qui « repose sur l'amour que l'on souhaite donner à un enfant, sans que la biologie ne prime », il estime que « tout le projet de loi repose sur le principe qu'un donneur de gamètes n'est pas forcément un père ou une mère, les parents étant ceux qui élèvent l'enfant et lui apportent amour et sécurité »¹¹¹⁹. La biologie ne serait que secondaire dans une logique de projet parental, argument délicat à utiliser dans le contexte d'ensemble des techniques de procréation assistée : la modification de l'article 47 du Code civil, mis en œuvre par la même loi consacre indirectement des modes distincts de reconnaissance des parents ayant eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger, selon un critère qui n'est pas totalement détaché de la biologie¹¹²⁰...

De plus, l'interdiction de la ROPA contraint les couples de femmes dans la gestion de leur projet parental. Elles ne peuvent mettre en commun leur capacité procréative, par exemple si l'une produit des ovocytes, mais ne peut porter un enfant, ce qui réduit leur liberté procréative¹¹²¹. L'argument « biologique » paraît, dès lors, très partialement utilisé au regard des différentes implications qu'il recoupe réellement¹¹²².

¹¹¹⁷ GOUËZEL A., « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* n°10, octobre 2021, 23.

¹¹¹⁸ Dans le même sens, PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹¹¹⁹ Ass. nat., 2^{ème} lecture du texte n°3181, adopté par la commission spéciale, sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à la bioéthique (n° 2658), amendement n°2166 (Rect.) déposé par le Gouvernement le 23 juill. 2020.

¹¹²⁰ V. *infra* n°395 et s.

¹¹²¹ MESNIL M., « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP », *RDSS* 2021, p. 790.

¹¹²² *Contra* DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n°217.234 ; SIFFREIN-BLANC C., « L'accès à la parenté pour tous, consacré par la loi bioéthique du 2 août 2021 », *Lexbase hebdo édition privée* n°878 du 23 septembre 2021.

278. Libéralisation relative. La libéralisation du droit de la filiation ne s’est pas faite en augmentant le nombre de techniques autorisées¹¹²³. Au contraire, l’encadrement des techniques de procréation assistée est un domaine dans lequel le législateur conserve un certain pouvoir, ce qui lui permet de poser des limites. Ainsi, « notre système juridique censure à l’heure actuelle ce qu’il considère comme des formes d’hubris et ferme ainsi la porte à certains modes de procréation artificielle »¹¹²⁴, particulièrement la gestation pour autrui. L’encadrement illustre également avec acuité la complexe répartition des rôles quant aux décisions relatives à ces techniques : le législateur fixe le cadre, le pouvoir réglementaire le précise, ce dernier renvoyant ponctuellement les autorisations les plus précises à certaines instances paranormatives.

De plus, les quelques modifications réalisées par la dernière loi de bioéthique sont symptomatiques de l’évolution de l’élaboration normative dans ce domaine. Les assouplissements autorisés n’obéissent pas à une logique cohérente et sur le long terme, se focalisant sur les singularités dégagées lors du consensus. Celles s’inscrivent davantage dans une quête de légitimité normative, répondant plutôt à des préoccupations symboliques et politiques – satisfaire certaines attentes individuelles : don d’embryon, report de l’âge de la première grossesse – ou pratiques – notamment favoriser le nombre de donneurs, préoccupation constante lors des débats d’adoption de la loi¹¹²⁵.

¹¹²³ En ce sens, DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n°217.20 et s ; VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43 ; VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43 ; GOUTTENOIRE A., « L’accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

¹¹²⁴ CAIRE A.-B., « L’anthropotechnie procréative à l’aune de la loi de bioéthique du 2 août 2021 », *LPA* n°02, 28 février 2022 p. 33.

¹¹²⁵ CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769.

§II. L'ouverture des conditions relatives aux bénéficiaires

279. *De l'engendrement charnel à l'engendrement artificiel ?* Le modèle de l'engendrement biologique est altéré par la consécration de la bi-maternité. L'ouverture des conditions relatives aux bénéficiaires a ainsi imposé l'adaptation du modèle biologique, deux femmes portant un projet parental mettant nécessairement en exergue le caractère artificiel de l'engendrement (A.). Néanmoins, malgré cette altération laissant présager une certaine transformation du modèle, sa logique charnelle n'a pas disparu et transparaît davantage que l'objet de la loi ne laisse à voir. La construction progressive d'une réforme afin de gérer les clivages sociaux qui en découlent se répercute en profondeur sur le régi élaboré. Implicitement, le modèle reste directeur, c'est-à-dire que l'idée d'un couple qui aurait vraisemblablement pu engendrer biologiquement l'enfant persiste, ce qui conduit à un certain nombre d'incohérences entre les règles assouplies et les limites maintenues¹¹²⁶ (B.).

A. L'adaptation du modèle d'engendrement biologique

280. *Coexistence des logiques d'engendrement.* Malgré l'effet d'annonce de la loi, le modèle de l'engendrement biologique est, pour partie, maintenu ce qui conduit à un certain nombre d'incohérences entre les règles assouplies et les limites maintenues. Ainsi, l'artificialité de l'engendrement gagne en puissance par la relativisation de l'hétéronormativité (1.) et la levée de l'anonymat (2.), mais coexiste avec l'ancienne logique d'engendrement charnel.

1- La relativisation de l'hétéronormativité

281. *Reconnaissance du projet parental des femmes.* « Mesure phare »¹¹²⁷ de la loi de bioéthique, l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes non mariées (b.) a été rendue possible par un changement de finalité de la procédure, le critère thérapeutique étant remplacé par celui du projet parental (a.).

a. Changement de critère : du critère thérapeutique au projet parental

¹¹²⁶ FENOUILLET D., « Les assistances médicales à la procréation interdites », préc., p. 90.

¹¹²⁷ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1077 ; CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769.

282. Fin de la finalité thérapeutique de l'AMP. Jusqu'à la réforme de 2021, l'article L. 2141-2 du CSP prévoyait 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 », excluant de fait « l'infertilité sociale », conséquence d'une composition de couple ne permettant pas une relation sexuelle féconde. Entrait également dans la finalité médicale le risque de transmission d'une maladie à l'enfant ou à l'un des parents. Le critère thérapeutique avait été antérieurement renforcé afin de limiter les demandes de convenance¹¹²⁸, le texte précédent prévoyant que l'assistance médicale à la procréation était « destinée à répondre à la demande parentale d'un couple »¹¹²⁹. La finalité thérapeutique de l'assistance médicale à la procréation a été, dès lors, mise en exergue par la réforme de 2011, bien que souplement appréciée dans la pratique. En effet, « il était rapporté dans les travaux préparatoires que, dans 10 à 15% des cas, l'assistance médicale à la procréation est aujourd'hui mise en œuvre au profit de couples hétérosexuels sans qu'aucune cause ne soit identifiée et que, de surcroît, le recours à un tiers donneur est davantage un palliatif admis par la société qu'un traitement médical »¹¹³⁰. Face à l'absence d'explication de l'infertilité au sein d'un couple hétérosexuel, les médecins se fondaient sur une définition large, comprise comme « le fait de ne pas avoir eu de conception après 12 ou 24 mois de tentatives »¹¹³¹. Le critère thérapeutique paraissait davantage être la marque du caractère subsidiaire du recours à l'assistance médicale à la procréation afin de contourner une infertilité « naturelle » qu'une conception reposant réellement sur le remède à une pathologie¹¹³². Cependant, la souplesse de sa mise en œuvre¹¹³³

¹¹²⁸ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹¹²⁹ Art. L. 2141-2 CSP en vigueur du 22 juin 2000 au 9 juillet 2011.

¹¹³⁰ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522. Pour une présentation plus chiffrée de ce phénomène v. PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹¹³¹ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹¹³² DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille*, op. cit., 2022, n°217.212.

¹¹³³ V. par exemple CAA Nancy, 15 juin 2017, req. n°2017/012183 : autorisation pour un homme stérile en raison d'une vasectomie d'accéder avec sa femme à une AMP dès lors que ses gamètes avaient été préalablement conservées.

et sa difficulté d'appréciation en l'état des connaissances actuelles de la science a pu participer à sa remise en question et renforcer les arguments égalitaristes qui ont irrigué les débats¹¹³⁴.

283. Finalité sociétale de l'assistance médicale à la procréation. Désormais, l'article L. 2141-2 ne contient plus aucune référence médicale. L'assistance médicale à la procréation a pour finalité nouvelle et exclusive de « répondre à un projet parental » rompant dès lors avec l'idéologie des anciennes lois de bioéthique¹¹³⁵, tout en rappelant « la demande parentale » présente dans le texte jusqu'à la réforme de bioéthique de 2011.

Le projet parental envisagé dans le texte n'est pas défini. La validité des projets parentaux se trouve finalement dans les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation qui, implicitement, traduisent les projets parentaux que le droit reconnaît. Tout projet parental ne permet pas, en effet, d'accéder à l'assistance médicale à la procréation : les conditions tant relatives aux techniques autorisées que celles relatives aux bénéficiaires précisent immédiatement les limites encore existantes. Pour autant, l'absence de définition du projet parental ouvre le champ des possibles à toute évolution ultérieure libéralisant davantage l'AMP¹¹³⁶. À l'heure actuelle, la modification a davantage une portée symbolique importante qu'une implication technique révolutionnaire, contrairement à l'évolution des conditions relatives aux bénéficiaires qui ont bien plus de portée technique. En effet, « la loi institue la notion de “stérilité sociale” »¹¹³⁷, qu'elle applique à tous, couples hétérosexuels compris, dont l'accès à l'assistance médicale à la procréation est largement facilité par la réforme¹¹³⁸. Néanmoins, elle met fin au caractère subsidiaire de la procréation assistée. Désormais, « deux modes d'engendrement coexistent avec la même légitimité, l'un spontané l'autre technicisé »¹¹³⁹ puisqu'aucune justification n'est nécessaire pour accéder à ces techniques.

¹¹³⁴ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹¹³⁵ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826 ; VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43 ; PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77 ; CAIRE A.-B., « L'anthropotechnie procréative à l'aune de la loi de bioéthique du 2 août 2021 », *LPA* n°02, 28 février 2022 p. 33 ; GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

¹¹³⁶ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹¹³⁷ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826.

¹¹³⁸ V. *infra* n°295.

¹¹³⁹ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826. Dans le même sens DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n°217.241 ; CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans

284. Principe de non-discrimination. Afin de « renforcer leur volonté d’élargir l’accès à l’AMP à toutes les femmes »¹¹⁴⁰, les députés ont ajouté au texte que « cet accès ne peut faire l’objet d’aucune différence de traitement, notamment au regard du statut matrimonial ou de l’orientation sexuelle des demandeurs »¹¹⁴¹. Par conséquent, aucune clause de conscience ne pourra permettre aux équipes de refuser de procéder à une AMP¹¹⁴². De plus, bien que seuls deux critères de non-discrimination soient prévus par le texte, la liste n’est pas limitative. Elle a pour but principal d’éviter tout risque de hiérarchisation des projets parentaux et s’inscrit dans la continuité de la suppression de l’évaluation médicale initialement prévue par le texte¹¹⁴³ et remplacée par l’entretien¹¹⁴⁴. En tout état de cause, elle traduit la vision égalitaire « volontariste et politique »¹¹⁴⁵ qui innervait l’ensemble de la réforme. Dans cette même optique, le recours à l’assistance médicale à la procréation est pris en charge pour tout bénéficiaire¹¹⁴⁶, même si ce recours n’est pas pathologique¹¹⁴⁷. Les arguments avancés par le Conseil d’État, qui a mis en avant le principe de solidarité et a estimé qu’une décision contraire serait délicate à justifier¹¹⁴⁸, semblent avoir été décisifs pour l’Assemblée nationale, malgré les tentatives du Sénat de ne pas totalement abandonner l’aspect médical de l’AMP¹¹⁴⁹.

285. Refus de l’interdiction du « droit à l’enfant ». Les sénateurs ont intégré à leur première modification du texte un article prévoyant que « nul n’a de droit à l’enfant ». « Point

le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769 ; VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43.

¹¹⁴⁰ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l’AMP et la filiation des enfants qui en sont issues, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹¹⁴¹ Art. L. 2141-2 al. 2 CSP.

¹¹⁴² BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l’AMP et la filiation des enfants qui en sont issues, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522 ; BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826.

¹¹⁴³ MESNIL M., « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d’AMP », *RDSS* 2021, p. 790.

¹¹⁴⁴ V. *infra* n°295 et s.

¹¹⁴⁵ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826. Dans le même sens par ex. DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, *op. cit.*, n°335 à 407 et 556 à 602.

¹¹⁴⁶ Art. L. 160-14 CSS.

¹¹⁴⁷ DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille*, *op. cit.*, 2022, n°217.242.

¹¹⁴⁸ CE, Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, 28 juin 2018, spéc. p.64.

¹¹⁴⁹ Sur ce point v. VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43 qui retrace le positionnement assez ambivalent du Sénat qui n’était pas contre l’ouverture des bénéficiaires de l’AMP et notamment pour les femmes mais souhaitait ne pas abandonner total le caractère médical de l’AMP, notamment en limitant l’accès des couples hétérosexuels aux infertilités pathologiques et le remboursement par la sécurité sociale aux situations où le recours à l’AMP était médicalement justifié.

de crispation intense entre les chambres »¹¹⁵⁰, la mesure a été rejetée par l'Assemblée, réintroduite par le Sénat pour être définitivement abandonnée par l'Assemblée¹¹⁵¹. Le Sénat estimait la précision nécessaire afin d'affirmer que l'enfant est un sujet et non un objet de droit et surtout, pour symboliquement, affirmer le refus de la GPA. Pour autant, la portée déclamatoire de la règle qui porte sur un non-concept aurait été un choix « malvenu »¹¹⁵² et remettait en question l'existence même de la procréation artificielle. La logique d'effet d'annonce n'est cependant pas absente de la loi de bioéthique qui, outre les intitulés ambitieux des titres la composant¹¹⁵³, a créé l'article 6-2 du Code civil qui dispose que « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont, dans leurs rapports avec leurs parents, les mêmes droits et les mêmes devoirs, sous réserve des dispositions propres à l'adoption simple. La filiation fait entrer l'enfant dans la famille de chacun de ses parents ». La précision est inutile et n'ajoute « aucune force contraignante supplémentaire » à ces dispositions¹¹⁵⁴. Elle illustre néanmoins la fonction promotionnelle des réformes et l'ambition du législateur de promouvoir l'ensemble des configurations familiales.

b. Les projets parentaux autorisés

286. *Couples de femmes.* Enjeu principal de la réforme bioéthique, l'assistance médicale à la procréation est désormais accessible aux couples de femmes. C'est d'ailleurs l'évolution la plus marquante et qui a eu le plus d'écho médiatique, au point d'en faire oublier les autres évolutions ou refus d'évolution¹¹⁵⁵ : débats sur le diagnostic préimplantatoire, recherches sur l'embryon, IVG et IMG...¹¹⁵⁶. Elle s'applique à l'ensemble des couples de

¹¹⁵⁰ SIFFREIN-BLANC C., « L'accès à la parenté pour tous, consacré par la loi bioéthique du 2 août 2021 », *Lexbase hebdo édition privée* n°878 du 23 septembre 2021 ; v. aussi BINET J.-R., « Bioéthique et filiation : la guerre des chambres - À propos de l'adoption du projet de loi relatif à la bioéthique en seconde lecture au Sénat », *Dr. fam.* n°3, mars 2021, étude 7.

¹¹⁵¹ SIFFREIN-BLANC C., « L'accès à la parenté pour tous, consacré par la loi bioéthique du 2 août 2021 », *Lexbase hebdo édition privée* n°878 du 23 septembre 2021.

¹¹⁵² GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour tous, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

¹¹⁵³ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826.

¹¹⁵⁴ PARICARD S., « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », *D.* 2021, p. 1685.

¹¹⁵⁵ CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : "évolution-révolution" ? », *RDSS* 2021, p. 769.

¹¹⁵⁶ Pour une synthèse v. par ex., BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826. Pour des présentations plus exhaustives, v. par ex., « Dossier : Réforme de la bioéthique », *AJ fam.* 2021 p. 581 et s. ; « Loi de bioéthique 2021 : les apports en droit des personnes et de la famille », *Lexbase Hebdo édition privée* n°878 du 23 septembre 2021.

femmes, aucun mode de conjugalité n'est favorisé, ce qui s'inscrit dans l'encadrement antérieur de l'AMP¹¹⁵⁷ et dans la continuité de la réforme relative à l'adoption¹¹⁵⁸. La seule exigence relative au couple est son existence au moment de l'insémination.

Pour autant, si l'accès aux couples de femmes à l'assistance médicale à la procréation est un bouleversement, il l'est davantage sur le terrain de la filiation¹¹⁵⁹ puisqu'il s'inscrit, d'un point de vue technique, « dans le modèle du don retenu par la loi, le don de sperme »¹¹⁶⁰. Cette identité technique serait d'ailleurs l'explication principale au traitement plus conciliant accordé aux couples se rendant à l'étranger pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation par rapport à ceux ayant eu recours à une GPA¹¹⁶¹ : les couples de femmes allant à l'étranger pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation ne portaient pas atteinte à un principe essentiel du droit français, mais accédaient à une technique autorisée en France, mais pour laquelle elles n'étaient pas éligibles.

287. Sexe juridique. Les femmes visées par l'article L. 2141-2 du CSP sont les personnes mentionnées comme telles sur leur acte d'état civil. Aucun régime particulier concernant la transidentité n'a été prévu lors de la réforme bioéthique¹¹⁶². Sans exclure directement les personnes transgenres de l'accès à l'AMP¹¹⁶³, le texte ne prend pas en considération la différence entre le sexe juridique et les capacités procréatives des personnes transgenres¹¹⁶⁴, ce qui n'est pas sans poser quelques questionnements¹¹⁶⁵.

288. Femme non mariée. Poursuivant son objectif égalitaire¹¹⁶⁶, la réforme a intégré l'ouverture de l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux femmes seules afin de ne pas

¹¹⁵⁷ Art. L. 2141-2 (ancien) CSP.

¹¹⁵⁸ Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, JORF n°0044 du 22 février 2022.

¹¹⁵⁹ V. *infra* n°329 et s.

¹¹⁶⁰ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹¹⁶¹ Cour de cassation, *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel 2014*, La documentation française, 2014, p. 437 ; PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹¹⁶² CARAYON L., « Personnes trans et loi bioéthique : histoire d'un silence », *AJ fam.* 2021, p. 543 ; MESNIL M., « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP », *RDSS* 2021, p. 790.

¹¹⁶³ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1081.

¹¹⁶⁴ MESNIL M., « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP », *RDSS* 2021, p. 790.

¹¹⁶⁵ V. *infra* n°433 et s.

¹¹⁶⁶ SIFFREIN-BLANC C., « L'accès à la parenté pour tous, consacré par la loi bioéthique du 2 août 2021 », *Lexbase hebdo édition privée* n°878 du 23 septembre 2021.

distinguer entre les femmes¹¹⁶⁷ et en utilisant l'argument de la possibilité d'adopter seul¹¹⁶⁸. Pour autant, si cette modification traduit la fin du lien couple-accès à l'AMP, elle n'atteint pas l'objectif d'un traitement uniforme des femmes. Le terme « seule » est usuel et n'apparaît pas dans la loi¹¹⁶⁹, celle-ci visant les femmes non mariées. Dès lors, la femme mariée est exclue des bénéficiaires de l'AMP, sauf à y recourir avec son époux ou son épouse, cette exclusion étant justifiée par l'existence de la présomption de paternité¹¹⁷⁰. L'empêchement est total, en ce que le constat du mariage suffit, le consentement du conjoint ne permettra pas d'accéder à l'AMP¹¹⁷¹. Or, cette modification n'est pas sans susciter un certain nombre de difficultés.

289. Femmes non mariées : femme célibataire, femme en concubinage, femme pacsée. Deux cas de figure peuvent correspondre à la catégorie « femmes non mariées ». Sont, en effet, concernées les femmes célibataires et les femmes en couple qui souhaitent porter seules un projet parental. Pour autant, aucune distinction n'est faite entre ces situations qui pourtant relèvent de deux réalités différentes : dans le cas de la femme en couple, son concubin ou son partenaire, même s'il ne partage pas le projet parental et ne subira aucune conséquence sur le terrain de la filiation, sera matériellement concerné par l'intégration de l'enfant dans la cellule familiale. Or, aucun élément quant au consentement de l'autre membre du couple n'est prévu,¹¹⁷² mais seul le couple marié est exclu.

290. Formation du couple au cours d'un projet monoparental. Dans le même sens, aucune disposition ne prévoit la situation d'un couple se formant au cours du déroulement du processus d'AMP. En tout état de cause, un concubinage ou un PACS se formant au cours de la procédure ne pose pas de difficulté quant à l'application du texte, si ce n'est dans l'appréciation du projet parental par l'équipe médicale. Cependant, si la femme se marie au cours de la procédure, quelles seraient les conséquences quant à la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation ? Il est envisageable d'estimer que l'insémination ne sera pas faite dans un tel cas de figure, encore faut-il que l'équipe médicale ait connaissance du mariage¹¹⁷³.

¹¹⁶⁷ MEHL D., « La loi de bioéthique de 2021, *AJ fam.* 2021 p. 519.

¹¹⁶⁸ DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n°217.233.

¹¹⁶⁹ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1079 et 1080.

¹¹⁷⁰ CE, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, n° 397.993, 18 juillet 2019, §13 ; Art. 312 et 313 C. civ.

¹¹⁷¹ MESNIL M., « Les femmes non mariées et l'AMP avec tiers donneur, révélateur des reconfigurations opérées par la loi de bioéthique », *AJ fam.* 2021, p. 538.

¹¹⁷² MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1080.

¹¹⁷³ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

De façon plus générale, la vérification même de l'existence d'un mariage questionne : qui vérifie que la femme n'est pas mariée ? Le notaire au moment du recueil du consentement ? Au regard de la circulaire du 21 septembre 2019¹¹⁷⁴, il semblerait qu'en effet et en toute logique, ce rôle lui soit dévolu. Mais si le mariage a lieu après le recueil du consentement par le notaire, par exemple après l'échec d'une première insémination ? Le médecin doit-il lui aussi vérifier son existence ? Mais, à nouveau, que pourra-t-il faire ? Ne pas procéder à l'insémination ?¹¹⁷⁵ Sur le terrain de la filiation, la dissolution du couple avant l'insémination permet au parent de se détacher du projet parental et ne pas être rattaché à l'enfant¹¹⁷⁶, il serait logique de tirer des effets analogues pour les couples se formant en cours de procédure et de mettre fin au projet monoparental, quitte à élaborer un projet parental entre époux ou épouses. L'alternative quelque peu étonnante serait, pour la femme mariée, de divorcer afin de pouvoir accéder à la procédure, tout en restant en couple avec son ex-mari. Il est peu probable que ce soit l'intention du législateur, mais à nouveau, l'objectif et la cohérence de la réforme questionnent.

291. Justifications de l'exclusion des femmes mariées. L'exclusion de la femme mariée a été principalement justifiée par l'existence de la présomption de paternité. Pourtant, le dispositif actuel exclut l'ensemble des femmes mariées, peu importe qu'elles soient mariées à un homme ou à une femme, bien que dans ce dernier cas, la présomption de paternité ne puisse pas jouer, le législateur n'ayant pas étendu la présomption de paternité aux couples de femmes en créant une présomption de coparenté¹¹⁷⁷. Au vu de l'esprit du texte et de l'accès à toutes les femmes dans une autre configuration de couple, il est difficile de justifier l'exclusion des femmes homosexuelles mariées¹¹⁷⁸. La justification même de la règle manque de cohérence, au point qu'un auteur estime que ce résultat traduit la logique hétéronormée sous-tendant la réforme, car « cette restriction témoigne du fait que, au moment où l'assistance médicale à la procréation est ouverte aux couples de femmes, les femmes seules sont, quant à elles, supposées être toutes hétérosexuelles »¹¹⁷⁹. En tout état de cause, ce paradoxe traduit à nouveau les

¹¹⁷⁴ Circulaire de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, n° CIV/03/21, 21 sept. 2021, p. 2.

¹¹⁷⁵ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹¹⁷⁶ V. *infra* n°338.

¹¹⁷⁷ Sur l'établissement des liens de filiation à la suite de la naissance par AMP d'un enfant au sein d'un couple de femmes v. *infra* n°350.

¹¹⁷⁸ GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

¹¹⁷⁹ MESNIL M., « Les femmes non mariées et l'AMP avec tiers donneur, révélateur des reconfigurations opérées par la loi de bioéthique », *AJ fam.* 2021, p. 538 ; Dans le même sens, PICHARD M., « Toutes les femmes ? », *D.*

particularités de l'élaboration actuelle des questions relatives à la filiation : logique d'ensemble et *ratio legis* cohérente ne sont pas au cœur de la réflexion législative, davantage tournée vers des modifications à la marge, poursuivant des buts distincts, afin de tenter d'emporter une adhésion globale¹¹⁸⁰.

292. *Mariage excluant.* Symboliquement, l'exclusion du mariage dans un contexte d'accès à la parenté est, en elle-même, une rupture. Bien qu'aujourd'hui relativisé, le mariage a longtemps été au cœur de l'organisation des relations familiales, figure principale de la famille traditionnelle¹¹⁸¹. Quelques vestiges de ce rôle existent encore aujourd'hui, la présomption de paternité en étant l'illustration marquante sur le terrain de la filiation¹¹⁸². Pourtant, il peut aujourd'hui être un empêchement à l'accès à l'assistance médicale à la procréation en raison, justement, de l'existence de la présomption de paternité. La volonté du législateur de protéger la singularité du mariage conduit au paradoxe d'un mariage qui en devient excluant¹¹⁸³, bien que le but de l'assistance médicale à la procréation soit la création d'une famille. Certes l'assistance médicale à la procréation n'a jamais offert une place particulière au mariage et a toujours concerné les couples sans distinction particulière¹¹⁸⁴. Seule une durée de vie commune avait été prévue, avant d'être supprimée par la réforme de 2011¹¹⁸⁵. De même, la monoparenté au sein d'un couple marié existait déjà en droit français. L'article 343-1 du Code civil autorise, en effet, un époux à adopter seul un enfant, tout en conditionnant cette adoption au consentement de l'autre conjoint. Cette option aurait pu être étendue à l'accès à l'assistance médicale à la procréation pour une épouse la réalisant seule,¹¹⁸⁶ mais le législateur a préféré faire un choix d'exclusion totale. Ces éléments « mettent en exergue la difficulté de la loi de

2019, p. 2143 ; *Contra* DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n°217.233 qui estime la règle logique au regard des droits et obligations découlant du mariage, peu importe la composition de celui-ci ; PARICARD S., « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », *D.* 2021, p. 1685.

¹¹⁸⁰ V. *supra* n°212.

¹¹⁸¹ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°688 et s.

¹¹⁸² Art. 312 et 313 C. civ.

¹¹⁸³ V. sur ce point PICHARD M., « Toutes les femmes ? », *D.* 2019, p. 2143 où l'auteur se questionne quant à un retour des limites à la capacité de la femme mariée.

¹¹⁸⁴ PARICARD S., « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », *D.* 2021, p. 1685 ; PICHARD M., « Toutes les femmes ? », *D.* 2019, p. 2143.

¹¹⁸⁵ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF du 8 juillet 2011.

¹¹⁸⁶ MESNIL M., « Les femmes non mariées et l'AMP avec tiers donneur, révélateur des reconfigurations opérées par la loi de bioéthique », *AJ fam.* 2021, p. 538 ; PICHARD M., « Toutes les femmes ? », *D.* 2019, p. 2143.

bioéthique à rompre entièrement avec les hiérarchies existantes en droit aussi bien médical que civil qui réserve une place particulière aux couples hétérosexuels et en particulier lorsqu'ils sont mariés »¹¹⁸⁷. La présomption de paternité n'est, en effet, ni automatique ni irréfragable. Elle peut être écartée, par exemple en cas de demande de divorce ou de séparation de corps¹¹⁸⁸. Devenue quasiment irréfragable dans l'esprit des promoteurs de la réforme, elle n'en demeure pas moins une « justification fragile »¹¹⁸⁹. Enfin, dernière incohérence notable, malgré l'annonce d'une réforme égalitaire, la loi crée une distinction dans le cadre du mariage, entre l'homme et la femme mariée. Évidemment, l'homme marié n'aurait que peu d'intérêt à recourir à un don de sperme et cette évidence explique la différence de traitement¹¹⁹⁰. Néanmoins, au vu des alternatives existant, il n'était vraisemblablement pas nécessaire d'en arriver à cette différence de traitement. L'effet « boule de neige » a suffisamment été observé en droit de la famille pour savoir que le principe d'égalité est quelque peu malmené en la matière.

293. Intangibilité de l'impossibilité d'accès de la femme mariée. En intégrant le mariage dans le Code de la santé publique, la déclinaison du modèle effrite à nouveau l'original, alors que paradoxalement, le but ici est de préserver l'institution civile du mariage¹¹⁹¹. Au contraire, la cohérence aurait pu conduire à ne pas interdire l'accès aux femmes seules mariées, tout en réservant cet accès à l'accord de l'autre époux et aux situations de séparation de corps et d'instance de divorce, éléments déjà déterminants dans l'accès en couple à une AMP. La dissolution du couple aurait ainsi mis fin au projet parental commun ou, à l'inverse, permis la mise en œuvre d'un projet parental autonome¹¹⁹². Peut-être demain, une femme mariée, en cours de divorce, s'approchant de la limite d'âge, demandera un accès à l'assistance médicale à la procréation « urgent », et contestera le refus qu'on lui aura opposé si elle dépasse l'âge limite entre-temps. Le contrôle concret opéré par les juges du fond semble largement susceptible de lui permettre d'obtenir gain de cause, *a fortiori* si le futur ex-époux un peu trop vindicatif fait

¹¹⁸⁷ MESNIL M., « Les femmes non mariées et l'AMP avec tiers donneur, révélateur des reconfigurations opérées par la loi de bioéthique », *AJ fam.* 2021, p. 538.

¹¹⁸⁸ Art. 313 C. civ.

¹¹⁸⁹ PICHARD M., « Toutes les femmes ? », *D.* 2019, p. 2143.

¹¹⁹⁰ GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975 ; PICHARD M., « Toutes les femmes ? », *D.* 2019, p. 2143.

¹¹⁹¹ Formulé autrement mais reprenant la même idée : PICHARD M., « Toutes les femmes ? », *D.* 2019, p. 2143 : après avoir relevé que le CSP s'est toujours fondé sur la notion de couple et avant que celle-ci n'intègre, en 1999, le Code civil, le choix actuel d'exclure la femme mariée « constitue une rupture théorique notable : dans le champ de l'assistance médicale à la procréation, le Code civil impose désormais sa loi au Code la santé publique ».

¹¹⁹² PICHARD M., « Toutes les femmes ? », *D.* 2019, p. 2143.

durer la procédure de divorce pour indirectement mettre fin au projet de maternité de sa future ex-femme¹¹⁹³.

294. Fin du lien entre assistance médicale à la procréation et couple. Modification d'envergure, l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux femmes seules marque la fin du « lien consubstantiel entre couple et AMP »¹¹⁹⁴. Le modèle de l'engendrement charnel est, ici, visiblement effacé puisque la réforme de bioéthique permet la venue au monde d'un enfant au sein d'un foyer monoparental. Ce faisant, le législateur consacre la possibilité de faire venir au monde un enfant en laissant délibérément vacant l'un des liens de filiations. Trouvant ses prémices dans les débats relatifs à la procréation *post-mortem*¹¹⁹⁵, l'institution de la monoparenté est discutée : la prise en charge d'un enfant déjà né par une personne seule, tout comme les aléas de la vie rendant un enfant orphelin avant sa naissance sont-ils vraiment comparables à la venue au monde volontaire d'un enfant privé d'un parent ?¹¹⁹⁶ À ces éléments se rajoute la précarité plus importante dans les familles monoparentales, bien qu'il ait été estimé lors des débats que la monoparentalité « choisie » se distinguait de la monoparentalité « subie »¹¹⁹⁷. Malgré ces craintes et le maintien de l'interdiction de la procréation médicalement assistée *post-mortem*, le législateur a tranché en faveur de l'extension, afin de ne pas distinguer entre les femmes, porté par le courant égalitariste, mais sans réaliser la rupture qu'il opérait. Que ce soit pour le projet parental ou le critère thérapeutique, la cause de l'infertilité existait au sein du couple, justifiant le recours à un mode subsidiaire d'engendrement. L'ouverture aux femmes seules fait, au contraire, basculer l'assistance médicale à la procréation dans un mode alternatif d'engendrement¹¹⁹⁸, ouvrant la voie à des possibilités multiples d'évolution : l'institution de plus de deux parents, la parenté « amicale »¹¹⁹⁹ ...

¹¹⁹³ Exemple développé à partir de celui proposé par PICHARD M., « Toutes les femmes ? », *D.* 2019, p. 2143.

¹¹⁹⁴ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹¹⁹⁵ V. *infra* n°310 et s.

¹¹⁹⁶ V. par ex., DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDE F. (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n°217.233.

¹¹⁹⁷ CCNE, Avis 129, *Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi bioéthique 2018-2019*, 18 septembre 2018, p. 122 ; CE, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, n° 397.993, 18 juillet 2019, p. 57.

¹¹⁹⁸ PICHARD M., « “Toutes les femmes” ? À propos de l'exclusion des femmes mariées de l'accès à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur », *D.* 2019 p. 2143 ; DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDE F. (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n°217.233

¹¹⁹⁹ COULAUD P., « Le polyamour face au droit », in BOSSE-PLATIÈRE H., FAVIER Y., FULCHIRON H., GOUTTENOIRE A., *Les métamorphoses du droit de la famille, En hommage à Jacqueline Rubellin-Devichi*,

295. Couple hétérosexuel : absence de preuve d'une infertilité. L'une des conséquences plus discrètes de la réforme de bioéthique est l'extension offerte aux couples hétérosexuels. Contraints eux aussi, jusqu'alors, de devoir justifier d'une stérilité, leur accès à l'assistance médicale à la procréation est désormais facilité par l'abandon du critère thérapeutique¹²⁰⁰. L'élargissement reste néanmoins plus théorique que pratique, l'infertilité étant appréciée plutôt souplement avant l'adoption de la loi de bioéthique¹²⁰¹ puisqu'elle englobait les situations où les couples avaient « des chances réduites – mais non nulles – »¹²⁰² de procréer. Ces couples peuvent désormais choisir l'assistance médicale à la procréation au détriment d'une reproduction charnelle, ou plus vraisemblablement, auront vocation à se tourner plus rapidement vers l'assistance médicale à la procréation si les tentatives naturelles ne fonctionnent pas. Finalement, l'apport le plus important pour les couples hétérosexuels est un accès plus rapide et facilité, ces derniers ne devant plus apporter la preuve de leur stérilité qui reposait antérieurement sur le constat de deux ans de tentatives naturelles de procréation infructueuses¹²⁰³.

À cela, l'autorisation du double don est susceptible d'être également un des facteurs à l'augmentation du nombre de demandeurs à l'AMP. Les couples exclusivement candidats à un don d'embryon, en raison de la stérilité des deux membres du couple, se voient désormais proposer une alternative entre l'accueil d'embryon et le double don, ce dernier paraissant correspondre davantage à leurs attentes¹²⁰⁴.

296. Entretiens médicaux¹²⁰⁵. Enfin, l'article L. 2141-10 du CSP prévoit que « la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation est précédée d'entretiens particuliers de la femme ou du couple demandeur avec un ou plusieurs médecins et d'autres professionnels de santé de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire du centre, composée notamment d'un psychiatre, d'un psychologue ou d'un infirmier ayant une compétence en

Edilaix coll. « Thèses & actes », 2023, p. 49-67 ; MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1160. Pour une illustration : TJ Paris, 7 janv. 2022, n° 20/37273 et n° 20/37274, AIT MADI L., « À nous quatre ! », *Gaz. Pal.*, n°15, 3 mai 2022, p. 56 ; High Court of Australia, 19 juin 2019, n° (2019) HCA 21, *AJ fam.* 2019, 410, note G. KESSLER.

¹²⁰⁰ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹²⁰¹ V. *supra* n°282.

¹²⁰² INSERM, Agence de la biomédecine, *Les troubles de la fertilité. État des reconnaissances et pistes pour la recherche*, 18 décembre 2012, p. 29.

¹²⁰³ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹²⁰⁴ V. *supra* n°268.

¹²⁰⁵ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1072.

psychiatrie, le cas échéant extérieur au centre ». La suite de l'article précise le contenu de ces entretiens qui s'applique à toutes les demandes d'AMP. Outre l'importance de l'obligation d'information prévue, ces entretiens visent également tant à « vérifier la motivation des demandeurs » et de « procéder à une évaluation médicale » sans autre précision supplémentaire sur l'objet de ces vérifications et évaluations. Leur résultat questionne également au regard de la rédaction du texte qui prévoit que l'assistance médicale à la procréation « ne peut être mise en œuvre par le médecin ayant par ailleurs participé aux entretiens prévus au premier alinéa lorsque la femme non mariée ou le couple demandeur ne remplissent pas les conditions prévues au présent titre ou lorsque ce médecin, après concertation au sein de l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire à la femme non mariée ou au couple demandeur, dans l'intérêt de l'enfant à naître ». L'équipe médicale peut refuser de procéder à l'insémination, mais le texte est vague quant aux motifs de refus : celui-ci peut-il reposer exclusivement sur les conclusions tirées des vérifications et des évaluations ou les conditions visées ne sont que les conditions objectives ouvrant l'accès à l'assistance médicale à la procréation ? Au vu du délai de réflexion prévu immédiatement après, il semblerait que les évaluations soient suffisantes pour justifier un refus, d'autant plus que le même article précise *in fine* que « les motifs du report ou du refus d'une assistance médicale à la procréation sont communiqués par écrit aux demandeurs dès lors qu'ils en font la demande auprès du centre d'assistance médicale à la procréation ».

297. Étendue de l'appréciation médicale. De ces formulations hasardeuses se forme un véritable doute quant à l'étendue du pouvoir d'appréciation de l'équipe médicale. Aucune sanction ni mesure d'investigation ne sont prévues, ce qui questionne quant à la réalité du contrôle. Pour autant, les termes de « contrôle de motivation » et « d'évaluations » qui doivent être réalisés au cours des entretiens, ainsi que la composition de l'équipe médicale¹²⁰⁶ comprenant une facette psychologique et sociale importante laissent entendre que l'aptitude du

¹²⁰⁶ Art. R. 2142-18 CSP : L'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire mentionnée à l'article L. 2141-2 est composée, pour les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, d'au moins : 1° Un médecin qualifié en gynécologie-obstétrique ou en gynécologie médicale ou en endocrinologie, diabètes, maladies métaboliques pour les activités cliniques de prélèvement d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation ou d'un don, de transfert et de mise en œuvre de l'accueil des embryons ; 2° Un médecin qualifié en urologie ou en chirurgie générale ou en gynécologie-obstétrique pour le prélèvement de spermatozoïdes. Ces praticiens répondent aux conditions mentionnées à l'article R. 2142-10. II.- Elle comprend également, pour la réalisation des entretiens particuliers des deux membres du couple ou de la femme non mariée : 1° Outre les médecins mentionnés au I, au moins un psychiatre, un psychologue ou un infirmier disposant d'une formation ou d'une expérience en psychiatrie ; 2° En tant que de besoin, un assistant de service social ».

couple ou de la femme non mariée à supporter la procédure et éventuellement à élever un enfant doit être évaluée¹²⁰⁷. Pour autant, un tel contrôle emporte nécessairement une part de subjectivité et risque de faire basculer l'accès à l'assistance médicale à la procréation dans une « hiérarchie des projets parentaux »¹²⁰⁸. Conscient de ce risque, il semblerait que le corps médical ne soit pas à l'aise dans l'exécution d'un contrôle de motivations parentales et se limite à un contrôle objectif, laissant plus à la marge les aspects psychosociaux¹²⁰⁹. De plus, l'obligation de justifier un report ou un refus aux demandeurs s'ils le demandent risque de raréfier encore plus ces reports ou refus afin d'éviter toute justification qui pourrait être contestée¹²¹⁰.

298. Nouveau critère d'appréciation : l'intérêt de l'enfant à naître. Le législateur aurait largement pu créer un cadre de contrôle plus dense, la procédure d'agrément à l'adoption le prouve¹²¹¹. Partant, à ne pas vouloir réellement se prononcer, le législateur laisse à nouveau place au doute. Théoriquement, le pouvoir de l'équipe médicale est important en l'absence d'encadrement trop formalisé : les seules obligations qui pèsent sur elle sont la date de la demande, critère relatif¹²¹², la justification d'un refus et l'absence de discrimination quant à ce refus. Surtout, la subjectivité de cette appréciation est incitée par le critère plus dissimulé prévu à la fin du I de l'article L. 2141-10 du CSP : l'intérêt de l'enfant à naître¹²¹³. Les principales limites à une appréciation non subjective des projets parentaux reposent donc sur la formation des membres des équipes et les règles déontologiques qui en découlent. Il reste à déterminer

¹²⁰⁷ BATTEUR A., « Les conditions du recours à l'AMP : un changement sociétal », *LEFP* septembre 2021, p. 3.

¹²⁰⁸ DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n°217.237.

¹²⁰⁹ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ V. not. art. L. 225-1 CASF « L'agrément a pour finalité l'intérêt des enfants qui peuvent être adoptés. Il est délivré lorsque la personne candidate à l'adoption est en capacité de répondre à leurs besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs » ; V. aussi art. R. 225-1 et s. CASF.

¹²¹² Arrêté du 5 octobre 2023 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation et abrogeant l'arrêté du 30 juin 2017 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008, JORF du 10 oct. 2024 : IV-3.2.1 et s. : En effet, si le principe est de traiter les projets parentaux selon la date de la demande, les règles notamment relatives aux particularismes des demandeurs peuvent modifier le critère objectif de traitement des demandes. Par exemple, le délai d'attribution prend en compte : l'existence d'une pathologie qui, présente chez l'un au moins des demandeurs de l'AMP, risquerait d'entraîner une perte de chance en cas de report de la tentative ; l'appariement sur certains facteurs de risque médicaux (rhésus négatif, etc.) ou la demande par le couple receveur ou la femme receveuse d'un appariement sur critères physiques tels que la peau, la couleur des yeux ou des cheveux.

¹²¹³ DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n°217.237.

l'utilisation concrète de ce pouvoir : soit le risque de subjectivité conduit l'équipe médicale à s'autolimiter¹²¹⁴ ; soit le manque de précision quant au cadre conduit à un aléa selon les équipes. Malgré le verrou général de non-discrimination, celui-ci a pour risque de ne pas avoir vocation à s'appliquer si l'argumentation du refus est suffisamment bien construite pour ne pas laisser apparaître d'exclusion de certains bénéficiaires en raison de la configuration familiale. Cependant, chaque refus ouvre la voie à un recours administratif qui risque d'être mobilisé par les justiciables¹²¹⁵. Au-delà de la critique générale quant à l'absence réelle de considération de l'intérêt de l'enfant qui paraît « noyé dans la réforme »¹²¹⁶, il est regrettable que sa seule mention textuelle¹²¹⁷ couvre un risque d'exclusion d'un recours à l'assistance médicale à la procréation ou légitime son éventuelle instrumentalisation¹²¹⁸.

2- La consécration du caractère artificiel de l'engendrement par la levée du principe d'anonymat

299. Principe d'anonymat. Le principe d'anonymat est l'un des « grands principes sur lesquels avait été construit l'encadrement juridique de l'AMP »¹²¹⁹ : il était le principal verrou permettant de faire passer l'enfant comme né au sein du couple bénéficiaire de l'AMP¹²²⁰. Sollicité pour se prononcer sur la conventionnalité de la règle, le Conseil d'État l'a estimée conforme, *in abstracto*, à la Convention, considérant qu'aucune « circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur ne saurait conduire à regarder la mise en œuvre de dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes, qui ne pouvait conduire qu'au rejet des demandes en litige, comme portant une atteinte excessive aux droits et libertés protégés »¹²²¹.

¹²¹⁴ En ce sens VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021, p. 43.

¹²¹⁵ CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018.

¹²¹⁶ CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769.

¹²¹⁷ Plus précisément, la référence à « l'intérêt de l'enfant à naître » est présente aux articles L. 2141-2 et L. 2141-10 du CSP, tous deux relatives aux conditions d'accès à l'AMP. Cependant, la référence à l'intérêt de l'enfant à l'article L. 2141-2 semble être un guide pour les conditions d'âge permettant l'accès aux techniques.

¹²¹⁸ Dans le même sens, DESCHAMPS V., « Filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n°217.237.

¹²¹⁹ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1070.

¹²²⁰ THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, op. cit.*, p. 207 et s.

¹²²¹ CE, *Molénat*, 28 décembre 2017, n°396571 à propos du principe d'anonymat du donneur, l'absence de circonstances particulières ne justifiait l'inconventionnalité de la règle, c'est-à-dire que le principe d'anonymat ne se prête pas au contrôle de proportionnalité. Pour de plus amples développements, v. analyse approfondie DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État (CE, déc. 2017,

Sur le plan symbolique, faire du donneur un inconnu sur lequel le couple et l'enfant n'ont aucune information permet de rassurer le couple quant à l'absence de place donnée à ce donneur pouvant être perçu comme une figure parentale concurrente¹²²². Pourtant, pensé originellement comme un secret protecteur pour l'enfant, l'évolution des mentalités et les revendications d'enfants nés d'une assistance médicale à la procréation ont mis à mal l'intangibilité du secret. La protection de l'enfant par le maintien d'un secret absolu sur les circonstances de naissance n'est plus aujourd'hui une considération unanimement partagée¹²²³. Au contraire, l'appréciation de son intérêt est désormais davantage tournée vers son droit de connaître ses origines, s'il le souhaite. Le développement de ce droit et la construction identitaire à laquelle il renvoie est tel que la Cour européenne a affirmé qu'il est nécessaire à chacun de connaître ses origines pour pouvoir identitairement se construire¹²²⁴. Si la généralité d'une telle affirmation reste discutable, elle traduit l'évolution des mentalités et la nécessité de permettre, dans la mesure du possible, l'accès à la connaissance de ses origines, afin de favoriser l'épanouissement personnel de chaque individu¹²²⁵. Dans cette perspective, le rapport THERY-LEROYER proposait, dès 2014, la distinction entre la filiation et les origines¹²²⁶ en créant un droit d'accès aux origines personnelles pour les personnes nées d'un don. Sans abandonner totalement le principe d'anonymat, il envisageait la possibilité pour l'enfant d'avoir accès à l'identité du donneur à sa majorité ainsi qu'à des informations non identifiantes, voire à une mise en relation entre l'enfant et le donneur, tout en maintenant l'interdiction de l'établissement de la filiation.

300. Réforme. L'ampleur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits sur la connaissance des origines personnelles et surtout, la distinction opérée par elle entre la connaissance des origines et la création d'un lien de filiation¹²²⁷, les modalités d'accès aux

Molénat) ? » ; *RDLF* 2018 chron. n°04. V. aussi LAURENT A., « PMA, famille et droit européen », in BOUTEILLE-BRIGANT M. (dir.), *Le droit court-il après la PMA ?*, op. cit., p. 117.

¹²²² MALAURIE P. et FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°1148.

¹²²³ V. sur ce point le contentieux initié par des enfants nés d'une AMP afin d'obtenir des informations relatives à leur donneur et les arguments mobilisés. Pour un témoignage : KERMALVEZEN A., *Mes origines : une affaire d'état*, Éditions Max Milo, 2014 ; Pour une synthèse du ressenti des enfants : THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 207 et s. ; Pour des exemples jurisprudentiels : CE, *Molénat*, 28 décembre 2017, n° 396571 ; CEDH, *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, 7 septembre 2023, n°21424/16 et 45728/17.

¹²²⁴ V. par ex. l'article L. 226-6 du CASF.

¹²²⁵ THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 253.

¹²²⁶ *Ibid.*, p. 221 et s.

¹²²⁷ V. *supra* n°180 et s.

éléments identitaires des enfants placés et des pupilles de l'État¹²²⁸, ainsi que l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux femmes seules ont conduit à remettre en cause le principe d'anonymat lors de la réforme. Or, si « avec la réforme tombe un principe auquel le législateur avait toujours montré son attachement »¹²²⁹, tout l'enjeu de cette modification portait sur l'amplitude du système mis en place : quelles informations seraient concernées ? Qui pourrait agir et dans quelles conditions ?

301. *Système intermédiaire.* Le législateur a fait le choix d'un système intermédiaire n'abandonnant pas totalement le principe d'anonymat. L'article 16-8-1 du Code civil présente, en effet, le nouveau régime comme un tempérament au principe d'anonymat. Désormais, l'article L. 2143-2 du CSP prévoit que « toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur définies à l'article L. 2143-3 ». Les informations non identifiantes sont « l'âge du donneur, son état général tel qu'il le décrit au moment du don, ses caractéristiques physiques, sa situation familiale et professionnelle, son pays de naissance et sa motivation sur son don, rédigé par lui-même ». Ce contenu est précisé à nouveau à l'article R. 2143-12 du CSP. Les données sont conservées par l'Agence de la biomédecine et peuvent être actualisées par le donneur.

Aucune distinction n'est faite selon la nature du don, l'ensemble des donneurs est donc concerné, donneurs d'embryons inclus. Dans cette situation, l'article R. 2143-1 du CSP précise que « la notion de tiers donneur s'entend de la ou des personnes ayant consenti à ces dons de gamètes ainsi que du couple, du membre survivant ou de la femme non mariée ayant consenti à l'accueil de ses embryons ». Le consentement du ou des donneurs à la communication de ces informations est obligatoire avant toute utilisation des gamètes, à défaut, le don ne pourra pas être réalisé. Le moment du consentement avait été discuté, l'alternative étant un consentement, plus circonstancié, donné en réponse à une demande faite par l'enfant né du don¹²³⁰ afin « de mieux garantir que le consentement est donné en toute connaissance de cause au regard de sa

¹²²⁸ Art. L. 147-1 à L. 147-11 CASF.

¹²²⁹ CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769.

¹²³⁰ CE, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, n° 397993, 18 juill. 2019, spéc. p. 9 ; CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018, spéc. p. 101 ; IMBERT C., JOURDA M., HENNO O., JOMIER B., *Rapport n° 237 fait au nom de la commission spéciale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique*, 8 janvier 2020.

situation à ce moment-là »¹²³¹. Le choix a cependant été abandonné en raison du déséquilibre qu'il aurait créé, l'effectivité du droit d'accès à la connaissance des origines dépendant, dans cette hypothèse, de la volonté exclusive du donneur.

302. *Droit personnel de l'enfant.* L'accès aux informations relatives au donneur est un droit personnel de l'enfant. Il ne peut être exercé que par lui, à sa majorité : l'enfant mineur ou le majeur protégé ne pouvant être représentés dans le cadre de cette action, l'accès étant assimilé aux actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil. La mise en œuvre de ce droit n'est pas automatique et implique une volonté et une action de l'enfant devenu majeur. Pour autant, si l'effectivité de ce droit a été appréciée du point de vue du donneur par le recueil de son consentement, elle est plus délicate à mettre en œuvre du point de vue de l'enfant, en particulier s'il est né au sein d'un couple hétérosexuel. Aucune disposition n'impose, en effet, aux parents ayant eu recours à une assistance médicale à la procréation de révéler à l'enfant les circonstances de la naissance. Seule une incitation est prévue, incluse dans le devoir d'information de l'équipe médicale lors des entretiens préalables¹²³².

La demande d'accès aux origines personnelles doit être faite à une commission spécialement instituée pour cette mission, la Commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur (CAPADD). Ses missions sont précisées à l'article L. 2143-6 du CSP et sa composition à l'article L. 2143-7 du même code. Elle n'a aucun pouvoir d'appréciation quant à la légitimité de la demande et doit nécessairement y faire droit.

303. *Enfants nés d'un don avant la réforme : accès aux origines conditionné.* L'une des difficultés principales de la limitation du principe d'anonymat portait sur la situation des enfants nés sous l'empire de l'ancien régime, garantissant un anonymat total au donneur. D'un côté, était-il légitime de remettre en question l'anonymat, garanti à un donneur, des années plus tard ? De l'autre, distinguer selon la date de conception de l'enfant ne créerait-il pas une discrimination entre enfants ? L'enjeu est central, d'autant plus que la levée de l'anonymat s'applique aux dons réalisés après la réforme, tous les dons réalisés jusqu'au 1^{er} septembre 2022 et qui constituent le stock actuel avec lequel sont réalisées les assistances médicales à la procréation sont donc concernés par le régime intermédiaire¹²³³.

¹²³¹ DIONISI-PEYRUSSE A., « Accès aux origines personnelles : le consentement nécessaire, mais non répété, du donneur », *AJ fam.* 2023 p. 408.

¹²³² Art. L. 2141-10 CSP.

¹²³³ DIONISI-PEYRUSSE A., « Accès aux origines personnelles : le consentement nécessaire, mais non répété, du donneur », *AJ fam.* 2023 p. 408.

Le législateur a fait le choix du « compromis »¹²³⁴ face à ce dilemme. L'article L. 2143-6 prévoit, en effet, qu'un enfant majeur né d'un don effectué avant la réforme peut saisir la CAPADD afin d'obtenir des informations relatives au donneur. Celle-ci est chargée de contacter le donneur afin de recueillir son consentement quant aux informations qu'il souhaite partager à l'enfant. Le consentement donné vaut pour tous les dons effectués et est irrévocable¹²³⁵. À défaut de précision dans le texte, il semblerait qu'en cas de décès du donneur, aucune information, même non identifiante, ne peut être transmise en raison de l'absence de consentement exprès. C'est, en tout état de cause, la position adoptée par la CAPADD¹²³⁶. La volonté du donneur est, dès lors, indispensable pour que l'enfant puisse accéder à ses origines. Or, si l'équilibre paraît atteint pour les donneurs encore vivants, l'absence de considération spécifique sur la situation du donneur décédé avant d'avoir été contacté risque de poser des difficultés. Le respect dû aux morts est bien plus intangible en droit français que devant la Cour européenne des droits de l'homme¹²³⁷. Surtout, le caractère automatique d'un refus pour cause de décès crée un risque d'inconventionalité. Autant la Cour européenne admettra probablement un refus circonstancié fondé sur un refus exprimé au moment de la demande, tout comme une impossibilité matérielle de donner des informations même non identifiantes à défaut d'en avoir récolté suffisamment à l'époque du don¹²³⁸. Cependant, un refus fondé sur le seul constat du décès du donneur, *a fortiori* si le décès a eu lieu avant la réforme ne permettant pas au donneur de s'être spontanément manifesté, ne paraît pas atteindre un équilibre suffisant pour satisfaire les exigences européennes¹²³⁹. Il est, dès lors, possible que la CAPADD prenne conscience de ces situations et modifie son positionnement et surtout, qu'en cas de recours, les juges mobilisent le contrôle concret pour atténuer la rigueur de la règle¹²⁴⁰. L'équilibre aurait peut-être pu être davantage atteint en permettant, *a minima*, l'accès à des données non identifiantes en l'absence de recueil de consentement du donneur décédé.

¹²³⁴ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°1157.

¹²³⁵ Art. R. 2143-7 CSP.

¹²³⁶ CAPADD, *Rapport annuel 2022-2023*, Ministère de la santé, 15 septembre 2023, p. 8.

¹²³⁷ Cons. const. 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, *AJ fam.* 2011. 549, obs. Chénéde ; *RLDC* 2011, n° 4423 ; Comp. CEDH, *Jaggi c. Suisse*, 13 juillet 2006, n° 58757/00 ; CEDH, *Pascaud c. France*, 16 juin 2011, n° 19535/08.

¹²³⁸ CEDH, *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, 7 septembre 2023, n°21424/16 et 45728/17.

¹²³⁹ Dans le même sens, KRZISCH D., « Les droits fantomatiques des personnes nées d'une PMA dont le tiers donneur est décédé », *LPA* n°01, 31 janvier 2024, 202s7.

¹²⁴⁰ Bien que le Conseil d'État ait déjà refusé de contrôler le principe d'anonymat sous l'empire de l'ancien droit (CE, *Molénat*, 28 décembre 2017, n°396571), l'absence de circonstances particulières ne justifiant pas l'inconventionalité de la règle, c'est-à-dire que le principe d'anonymat ne se prête pas au contrôle de proportionnalité. Le CE avait précisé qu'aucune « circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur

304. Constitutionnalité du dispositif d'accès à la connaissance des origines. Le Conseil constitutionnel a validé le dispositif d'accès à la connaissance des origines¹²⁴¹. Saisi d'une QPC transmise par le Conseil d'État, la question visait plus particulièrement le régime intermédiaire. En effet, le demandeur reprochait à ces dispositions « de prévoir qu'un tiers donneur, ayant effectué un don de gamètes ou d'embryons à une époque où la loi garantissait son anonymat, peut être contacté par la commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur afin de recueillir son consentement à la communication de ces données, sans lui permettre de refuser préventivement d'être contacté ni garantir qu'il ne soit pas exposé à des demandes répétées ». Il estimait donc que ces dispositions portaient atteinte à son droit au respect de sa vie privée. La QPC a été, de plus, l'occasion pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office un grief « tiré de ce que, en remettant en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus de situations nées sous l'empire de textes antérieurs, ces dispositions méconnaîtraient la garantie des droits ». Sur ce point, il a finalement estimé que les dispositions « ne remettent pas en cause la préservation de l'anonymat qui pouvait légitimement être attendue par le tiers donneur ayant effectué un don sous le régime antérieur à la loi du 2 août 2021 » et a déclaré le régime conforme à la Constitution. Le grief tiré de l'atteinte au droit au respect de la vie privée est également écarté, sous réserve que l'article L. 2143-6 6° du CSP ne soit pas interprété comme soumettant « le tiers donneur à des demandes répétées émanant d'une même personne »¹²⁴². Un refus de transmission par un donneur est donc définitif, bien que rien ne paraisse empêcher le donneur de changer d'avis de sa propre initiative¹²⁴³. S'il est probable que cette interprétation soit conforme à l'esprit du texte, elle

ne saurait conduire à regarder la mise en œuvre de dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes, qui ne pouvait conduire qu'au rejet des demandes en litige, comme portant une atteinte excessive aux droits et libertés protégés » par la CESDH. L'utilisation du pronom « d'un » semble affirmer que le contrôle de conventionnalité n'est pas une règle de principe et par conséquent, que le contrôle de conventionnalité *in concreto* utilisé dans l'affaire Gonzalez Gomez serait l'exception. Pour de plus amples développements sur cette décision v. analyse DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État (CE, déc. 2017, Molénat) ? », *RDLF* 2018 chron. n°04.

¹²⁴¹ Cons. const., 9 juin 2023, n°2023-1053 QPC, relative à l'accès aux informations non-identifiantes du donneur et à son identité.

¹²⁴² Cons. const., 9 juin 2023, n°2023-1053 QPC, relative à l'accès aux informations non-identifiantes du donneur et à son identité, cons. n°14.

¹²⁴³ VIGNEAU D., « AMP, identité du donneur et filiation adoptive : les réponses du Conseil constitutionnel », *Dalloz Actualité*, 29 juin 2023.

implique implicitement que le refus soit réitéré par le donneur à chaque demande émanant d'un nouvel enfant¹²⁴⁴, soit dix fois maximum, pour un même donneur¹²⁴⁵.

305. Conventionnalité de l'accès aux origines personnelles des enfants nés d'un don avant la réforme. Le droit à la connaissance des origines de l'enfant à peine consacré, la Cour européenne a également été saisie afin de se prononcer sur la conventionnalité du régime intermédiaire. Saisie par des personnes nées d'un don et souhaitant avoir accès à l'identité de leur donneur, la Cour a examiné l'affaire sous l'angle de l'atteinte à la vie privée et spécialement à l'identité. Plus précisément, elle s'est demandé « si, en opposant à la requérante et au requérant le principe d'anonymat du donneur, la France a manqué à son obligation positive de garantir le respect effectif de leur vie privée », incluant donc cette question dans l'obligation positive générale issue de l'arrêt *Marckx*¹²⁴⁶, sans en faire émerger une nouvelle. En l'absence de consensus sur l'accès aux origines en Europe, sujet soulevant des questions éthiques et morales délicates et mettant en jeu un intérêt public, mais concernant le droit à l'identité, fondamental pour la Cour et bénéficiant d'une protection grandissante en Europe, elle en déduit une large marge d'appréciation de l'État quant aux moyens pour rendre effectif le droit au respect de la vie privée. Pour autant, elle en conclut une absence de violation par la France. Examinant abstraitement¹²⁴⁷ l'encadrement juridique mis en place depuis 1994, ses évolutions¹²⁴⁸, les méthodes d'élaboration normative¹²⁴⁹, les justifications¹²⁵⁰ et débats suscités par l'accès aux origines personnelles qui ont imposé la quête d'un consensus lors de la réforme¹²⁵¹, la Cour estime que « le législateur a bien pesé les intérêts et droits en présence au

¹²⁴⁴ Dans le même sens VIGNEAU D., « AMP, identité du donneur et filiation adoptive : les réponses du Conseil constitutionnel », *Dalloz Actualité*, 29 juin 2023.

¹²⁴⁵ Art. L. 1244-4 CSP.

¹²⁴⁶ V. *supra* n°155.

¹²⁴⁷ CEDH, *Gauvin-Fournis et Silliau* c. France, 7 septembre 2023, n°21424/16 et 45728/17, §117-118 : « Elle examinera dès lors si les choix législatifs à l'origine de la violation alléguée et l'impact qu'ils ont eu sur les requérants sont constitutifs ou pas d'un manquement de l'État à son obligation positive de leur garantir le respect effectif de leur vie privée. À cet égard, et en premier lieu, elle relève que la situation dénoncée par la requérante et le requérant découle des choix du législateur dont elle ne peut que constater qu'ils résultent de débats extrêmement approfondis et dont la qualité ne peut être mise en doute »

¹²⁴⁸ CEDH, *Gauvin-Fournis et Silliau* c. France, 7 septembre 2023, n°21424/16 et 45728/17, §119-120.

¹²⁴⁹ *Ibid.* §118 : « Elle note d'ailleurs que chaque loi de bioéthique a été précédée d'un débat public sous forme d'états généraux, afin de prendre en considération l'ensemble des points de vue et de peser au mieux les intérêts et droits en présence ».

¹²⁵⁰ *Ibid.* §120-121.

¹²⁵¹ *Ibid.* §122 : « Cependant, des débats extrêmement tendus ont précédé l'adoption de la loi du 2 août 2021 et ont accompagné la recherche d'un consensus sur les modalités de mise en œuvre de la réforme et de la reconnaissance

terme d'un processus de réflexion riche et évolutif sur la nécessité de lever l'anonymat du donneur »¹²⁵². Elle se prononce, dans un second temps, plus précisément sur le régime intermédiaire mis en place et estime que « la décision du législateur procède du souci de respecter les situations nées sous l'empire de textes antérieurs (voir la décision du Conseil constitutionnel, paragraphe 56 ci-dessus). Elle ne voit pas comment il aurait pu régler la situation différemment »¹²⁵³. Le fait que, dans le cas d'espèce, l'un des demandeurs s'était vu opposer un refus du donneur à la divulgation d'informations est intégré dans le raisonnement de la Cour, mais le poids donné à la volonté du donneur est, pour elle, légitime au regard du cadre juridique dans lesquelles le don avait été fait.

306. Distinction parent-géniteur ? Tout en encadrant progressivement le statut du donneur¹²⁵⁴, la réforme réaffirme l'impossibilité d'établir tout lien de filiation entre le donneur et l'enfant¹²⁵⁵. Ces prémices de statut du donneur consacrent *a minima*, une nouveauté en droit français puisque la réforme entérine implicitement la distinction parent-géniteur¹²⁵⁶. Dans la continuité du positionnement européen, cette distinction semblait indispensable à intégrer dans le droit français afin d'appréhender à titre autonome les différentes composantes de la filiation. L'impossibilité d'établir un lien de filiation entre le donneur et l'enfant a, à nouveau¹²⁵⁷, été déclarée conforme à la Constitution, par le Conseil, saisi d'une QPC renvoyée par le Conseil d'État¹²⁵⁸. Si sa solution n'est pas surprenante, son raisonnement l'est un peu plus. La question portait en effet, au-delà de l'impossibilité d'établir un lien de filiation sur le fondement du titre VII du Code, sur la portée de l'interdiction et spécialement sur l'impossibilité d'établir un lien de filiation adoptif. Étonnamment, tout en affirmant l'absence d'interprétation jurisprudentielle lui permettant de se prononcer, le Conseil considère que « le droit de mener une vie familiale

du droit d'accès aux origines (paragraphe 49 ci-dessus). Le processus législatif a ainsi démontré la sensibilité et la complexité de la question de l'ouverture d'un tel droit ».

¹²⁵² *Ibid.*, §123.

¹²⁵³ *Ibid.*, §131.

¹²⁵⁴ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°1160.

¹²⁵⁵ Art. 342-9 C. civ.

¹²⁵⁶ CAIRE A.-B., « L'anthropotechnie procréative à l'aune de la loi de bioéthique du 2 août 2021 », *LPA* n°02, 28 février 2022 p. 33.

¹²⁵⁷ L'ancien article 311-20 du Code civil qui prévoyait la même règle sous l'empire de l'ancien dispositif avait déjà fait l'objet d'une QPC. L'ouverture des bénéficiaires a cependant conduit le Conseil d'État et le Conseil à estimer que le caractère nouveau de la question était avéré. V. Cons. const., 27 juillet 1994, n°94-343/344 DC, *Sequin*, D. 1995. 237, note B. Mathieu ; *ibid.* 205, chron. B. Edelman ; *ibid.* 299, obs. L. Favoreu ; *RFDA* 1994. 1019, note B. Mathieu ; *RTD civ.* 1994. 831, obs. J. Hauser ; *ibid.* 840, obs. J. Hauser.

¹²⁵⁸ Cons. const. 9 juin 2023, n°2023-1052 QPC, relative à l'impossibilité d'établissement entre l'enfant et le donneur.

normale n'implique pas le droit pour le tiers donneur à l'établissement d'un lien de filiation adoptive avec l'enfant issu de son don. Par suite, quand bien même les dispositions contestées seraient interprétées comme interdisant l'établissement d'un tel lien de filiation, elles ne méconnaîtraient pas le droit de mener une vie familiale normale »¹²⁵⁹. L'orientation est donnée : sont visés tant le droit commun de la filiation que la filiation adoptive. De là à en déduire qu'une interprétation inverse serait contraire à la Constitution, l'affirmation semble un peu rapide¹²⁶⁰. L'autolimitation habituelle du Conseil sur les questions relatives à l'état des personnes¹²⁶¹ et l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les juges français peuvent tout autant conduire à une interprétation différente.

307. Père symbolique ? Le principe de vérité sur les origines et, surtout, sa corrélation avec l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation ont été critiqués. En effet, un auteur estime que « derrière la possibilité d'accéder à l'identité, mais aussi à des informations relatives au donneur se cache ainsi le maintien symbolique de la différence des sexes. L'absence de remise en cause de la procédure d'appariement qui consiste, pour les médecins et biologistes, à choisir un donneur qui ressemble au parent infertile, témoigne d'ailleurs de l'importance pour les couples hétérosexuels infertiles de la vraisemblance du lien. Par conséquent, ce n'est pas tant le secret quant au recours à un donneur de gamètes qui est problématique que la possibilité pour des femmes de ne pas reconnaître la contribution, extérieure et décisive, d'un homme ; aussi, ce dernier doit pouvoir exister symboliquement auprès de l'enfant et le droit à la connaissance des origines personnelles participe à cette institution »¹²⁶². Certes, les revendications quant à l'accès à leurs origines d'enfants nés d'un don sont antérieures à l'ouverture des bénéficiaires de l'AMP. Cependant, l'assistance médicale à la procréation dans un couple homosexuel semble être un élément moteur dans la modification du régime de l'accès aux origines¹²⁶³ : puisque l'assistance médicale à la procréation est désormais ouverte aux couples de femmes, il faut nécessairement justifier la conception. Surtout, l'« impératif de vérité » quant aux origines n'est pas si intangible dans le couple

¹²⁵⁹ Cons. const. 9 juin 2023, n°2023-1052 QPC, relative à l'impossibilité d'établissement entre l'enfant et le donneur, cons. 11.

¹²⁶⁰ VIGNEAU D., « AMP, identité du donneur et filiation adoptive : les réponses du Conseil constitutionnel », *Dalloz Actualité*, 29 juin 2023.

¹²⁶¹ V. *supra* n°225 et s.

¹²⁶² MESNIL M., « Les femmes non mariées et l'AMP avec tiers donneur, révélateur des reconfigurations opérées par la loi de bioéthique », *AJ fam.* 2021, p. 538.

¹²⁶³ BRUNET L., « L'ouverture de l'AMP à toutes : enjeux et scories du débat sur l'établissement de la filiation homoparentale », *JDSAM* n°25, 2020, p. 11.

hétérosexuel qui peut dissimuler à l'enfant les modalités de sa conception. Des moyens de rendre complètement effectif le droit à la connaissance des origines existent et avaient été proposés, notamment par la mention du recours à l'assistance médicale à la procréation dans les actes d'état civil¹²⁶⁴. Néanmoins, la préservation de l'intimité des familles a rapidement eu raison d'un principe qui, pourtant, est annoncé comme traduisant « une mutation philosophique » selon laquelle « le choix est fait de valoriser un standard épistémique, celui de vérité »¹²⁶⁵. L'incohérence se révèle, à nouveau, en creux des modifications.

B. Les résistances du modèle d'engendrement biologique

308. *Incohérences des limites prévues.* Au-delà des incohérences créées par la coexistence des logiques d'engendrement, d'autres incohérences apparaissent à l'étude des conditions maintenues par la loi de bioéthique. En mettant en perspective « les interdits relatifs aux bénéficiaires d'une assistance que dessine, en creux, l'article L. 2141-2 »¹²⁶⁶ à ce qui est autorisé, la consécration progressive d'un engendrement artificiel questionne la persistance de l'interdit de la procréation *post-mortem* (1.) et la limite d'âge des porteurs du projet (2.).

1- Des bénéficiaires vivants

309. *Procréation post-mortem et transfert de gamètes.* Objet de « vifs débats »¹²⁶⁷, l'interdiction de la procréation *post-mortem* a été réaffirmée par la réforme. Le nouvel article L. 2141-2 5° prévoit, comme sa version antérieure, que le décès de l'un des membres du couple fait obstacle à l'insémination ou au transfert d'embryons. Pourtant, le maintien de cette condition pose question au regard de la levée d'autres interdits, spécialement de l'accès aux femmes seules à l'assistance médicale à la procréation (a.). Surtout, les modifications du régime se sont concentrées sur l'encadrement du transfert de gamètes afin de tenter d'empêcher le transfert de gamètes à l'étranger en vue d'une insémination *post-mortem* (b.).

¹²⁶⁴ THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 295 et s.

¹²⁶⁵ CAIRE A.-B., « L'anthropotechnie procréative à l'aune de la loi de bioéthique du 2 août 2021 », *LPA* n°02, 28 février 2022 p. 33.

¹²⁶⁶ FENOUILLET D., « Les assistances médicales à la procréation interdites », préc., p. 71.

¹²⁶⁷ GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

a. Le maintien de l'interdiction de l'assistance médicale à la procréation *post-mortem*

310. Interdit réaffirmé. La « volonté du couple de procréer au-delà de la mort »¹²⁶⁸ a toujours été un sujet épineux dans l'encadrement de l'assistance médicale à la procréation. Interdit présent dès la première loi de bioéthique¹²⁶⁹, il avait déjà suscité un certain contentieux, imposant à la Cour de cassation¹²⁷⁰ de mettre fin aux décisions disparates des juges du fond¹²⁷¹, plus ou moins sensibles à la détresse de la veuve. Loin d'être l'interdit le plus révélateur des principes fondamentaux de la bioéthique¹²⁷², la procréation *post-mortem* n'a pourtant pas bénéficié de la libéralisation des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation en 2021. Or, la libéralisation des autres conditions met en exergue « l'incohérence affligeante »¹²⁷³ que constitue le maintien de cette limite. En effet, l'interdit en lui-même est discuté depuis plusieurs années et la réforme attise ces discussions.

311. Double questionnement. La procréation *post-mortem* constitue deux réalités distinctes : elle peut consister en une insémination avec les gamètes de l'homme, porteur du projet parental, prédécédé ainsi qu'à un transfert de l'embryon conçu avec les gamètes du couple après le décès de l'homme. La gestation pour autrui étant interdite en France, la question d'une procréation *post-mortem* à la suite du décès de la femme qui aurait dû porter l'enfant n'a

¹²⁶⁸ LECA A., LEGROS B., V° « Procréation post-mortem », in *Petit dictionnaire de droit de la santé et de bioéthique*, op. cit.

¹²⁶⁹ Art. L. 152-2 CSP (ancien).

¹²⁷⁰ Cass 1^{ère} Civ, 9 janvier 1996, n°94-15.998 : « avant même l'entrée en vigueur de l'article L. 152-2 du Code de la santé publique issu de la loi du 29 juillet 1994, l'assistance médicale à la procréation ne pouvait avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée, ce qui exclut le recours à un processus de fécondation in vitro ou sa poursuite lorsque le couple qui devait accueillir l'enfant a été dissous par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape de ce processus, ait été réalisé ».

¹²⁷¹ *Admission* : TGI Créteil 1^{er} août 1984, *Parpalaix c. CECOS*, JCP 1984. II. 20321, note S. Corone ; *RTD civ.* 1984. 703, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devitchi ; TGI Angers 10 nov. 1992, *D.* 1994. 30, obs. X. Labbée ; *RTD civ.* 1994. 579, obs. J. Hauser. *Refus* : TGI Toulouse 26 mars 1991, *D.* 1992. 61, obs. X. Labbée ; *RTD civ.* 1991. 310, obs. J. Hauser ; JCP 1992. II. 21807, note Ph. Pédrot ; dans l'affaire *Pires*, le TGI de Toulouse refusa le transfert par une décision du 11 mai 1993, confirmé par la cour d'appel de Toulouse le 18 avr. 1994 qui ordonna la destruction des embryons conservés. Sur cette dernière décision, v. *JCP* 1995. II. 22472, note C. Neirinck. Sur le pourvoi contre cet arrêt, la Cour de cassation mit fin à ces hésitations en refusant toute fécondation ou transfert embryonnaire *post-mortem*. Elle annule néanmoins l'ordre de destruction des embryons : Civ. 1^{re}, 9 janv. 1996, n° 94-15.998, Bull. civ. I, n° 21 ; *D.* 1996. 376, note F. Dreifuss-Netter ; *RDSS* 1996. 623, note A. Terrasson de Fougères ; *RTD civ.* 1996. 359, obs. J. Hauser ; *LPA*, 3 avr. 1996, note J. Massip ; *JCP* 1995. II. 22472, note C. Neirinck.

¹²⁷² BINET J.-R., « Insémination *post-mortem* : quand le Conseil d'État s'affranchit de l'interdit légal ! » ; *Dr. fam.* n°9, étude 15, septembre 2016 ; MARGUÉNAUD J.-P., « L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État », *RTD civ.* 2016, p. 202.

¹²⁷³ VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021, p. 43.

jamais été considérée en droit français et seules les situations concernant une insémination ou un transfert d'embryon sont, en réalité, interrogées¹²⁷⁴. Considérant distinctes les problématiques posées par une insémination et un transfert d'embryon, le CCNE est favorable à l'assouplissement des conditions du transfert d'embryon depuis 2011¹²⁷⁵, tout comme désormais l'OPECST¹²⁷⁶ et le Conseil d'État¹²⁷⁷, ce dernier ayant au préalable « ébranlé »¹²⁷⁸ l'interdit de la procréation *post-mortem* en 2016 en autorisant au regard des faits de l'espèce l'exportation des gamètes de l'époux prédécédé en vue de réaliser, à l'étranger, une procréation *post-mortem*¹²⁷⁹. Paradoxalement¹²⁸⁰ et malgré les mises en garde des différents rapports quant aux risques d'incohérence¹²⁸¹, le Gouvernement n'a pas prévu cette ouverture dans le projet de loi et a maintenu sa vive opposition à l'autorisation de la procréation *post-mortem* toutes situations confondues, contrairement au Sénat et à l'Assemblée nationale qui ont déposé des amendements en ce sens¹²⁸².

312. Deux parents vivants au moment de la conception. D'un point de vue juridique, le refus de la procréation *post-mortem* ne repose pas entièrement sur une volonté de préserver le modèle d'engendrement biologique. La période légale de conception sur laquelle repose le modèle est déjà suffisamment émancipée de la nature pour que l'intégration de la procréation

¹²⁷⁴ MARAIS A., « La procréation *post-mortem* », préc., p. 498.

¹²⁷⁵ CCNE, Avis 113, *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, 10 février 2011, p. 16.

¹²⁷⁶ ELIAOU J.-F., DELMONT-KOROPOULIS A., *L'évaluation de l'application de la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*, OPECST, Rapport n°1351, 25 octobre 2018, p. 52.

¹²⁷⁷ CE, Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, 28 juin 2018.

¹²⁷⁸ LECA A., LEGROS B., V° « Procréation *post-mortem* », in *Petit dictionnaire de droit de la santé et de bioéthique*, op. cit.

¹²⁷⁹ CE, ass., *Gonzalez Gomez*, 31 mai 2016, n° 396848, §11, *Dalloz actualité*, 2 juin 2016, obs. M.-C. de Montecler ; Lebon avec les conclusions ; *AJDA* 2016. 1092 ; *ibid.* 1398, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *D.* 2016. 1470, obs. M.-C. de Montecler ; *ibid.* 1472, note H. Fulchiron ; *ibid.* 1477, note B. Haftel ; *ibid.* 2017. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 935, obs. RÉGINE ; *ibid.* 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2016. 439, obs. C. Siffrein-Blanc ; *ibid.* 360, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2016. 740, concl. A. Bretonneau ; *ibid.* 754, note P. Delvolvé ; *RTD civ.* 2016. 578, obs. P. Deumier ; *ibid.* 600, obs. J. Hauser ; *ibid.* 802, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 834, obs. J. Hauser ; *RTD eur.* 2017. 319, obs. D. Ritleng.

¹²⁸⁰ CARAYON L., « Arlésienne bioéthique, La procréation *post mortem* en débats », *JDSAM* 2020/1, n°25, p. 45 à 50.

¹²⁸¹ ELIAOU J.-F., DELMONT-KOROPOULIS A., *L'évaluation de l'application de la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*, OPECST, Rapport n°1351, 25 octobre 2018, p. 52 ; CE, Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, 28 juin 2018.

¹²⁸² CARAYON L., « Arlésienne bioéthique, La procréation *post mortem* en débats », *JDSAM* 2020/1, n°25, p. 45 à 50.

post-mortem ne soit pas le plus gros dévoiement possible¹²⁸³. Au contraire, plus la date de l'insémination ou du transfert d'embryon sera proche du décès, plus l'idéologie du modèle sera préservée : les parents doivent être vivants seulement pour concevoir l'enfant, le décès du père pendant la gestation pouvant déjà être contourné sur le terrain de la filiation et des successions¹²⁸⁴. L'atteinte réelle au modèle serait concrétisée par un décalage temporel entre le décès et la conception de l'enfant¹²⁸⁵. Or, c'est justement ce décalage temporel que permet la procréation *post-mortem* et qui est d'ailleurs au cœur des dispositifs envisagés : afin de respecter le deuil, un délai de réflexion est prévu¹²⁸⁶. Cependant, la persistance du refus du législateur préserve, pour l'instant, cette atteinte au modèle que constitue le décalage entre le décès et la conception de l'enfant.

313. Difficultés d'encadrement juridique. Les difficultés juridiques suscitées par l'ouverture d'une telle technique ne sont cependant pas inexistantes et ont été avancées par le Gouvernement¹²⁸⁷. Néanmoins, elles impliquent en premier lieu d'envisager l'encadrement de la technique avant d'en tirer les conséquences en droit civil : le rôle qui serait donné au consentement, le délai d'utilisation des gamètes à la suite du décès, les gamètes pouvant être utilisés... L'embryon, en particulier, est une « chose particulière »¹²⁸⁸, considéré comme un être humain devant bénéficier d'une protection¹²⁸⁹. De plus, la procréation *post-mortem* recoupe un

¹²⁸³ MARGUÉNAUD J.-P., « La paternité *post mortem* » in BYK C., MARLIAC C., (dir.), *20 ans de lois bioéthiques*, MA éditions, 2016, p. 166 et s. ; MARGUÉNAUD J.-P., « L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État », *RTD civ.* 2016, p. 202.

¹²⁸⁴ Art. 725 C. civ : « Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable ».

¹²⁸⁵ MARAIS A., « La procréation *post-mortem* », préc., p. 498.

¹²⁸⁶ Assemblée nationale, art. 18 du projet relatif à la bioéthique, adopté en première lecture, 22 janv. 2002, T.A. n° 763, et art. 20 bis du projet de loi relatif à la bioéthique, adopté en première lecture, 15 févr. 2011, T.A. n° 606, modifiant l'art. L. 2141-2 CSP : « le transfert des embryons peut être réalisé à la suite du décès de l'homme dès lors que celui-ci a donné par écrit son consentement à la poursuite de l'assistance médicale à la procréation dans l'éventualité de son décès. Cette faculté lui est présentée lorsqu'il s'engage dans le processus ; son consentement peut être recueilli ou retiré à tout moment. Le transfert des embryons ne peut être réalisé qu'au minimum six mois et au maximum dix-huit mois après le décès, après autorisation de l'Agence de la biomédecine. La naissance d'un ou de plusieurs enfants à la suite d'un même transfert met fin à la possibilité de réaliser un autre transfert. La femme doit bénéficier dans ce cadre d'un accompagnement personnalisé. Elle peut à tout moment renoncer au transfert. Son mariage ou son remariage fait obstacle à la réalisation de ce transfert d'embryons ».

¹²⁸⁷ Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, n°2243, t.1, 14 septembre 2019, p. 66.

¹²⁸⁸ MARAIS A., *Droit des personnes*, op. cit., n°32. V. aussi CEDH, *Parillo c. Italie*, 27 août 2015, n°46470/11, *AJ fam.* 2015. 433 obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2015. 830, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 2016. 76 ; *JCP* 2015. 1187 obs. G. Loiseau.

¹²⁸⁹ CCNE, Avis n°1, 22 mai 1984, *JCP* 1985. I. 3191 ; CCNE, Avis n°112 du 21 oct. 2010, sur une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain in

ensemble varié de situations : l'embryon peut être conçu avec ou sans les gamètes de l'homme prédécédé et de sa veuve, le couple peut être marié, pacsé ou en concubinage, être hétéro ou homosexuel ce qui pose différemment la question de l'utilisation des gamètes. L'ensemble de ces cas de figure a des implications civiles à prendre en considération¹²⁹⁰ : l'utilisation des gamètes de l'homme prédécédé questionne quant à l'usage de ces gamètes par la femme, mais la question se complexifie si la demande porte sur un embryon conçu avec les gamètes de la femme. La question se corse encore plus si ces embryons ont pu être créés avec les derniers ovules de la femme. Au contraire, la procréation *post-mortem* au sein d'un couple de femmes ne pose pas ces questionnements : en tout état de cause, les gamètes de la femme prédécédée n'auront pas vocation à être utilisés, la ROPA étant interdite¹²⁹¹. Néanmoins, en n'intégrant pas cette modification dans la réforme, aucune réflexion réelle quant aux solutions envisageables n'a eu lieu¹²⁹².

314. Absence de volonté politique. En tout état de cause, l'absence de modification des règles relatives à la procréation *post-mortem* résulte d'une volonté politique reposant sur des arguments principalement éthiques et psychosociaux¹²⁹³. La procréation *post-mortem* implique, en effet, la venue au monde volontaire d'un enfant orphelin, créant le risque d'un enfant remède au deuil de son parent survivant¹²⁹⁴ en faisant de lui une consolation¹²⁹⁵, un « fantasme d'immortalité »¹²⁹⁶. Du point de vue du parent survivant, sont soulevées les difficultés psychologiques liées à la gestion concomitante du deuil et du projet parental, voire qui créeraient un risque accru pour la veuve, particulièrement vulnérable, qui pourrait subir une

vitro ; CE, La révision des lois de bioéthique, 2009, préc. p. 12 ; Comp. OPECST, *L'évaluation de l'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, 20 nov. 2008, t.1, p. 182, qui qualifie l'embryon de personne humaine en devenir.

¹²⁹⁰ CARAYON L., « Arlésienne bioéthique, La procréation *post mortem* en débats », *JDSAM* 2020/1, n°25, p. 45 à 50.

¹²⁹¹ V. *supra* n°275.

¹²⁹² Pour une synthèse des différentes difficultés juridiques suscitées par l'ouverture de l'AMP *post-mortem* et les solutions envisagées sur le terrain du consentement, de la filiation et des successions v. CARAYON L., « Arlésienne bioéthique, La procréation *post mortem* en débats », *JDSAM* 2020/1, n°25, p. 45-50, spéc. II.

¹²⁹³ Assemblée nationale, Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, n°2243, t.1, 14 septembre 2019, p. 65-66.

¹²⁹⁴ CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769.

¹²⁹⁵ HAUSER J., « Procréation *post-mortem* : un nouveau droit à..., le droit à l'éternité ? », *RTD civ.* 2010, p. 93.

¹²⁹⁶ CAIRE A.-B., « L'anthropotechnie procréative à l'aune de la loi de bioéthique du 2 août 2021 », *LPA* n°02, 28 février 2022 p. 33.

pression sociale ou de la famille du défunt¹²⁹⁷. D'un point de vue éthique, elle crée également un risque de réification de l'enfant¹²⁹⁸. Le Gouvernement n'a pas, par conséquent, prévu cette modification dans le projet de loi. Construire l'ensemble du régime lors du débat parlementaire par voie d'amendements aurait été une entreprise périlleuse, ce qui a concrétisé les difficultés juridiques évoquées également comme justifications¹²⁹⁹. Conscient des incohérences que la réforme crée¹³⁰⁰, il a néanmoins estimé qu'une femme en deuil était dans une situation différente d'une femme portant seule un projet parental et s'est contenté de cette affirmation pour refuser tout assouplissement.

315. Conventionnalité de l'interdiction de la procréation post-mortem. Saisie de la question de l'interdiction de la procréation *post-mortem*, la Cour européenne a déclaré conforme à la Convention une telle interdiction dans l'arrêt *Peřilova*¹³⁰¹. Elle estime, en effet, que l'accès à l'assistance médicale à la procréation entre dans le champ de la vie privée, mais considère que les États ont une large marge d'appréciation dans ce domaine où « les préoccupations fondées sur des considérations morales ou sur l'acceptabilité sociale doivent être prises au sérieux »¹³⁰². Constatant l'ingérence, elle considère pour autant « pertinent »¹³⁰³ le choix du législateur d'interdire toute procréation à la suite du décès de l'un des porteurs du projet parental. La Cour a, depuis, validé cette position dans l'arrêt *Baret et Caballero*¹³⁰⁴. Se prononçant sous l'empire de règles applicables avant la réforme de bioéthique, elle confirme l'existence d'une ingérence dans le droit à l'autodétermination des individus, mais n'en a pas moins considéré l'interdiction de la procréation *post-mortem* conforme *in abstracto* à la Convention¹³⁰⁵. Pour autant, la décision lui a également permis de se prononcer sur la réforme. Malgré l'ampleur de la marge d'appréciation accordée aux États, elle a validé les tempéraments

¹²⁹⁷ Assemblée nationale, Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, n°2243, t.1, 14 septembre 2019, p. 65.

¹²⁹⁸ CAIRE A.-B., « L'anthropotechnie procréative à l'aune de la loi de bioéthique du 2 août 2021 », *LPA* n°02, 28 février 2022 p. 33.

¹²⁹⁹ Pour une vue d'ensemble v. CARAYON L., « Arlésienne bioéthique, La procréation *post mortem* en débats », *JDSAM* 2020/1, n°25, p. 45-50.

¹³⁰⁰ Assemblée nationale, Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, n°2243, t.1, 14 septembre 2019, p. 65.

¹³⁰¹ CEDH, *Peřilova* c. République tchèque, 8 déc. 2022, n° 14889/19 ; *D.* 2023. 716, note A.-B. Caire ; *AJ fam.* 2023. 5, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2023, n° 4, comm. 68, J.-R. Binet.

¹³⁰² *Ibid.*, §58.

¹³⁰³ SUDRE F., « Cour européenne des droits de l'homme et santé », *RDSS* 2023. 49.

¹³⁰⁴ CEDH, *Baret et Caballero* c. France, 14 sept. 2023 n°22296/20 et 37138/20, *AJDA* 2023. 1631 ; *D.* 2023. 1652 ; *AJ fam.* 2023. 573, obs. M. Saulier ; *ibid.* 477, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

¹³⁰⁵ SUDRE F., « Cour européenne des droits de l'homme et santé », *RDSS* 2023. 49.

relatifs à l'exportation de gamètes. Surtout, elle a souligné les incohérences du droit français et notamment l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux femmes seules malgré le maintien de l'interdiction de la procréation *post-mortem*¹³⁰⁶, estimant ces situations proches.

316. *Objet de la procréation post-mortem.* Pour reprendre les distinctions proposées en doctrine¹³⁰⁷, il serait possible d'autoriser la procréation *post-mortem* en la justifiant par différents objectifs. La technique pourrait ainsi avoir pour but, soit de protéger « la vie » de l'embryon¹³⁰⁸, soit de ne pas priver une femme devenue veuve au cours de la procédure d'une procréation avec ses propres gamètes ; soit de permettre à la veuve d'utiliser les gamètes de son compagnon décédé ; soit de poursuivre un projet parental commun malgré le décès. Peu importe la voie choisie, chacun de ces choix politiques implique un questionnement plus général : le premier choix, une réflexion sur l'encadrement de la recherche sur l'embryon¹³⁰⁹, le second sur l'articulation du droit de la veuve d'utiliser ses gamètes et l'usage des gamètes du partenaire prédécédé ; le troisième sur l'autorisation de la ROPA afin de ne pas distinguer selon les compositions des couples ; le quatrième sur l'organisation d'une poursuite de projet parental malgré un décès afin de ne pas rallonger les délais de prise en charge.

317. *Interdiction précaire ?* Le choix politique du Gouvernement a, malgré ces possibilités, été un strict refus, le deuil et les complications juridiques ayant été des éléments déterminants. Au regard de la complexité du débat, une position si intangible questionne. Préférant imposer aux veuves « qu'elles fassent le deuil difficile de l'enfant de leur couple »¹³¹⁰,

¹³⁰⁶ MARGUÉNAUD J.-P., « Chronique CEDH : bienveillance envers le conservatisme bioéthique à la française », *Dalloz Actualité*, 17 novembre 2023.

¹³⁰⁷ CARAYON L., « Arlésienne bioéthique, La procréation *post mortem* en débats », *JDSAM* 2020/1, n°25, p. 45 à 50.

¹³⁰⁸ Dans le même sens, VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43 ; MARAIS A., « La procréation *post-mortem* », préc., qui relève que « d'une part, avec le consentement de la veuve, l'embryon peut être détruit, directement ou après avoir été donné à la recherche. Affirmer que le transfert *post-mortem* ne satisfait pas l'intérêt de l'enfant à naître conduit à admettre qu'il vaut mieux que l'enfant ne naisse pas plutôt qu'il naisse orphelin de père. D'autre part, pour éviter la destruction de l'embryon, la femme peut en faire don à un autre couple. Mais si cet embryon a également été conçu avec les gamètes de la femme, est-ce véritablement satisfaire l'intérêt de l'enfant que de le priver délibérément des parents biologiques qui le désiraient, pour le faire accueillir par un couple qui n'est pas à l'origine de sa conception ? ».

¹³⁰⁹ Au contraire bien malmené par la réforme. V. sur ce point, BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826 ; MESNIL M., « Les recherches sur l'embryon, les cellules souches embryonnaires et les cellules pluripotentes induites : un encadrement en pleine évolution », *JDSAM* n°25, 2020, p. 77 ; VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43 et s., spéc. p. 55.

¹³¹⁰ GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

le législateur n'en a donc pas moins créé une nouvelle incohérence, en ce que rien ne les empêche de reprendre, seules, un parcours de PMA¹³¹¹, dans lequel le deuil n'aura pas nécessairement disparu. De plus, « l'avertissement »¹³¹² de la Cour européenne des droits de l'homme questionne quant à la survie de cet interdit jusqu'aux prochaines révisions de bioéthique¹³¹³. Si la Cour européenne limite quelque peu son contrôle substantiel, elle n'en demeure pas moins vigilante à « l'exigence de cohérence qui doit primer malgré l'ampleur de la marge d'appréciation »¹³¹⁴ et le respect accordé aux choix du décideur national.

318. *Risques d'incohérence et Conseil d'État.* Saisi d'une demande de procréation *post-mortem*, le Conseil d'État a refusé de transmettre la demande d'avis consultatif sollicitée par la requérante et a directement répondu sur l'incohérence que créerait la distinction entre le projet parental d'une femme seule et l'interdiction de la procréation *post-mortem*¹³¹⁵. Restant mesuré, le Conseil estime le droit français cohérent « eu égard à l'objet qu'il a entendu attribuer à l'assistance médicale à la procréation, à la légitimité des buts poursuivis et aux différents intérêts en présence, entre lesquels il a ménagé un juste équilibre, sans porter une atteinte disproportionnée à l'exercice du droit au respect de la vie privée de la femme dont le conjoint est décédé ». Rappelant le processus et les débats parlementaires desquels découlent la loi de bioéthique, le Conseil d'État met en exergue les arguments éthiques et psychosociaux retenus lors des débats estimant implicitement que ceux-ci sont suffisants pour ne pas qualifier le cadre normatif d'incohérent au regard de l'objet actuel de la procréation médicalement assistée. Il avait préalablement pris soin de rappeler cet objet qui est de « répondre à un projet parental et que, lorsque ce projet parental est celui d'un couple, les deux membres du couple doivent consentir préalablement à l'insémination artificielle ou au transfert des embryons. Il en résulte également

¹³¹¹ VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43 ; CE, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?* 28 juin 2018 ; BRUNET Laurence, « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus », *AJ fam.* 2021 p. 522 ; MARAIS A., « La procréation *post-mortem* », préc.

¹³¹² MARGUÉNAUD J.-P., « Chronique CEDH : bienveillance envers le conservatisme bioéthique à la française », *Dalloz actualité*, 17 novembre 2023.

¹³¹³ Dans le même sens, MESNIL M., « La CEDH sonne le glas de l'interdiction de la procréation *post mortem* », *Dalloz Actualité*, 29 septembre 2023 ; SUDRE F., « Cour européenne des droits de l'homme et santé », *RDSS* 2023. 49 ; MARGUÉNAUD J.-P., « Chronique CEDH : bienveillance envers le conservatisme bioéthique à la française », *Dalloz actualité*, 17 novembre 2023 ; SAULIER M., « L'interdiction vacillante de l'AMP *post mortem* ? – Cour européenne des droits de l'homme 14 septembre 2023 », *AJ fam.* 2023. 573 ; MARAIS A., « La procréation *post-mortem* », préc.

¹³¹⁴ MARGUÉNAUD J.-P., « Chronique CEDH : bienveillance envers le conservatisme bioéthique à la française », *Dalloz Actualité*, 17 novembre 2023.

¹³¹⁵ CE, 28 novembre 2024, n°497323 et 498345 ; *Dr. fam.* 2025. comm. 15, J.-R. Binet.

qu'en cas de décès d'un membre du couple, le projet parental disparaît et il ne peut être procédé à l'insémination artificielle ou au transfert des embryons conçus in vitro dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation destinée à répondre à ce projet parental ». Si l'argumentaire a pu convaincre¹³¹⁶, il semble pourtant quelque peu superfétatoire. Le cas d'espèce illustre, en effet, particulièrement bien comment il est complexe d'estimer un projet parental inexistant du seul fait du décès de l'un des membres si, en connaissance de sa mort future, le membre du couple décédé réitère son consentement. En tout état de cause, la réponse du Conseil n'apporte pas de réelle nouveauté, si ce n'est qu'elle a reporté la décision de la Cour européenne, vraisemblablement saisie par la requérante. Reste à déterminer si le poids du deuil sera un argument abstrait valable à ses yeux où si un contrôle concret plus que complexe à réaliser sera attendu.

b. La tentative d'interdire le transfert de gamètes en vue de la réalisation d'une procréation médicalement assistée *post-mortem* à l'étranger

319. Droit antérieur. Bien qu'interdite en France, la procréation *post-mortem* est autorisée dans un certain nombre de pays d'Europe tels que la Belgique, l'Espagne ou le Royaume-Uni,¹³¹⁷ ce qui justifie l'encadrement de l'exportation de gamètes par le droit français. L'article L. 2141-11-1 du CSP prévoit, par conséquent, depuis 2008¹³¹⁸, l'interdiction de l'importation et de l'exportation de gamètes lorsque leur utilisation ne répond pas aux conditions d'utilisation autorisées en France.

320. Tempéraments jurisprudentiels. L'interdit d'exportation de gamètes a cependant fait l'objet d'un tempérament jurisprudentiel sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne. Le 31 mai 2016, le Conseil d'État¹³¹⁹, dans l'affaire *Gonzalez Gomez*¹³²⁰, a autorisé l'exportation en Espagne des gamètes du mari prédécédé en vue d'une

¹³¹⁶ BINET J.-R., « Procréation *post-mortem* : nouvel épisode d'une série à suspense », *Dr. fam.* n°1, janvier 2025, comm. 15.

¹³¹⁷ MARAIS A., « La procréation *post-mortem* », préc.

¹³¹⁸ Ordonnance n°2008-480 du 22 mai 2008 transposant en matière de don de gamètes et d'assistance médicale à la procréation la directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, art. 3.

¹³¹⁹ Sur la compétence du juge administratif pour connaître des demandes d'exportation de gamètes v. LEROYER A.-M., « Exportation de gamètes : quel juge compétent ? », *RTD civ.* 2022, p. 598, note sous Civ. 1^{ère}, 15 juin 2022, n°21-17.654.

¹³²⁰ CE, ass., *Gonzalez Gomez*, 31 mai 2016, n° 396848, §11, *Dalloz actualité*, 2 juin 2016, obs. M.-C. de Montecler ; Lebon avec les conclusions ; *AJDA* 2016. 1092 ; *ibid.* 1398, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *D.* 2016. 1470, obs. M.-C. de Montecler ; *ibid.* 1472, note H. Fulchiron ; *ibid.* 1477, note B. Haftel ; *ibid.* 2017. 729,

insémination *post-mortem* en raison de l'absence manifeste de fraude de la requérante qui était retournée vivre en Espagne, son pays d'origine, auprès de sa famille. Réalisant un contrôle concret de conventionnalité¹³²¹, le Conseil a estimé que, bien que le dispositif français soit *in abstracto* conforme à la Convention, l'élément d'extranéité présent dans l'affaire justifiait d'écarter la règle française. Critiquée par certains¹³²², justifiée par d'autres¹³²³, la méthode employée a ouvert la voie à un certain contentieux dans lequel les décisions des juges du fond ont été plus ou moins fidèles au tempérament proposé par le Conseil d'État¹³²⁴. Néanmoins, la position de ce dernier reste conditionnée à la présence de l'élément d'extranéité¹³²⁵, celui-ci n'étant d'ailleurs pas toujours suffisant. De plus, sa solution vaut tant pour un transfert d'embryon qu'une insémination *post-mortem*¹³²⁶.

obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 935, obs. RÉGINE ; *ibid.* 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2016. 439, obs. C. Siffrein-Blanc ; *ibid.* 360, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2016. 740, concl. A. Bretonneau ; *ibid.* 754, note P. Delvolvé ; *RTD civ.* 2016. 578, obs. P. Deumier ; *ibid.* 600, obs. J. Hauser ; *ibid.* 802, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 834, obs. J. Hauser ; *RTD eur.* 2017. 319, obs. D. Ritleng.

¹³²¹ Bien que l'absence de traitement de ce genre d'affaires sous l'angle du droit international privé, qui aboutirait vraisemblablement au même résultat, a pu être critiqué. V. HAFTEL B., « Insémination *post-mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes de droit international privé », *D.* 2016 p. 1477.

¹³²² V. par ex., BINET Jean-René, « Insémination *post-mortem* : quand le Conseil d'État s'affranchit de l'interdit légal ! » ; *Dr. fam.* n°9, étude 15, septembre 2016 : « Cette affirmation, de la part d'une juridiction administrative française, constitue à ne pas en douter une véritable révolution. Ce contrôle de proportionnalité que le Conseil d'État s'autorise à effectuer, n'est en effet pas conforme au rôle du juge, tel qu'il est entendu en France. Il est en outre porteur d'une insécurité juridique dont il vaudrait mieux se prévenir. [...] Par là même, il rompt avec la tradition juridique française fondée sur la méthode du syllogisme judiciaire dont la vertu est de procéder à une qualification juridique des faits pour vérifier s'ils correspondent à une catégorie juridique et lui appliquer, par voie de conséquence, le régime juridique adéquat » ; Moins critique mais soulevant les mêmes craintes v. MARAIS A., « La procréation *post-mortem* », préc. ; HAUSER J., « Procréation médicalement assistée : le Conseil d'État a du cœur ! », *RTD civ.* 2016 p. 834.

¹³²³ MARGUÉNAUD J.-P., « L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État », *RTD civ.* 2016, p. 202.

¹³²⁴ TA Rennes 11 oct. 2016, n°1604451, *D.* 2016. 2392, entretien B. Haftel ; *ibid.* 2017. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *RTD civ.* 2017. 114, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2016. 267, note J.-R. Binet : autorisation de l'exportation des gamètes d'un homme décédé au cours de la grossesse de sa femme, sans lien particulier avec le pays d'exportation ; TA Toulouse 13 oct. 2016, n° 1405903, M. Lamarche, *Dr. fam.* 2017, Alertes, Focus 1 : refus d'exportation en l'absence de preuve de tout lien quelconque avec le pays d'exportation et l'absence de volonté de la requérante de s'y installer.

¹³²⁵ CE 13 juin 2018, n°421333, *AJDA* 2018. 2278 ; *D.* 2019. 725, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; CE, 4 déc. 2018, n° 425446, *D.* 2019. 725, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *AJ fam.* 2019. 64, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; CE, 24 janvier 2020, n°437328, *D.* 2021. 657, obs. P. Hilt ; *AJ fam.* 2020. 88, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2020. 355, obs. A.-M. Leroyer ; CE 28 déc. 2021, n° 456966 : refus car pas de circonstances particulières, la demande avait donc pour but de contourner la loi française.

¹³²⁶ CE, 24 janvier 2020, n°437328, *D.* 2021. 657, obs. P. Hilt ; *AJ fam.* 2020. 88, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2020. 355, obs. A.-M. Leroyer.

321. *Conventionnalité de la position française : demande de la mère du défunt*¹³²⁷.

L'interdit français de l'exportation de gamètes en vue d'une procréation *post-mortem* a été porté devant la Cour européenne des droits de l'homme. La première décision sur laquelle la Cour s'est prononcée ne manquait ni d'originalité ni de notoriété puisqu'en l'espèce, la demande d'exportation était faite par la mère du défunt, veuve d'un célèbre réalisateur. Se fondant sur l'âge de son fils – vingt-trois ans au décès des suites d'une maladie –, sa volonté de fonder une famille, la conservation de ses gamètes dans ce but et l'absence totale de descendance à la suite de sa disparition – l'homme décédé était le seul enfant du couple et n'avait lui-même pas eu d'enfant –, elle demandait l'exportation des gamètes en Israël en vue d'une insémination vraisemblablement grâce à un recours à une mère porteuse. Sans surprise¹³²⁸, ses arguments n'ont pas convaincu les juridictions françaises¹³²⁹ ni la Cour européenne¹³³⁰. L'analyse de cette dernière reste d'ailleurs limitée¹³³¹ puisqu'elle déclare la requête irrecevable. La Cour estime, en effet, qu'au sens de la Convention, la grand-mère n'est pas une victime indirecte pouvant se prévaloir d'une atteinte au droit de devenir parent, celui-ci n'étant pas un droit transférable. Elle ajoute que la requérante ne peut se prévaloir d'une atteinte personnelle, le droit à une descendance n'entrant pas dans le domaine d'applicabilité de l'article 8 de la Convention¹³³². Bien que peu développée, la décision mentionne le processus de révision des lois de bioéthique et le maintien de l'interdit, laissant présager l'absence de condamnation d'une requête ayant le même objet, mais formée par une veuve¹³³³.

322. *Conventionnalité de la position française : demande de la veuve du défunt.* Les demandes des veuves ont également été soulevées devant la Cour européenne. Joignant deux affaires, la Cour européenne a traité, dans le même temps, la question de l'interdiction de la procréation *post-mortem* sur le territoire national¹³³⁴ et l'encadrement de l'exportation de

¹³²⁷ MARGUÉNAUD J.-P., « Chronique CEDH : bienveillance envers le conservatisme bioéthique à la française », *Dalloz Actualité*, 17 novembre 2023.

¹³²⁸ CAIRE A.-B., « L'inquiétante étrangeté de la procréation *post-mortem* devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2020, p. 324.

¹³²⁹ CE, 4 déc. 2018, n° 425446, *D.* 2019. 725, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *AJ fam.* 2019. 64, obs. A. Dionisi-Peyrusse

¹³³⁰ CEDH, *Petithory Lanzmann c. France*, 12 novembre 2019, n° 23038/19, §16.

¹³³¹ BINET J.-R., « PMA *post-mortem* : devenir grands-parents n'est pas un droit de l'homme », *Dr. fam.* n°2, février 2020, 37.

¹³³² CEDH, *Petithory Lanzmann c. France*, 12 novembre 2019, n° 23038/19, §20.

¹³³³ BINET J.-R., « PMA *post-mortem* : devenir grands-parents n'est pas un droit de l'homme », *Dr. fam.* n°2, février 2020, 37.

¹³³⁴ V. *supra* n°315.

gamètes dans l'affaire *Baret et Caballero* contre France¹³³⁵. Après avoir estimé *in abstracto* que l'encadrement de la procréation *post-mortem* entraine dans la marge d'appréciation des États, la Cour se questionne plus précisément quant à l'exportation des gamètes à l'étranger en vue d'accéder à des techniques interdites sur le territoire. Relevant le caractère absolu de l'interdiction, elle émet une « réserve » qui « tient à l'approbation de la démarche suivie par le Conseil d'État depuis son retentissant arrêt *Gonzalez Gomez* »¹³³⁶. Confirmant l'intérêt, voire même la nécessité, de l'appropriation des méthodes de raisonnement européennes par les juges du fond¹³³⁷, la décision implique que l'exportation de gamètes peut, par principe, être interdite, notamment en ce qu'elle permet d'éviter un contournement de la loi française, mais que certaines circonstances particulières peuvent justifier d'y déroger¹³³⁸. Aussi, la Cour conclut dans le même sens que le Conseil d'État qui avait refusé, à l'issue de son contrôle concret, l'exportation des gamètes, en l'absence de circonstances particulières. Aucune distinction n'est faite, par la Cour, qui traite de la même façon l'exportation des gamètes et l'exportation d'embryons, ne protégeant donc pas davantage la « personne humaine potentielle » des « simples gamètes »¹³³⁹.

323. Limites incohérentes. « Indulgence »¹³⁴⁰ de la Cour européenne à l'égard du régime abstrait, « soupape »¹³⁴¹ grâce à l'émancipation du Conseil d'État, l'encadrement de la procréation *post-mortem* symbolise assez visiblement l'équilibre précaire sur lequel se tient le nouveau droit français de la filiation. Existence ou au moins vestige d'un certain conservatisme, volonté de poser des limites et promotion d'une certaine libéralisation sont tout autant d'objectifs latents vers lesquels le législateur se dirige. Les décisions européennes et, surtout, le retrait de la Cour sur l'aspect substantiel servent ici de révélateur aux incohérences : à vouloir

¹³³⁵ CEDH, *Baret et Caballero* c. France, 14 septembre, n° 22296/20, *Dalloz actualité*, 29 sept. 2023, obs. M. Mesnil ; *AJDA* 2023. 1631 ; *D.* 2023. 1652, et les obs. ; *AJ fam.* 2023. 477, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

¹³³⁶ MARGUÉNAUD J.-P., « Chronique CEDH : bienveillance envers le conservatisme bioéthique à la française », *Dalloz Actualité*, 17 novembre 2023.

¹³³⁷ V. *supra* n°207 et s.

¹³³⁸ SUDRE F., « Cour européenne des droits de l'homme et santé », *RDSS* 2023. 49.

¹³³⁹ BOISSON J., GOUËZEL A., « La prohibition de la fécondation *in vitro post-mortem* n'est pas contraire à la Convention », *RJPF* n°2, 1^{er} février 2023.

¹³⁴⁰ MARGUÉNAUD J.-P., « Chronique CEDH : bienveillance envers le conservatisme bioéthique à la française », *Dalloz Actualité*, 17 novembre 2023.

¹³⁴¹ LEROYER A.-M., « Interdiction de l'insémination *post-mortem* et refus de l'exportation de gamètes », *RTD civ.* 2023, p. 608.

trop satisfaisant, aucune satisfaction réelle ne semble acquise et les quelques limites maintenues perdent tout leur sens.

2- Des bénéficiaires en âge d'être parents

324. Droit antérieur : absence de condition d'âge. Avant la réforme de 2021, le texte évoquait un couple « en âge de procréer » sans précision supplémentaire. Il reposait, en effet, sur une approche naturelle où « l'âge de procréer est inégal pour les individus »¹³⁴². Dès lors, un critère d'âge trop précis aurait posé des difficultés d'application et le choix a été fait de prévoir un critère adaptable, apprécié par le corps médical¹³⁴³. L'application de ce critère a été appréciée plutôt largement par les praticiens, 1,6% des femmes ayant eu recours à une assistance médicale à la procréation en 2019 avait, ainsi, plus de quarante-trois ans¹³⁴⁴. L'âge n'était néanmoins pas totalement ignoré de l'ancien droit. Le remboursement par la Sécurité sociale était, lui, conditionné : les femmes se voyaient rembourser leur parcours d'AMP jusqu'à quarante-trois ans.

Le texte posait cependant un certain nombre de difficultés. Au-delà de sa mise en œuvre nécessairement casuistique, il questionnait quant aux conséquences d'une grossesse tardive au sein d'un couple âgé, bien que la maternité soit plus scrutée que la paternité sur ce point¹³⁴⁵. Le contentieux suscité par les demandes d'exportation de gamètes a, néanmoins, mis en exergue cet aspect de l'encadrement de l'AMP¹³⁴⁶ et a justifié les précisions apportées par la réforme, bien que le Conseil d'État n'ait jamais tempéré cette limite.

325. Réforme : critère d'âge. Afin de tenir compte « des risques médicaux de la procréation liés à l'âge ainsi que l'intérêt de l'enfant à naître »¹³⁴⁷, la loi de 2021 a précisé les conditions relatives à l'âge pour accéder à l'assistance médicale à la procréation. L'article L. 2141-2 alinéa 12 du CSP renvoie à l'article R. 2141-38 du même Code¹³⁴⁸ qui précise ces conditions : l'insémination artificielle, l'utilisation de gamètes ou de tissus germinaux

¹³⁴² RASCHEL L., « L'âge de procréer », *Gaz. Pal.*, 3 janvier 2009, p. 14.

¹³⁴³ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹³⁴⁴ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹³⁴⁵ REGINE, « Droit et genre », *D.* 2020. 843.

¹³⁴⁶ LEROYER A.-M., « Accès à l'AMP : âge limite pour un homme », *RTD civ.* 2019, p. 557 ; REGINE, « Droit et genre », *D.* 2020. 843.

¹³⁴⁷ ABM, *L'âge de procréer*, 8 juin 2017.

¹³⁴⁸ Décret n°2021-1243 du 28 septembre 2021.

recueillis, prélevés ou conservés à des fins d'assistance médicale à la procréation, ainsi que le transfert d'embryons peuvent être réalisés jusqu'à son quarante-cinquième anniversaire chez la femme, non mariée ou au sein du couple, qui a vocation à porter l'enfant, et jusqu'à son soixantième anniversaire chez le membre du couple qui n'a pas vocation à porter l'enfant. En cas de dépassement de l'âge au cours de la procédure, celle-ci s'interrompt et l'article R. 2141-17 du CSP offre au couple ou à la femme seule le choix entre un don des embryons conçus pour un autre projet parental, leur utilisation pour la recherche ou leur destruction.

326. Règle objective. La réforme renforce, par conséquent, l'une des limites d'accès à l'AMP. La règle est désormais objective, contenant, par là même, le pouvoir d'appréciation médicale¹³⁴⁹. Cette objectivation de la règle questionne, cependant, quant au contentieux relatif à l'exportation de gamètes. Dans la continuité de la décision *Gonzalez Gomez*¹³⁵⁰, les juridictions administratives ont été saisies, sous l'empire de l'ancien droit, de demandes d'exportation de gamètes vers des pays plus libéraux que la France, afin de contourner les refus d'AMP en raison de l'âge. Le Conseil d'État¹³⁵¹ n'a néanmoins pas adopté le même raisonnement que pour la procréation *post-mortem* et s'est fié aux limites d'âge proposées par l'Agence de la biomédecine¹³⁵².

Pour autant, l'objectivation renforcée de cette limite d'âge en fait une limite intangible : soit le critère d'âge est atteint, soit il ne l'est pas. Dans cette optique, cette limite sera-t-elle totalement respectée ? L'évolution des méthodes de raisonnements des juridictions tend à assouplir les règles les plus rigides. Le contentieux n'aurait-il pas vocation à s'intensifier, même si le Conseil d'État a « freiné »¹³⁵³ l'application du contrôle concret de conventionnalité ? Dans cette perspective, il a déjà été saisi de demandes émanant de femmes ayant dépassé le nouvel âge légal¹³⁵⁴. Or, si le contentieux lui a permis de confirmer l'exigence de son appréciation des circonstances particulières, et spécialement le lien fort avec le pays visé par la demande d'exportation¹³⁵⁵, il ne questionne pas moins quant à la pérennité d'une telle limite. Le contrôle

¹³⁴⁹ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹³⁵⁰ V. *supra* n°320.

¹³⁵¹ CE, 17 avril 2019, n°420468, *AJ fam.*, 2019, 309, obs. Dionisi-Peyrusse ; *AJDA* 2019. 901 ; *D.* 2019. 944 ; *ibid.* 2020. 843, obs. RÉGINE ; *RTD civ.* 2019, p. 557, obs. Leroyer.

¹³⁵² MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°1082.

¹³⁵³ MAMOUDY O., « Le contrôle concret de la conventionnalité de la loi : disparition tranquille au Conseil d'État », *AJDA* 2023, p. 938.

¹³⁵⁴ CE 27 oct. 2022, n° 467726 et n° 467727, *AJ fam.* 2022. 569, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2023. comm. 17, J.-R. Binet ; *L'essentiel du droit de la famille* 2023, n° 1, p. 3, obs. A. Batteur.

¹³⁵⁵ LAURENT A., « PMA, famille et droit européen », *op. cit.*, p. 117.

concret ne paraît pourtant pas, ici, être le seul fléchissement de la règle. Un léger risque émane également du droit de l'Union, la directive Santé pouvant s'appliquer aux gamètes, ce qui conduira à libéraliser à l'extrême leur circulation¹³⁵⁶.

CONCLUSION SECTION I.

327. *Maîtrise du législateur sur l'encadrement technique de l'AMP.* L'encadrement des techniques est le domaine sur lequel le législateur a encore une certaine maîtrise, spécialement dans l'organisation de l'assistance médicale à la procréation en France où l'accès à ces techniques nécessite, en dehors des hypothèses d'inséminations artisanales, le recours et l'utilisation d'un matériel précis au sein d'un CECOS. De plus, il y a peu de contraintes extérieures exercées sur le cadre légal et réglementaire : la Cour européenne n'impose qu'une exigence de cohérence dans l'encadrement, la libéralisation des techniques relevant de la marge d'appréciation des États. Dans sa suite, l'encadrement technique est loin d'être le plus affecté par le contrôle concret de conventionnalité : en dehors des décisions sur l'exportation de gamètes aux fins d'une procréation *post-mortem*, aucun tempérament jurisprudentiel n'est à relever. Dans le même sens, le « fait accompli » n'existe pas dans ces situations, ce qui permet encore au législateur de contenir la procréation artificielle. Dans un système centralisé, où chaque CECOS obéit au même cadre juridique, l'enjeu est d'obtenir l'accès à une technique et non de reconnaître, en France, des droits obtenus à l'étranger de techniques interdites sur le territoire national.

328. *Choix du consensus au détriment de la cohérence.* Néanmoins, la difficulté principale de l'encadrement technique est, justement, l'incohérence du législateur. Sans ligne politique directrice réellement tracée, « il est difficile d'appréhender une réalité biologique médicalement “aménagée” ou parfois niée »¹³⁵⁷. Dès lors, « si l'accès à l'assistance médicale à la procréation est quasi maximal, le législateur peine à déterminer des limites efficaces, et ce sont là encore les médecins qui vont devoir apprendre à composer avec l'ambiguïté de la loi, générant un manque de prévisibilité dans l'application de la loi, une rupture d'égalité dans l'accès à l'AMP, et de façon globale participant à faire du droit de la bioéthique en droit

¹³⁵⁶ Bien que le Conseil d'État ne l'applique pas, l'heure actuelle. Sur ce point v. LEROYER A.-M., « L'exportation de gamètes au prisme du contrôle de proportionnalité », *RTD civ.* 2023, p. 80.

¹³⁵⁷ LAMARCHE M., « Les mystères de la procréation », *Dr. fam.* n°6, 1^{er} juin 2019, alerte 39.

flottant »¹³⁵⁸. Or, c'est justement cette incohérence qui risque de conduire à l'intervention d'acteurs complémentaires, les juges en première ligne, que ce soit au plan européen et au plan national, peut-être même davantage que les questions civiles qui en découlent, mais également le corps médical, chargé d'apprécier les conditions de mise en œuvre des textes.

SECTION II : L'ADAPTATION DU DROIT DE LA FILIATION

329. Lois de bioéthique et modifications civiles. Au-delà d'encadrer les techniques d'assistance médicale à la procréation, « la réforme de 2021 n'a rien d'anecdotique et implique d'importantes modifications quant à l'encadrement civil de la procréation »¹³⁵⁹. Les lois de bioéthique, en effet, ne se contentent pas d'encadrer les techniques médicales relatives à l'humain, mais tirent les conséquences de ces pratiques, notamment sur le plan civil. L'ensemble des modifications du droit de la filiation à la suite d'une assistance médicale à la procréation sont ainsi issues des différentes lois de bioéthique et la réforme de 2021 n'a pas fait exception. Elle se distingue, cependant, des autres réformes, en ce qu'elle a davantage modifié le Code civil¹³⁶⁰. Les autres lois de bioéthique s'étaient, en effet, sur le plan civil, limitées à la création et à la modification des articles 311-19 et 311-20, abrogés depuis 2021. En raison des choix législatifs quant aux techniques autorisées et aux conditions d'accès, le droit de la filiation n'avait pas impliqué d'importantes adaptations. La filiation originelle de l'enfant né d'une assistance médicale à la procréation était, en effet, en adéquation presque parfaite avec le modèle du droit de la filiation reposant sur la « vraisemblance biologique »¹³⁶¹. Les assistances médicales à la procréation endogènes ne sont pas concernées par les règles spéciales puisque les gamètes employés sont ceux des membres du couple. Les assistances médicales à la procréation exogènes, quant à elles, impliquaient exclusivement l'apport de gamètes extérieurs, fragilisant spécialement la paternité en cas de dons de sperme, hypothèse de don la plus fréquente. Pour faire une synthèse un peu grossière des modifications, seules des adaptations à la marge, sur le terrain de la preuve très principalement étaient nécessaires : la validité du consentement à l'assistance médicale à la procréation a remplacé l'expertise génétique afin de

¹³⁵⁸ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹³⁵⁹ CAIRE A.-B., « L'anthropotechnie procréative à l'aune de la loi de bioéthique du 2 août 2021 », *LPA* n°02, 28 février 2022 p. 33.

¹³⁶⁰ PARICARD S., « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », *D.* 2021, p. 1685.

¹³⁶¹ VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43.

sécuriser la filiation du père d'intention, la maternité n'étant pas remise en question puisqu'en toute hypothèse, la mère accouchait. La consécration de la bi-maternité a imposé des modifications plus importantes puisque, nécessairement, l'une des femmes n'accoucherait pas, ce qui imposait une réflexion quant aux modalités d'établissement de son lien de filiation et la preuve de celui-ci.

330. Alternatives. Différentes propositions ont été élaborées afin d'adapter le droit de la filiation à l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes. La première solution consistait à consacrer le régime jurisprudentiel¹³⁶² en permettant l'établissement de la filiation de la mère d'intention par l'adoption, afin de conserver la cohérence du régime et l'ordre familial qu'il supporte¹³⁶³, position soutenue par le Sénat, au contraire de toutes les institutions consultées lors de l'élaboration de la loi¹³⁶⁴. La seconde consistait à étendre le droit commun aux couples de femmes en créant une « présomption de comaternité » et en ouvrant la reconnaissance, solution qui, sous couvert de simplicité, impliquait aux yeux du Gouvernement un certain nombre d'adaptations et ne mettait pas en exergue le projet parental¹³⁶⁵. La troisième est celle retenue par le projet de loi, à savoir créer un régime mixte maintenant le régime existant pour les couples hétérosexuels et en l'adaptant pour les couples homosexuels en le fondant sur leur projet parental. Enfin, la dernière proposition, issue du rapport THERY-LEROYER¹³⁶⁶, consistait à créer un nouveau régime commun à toutes les filiations résultant d'insémination avec donneur, mais a été déconseillée au Gouvernement par le Conseil d'État¹³⁶⁷ en ce qu'il contraindrait à la révélation des modes de conception au sein d'un couple hétérosexuel¹³⁶⁸.

¹³⁶² Cass, Avis du 22 septembre 2014, n°15010 et n°15011, *D.* 2014, 2031, note A.-M. Leroyer, *AJ fam.* 2014, 555, note Chénéde, *Dr. fam.* 2014, 160, comm. C. Neirinck, *RTD civ.* 2014, p. 872, obs. J. Hauser.

¹³⁶³ Pour une position favorable à cette alternative v. VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43.

¹³⁶⁴ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹³⁶⁵ THÉRY I., « Engendrement avec tiers donneur et filiation : une réforme au milieu du gué », in GOGOS-GINTRAND A., MORACCHINI-ZEIDENBERG S. (dir.), *2010-2020, une décennie de mutations du droit de la famille*, op. cit., p. 162 ; BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹³⁶⁶ THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit.

¹³⁶⁷ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹³⁶⁸ CE, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, n° 397.993, 18 juillet 2019, p. 15.

331. *Système mixte.* Le choix intermédiaire préféré par le Gouvernement n'est pas réellement surprenant, en ce qu'il reflète la volonté de consensus qui a guidé la réforme : les singularités sont bien des moteurs de la réforme mais ne doivent pas perturber outre mesure le régime existant. Cette avancée progressive est porteuse d'inconvénients, car « le système mis en place se révèle boiteux, empruntant au droit commun et à des règles spéciales qui le dénaturent ou sèment la confusion »¹³⁶⁹. Ainsi, les assistances médicales à la procréation endogènes, qui constituent la grande majorité des AMP¹³⁷⁰, sont toujours considérées comme une sorte « d'engendrement biologique assisté » et désormais, les assistances à la procréation exogènes obéissent à différents régimes selon la ou les membres du projet parental. Ainsi, si sur le terrain de l'encadrement technique, les distinctions entre les assistances avec ou sans dons ne sont pas légion, elles se révèlent sur le terrain de la filiation. Seules les inséminations avec donneur bénéficient d'un encadrement adapté sur le terrain de la filiation, sans recours au don, le droit de la filiation n'est pas perturbé par une AMP¹³⁷¹. La figure parentale accompagnant la mère gestatrice mute et se dédouble, multiplication particulièrement visible lors de l'établissement du lien.

332. *Paradoxes.* La réforme a créé un chapitre V relatif aux assistances médicales à la procréation exogènes, au sein du titre VII du livre I du Code civil, modifiant donc la structure du Code¹³⁷². Cette impression d'unité est cependant démentie par les distinctions des modes d'établissement de la filiation selon la composition du couple parental. Le résultat en perd également en lisibilité, certaines des règles du chapitre V étant effectivement applicables à l'ensemble des situations, quand d'autres sont spécifiques aux couples de femmes. Le système retenu donne une place centrale à la femme gestatrice et oscille ainsi entre « une procréation bisexuée qui reste à ce jour incontournable »¹³⁷³ (§I.) et des adaptations où, « le législateur, à

¹³⁶⁹ VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43.

¹³⁷⁰ LEMOULAND J.-J., « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89.

¹³⁷¹ PARICARD S., « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », *D.* 2021, p. 1685.

¹³⁷² L'emplacement même des nouvelles règles relatives à la filiation dans le Code civil a été très discuté lors des débats. Sur ce point v. GARRIGUE J., « Réforme de la bioéthique : règles désormais applicables à la filiation après une assistance médicale à la procréation », *RJPF*, n° 11, 1^{er} novembre 2023.

¹³⁷³ LEMOULAND J.-J., « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89.

force d'hésitations et de tergiversations, s'en est finalement sorti par un tour de passe-passe qui donne une impression de cote mal taillée »¹³⁷⁴ (§II.).

§I. Le maintien et la généralisation des adaptations du droit commun de la filiation reposant sur l'altérité sexuelle

333. Adaptation du droit commun. L'établissement de la filiation à la suite d'une assistance médicale à la procréation avec donneur repose, depuis 1994, sur une adaptation du droit commun de la filiation. Ce choix s'inscrivait dans la logique du droit commun qui repose sur une vraisemblance d'engendrement charnel¹³⁷⁵. Or, la vraisemblance est justement ce que voulait créer le législateur en encadrant la filiation de l'enfant né par l'assistance médicale à la procréation pour le faire passer comme né au sein du couple. D'apparence¹³⁷⁶, de simples ajustements à la marge étaient donc suffisants, spécialement sur le terrain de la preuve qui, en droit commun, priorise la réalité biologique. Malgré la réforme et la création du chapitre relatif aux assistances médicales à la procréation exogènes, ces choix n'ont pas été remis en question¹³⁷⁷. L'effet d'annonce provoqué par la création de ce nouveau titre n'a pas modifié le « traitement spécifique »¹³⁷⁸ des procréations médicalement assistées exogènes. Les adaptations du droit commun pour les couples hétérosexuels, dans un objectif de sécurisation de la filiation, qui ont ainsi conduit à rendre la filiation obligatoire (A.) et incontestable (B.), sont maintenues ce qui conduit à conserver, à quelques légères modifications près, le régime antérieur pour les couples hétérosexuels.

¹³⁷⁴ *Ibid.*

¹³⁷⁵ Dans le même sens, DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, *op. cit.*, n°392 et s. ; *Contra* GARRIGUEJ., « Réforme de la bioéthique : règles désormais applicables à la filiation après une assistance médicale à la procréation », *RJPF*, n° 11, 1^{er} novembre 2023 qui estime que c'est la biologie qui fonde le titre VII du Code civil.

¹³⁷⁶ Pour une critique du système « au milieu du gué » et ses ambivalences, spécialement sur la convention dissimulée que constitue le régime, v. HAUSER J., « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ? », *D.* 1996, p. 182.

¹³⁷⁷ PARICARD S., « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », *D.* 2021, p. 1685 ; THÉRY I., « Engendrement avec tiers donneur et filiation : une réforme au milieu du gué », *préc.*, p. 162.

¹³⁷⁸ LEMOULAND J.-J., « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89.

A. L'obligation d'établir la filiation

334. Régime créé par les premières lois de bioéthique. Le régime d'établissement du lien de filiation de l'enfant né d'une assistance médicale à la procréation mis en place par les premières lois de bioéthique en 1994 s'inscrit dans la continuité du droit commun de la filiation. L'établissement de la filiation maternelle n'était, en effet, pas perturbé par le recours à un don, que ce soit d'ovocytes ou d'embryons. Le caractère central de l'accouchement dans l'établissement de la maternité¹³⁷⁹ n'est pas remis en question par ces dons et aucun ajustement n'était nécessaire. L'établissement de la filiation paternelle reposant sur la vraisemblance biologique¹³⁸⁰, les modes d'établissement pouvaient facilement être adaptés. Seules des implications relatives au contentieux de la filiation et spécialement à la preuve du lien par des expertises biologiques ont dû être contournées, poursuivant un double but : responsabiliser l'homme qui s'est engagé dans un processus d'AMP et sa contrepartie, la sécurisation du lien de filiation établi afin de faire passer l'homme pour le père « comme les autres » de l'enfant¹³⁸¹.

335. Maintien des modes d'établissement de droit commun. La réforme de 2021 n'a pas modifié le régime de 1994. Les articles relatifs aux couples hétérosexuels ont été intégrés dans le nouveau chapitre V du titre VII portant sur l'assistance médicale à la procréation avec donneur que la loi a créé puisque seule la numérotation a évolué¹³⁸². Néanmoins, malgré l'intitulé, aucune disposition relative aux modes d'établissement de la filiation d'un enfant né d'une assistance médicale à la procréation au sein d'un couple hétérosexuel n'est présente dans ce chapitre. Seules les adaptations déjà existantes dans le régime antérieur ont été déplacées et éventuellement complétées par des règles propres aux couples homosexuels. Ainsi, toute l'ambivalence de l'intention du législateur se révèle par l'étude du titre VII du Code civil : le courant égalitariste et la volonté de ne pas distinguer entre les couples tentent d'être affirmés,

¹³⁷⁹ TEREL J., *Les figures de la maternité*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2016, n°271 et s.

¹³⁸⁰ LEMOULAND J.-J., « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89 ; GARRIGUE J., « Réforme de la bioéthique : règles désormais applicables à la filiation après une assistance médicale à la procréation », *RJPF*, n° 11, 1^{er} novembre 2023.

¹³⁸¹ PARICARD S., « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », *D.* 2021, p. 1685 ; Pour GARRIGUE J., « Réforme de la bioéthique : règles désormais applicables à la filiation après une assistance médicale à la procréation », *RJPF*, n° 11, 1^{er} novembre 2023 c'est pour « sauver les apparences et conférer une coloration biologique à une ascendance frustrée de toute assise chromosomique ».

¹³⁸² GARRIGUE J., « Réforme de la bioéthique : règles désormais applicables à la filiation après une assistance médicale à la procréation », *RJPF*, n° 11, 1^{er} novembre 2023.

mais des distinctions persistent rendant le contenu peu lisible et surtout incohérent¹³⁸³. En ce sens, la suggestion antérieure au projet de loi¹³⁸⁴ et qui avait, d'ailleurs, retenu dans un premier temps l'attention du Gouvernement, de créer un mode d'établissement commun à l'ensemble des assistances médicales à la procréation exogène n'a finalement pas été choisie en raison des oppositions vives qu'elle a suscitées¹³⁸⁵ malgré l'adhésion générale de la doctrine qui estimait qu'elle était la solution la plus cohérente¹³⁸⁶.

336. Mode d'établissement de droit commun pour la femme seule. Dans la même logique, la femme seule établit son lien de filiation selon les règles de droit commun et plus précisément selon les conditions de l'article 311-25 du Code civil¹³⁸⁷. L'autre lien de filiation restera, par principe, vacant puisque la femme porte seule le projet parental. Aucune précision quant à l'établissement d'un second lien de filiation n'est prévue, à l'exception de l'exclusion d'un établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et le donneur¹³⁸⁸. Le droit commun est donc également susceptible de s'appliquer pour le second lien de filiation, tout comme un recours à l'adoption est possible. Seulement, ce second parent devra nécessairement être « agréé par la mère »¹³⁸⁹. Le recours au droit commun lui permet, en effet, de contester une filiation établie par reconnaissance ou possession d'état, car elle ne sera nécessairement pas conforme à

¹³⁸³ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°1098 et s. ; HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, 8 février 2023 ; GARRIGUE J., « Réforme de la bioéthique : règles désormais applicables à la filiation après une assistance médicale à la procréation », *RJPF*, n° 11, 1^{er} novembre 2023.

¹³⁸⁴ V. par ex THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit. ; MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°1093 et s.

¹³⁸⁵ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°1119 et s. ; CE, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, n° 397.993, 18 juillet 2019, p. 14 qui estime que cette solution impose la révélation des modalités de conception au sein d'un couple hétérosexuel et estime préférable de laisser ce choix entre les mains des parents ; Etude d'impact relatif à la bioéthique - Etude d'impact n°2187, 23 juillet 2019 p. 194.

¹³⁸⁶ GARRIGUE J., « Réforme de la bioéthique : règles désormais applicables à la filiation après une assistance médicale à la procréation », *RJPF*, n° 11, 1^{er} novembre 2023 ; MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°1093 et s. ; PARICARD S., « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », *D.* 2021, p. 1685.

¹³⁸⁷ Préconisé par Circulaire du 21 septembre 2021 de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, CIV/03/21, n° JUSC2127286C, p. 4 ; HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, 8 février 2023

¹³⁸⁸ Art. 342-9 C. civ.

¹³⁸⁹ GARRIGUE J., « Réforme de la bioéthique : règles désormais applicables à la filiation après une assistance médicale à la procréation », *RJPF*, n° 11, 1^{er} novembre 2023.

la vérité biologique, preuve mobilisée en cas de contentieux. Dans le même sens, le recours à l'adoption nécessitera son consentement¹³⁹⁰.

337. Modes d'établissement de la filiation et droit de l'enfant à connaître ses origines. Le choix du maintien des modes d'établissement de la filiation malgré la levée du principe d'anonymat du donneur¹³⁹¹ pose question. En faisant le choix du compromis, le législateur a souhaité préserver l'intimité des couples hétérosexuels et surtout, ne pas brusquer les parents souhaitant être « comme les autres » et voulant ne pas mettre en évidence leur recours à un don¹³⁹². Pour autant, le maintien du régime sur le terrain de la filiation porte atteinte à l'effectivité de l'accès aux origines de l'enfant : en l'absence de toute mention quant au recours à un don sur les actes d'état civil de l'enfant, celui-ci ne pourra connaître les conditions de sa venue que si ses parents l'en informent. La logique de secret et de dissimulation est, certes, moins présente chez les couples ayant actuellement recours à un don. Néanmoins, le risque de créer une différence de traitement entre enfants nés d'un don¹³⁹³ est réel et crée un risque de condamnation européenne, la Cour étant particulièrement attachée à la connaissance des origines¹³⁹⁴.

338. Engagement parental. L'établissement de la filiation à l'issue d'une assistance médicale à la procréation repose donc sur une « démarche volontaire »¹³⁹⁵ qui, à défaut, est compensée par un établissement forcé. Le nouvel article 342-13 prévoit ainsi, comme l'ancien article 311-20 du Code civil, qu'en l'absence d'établissement de son lien de filiation par le père, deux actions judiciaires sont possibles : une action en établissement forcé et une action en responsabilité. La mise en œuvre de ces actions libres, elles peuvent être intentées en même temps, à des moments différents et de façon autonome. L'action est attitrée, le titulaire étant l'enfant, la mère peut donc agir en tant que représentante légale pendant sa minorité, et l'enfant

¹³⁹⁰ Art. 348-1 C. civ.

¹³⁹¹ V. *supra* n°299 et s.

¹³⁹² PARICARD S., « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », *D.* 2021, p. 1685.

¹³⁹³ THÉRY I., « Engendrement avec tiers donneur et filiation : une réforme au milieu du gué », *préc.*, p. 161 ; BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹³⁹⁴ V. *supra* n°180 et s.

¹³⁹⁵ HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, act. 8 février 2023 ; TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°880 s., p. 898 s. ; CORNU G., *Droit civil. La famille*, Montchrestien, 7e éd., 2001, n° 302 s., p. 457 s. Pour une critique v. HAUSER J., « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ? », *D.* 1996, p. 182.

peut agir seul à ses dix-huit ans. À défaut de précision, le délai de prescription est le délai de droit commun de dix ans.

Cette première adaptation du droit commun traduit l'engagement parental¹³⁹⁶. Elle repose sur le consentement à l'assistance médicale à la procréation et illustre, dès lors, un lien de causalité entre la volonté du parent et la venue au monde de l'enfant, imposant la responsabilisation de ce parent dans la prise en charge de l'enfant. Au vu de ce rapport, le caractère central du consentement à l'assistance médicale à la procréation est indéniable et semble justifier sa place dans le Code civil¹³⁹⁷. Pierre angulaire de l'établissement de la filiation de l'enfant qui en est issu¹³⁹⁸, le consentement obéit, par conséquent, à un certain formalisme afin de garantir son intégrité¹³⁹⁹.

339. Action en responsabilité. La première action évoquée par l'article 342-13 alinéa 1^{er} du Code civil est, avant toute précision quant à un établissement forcé de la filiation, l'action en responsabilité intentée contre l'homme ayant consenti à l'AMP, traduisant l'importance accordée à l'engagement dans un processus d'AMP. Le Code prévoit ainsi 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 ». Malgré l'emploi du terme « reconnaissance », l'ensemble des situations sont visées, tout défaut d'établissement est ainsi concerné¹⁴⁰⁰.

En l'absence de modifications substantielles du texte, les questions déjà présentes en doctrine n'ont ainsi pas disparu : la responsabilité est-elle de nature contractuelle ou délictuelle ?¹⁴⁰¹

¹³⁹⁶ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1102 ; GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour tous, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

¹³⁹⁷ Pour une critique de l'articulation entre le Code civil et le Code de la santé publique sur la question du consentement à l'AMP v. HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, 8 février 2023.

¹³⁹⁸ SIFFREIN-BLANC C., « L'accès à la parenté pour tous, consacré par la loi bioéthique du 2 août 2021 », *Lexbase hebdo édition privée* n°878 du 23 septembre 2021.

¹³⁹⁹ Art. 342-10 C. civ. ; Art. L. 2141-2, L. 2141-6 et L. 2141-10 CSP ; Art. 1157, 1157-2 et 1157-3 CPC ; Art. A 444-84 C. com ; Circ. n°JUSC2127286C, 21 sept. 2021 de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique ; Pour de plus amples développements sur le formalisme du consentement v. HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, 8 février 2023.

¹⁴⁰⁰ HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, 8 février 2023.

¹⁴⁰¹ TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°880 et s., p. 898 et s. ; CORNU G., *Droit civil. La famille*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2001, n°884, p. 901 et s.

Pourquoi ne pas avoir utilisé l'action à fins de subsides ?¹⁴⁰² Un défaut d'établissement de la filiation maternelle a-t-il les mêmes conséquences ?¹⁴⁰³ La réforme a, pourtant, fait fi de ces questionnements et n'en a pas profité pour apporter d'éventuelles précisions, sauf à considérer que l'obligation d'imposer sa filiation pour les deux mères permet de conclure que cette obligation existe également pour une femme en couple hétérosexuel ou portant un projet parental seule¹⁴⁰⁴.

340. Action établissant la paternité. Dans la logique de la règle antérieure, l'article 342-13 alinéa 2 ajoute, dans la suite de l'action en responsabilité de l'homme ayant consenti à l'assistance médicale à la procréation, mais n'ayant pas établi sa filiation « qu'en outre sa paternité est judiciairement déclarée ». Fortement inspirée du régime de l'action en recherche de paternité, l'action de l'article 342-13 s'en distingue cependant d'un point de vue probatoire, le constat d'un consentement valable à l'assistance médicale à la procréation étant suffisant pour établir le lien. Pour le reste, l'article précise que l'action obéit aux dispositions des articles 328, permettant à la mère d'agir à la place de l'enfant mineur, et 331 du Code civil, relatif à l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale.

Le texte n'évoque, cependant, que la paternité. Pourtant, l'esprit de la règle a vocation à imposer l'établissement d'un lien de filiation qui résulte d'un engagement parental, ce qui ne devrait pas conduire à distinguer selon les parents. Maladresse rédactionnelle ou volonté de contourner les difficultés ? Imposer l'établissement de la filiation maternelle serait, par exemple, difficilement conciliable avec la liberté de la femme d'accoucher dans le secret¹⁴⁰⁵. L'absence de clarification par la réforme reste, en tout état de cause, discutable, *a fortiori* avec l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux femmes seules où seul un lien de filiation a vocation à être établi¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰² NEIRINCK C., « L'action à fins de subsides pour l'enfant né d'une fécondation hétérologue », *LPA* 1988, n°61, p. 2.

¹⁴⁰³ Pour une position favorable à une réponse positive v. TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°883 et s., p. 899 s. ; CORNU G., *Droit civil. La famille*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2001, n°305, p. 465 et s.

¹⁴⁰⁴ Bien que cette hypothèse paraisse être un cas d'école, à défaut d'une personne susceptible d'agir.

¹⁴⁰⁵ HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, act. 8 février 2023.

¹⁴⁰⁶ Bien que cette difficulté soit, très probablement, illusoire : il semble difficile d'envisager une femme engagée dans un processus médical relativement lourd abandonner l'enfant qui en est issu ; en tout état de cause, si elle recourt à un accouchement dans le secret, encore faut-il que l'enfant, qui aura sûrement été adopté, la retrouve, agisse et remette en question les liens adoptifs établis pour établir ce lien. Le cas le plus probable, quoi que peu

341. Établissement indirectement forcé. L'établissement indirectement forcé questionne. Pourquoi ne pas imposer directement l'établissement du lien ? Le système de 94 est plutôt paradoxal : il impose une reconnaissance mensongère et la rend incontestable. Le renforcement du contrôle de la reconnaissance en 2018¹⁴⁰⁷ est quelque peu étonnant quand on le met en perspective avec ce paradoxe. En ce sens, une part de la doctrine estime qu'« il aurait certainement été plus simple de considérer que le consentement à la procréation assistée équivaut à une reconnaissance et la chose aurait été réglée. L'avant-projet de loi de 1988 l'avait expressément prévu. Elle n'a cependant pas été retenue par le législateur de 1994 »¹⁴⁰⁸. Avec la réforme, le système n'en devient qu'encore plus complexe : l'établissement indirectement forcé a été étendu aux couples de femmes tout en l'adaptant au regard des modalités d'établissement spécifiques qui sont prévues¹⁴⁰⁹.

B. L'impossibilité de contester la filiation

342. Principe : filiation incontestable. L'article 342-10 reprend en substance la règle de l'ancien article 311-20 du Code civil qui prévoit que, par principe, le lien de filiation établi à l'issue d'une assistance médicale à la procréation ne peut pas être contesté. Le texte rattache directement cette impossibilité de contestation au consentement à l'assistance médicale à la procréation et en tire les conséquences : seule une atteinte au consentement permet de pouvoir agir. La règle est finalement le miroir de celle relative à l'établissement : l'engagement du parent justifie la sécurisation du lien établi. Il s'agit d'empêcher une action lors de laquelle le recours à un mode de preuve aurait conduit presque obligatoirement à contester le lien établi, sauf à ce que ce soit le sperme de l'homme du couple qui ait été utilisé dans la procédure d'AMP ce qui n'est pas le cas le plus fréquent.

343. Tempéraments : consentement privé d'effet. L'impossibilité de contester le lien établi bénéficie cependant d'un certain nombre de tempéraments, tous en lien avec le

vraisemblable lui aussi, serait que seul le porteur du projet parental établisse son lien de filiation et que l'enfant, ou lui, agisse contre la femme qui n'a pas établi son lien. La femme seule paraît, en comparaison, relativement préservée de toute action en établissement. Néanmoins, au regard des règles d'établissement de la filiation maternelle et de l'engagement personnel que demande une assistance médicale à la procréation ces hypothèses paraissent plus que théorique et pourraient expliquer, à défaut de justifier, les maladroites rédactionnelles du texte.

¹⁴⁰⁷ Loi n°2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

¹⁴⁰⁸ HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, act. 8 février 2023.

¹⁴⁰⁹ V. *infra* n°349 et s.

consentement. Le premier évoqué par le texte est la preuve que l'enfant n'est pas issu de l'AMP, suivi immédiatement par la possibilité de contester également si le consentement est privé d'effet. La privation d'effets du consentement est, ensuite, développée à l'alinéa de l'article 340-10 et comprend l'ensemble des situations où le couple parental n'existe plus : décès de l'un des membres du couple, introduction d'une demande de divorce ou de séparation de corps, signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel et cessation de la communauté de vie. L'ensemble de ces événements doit avoir lieu avant la réalisation de l'insémination ou du transfert d'embryon.

344. Révocation du consentement. Le texte conclut par la révocation du consentement avant l'insémination ou le transfert d'embryon qui est assimilé à la privation d'effet du consentement. Ce dernier cas pourrait être vu comme une précision superfétatoire puisqu'en théorie, une révocation du consentement conduit à ne pas procéder à l'AMP. Néanmoins, elle n'est peut-être pas si inutile, car la révocation du consentement peut être transmise par écrit, sans autre formalisme particulier, soit au médecin chargé de procéder à l'assistance médicale à la procréation, soit au notaire qui a reçu le consentement. La révocation du consentement au notaire est, d'ailleurs, la seule modification du régime antérieur. Pour autant, il est discutable en ce qu'il rajoute des complications au régime. En effet, si le notaire reçoit la révocation du consentement, il doit en informer l'équipe médicale afin qu'elle ne procède pas à l'insémination. Il est donc tout à fait possible que l'insémination soit faite malgré la révocation du consentement puisque sa réalisation ou sa non-réalisation dépendra de la transmission faite par le notaire¹⁴¹⁰. Que ce soit par manque de diligence ou par ignorance quant au CECOS choisi par le couple, il se peut que le notaire ne transmette pas immédiatement la révocation du consentement ou le fasse trop tardivement. Il est, par exemple, tout à fait possible que la femme n'informe pas le CECOS de la révocation du consentement de son partenaire et soit inséminée. Que penser d'un enfant conçu par assistance médicale à la procréation malgré la révocation du consentement parental ? L'enfant leur sera rattaché quand même ? Dans l'affirmative, ils pourront tenter une action en contestation, mais celle-ci n'aboutira, à nouveau, que pour l'homme, si son sperme n'a pas été utilisé lors de l'assistance. Certes, il sera également possible de mettre fin à la grossesse, mais il serait quelque peu discutable de présenter cette alternative comme une solution. Seul ajout issu de la réforme bioéthique, il est, dès lors,

¹⁴¹⁰ Dans le même sens, HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, 8 février 2023 ; LEMOULAND J.-J., « La reconnaissance conjointe : un nouveau mode énigmatique d'établissement de la filiation », *JCP N* n°41, 15 octobre 2021, 945.

ironique qu'en voulant simplifier la procédure de révocation du consentement, elle soit une source de potentielles difficultés d'application du texte. Il est clair que les hypothèses sont d'école : il semble peu probable qu'une femme soit inséminée contre son gré, ce qui réduit drastiquement les problèmes relatifs à la maternité ; si l'homme se voit imposer un enfant, il a de grandes chances de voir son action en contestation aboutir, même s'il avait connaissance de l'insémination¹⁴¹¹. Néanmoins, le cas d'école n'a pas à être ignoré par la norme, *a fortiori* dans un contexte où les circonstances particulières de l'affaire peuvent permettre d'écarter le texte.

345. Conséquences du consentement privé d'effet. En l'absence d'un consentement valable au jour de l'insémination ou du transfert d'embryon, tout lien de filiation établi peut être contesté sur le terrain du droit commun¹⁴¹². Règle maintenue par la réforme, elle questionne quant aux effets distincts qu'elle crée entre l'homme et la femme. Sur le terrain du droit commun, il est en effet probable que pour contester la paternité des expertises biologiques soient réalisées afin de prouver le caractère mensonger du lien de filiation. À l'exception de la situation où le sperme du porteur du projet parental ait été utilisé, l'homme pourra contester sans aucune difficulté sa paternité. Au contraire, pour la femme, l'action en contestation ne lui permettra jamais de contester le lien établi. Peu importe que les ovules utilisés soient ceux de la femme porteuse du projet parental ou non, celle-ci sera nécessairement considérée comme la mère de l'enfant puisqu'elle l'aura, en toute hypothèse, porté. La maternité se prouvant par le constat de l'accouchement de la femme¹⁴¹³, le lien ne pourra donc jamais être contesté au regard des techniques autorisées en France.

346. Décalage. Le maintien du régime adaptant les actions relatives à la filiation questionne quant à la conception de la parenté et *a fortiori* à la suite de la consécration du projet parental. Si l'on suit l'esprit du texte, nécessairement si un parent doit être défaillant, ce sera l'homme : soit qu'il n'assume pas son engagement, auquel cas on l'empêchera de partir ; soit

¹⁴¹¹ Pour une illustration dans une affaire relative à un consentement privé d'effet v. *infra*.

¹⁴¹² Pour une illustration récente v. Cass, 1^{ère} civ., 14 oct. 2020, n° 19-12.373, *D.* 2020. 2065 et 2021. 657, obs. P. Hilt ; *AJ fam.* 2020. 670, obs. M. Saulier, et 546, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2021. 112, obs. A.-M. Leroyer. En l'espèce, un couple avait eu recours à une PMA en Espagne car ils ne répondaient plus au critère d'âge en France. L'insémination a eu lieu quelques jours après le dépôt de la requête en divorce. Environ un an après la naissance de l'enfant, le père dont les relations avec l'enfant étaient quasi inexistantes en raison du départ de la mère avec elle à l'étranger, conteste sa paternité à la suite de l'échec de son action devant le JAF. La mère s'y oppose mais, faisant fi de toute question de droit international privé, la Cour de cassation confirme l'utilisation du droit commun permettant de contester le lien établi. Cette décision a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *A et B c. France* du 8 juin 2023. Sur cet arrêt v. *supra* n°176.

¹⁴¹³ Art., 310-3 et 311-25 C. civ.

qu'on lui ait imposé un enfant, auquel cas on le laisse partir. En conservant cette logique, la réforme de bioéthique a créé un décalage. Ce décalage est l'une des illustrations des défauts de la construction normative actuelle : en faisant évoluer le modèle, voire en le « révolutionnant » quant à la conception de la parenté, la loi a également conservé des éléments antérieurs qui ne participent pas de la même réalité que celle du but que poursuit l'évolution actuelle. Traiter distinctement les porteurs d'un projet parental selon leur sexe en fondant désormais l'assistance médicale à la procréation sur ce projet parental et en l'ayant détaché d'une référence à la nature est ici, plus que questionnant.

§II. Le régime mixte de la filiation au sein d'un couple de femmes

347. Choix politique¹⁴¹⁴. Symboliquement, et c'est la principale raison du caractère « révolutionnaire »¹⁴¹⁵ de la loi, celle-ci autorise pour la première fois une double filiation maternelle en dehors de l'adoption. Pour autant, le choix des modalités d'établissement du lien de filiation de l'enfant né d'une assistance médicale à la procréation dans un couple de femmes a été l'un des enjeux principaux de la réforme bioéthique. Le législateur a été, en effet, tiraillé par des propositions diverses et a tenté de concilier différents objectifs, partagé entre la volonté de ne pas dénaturer le droit commun en étendant les modes d'établissement existant aux couples de femmes, tout en ne souhaitant pas les traiter trop distinctement. Des règles spéciales et innovantes lui ont été proposées¹⁴¹⁶ et le choix final est, d'ailleurs, l'une des innovations proposées. Mais, dans sa volonté de préserver le droit commun, le législateur semble avoir tenté de « banaliser » ces innovations afin de les inscrire dans une « logique de droit de commun », par exemple en ayant recours à l'utilisation de termes usuels comme celui de reconnaissance¹⁴¹⁷. La considération de la singularité par le recours au consensus en devient particulièrement

¹⁴¹⁴ GOUËZEL A., « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* n°10, octobre 2021, 23.

¹⁴¹⁵ GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975 ; LEMOULAND J.-J., « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89 ; GOUËZEL A., « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* n°10, octobre 2021, 23 ; CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769.

¹⁴¹⁶ Pour une synthèse v. par ex., THÉRY I., « Engendrement avec tiers donneur et filiation : une réforme au milieu du gué », *préc.*, p. 161.

¹⁴¹⁷ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 1105 et s.

visible sur le terrain de la filiation. Pour en arriver à cette décision, le Gouvernement a, dans un premier temps, soumis deux propositions au Conseil d'État afin que celui-ci l'éclaire quant au choix final du projet de loi. Le Conseil, saisi pour la première fois de deux projets de loi alternatifs,¹⁴¹⁸ a justifié sa saisine¹⁴¹⁹, avant d'opter pour un mode d'établissement propre aux couples de femmes, estimant que cette solution était « un équilibre plus satisfaisant et plus respectueux des intérêts en présence, de nature à favoriser l'acceptation de la réforme »¹⁴²⁰. L'argument ici évoqué est l'entre-deux que propose le texte : il n'utilise pas l'adoption pour la seconde mère dans le but de préserver l'ordre familial, tout en ne refondant pas totalement le droit de la filiation en distinguant les procréations charnelles des procréations artificielles¹⁴²¹.

348. Mode d'établissement particulier. La contestation de filiation obéit aux mêmes règles qu'au sein d'un couple hétérosexuel ce qui conduit à se focaliser sur l'établissement de la filiation. Le choix final consensuel contenu dans la loi distingue les modes d'établissement selon la composition du couple parental et crée, par conséquent, un mode d'établissement de filiation propre aux couples de femmes et présent dans le nouveau chapitre créé par la loi de bioéthique. L'originalité de ce nouveau mode d'établissement (A.) conduit à adapter le formalisme du consentement à l'assistance médicale à la procréation (B.).

A. L'établissement *stricto sensu* : une déclaration conjointe aux effets unilatéraux

349. Mater semper certa est. Pour la mère qui accouche, l'article 342-11 du Code civil prévoit l'établissement de sa filiation selon les règles de droit commun, en renvoyant à l'article 311-25 du même Code. Le projet initial prévoyait pourtant qu'une déclaration conjointe anticipée établisse les deux liens de filiation maternelle sans distinction entre la femme qui a accouché et sa partenaire. Néanmoins, afin de « conserver le principe qui fonde la maternité sur l'accouchement »¹⁴²², une distinction a été créée entre les deux femmes du couple, afin de ne

¹⁴¹⁸ HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, act. 8 février 2023.

¹⁴¹⁹ CE, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, n°397.993, 18 juillet 2019 : « S'il n'entre pas dans les compétences du Conseil d'État de se prononcer sur les objectifs politiques poursuivis, il lui incombe d'identifier et de mesurer les avantages et les inconvénients que les deux versions des articles présentent, au regard de l'intérêt général comme de la situation de l'ensemble des personnes concernées ».

¹⁴²⁰ CE, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, n°397.993, 18 juillet 2019, p. 15.

¹⁴²¹ THÉRY I., « Engendrement avec tiers donneur et filiation : une réforme au milieu du gué », préc., p. 161-162.

¹⁴²² GOUËZEL A., « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* n°10, octobre 2021, 23 ; LEMOULAND J.-J., « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89.

pas distinguer entre les femmes qui accouchent, selon qu'elles soient en couple hétéro ou homosexuel, relativisant par là même l'engagement parental fondant la filiation de l'enfant naissant au sein d'un couple de femmes¹⁴²³. Derrière cette absence de distinction, la gestation pour autrui comme « curseur d'ajustement de la réforme »¹⁴²⁴ se révèle spécialement sur le terrain de la filiation. Atténuer les effets de l'accouchement créait nécessairement une brèche favorable à la filiation de la mère d'intention dans le cadre d'une gestation pour autrui, ce qui paraissait incohérent avec la modification de l'article 47 du Code civil que la réforme prévoyait dans le même temps¹⁴²⁵.

350. Reconnaissance conjointe. L'article 342-11 alinéa prévoit que la filiation « est établie, à l'égard de l'autre femme, par la reconnaissance conjointe prévue au premier alinéa du présent article. En l'absence d'impossibilité, il est possible de considérer qu'à titre subsidiaire, la reconnaissance conjointe permet également l'établissement de la filiation de la mère qui a accouché si le lien n'a pas été établi par effet de la loi¹⁴²⁶. Celle-ci est remise par l'une des deux femmes ou, le cas échéant, par la personne chargée de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil, qui l'indique dans l'acte de naissance ». Aucune vérification par l'officier d'état civil n'est nécessaire¹⁴²⁷ et celui-ci doit l'indiquer dans l'acte de naissance de l'enfant dans les trois jours, comme pour les autres modes d'établissement de la filiation¹⁴²⁸. Première difficulté posée par cette création légale, ce mode d'établissement ne permet pas d'empêcher les arrangements amicaux. Il est ainsi tout à fait possible que l'enfant soit issu d'un engendrement charnel, mais qu'un couple de femmes fasse croire à une assistance médicale à la procréation en y consentant devant notaire et en établissant une reconnaissance conjointe. La reconnaissance devant notaire ne précise, en effet, rien quant au lieu de réalisation de l'assistance médicale¹⁴²⁹ et l'officier d'état civil ne vérifie pas les informations qu'il reçoit. L'enfant pourra ainsi être rattaché aux deux femmes sans être issue d'une procréation artificielle. Une contestation de filiation sera

¹⁴²³ THÉRY I., « Engendrement avec tiers donneur et filiation : une réforme au milieu du gué », préc., p. 161.

¹⁴²⁴ V. *supra* n°274.

¹⁴²⁵ V. *infra* n°405.

¹⁴²⁶ LEMOULAND J.-J., « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89 ; GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

¹⁴²⁷ Circulaire de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, n° CIV/03/21, 21 sept. 2021, p. 4.

¹⁴²⁸ Art. 49 C. civ.

¹⁴²⁹ V. *infra* n°361.

tout à fait possible dans cette hypothèse puisque l'enfant ne sera pas issu de l'assistance,¹⁴³⁰ mais si l'accord des parties perdure, l'action ne sera probablement jamais intentée.

351. *Exclusivité de la reconnaissance conjointe comme modalité d'établissement de la filiation.* La reconnaissance conjointe paraît être le seul mode d'établissement ouvert à la femme qui n'a pas porté l'enfant : le principe chronologique prévu à l'article 320 du Code civil interdirait toute coexistence de deux liens de filiation maternelle en dehors de cette hypothèse dérogatoire. À défaut de concurrence, l'établissement par effet de la loi ou par reconnaissance n'a pas vocation à s'appliquer à l'égard d'une femme qui n'a pas accouché. En tout état de cause, s'ils sont utilisés, ils seront remis en question dans un cadre contentieux au cours duquel il faudra prouver l'accouchement¹⁴³¹. En ce sens, la circulaire d'application de la loi de bioéthique préconise de ne pas y recourir¹⁴³². La possession d'état aurait davantage eu vocation à s'appliquer et n'est pas visée par la circulaire. Néanmoins, au vu de l'esprit du texte et des précautions du législateur pour s'assurer du particularisme de ce mode d'établissement, tout laisse à croire que seule la reconnaissance conjointe permet l'établissement d'un second lien de filiation maternelle en dehors de l'adoption¹⁴³³, bien qu'il aurait été préférable d'exclure explicitement le recours au droit commun. La reconnaissance conjointe est, ainsi, indispensable à la femme qui n'a pas porté l'enfant, afin qu'elle puisse établir son lien de filiation. Cette singularité de l'établissement de la filiation d'une femme qui n'accouche, dans un but notamment de protection à son égard, créé par la réforme a, par conséquent, adapté les mécanismes encadrant le défaut d'établissement de la filiation de l'enfant né d'une AMP¹⁴³⁴.

352. *Refus transmission QPC.* La Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC sur cette distinction entre les femmes et une potentielle atteinte au principe d'égalité, à la liberté personnelle, au droit à une vie familiale normale, au droit au respect de la vie privée ainsi qu'au principe fondamental reconnu par les lois de la République de gratuité de l'établissement des actes de l'état civil, considérant que la question n'était ni nouvelle ni sérieuse¹⁴³⁵. L'absence

¹⁴³⁰ Art. 342-10 C. civ.

¹⁴³¹ Art. 310-3 et 311-25 C. civ.

¹⁴³² Circulaire de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, n° CIV/03/21, 21 sept. 2021, p. 5.

¹⁴³³ Dans le même sens HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, act. 8 février 2023.

¹⁴³⁴ V. *supra* n°364.

¹⁴³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2024, n°24-40.001.

d'atteinte au principe d'égalité est, sans grande surprise, écartée en raison de la conception traditionnelle qu'en a le Conseil constitutionnel¹⁴³⁶, si l'on prend la question sous l'angle de la « vraisemblance biologique », comme l'a fait la Cour de cassation. Celle-ci estime, en effet, que le droit de la filiation reposant sur la vraisemblance biologique, il est logique de créer un système dérogatoire pour les couples où cette vraisemblance n'existe pas. La différence de traitement est, dès lors, en rapport direct avec l'objet de la loi¹⁴³⁷. Si de prime abord le raisonnement semble convaincant, il reste cependant possible de se questionner en perspective de l'évolution même de l'AMP. L'artificialité est, aujourd'hui, consacrée sur le terrain du droit médical pour l'ensemble des AMP, élément d'ailleurs rappelé par la Cour de cassation. Maintenir des distinctions sur le terrain de la filiation en raison de l'existence d'une vraisemblance biologique est-il si convaincant ?

Les autres griefs sont écartés avec moins de justifications, mais sans davantage de surprise. L'atteinte à la liberté est un argument peu convaincant au regard de la logique d'engagement parental sur laquelle repose la filiation à l'issue d'une AMP. La vie familiale paraît davantage être protégée qu'atteinte par la règle contestée qui vise précisément la sécurisation des liens établis. L'atteinte à la vie privée ne paraît pas disproportionnée en l'absence de mention de la reconnaissance conjointe dans les mentions des actes d'état civil auxquelles les tiers peuvent avoir accès. Enfin, si le principe de gratuité de l'établissement des actes d'état civil existait, l'atteinte en question ne pourrait être soumise à l'examen du Conseil, la disposition étant d'origine réglementaire.

353. Principe chronologique. Bien que ce nouveau régime remette en question l'altérité sexuelle entre les parents, il n'en a pas moins maintenu une logique de biparenté. Ainsi, tout lien de filiation établi selon le droit commun à l'égard de l'enfant né de la procréation assistée conduira la femme souhaitant faire produire des effets à la reconnaissance conjointe à contester une filiation paternelle, selon le droit commun, au préalable¹⁴³⁸. Le système paraît ici quelque peu incongru : pourquoi ne pas avoir prévu un mécanisme empêchant l'établissement d'un lien de filiation paternelle ?¹⁴³⁹ Assurer la publicité de la reconnaissance conjointe afin de

¹⁴³⁶ V. *supra* n°218 et s.

¹⁴³⁷ MOLIÈRE A., « La reconnaissance conjointe anticipée à l'épreuve des droits fondamentaux », *Dr. fam.* n°7-8, juillet-août 2024, comm. 89.

¹⁴³⁸ Art. 310-3, 332 et 333 C. civ.

¹⁴³⁹ PARICARD S., « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », *D.* 2021, p. 1685.

la rendre opposable à tous aurait également pu être envisagée¹⁴⁴⁰ si le législateur ne souhaitait pas faire totalement disparaître toute branche paternelle. L'acte de notoriété obéit déjà à un tel régime¹⁴⁴¹ qui repose sur le notaire. Au vu du rôle de ce dernier dans l'assistance médicale à la procréation au sein d'un couple de femmes, il aurait été peut-être plus cohérent d'étendre cette compétence à la reconnaissance conjointe. La volonté de préserver le caractère « volontaire » de la reconnaissance n'a pas réellement de sens, surtout au vu de la possibilité d'établissement forcé de la filiation¹⁴⁴².

354. Mesures de droit transitoire : assistances médicales à la procréation pratiquées à l'étranger avant la réforme. Enfin, la réforme étend la reconnaissance conjointe aux assistances médicales réalisées à l'étranger avant la réforme. L'article 6 IV de la loi prévoit que lorsqu'un couple de femmes a eu recours à une assistance médicale à la procréation à l'étranger, « il peut faire, devant le notaire, une reconnaissance conjointe de l'enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard de la femme qui a accouché. Cette reconnaissance établit la filiation à l'égard de l'autre femme. La reconnaissance conjointe est inscrite en marge de l'acte de naissance de l'enfant sur instruction du procureur de la République, qui s'assure que les conditions prévues au premier alinéa du présent IV sont réunies ». En l'absence de précision, toute assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger avant la loi est concernée, la date de naissance de l'enfant n'a donc pas d'incidence sur l'application de la règle. L'article précise *in fine* que le régime transitoire est prévu pour une durée de trois ans à compter de la publication, il a donc pris fin le 4 août 2024.

Cette mesure permettait ainsi de prendre en considération la situation des couples de femmes antérieurement à la réforme. En l'absence de texte applicable, le lien de filiation était établi selon le droit commun, permettant seulement à la mère qui accouche d'être juridiquement considérée comme la mère légale de l'enfant. Dès 2014, la Cour de cassation avait cependant admis l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère¹⁴⁴³. Un pas supplémentaire est franchi par la Cour en 2018 qui admet la transcription intégrale de l'acte de naissance établi à l'étranger

¹⁴⁴⁰ En ce sens LEMOULAND J.-J., « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89.

¹⁴⁴¹ Art. 317 C. civ.

¹⁴⁴² V. *infra* n°364.

¹⁴⁴³ Cass, Avis du 22 septembre 2014, n°15010 et n°15011, *D.* 2014, 2031, note A.-M. Leroyer, *AJ fam.* 2014, 555, note Chénéde, *Dr. fam.* 2014, 160, comm. C. Neirinck, *RTD civ.* 2014, p. 872, obs. J. Hauser.

et indiquant une double filiation maternelle¹⁴⁴⁴. Le régime jurisprudentiel était cependant largement parcellaire et n'avait pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des couples de femmes : l'adoption était conditionnée par le mariage jusqu'en 2022¹⁴⁴⁵, tandis que la transcription impliquait un établissement de la filiation à l'étranger, loin d'être généralisé dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation où seule l'insémination aura généralement lieu dans un autre pays¹⁴⁴⁶.

355. Régime transitoire et contrôle judiciaire. Le régime transitoire est soumis à l'instruction du procureur de la République. Or, le texte ne précise pas la nature de son contrôle. Outre la vérification des conditions posées par ce texte, doit-il plus généralement vérifier le processus choisi par les femmes à l'étranger ? Le recours à la ROPA, par exemple, ou le non-respect des conditions d'âge serait-il susceptible d'empêcher la mise en œuvre du régime transitoire ? À nouveau l'absence de précision se fait sentir et met les juridictions au premier plan quant à la précision de la loi¹⁴⁴⁷. Récemment, la Cour de cassation a rigoureusement appliqué le droit français à un couple hétérosexuel ayant eu recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger, car ils avaient dépassé les seuils d'âge français¹⁴⁴⁸. Cette rigueur serait-elle étendue aux contournements commis par les couples homosexuels ? Les préconisations de la circulaire vont dans ce sens¹⁴⁴⁹. Néanmoins, le refus du Procureur pouvant être contesté

¹⁴⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 18 décembre 2019, n° 18-14.751 et 18-50.007, *AJ fam.* 2020, p. 133, note J. Houssier, *D.* 2020, 426, note S. Paricard, 506 obs. M. Douchy, *RTD civ.* 2020, 81, obs A.-M. Leroyer, *D.* 2020, chron. 1732, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils, *JDI* 2020, n°9, note D. Sindres : transcription intégrale de l'acte de naissance établi au Royaume-Uni d'un enfant né d'une PMA réalisée au profit d'un couple de femmes françaises et non-mariées ; Pour une solution plus discutable v. Cass. 1^{ère} civ., 18 mars 2020, n° 18-15.368, *AJ fam.* 2020, p. 311, note J. Houssier : transcription intégrale de l'acte de naissance établi au Royaume-Uni d'un enfant né d'une PMA réalisée au profit d'un couple de femmes non mariées et dont seule la mère d'intention était française. Celle-ci est donc reconnue comme la mère juridique bien qu'elle n'ait pas adopté l'enfant et en conséquence, l'enfant acquiert la nationalité française.

¹⁴⁴⁵ Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, JORF n°0044 du 22 février 2022.

¹⁴⁴⁶ PARICARD S., « La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence », *D.* 2020 p. 426.

¹⁴⁴⁷ LEMOULAND J.-J., « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89.

¹⁴⁴⁸ Cass, 1^{ère} civ., 14 oct. 2020, n° 19-12.373, *D.* 2020. 2065 et 2021. 657, obs. P. Hilt ; *AJ fam.* 2020. 670, obs. M. Saulier, et 546, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2021. 112, obs. A.-M. Leroyer.

¹⁴⁴⁹ Circulaire de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, n° CIV/03/21, 21 sept. 2021 ; BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

devant le tribunal judiciaire, il est probable qu'une augmentation du contentieux soit observée, les couples espérant un contrôle concret de conventionnalité qui leur serait favorable.

356. Régime transitoire et désaccord parental. Le régime transitoire reposant sur la reconnaissance conjointe implique un accord des deux femmes, qu'elles soient encore en couple ou non, tant qu'elles prouvent qu'elles étaient en couple et que le projet parental était commun¹⁴⁵⁰. À défaut d'accord, aucune procédure n'est prévue par la loi de bioéthique, ce qui permettait à la mère qui a accouché de « bloquer » l'établissement de la filiation de celle avec qui elle a partagé le projet parental. Pour faire face à cette difficulté et à l'ampleur du contentieux portant sur les relations de l'enfant avec l'ex-compagne de sa mère¹⁴⁵¹, c'est finalement la réforme de l'adoption¹⁴⁵² qui est venue proposer une « échappatoire »¹⁴⁵³. L'article 9 de la loi prévoit, en effet, une possibilité d'adoption forcée en cas de refus injustifié de la mère biologique de signer la reconnaissance conjointe. Régime dérogatoire aux règles de l'adoption¹⁴⁵⁴, il s'en rapproche néanmoins quant à l'appréciation concrète de la situation lors du prononcé de l'adoption. Le tribunal judiciaire prononcera ainsi l'adoption s'il l'estime favorable à l'intérêt de l'enfant, par décision spécialement motivée. Cette appréciation concrète permet ainsi de prendre en considération les effets du temps sur les relations entre les deux mères et surtout entre chacune d'elles et l'enfant, et très probablement de garantir une validation européenne¹⁴⁵⁵. Surtout, elle met davantage sur un pied d'égalité les deux femmes ayant

¹⁴⁵⁰ HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, act. 8 février 2023.

¹⁴⁵¹ V. par ex. sur la question de l'attribution d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard de la mère d'intention ne pouvant établir sa filiation : Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2019, n° 18-17.767 et n° 18-18.548 ; Cass. 1^{ère} civ., 24 juin 2020, n° 19-15.198 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 novembre 2019, n° 19-15.198 : Refus transmission QPC sur l'article 371-4 du Code civil ; Sur le refus d'adoption en dehors du mariage Cass. 1^{ère} civ., 28 février 2018, n°17-11.069, *AJ fam.* 2018, 226, note M. Saulier, *D.* 2018, 1083, point de vue H. Fulchiron, *Dr. fam.* 2018, comm. 131, note A. Molière, *RTD civ.* 2018, 373, obs. A.-M. Leroyer ; Cass. Avis du 7 mars 2018, n°17-70.039, *D.* 2018, 983, note H. Fulchiron.

¹⁴⁵² Loi n°2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, JORF n°0044 du 22 février 2022.

¹⁴⁵³ HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, act. 8 février 2023.

¹⁴⁵⁴ Le respect du délai de trois ans pour faire la demande, ainsi que la preuve de l'existence du couple au moment de l'insémination et du projet parental commun suffisent, les conditions relatives au mariage ou à la durée d'accueil prévue à l'article 345 du Code civil ne lui seront pas opposées.

¹⁴⁵⁵ V. par ex concernant le refus motivé d'attribuer un droit de visite et d'hébergement à l'ex compagne de la mère de l'enfant : CEDH, *Honner c. France*, 12 novembre 2020, n°19511/16 : conventionnalité de la décision refusant un droit de visite et d'hébergement à l'ancienne partenaire de la mère d'un enfant né d'une PMA à l'étranger et issu d'un projet parental commun. Les juges européens valident le raisonnement de la cour d'appel de Paris (arrêt de rejet par la Cour de cassation). Ils rappellent que la possibilité offerte par l'article 371-4 du Code civil à l'égard des tiers privilégiés n'est pas un droit pour ce tiers d'obtenir une continuité de ses relations avec l'enfant.

participé à un projet parental commun, en ne favorisant plus, par principe, celle qui a porté l'enfant, avancée spécialement favorable aux couples dont le projet parental et la séparation ont lieu avant 2013, empêchant de bénéficier des évolutions légales¹⁴⁵⁶ et jurisprudentielles¹⁴⁵⁷ postérieures.

357. *Mise en œuvre du régime transitoire.* La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser le régime transitoire. Plus précisément, l'arrêt du 23 mai 2024¹⁴⁵⁸ lui permet de confirmer que l'intérêt de l'enfant est le critère d'application du texte, malgré sa formulation maladroite qui évoque que « le tribunal prononce l'adoption s'il estime que le refus de la reconnaissance conjointe est contraire à l'intérêt de l'enfant et si la protection de ce dernier l'exige ». S'appuyant sur l'exposé des motifs de la loi relative à l'adoption, la Cour estime qu'« admettre que le législateur ait posé une exigence supplémentaire supposant de démontrer concrètement que la mesure d'adoption est indispensable pour protéger l'enfant d'un danger, conduirait à limiter considérablement la possibilité d'adoption plénière alors même que le refus de reconnaissance conjointe serait injustifié. Une telle interprétation s'inscrirait ainsi en contradiction avec l'objectif recherché par le législateur ». Elle recentre ainsi le texte sur sa condition initiale, le projet parental¹⁴⁵⁹. Si la précision de la Cour de cassation paraît plus qu'évidente, elle n'en était pas moins nécessaire au vu de la rédaction du texte et confirme la complémentarité renouvelée des rapports juge et loi¹⁴⁶⁰ : pourquoi préciser quand les éléments de précision n'ont qu'un effet décoratif ? Le terme de protection crée une brèche dans le régime et était susceptible de dénaturer l'esprit du texte. Dans un conflit parental, faire reposer le texte sur un défaut de protection de l'enfant paraît davantage conduire à attiser les conflits qu'à tenter de les apaiser : un parent aurait nécessairement tenté de démontrer que l'autre est une source de danger pour l'enfant. Or, cet enjeu est particulièrement renforcé dans le cadre de cette procédure, le parent biologique étant dans une position plus favorable que le participant au

L'appréciation concrète des juges d'appel de l'intérêt de l'enfant à ne pas maintenir ses relations avec l'ex partenaire de sa mère, fondée notamment sur l'importante dégradation des relations entre les deux femmes et le traumatisme de l'enfant lors de ses rencontres avec la requérante justifient le refus du droit de visite et d'hébergement.

¹⁴⁵⁶ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013 permettant aux couples de femme d'accéder à l'adoption de l'enfant du conjoint.

¹⁴⁵⁷ Refus de toute consécration statutaire avant l'avis de 2014, au-delà de l'adoption, la délégation de l'autorité parentale n'était pas non plus certaine.

¹⁴⁵⁸ Cass., 1^{ère} civ., 23 mai 2024, n°22-20.069.

¹⁴⁵⁹ ÉGÉA V., « Adoption – La Cour de cassation au soutien de l'efficacité du projet parental », *Dr. fam.* n°7-8, juillet 2024, comm. 88.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*

projet parental. L'intérêt de l'enfant est suffisamment souple pour ne pas être déjà instrumentalisé dans les procédures familiales où les parents dissimulent leurs propres intérêts derrière ce critère, il n'était pas nécessaire de leur donner davantage d'arguments, ce qui rend la décision de la Cour de cassation plus qu'opportune¹⁴⁶¹.

358. Refus transmission QPC. Dans une décision du 4 octobre 2024¹⁴⁶², la Cour de cassation a refusé de transmettre deux QPC relativement au dispositif transitoire. Plus précisément, la femme contestait le champ d'application du dispositif transitoire, en ce qu'il excluait les projets parentaux réalisés en France avant la réforme de bioéthique. Il semblerait qu'en l'espèce, l'une des femmes du couple a eu recours à une assistance médicale à la procréation en France en 2012 grâce au concours d'un ami avec lequel elle a simulé une relation de couple hétérosexuel. L'homme n'a jamais établi son lien de filiation et la mère s'est mariée avec sa compagne quelques jours avant la naissance de l'enfant. La compagne dépose une requête en adoption plénière en 2020, après sa séparation avec la mère de l'enfant et malgré le refus de celle-ci de consentir à l'adoption. Elle se pourvoit en cassation et forme deux QPC, l'une relative au dispositif transitoire et l'autre à l'article 348-6 du Code civil, en sa rédaction antérieure. La Cour de cassation ne renvoie aucune de ces questions, considérant que les dispositions visées ne sont pas applicables au cas d'espèce pour la première et que la question n'est ni nouvelle ni sérieuse pour la seconde.

Concernant le dispositif transitoire, celui-ci ne vise que les situations où l'assistance médicale à la procréation a été réalisée à l'étranger, justifiant la réponse de la Cour de cassation n'examinant pas davantage le grief, d'autant plus que ces dispositions n'avaient pas été invoquées au soutien de la demande initiale d'adoption. Peu importe ce qu'aurait pu en dire le Conseil constitutionnel, sa décision n'aurait pas eu de conséquence sur le litige, bien que la question ne manque pas, en elle-même, de pertinence. En tout état de cause, même si le Conseil avait été saisi, il n'aurait probablement pas émis de réserve d'interprétation. Un éventuel contrôle concret serait, peut-être, plus à même d'assouplir ces dispositions¹⁴⁶³.

Concernant l'ancien article 348-6, celui-ci précisait que le tribunal pouvait passer outre un défaut de consentement à l'adoption abusif ou par un parent s'étant désintéressé de l'enfant.

¹⁴⁶¹ Dans le même sens, ÉGÉA Vincent, « Adoption – La Cour de cassation au soutien de l'efficacité du projet parental », *Dr. fam.* n°7-8, juillet 2024, comm. 88.

¹⁴⁶² Cass., 1^{ère} civ., 4 octobre 2024, n°24-12.533 ; *Dalloz actualité*, 25 octobre 2024, obs. M. Mesnil.

¹⁴⁶³ Dans le même sens v. MESNIL M., « Couple de femmes : non-renvoi de QPC portant sur l'adoption sans consentement », *Dalloz actualité*, 25 octobre 2024.

Rappelant les principes fondateurs de l'adoption et spécialement l'enjeu du consentement parental à l'adoption, la Cour estime la question ni nouvelle ni sérieuse, le texte n'étant pas, en lui-même, contraire aux exigences constitutionnelles et impliquant une appréciation des situations au cas par cas. À nouveau, la décision de la Cour de cassation n'est pas surprenante et le Conseil constitutionnel n'aurait probablement pas été d'un grand secours. Néanmoins, ces QPC mettent en exergue les failles des dispositions françaises, imposant une vigilance accrue du juge judiciaire, la Cour européenne des droits de l'homme ayant déjà mis en garde le dispositif français sur les inséminations artisanales dans la décision *C. E. et autres*¹⁴⁶⁴.

B. Le formalisme adapté du consentement à l'assistance médicale à la procréation

359. Deux actes notariés. Le nouveau régime mis en place par la réforme de bioéthique prévoit deux consentements pour les couples de femmes. Au-delà du consentement à l'assistance médicale à la procréation, le notaire doit, en plus, dresser un autre acte authentique, la reconnaissance conjointe. Selon les préconisations de la circulaire, les deux actes doivent être dressés « en même temps »¹⁴⁶⁵, par le même notaire.

360. Consentement à l'assistance médicale à la procréation : calque du régime hétérosexuel. Le consentement à l'assistance médicale à la procréation est le même, peu importe la nature du couple, le nouvel article 342-10 du Code civil, visant « les couples » sans aucune autre précision, ainsi que « la femme non mariée ». Le consentement à l'assistance médicale à la procréation obéit, par conséquent, au régime de droit commun, il est privé d'effets pour les mêmes causes : révocation et dissolution en fait ou en droit du couple¹⁴⁶⁶. De même, toute action relative à la filiation est impossible tant que ce consentement n'est pas privé d'effet, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant ne soit pas issu de l'assistance.

361. Reconnaissance conjointe devant notaire. Lors du recueil du consentement à l'AMP, le couple de femmes doit, selon l'article 342-11 alinéa 1^{er} du Code civil, reconnaître conjointement l'enfant qui sera issu de l'assistance à la procréation. Initialement nommée

¹⁴⁶⁴ CEDH, *C.E. et autres c. France*, 24 mars 2022, n° 29775/18 et n°29693/19.

¹⁴⁶⁵ Circulaire du 21 septembre 2021 de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, CIV/03/21, n° JUSC2127286C, p. 4.

¹⁴⁶⁶ V. *supra* n°343 et s.

déclaration conjointe anticipée¹⁴⁶⁷, le terme de reconnaissance a finalement été préféré, celui de déclaration conjointe n'ayant pas été jugé comme « suffisamment significatif »¹⁴⁶⁸. La reconnaissance conjointe doit être faite avant l'insémination ou le transfert d'embryon puisqu'elle doit être concomitante au consentement à ces mêmes actes. Elle permettra, à la naissance de l'enfant, d'établir la filiation de la femme qui n'a pas accouché puisque cet établissement repose sur la remise de cet acte authentique à l'officier d'état civil, peu important le lieu de réalisation de l'assistance¹⁴⁶⁹. Elle a donc vocation à s'appliquer aux assistances médicales à la procréation réalisées à l'étranger après l'entrée en vigueur de la loi¹⁴⁷⁰, bien que dans ce cas, les informations notariales n'auront aucun intérêt¹⁴⁷¹. Malgré l'emploi d'un terme commun, elle se distingue déjà de la reconnaissance de l'article 316 du Code civil qui ne s'applique qu'à l'égard d'un enfant au minimum conçu¹⁴⁷².

362. Cohérence de l'établissement conjoint. L'établissement conjoint de la maternité aurait pourtant été un système plus cohérent, même s'il n'était pas exempt de critiques¹⁴⁷³. Le choix intermédiaire du législateur qui a préféré un système complexe¹⁴⁷⁴ mêlant droit spécial et règles communes, acte commun et effets unilatéraux, distinction selon les compositions du couple, est l'archétype de l'« écartèlement » dans lequel il se trouvait. « En fait le législateur n'a pas su résoudre les contradictions entre deux logiques : celle du projet parental et celle du modèle traditionnel »¹⁴⁷⁵, sa volonté principale étant davantage tournée vers une quête de consensus et d'avancée progressive. Or ce choix de compromis, à défaut d'être cohérent, est

¹⁴⁶⁷ Pour une critique du choix du terme de reconnaissance v. LEMOULAND J.-J., « La reconnaissance conjointe : un nouveau mode énigmatique d'établissement de la filiation », *JCP N* n°41, 15 octobre 2021, 945.

¹⁴⁶⁸ LEMOULAND J.-J., « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89.

¹⁴⁶⁹ Circulaire de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, n° CIV/03/21, 21 sept. 2021.

¹⁴⁷⁰ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹⁴⁷¹ GOUËZEL A., « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* n°10, octobre 2021, 23.

¹⁴⁷² LEMOULAND J.-J., « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89 ; VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43 ; LEMOULAND J.-J., « La reconnaissance conjointe : un nouveau mode énigmatique d'établissement de la filiation », *JCP N* n°41, 15 octobre 2021, 945 ; GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

¹⁴⁷³ THÉRY I., « Engendrement avec tiers donneur et filiation : une réforme au milieu du gué », préc., p. 155-165 ; MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1113.

¹⁴⁷⁴ VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43.

¹⁴⁷⁵ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1113.

unanimement critiqué par la doctrine, peu importe les convictions ou le projet initial défendu par les commentateurs, en ce qu'il apporte une incohérence importante au système¹⁴⁷⁶. L'autre inconvénient soulevé est relatif à l'incomplétude du nouveau régime : entre les maladroites rédactionnelles et les purs oublis, il est très probable que le juge soit dans l'obligation de compenser l'action du législateur afin de rendre le texte effectif ou que des réformes ponctuelles fassent office de rattrapage, comme l'a déjà illustré la loi sur l'adoption¹⁴⁷⁷.

363. Dénaturation de la reconnaissance. Dans sa volonté d'utiliser des termes usuels, permettant de ne pas stigmatiser l'établissement de la filiation au sein d'un couple de femmes, le législateur a créé une reconnaissance « énigmatique »¹⁴⁷⁸. En effet, la reconnaissance de l'article 316 du Code civil est un acte unilatéral, irrévocable, déclaratif et portant sur un enfant identifié, conçu ou déjà né. La reconnaissance conjointe au contraire porte sur l'enfant issu du projet parental commun, voire les enfants issus de l'assistance, qui, par hypothèse, n'existeront pas au moment de la reconnaissance conjointe. Elle contient, par conséquent, l'expression de deux volontés, ce qui la rend déclarative¹⁴⁷⁹, mais masque son régime hybride, à la fois commun lors de la formation, mais unilatéral quant à ses effets¹⁴⁸⁰. Ces effets de la reconnaissance conjointe sont, de plus, « suspendus dans le temps »¹⁴⁸¹, sans aucune limite à cette suspension. Pour autant, si la reconnaissance de l'article 316 est irrévocable, la reconnaissance conjointe ne l'est pas totalement : elle l'est une fois l'enfant conçu¹⁴⁸². Tant que l'enfant ne l'est pas, la rétractation du consentement prive d'objet toute

¹⁴⁷⁶ LEMOULAND J.-J., « La reconnaissance conjointe : un nouveau mode énigmatique d'établissement de la filiation », *JCP N* n°41, 15 octobre 2021, 945 ; VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43. VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43 ; GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975 ; BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522 ; GOUËZEL A., « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* n°10, octobre 2021, 23.

¹⁴⁷⁷ BRUNET L., MESNIL M., « D'un bricolage à l'autre : l'adoption forcée de l'enfant conçu par AMP au sein d'un couple de femmes aujourd'hui séparées », *AJ fam.* 2022, p. 190.

¹⁴⁷⁸ LEMOULAND J.-J., « La reconnaissance conjointe : un nouveau mode énigmatique d'établissement de la filiation », *JCP N* n°41, 15 octobre 2021, 945.

¹⁴⁷⁹ LEMOULAND J.-J., « La reconnaissance conjointe : un nouveau mode énigmatique d'établissement de la filiation », *JCP N* n°41, 15 octobre 2021, 945.

¹⁴⁸⁰ GOUËZEL A., « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* n°10, octobre 2021, 23.

¹⁴⁸¹ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹⁴⁸² LEMOULAND J.-J., « La reconnaissance conjointe : un nouveau mode énigmatique d'établissement de la filiation », *JCP N* n°41, 15 octobre 2021, 945

reconnaissance conjointe et vraisemblablement, un nouveau projet parental impliquera une nouvelle reconnaissance conjointe, même si les porteurs du projet sont les mêmes personnes. Enfin, le terme même de reconnaissance conjointe est discutable : l'acte est certes conjoint, en ce sens qu'il est réalisé par les deux femmes, mais ses effets ne le sont pas ce qui prête largement à confusion d'un point de vue sémantique¹⁴⁸³. Comme le résume Jean-Jacques LEMOULAND, « si l'intention du législateur était de donner à cet acte une nature différente, il convenait de choisir un terme différent »¹⁴⁸⁴.

364. *Filiation obligatoire.* Dans la même logique que pour les couples hétérosexuels, un mécanisme dérogatoire d'établissement forcé de la filiation est prévu au sein du couple homosexuel et est adapté au particularisme de la reconnaissance conjointe qui établit la filiation de la femme qui n'accouche pas. L'article 342-13 du Code civil prévoit en effet qu'« en cas d'absence de remise de la reconnaissance conjointe mentionnée au même article 342-10, celle-ci peut être communiquée à l'officier de l'état civil par le procureur de la République à la demande de l'enfant majeur, de son représentant légal s'il est mineur ou de toute personne ayant intérêt à agir en justice. La reconnaissance conjointe est portée en marge de l'acte de naissance de l'enfant ». Cet établissement indirectement forcé n'est cependant pas judiciaire, ce qui pose nécessairement la question de l'existence d'une action forçant l'établissement de la filiation au sein d'un couple de femmes, au même titre que celle prévue pour les couples hétérosexuels¹⁴⁸⁵. Au regard de l'esprit du texte de la volonté du législateur de ne pas distinguer entre les couples, un raisonnement par analogie conduit à estimer que cette action serait ouverte à la femme d'un couple lesbien¹⁴⁸⁶. Néanmoins, « le libellé de l'article 342-13 du Code civil n'est pas satisfaisant, car confus et imprécis ; la réécriture du texte est plus que souhaitable afin de garantir une meilleure sécurité juridique »¹⁴⁸⁷.

365. *Défaut d'établissement.* Le défaut d'établissement de filiation est également susceptible d'engager la responsabilité au sein d'un couple de femmes. Néanmoins, un alinéa

¹⁴⁸³ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹⁴⁸⁴ LEMOULAND J.-J., « La reconnaissance conjointe : un nouveau mode énigmatique d'établissement de la filiation », *JCP N* n°41, 15 octobre 2021, 945.

¹⁴⁸⁵ V. *supra* n°364.

¹⁴⁸⁶ Dans le même sens HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, act. 8 février 2023.

¹⁴⁸⁷ HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, act. 8 février 2023.

particulier aux couples de femmes a été créé. L'alinéa 2 de l'article 342-13 prévoit que « la femme qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, fait obstacle à la remise à l'officier de l'état civil de la reconnaissance conjointe mentionnée à l'article 342-10 engage sa responsabilité ». La justification de la création d'une règle spéciale repose sur l'adaptation de la règle au particularisme du mode d'établissement de la filiation au sein d'un couple de femmes. L'action en responsabilité serait, pour les couples lesbiens, initiée en raison de l'empêchement par l'une des mères à l'établissement de la filiation de la mère qui n'a pas accouché. La règle sanctionne, par conséquent, la femme qui n'établit pas sa filiation puisque l'établissement de l'un des liens de filiation maternelle repose sur la remise de la reconnaissance conjointe à l'officier d'état civil. Elle permet également de sanctionner la mère qui a accouché et qui tenterait d'empêcher sa partenaire d'établir son lien de filiation, étant rappelé que la remise de la reconnaissance conjointe est le seul moyen qu'a cette femme d'établir son lien de filiation. Néanmoins, l'une comme l'autre doivent avoir un comportement actif pour voir leur responsabilité engagée. La femme qui n'a pas accouché ne voit donc pas sa responsabilité engagée en raison d'un simple défaut d'établissement, contrairement à l'homme¹⁴⁸⁸.

366. Action en responsabilité et défaut de remise de la reconnaissance conjointe.

De prime abord, la règle semble être dans l'esprit du régime prévu au sein d'un couple hétérosexuel : les parents s'engagent dans un projet commun, ils doivent donc l'assumer jusqu'au bout. Pour autant, elle s'en distingue. Les deux mères sont ici, explicitement visées, ce qui paraît confirmer l'interprétation de l'ancien article 311-20 conduisant à estimer que la mère serait également responsable à défaut d'avoir établi sa filiation¹⁴⁸⁹. De plus, l'article 342-13 évoque le fait de « faire obstacle », ce qui paraît imposer une conduite active de l'une des mères, ne faisant donc pas entrer l'omission ou la négligence. Cette précision est un bel effet d'annonce pour une mise en application qui risque d'être rare, puisque demander la copie de l'acte notarié est un acte unilatéral très peu contraignant, tout comme le remettre à l'officier d'état civil¹⁴⁹⁰.

La règle limite également la mise en œuvre de la responsabilité de la mère n'ayant pas accouché

¹⁴⁸⁸ GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

¹⁴⁸⁹ V. *supra* n°339.

¹⁴⁹⁰ LEMOULAND J.-J., « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89.

qui n'établit pas sa filiation. En effet, si celle-ci ne remet simplement pas la reconnaissance conjointe à l'officier d'état civil et si personne ne compense son inaction – l'autre mère peut le faire, ainsi que le Procureur de la République¹⁴⁹¹ – il paraît délicat d'estimer que la mère a « fait obstacle ». Les éventuels accords parentaux quant à un défaut d'établissement de filiation peuvent, dès lors, perdurer, ce qui semble finalement affiner progressivement la logique du texte. La règle est une sorte de garantie offerte à la femme dont la filiation sera établie avec quasi certitude pour se prémunir de tout abandon du partenaire avec lequel elle a formé son projet parental, ce dernier, que ce soit un homme ou une femme qui n'accouche pas, étant perçu comme plus versatile¹⁴⁹². L'attachement à la grossesse et au lien qu'elle permettrait de créer entre une femme et un enfant est ici implicitement affirmé : dans la tête du législateur, la femme qui accouche voudra nécessairement de l'enfant¹⁴⁹³, contrairement au second parent, affirmation qui semble confirmer la matrice principale du droit de la filiation, du plus en plus matriarcal¹⁴⁹⁴.

Les ambivalences du législateur sont ici plus que visibles et conduisent à un régime difficilement lisible et peu convaincant : l'action en responsabilité civile de l'article 1240 paraît tout à fait suffisante pour répondre à cette situation. L'action de l'article 342-10 permet simplement de libérer la mère ou l'enfant de la preuve du préjudice ou de la faute.

¹⁴⁹¹ Art. 342-13 C. civ.

¹⁴⁹² PARICARD S., « La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification substantielle mais relativement trompeuse du Code civil », *D.* 2021, p. 1685.

¹⁴⁹³ Dans le même sens, HILT P., « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, act. 8 février 2023.

¹⁴⁹⁴ LABBÉE X., *Le droit français et l'avènement du matriarcat*, L'Harmattan, 2023.

CONCLUSION SECTION II.

367. Réforme « au milieu du gué »¹⁴⁹⁵. L'étude des dispositions relatives à la filiation de l'enfant né d'une assistance médicale à la procréation au sein d'un couple de femmes conduit au constat d'un régime complexe, manquant de clarté et surtout, incomplet. Les clivages suscités par la réforme se révèlent à l'étude des dispositions relatives à la filiation : adaptation du modèle d'engendrement et adaptations sociétales coexistent traduisant la difficulté contemporaine à fonder exclusivement la procréation artificielle sur le projet parental¹⁴⁹⁶. L'importante dissimulation de l'aspect conventionnel de la procréation artificielle en 1994¹⁴⁹⁷ a été largement altérée par l'ouverture de la procédure aux couples de femmes où cette dissimulation ne peut pas exister. Néanmoins, cette altération n'a pas conduit à la disparition de la dissimulation de la convention, dont le terme n'a jamais d'ailleurs été véritablement employé dans le cadre des procréations médicalement assistées hétérosexuelles, contrairement à la gestation pour autrui où il s'est rapidement imposé. Le maintien de la distinction des modalités d'établissement de la filiation entre les couples hétérosexuels et les couples lesbiens confirme que la loi est un premier pas et non une consécration totale du projet parental. En résulte un régime complexe, empruntant au droit des obligations certains effets du consentement, adaptant ces effets aux modalités de recueil du consentement.

Autre difficulté, la volonté de ne pas distinguer a une double réalité : ne pas distinguer entre les couples selon leur composition et ne pas distinguer au sein du couple entre les deux femmes le composant. Des articulations impossibles résultent de ce double aspect : il est impossible de préserver le rôle central de l'accouchement sans distinguer entre les femmes¹⁴⁹⁸. Abandonner le critère de l'accouchement pour les couples lesbiens aurait conduit à distinguer les femmes qui accouchent¹⁴⁹⁹ et abandonner l'accouchement dans la filiation apparaissait affaiblir encore

¹⁴⁹⁵ THÉRY I., « Engendrement avec tiers donneur et filiation : une réforme au milieu du gué », préc., p. 155-165 ; V. aussi MALAURIE P. et FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°1121 ; LEMOULAND J.-J., « 1972-2022. Et maintenant ? », *Dr. fam.* 2022 ; BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522 ; GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

¹⁴⁹⁶ GOUTTENOIRE A., « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.

¹⁴⁹⁷ HAUSER J., « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ? », *D.* 1996, p. 182 ; THÉRY I., « Engendrement avec tiers donneur et filiation : une réforme au milieu du gué », préc., p. 158-159.

¹⁴⁹⁸ BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

¹⁴⁹⁹ GOUËZEL A., « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* n°10, octobre 2021, 23.

davantage l'interdiction de la GPA¹⁵⁰⁰. Ne souhaitant pas heurter de front les opposants en remodelant le droit de la filiation sur ce point, le législateur a préféré l'avancement progressif, peut-être moins complet juridiquement, mais plus acceptable dans l'opinion publique¹⁵⁰¹.

¹⁵⁰⁰ Dans le même sens, VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43.

¹⁵⁰¹ LEMOULAND J.-J., « 1972-2022. Et maintenant ? », *Dr. fam.* 2022 ; MALAURIE P. et FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1122 ; THÉRY I., « Engendrement avec tiers donneur et filiation : une réforme au milieu du gué », *préc.*, p. 162-163 ; BRUNET L., « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.

CONCLUSION CHAPITRE I.

368. *Engendrement artificiel et droit spécial de la filiation.* Le législateur conserve une maîtrise de l'encadrement des techniques d'assistance médicale à la procréation qui lui permet de poser des limites aux droits reproductifs. Par cette maîtrise, il oriente fortement l'engendrement artificiel : la gestation pour autrui est la principale ligne à ne pas franchir et les pratiques autorisées le sont en fonction de leur lointaine proximité avec la technique. À partir de cet interdit technique, le cadre de l'assistance médicale à la procréation est, ensuite, élaboré. Celui-ci se construit progressivement et visant un but « sociétal », la volonté politique qualifiée d'égalitaire, mais qui a, en réalité, pour but d'élargir les bénéficiaires afin d'y intégrer des singularités consensuelles, en l'espèce les couples de femmes.

Cette construction doit, dès lors, également être consensuelle. Elle s'établit donc à la fois en référence au modèle d'engendrement charnel, tout en cherchant à atteindre une égalité entre les couples et entre les membres d'un couple. Un pas supplémentaire est donc franchi, libéralisant le domaine mais tout en générant de nouvelles incohérences. L'engendrement artificiel est consacré, les textes ne permettent plus de faire « comme si » l'enfant était né du couple en imposant l'accès à la connaissance des origines de l'enfant et en permettant à deux femmes de former un projet parental. Pour autant, l'encadrement a également pour but de contenir des projets d'engendrement artificiel ce qui conduit à maintenir des limites que le législateur puise dans le modèle charnel et faisant donc référence à la nature. Si un cadre paraît nécessaire, le choix de faire reposer ces limites sur le modèle d'engendrement charnel crée une certaine incohérence face à l'autonomie progressive qu'acquiert le modèle artificiel.

369. *Visibilité de la préférence accordée au consensus sur le terrain de la filiation.* Cette ambivalence se reporte et surtout, gagne en puissance sur le plan civil. Parce que le modèle d'engendrement consacré est pensé en rapport à la gestation pour autrui, le critère de l'accouchement reste central en droit de la filiation, imposant de distinguer entre les femmes d'un même couple. Plus généralement, la primauté de la logique charnelle sur la logique artificielle est consacrée par la distinction créée entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels sur le terrain des modes d'établissement de la filiation conduisant à un paradoxe : en droit médical, l'engendrement artificiel n'est plus subsidiaire à l'engendrement charnel avec

l'abandon du critère thérapeutique,¹⁵⁰² mais en droit civil, l'établissement de la filiation du couple homosexuel est un régime dérogatoire.

370. *Abandon du modèle bioéthique à la française ?* Le régime général proposé par la réforme est clairement un choix d'entre deux, une avancée progressive pour tenter d'apaiser ou de contenir les émois, où la ligne politique semble fluctuante et répond à des singularités précises. Par conséquent, le régime est lacunaire ou incohérent, créant un risque important de contentieux. Sur l'aspect lacunaire, de nombreuses causes de caducité ont été relevées au cours de ce chapitre et inquiètent quant aux décisions judiciaires possibles. L'enjeu est, ici, non négligeable, au regard de l'objet d'une assistance médicale à la procréation : elle conduit à la venue au monde d'un enfant qu'il faudra prendre en charge. Or, ces causes de caducité ont des effets sur le terrain de la filiation, puisqu'elles remettent en question la validité du consentement, créant le risque de faire venir au monde un enfant non désiré par les deux porteurs initiaux du projet parental. Face à ce système incohérent, le moindre désaccord ou conflit ouvre la voie à un contentieux qui, par principe, est contraire à l'intérêt de l'enfant. Le contentieux familial, en raison de la sensibilité des affaires, est nécessairement la solution du moindre mal, là où la prévention et la médiation sont, aujourd'hui, considérées comme bien plus efficaces.

Malgré la théorie de la démarche bioéthique, il en ressort que sa mise en œuvre est plus complexe, voire instrumentalisée et au regard de la dernière réforme bioéthique, le droit a beaucoup moins son rôle de régulateur¹⁵⁰³ ou, à tout le moins, l'exerce avec moins d'efficacité, soucieux de gagner en légitimité. Au contraire la loi semble bien plus dangereuse qu'encadrante ; le gain en prudence est-il suffisant face au risque créé par une avancée progressive ? Pour fonctionner, la démarche bioéthique doit être mise au service d'un objectif politique précis, elle doit éclairer le décideur national et non servir exclusivement de justifications des modifications. La singularité peut, en ce sens, être moteur d'une évolution mais doit être consacrée en considérant l'ensemble de ses enjeux et non exclusivement pour servir des fins politiques.

371. *Abandon d'un modèle filiatif ?* La question à laquelle la loi a voulu répondre semble être « quel désir d'enfant est actuellement légitime ? », bien plus que « quel parent

¹⁵⁰² CAIRE A.-B., « L'anthropotechnie procréative à l'aune de la loi de bioéthique du 2 août 2021 », *LPA* n°02, 28 février 2022 p. 33.

¹⁵⁰³ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826.

voulons-nous pour un enfant ? ». L'enfant n'apparaît pas réellement apprécié dans les raisonnements relatifs à la modification de l'assistance médicale à la procréation ou, en tous cas, il est à peine évoqué et n'est pas central. La conception fonctionnelle du droit familial ne paraît donc pas être la justification aux réformes. Au contraire, « l'intérêt de l'enfant semble noyé dans la réforme »¹⁵⁰⁴, il en devient un argument instrumentalisé pour justifier les limites établies. L'enfant apparaît beaucoup plus par l'angle de l'accès aux origines personnelles. Sur le terrain de la filiation, sa protection reste pensée par la négation de la part conventionnelle de l'engendrement artificiel afin de ne pas faire de lui un objet de droit. Mais à maintenir à tout prix cette affirmation, on nie également les apports que le droit des obligations aurait pu proposer dans l'élaboration du régime : qui peut estimer qu'un enfant est protégé par un tel régime ?¹⁵⁰⁵ Le moindre désaccord parental peut faire de lui un sujet de discorde avant même sa naissance. Pourtant, ne serait-ce pas à partir de l'enfant que pourrait s'opérer une reconstruction du droit de la filiation ?¹⁵⁰⁶ Cela permettrait un gain de cohérence en perspective du « droit des défaillances parentales ». La singularité serait appréciée mais davantage détachée d'une considération politique légitimante. Dans cette perspective, les propositions de modifications du droit de la filiation reposent sur une logique de responsabilisation : l'engagement à la parenté justifie l'existence du lien et rend le parent responsable de l'enfant. Elle traduit également la démarche bioéthique qui implique une responsabilisation plus générale des individus, ici contribuant à la venue au monde de l'enfant, cette prestation de service qui ne dit pas son nom étant plus que singulière. Néanmoins, partir de l'enfant conduirait à repenser en profondeur la parenté, en y intégrant complètement les apports que le concept de parentalité développé en sciences sociales propose, car les fonctions éducatives et affectives semblent aujourd'hui incontournables. Au vu des méthodes d'élaboration normatives actuelles, l'espoir paraît, pour l'heure, pourtant quelque peu compromis.

¹⁵⁰⁴ CURIER-ROCHE P., « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : “évolution-révolution” ? », *RDSS* 2021, p. 769.

¹⁵⁰⁵ Dans le même sens, MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « Quelles avancées pour la contractualisation en droit de la famille ? », in GOGOS-GINTRAND A. et MORACCHINI-ZEIDENBERG S. (dir.), *2010-2020 : Une décennie de mutations de droit de la famille*, *op. cit.*, p. 113 et s., spéc. p. 122-123.

¹⁵⁰⁶ MALAURIE P. et FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°1206 et 1207 ; dans le même sens, THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, *op. cit.*

CHAPITRE II : LE REFUS DE DISSOCIER MATERNITE ET ACCOUCHEMENT

372. *Mutation anthropologique et interdits techniques.* « Qu'on le veuille ou non, c'est donc un changement anthropologique qui s'opère : il n'est plus question d'*imitatio naturae*, le législateur s'affranchit du modèle naturel et fait un choix culturel. Ce faisant, il assume pleinement le caractère artificiel de l'AMP »¹⁵⁰⁷, ce qui place le droit français de la filiation dans un entre-deux : la procréation artificielle se détache du modèle d'engendrement charnel, tout en se construisant toujours, dans une certaine mesure, par référence à la nature. La libéralisation du domaine ne se fait qu'en réitérant à intervalles réguliers l'opposition totale à la gestation pour autrui, « ligne rouge »¹⁵⁰⁸ à ne pas franchir. La singularité est donc intégrée mais les négociations pour l'intégrer et le consensus qui en résulte sont plus que visibles dans le régime prévu. Dans le but de préserver la limite de la gestation pour autrui, l'existence d'une alternative artificielle de procréation n'est pas totale : les autorisations des techniques restent dans le domaine décisionnel du législateur, permettant, de fait, d'exclure certaines configurations familiales. Seul un assouplissement des conditions relatives aux bénéficiaires est notable. Cette libéralisation se fait donc en perspective de l'interdiction de la gestation pour autrui, ce qui se répercute sur la parenté transgenre. En effet, le lien entre maternité et accouchement se renforce en raison de la gestation pour autrui, empêchant toute réflexion sur la parenté transgenre pour laquelle il existe une dissociation entre les capacités procréatives et le sexe juridique. Affronter la parenté transgenre conduirait ainsi nécessairement à remettre en question le lien consubstantiel entre maternité et accouchement.

Consciente de favoriser certaines demandes individuelles, la loi a tenté d'élaborer un régime n'ouvrant pas trop rapidement la porte aux demandes portant sur les maternités de substitution. Pour ce faire, l'accouchement, donnée naturelle, est resté central dans la constitution de la

¹⁵⁰⁷ CAIRE A.-B., « L'anthropotechnie procréative à l'aune de la loi de bioéthique du 2 août 2021 », *LPA* n°02, 28 février 2022 p. 33.

¹⁵⁰⁸ Déclaration de Emmanuel Macron, Président de la République, lors d'un entretien accordé le 8 mai 2024 ; CCNE, Avis 126, *Les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017 ; Sénat, prop. de L. n° 572 (2023-2024), 3 mai 2024 qui propose de modifier l'article 16-7 du Code civil en ajoutant que « la procréation ou la gestation pour autrui est interdite en France ».

maternité¹⁵⁰⁹, la mère qui n'accouche pas bénéficiant d'un régime dérogatoire d'établissement de la filiation qui lui est propre. Le modèle artificiel en cours d'élaboration exclut donc encore certaines configurations familiales créant une tension qui « peut s'expliquer comme le fruit de la coexistence d'un discours résiduel de la parenté fondée sur la vérité biologique et d'un discours émergeant qui donne la prééminence au projet parental et à la volonté »¹⁵¹⁰.

373. Pouvoirs réglementaire et judiciaire face à la GPA. Pour autant, la considération des singularités implique de ne pas nier les situations de fait. Le jeu de sources impose aussi de ne pas laisser dans le non-droit les singularités non consensuelles. Le droit français a ainsi dû faire face aux effets des conventions de gestation pour autrui réalisées à l'étranger, ne pouvant prohiber que les conventions conclues sur le territoire national. Dans la continuité de la reconnaissance grandissante des couples de personnes de même sexe, le premier pas de la reconnaissance d'effets est franchi le 25 janvier 2013 par la circulaire dite « Taubira »¹⁵¹¹, validée par le Conseil d'État¹⁵¹², invitant à la délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger et pour lesquels on soupçonne un recours à une convention de gestation pour autrui. Le 26 juin 2014, la Cour européenne rend le fameux arrêt *Mennesson*, mettant fin aux remparts érigés par les juridictions françaises¹⁵¹³. Dans sa suite, la Cour de cassation effectue un spectaculaire revirement jurisprudentiel le 3 juillet 2015¹⁵¹⁴ qui

¹⁵⁰⁹ DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « Les fondements de la filiation au prisme du genre », in DIONISI-PEYRUSSE A., MAUGER-VIELPEAU, *Les fondements de la filiation*, op. cit., p. 178.

¹⁵¹⁰ BORRILLO D., *La famille par contrat*, op. cit., p. 110.

¹⁵¹¹ Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger, JUSC1301528C.

¹⁵¹² CE, 12 décembre 2014, n°367324, 366989, 366710, 367317, 368861.

¹⁵¹³ Cass, AP, 31 mai 1991, n° 90-20.105 ; D. 1991. 417, rapp. Y. Chartier ; *ibid.* 318, obs. J.-L. Aubert, note D. Thouvenin ; *ibid.* 1992. 59, obs. F. Dekeuwer-Defossez ; *Rev. crit. DIP* 1991. 711, note C. Labrusse-Riou ; *RTD civ.* 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller ; *ibid.* 1992. 88, obs. J. Mestre ; *ibid.* 489, étude M. Gobert. La convention GPA est contraire au principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et à celui d'indisponibilité de l'état des personnes. ; Cass. Civ 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 10-19.053, n° 09-17.130 ; D. 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; D. 2011. 1001, édito. F. Rome ; D. 2011. 1064, entretien P. Labbee ; D. 2011. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; D. 2011. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; D. 2012. 308, spéc. 320, obs. J.-C. Galloux ; D. 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; D. 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seséke ; *AJ fam.* 2011. 262, obs. B. Haftel ; *AJ fam.* 2011. 266, interview Domingo ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2011. 722, note P. Hammje. Refus de la Cour de cassation de faire produire des effets de droit à une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger en se fondant sur la contradiction avec l'ordre public international français. Cass. Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 12-18.315 : Refus d'établir la filiation paternelle d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger en se fondant sur la fraude à la loi.

¹⁵¹⁴ Cass., AP, 3 juillet 2015, n° 15-50.002, n° 14-21.323 ; D. 2015. 1819, note Fulchiron et Bidaud-Garon ; *ibid.* 1773, obs. Sindres ; *ibid.* 1919, obs. Bonfils et Gouttenoire ; *AJ fam.* 2015. 496, obs. Chénéde ; *ibid.* 364, obs.

l'a conduite, par ses décisions postérieures, à dépasser les prescriptions européennes, jusqu'au coup d'arrêt imposé par la dernière loi de bioéthique. L'absence de positionnement légal et réglementaire clair quant aux effets des gestations pour autrui place, en effet, le juge au premier plan¹⁵¹⁵, confirmant, par là même, la complémentarité grandissante du juge avec la loi. Ce faisant, les contours du droit de la filiation en sont perturbés. Outre le débat relatif à la concrétisation du fait accompli¹⁵¹⁶, les solutions élaborées par la Cour de cassation se fondent sur le droit positif, participant dès lors à l'accumulation des incohérences. Par ailleurs, le point de vue de l'enfant ne peut être ignoré dans une telle approche. En raison du rôle du juge, contraint d'utiliser un cadre légal inadapté, « le débat juridique, amorcé il y a plusieurs dizaines d'années, continue de se centrer sur une seule question, celle de l'état civil de l'enfant, qu'on s'efforce de régler en appliquant des lois qui donnent l'impression d'avoir été gravées dans le marbre une bonne fois pour toutes »¹⁵¹⁷.

374. Annonce de plan. Les singularités non consensuelles ne pouvant être niées, des réponses très partielles et très majoritairement judiciaires leur sont apportées. La volonté de préserver l'accouchement¹⁵¹⁸, questionnée par l'éclatement de la maternité qu'offre la GPA, conduit ainsi à une acceptation ambivalente de ses effets (Section I.), mais également, par ricochet, à un désintérêt quant à la parenté des personnes transgenres (Section II.).

SECTION I : LES EFFETS AMBIVALENTS DES GESTATIONS POUR AUTRUI

375. Effets de la gestation pour autrui et accouchement. Bouleversement du droit de la filiation, l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes « vient cependant s'inscrire dans le modèle technique de l'AMP. Contrairement au couple d'hommes qui nécessiterait pour procréer le recours à une gestation pour autrui, le recours au don de gamètes est le seul élément technique nécessaire à la procréation au sein d'un couple de femmes. [...] Or cette technique

Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2015. 581, obs. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2015. 2949, obs. LE Maigat ; *Dr. fam.* 2015, comm. 166, obs. Binet.

¹⁵¹⁵ DEUMIER P., « Le droit de la famille vu par ses sources », préc., p. 234 et s.

¹⁵¹⁶ HAUSER J., « État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! », *RTD civ.*, 2014, p. 616.

¹⁵¹⁷ SALVAGE-GEREST P., PEYRÉ J., « La France face à la GPA : “cachez ce ventre que je ne saurais voir” », *D.* 2018, p. 359.

¹⁵¹⁸ PICHARD M., « Père(s) sans mère », *LPA*, 14 janvier 2019, n°10 ; LEROYER A.-M., « La filiation maternelle d'une femme transgenre reconnue », *RTD civ.* 2022, p. 369.

est déjà autorisée par la loi »¹⁵¹⁹. Plus précisément, le droit français a une conception « régulationniste » de la procréation médicalement assistée, là où sa conception de la gestation pour autrui est « prohibitionniste »¹⁵²⁰. L'articulation de ces deux conceptions est complexe : l'État a la maîtrise de la technique, l'individu ne peut consentir qu'à ce qu'il lui propose, mais réclamera ce qu'il lui refuse. Les justifications fondant le refus d'une reconnaissance d'effets doivent, ainsi, spécialement convaincre, *a fortiori* quand l'individu peut obtenir à l'étranger ce que la loi française lui interdit. Cette conception prohibitionniste a nui au débat : les principes de droit international public, de droit européen et l'enjeu de reconnaissance des situations allaient nécessairement mettre la France dans une situation complexe. Ne se concentrer que sur les effets a, dès lors, conduit à mettre l'argument biologique au premier plan : les réalités diverses de l'appellation générique « gestation pour autrui »¹⁵²¹ ne sont affrontées qu'en fonction des cas d'espèce qui sont soumis aux juridictions, entravant la réflexion générale. Les réalités de la parenté d'intention en deviennent niées : la constante majoritaire d'une gestation pour autrui est la présence d'un père d'intention également père biologique, mais l'autre parent d'intention peut tout autant être un homme qu'une femme. Aucun réel traitement différencié n'a été fait pour ce « second parent », ne permettant pas d'étudier l'ensemble des questionnements posés par les gestations pour autrui. S'appuyant sur les principes du droit français, la maternité a été liée à l'accouchement, la paternité à l'utilisation du sperme. Le cadre juridique des effets de la gestation pour autrui fait la part belle à un certain argumentaire biologique¹⁵²² enlisant davantage la question de la filiation dans ses paradoxes, cet argument rassurant face aux incertitudes posées par les demandes de parenté atypiques¹⁵²³.

376. Admission progressive des effets des GPA. Si les quelques tentatives de recours plus ou moins direct à une gestation pour autrui en France ont donné lieu à des condamnations¹⁵²⁴, parfois plus symboliques qu'effectives¹⁵²⁵, « lorsque c'est à l'étranger que des Français y recourent, la France en est arrivée, en cinq ans, à faire bien plus que la tolérer : elle lui fait produire tous les effets juridiques qu'on peut en attendre sans tenir le moindre

¹⁵¹⁹ PARICARD S., « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 77.

¹⁵²⁰ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, préc., n°979 et s. ; Sur la distinction des courants libéraux, régulationnistes et prohibitionnistes v. BORRILLO D., *La famille par contrat*, *op. cit.*, p. 114 et s.

¹⁵²¹ PICHARD M., « La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ? », *D.* 2017 p. 1143.

¹⁵²² DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « Les fondements de la filiation au prisme du genre », préc., p. 173.

¹⁵²³ BORRILLO D., *La famille par contrat*, *op. cit.*, p. 106 et s.

¹⁵²⁴ T. corr. Blois, 22 mars 2016, n°2016-006174, *Dr. fam.* 2016. Étude 18, note M.-C. Guérin.

¹⁵²⁵ T. corr. Bordeaux, 1^{er} juill. 2015, n° 14322000193, *Lexbase* n° 621, 16 juill. 2015, obs. A. Gouttenoire.

compte des conditions très préoccupantes dans lesquelles elle a pu être pratiquée »¹⁵²⁶. Les juges français sont, en effet, confrontés à une double difficulté, l'injonction européenne de tirer les conséquences de l'état de fait résultant de ces singularités et la réalité du droit français. Dès lors, l'élaboration d'un régime juridique des effets des gestations pour autrui valablement conclues à l'étranger par le juge (§I.) a contraint le législateur à intervenir malgré sa volonté d'esquiver le débat (§II.), sans que pour autant les contrôles prévus n'aient l'efficacité escomptée.

§I. L'édifice prétorien : la tour de Pise

377. Transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger. L'action des juges s'est plus spécialement concentrée sur la question de la transcription des actes de naissance. Bien que la transcription ne soit pas obligatoire¹⁵²⁷ pour qu'un acte étranger produise des effets en France, elle facilite le quotidien, car elle permet d'obtenir un acte de naissance français et un livret de famille¹⁵²⁸. Surtout, elle permet d'apporter la preuve de l'état des personnes et en assure ainsi l'opposabilité aux tiers. Pour autant, elle n'est pas créatrice de droit et ne garantit pas le lien établi sur le territoire, une contestation ultérieure restant, par exemple, possible¹⁵²⁹. Dans cette perspective, le contrôle effectué par le parquet de Nantes, seul compétent en la matière, est un contrôle de régularité de l'acte. Au vu de l'apparente simplicité procédurale de la transcription, ce contentieux a été au cœur des débats quant à la reconnaissance d'effets des gestations pour autrui valablement établies à l'étranger. Il a été articulé avec la question de l'établissement en France des liens de filiation, voie alternative permettant de créer un lien de droit entre l'enfant et le parent d'intention. À la suite des condamnations européennes (A.), les juges français en ont tiré les conséquences, en faisant produire progressivement des effets

¹⁵²⁶ SALVAGE-GEREST P., PEYRÉ J., « La France face à la GPA : “cachez ce ventre que je ne saurais voir” », *D.* 2018, p. 359.

¹⁵²⁷ Cass., Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1963, *Bull. civ. I*, n°542.

¹⁵²⁸ Décr. n°65-422 du 1^{er} juin 1965.

¹⁵²⁹ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, préc., n°992 ; Bien qu'il ne semblerait pas cohérent de la remettre en question par la suite en ayant transcrit l'acte en connaissance de cause. Sur ce point, v. FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

croissants aux gestation pour autrui réalisées à l'étranger, principalement par la voie de la transcription, éventuellement complétée par la voie de l'adoption (B.).

A. La position européenne : le droit de l'enfant à une ascendance

378. *Mennesson et Labassée : le sentiment d'une onde de choc.* La première décision d'envergure de la Cour européenne sur la question de la gestation pour autrui est le célèbre arrêt *Mennesson et Labassée*¹⁵³⁰ dans lequel la Cour estime que le refus de transcription d'un acte d'état civil légalement établi à l'étranger ne porte pas atteinte à la vie familiale des intéressés, car une vie familiale effective est possible. En revanche, elle condamne la France en raison de l'atteinte à la vie privée et spécialement au droit à l'identité des enfants. Elle estime que le défaut de reconnaissance des liens valablement établis à l'étranger est disproportionné, *a fortiori* car ceux-ci sont conformes à la réalité biologique et que les enfants et le parent revendiquent sa pleine reconnaissance.

Malgré les apparences, la décision n'est qu'un bouleversement relatif. La Cour européenne ne se prononce pas sur la gestation pour autrui en elle-même, d'autant plus que les pays d'Europe sont assez divisés sur la question¹⁵³¹. De plus, elle se concentre exclusivement sur le parent d'intention ayant un lien biologique avec l'enfant, restant vague quant au sort du second parent. Elle choisit l'interprétation, estimant que l'enfant est étranger à la fraude¹⁵³² de ses parents d'intention et qu'il ne doit pas subir de conséquences trop importantes¹⁵³³. Surtout, ce sont les prémices de l'évaluation de la cohérence du système qui commencent à se former dans ces deux premières décisions : en laissant la situation valablement constituée à l'étranger exister en France, le juge européen met le législateur français face à ses paradoxes : l'absence de reconnaissance des effets comme « sanction » du non-respect des techniques de procréation assistée autorisées sur le territoire n'est pas une « solution » et consiste davantage à ignorer le

¹⁵³⁰ CEDH, *Mennesson et Labassée* c. France, 26 juin 2014, préc.

¹⁵³¹ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°1131.

¹⁵³² La qualification de fraude étant, elle-même discutable. Pour une synthèse des différentes appréciations v. DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°846 et s.

¹⁵³³ FULLI-LEMAIRE S., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, op. cit., n°168-169 ; BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 222.

problème¹⁵³⁴. Par ailleurs, elle a pour conséquence principale de faire supporter les choix parentaux à l'enfant, bien qu'indirectement elle affaiblisse l'interdiction¹⁵³⁵.

379. Condamnations postérieures : le temps de l'ajustement. Les condamnations postérieures de la France ont été, dans un premier temps, les conséquences du temps de réaction des autorités françaises. Si la Cour de cassation a admis dès 2015 la transcription partielle de l'acte de naissance établi à l'étranger à l'égard du père d'intention également père biologique¹⁵³⁶, la Cour européenne a condamné la France dans la décision *Foulon et Bouvet*¹⁵³⁷ en 2016, car la portée du revirement opéré en 2014 ne permettait pas de garantir suffisamment l'établissement de la filiation paternelle à la suite d'une GPA. Une nouvelle condamnation de la France a résulté de l'affaire *Laborie* en 2017¹⁵³⁸ en raison de la durée excessive qu'avait pris la transcription, quatre ans et huit mois pour le cas d'espèce.

380. Second lien de filiation : le temps des concertations. La question du second lien de filiation a finalement été tranchée en 2019, notamment grâce à la persévérance acharnée du couple Mennesson qui s'est saisi de la procédure de réexamen dès la création de cette dernière par la loi dite J21 en 2016¹⁵³⁹. La procédure de réexamen a été l'occasion pour la Cour de cassation d'inaugurer également la procédure d'avis consultatif¹⁵⁴⁰ afin de se prononcer sur la filiation, maternelle en l'espèce, du second parent, sans encourir de condamnation européenne. La demande d'avis française était construite en deux questions successives, la première portant sur l'obligation ou non d'établir le second lien de filiation et la seconde, découlant de celle-ci, portait sur d'éventuelles modalités particulières d'établissement, et

¹⁵³⁴ FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

¹⁵³⁵ TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°844 ; KESSLER G., « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.*, 2005, étude 16 ; PARICARD S., « La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence », *D.* 2020 p. 426.

¹⁵³⁶ Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002, n° 14-21.323 ; *D.* 2015. 1819, note Fulchiron et Bidaud-Garon ; *ibid.* 1773, obs. Sindres ; *ibid.* 1919, obs. Bonfils et Gouttenoire ; *AJ fam.* 2015. 496, obs. Chénéde ; *ibid.* 364, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2015. 581, obs. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2015. 2949, obs. LE Maigat ; *Dr. fam.* 2015, 166, obs. Binet. Sur la question v. *infra* n°389.

¹⁵³⁷ CEDH, *Foulon et Bouvet c. France*, 21 juillet 2016, n° 9063/14 et n° 104/10/14.

¹⁵³⁸ CEDH, *Laborie c. France*, n° 19 janvier 2017, n° 44024/13.

¹⁵³⁹ V. *supra* n°200.

¹⁵⁴⁰ Cass., AP, 5 octobre 2018, n°12-30.138 ; *D.* 2019, 228, note Deumier et Fulchiron ; *ibid.* 663, obs. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 725 ; *ibid.* 725, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; *ibid.* 1016, obs. Clavel et Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2018, 613, obs. SAULIER ; *ibid.* 569, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2019, 90, obs. Leroyer ; V. *supra* n°164.

notamment si le recours à l'adoption était envisageable. La Cour européenne, dans son avis consultatif du 10 avril 2019,¹⁵⁴¹ considère comme nécessaire la reconnaissance des liens entre l'enfant et le parent d'intention si ces liens se sont concrétisés. Elle laisse cependant aux États la liberté de déterminer les modalités de reconnaissance de ce lien, tant qu'elles respectent une exigence de célérité et d'effectivité. Se fondant sur l'intérêt de l'enfant et le droit au respect de la vie privée, la Cour estime, en effet que « ce qui est en jeu dans le contexte de la reconnaissance d'un lien de filiation entre des enfants nés à l'issue d'une gestation pour autrui et les parents d'intention dépasse en réalité la question de l'identité de ces enfants. D'autres aspects essentiels de leur vie privée sont concernés dès lors que sont en question l'environnement dans lequel ils vivent et se développent et les personnes qui ont la responsabilité de satisfaire à leurs besoins et d'assurer leur bien-être »¹⁵⁴², ce qui la conduit à revenir sur son appréciation initiale et à réduire l'ampleur de la marge nationale d'appréciation.

381. Obligation généralisée de reconnaître le lien de filiation du second parent d'intention. La Cour européenne a, depuis, maintenu cette solution et l'a étendue à l'ensemble des situations. Elle a, dans un premier temps, confirmé la validité de l'adoption comme mode de reconnaissance du lien établi à l'égard de la mère d'intention également mère génétique¹⁵⁴³. Cette généralisation était déjà annoncée dans l'avis consultatif qui précisait que « bien que le litige interne ne concerne pas le cas d'un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et conçu avec les gamètes de la mère d'intention, la Cour juge important de préciser que, lorsque la situation est par ailleurs similaire à celle dont il est question dans ce litige, la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut *a fortiori* dans un tel cas »¹⁵⁴⁴. Cette précision semble d'ailleurs être l'une des raisons pour lesquelles la Cour est finalement venue imposer la reconnaissance du second lien de filiation. Ne traiter la question de la gestation pour autrui que par le prisme de ses effets ne permet pas une appréhension de l'ensemble des configurations possibles et ainsi, conduit d'une part à traiter le contentieux à partir des droits de l'enfant afin d'éviter qu'il soit trop lésé par les solutions¹⁵⁴⁵ et à traiter indistinctement les « seconds parents ». Pourtant, il paraît délicat, malgré la définition consensuelle de la maternité rattachée à l'accouchement, de ne pas prendre

¹⁵⁴¹ CEDH, *Avis consultatif*, 10 avril 2019, demande n° P16-2018-001.

¹⁵⁴² CEDH, *Avis consultatif*, 10 avril 2019, demande n° P16-2018-001, §45.

¹⁵⁴³ CEDH, *D. c. France*, 16 juillet 2020, n°11288/18.

¹⁵⁴⁴ CEDH, *Avis consultatif*, 10 avril 2019, demande n° P16-2018-001, §47.

¹⁵⁴⁵ FULCHIRON H., « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la Cour EDH », préc., p. 137-153, spéc. p. 149 et s.

en considération la mère d'intention dont l'ovule a été utilisé¹⁵⁴⁶, spécialement dans la jurisprudence européenne qui apprécie la « réalité biologique » là où le droit français parle davantage de « vérité biologique »¹⁵⁴⁷. Cette approche réaliste la conduit ainsi nécessairement à inclure dans la balance d'intérêts la réalité factuelle d'un lien génétique.

382. Absence de distinction homme-femme quant à l'établissement du second lien de filiation. Pour autant, l'approche réaliste ne conduit pas à imposer un traitement spécifique à l'égard de la mère d'intention mère génétique. La réalité biologique n'est que l'un des éléments que la Cour apprécie et, en l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les deux parents d'intention, elle fait basculer le contentieux sur le terrain de la vie familiale¹⁵⁴⁸, versant qui se distingue parfois difficilement du versant « vie privée »¹⁵⁴⁹. L'engagement parental et la participation, même sans apport de matériel génétique, du second parent, auxquels il faut ajouter, dans la majorité des cas, une réalité affective et matérielle ont ainsi conduit la Cour à imposer, de façon générale, la reconnaissance du lien de filiation pour le second parent¹⁵⁵⁰. La proximité, peu importe le mode de conception de l'enfant, des réalités concrètes entre les parents d'intention qui n'ont pas porté cet enfant, qu'ils soient hommes ou femmes, a ainsi conduit la Cour à ne pas imposer de traitement spécifique à la mère d'intention également mère génétique¹⁵⁵¹, en l'espèce dans le cadre d'une ROPA. Aucune distinction n'existe donc pour le second parent d'intention : peu importe son sexe ou l'existence d'un lien génétique avec l'enfant, le lien de filiation établi à l'étranger doit être reconnu, mais l'adoption est un moyen de reconnaissance tout autant valable que la transcription.

383. Indifférence du caractère commercial de la gestation pour autrui ? La rétribution de la mère porteuse ne suffit pas à justifier le refus automatique de reconnaissance du lien de filiation de la mère d'intention. En ce sens, la Cour européenne a condamné le

¹⁵⁴⁶ HILT P., « Repenser la maternité », *D.* 2019, p. 2190 ; DIONISI-PEYRUSSE A., « Les droits des femmes et des enfants face au poids de l'accouchement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, IRJS, 2021, p. 312 et s.

¹⁵⁴⁷ FULCHIRON H., « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la Cour EDH », préc., p. 137-153, spéc. p. 149 et s.

¹⁵⁴⁸ CEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, n°25358/12 ; CEDH, *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande*, 18 mai 2021, n°71552/17.

¹⁵⁴⁹ Sur le rapprochement des notions v. *supra* n°147 et s.

¹⁵⁵⁰ CEDH, *D.B. et autres c. Suisse*, 22 novembre 2022, n°58817/15 et 58252/15 : *Dr. famille* 2023, comm. 21, V. Égée ; *JCP G* 2023, 37, F. Sudre.

¹⁵⁵¹ CEDH, *R. F. et autres c. Allemagne*, 12 novembre 2024, n°46808 ; *Dr. fam.* 2025, comm. 3, V. Égée.

Danemark dans l'affaire *K. K. et autres*¹⁵⁵² sur le fondement de l'atteinte à la vie privée des enfants, nés d'une convention de gestation pour autrui en Ukraine, et qui n'avaient pu être adoptés par leur mère d'intention en raison du caractère commercial de la convention. Les juridictions danoises avaient cependant accordé l'autorité parentale à la mère d'intention, qui pouvait également tester en faveur des enfants. La Cour considère néanmoins qu'un poids trop important a été accordé à l'intérêt général visant à limiter les effets négatifs des gestations pour autrui commerciales réalisées à l'étranger par rapport à l'intérêt concret des enfants qui, en l'espèce, se sont retrouvés dans une situation d'incertitude juridique quant à leur identité. À nouveau, la Cour rappelle l'importance de l'appréciation concrète¹⁵⁵³ dont l'exigence semble se renforcer. Pour autant, un tel renforcement est-il réellement critiquable ? Du point de vue de la filiation de l'enfant, y a-t-il réellement une différence entre une gestation pour autrui « éthique » et une gestation pour autrui commerciale qui justifierait de reconnaître qu'un des liens de filiation dans le second cas ? D'autant plus que les gestations pour autrui qui ne sont pas qualifiées de « commerciales » ne sont pas pour autant gratuites, au regard de la frontière ténue entre la rétribution et l'indemnisation¹⁵⁵⁴. L'affaire *K. K. et autres* illustre ainsi la difficulté d'appréhender la gestation pour autrui uniquement par ses effets : dans une telle situation, les juridictions se prononcent nécessairement « trop tard », la GPA, qu'elle soit éthique, commerciale, voire réalisée dans des conditions extrêmement discutables, a eu lieu. Quelle réparation apporterait un traitement distinctif des enfants qui en sont issus ? Il semble peu probable que cela oriente réellement le tourisme procréatif et conduisent les ressortissants à modifier leur destination... De plus, en se focalisant uniquement sur le résultat, à savoir imposer la reconnaissance de liens, au détriment des moyens de reconnaissance de ces liens valablement établis à l'étranger, la Cour induit un « pluralisme méthodologique », perturbant le jeu classique des méthodes de droit international privé¹⁵⁵⁵ et entretient les confusions entre établissement *stricto sensu* de la filiation et reconnaissance des liens de filiation valablement établis à l'étranger¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵² CEDH, *K. K. et autres* c. Danemark, 6 décembre 2022, n°25212/21 ; *AJ fam.* 2023. 5, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

¹⁵⁵³ V. *supra* n°180.

¹⁵⁵⁴ SALVAGE-GEREST P., PEYRÉ J., « La France face à la GPA : “cachez ce ventre que je ne saurais voir” », *D.* 2018, p. 359.

¹⁵⁵⁵ FULLI-LEMAIRE S., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, *op. cit.*, n°168-169.

¹⁵⁵⁶ KARILA-DANZIGER A., JOLY F. G., « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, “Fin de partie” », *AJ fam.* 2021 p. 582.

384. Gestation pour autrui réalisée sur le territoire national. Bien que la jurisprudence européenne soit parfois vue comme « moraliste », car jugeant en « opportunité »¹⁵⁵⁷, elle a au moins pour mérite de mettre en exergue les contradictions au sein même des États. Partant des effets des conventions de GPA, et résolvant les affaires principalement du point de vue de l'enfant et de son intérêt apprécié concrètement, la Cour européenne impose aux États une attitude générale cohérente. L'affaire *A. L. contre France*¹⁵⁵⁸ illustre l'ampleur de la marge nationale d'appréciation octroyée aux États, même dans le cadre d'une GPA, dès lors qu'il existe un conflit de droits quant à la détermination des parents. En l'espèce, la « convention » de gestation pour autrui avait été conclue entre une femme et un couple d'hommes en France en toute illégalité et l'enfant avait été conçu artisanalement par l'insémination de la mère porteuse avec le sperme de l'un des hommes du couple. Faisant croire au décès de l'enfant à la naissance, la mère porteuse s'était, entre-temps, rapproché d'un couple hétérosexuel candidat à l'adoption à qui elle a remis l'enfant à la naissance en échange d'une somme d'argent. L'enfant avait été reconnu en premier par son père biologique, quelques jours après par le père adoptif et le subterfuge avait été découvert à la maternité, lors de la naissance, conduisant à la condamnation, au plan pénal, des différents protagonistes¹⁵⁵⁹. En parallèle, sur le plan civil, le père biologique agit en contestation de paternité, l'acte de naissance de l'enfant indiquant la seconde reconnaissance qui avait été faite. L'action relative à la filiation se conclut par la préférence accordée au second couple, n'ayant aucun lien biologique avec l'enfant, mais l'élevant depuis sa naissance, à l'issue de six ans de procédure. Or, si cette décision fait l'objet d'une condamnation à Strasbourg, ce n'est pas le choix quant à la filiation qui justifie la condamnation française, la Cour accordant, comme à son habitude, une large marge d'appréciation en cas de conflit de filiations¹⁵⁶⁰. La durée de la procédure et le maintien de l'enfant au sein du second couple au cours de la procédure ont largement été déterminants quant au choix sur la filiation, ce que la Cour ne manque pas de remarquer, au point de fonder la condamnation sur le manque de célérité des juridictions françaises.

385. Écoulement du temps. Le malaise suscité par la gestation pour autrui, *a fortiori* quand elle a lieu sur le territoire national, conduit à des situations difficiles à régler : les

¹⁵⁵⁷ *Contra* CHÉNEDÉ F., « La filiation de l'enfant né d'une "GPA française" : cohérence juridique versus appréciation morale », *AJ fam.* 2019 p. 531.

¹⁵⁵⁸ CEDH, *A.L. c. France*, 7 avril 2022, n°25212/21.

¹⁵⁵⁹ T. corr. Blois, 22 mars 2016, n°2016-006174, *Dr. fam.* 2016. Étude 18, note M.-C. Guérin.

¹⁵⁶⁰ V. *supra* n°175.

conditions de la venue au monde de l'enfant étaient largement discutables, mais le laisser chez le couple « choisi » par la mère porteuse avait réglé la question avant même qu'un juge ne se prononce. Pour s'en convaincre, il suffit de regarder les tentatives de la décision du tribunal de grande instance de Dieppe du 23 mars 2017 pour faire primer le lien biologique et d'organiser la transition pour l'enfant entre le second couple et le premier : « il convient d'ordonner un transfert de résidence progressif de manière à permettre à l'enfant de faire connaissance avec son père et le compagnon de ce dernier. (...) le transfert de résidence n'a vocation à être effectif qu'à compter du 9 décembre 2017. Avant cette date, il appartiendra [au requérant] de venir voir l'enfant sur Dieppe, d'abord dans le cadre de simples droits de visite, puis de droits de visite et d'hébergement à compter des vacances de la Toussaint 2017. Le tribunal est parfaitement conscient de la distance séparant le domicile [du requérant] du domicile du couple [R.] et des difficultés pratiques engendrées par la mise en place, dans un premier temps, d'un simple droit de visite. Il est toutefois impératif que [le requérant] prenne en compte l'intérêt de [S.] et le caractère nécessaire d'une rencontre progressive et accompagnée de professionnels. En effet, et afin d'accompagner [S.] dans la découverte de ses origines, les rencontres [du requérant] et de l'enfant se feront par l'intermédiaire d'une association spécialisée dans la médiation familiale et les rencontres médiatisées. Il reviendra au couple [R.] d'accompagner l'enfant à l'espace Rencontre Parents Enfants (...) aux dates et heures précisées (...). Afin de préparer l'enfant aux changements à intervenir, trois rencontres seront organisées sans la présence du père biologique. Si le couple [R.] le souhaite, un professionnel, distinct de celui prenant en charge l'enfant, sera à leur disposition pour un temps d'écoute et d'échange. Les deux rencontres suivantes viseront à permettre à l'enfant de rencontrer son père biologique avec l'intervention d'un professionnel, puis en présence seulement de ce tiers, sans que celui-ci interfère nécessairement dans les échanges. Par la suite, les professionnels auront vocation à intervenir au moment du départ de l'enfant et au moment de son retour. Il s'agira, dans un premier temps, de simples droits de visite durant l'après-midi, puis de droits de visite et d'hébergement sur le weekend à compter du mois d'octobre 2017. Enfin, afin que l'enfant puisse découvrir son nouveau lieu de vie avant le transfert effectif de résidence, il est prévu la mise en place de deux weekends élargis au mois de novembre au domicile [du requérant]. Des contacts à distance avec l'association pourront le cas échéant être envisagés. À compter du samedi 9 décembre 2017, [S.] pourra partir vivre avec son père biologique ». L'écoulement du temps est un facteur déterminant dans l'appréciation abstraite et concrète de l'intérêt de l'enfant.

Maquiller une approche concrète pour justifier l'inaction administrative ne suffit dès lors pas à convaincre la Cour européenne et met, au contraire, la France face à ses paradoxes¹⁵⁶¹.

386. Luxembourg et La Haye : second souffle ou coup d'arrêt ? Un second souffle sera-t-il apporté par l'Union européenne ? La CJUE développe, en effet, sa jurisprudence¹⁵⁶² consistant à intensifier la production d'effets du statut valablement constitué dans un pays membre de l'Union européenne¹⁵⁶³. Néanmoins, s'esquisse dans le même temps une volonté de lutter contre la GPA. Le Parlement européen a ajouté, en première lecture, l'exploitation de la gestation pour autrui dans la liste issue de la directive 2011/36/UE définissant les pratiques relevant de la traite d'êtres humains¹⁵⁶⁴. Seule l'exploitation de la gestation pour autrui est visée et non son recours librement consenti. Néanmoins, l'Union européenne semble être dans le même entre-deux que le droit français. Face à l'impossibilité actuelle quant à une entente internationale¹⁵⁶⁵ permettant d'encadrer la GPA¹⁵⁶⁶, sur le modèle de l'adoption internationale, l'Union européenne ouvre, en contrepartie, « un champ considérable à l'obligation de reconnaissance du statut personnel qu'un citoyen a valablement constitué dans un autre État membre »¹⁵⁶⁷. L'impossibilité de lutter contre le marché de la procréation¹⁵⁶⁸ conduit ceux qui considèrent, par principe, la technique comme non-éthique, à adopter un entre-deux difficile à gérer, la réalité des situations et, spécialement, l'existence de l'enfant ne pouvant être niées¹⁵⁶⁹. Les principaux garde-fous qui se développent aujourd'hui sont les « réactions

¹⁵⁶¹ Pour une analyse de l'arrêt de la Cour de cassation v. *infra* n°388.

¹⁵⁶² Pour un exemple récent, v. CJUE, gde ch., 14 décembre 2021, aff. C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, « Pancharevo »*; D. 2022. 331, note L. D'Avout et R. Legendre, 565, chron. H. Fulchiron, et 872, obs. M. Mesnil ; *AJ fam.* 2022. 5, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2022. 352, obs. L. Usunier : « il serait contraire aux droits fondamentaux que les articles 7 et 24 de la Charte garantissent à cet enfant, de priver celui-ci de la relation avec l'un de ses parents dans le cadre de l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ou de lui rendre l'exercice de ce droit, de fait, impossible ou excessivement difficile au motif que ses parents sont de même sexe ».

¹⁵⁶³ FULCHIRON H., « La reconnaissance de la filiation des enfants nés dans des couples de même sexe devant les juridictions européennes : entre autolimitation et dynamique commune », D. 2022, p. 565.

¹⁵⁶⁴ P9 TA (2024)0310, 23 avr. 2024.

¹⁵⁶⁵ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, préc., n°988 ; BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 229.

¹⁵⁶⁶ Les rapports et projets de la conférence de La Haye sont disponibles [en ligne].

¹⁵⁶⁷ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°1141.

¹⁵⁶⁸ KESSLER G., « Le marché de la procréation : fatalité ou opportunité ? », *Dr. fam.* n°10, oct. 2010, étude 24. SALVAGE-GEREST P., PEYRÉ J., « La France face à la GPA : “cachez ce ventre que je ne saurais voir” », D. 2018, p. 359 ; BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 215 et s.

¹⁵⁶⁹ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°1146 ; BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 229.

protectionnistes »¹⁵⁷⁰ des États qui prennent des mesures visant à empêcher le tourisme procréatif en autorisant la gestation pour autrui exclusivement à leurs ressortissants. Les réactions internationales restent ainsi aujourd'hui limitées et dépendent des choix individuels des États.

¹⁵⁷⁰ LAMARCHE M., « Des biens, des embryons et des hommes », *Dr. fam.* n°10, octobre 2015, alerte 63.

B. La position juridictionnelle française : satisfaire des injonctions contradictoires

387. Exclusion du droit commun de la filiation. Contraints par la jurisprudence européenne, différents moyens s'offraient aux juges français afin de faire produire des effets aux conventions de GPA. Au-delà de la transcription, il est également possible d'établir directement la filiation par les mécanismes du droit français. Le recours au droit commun de la filiation a cependant été rapidement écarté, que ce soit la reconnaissance¹⁵⁷¹ ou la possession d'état¹⁵⁷², faisant fi de raisonnements de droit international privé¹⁵⁷³ voire même du droit de la filiation¹⁵⁷⁴. La volonté de s'opposer, à tout prix, à la gestation pour autrui, a en effet conduit à s'opposer, dans un premier temps, à tout établissement de filiation de droit commun en raison du non-respect de principes essentiels du droit français. Pour autant, malgré un indéniable contournement d'une règle française, la fraude existe-t-elle réellement pour la reconnaissance paternelle alors que le droit français repose également sur la possibilité « que le père biologique puisse valablement reconnaître son enfant, et ce quelles que soient les circonstances hors cas d'inceste absolu »¹⁵⁷⁵ ? En l'absence de moyens efficaces, les juges se sont trouvés contraints de trouver des arguments techniques pour défendre une position de principe, au gré des contentieux dont ils étaient saisis, chacun ayant ses spécificités, tout en se fondant sur un droit qui n'était pas adapté à la « décomposition » de la maternité que permet la gestation pour autrui¹⁵⁷⁶. Tirillés par des injonctions contradictoires, les juges français ont agi progressivement et prudemment. Dans un esprit de consensus, l'adoption, un premier temps

¹⁵⁷¹ Cass., 1^{ère} civ., 13 septembre 2013, n° 12-30.138.

¹⁵⁷² Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011, n°09-17.130 ; D. 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; D. 2011. 1001, édito. F. Rome ; D. 2011. 1064, entretien P. Labbee ; D. 2011. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; D. 2011. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; D. 2012. 308, spéc. 320, obs. J.-C. Galloux ; D. 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; D. 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2011. 262, obs. B. Haftel ; *AJ fam.* 2011. 266, interview Domingo ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2011. 722, note P. Hammje.

¹⁵⁷³ NIBOYET M.-L., DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., FULLI-LEMAIRE S., *Droit international privé*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2023, n°86 ; FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

¹⁵⁷⁴ DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°822 et s. ; BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 227.

¹⁵⁷⁵ BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 227.

¹⁵⁷⁶ FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1 ; DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « Les fondements de la filiation au prisme du genre », préc., p. 178 et s.

rejetée que ce soit en sa forme simple¹⁵⁷⁷ ou plénière¹⁵⁷⁸, a été finalement préférée, en ce qu'elle offre, au moins en apparence, un contrôle judiciaire.

388. Gestation pour autrui réalisée en France et confrontation au droit commun.

L'exclusion immédiate du droit commun s'est, dans cette perspective, vue questionnée par l'affaire *A. L.*¹⁵⁷⁹ où la gestation pour autrui avait été réalisée en France et avait également conduit à diverses condamnations pénales, dont celle de la mère porteuse qui avait confié l'enfant à un couple tiers¹⁵⁸⁰. Les juges n'étaient pas face à une question de transcription d'un acte de naissance, mais confrontés au droit commun de la filiation. En l'espèce, la Cour de cassation confirme le raisonnement de la cour d'appel qui avait déclaré irrecevable les actions en contestation et en établissement de la filiation du père biologique en se fondant sur la nullité de la convention, raisonnement qui peut laisser dubitatif¹⁵⁸¹, *a fortiori* quand les liens de filiation établis à l'égard du second couple reposent sur un détournement de l'adoption, tout aussi discutable qu'un recours à la GPA¹⁵⁸². La nullité de la convention est-elle réellement un argument suffisant pour justifier l'irrecevabilité de l'action ? L'absence de légitimité de l'intérêt à agir pourrait le justifier, néanmoins l'argument perd en puissance face à la confirmation des liens établis à l'égard du couple qui a contourné les règles de l'adoption¹⁵⁸³. En tout état de cause, l'absence d'effet de la convention ne remet pas en question le lien biologique qui existe entre l'enfant et son géniteur et, au contraire, ce lien biologique entre le père et l'enfant a été la première brèche permettant la reconnaissance progressive des effets des gestations pour autrui valablement conclues à l'étranger. Le conflit de filiations créé par les actions de la mère porteuse justifie le refus opposé au père biologique, mais le raisonnement crée de nombreuses incohérences¹⁵⁸⁴. Les juges ont, en l'espèce, privilégié le vécu de l'enfant au terme d'un contrôle concret discutable – mais excusable au vu de l'imbroglio résultant de la

¹⁵⁷⁷ Cass., 1^{ère} civ., 29 juin 1994, n°92-13.563 ; *JCP* 1995, II, 22362, note Rubellin-Devichi ; *RTD civ.* 1994, 842, obs. Hauser.

¹⁵⁷⁸ Cass, AP, 31 mai 1991, n° 90-20.105, préc. ; Cass., 1^{ère} civ., 9 décembre 2003, n°01-03.927.

¹⁵⁷⁹ V. *supra* n°384.

¹⁵⁸⁰ T. corr. Blois, 22 mars 2016, n°2016-006174, *Dr. fam.* 2016. Étude 18, note M.-C. Guérin.

¹⁵⁸¹ PICHARD M., « Père(s) sans mère », *LPA*, 14 janvier 2019, n°10.

¹⁵⁸² SALVAGE-GEREST P., « La fin ne justifie pas toujours les moyens », *AJ fam.* 2019, p. 531.

¹⁵⁸³ CHÉNEDÉ F., « La filiation de l'enfant né d'une "GPA française" : cohérence juridique *versus* appréciation morale », *AJ fam.* 2019 p. 531.

¹⁵⁸⁴ GARRIGUE J., « Précisions sur la filiation des enfants nés d'une mère porteuse en France », *RJPF* n°11, novembre 2019.

situation ? – ¹⁵⁸⁵. L'intérêt de l'enfant est évoqué, mais sa caractérisation questionne¹⁵⁸⁶, les parents chez qui l'enfant avait été accueilli étant nécessairement bien plus privilégiés par l'approche employée par les juges d'appel. Surtout, la solution paraît plus sévère à l'égard des parents ayant recours à une gestation pour autrui en France qu'à ceux le faisant à l'étranger¹⁵⁸⁷, pour autant qu'ils soient en concurrence avec un autre couple.

389. Filiation paternelle. À la suite de la condamnation par la CEDH dans l'affaire *Mennesson et Labassée*, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, a opéré, le 3 juillet 2015¹⁵⁸⁸, un revirement de jurisprudence, acceptant la transcription de l'acte d'état civil régulier réalisé à l'étranger, mentionnant le père d'intention et la mère porteuse et reconnaissant ainsi la filiation paternelle. La solution se fondait sur l'article 47 du Code civil en son ancienne rédaction, qui prévoyait 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 est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

La décision garantit la reconnaissance de la filiation du père d'intention, indiqué comme étant le père dans l'acte de naissance étranger. Aucune preuve quant à la réalité biologique de la filiation paternelle n'est exigée ni même ne peut être demandée par le procureur de la République¹⁵⁸⁹. La régularité de l'acte suffit à garantir la véracité des éléments y étant mentionnés¹⁵⁹⁰ et surtout, les fondements du droit français n'en sont pas malmenés. La filiation paternelle repose sur une vraisemblance de paternité, contredite uniquement par des expertises

¹⁵⁸⁵ FULCHIRON H., « Vérité biologique, prohibition de la GPA, fraude à l'adoption et intérêt de l'enfant : comment trouver un équilibre ? », *Dr. fam.* n°11, novembre 2019, comm. 216.

¹⁵⁸⁶ LOISEAU G., « La gestation pour autrui et le syndrome de la loi imparfaite », *D.* 2019, p. 1985 ; LEROYER A.-M., « L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant en matière de GPA », *RTD civ.* 2019 p. 838.

¹⁵⁸⁷ GARRIGUE J., « Précisions sur la filiation des enfants nés d'une mère porteuse en France », *RJPF* n°11, novembre 2019 ; LEROYER A.-M., « L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant en matière de GPA », *RTD civ.* 2019 p. 838 ; CHÉNEDÉ F., « La filiation de l'enfant né d'une "GPA française" : cohérence juridique *versus* appréciation morale », *AJ fam.* 2019 p. 531. Pour une position plus nuancée sur la solution à deux vitesses v. FULCHIRON H., « Vérité biologique, prohibition de la GPA, fraude à l'adoption et intérêt de l'enfant : comment trouver un équilibre ? », *Dr. fam.* n°11, novembre 2019, comm. 216.

¹⁵⁸⁸ Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002, n° 14-21.323 ; *D.* 2015. 1819, note Fulchiron et Bidaud-Garon ; *ibid.* 1773, obs. Sindres ; *ibid.* 1919, obs. Bonfils et Gouttenoire ; *AJ fam.* 2015. 496, obs. Chénédé ; *ibid.* 364, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2015. 581, obs. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2015. 2949, obs. LE Maigat ; *Dr. fam.* 2015, 166, obs. BINET.

¹⁵⁸⁹ Cass., 1^{ère} civ., 29 novembre 2017, n°16-50.061, *D.* 2017. 2477.

¹⁵⁹⁰ FULCHIRON H., « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *D.* 2017, p. 1737.

biologiques dans un cadre contentieux, ce qui facilite l'admission d'une telle solution, malgré l'existence d'une GPA.

390. *Filiation maternelle et transcription : réalité de l'accouchement.* Un doute subsistait quant à l'établissement de la filiation maternelle, notamment si la mère d'intention était indiquée dans l'acte de naissance étranger. La précision est apportée par une décision postérieure, le 5 juillet 2017¹⁵⁹¹, tout en intégrant une certaine ambiguïté¹⁵⁹². Si la gestation pour autrui n'est plus qualifiée de fraude¹⁵⁹³, la Cour de cassation rappelle que la technique est prohibée sur le territoire français, ce qui invite à « décourager » les ressortissants nationaux qui y ont recours. Dès lors, la Cour estime que la réalité visée à l'article 47 est la réalité matérielle de l'accouchement concernant la désignation de la mère c'est-à-dire que la mère d'intention ne doit pas y figurer comme étant la mère naturelle de l'enfant. Le malaise des juridictions françaises est, ici, particulièrement tangible. Tirailé entre les injonctions européennes et la prohibition française, le juge, contraint de juger, tente de moduler, en lieu et place du législateur¹⁵⁹⁴, l'ampleur des effets pour satisfaire des enjeux antagonistes.

391. *Filiation du second parent et adoption.* Le refus de transcription opposé à la mère d'intention a, toutefois, été immédiatement compensé par la possibilité offerte à l'épouse ou à l'époux du père d'adopter l'enfant issu de la convention. Tout en affirmant que la transcription ne permettait pas de reconnaître la filiation de la mère d'intention puisque celle-ci n'a pas accouché, la Cour de cassation ajoute, le même jour, que l'épouse ou l'époux du père pourra adopter l'enfant si les conditions de l'adoption sont réunies et si l'adoption est conforme

¹⁵⁹¹ Cass 1^{ère} civ, 5 juillet 2017, n°15-28.597, *D.* 2017. 1737, note Fulchiron ; *ibid.* 1727, obs. Bonfils et Gouttenoire ; *ibid.* 2018. 528, obs. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 641, obs. Douchy-Oudot ; *ibid.* 765, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; *ibid.* 966, obs. Clavel et Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017. 482, obs. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* 375, obs. Chénéde ; *ibid.* 431, obs. P. Salvage-Gerest ; *Rev. crit. DIP* 2018. 143, note S. Bollée ; Cass 1^{ère} civ, 29 novembre 2017, n° 16-50.061.

¹⁵⁹² SALVAGE-GEREST P., PEYRÉ J., « La France face à la GPA : “cachez ce ventre que je ne saurais voir” », *D.* 2018, p. 359.

¹⁵⁹³ LABORDE J.-P., SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ S., *Droit international privé*, Dalloz coll. « Mémento », 20^{ème} éd., 2023, p. 159 ; Sur la discussion quant à la qualification de fraude v. FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Dans les limbes du droit – à propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D.* 2013, p. 2349 ; BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 215-232.

¹⁵⁹⁴ PARICARD S., « La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence », *D.* 2020 p. 426 ; SALVAGE-GEREST P., PEYRÉ J., « La France face à la GPA : “cachez ce ventre que je ne saurais voir” », *D.* 2018, p. 359 ; FULCHIRON H., « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *D.* 2017, p. 1737.

à l'intérêt de l'enfant¹⁵⁹⁵. L'adoption est prononcée dans la majeure partie des demandes, l'enfant habitant avec le couple commanditaire et ayant développé des relations affectives avec les deux personnes qu'il considère comme ses parents. Ce recours à l'adoption a pour bénéfice d'offrir la sensation de contrôler les conditions de réalisation de la convention¹⁵⁹⁶. Si la filiation de la mère porteuse est établie, il permet, de plus, de conditionner l'adoption à son consentement, rassurant sur l'état d'esprit et la conscience libre et éclairée qu'aurait eu la femme qui a porté l'enfant¹⁵⁹⁷.

392. Généralisation de la transcription. Malgré la certification européenne quant au recours à l'adoption à la suite de la demande d'avis, la Cour de cassation fait à nouveau évoluer sa jurisprudence dans l'« épilogue »¹⁵⁹⁸ de l'affaire *Mennesson*. L'assemblée plénière accepte, le 4 octobre 2019¹⁵⁹⁹, en effet, la transcription intégrale de l'acte de naissance des jumelles *Mennesson*. Considérée, dans un premier temps, comme un arrêt d'espèce qui serait justifié par la longueur de la procédure¹⁶⁰⁰, la solution est finalement généralisée deux mois plus tard par la première chambre civile¹⁶⁰¹ qui revient sur son appréciation matérielle du critère de réalité prévu à l'article 47 du Code civil. Elle affirme ainsi que « en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres d'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du Code

¹⁵⁹⁵ Cass 1^{ère} civ, 5 juillet 2017, n° 15-28.597, 16-16.901, 16-50.025, 16-16.455, 16-16.495, 16-20.052, D. 2017. 1737, note Fulchiron ; *ibid.* 1727, obs. Bonfils et Gouttenoire ; *ibid.* 2018. 528, obs. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 641, obs. Douchy-Oudot ; *ibid.* 765, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; *ibid.* 966, obs. Clavel et Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017. 482, obs. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* 375, obs. Chénédé ; *ibid.* 431, obs. P. Salvage-Gerest ; *Rev. crit. DIP* 2018. 143, note S. Bollée.

¹⁵⁹⁶ KARILA-DANZIGER A., JOLY F. G., « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, "Fin de partie" », *AJ fam.* 2021 p. 582.

¹⁵⁹⁷ Art. 370-3 C. civ.

¹⁵⁹⁸ BRUNET L., « Affaire *Mennesson* : épilogue », *AJ fam.* 2019 p. 481.

¹⁵⁹⁹ Cass, AP, 4 octobre 2019, n°10-19.053 ; D. 2019. 2228, note Fulchiron et Bidaud ; *AJ fam.* 2019. 487, obs. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* 592, obs. G. Kessler ; *RTD civ.* 2019. 817, obs. Marguénaud ; *ibid.* 841, obs. Leroyer ; *JCP* 2019, n° 1184, note Gouttenoire et Sudre ; *Dr. fam.* 2019, 261, note Binet.

¹⁶⁰⁰ KARILA-DANZIGER A., JOLY F. G., « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, "Fin de partie" », *AJ fam.* 2021 p. 582.

¹⁶⁰¹ Cass., 1^{ère} civ., 18 déc. 2019, n° 18-14.751 et 18-11.815.

civil », redonnant dès lors, son plein sens à cet article¹⁶⁰², tout en inscrivant son évolution dans ses décisions antérieures et en la justifiant, grâce à la motivation enrichie, par la quête d'un équilibre entre ordre public et respect des droits fondamentaux¹⁶⁰³. Pour autant, cette émancipation est rapidement freinée par le législateur.

§II. Les échafaudages textuels, « chainage des murs porteurs »

393. Transcription et exequatur. Un lien de filiation peut être établi à l'étranger dans le cadre d'une gestation pour autrui de deux façons qui détermineront les voies offertes aux ressortissants pour faire valoir ces liens en France¹⁶⁰⁴. Selon les États, la filiation peut être établie par la constitution d'un acte d'état civil ou par jugement, ce dernier étant un préalable au dressage de l'acte d'état civil, notamment afin de vérifier l'intégrité du consentement des personnes ayant conclu la convention¹⁶⁰⁵. L'acte d'état civil ouvre la voie de la transcription, quand le jugement permet de demander l'*exequatur* de la décision. La transcription consiste à demander la copie de l'acte étranger sur les registres d'état civil français quand l'*exequatur* « désigne la procédure devant le tribunal judiciaire ayant vocation à donner force exécutoire à une décision ou un acte étranger »¹⁶⁰⁶. La transcription permet de rendre opposable en France l'acte d'état civil, elle n'établit pas la filiation à proprement parler, mais constate la constitution de l'état à l'étranger et en facilite la preuve¹⁶⁰⁷. Elle ne garantit pas la véracité du lien, la filiation établie pouvant, par la suite, être contestée selon les règles de droit français. Elle obéit donc à une procédure portant davantage sur un contrôle de régularité, contrairement à l'*exequatur*. En effet, pour être accordé, l'*exequatur* doit répondre à trois conditions cumulatives : la compétence du juge étranger qui a rendu la décision faisant l'objet de la demande, la conformité

¹⁶⁰² DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°880 et s ; FULCHIRON H., « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *D.* 2017, p. 1737.

¹⁶⁰³ PARICARD S., « La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence », *D.* 2020 p. 426.

¹⁶⁰⁴ GUILLAUMÉ J., « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », in DIONISI-PEYRUSSE A., MAUGER-VIELPEAU L., *Les fondements de la filiation*, op. cit., p. 241.

¹⁶⁰⁵ BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 215-232.

¹⁶⁰⁶ V° « *Exequatur* », in PUIGELIER C. (dir.), *Dictionnaire juridique*, 4^{ème} éd., Bruylant coll. « Paradigme », 2023.

¹⁶⁰⁷ LEROYER A.-M., « Que ce soit clair : la transcription ne purge pas l'acte d'état civil étranger de ses vices ! », *RTD civ.* 2020, p. 850 ; FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

de la décision à l'ordre public international et l'absence de fraude à la loi. La procédure est donc davantage un contrôle substantiel puisqu'il s'agit « d'importer » la décision étrangère¹⁶⁰⁸. En tout état de cause, la majeure partie du contentieux s'est fondé sur la question de la transcription, l'*exequatur* étant plus rarement demandé, principalement en raison du défaut de jugement assez fréquent dans les pays autorisant la GPA¹⁶⁰⁹, de l'obtention d'un acte d'état civil grâce à ce jugement, et du refus probable que se verraient opposer les requérants demandant l'*exequatur*¹⁶¹⁰.

394. « Reconnaissance ou reconstruction »¹⁶¹¹. La question du lien de filiation valablement établi à l'étranger a été résumée en doctrine par la formule « reconnaissance ou reconstruction », synthétisant la double possibilité offerte aux autorités françaises. En raison du particularisme du contentieux de la GPA, interdite en France et portant atteinte à des règles essentielles du droit français, le jeu classique du droit international privé ne fournissait pas une réponse univoque¹⁶¹². Deux voies sont ainsi offertes aux autorités nationales, la « reconnaissance » du lien valablement établi à l'étranger, soit grâce à la transcription soit grâce à l'*exequatur*, ou la « reconstruction » qui implique d'établir la filiation selon les conditions prévues par la loi applicable. Suite aux évolutions jurisprudentielles, la voie de la transcription pour les deux parents a finalement été « choisie » par la Cour de cassation, l'*exequatur* n'étant pas la voie qui a mobilisé la majeure partie du contentieux. La loi de bioéthique a cependant offert la possibilité au législateur de s'opposer pour partie aux dernières décisions de la Cour de cassation. La transcription étant comprise comme un strict contrôle de régularité au vu des interprétations prétorienne, le législateur a contredit ces interprétations pour imposer un contrôle substantiel, engluant l'édifice prétorien bancal et renforçant les incohérences qu'il créait¹⁶¹³. Le régime pour le père d'intention également père biologique est maintenu, tandis

¹⁶⁰⁸ NIBOYET M.-L., DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., FULLI-LEMAIRE S., *Droit international privé*, *op. cit.*, n°86 et 827 et s.

¹⁶⁰⁹ FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

¹⁶¹⁰ JOLY F. G., « GPA et *exequatur* : propos introductif », *AJ fam.* 2023, p. 366.

¹⁶¹¹ FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

¹⁶¹² NIBOYET M.-L., DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., FULLI-LEMAIRE S., *Droit international privé*, *op. cit.*, n°86.

¹⁶¹³ SALVAGE-GEREST P., PEYRÉ J., « La France face à la GPA : “cachez ce ventre que je ne saurais voir” », *D.* 2018, p. 359.

que pour le second parent, la loi s'est opposée à la transcription (A.), préférant un contrôle judiciaire effectué en France par la voie de l'adoption (B.).

A. Refus de la transcription intégrale de l'acte de naissance

395. Modification de l'article 47 du Code civil. L'article 47 du Code civil a été la seule modification relative à la gestation pour autrui lors de la révision de la loi bioéthique. Fondement juridique principal de l'encadrement des effets des gestations pour autrui et sujet à interprétation, le critère de réalité a été modifié par le législateur afin d'imposer au juge sa propre interprétation. Le choix est finalement fait de préciser, *in fine*, que la réalité « est appréciée au regard de la loi française », ce qui permet de remettre en cause les dernières décisions de la Cour de cassation et de retrouver l'interprétation initiale du terme « réalité » qu'avait eue la Cour de cassation en 2017¹⁶¹⁴. Selon, désormais, la loi, seules la filiation paternelle et celle de la mère qui a accouché de l'enfant peuvent être reconnues lors de la transcription de l'acte, le second parent devant nécessairement passer par l'adoption. La réforme de l'adoption intervenue six mois après la réforme de bioéthique tempère, de plus, cette évolution, la condition de mariage n'étant plus imposée afin d'adopter l'enfant de l'autre membre du couple¹⁶¹⁵. Les derniers risques de condamnations à Strasbourg sont, dès lors, dissipés, laissant présumer que ce régime risque de se maintenir, le législateur ayant inscrit ses modifications dans la continuité de la jurisprudence européenne.

396. Dénaturation de la transcription. Au sens du droit français, la transcription d'un acte d'état civil n'est désormais possible que si les informations qui y figurent sont conformes à la réalité au sens de la loi française. Plus directement, la modification du texte a pour but de ne considérer comme mère que la femme qui a accouché d'un enfant¹⁶¹⁶. Cet ajout textuel pose cependant un certain nombre d'incohérences, voire de difficultés. La première d'entre elles est

¹⁶¹⁴ Cass 1^{ère} civ, 5 juillet 2017, n° 15-28.597, 16-16.901, 16-50.025, 16-16.455, 16-16.495, 16-20.052, D. 2017. 1737, note Fulchiron ; *ibid.* 1727, obs. Bonfils et Gouttenoire ; *ibid.* 2018. 528, obs. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 641, obs. Douchy-Oudot ; *ibid.* 765, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; *ibid.* 966, obs. Clavel et Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017. 482, obs. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* 375, obs. Chénédié ; *ibid.* 431, obs. P. Salvage-Gerest ; *Rev. crit. DIP* 2018. 143, note S. Bollée.

¹⁶¹⁵ Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, JORF n°0044 du 22 février 2022.

¹⁶¹⁶ BIDAUD C., « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiés par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi français"... », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 35 ; KARILA-DANZIGER A., JOLY F. G., « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, "Fin de partie" », *AJ fam.* 2021 p. 582.

le champ d'application de l'article 47. Si cet article a « acquis ses lettres de noblesse »¹⁶¹⁷ grâce au contentieux de la GPA, il s'applique à un certain nombre de situations bien distinctes – les mineurs non accompagnés, le mariage... – de la question des mères porteuses¹⁶¹⁸. La proposition initiale du Sénat, à l'origine de l'amendement qui a conduit à la modification du texte, portait sur la création d'un article 47-1 visant spécialement la transcription d'un acte de naissance à la suite d'une GPA¹⁶¹⁹ et aurait peut-être été plus cohérent¹⁶²⁰. Cette proposition se concentrait exclusivement la GPA, ce qui légitimait la loi de bioéthique dans sa modification puisque celle-ci a un domaine d'action précis¹⁶²¹, qui n'inclut pas le droit international privé¹⁶²². De plus, la règle « court-circuite les règles de droit international privé »¹⁶²³ en intégrant une approche substantielle qui « viderait de son sens le mécanisme même des règles de conflit de lois »¹⁶²⁴, selon l'interprétation que feront les juges de ce nouvel article.

397. Transcription, réalité et force probante. Le critère de réalité posé comme condition de la transcription s'inscrit dans le domaine de la force probante d'un acte d'état civil établi à l'étranger¹⁶²⁵. La transcription et la force probante, « s'entremêlent, s'entrecroisent, se chevauchent même parfois, mais ne sont pas synonymes »¹⁶²⁶. La transcription est, en effet, le moyen permettant, aux Français, de rendre opposables les éléments indiqués et ainsi, de faciliter

¹⁶¹⁷ LEROYER A.-M., « Les déclinaisons de l'article 47 du Code civil », *RTD civ.* 2022, p. 103.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*

¹⁶¹⁹ BIDAUD C., « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiés par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi français"... », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 35.

¹⁶²⁰ NIBOYET M.-L., DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., FULLI-LEMAIRE S., *Droit international privé*, *op. cit.*, n°86 ; MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°1143.

¹⁶²¹ V. sur le domaine des lois de bioéthique et le complément par une loi traditionnelle lorsque le besoin s'en fait sentir v. BINET J.-R., *Droit de la bioéthique*, *op. cit.*, n°69 et s.

¹⁶²² BIDAUD C., « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiés par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi français"... », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 35.

¹⁶²³ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°1143.

¹⁶²⁴ BIDAUD C., « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiés par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi français"... », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 35.

¹⁶²⁵ GUILLAUMÉ J., « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », *préc.*, p. 241.

¹⁶²⁶ BIDAUD C., « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiés par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi français"... », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 35.

la preuve de leur état¹⁶²⁷. Quant à l'absence de transcription, elle ne remet pas en question la force probatoire des éléments contenus dans l'acte. En effet, la jurisprudence estime que l'acte d'état civil étranger est « un écrit dans lequel l'autorité publique étrangère constate, d'une manière authentique, un événement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes »¹⁶²⁸. Tout le contentieux relatif à la transcription porte ainsi sur sa validité et c'est la principale raison pour laquelle les parents d'intention ont privilégié cette voie.

Un acte d'état civil étranger est probant s'il répond à certaines conditions : sa régularité, c'est-à-dire qu'il s'agit de s'assurer que l'acte d'état civil respecte les formes étrangères, sa falsification¹⁶²⁹ et le défaut de conformité des faits à la réalité, la réalité étant traditionnellement comprise comme une réalité factuelle par exemple, à la correspondance de la date ou du lieu indiqués dans l'acte avec la véritable date ou le véritable lieu de naissance de la personne¹⁶³⁰. Tout le jeu de l'article 47 est, justement, d'apprécier plus précisément cette notion de « réalité »¹⁶³¹. Le législateur a donc tranché le débat, imposant de comprendre la réalité au sens du droit français.

Or, faire correspondre la réalité à la manière dont la loi nationale l'apprécie implique que l'on ne peut plus uniquement se contenter d'une réalité factuelle, ce qui fait donc coexister la réalité factuelle avec la réalité juridique, modifiant la signification de ce que le critère de réalité entendait communément jusqu'à présent et qui avait vocation à porter sur des informations factuelles¹⁶³². Les données factuelles peuvent continuer à être appréciées, mais il est désormais également nécessaire de vérifier l'appréciation légale en France de ces données factuelles. Ainsi, le critère de réalité au regard de la loi française entraîne une confusion entre la force probante d'un acte et la reconnaissance de l'état des personnes puisqu'en instaurant un critère de réalité apprécié au regard de la loi française, la rédaction de l'article 47 invite à s'interroger sur une éventuelle équivalence de définition de la filiation par le droit étranger et le droit

¹⁶²⁷ LEROYER A.-M., « Que ce soit clair : la transcription ne purge pas l'acte d'état civil étranger de ses vices ! », *RTD civ.* 2020, p. 850 ; KARILA-DANZIGER A., JOLY F. G., « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, "Fin de partie" », *AJ fam.* 2021 p. 582.

¹⁶²⁸ Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 1983, 82-13.247, *Suhami c. Venture* ; *Rev. crit. DIP* 1983, 316, note B. ANCEL.

¹⁶²⁹ Sur la caractérisation de la fraude en droit international privé v. NIBOYET M.-L., DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., FULLI-LEMAIRE S., *Droit international privé, op. cit.*, n°411 et s.

¹⁶³⁰ KARILA-DANZIGER A., JOLY F. G., « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, "Fin de partie" », *AJ fam.* 2021 p. 582.

¹⁶³¹ GUILLAUMÉ J., « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », *préc.*, p. 243 et s..

¹⁶³² Dans le même sens concernant la procédure d'*exequatur* et la déstabilisation du principe de véracité, « un des principaux point d'équilibre concevable » en droit international privé, v. ÉGÉA V., « Gestation pour autrui – *Exequatur* d'un jugement prénatal californien instituant la parenté légale de deux hommes français », *Dr. fam.* n°4, avril 2023, comm. 58.

français. Pour justement ne pas créer cette difficulté, le projet de Code de droit international privé prévoit, d'ailleurs, de soumettre la convention et les liens qui en sont issus à la loi nationale du lieu où la convention a été conclue, ce qui impliquerait de revenir sur la rédaction de l'article 47¹⁶³³.

398. Nouvelle réalité au sens du droit français. Au-delà des incohérences techniques, le choix n'en est qu'encore plus surprenant lorsqu'on le met en perspective de la modification principale apportée par la loi de bioéthique¹⁶³⁴. La maternité n'est désormais plus unique, le droit français désigne par principe la femme qui accouche comme étant la mère de l'enfant, mais il admet également la possibilité pour la femme avec qui elle a porté un projet parental, d'être désignée comme la mère de l'enfant¹⁶³⁵. Comment comprendre la réalité au sens du droit français au vu d'une telle modification ? La maternité d'intention est consacrée au sein même de notre ordre juridique, ce qui tendrait à inciter à la transcription, au moins pour les couples hétérosexuels, bien plus qu'à l'éviter¹⁶³⁶, sauf peut-être à considérer qu'il ne peut y avoir de mère d'intention seulement si elle est en couple avec la mère qui a accouché ?¹⁶³⁷ Dans le même sens, le projet parental est consacré en France, ce qui peut justifier la demande d'un couple d'hommes, bien que cette réalité ne soit pas concrètement consacrée par les conditions relatives aux bénéficiaires d'une AMP. La modification de l'article 47, nouvelle évolution légale aux effets non maîtrisés, pose davantage de questions qu'elle n'en résout¹⁶³⁸, dans le seul but politique de contraindre les couples ayant recours à une gestation pour autrui d'avoir recours à l'adoption pour établir le second lien de filiation¹⁶³⁹, alternative qui n'est pas, non plus, la plus satisfaisante.

¹⁶³³ MARIGNANI A., « Quelle place pour l'exception d'ordre public au stade de la reconnaissance dans l'avenir de la filiation en droit international privé ? » *AJ fam.* 2024 p. 84.

¹⁶³⁴ PARICARD S., « Comment se construit une filiation qui n'est pas hétérosexuée ? », in GOGOS-GINTRAND A. et MORACCHINI-ZEIDENBERG S. (dir.), *2010-2020 : Une décennie de mutations de droit de la famille*, op. cit., p. 167 à 173.

¹⁶³⁵ V. *supra* n°286.

¹⁶³⁶ Dans le même sens v. BRUNET L., « Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontalières de gestation pour autrui : trop... ou pas assez ? », *AJ fam.* 2018, p. 572.

¹⁶³⁷ Pour un point de vue favorable à cette approche v. PARICARD S., « Parenté transgenre : la cour d'appel fait résistance sans convaincre », *D.* 2022, p. 888.

¹⁶³⁸ BIDAUD C., « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiés par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi français"... », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 35.

¹⁶³⁹ KARILA-DANZIGER A., JOLY F. G., « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, "Fin de partie" », *AJ fam.* 2021 p. 582.

B. La volonté légale d'imposer un contrôle judiciaire

399. Deux contrôles judiciaires possibles. Face à l'assouplissement de la position de la Cour de cassation, la loi de bioéthique de 2021 a permis au législateur de revenir sur cet assouplissement jurisprudentiel, illustrant sa volonté d'imposer un contrôle judiciaire dans la réception des gestations pour autrui réalisées à l'étranger. Ce frein imposé quant à la transcription conduit à un regain d'intérêt pour l'*exequatur* (1.), bien que le législateur semble avoir montré sa préférence pour l'adoption (2.).

1- Exequatur

400. Exequatur. Initialement peu présent, le contentieux de l'*exequatur* s'est développé à la suite de l'assouplissement jurisprudentiel admettant la transcription des actes de naissance étrangers. Il reste néanmoins, quelque peu à la marge¹⁶⁴⁰, l'ensemble des gestations pour autrui à l'étranger ne nécessitant pas de décision judiciaire. Pour autant, le contrôle substantiel que garantit la procédure et les évolutions judiciaires puis légales posent question quant à l'alternative à l'adoption prononcée par le juge français que l'*exequatur* pourrait constituer¹⁶⁴¹, d'autant plus que la Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois sur cette voie dans deux décisions du 2 octobre 2024¹⁶⁴², décisions qui ont été complétées par celle du 14 novembre 2024¹⁶⁴³.

401. Exequatur et adoption. Tout l'enjeu de l'*exequatur* est de déterminer s'il existe une équivalence et une compatibilité entre le jugement étranger et le droit français, afin de faire produire les effets de ce jugement étranger en France. Dans cette perspective, le jugement étranger qui constate la filiation établie à l'étranger entre un couple homosexuel et un enfant, sans que ne soit rapportée de précision quant au lien biologique entre l'enfant et l'un des hommes, peut être considéré, d'un point de vue substantiel, comme équivalent à un jugement prononçant une adoption. Ce rapprochement a été effectué, en 2023, par la Cour d'appel de Paris¹⁶⁴⁴ qui a accordé l'*exequatur* à un jugement californien qui désignait un couple d'hommes

¹⁶⁴⁰ GUILLAUMÉ J., « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », préc., p. 241.

¹⁶⁴¹ AVENA-ROBARDET V., « Du nouveau du côté de la GPA », *AJ fam.* 2024, p. 485.

¹⁶⁴² Cass., 1^{ère} civ., 2 octobre 2024, n°22-20.883 et n°23-50.002 ; *Dalloz actualité*, 17 octobre 2024, obs. A. Panet-Marre.

¹⁶⁴³ Cass., 1^{ère} civ., 14 novembre 2024, n°23-50.016, *Dr. fam.* 2025, comm. 14, M. Farge.

¹⁶⁴⁴ CA Paris, 17 janvier 2023, n°21/17455.

comme étant les parents légaux de l'enfant issu d'une GPA, sans qu'il soit précisé dans le jugement si l'un des deux hommes était le père biologique de l'enfant. La cour d'appel, rappelant l'interdiction de réviser une décision étrangère, relève que le jugement concerné ne permet pas d'établir si l'un des hommes est le père biologique. Se concentrant, ensuite, sur l'effet substantiel de la décision, elle constate qu'elle établit un lien de filiation à l'égard de deux hommes. Vérifiant, enfin, l'atteinte que causerait l'*exequatur* à l'ordre juridique du for, elle estime, malgré la prohibition de l'article 16-7 du Code civil, qu'il est possible pour deux hommes d'être père, en droit français grâce à l'adoption, ce qui la conduit à accorder l'*exequatur*. Rappelant la consécration du projet parental en droit français et les évolutions de l'adoption, un commentateur relève, dès lors, que le droit de la filiation « forme un tout plus cohérent qu'il n'y paraît à première vue. Modifier le droit interne de l'adoption rejaillit ainsi nécessairement sur le droit de l'*exequatur* et sur la réception de situations créées à l'étranger, en exécution d'un contrat de GPA »¹⁶⁴⁵. Cette décision, dans laquelle le ministère public tentait de faire valoir la nouvelle rédaction de l'article 47 considéré inapplicable par la cour d'appel en l'absence d'action en annulation d'une transcription d'un acte d'état civil, a conduit la Cour de cassation à préciser les conditions du contrôle des juges sur l'application, en France, de décisions étrangères.

402. Exequatur, adoption et Cour de cassation. La Cour de cassation a précisé les conditions de l'*exequatur* relativement à une gestation pour autrui dans deux décisions du 2 octobre 2024¹⁶⁴⁶. Elle s'est prononcée relativement à la teneur de la motivation de la décision étrangère ainsi que sur la portée du jugement étranger.

Concernant la teneur de la motivation¹⁶⁴⁷, la Cour de cassation rappelle, en premier lieu, qu'« est contraire à la conception française de l'ordre public international de procédure la reconnaissance d'une décision étrangère non motivée lorsque ne sont pas produits des documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défailante. Il incombe au demandeur de produire ces documents ». Elle précise, ensuite, dans le cas plus particulier d'un jugement établissant un lien de filiation à la suite d'une convention de gestation pour autrui, les éléments susceptibles de constituer une motivation suffisante. Les documents fournis par le demandeur

¹⁶⁴⁵ ÉGÉA V., « Gestation pour autrui – *Exequatur* d'un jugement prénatal californien instituant la parenté légale de deux hommes français », *Dr. fam.* n°4, avril 2023, comm. 58.

¹⁶⁴⁶ Cass., 1^{ère} civ., 2 octobre 2024, n°22-20.883 et n°23-50.002 ; *Dalloz actualité*, 17 octobre 2024, obs. A. Panet-Marre.

¹⁶⁴⁷ Cass., 1^{ère} civ., 2 octobre 2024, n°22-20.883 ; *Dalloz actualité*, 17 octobre 2024, obs. A. Panet-Marre.

doivent, dans une telle situation, permettre de s'assurer des conditions de réalisation de la gestation, afin d'acquiescer la certitude de l'intégrité du consentement des participants et spécialement celui de la mère porteuse¹⁶⁴⁸. Ces précisions confirment la majeure partie des décisions de la Cour d'appel de Paris¹⁶⁴⁹ : si l'ordre public international ne représente pas un obstacle d'un point de vue substantiel à l'*exequatur*, l'ordre public international de procédure s'oppose à ce que cet *exequatur* se fasse sans vérification des conditions de la gestation pour autrui. La Cour de cassation prend, de plus, le soin de préciser qu'en l'absence de décision motivée, il est possible de suppléer la carence de motivation par la fourniture de tout document, notamment un certificat de coutume¹⁶⁵⁰. Elle rajoute, enfin, qu'un contrôle concret est envisageable s'il est demandé par les parties, mais que les éléments concrets et la caractérisation de l'atteinte doivent être apportés par les parties¹⁶⁵¹.

Concernant la portée¹⁶⁵², la Cour de cassation a cassé partiellement la décision de la Cour d'appel de Paris du 17 janvier 2023. Elle procède, en effet, à une substitution de motifs, estimant que la Cour d'appel de Paris a révisé le jugement étranger en l'assimilant à une adoption. Elle rectifie en affirmant que « lorsque, sans prononcer d'adoption, un jugement étranger établissant la filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui est revêtu de l'*exequatur*, cette filiation est reconnue en tant que telle en France et produit les effets qui lui sont attachés conformément à la loi applicable à chacun de ces effets ».

403. Exigences de l'ordre public international. La décision du 14 novembre 2024¹⁶⁵³ est, elle, l'occasion pour la Cour de détailler le contenu de l'ordre public international. En effet, en l'espèce, la situation avait pour particularité de concerner une femme ayant eu recours seule à une GPA réalisée à l'aide d'un double don de gamètes. La mère d'intention était ainsi le seul parent de l'enfant avec lequel elle ne partageait aucun lien biologique. Pour cette raison, l'*exequatur* semblait lui être la seule voie ouverte : la transcription de l'acte ne pouvait être accordée puisqu'elle n'avait pas accouché de l'enfant et l'adoption de l'enfant de l'autre

¹⁶⁴⁸ BRUNET L., MESNIL M., « Étude jurisprudentielle sur l'*exequatur* après GPA à l'étranger », *AJ fam.* 2023, p. 374.

¹⁶⁴⁹ Sur la question v. l'étude jurisprudentielle des décisions de la cour d'appel de Paris effectuée par Laurence Brunet et Marie Mesnil : BRUNET L., MESNIL M., « Étude jurisprudentielle sur l'*exequatur* après GPA à l'étranger », *AJ fam.* 2023, p. 374.

¹⁶⁵⁰ KARILA-DANZIGER A., GAFFINEL M.-C., « L'*exequatur* des décisions de GPA étrangères à la cour d'appel de Paris », *AJ fam.* 2023, p. 385.

¹⁶⁵¹ Sur l'encadrement du contrôle concret de conventionnalité par la Cour de cassation v. *infra* n°237.

¹⁶⁵² Cass., 1^{ère} civ., 2 octobre 2024, n°23-50.002.

¹⁶⁵³ Cass., 1^{ère} civ., 14 novembre 2024, n°23-50.016, *Dr. fam.* 2025, comm. 14, M. Farge.

membre du couple était impossible en l'absence de couple¹⁶⁵⁴. Pour s'opposer à sa demande, le parquet soutenait que celle-ci portait atteinte à l'ordre public international français. À l'issue d'une « riche motivation », la Cour de cassation réfute ce positionnement en détaillant les exigences de l'ordre public international. Faisant d'abord référence aux exigences européennes, la Cour de cassation rappelle que la seule réalisation d'une gestation pour autrui ne peut justifier un refus de reconnaître les liens de filiation qui en découle. Elle poursuit ensuite son argumentaire en examinant le contenu du droit français. Elle rappelle qu'aucun principe essentiel du droit français n'interdit la reconnaissance, en France, de liens de filiation établis à l'étranger et n'étant pas conformes à la réalité biologique. Partant, elle souligne que le droit commun de la filiation repose sur la vraisemblance biologique, la preuve génétique n'étant utilisé que dans un cadre contentieux. Elle ajoute que l'évolution des techniques scientifiques de reproduction conduit à reconnaître des liens de filiation détachés de toute réalité biologique, soulignant ensuite que le droit français lui-même a consacré une nouvelle forme de maternité dans la dernière loi de bioéthique. Dès lors, elle estime que l'ordre public international ne peut faire obstacle à l'*exequatur* de la décision.

404. Portée des précisions. Plusieurs éléments ressortent de ces décisions. En premier lieu, la Cour de cassation consacre officiellement le rôle de l'*exequatur* dans la reconnaissance des gestations pour autrui réalisées à l'étranger, tout en distinguant l'*exequatur* d'une décision établissant un lien de filiation de l'*exequatur* d'un jugement d'adoption. Elle en fait une sorte de voie intermédiaire entre la « reconnaissance » et la « reconstruction »¹⁶⁵⁵.

Cette interprétation conduit à consacrer un nouveau mode autonome d'établissement de la filiation, tout en ayant pour avantage de ne pas dénaturer la décision étrangère qui n'est pas, en effet, une adoption¹⁶⁵⁶. Elle traduit ainsi le malaise de la Cour de cassation, tentant de ne pas dénaturer les textes tout en répondant aux exigences européennes et aux réalités factuelles. En ce sens, le rappel quant au contenu du droit français paraît plus que pertinent. Certes, le droit français n'a autorisé la bi-maternité qu'au sein des couples de femmes. Néanmoins, la voie dans laquelle il s'est engagé, même si elle repose sur une opposition maintes fois réitérées au recours à la gestation pour autrui, perturbe les fondements du droit de la filiation, limitant dès lors le

¹⁶⁵⁴ FARGE M., « Ni gestatrice, ni génitrice, mais mère tout de même ! », *Dr. fam.* n°1, janvier 2025, comm. 14.

¹⁶⁵⁵ FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

¹⁶⁵⁶ Cour de cassation, *Rapport de M. Fulchiron, conseiller à la Cour de cassation, relatif à l'arrêt n°508 du 2 octobre 2024, première chambre civile, pourvoi n°23-50.002*, p. 55 [[en ligne](#)].

recours à l'exception d'ordre public international, l'ordre public interne se libéralisant progressivement. Comme l'a résumé un commentateur, « l'ordre public international ne peut pas être plus exigeant que l'ordre public interne et son contenu est soumis à un principe d'actualité »¹⁶⁵⁷.

En second lieu, la Cour de cassation s'inscrit dans la lignée de la modification de l'article 47 du Code civil¹⁶⁵⁸, en insistant sur l'importance de la motivation de la décision, afin de pouvoir bénéficier de l'*exequatur*, garantissant, dès lors, la part substantielle du contrôle.

Si ces précisions semblent opportunes bien qu'insuffisantes, elles ont, cependant, comme la voie de l'adoption, pour inconvénient principal de laisser dans une situation d'incertitude les couples ayant eu recours à une gestation pour autrui considérée comme non-éthique, laissant l'enfant payer le prix des décisions d'adultes ayant participé à sa venue au monde¹⁶⁵⁹.

2- Préférence du législateur pour un contrôle via la voie de l'adoption

405. Préférence donnée à l'adoption. Au regard du contentieux sur la transcription, le législateur a fait le choix de modifier l'article 47 du Code civil, imposant dès lors un recours à l'adoption pour le parent qui n'est pas le parent biologique. Le droit positif repose donc désormais sur les solutions posées par la Cour de cassation entre 2017 et 2020 : le parent d'intention peut adopter l'enfant du père biologique si les conditions de l'adoption sont réunies et que cette adoption est dans l'intérêt de l'enfant. La forme de l'adoption dépend, cependant, de l'acte de naissance étranger. En effet, si la mère porteuse est indiquée dans l'acte de naissance l'adoption se fera nécessairement en sa forme simple. À défaut, elle pourra être prononcée en sa forme plénière¹⁶⁶⁰. Malgré les tentatives de certaines cours d'appel de ne prononcer que des adoptions simples en raison de l'existence de la mère porteuse, la Cour de cassation a précisé de manière opportune que, selon l'ancien article 345-1 du Code civil, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint était possible si le lien de filiation était établi exclusivement à l'égard du conjoint. L'absence de mention de la mère porteuse dans l'acte de naissance ne peut, dès lors, justifier un refus d'adoption plénière. En effet, si « l'acte de

¹⁶⁵⁷ FARGE M., « Ni gestatrice, ni génitrice, mais mère tout de même ! », *Dr. fam.* n°1, janvier 2025, comm. 14.

¹⁶⁵⁸ Cour de cassation, *Rapport de M. Fulchiron, conseiller à la Cour de cassation, relatif à l'arrêt n°507 du 2 octobre 2024*, première chambre civile, pourvoi n°22-20.883, p. 55 [[en ligne](#)].

¹⁶⁵⁹ *Ibid.* p. 56.

¹⁶⁶⁰ Cass., 1^{ère} civ., 4 novembre 2020, n°19-15.739 et n°19-50.042 ; *D.* 2020. 2172 ; *D.* 2021. 657, obs. Hilt ; *AJ fam.* 2020. 664, obs. Houssier ; *AJ fam.* 2020. 616, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2021. 115, obs. Leroyer ; *Dr. fam.* 2021, n° 11, note Leduque. *D.* 2021. 499, obs. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2020. 616, obs. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2021. 115, obs. Leroyer.

naissance de l'enfant, qui ne fait mention que d'un parent, a été dressé conformément à la législation étrangère, en l'absence de fraude », l'adoption plénière est possible. La Cour précise que « l'acte de naissance de l'enfant, qui mentionne comme père M. E... sans faire mention de la gestatrice, a été établi conformément aux dispositions de la législation indienne et qu'il ne saurait donc être reproché au requérant un détournement ou une fraude ». La modification de la rédaction de l'article 47 du Code civil ne devrait pas perturber cette interprétation, le droit français n'imposant pas le nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant¹⁶⁶¹.

406. Consentement de la mère porteuse. Derrière la question de la mention de la mère dans l'acte de naissance, se trouvait plus particulièrement celle relative à son éventuel consentement à l'adoption. En effet, lorsque la mère porteuse est mentionnée et qu'elle a consenti à l'adoption, l'adoption plénière peut être prononcée¹⁶⁶². L'absence de mention de la mère dans l'acte de naissance facilite les démarches sur le terrain de l'adoption plénière puisque le seul consentement requis est celui du père biologique¹⁶⁶³, également inscrit dans l'acte de naissance et dont la filiation est établie à l'étranger. Souhaitant éviter un contournement du consentement maternel, le caractère « éthique » de la gestation pour autrui était indirectement vérifié, « certaines cours d'appel utilisant le critère de l'intérêt de l'enfant pour contrôler, en réalité, la volonté de la gestatrice »¹⁶⁶⁴. Pour obtenir le prononcé de l'adoption, les parents devaient apporter suffisamment d'éléments relatifs au déroulement de la convention et à la volonté de la mère porteuse. À défaut, il était estimé que la mère porteuse n'avait pas réellement consenti à l'adoption par le parent d'intention, ce qui bloquait l'établissement de tout lien à son égard¹⁶⁶⁵. Le raisonnement était largement contestable, ce qu'a rappelé la Cour de cassation. Elle expose dans un premier temps que les juges doivent vérifier la réalité de l'acte étranger, au sens de la loi étrangère. Il s'agit donc pour les juges de vérifier l'autorisation de la gestation pour autrui dans l'État étranger, ainsi que la possibilité, en droit étranger, de ne pas inscrire le

¹⁶⁶¹ Art. 57 C. civ.

¹⁶⁶² CA Paris, 13 février 2018, n°17/17765, *RJPF* 2018-3/33 obs. M.-C. Le Boursicot.

¹⁶⁶³ Art. 370-3 et 370-1-3 C. civ.

¹⁶⁶⁴ LEDUQUE C., « Adoption plénière par l'époux du père de l'enfant né par GPA à l'étranger », *Dr. fam.* n°1, janvier 2021, comm. 12.

¹⁶⁶⁵ V. par ex., CA Paris, 30 janv. 2018, n° 15/20876, *D.* 2019. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2018. 171, obs. A. Le Gouvello ; *ibid.* 139, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2018. comm. 92, H. Fulchiron ; *RJPF* 2018. 3/33, obs. M.-C. Le Boursicot ; *JCP* 2018. 345, obs. L. Lambert-Garrel et F. Vialla ; *RJPF* 2018-3/34, obs. A. Cheynet de Beaupré ; Pour une position inverse de la même cour d'appel v. Paris, 18 sept. 2018, n°s 16/23402 et 16/23399 (deux arrêts), *D.* 2019. 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2018. 616 ; *ibid.* 497, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2018. comm. 212, note H. Fulchiron.

nom de la mère dans l'acte. Elle ne semble, dès lors, pas pouvoir être considérée comme un « représentant légal » qui peut consentir à l'adoption au sens de l'article 370-3¹⁶⁶⁶. Si l'acte est régulier, la loi applicable étant la loi de l'adoptant, les conditions françaises de l'adoption sont applicables et celles-ci précisent que l'adoption de l'enfant du conjoint est possible si l'enfant n'a pas d'autre lien de filiation établi et que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant. *Quid* de la réalité désormais appréciée au regard de la loi française ? Si la Cour de cassation considère le critère de réalité avéré en l'absence de mention du nom de la mère, la voie de l'adoption plénière ne sera pas remise en cause par la modification de l'article 47 du Code civil.

407. Cohérence de l'absence de consentement à défaut d'établissement de la filiation maternelle. La solution de la Cour de cassation ne manque pas de pertinence¹⁶⁶⁷. La volonté de vérification qu'ont pu manifester certaines cours d'appel en raison du déroulement des gestations pour autrui dans certains pays se comprend. Néanmoins, le détournement des règles de l'adoption aurait encore davantage dénaturé le régime. Dans une situation de GPA, la question du consentement est, en effet, distincte d'un consentement « classique » à l'adoption, l'ensemble du processus visant à organiser la transmission de l'enfant au couple d'intention. L'analogie avec le consentement à l'adoption internationale¹⁶⁶⁸ a, dès lors, ses limites. Les dérives auxquelles peut conduire la gestation pour autrui portent sur l'exploitation du corps de la femme, sur la réalité de sa conscience quant à l'insémination en vue d'un abandon de l'enfant et plus généralement, sur la précarité et la vulnérabilité dans laquelle elle peut se trouver pour « consentir » à la gestation pour autrui jusqu'à la naissance, incluant les inséminations, la grossesse et la naissance. Les arguments ne manquent pas pour justifier un contrôle par le juge interne des conditions de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger¹⁶⁶⁹, que ce soit relativement à la protection de la mère porteuse ou au droit de l'enfant à connaître ses origines. Néanmoins, le défaut de protection locale du consentement de la mère porteuse ne peut pas être réellement contourné sur le terrain de l'adoption. Seul le droit à la connaissance des origines de

¹⁶⁶⁶ SIFFREIN-BLANC C., « Pas de retrait de l'autorité parentale pour la mère porteuse », *Dr. fam.* n°11, novembre 2022, comm. 166.

¹⁶⁶⁷ SIFFREIN-BLANC C., « Pas de retrait de l'autorité parentale pour la mère porteuse », *Dr. fam.* n°11, novembre 2022, comm. 166.

¹⁶⁶⁸ GARRIGUE J., GOUËZEL A., « L'adoption plénière de l'enfant issu d'une GPA admise malgré l'absence de mention de la mère porteuse dans l'acte de naissance », *RJPF* n°1, janvier 2021

¹⁶⁶⁹ FABRE-MAGNAN M., *La gestation pour autrui, fictions et réalités*, Fayard, 2013 ; SÉRIAUX A., LAZARO PALAU C. M., « À verser aux débats : un contrat (mexicain) de gestation pour autrui », *Dr. fam.* n°12, décembre 2023, étude 30.

l'enfant serait davantage préservé, bien qu'il soit hypothétique dans une telle situation¹⁶⁷⁰ et que ce ne soit pas le but poursuivi par le contrôle. La mère porteuse ne sera pas plus protégée par un refus d'adoption, qu'elle soit simple ou plénière. Si tant est qu'elle le souhaite, l'enfant, en tout état de cause, risque de ne lui être jamais rendu¹⁶⁷¹. De plus, un tel contrôle dépendrait des modalités d'établissement des liens à l'égard des parents d'intention selon les pays où ils se rendent, la lutte contre les abus en serait, dès lors, limitée ou à tout le moins, à différents degrés. Les limites de l'action judiciaire et l'absence de sanction efficace se font à nouveau sentir dans ces décisions et il est bienvenue que la Cour de cassation ait fait preuve de cohérence¹⁶⁷² malgré la volonté affichée de contrôler les effets des GPA.

408. « Instrumentalisation de l'autorité parentale »¹⁶⁷³. Si la Cour de cassation n'a pas exigé de conditions du prononcé de l'adoption au-delà des textes, elle s'est également opposée au détournement des règles relatives au retrait de l'autorité parentale par les parents pour contourner l'exigence de consentement de la mère porteuse lorsque celle-ci est mentionnée dans l'acte de naissance. L'ancien article 345-1, désormais 370-1-3, permet, en effet, l'adoption de l'enfant du conjoint à défaut de lien de filiation établi à l'égard d'une autre personne, mais également si l'autre parent s'est vu retirer l'autorité parentale. Or, selon l'article 378-1 alinéa 1 du Code civil, le retrait de l'autorité parentale peut, notamment, être prononcé en raison d'un défaut de soin mettant manifestement en danger l'enfant. La Cour de cassation refuse de considérer les conditions d'application du texte remplies, le danger n'étant pas caractérisé. Les verrouillages de la Cour de cassation sont, à nouveau, opportuns. Néanmoins, la pente est davantage glissante, mettant en exergue les failles du régime actuel. Le cas de retrait de l'autorité parentale évoqué dans l'arrêt d'espèce repose, en effet, sur le danger pour l'enfant de

¹⁶⁷⁰ FULCHIRON H., « Résistance ou cas d'espèce ? Pas d'adoption plénière pour le père d'intention », *Dr. fam.* 2018 n°4, avril 2018, comm. 92.

¹⁶⁷¹ Pour un argument similaire relativement au recours à l'exception d'ordre public international pour justifier le refus du prononcé d'une adoption, v. FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

¹⁶⁷² LEROYER A.-M., « Le consentement de la gestatrice n'est pas requis pour l'adoption de l'enfant né d'une GPA », *RTD civ.* 2021 p. 115 ; DIONISI-PEYRUSSE A., « Gestation pour autrui : premières confirmations par la cour d'appel de Paris d'adoptions plénières de l'enfant du conjoint ! », *AJ fam.* 2018, p. 616 ; FULCHIRON H., « Résistance ou cas d'espèce ? Pas d'adoption plénière pour le père d'intention », *Dr. fam.* 2018 n°4, avril 2018, comm. 92 ; GARRIGUE J., GOUËZEL A., « L'adoption plénière de l'enfant issu d'une GPA admise malgré l'absence de mention de la mère porteuse dans l'acte de naissance », *RJPF* n°1, janvier 2021 ; HOUSIER J., « Clap de fin pour l'absence de mention de la mère gestatrice dans les actes de naissance des enfants nés d'une GPA », *AJ fam.* 2020, p. 664.

¹⁶⁷³ LEROYER A.-M., « L'instrumentalisation de l'autorité parentale en matière de GPA », *RTD civ.* 2022 p. 876.

la part du parent, particulièrement complexe à caractériser dans une situation de GPA¹⁶⁷⁴. Néanmoins, le désintérêt parental, condition implicite de la déclaration judiciaire de délaissement parental, permet également de rompre le lien entre l'enfant et le parent. Or, le délaissement parental repose sur un comportement parental vis-à-vis de l'enfant plus objectif : l'absence de « relations nécessaires à son éducation ou à son développement », si les parents n'ont pas été empêchés par quelque cause que ce soit pendant un an¹⁶⁷⁵. Le délaissement pourrait, dès lors, être caractérisé dans le cadre d'une GPA. Deux limites à ce raisonnement sont, cependant, envisageables. La première implique de considérer que le délaissement n'est pas caractérisé, l'éloignement géographique entre l'enfant et la mère constituant, pour elle, un empêchement. La seconde résulte des maladresses rédactionnelles de ses effets¹⁶⁷⁶ : si un enfant déclaré délaissé est pupille de l'État¹⁶⁷⁷, statut rendant l'enfant adoptable, l'article 381-2 du Code civil précise aussi que « lorsqu'il déclare l'enfant délaissé le tribunal délègue, par la même occasion, l'autorité parentale ». L'ancien article 345-1 n'évoque que le retrait dans les hypothèses d'adoption de l'enfant du conjoint, bien que le délaissement parental puisse, lui aussi, n'être prononcé qu'à l'égard d'un seul parent¹⁶⁷⁸. Néanmoins, rien n'empêcherait de considérer que les effets d'une déclaration de délaissement sont assimilés à ceux d'un retrait, spécialement en raison du fait qu'un enfant délaissé soit adoptable¹⁶⁷⁹. La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, qui fait référence aux cadres légal et conventionnel dans sa décision, ne paraît pas être susceptible d'emprunter cette voie, néanmoins les justifications juridiques en seraient davantage complexes.

409. Fermeture préventive de la voie de la délégation d'autorité parentale. Le contentieux de la gestation pour autrui a également conduit la Cour de cassation à se prononcer

¹⁶⁷⁴ SIFFREIN-BLANC C., « Pas de retrait de l'autorité parentale pour la mère porteuse », *Dr. fam.* n°11, novembre 2022, comm. 166.

¹⁶⁷⁵ Art. 381-1 et 381-2 C. civ.

¹⁶⁷⁶ GOUTTENOIRE A., « GPA : lorsque la mère est titulaire de l'autorité parentale... », *Lexbase Droit privé* n°920, 13 octobre 2022.

¹⁶⁷⁷ Art. L. 224-4 CASF.

¹⁶⁷⁸ Cass., saisie pour avis, 19 juin 2019, 19-70.008, dans lequel se posait la question des effets d'une déclaration judiciaire de délaissement prononcée à l'égard d'un seul parent. La Cour de cassation conclut à un partage de l'autorité parentale entre le parent non délaissant et les services de l'aide sociale à l'enfance. Pour de plus amples développements v. DAMY M., « Déclaration judiciaire de délaissement à l'égard d'un seul parent : l'imbroglio de la Cour de cassation », *Lexbase Hebdo Édition privée*, 25 juil. 2019.

¹⁶⁷⁹ Pour de plus amples développements sur l'éventuelle nécessité d'un consentement à l'adoption pour un enfant pupille de l'État v. SALVAGE-GEREST P., « Un autre regard sur l'affaire Benjamin », *D.* 2007, p. 879.

sur une pratique coutumière polynésienne, l'adoption Fa'a'amu¹⁶⁸⁰. Celle-ci consiste, pour des parents biologiques polynésiens à confier leur enfant à un couple, généralement métropolitain, le recours à la délégation de l'autorité parentale en vue d'une adoption coutumière permettant de l'« habiller juridiquement »¹⁶⁸¹. Afin d'éviter des pressions parentales et en raison du défaut du cadre réglementaire en Polynésie, la délégation d'autorité parentale prévue à l'article 377 permet, ici, de faire vivre la pratique, tout en évitant les abus¹⁶⁸². Étonnamment, cette pratique, qui existe depuis une trentaine d'années, n'avait jamais été soumise à la Cour de cassation comme dissimulant une gestation pour autrui jusqu'à la soudaine « quasi-croisade menée par le Parquet général de Papeete en 2019 »¹⁶⁸³ qui l'a assimilée à une GPA. La Cour de cassation la distingue cependant des situations de GPA, affirmant qu'il « n'existe pas d'atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, dès lors, d'une part, que l'enfant n'a pas été conçu en vue de satisfaire la demande des candidats à la délégation, d'autre part, que la mesure de délégation, qui n'est qu'un mode d'organisation de l'exercice de l'autorité parentale, est ordonnée sous le contrôle du juge, est révocable et est, en elle-même, sans incidence sur la filiation de l'enfant ». Elle précise cependant que les parents métropolitains ne peuvent être assimilés à des tiers, proches dignes de confiance, susceptibles de se voir déléguer l'autorité parentale, interprétant plutôt strictement¹⁶⁸⁴ l'article 377 qui évoque comme potentiel bénéficiaire « 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 ». Au-delà de l'intérêt autonome de la décision relatif à la modulation de ses effets grâce au raisonnement concret¹⁶⁸⁵, sa lecture *a contrario*¹⁶⁸⁶ permet, dès lors, de

¹⁶⁸⁰ Cass., 1^{ère} civ., 21 septembre 2022, n°21-50.042.

¹⁶⁸¹ LAMARCHE M., « Questions en cascades à propos du don d'enfant en Polynésie française », *Dr. fam.* n°7-8, juillet-août 2023, alerte 78.

¹⁶⁸² LE BOURSICOT M.-C., « Clap de fin pour la pratique polynésienne de la délégation d'autorité parentale en vue d'une adoption », *Dr. fam.* n°11, novembre 2022, comm. 167.

¹⁶⁸³ *Ibid.*

¹⁶⁸⁴ BARBA M., MILLERIOUX G., « La délégation adoptive polynésienne sous le regard de la Cour de cassation », *D.* 2022, p. 2134.

¹⁶⁸⁵ LEROYER A.-M., « La “jurisprudence nouvelle” non rétroactive à propos de la délégation d'autorité parentale », *RTD civ.* 2022 p. 877 ; BARBA M., MILLERIOUX G., « La délégation adoptive polynésienne sous le regard de la Cour de cassation », *D.* 2022, p. 2134 ; DEUMIER P., « La modulation de la jurisprudence et la foi accordée au droit », *RTD civ.* 2023, p. 63.

¹⁶⁸⁶ GOUTTENOIRE A., « GPA : lorsque la mère est titulaire de l'autorité parentale... », *Lexbase Droit privé* n°920, 13 octobre 2022.

comprendre la prudence de la Cour de cassation qui verrouille préventivement une nouvelle voie qui permettrait de contourner le régime actuel¹⁶⁸⁷.

410. *Dénaturation de l'adoption.* L'adoption est la voie de la « reconstruction »¹⁶⁸⁸, et en tant que telle, elle traduit, d'un point de vue politique, « l'hostilité » à la technique. En ce sens elle permet de « faire table rase de la construction voulue par les parties sur la base du droit étranger qui s'est prêté à l'opération, et rebâtir en application du droit français et selon les vœux de celui-ci »¹⁶⁸⁹. Elle permet, en effet, de faire intervenir un juge dans la procédure, qui sera chargé de « reconstruire » le lien, s'il estime que les conditions de l'adoption sont remplies et que celle-ci est dans l'intérêt de l'enfant. L'appréciation de la situation est, sans ambiguïté, substantielle et circonscrite¹⁶⁹⁰, là où la transcription est davantage un contrôle de régularité, limitant l'appréciation subjective du juge¹⁶⁹¹. Néanmoins, l'objet de l'adoption étant différent de celui d'une GPA, des limites à l'application des textes relatifs à la filiation adoptive sont réelles. La Cour de cassation a limité les incohérences en rappelant ces distinctions, mais pour autant, la voie de l'adoption est-elle la solution « idéale » ? L'adoption contemporaine repose sur la volonté de donner une famille à un enfant¹⁶⁹². L'absence de lien biologique est consubstantielle à l'institution¹⁶⁹³, bien que celle-ci était calquée sur le modèle de la filiation charnelle jusqu'à la réforme du mariage, qui ne remet pas en question cette finalité. La première distinction avec un engendrement artificiel apparaît immédiatement : dans la majeure partie des gestations pour autrui, l'un des parents d'intention, voire les deux, ont un lien biologique avec l'enfant et sont à l'origine de sa venue au monde. Du point de vue de la technique juridique, le

¹⁶⁸⁷ Bien que cette pratique coutumière ait conduit à d'autres contentieux, notamment sur le recours à la reconnaissance. Pour une vue d'ensemble v. LAMARCHE M., « Questions en cascades à propos du don d'enfant en Polynésie française », *Dr. fam.* n°7-8, juillet-août 2023, alerte 78.

¹⁶⁸⁸ FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

¹⁶⁸⁹ FULLI-LEMAIRE S., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, *op. cit.*, n°483.

¹⁶⁹⁰ NIBOYET M.-L., DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., FULLI-LEMAIRE S., *Droit international privé*, *op. cit.*, n°86.

¹⁶⁹¹ KARILA-DANZIGER A., JOLY F. G., « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, "Fin de partie" », *AJ fam.* 2021 p. 582.

¹⁶⁹² MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°1163 et s. Pour une position plus nuancée, v. DESCHAMPS, *Le fondement de la filiation*, *op. cit.*, n°848.

¹⁶⁹³ *Contra* FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

recours à l'adoption pour le parent d'intention sans lien biologique au sens du droit français n'est pas la plus grosse incohérence¹⁶⁹⁴. Symboliquement, elle modifie néanmoins l'esprit du texte et renforce les amalgames entre biologie, volonté, vécu, mettant encore davantage en exergue les particularismes de l'engendrement artificiel.

Enfin, elle paraît être une voie boiteuse, en ce sens qu'elle doit être prononcée dans un délai rapide, afin de répondre aux exigences de la Cour européenne. La transcription intégrale ne paraît, en ce sens, pas vouée à disparaître, le tribunal judiciaire de Nantes l'utilisant préventivement lorsqu'il estime la durée de la procédure d'adoption trop longue¹⁶⁹⁵.

411. Dénaturation de l'adoption internationale ? Au regard de sa finalité et dans un but de protection de l'enfant, l'adoption est particulièrement encadrée, qu'elle soit réalisée nationalement ou internationalement¹⁶⁹⁶. Le consentement parental à l'adoption est ainsi central, tout comme le principe de gratuité et le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, afin d'éviter toute dérive. Recourir à l'adoption dans le cadre d'une gestation pour autrui devient plus difficilement conciliable avec les enjeux de l'adoption internationale. Une compensation financière intervient nécessairement dans le cadre d'une GPA, qu'elle soit considérée comme une indemnité de grossesse ou une rémunération réelle. Comment ne pas déstabiliser l'adoption internationale face à cette réalité ? Pour caricaturer quelque peu la gestation pour autrui, celle-ci consiste en une « commande » d'enfant¹⁶⁹⁷, les enjeux protecteurs sont, certes proches, mais néanmoins distincts : l'adoption internationale vise à protéger un enfant né et sa famille, l'interdit de la gestation pour autrui protège avant tout une femme, puis l'enfant qu'elle mettrait au monde¹⁶⁹⁸.

Surtout, la justification donnée à l'utilisation de l'adoption, c'est-à-dire le contrôle judiciaire qui permet de s'assurer de la réalité du consentement de la mère porteuse, est discutable. Qu'apporterait le refus de prononcer une adoption, car la gestation pour autrui n'a pas été éthique ? L'enfant étant déjà né, la vulnérabilité de la mère porteuse est déjà acquise, obtenir

¹⁶⁹⁴ FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

¹⁶⁹⁵ TJ Nantes, 7 septembre 2023, n°20/01421, *Dr. fam.* 2023, obs. Égéa.

¹⁶⁹⁶ Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

¹⁶⁹⁷ PICHARD M., « La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ? », *D.* 2017 p. 1143.

¹⁶⁹⁸ C'est d'ailleurs le raisonnement de la Cour de cassation dans la décision du 21 septembre 2022 relative à la fa'a'mu. En ce sens v. BARBA M., MILLERIOUX G., « La délégation adoptive polynésienne sous le regard de la Cour de cassation », *D.* 2022, p. 2134.

son consentement ne reviendra pas sur cette gestation programmée pour le compte de tiers. Dans le même sens, même si la validité de l'adoption dépend des garanties prévues dans le pays dans lequel la gestation pour autrui a eu lieu, il reste peu probable que cela ait un effet dissuasif, les personnes ayant recours à la gestation pour autrui le faisant aussi en fonction de leurs moyens.

412. Égalité symbolique. L'interdiction de la gestation pour autrui est construite, historiquement, autour d'un phénomène social déterminé, la maternité de substitution, c'est-à-dire le fait, pour un couple hétérosexuel, d'avoir recours à une autre femme qui portera l'enfant à la place de la femme du couple¹⁶⁹⁹, ce qui explique la volonté législative de préserver l'accouchement. Face à un homme seul ou à un couple d'hommes, le phénomène se distingue en ce qu'aucune femme n'a vocation à prendre la place de la mère porteuse. Face à un seul homme, le géniteur, le phénomène se distingue encore davantage puisque personne n'a vocation à prendre la place de la mère porteuse¹⁷⁰⁰. Dans une telle optique, l'homme seul spécialement et dans une moindre mesure le couple d'hommes sont des réalités occultées pénalisées par le tourisme procréatif opéré, dans un premier temps, par les couples hétérosexuels qui ne permet pas de penser individuellement la paternité¹⁷⁰¹. Dès lors, la parenté masculine est nécessairement pensée dans un contexte qui n'est pas favorable à sa consécration. L'externalisation de la maternité a conduit à considérer les phénomènes comme identiques et la lutte contre les dangers de la GPA, couplée à un certain déterminisme social¹⁷⁰², n'a pas permis de penser avec apaisement la paternité détachée de la maternité.

En tout état de cause, les multiples facettes du phénomène de la gestation pour autrui se rajoutent aux questionnements quant à la réalité de l'égalité dans le domaine de l'engendrement artificiel¹⁷⁰³. Sur le plan symbolique, « qui peut croire, par exemple, que les couples d'hommes se contenteront d'une loi qui les exclut de la PMA ? Tôt ou tard, ils feront valoir avec force que leur projet parental vaut bien celui des femmes pour réclamer la légalisation de la gestation pour autrui (GPA). La loi peut bien encore interdire cette pratique. Elle porte cependant en elle, par

¹⁶⁹⁹ PICHARD M., « La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ? », *D.* 2017 p. 1143.

¹⁷⁰⁰ Pour une analyse approfondie v. PICHARD M., « Père(s) sans mère », *LPA*, 14 janvier 2019, n°10.

¹⁷⁰¹ DIONISI-PEYRUSSE A., « Les droits des femmes et des enfants face au poids de l'accouchement », préc., p. 312 et s. ; PELLET R., « Familles, égalité et différence des sexes », *AJ fam.* 2023, p. 331.

¹⁷⁰² PELLET R., « Familles, égalité et différence des sexes », *AJ fam.* 2023, p. 331.

¹⁷⁰³ DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « Les fondements de la filiation au prisme du genre », préc., p. 180 et s.

son ouverture de la PMA aux couples de femmes, la graine d'une légalisation qui ne demande qu'à germer »¹⁷⁰⁴. La détermination de la conception actuelle de la parenté n'en est que plus troublée : le lien biologique vient au secours de certaines situations quand il est inopérant pour d'autres¹⁷⁰⁵, les relations affectives qui se créent perturbent les solutions abstraites qui devraient être appliquées...

413. Efficacité du défaissement légal ? En elle-même, l'opposition française à la gestation pour autrui, ainsi que la position intermédiaire adoptée quant aux effets ne pourrait-elle pas fonctionner ? Les progrès techniques avancent encore, peut-être que demain, la gestation pour autrui sera une technique dépassée, car sera trouvé un moyen de se passer du corps d'une autre femme pour mettre un enfant au monde. Ces nouveaux procédés sont attractifs puisqu'ils règlent un certain nombre de difficultés matérielles et éthiques, tout en créant une multitude d'autres problèmes en contrepartie¹⁷⁰⁶. La greffe d'utérus et l'utérus artificiel ne sont plus de simples projections¹⁷⁰⁷. À voguer entre deux rives, le législateur réussira peut-être finalement à ne pas avoir à trancher le nœud gordien tout en redessinant le droit de la filiation à l'aune des enjeux actuels ? En tout état de cause, le temps est encore aux décisions judiciaires palliatives, ce qui s'illustre avec acuité dès que l'on se penche sur la parenté des personnes transgenres.

CONCLUSION SECTION I.

414. Évitement du problème et déstabilisation du droit de la filiation. En raison des divergences entre États quant à la gestation pour autrui et l'impossibilité de réellement empêcher les ressortissants nationaux de se rendre à l'étranger pour en bénéficier, la France a, dans un premier temps, ignoré le problème sans « rechercher des solutions qui soient les moins mauvaises possibles »¹⁷⁰⁸. La CEDH l'a mise face à ses contradictions et les solutions ont été apportées par les juges nationaux, progressivement, au gré des contentieux auxquels ils étaient

¹⁷⁰⁴ VIGNEAU D., « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43.

¹⁷⁰⁵ KESSLER G., « Le fondement biologique de la filiation : entre déclin et renouveau », *Dr. fam.* n°6, juin 2022, dossier 9 ; DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « Les fondements de la filiation au prisme du genre », préc., p. 173.

¹⁷⁰⁶ HENRY X., « Petite anticipation autour de l'utérus artificiel », *D.* 2016, p. 951.

¹⁷⁰⁷ HILT P., « Repenser la maternité », *D.* 2019 p. 2190 ; CAIRE A.-B., « La greffe d'utérus : pour un encadrement juridique prospectif », *RDSS* 2017 p. 269 ; DE SAINT-PERN L., « *Mater semper certa est ? Never ever...* », *D.* 2016, p. 2290 ; GUÉVEL D., « Famille 2071 », *D.* 2021 p. 1233.

¹⁷⁰⁸ BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », préc., p. 215.

confrontés. Contraints par un cadre légal ne leur apportant aucune règle pensée pour ces situations, les juges naviguent à vue selon les tendances qu'ils pensent déceler, détournant ou protégeant des règles pour leur permettre d'y intégrer leurs raisonnements et tenter de conserver une certaine cohérence juridique. En amont, le droit international privé a tenté en toute logique d'être mobilisé, mais la question restait trop sensible pour que la matière apporte l'ensemble des réponses ce qui a conduit à la dénaturation par le législateur des textes techniques qui avaient servi de fondement aux solutions jurisprudentielles. En aval, le recours à l'adoption, rassurant peut-être sur le plan symbolique, n'est pas une institution pensée pour ces situations et, au contraire, renforce les confusions quant à la place grandissante qu'aurait la volonté dans la création d'un lien de filiation.

415. Reconstruction de la filiation. La création d'un régime propre de « reconstruction » d'un lien de filiation semble être la voie la plus fiable pour, enfin, traiter la gestation pour autrui de façon cohérente mais est encore trop clivante pour être affrontée directement. Or, le choix de négation totale de cette réalité conduit au paradoxe d'un droit qui, de façon générale, s'élabore progressivement et catégoriellement, mais utilise des règles générales pour les cas les plus particuliers. Le juge ne pouvant aller au-delà des textes, les « tactiques législatives » se doivent, dès lors, de répondre à une exigence de vigilance, sous peine d'une dénaturation contrainte trop importante par le juge, difficile à rectifier par la suite et faisant perdre les fondements garantissant l'adaptabilité du modèle. L'effet pervers d'une modification légale qui vise un effet d'annonce s'illustre dans le contentieux de la gestation pour autrui : à vouloir rassurer quant à la persistance d'un refus de légalisation de la pratique, les effets des gestations pour autrui valablement conclues à l'étranger ont été progressivement reconnus, mais dans une logique de rejet. Dès lors, le contentieux¹⁷⁰⁹ puis la loi ont entretenu des confusions dans le but de protéger les principes fondamentaux du droit français : transcrire n'est pas établir, être mère implique d'accoucher, le lien biologique a plusieurs réalités¹⁷¹⁰ selon que l'on se place du point de vue de la mère ou du père... pour un résultat où l'on cherche en vain une logique d'ensemble, où la sensation d'être en permanence en train d'ajuster les règles est davantage tangible dans un « jeu subtil de combinaisons de sources »¹⁷¹¹. Qu'une même loi

¹⁷⁰⁹ V. par ex., arrêt de 2013 qui se fonde sur l'article 336 du Code civil pour agir en nullité de la reconnaissance. Pour une analyse de cette décision v. par ex., BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 226-227 ; DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°835 et s.

¹⁷¹⁰ DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « Les fondements de la filiation au prisme du genre », préc., p. 182.

¹⁷¹¹ ÉGÉA V., « Enfant né de GPA à l'étranger : l'article 47 du Code civil victime de la durée excessive d'une adoption », *Dr. fam.* n°11, novembre 2023, comm. 154.

dise implicitement que la réalité de la maternité est l'accouchement alors que l'objectif global du texte est de consacrer la bi-maternité ne peut que laisser perplexe et il est heureux que la décision du 14 novembre 2024 de la Cour de cassation ait mis en lumière ces incogruités. La prudence face aux techniques scientifiques ne dispense pas, spécialement pour le législateur, de faire preuve de réalisme et de laisser dans le « non-droit » les situations qui questionnent¹⁷¹². Le juge n'a pas une pleine capacité de compensation de l'inaction législative et l'intervention d'autres acteurs supranationaux, qui n'ont pas pour mission l'organisation de l'ordre juridique français¹⁷¹³, ne peut être une réponse totalement satisfaisante, car nécessairement trop générale pour être adaptée aux spécificités de l'ordre interne. Agir sur le plan des effets est déjà trop tard, que ce soit au plan national qu'eupéen¹⁷¹⁴, la solution sera toujours le moindre mal¹⁷¹⁵. Face à une absence de cadre légal adapté, la stratégie de défaussement¹⁷¹⁶ est risquée, car elle repose sur le juge qui permet de faire survivre le système le temps qu'un texte le règle réellement¹⁷¹⁷.

¹⁷¹² BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 215-232

¹⁷¹³ FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

¹⁷¹⁴ FULLI-LEMAIRE S., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, *op. cit.*, n°385.

¹⁷¹⁵ BOLLÉE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, p.215-232.

¹⁷¹⁶ DEUMIER P., « Le droit de la famille vu par ses sources », *préc.*, p. 234 et s.

¹⁷¹⁷ FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

SECTION II : TRANSIDENTITE ET PARENTE

416. *Transsexualisme et transidentité.* Indéniablement, le changement de sexe met, aujourd'hui, à l'épreuve le droit de la filiation qui peine à répondre à une telle singularité. Le phénomène questionne, en lui-même, les juristes. L'hésitation quant au terme à employer, certains utilisant ceux de « transsexualisme » et de « personnes transsexuelles »¹⁷¹⁸ quand d'autres préfèrent ceux plus contemporains de « transidentité » et de « personnes transgenres »¹⁷¹⁹, met en lumière les premières difficultés. Le genre permettrait de « saisir la manière dont un contexte social, politique et culturel façonne ce que des auteurs ont appelé les rôles ou les rapports sociaux de sexe »¹⁷²⁰ et dans cette perspective, des études de genre se développent en droit français¹⁷²¹. D'un strict point de vue sémantique, le terme de genre n'existe pas dans les textes civils¹⁷²² qui se fondent uniquement sur le sexe, élément identificatoire mentionné sur les actes d'état civil¹⁷²³. Les appellations contemporaines de transidentité et de transgenre tendent cependant à se développer ces dernières années, en doctrine¹⁷²⁴ mais

¹⁷¹⁸ V. par ex., V° « transsexualisme », in CORNU G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., PUF coll. « Quadrige », 2020 ; V° « transsexualisme » in CABRILLAC R. (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2025*, Lexisnexis, 2024 ; GOUËZEL A., « Filiation et transsexuel : pas de “parent biologique” mais une femme-père », *RJPF*, n°11, 1^{er} novembre 2020.

¹⁷¹⁹ V. par ex., V° « Transgenre », in PUIGELIER C. (dir.), *Dictionnaire juridique*, 4^{ème} éd., Bruylant coll. « Paradigme », 2023 ; BOISSON J., « Parenté transgenre : déterminer la nature de la filiation au regard du sexe biologique, en contradiction avec le sexe juridique, n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme », *RJPF* n°6, juin 2023.

¹⁷²⁰ HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M., ROMAN D. (dir.), *La loi et le genre, Étude critique de droit français*, op. cit., p. 12.

¹⁷²¹ V. par ex. la création en 2011 du programme de Recherches et Études sur le Genre et les Inégalités en Europe (RÉGINE) qui réunit une quarantaine de chercheurs et de chercheuses et est dirigé par Stéphanie Hennette-Vauchez, Marc Pichard et Diane Roman. Les détails de ce programme sont accessibles [\[en ligne\]](#).

¹⁷²² Il est cependant employé d'autres domaines, v. par ex. art. 2-6 et 225-1 C. pén. ou art. L. 711-2 CESEDA.

¹⁷²³ PARICARD S., « Le changement de sexe », in BÉVIÈRE-BOYER B, DIBIE D., MARAIS A., *La bioéthique en débat : quelle loi ?* Dalloz, 2020, p. 10.

¹⁷²⁴ V° « Transgenre », in PUIGELIER C. (dir.), *Dictionnaire juridique*, 4^{ème} éd., Bruylant coll. « Paradigme », 2023 ; V. aussi BOISSON J., « Parenté transgenre : déterminer la nature de la filiation au regard du sexe biologique, en contradiction avec le sexe juridique, n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme », *RJPF* n°6, juin 2023 ; BRUNET L., REIGNÉ P., « La filiation (et la Cour de cassation) à l'épreuve de la transidentité », *JCP G.* n° 43-44, 19 octobre 2020, 1164 ; CORPART I., « Mention de l'identité de genre des parents transgenres sur l'acte de naissance de leurs enfants », *RJPF*, n°6, 1^{er} juin 2023 ; HOUSIER J., « Les gènes ou le genre (à propos de la mention du sexe d'origine des parents transgenres dans le registre de naissance allemand), *AJ fam.* 2023, p. 290 ; LAMARCHE M., « La prééminence de la stabilité du lien biologique pour l'enfant d'un parent transgenre selon la CEDH », *Dr. fam.* n°6, juin 2023, alerte 66 ; LEROYER A.-M., « Le temps de la parenté transgenre », *RTD civ.* 2023, p. 604.

également dans les décisions judiciaires¹⁷²⁵. Elle sera celle employée dans les développements suivants, spécialement car elle induit en elle-même une mutation¹⁷²⁶, dynamique principale de notre étude.

417. Mutation du changement de sexe. La possibilité, offerte par le droit, de changer la mention du sexe sur les actes d'état civil est une réponse au « sentiment profond d'appartenir au sexe opposé à son sexe génétique »¹⁷²⁷ que ressentent certains individus. Ces réponses ont été apportées, dans un premier temps, par la Cour de cassation à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne dans l'arrêt *B.* du 25 mars 1992¹⁷²⁸. Conditionné à une transformation physique permettant de constater le « syndrome transsexuel »¹⁷²⁹ qui rend stériles les personnes transgenres, le changement de sexe n'a pas, dans un premier temps, bouleversé le droit de la filiation malgré la consécration de cette singularité en droit des personnes. L'intervention du législateur en 2016¹⁷³⁰, au contraire, est porteuse d'un certain nombre de difficultés. Les articles 61-5 et suivants du Code civil autorisent désormais le changement de la mention du sexe sur les actes d'état civil en l'absence de toute transformation physique. Au contraire, l'article 61-6 précise explicitement que « le fait de ne pas avoir subi de traitement médical, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande ».

418. Parenté transgenre. La parenté transgenre est désormais une singularité réelle que le droit français ignore pourtant, illustrant encore davantage le rôle complémentaire du juge face aux tactiques législatives. La démedicalisation du changement de sexe¹⁷³¹ perturbe, en effet, le droit de la filiation. La conception unitaire de la maternité¹⁷³², reposant sur

¹⁷²⁵ V. par ex., CEDH, *O. H. et G. H. c. Allemagne*, 4 avril 2023, n°5368/18 et 54741/18 ; Cass., 1^{ère} civ., 16 septembre 2020, n°18-50.080 et n°19-11.251 ; CA Toulouse, 9 février 2022, n°20/03128.

¹⁷²⁶ Dans le même sens v. PARICARD S., « Le changement de sexe », préc., 2020, p. 8-9, pour qui « l'identité de genre fait écho à une nouvelle perception de l'identité en droit ».

¹⁷²⁷ V° « transsexualisme » in CABRILLAC R. (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2025*, Lexisnexis, 2024.

¹⁷²⁸ CEDH, *B. c. France*, 25 mars 1992, n°13343/87 ; JCP 1992. II. 21955, note T. Garé ; D. 1993. 101, note J.-P., Marguénaud ; RTD civ. 1992. 540, obs. Hauser.

¹⁷²⁹ AP, 11 décembre 1992, JCP 1993. II. 21991, concl. Jéol, note G. Mémeteau ; Gaz. Pal. 1993. 1.180 ; RTD civ. 1993. 325 obs. J. Hauser.

¹⁷³⁰ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016.

¹⁷³¹ MARAIS A., *Droit des personnes*, op. cit., n°195.

¹⁷³² DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « Les fondements de la filiation au prisme du genre », préc., p. 180.

l'accouchement et défendue farouchement afin de s'opposer à la GPA¹⁷³³ n'a pas été favorable à la considération de la parenté transgenre, au contraire. Or, la personne transgenre est susceptible de procréer charnellement, créant une inadéquation entre le sexe de la personne et sa capacité procréative, incompatible avec les conceptions de la maternité et de la paternité prévues par le droit (§I.). Dans la même perspective, la réforme de l'AMP, si elle n'exclut pas les personnes transgenres, se fonde sur le sexe juridique sans considération pour la capacité procréative, provoquant un décalage entre la configuration et la composition des couples composés d'au moins une personne transgenre et les conditions d'accès aux techniques de procréation assistée (§II.).

§I. La considération partielle de la transidentité en droit commun de la filiation

419. Démédicalisation du changement de sexe et procréation. Depuis la loi du 18 novembre 2016, le changement de sexe à l'état civil n'est désormais plus soumis à des conditions médicales. La personne transgenre est donc susceptible de conserver, après son changement de sexe, ses capacités procréatives, consacrant dès lors « l'homoparenté biologique »¹⁷³⁴. Pourtant, si le législateur a prévu les conséquences du changement de sexe sur les actes d'état civil de l'enfant né avant la modification (A.), il n'a pas affronté le « futur familial »¹⁷³⁵ de la personne transgenre procréant avec son sexe d'origine, une fois la modification sur les actes d'état civil faite (B.), imposant au juge de palier les manquements légaux.

A. L'enfant né avant le changement de sexe de son parent

420. J21 et libéralisation du changement de sexe. Autorisé par la Cour de cassation en 1992 à des conditions strictes, le changement de la mention du sexe sur les actes d'état civil a été encadré par la jurisprudence jusqu'en 2016. Malgré les disparités jurisprudentielles¹⁷³⁶ et

¹⁷³³ MARAIS A., « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », in *Mélanges en l'honneur de la Professeuse Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 328 à 334.

¹⁷³⁴ TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille*, op. cit., n°446.

¹⁷³⁵ MARAIS A., *Droit des personnes*, op. cit., n°204.

¹⁷³⁶ REIGNÉ P., « La reconnaissance de l'identité du genre divise la jurisprudence », *JCP G* 2011, 480.

les recommandations¹⁷³⁷ au cours de cette période, la Cour de cassation a maintenu les conditions posées en 1992, imposant une réaffectation sexuelle avant d'accepter le changement de mention¹⁷³⁸. La rigueur maintenue¹⁷³⁹ de la Cour de cassation a conduit à une nouvelle condamnation européenne dans les arrêts *Garçon et Nicot* en 2017¹⁷⁴⁰. Malgré une proposition de loi autonome¹⁷⁴¹, l'évolution légale est finalement permise par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016¹⁷⁴², précédant de quelques mois la condamnation européenne et justifiée par le principe d'autodétermination des individus¹⁷⁴³.

421. Conditions légales du changement de sexe. Depuis l'intervention du législateur, le changement de sexe à l'état civil est encadré par les articles 61-5 à 61-8 du Code civil. Il est conditionné par la démonstration, par toute personne majeure ou mineure émancipée, d'« une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue ». L'article précise, ensuite, les principaux éléments de fait sur lesquels peut reposer la demande : se présenter publiquement comme appartenant au sexe revendiqué, être connu sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel, avoir obtenu un changement de prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué. L'article 61-6 précise également que

¹⁷³⁷ Conseil de l'Europe, 29 avril 2010, résolution n°1728 relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre ; Circ. DACS n° CIV/07/10, 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil ; CNCDH, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil*, 27 juin 2013.

¹⁷³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, *JCP G* 2012, 753, Ph. Reigné ; *Dr. fam.* 2012, comm. 131, Ph. Reigné ; *D.* 2012, p. 1648, F. Violla ; *RDSS* 2012, p. 880, S. Paricard ; *RTD civ.* 2012, p. 502, J. Hauser ; V. aussi Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2013, n° 11-14.515 et 12-11.949, *Dr. fam.* 2013, comm. 48, Ph. Reigné ; *Bull. civ. I*, n° 13 et 14 ; *D.* 2013, p. 499, I. Gallmeister ; *D.* 2013, p. 1089, J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *D.* 2014, p. 843, J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *RTD civ.* 2013, p. 344, J. Hauser.

¹⁷³⁹ GRANET-LAMBRECHTS F., BERNARD-XÉMARD C., « Actes de l'état civil – Annulation ou rectification. – Indication du sexe dans l'acte de naissance », *Jcl. Civil Code*, fasc. 30, 1^{er} mai 2022.

¹⁷⁴⁰ CEDH, *A. P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, n°79885/12, 52471/13 et 52596/13 ; *JCP G* 2017, 504, F. Sudre ; *AJ fam.* 2017, p. 299, F. Viney.

¹⁷⁴¹ AN, prop. de loi n°3084 relative à la modification de la mention du sexe à l'état civil.

¹⁷⁴² Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016.

¹⁷⁴³ L'exposé des motifs justifie la modification par « l'autodétermination du demandeur, qui invite le procureur de la République compétent à constater qu'il se présente et qu'il est connu dans un sexe qui ne correspond pas à celui qui est inscrit à l'état civil ».

l'absence de traitement médical, d'opération chirurgicale ou de stérilisation ne peut justifier un refus, consacrant ainsi explicitement la démedicalisation du changement de sexe¹⁷⁴⁴.

422. Enfants déjà nés. L'article 61-8 du Code civil s'intéresse, ensuite, aux conséquences sur les enfants déjà nés, du changement de sexe de l'individu. Selon cet article, le changement de sexe du parent est sans effet sur les filiations établies avant cette modification. La règle n'est pas surprenante et s'inscrit dans la jurisprudence antérieure¹⁷⁴⁵ qui avait considéré le jugement modifiant la mention du sexe comme constitutif d'état, n'ayant pas d'effet sur l'état civil des enfants déjà nés.

B. L'enfant né après le changement de sexe de son parent

423. Vide juridique. Oubli ou volonté de ne pas affronter l'ampleur des modifications nécessaires, les conséquences sur la filiation n'ont pas été prévues par la réforme libéralisant le changement de sexe. Le contexte légal l'explique également : la loi J21 se distingue par son domaine généraliste, peu propice à une réforme d'ensemble, où l'intégration même de cette disposition questionne¹⁷⁴⁶. Ce contexte est d'ailleurs renforcé par l'absence, dans le projet initial, de la modification du sexe à l'état civil qui a été rajoutée par amendement¹⁷⁴⁷. Le texte élude ainsi la question du lien de filiation à établir pour l'enfant né après le changement de sexe de son parent, laissant aux juridictions la délicate charge de trancher cette difficulté complexe avec des règles de droit qui n'envisagent pas cette configuration. Le texte a été déclaré conforme à la Constitution¹⁷⁴⁸ alors qu'une telle « incompétence négative » aurait pu justifier une censure,¹⁷⁴⁹ car « il y a là un silence coupable du législateur qui perdure au sujet d'un enfant

¹⁷⁴⁴ GRANET-LAMBRECHTS F., BERNARD-XÉMARD C., « Actes de l'état civil – Annulation ou rectification – Indication du sexe dans l'acte de naissance », *Jcl. Civil Code*, fasc. 30, 1^{er} mai 2022, §44.

¹⁷⁴⁵ CA Paris, 2 juillet 1998, *JurisData* n°1998-993270 ; *JCP G* 1999, II, 10005, T. Garé ; *Dr. fam.* 1999, comm. 13, P. Murat.

¹⁷⁴⁶ LEMOULAND J.-J., VIGNEAU D., (dir.), *Personnes et familles du XXI^e siècle, Les interrogations soulevées par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice*, op. cit. ; TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille*, op. cit., n°446.

¹⁷⁴⁷ AN, amendement n° 282 rectifié, art. 18 *quater*, 12 mai 2016. Pour de plus amples développements sur les difficultés d'élaborer un régime juridique à partir d'un amendement v. *supra* n°314.

¹⁷⁴⁸ Cons. Const., 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC.

¹⁷⁴⁹ MARAIS A., *Droit des personnes*, op. cit., n°212.

dont il facilite désormais la naissance et qui se trouve par là même être dans une situation légitime »¹⁷⁵⁰.

424. Capacité procréative ou sexe juridique ? De prime abord, la difficulté que devaient trancher les magistrats était de déterminer si un homme transgenre était la mère ou le père, ou si la femme transgenre devait être qualifiée de père ou de mère. Autrement dit, les juges doivent-ils faire primer la capacité procréative sur le sexe juridique ou l'inverse ? Faire primer la capacité procréative a pour avantage principal d'appliquer le droit commun de la filiation qui repose sur des règles genrées permettant de traduire que l'enfant naît d'un homme et d'une femme¹⁷⁵¹. Cette application permettrait également de garantir le traitement uniforme des enfants qui auront le même lien de filiation établi, peu importe qu'ils soient nés avant ou après le changement de sexe. Néanmoins, l'inconvénient serait de renforcer le « dédoublement sexuel »¹⁷⁵² de la personne transgenre, considérée dans son sexe d'origine dans son rapport avec l'enfant, et dans son sexe juridique dans ses rapports avec les tiers, dédoublement qui questionne le respect effectif de son identité¹⁷⁵³ et de son autodétermination¹⁷⁵⁴. Au contraire, si faire primer le sexe juridique est davantage respectueux de l'identité du parent transgenre, l'application du droit commun de la filiation est impossible, malgré la reconnaissance progressive de l'homoparenté. L'article 320 du Code civil empêche, en effet, l'établissement d'un double lien de filiation, qu'il soit maternel ou paternel. L'accouchement de la compagne de la femme transgenre priverait ainsi cette dernière de la possibilité d'établir un lien de filiation maternelle. Sur la filiation paternelle, le premier lien établi primerait sur l'autre, bien qu'il soit largement envisageable que l'accouchement de l'homme transgenre conduise à la contestation du lien de filiation paternelle qu'il aurait établi. Le recours à l'adoption permet de contourner cette difficulté, mais conduit à se questionner sur le nouvel accroc¹⁷⁵⁵ qui serait fait à cette institution. En tout état de cause, ce recours impliquait le mariage du couple jusqu'à la réforme de 2021 et surtout, est conditionné au consentement du parent dont le lien de filiation est établi¹⁷⁵⁶.

¹⁷⁵⁰ PARICARD S., « Le changement de sexe », préc., p. 21.

¹⁷⁵¹ *Ibid.*

¹⁷⁵² DEBET A., « Le sexe et la personne », *LPA*, 1^{er} juillet 2004, n°131.

¹⁷⁵³ PARICARD S., « Vers un droit spécial de la filiation ? », *D.* 2018, p. 75.

¹⁷⁵⁴ Favorables à cette solution, MARAIS A., « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », préc., p. 320 et s. ; DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°647.

¹⁷⁵⁵ Sur la dénaturation de l'adoption v. *supra* n°410.

¹⁷⁵⁶ Art. 347 C. civ.

Face à ce constat et contrainte de ne pas pouvoir recourir à l'adoption en raison de l'opposition de la mère accouchée, la Cour d'appel de Montpellier a préféré ne pas trancher. Constatant le vide juridique, la Cour a choisi une voie alternative. Se fondant sur les articles 8 de la Convention européenne en raison de l'atteinte à la vie privée du parent transgenre et de l'enfant, 3 §1 et 7 de la CIDE, elle a préféré établir la filiation de l'enfant à l'égard de celle qu'elle a qualifiée de « parent biologique »¹⁷⁵⁷.

425. Cour de cassation et établissement de la filiation. La Cour de cassation a, quant à elle, fait le choix de l'adéquation entre la reproduction sexuée et le lien établi. Dans une décision du 16 septembre 2020¹⁷⁵⁸, elle a en effet estimé que la femme transgenre n'est pas privée du droit d'établir un lien de filiation, mais que celui-ci doit nécessairement être établi selon les modes d'établissement réservés au père. Se livrant, ensuite, à un examen sous l'angle des droits fondamentaux, elle estime que cet état du droit poursuit un but légitime tendant à assurer la sécurité des filiations établies et qu'il est conforme à l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, elle estime que l'intérêt de l'enfant est de voir son lien de filiation établi en conséquence de la réalité de sa conception et que l'établissement d'une filiation paternelle permet de lui donner le même lien de filiation que ses frère et sœur nés avant le changement de sexe du parent. Dès lors, elle confirme la décision de la Cour d'appel de Montpellier qui avait refusé la transcription de la reconnaissance notariale de maternité. Néanmoins, elle casse partiellement le reste de la décision en ce qu'elle désigne la mère transgenre comme parent biologique, rappelant que la loi française ne permet pas cette alternative. Faisant preuve d'une autolimitation bienvenue¹⁷⁵⁹, elle rappelle également que la cour d'appel « ne pouvait créer une nouvelle catégorie à l'état civil », précisant que le recours aux droits fondamentaux, loin d'imposer cette création tend, au contraire, à s'y opposer.

426. Cour de cassation, vide juridique et établissement de la filiation. La décision est, également, l'occasion pour la Cour de cassation de signaler le vide juridique auquel les juges doivent faire face et, surtout, son raisonnement permet de faire apparaître l'impossibilité

¹⁷⁵⁷ CA Montpellier, 14 novembre 2018, n°16/06059, *AJ fam.* 2018. 684, obs. G. Kessler ; *ibid.* 641, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2019. 110, obs. A. Dionisi-Peyrusse, note S. Paricard ; *ibid.* 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 856, obs. RÉGINE ; *Dr. fam.* 2019, comm. H. Fulchiron.

¹⁷⁵⁸ Cass., 1^{ère} civ., 16 septembre 2020, n°18-50.080 et n°19-11.251 ; *D. actu.* 22 sept. 2020, obs. L. Gareil-Sutter ; *D.* 2020. 2096, note S. Paricard ; *ibid.* 2072, point de vue B. Moron-Puech ; *AJ fam.* 2020. 534, obs. G. Kessler, obs. E. Viganotti ; *ibid.* 497, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2020. 1164, note L. Brunet et P. Reigné.

¹⁷⁵⁹ LEROYER A.-M., « La parenté transgenre, un impensé du droit français », *RTD civ.* 2020, p. 866 ; GOUËZEL A., « Filiation et transsexuel : pas de “parent biologique” mais une femme-père », *RJPF*, n°11, 1^{er} novembre 2020.

de se prononcer au regard du droit positif. Sur le terrain de l'établissement de la filiation, la Cour de cassation écarte rapidement¹⁷⁶⁰ l'établissement d'un lien de filiation maternelle en se fondant sur les articles 311-25 et 320 du Code civil. Aucun de ces articles n'associe pourtant l'accouchement à la maternité : le premier indique que l'établissement de la filiation maternelle se fait par indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, indication qui n'est pas obligatoire, et le second empêche l'établissement d'un lien de filiation qui contredirait un lien déjà établi. L'accouchement est présent aux articles 325 et 332 du Code civil et est la preuve de la maternité¹⁷⁶¹. Par ailleurs, l'article 316 du Code civil autorise l'établissement de la maternité par reconnaissance lorsque celui-ci n'a pas été fait par effet de la loi. L'article 316 est pourtant le fondement de la décision, mais sous l'angle de la reconnaissance paternelle, combiné avec l'article 313 relatif à la présomption de paternité. La Cour de cassation a ainsi un raisonnement dans lequel l'accouchement est une règle de fond¹⁷⁶², reposant sur la situation concrète à laquelle elle est confrontée. Aucune généralité, aucune réponse de principe n'est apportée à la parenté transgenre¹⁷⁶³ : en l'espèce, la mère accouchée avait établi sa filiation par effet de la loi, excluant dès lors la reconnaissance de maternité et ne permettant seulement l'établissement d'un lien de filiation paternelle¹⁷⁶⁴. La possibilité pour une femme de faire une reconnaissance paternelle n'est pas discutée, la Cour de cassation semblant estimer qu'une telle reconnaissance est nulle¹⁷⁶⁵. De même, la reconnaissance prénatale maternelle n'est absolument pas évoquée comme un conflit potentiel de maternités¹⁷⁶⁶.

Pour autant, arguer de la caducité de la reconnaissance aurait été un terrain potentiel,¹⁷⁶⁷ mais glissant puisqu'il conduit indirectement à considérer que le fait, pour une personne transgenre,

¹⁷⁶⁰ BRUNET L., REIGNÉ P., « La filiation (et la Cour de cassation) à l'épreuve de la transidentité », *JCP G.* n° 43-44, 19 octobre 2020, 1164 ; LEROYER A.-M., « La parenté transgenre, un impensé du droit français », *RTD civ.* 2020, p. 866.

¹⁷⁶¹ Sur les confusions entretenues en droit de la filiation v. DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, *op. cit.*, n°72 et s..

¹⁷⁶² Sur le doute quant à la nature de la règle *mater semper certa est* v. MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°806.

¹⁷⁶³ PARICARD S., « Parenté transgenre : la cour d'appel fait résistance sans convaincre », *D.* 2022, p. 888.

¹⁷⁶⁴ GOUËZEL A., « Filiation et transsexuel : pas de "parent biologique" mais une femme-père », *RJPF*, n°11, 1^{er} novembre 2020.

¹⁷⁶⁵ *Contra* GOUËZEL A., « Filiation et transsexuel : pas de "parent biologique" mais une femme-père », *RJPF*, n°11, 1^{er} novembre 2020.

¹⁷⁶⁶ BRUNET L., REIGNÉ P., « La filiation (et la Cour de cassation) à l'épreuve de la transidentité », *JCP G.* n° 43-44, 19 octobre 2020, 1164.

¹⁷⁶⁷ C'est en ce sens que le tribunal de grande instance saisi dans cette affaire s'était prononcé. V. TGI Montpellier, 22 juillet 2016, n°15/05019, *D.* 2017. 1373, obs. J.-P. Vauthier et F. Vialla.

de procréer au regard de son sexe d'origine rend caduc le changement de sexe¹⁷⁶⁸ et intègre un certain jugement puisqu'indirectement il conduit à imposer à la personne transgenre « d'assumer les conséquences » de cette décision, impliquant donc une certaine conception de la transidentité¹⁷⁶⁹, qui est pourtant contraire aux textes¹⁷⁷⁰. En tout état de cause, aucun raisonnement n'aurait été réellement convaincant, le droit positif ne le permettant pas,¹⁷⁷¹ mais l'exclusion si rapide de la reconnaissance maternelle aurait peut-être mérité davantage d'attention, d'autant plus que la décision a été rendue dans le cadre de la réflexion des lois de bioéthique qui évoquait, à l'époque, la déclaration commune anticipée requalifiée au cours du processus législatif de reconnaissance conjointe¹⁷⁷².

427. Cour de cassation, vide juridique et droits fondamentaux. Sur le terrain des droits fondamentaux, la discordance d'appréciation entre la cour d'appel et la Cour de cassation révèle, en creux, le particularisme des droits fondamentaux. Certes, les droits fondamentaux et les modes de raisonnements qui leur sont propres¹⁷⁷³ sont susceptibles de perturber les règles abstraites et générales. Néanmoins, ils n'ont pas vocation à régler les difficultés en l'absence de règles, ils sont davantage correctifs que prescriptifs. Quel apport pourraient avoir l'intérêt de l'enfant et le droit au respect de la vie privée dans une telle situation ? Les principes sont, ici, inopérants, ou en tous cas insuffisants pour trancher le problème¹⁷⁷⁴. Les décisions judiciaires et commentaires doctrinaux l'illustrent¹⁷⁷⁵ : la certitude est qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de voir son lien de filiation établi, mais l'incertitude se porte sur la nature de celui-ci. Il est tout autant dans l'intérêt de l'enfant de voir établi son lien de filiation conformément à l'identité réelle de son parent¹⁷⁷⁶, qu'à voir un lien établi conformément à la réalité de l'engendrement ou identique à celui des frères et sœurs qui ont pu naître avant le changement

¹⁷⁶⁸ PARICARD S., « Vers un droit spécial de la filiation ? », *D.* 2018, p. 75 ; VAUTHIER J.-F., VIALLA F., « *Matres semper certa sunt* ? Un pluriel bien singulier », *D.* 2017, p. 1373 ; LEROYER A.-M., « La parenté transgenre, un impensé du droit français », *RTD civ.* 2020, p. 866.

¹⁷⁶⁹ LEROYER A.-M., « La parenté transgenre, un impensé du droit français », *RTD civ.* 2020, p. 866.

¹⁷⁷⁰ PARICARD S., « Le changement de sexe », *préc.*, p. 7-26.

¹⁷⁷¹ LEROYER A.-M., « La parenté transgenre, un impensé du droit français », *RTD civ.* 2020, p. 866.

¹⁷⁷² V. *supra* n°331.

¹⁷⁷³ V. *supra* n°129 et s.

¹⁷⁷⁴ FULCHIRON H., « Homme-mère, femme-père... », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, comm. 6.

¹⁷⁷⁵ GOUËZEL A., « Filiation et transsexuel : pas de “parent biologique” mais une femme-père », *RJPF*, n°11, 1^{er} novembre 2020.

¹⁷⁷⁶ PARICARD S., « Vers un droit spécial de la filiation ? », *D.* 2018, p. 75.

de sexe¹⁷⁷⁷. Un choix politique est nécessaire pour trancher abstraitement la situation¹⁷⁷⁸, tout en prévoyant si besoin un assouplissement de la règle face à certaines situations concrètes.

428. Résistances de la Cour d'appel de renvoi. Refusant d'appliquer les préconisations de la Cour de cassation, la Cour d'appel de renvoi¹⁷⁷⁹ a fait le choix du respect, à tous les plans, de l'identité choisie du parent transgenre. Profitant de la confirmation par la Cour de cassation du refus de transcription de la reconnaissance maternelle, la cour d'appel constate l'autorité de la chose jugée et bascule sur le terrain contentieux, considérant que l'établissement de la filiation ne peut être que judiciaire. Elle écarte, ensuite, toute question relative à la présomption de paternité dans un argumentaire un peu plus convaincant que celui de la Cour de cassation puisqu'elle le justifie par l'absence de mari. La suite de son raisonnement est détachée des textes. Constatant le vide juridique, tout en estimant n'avoir le choix que d'établir un second lien de filiation maternelle, la Cour d'appel de Toulouse évoque les différents éléments emportant sa conviction d'établir judiciairement la maternité. Elle estime, en effet, disproportionnée l'atteinte à l'identité que créerait un décalage entre le lien établi dans le sexe d'origine du parent et le sexe inscrit sur ses propres actes d'état civil. Elle renforce cette appréciation par l'absence d'atteinte à des principes essentiels du droit français en raison de l'évolution sociopolitique quant à la bi-maternité, ce qui lui permet d'écarter le conflit de filiations prévu à l'article 320. Les droits fondamentaux et le contrôle concret ne sont, d'ailleurs, pas non plus des voies employées comme « sauvetage », en raison de leur insuffisance, mais peut-être également aussi pour signaler au législateur son rôle ?

Juridiquement, le raisonnement est, lui aussi, critiquable¹⁷⁸⁰, en premier lieu car il n'a finalement, aucun réel fondement¹⁷⁸¹. Cependant, il a au moins pour mérite de ne pas contenir de faux-semblants, voire de rappeler au législateur le risque de créer de telles incohérences, la Cour d'appel de renvoi considérant que l'absence de correctif par la loi de bioéthique laisse « présumer que le législateur a préféré laisser au juge le soin de régler cette question ». Certes,

¹⁷⁷⁷ MARAIS A., « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », préc., p. 321-322.

¹⁷⁷⁸ LEROYER A.-M., « La parenté transgenre, un impensé du droit français », *RTD civ.* 2020, p. 866 ; GOUËZEL A., « Filiation et transsexuel : pas de "parent biologique" mais une femme-père », *RJPF*, n°11, 1^{er} novembre 2020.

¹⁷⁷⁹ CA Toulouse, 9 février 2022, n°20/03128 ; *D.* 2022. 888, note S. Paricard ; *ibid.* 846, point de vue M. Thevenot et B. Moron-Puech ; *AJ fam.* 2022. 222, obs. M. Mesnil ; *ibid.* 109, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

¹⁷⁸⁰ PARICARD S., « Parenté transgenre : la cour d'appel fait résistance sans convaincre », *D.* 2022, p. 888 ; SIFFREIN-BLANC C., « Une femme transgenre sera finalement mère ! », *Dr. fam.* n°4, avril 2022, comm. 51 ; MESNIL M., « Ni parent biologique ni père : la maternité d'une femme trans reconnue en justice », *AJ fam.* 2022 p. 222 ; LEROYER A.-M., « La filiation maternelle d'une femme transgenre reconnue », *RTD civ.* 2022, p. 369.

¹⁷⁸¹ SIFFREIN-BLANC C., « Une femme transgenre sera finalement mère ! », *Dr. fam.* n°4, avril 2022, comm. 51.

l'appréciation souveraine du juge ne lui laisse pas tout pouvoir, mais est-il réellement possible de remettre en question la volonté créatrice des juges dans un contexte où, en tout état de cause, une loi n'aurait vocation à s'appliquer ?¹⁷⁸² D'autant plus que la décision est, potentiellement, une demande de précédent plus élaboré à la Cour de cassation et une occasion de se prononcer en assemblée plénière.

429. Cour européenne des droits de l'homme. Les décisions de la Cour européenne sur la parenté transgenre rendues le 4 avril 2023¹⁷⁸³ et concernant l'Allemagne ne font que confirmer l'absence de secours des droits fondamentaux sur la question de la parenté transgenre, ainsi que la tendance grandissante de la Cour à limiter son contrôle substantiel au profit d'un contrôle davantage procédural¹⁷⁸⁴. Elle aborde la question sous l'angle de l'obligation positive pour les États de garantir un respect effectif du droit au respect de la vie privée, conduisant dès lors à un contrôle plus souple¹⁷⁸⁵ qui vise à déterminer « si les obligations mises à la charge de l'État ne sont pas trop lourdes au regard de l'intérêt individuel à protéger »¹⁷⁸⁶. Elle reconnaît, au vu de la nature du conflit, une ample marge d'appréciation à l'Allemagne dans la mise en œuvre de cette obligation positive. À l'issue de la mise en balance des intérêts, elle en conclut à une absence de violation, « eu égard, d'une part, au fait que le lien de filiation entre les requérants n'a pas été mis en cause en soi et au nombre limité de situations pouvant mener, lors de la présentation d'un acte de naissance du second requérant, à la révélation de l'identité transgenre du premier requérant et, d'autre part, à la marge d'appréciation étendue dont dispose

¹⁷⁸² MESNIL M., « Ni parent biologique ni père : la maternité d'une femme trans reconnue en justice », *AJ fam.* 2022 p. 222 ; *Contra* PARICARD S., « Parenté transgenre : la cour d'appel fait résistance sans convaincre », *D.* 2022, p. 888.

¹⁷⁸³ CEDH, *O. H. et G. H. c. Allemagne*, 4 avril 2023, n°5368/18 et 54741/18 et CEDH, *A. H. c. Allemagne*, 4 avril 2023, n°7246/20 ; *AJ fam.* 2023. 290, obs. J. Houssier ; *ibid.* 245, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RJPF* 2023, obs. I. Corpart ; *Dr. fam.* 2023. Chron. 4, note A. Gouttenoire et F. Marchadier. Dans l'affaire *O. H. et G. H.*, le père avait accouché de l'enfant qui serait né d'un don de sperme. L'affaire *A. H.* correspond aux mêmes faits qu'ont rencontrés les juridictions françaises, à savoir un couple de femmes dont l'une est transgenre et qui avaient eu l'enfant charnellement.

¹⁷⁸⁴ SUDRE F., « Cour européenne des droits de l'homme et santé », *RDSS* 2023. 49 pour qui la notion d'autonomie personnelle « va également induire un élargissement de la palette de contrôle de la Cour qui, au gré de ses décisions et sans que se dégage une ligne directrice claire, va choisir de se placer sur le terrain de l'abstention de l'État et des obligations positives ou sur celui de l'ingérence active et du droit subjectif. Enfin, sous couvert du principe de subsidiarité, la Cour européenne va, en règle générale, se retrancher derrière la marge nationale d'appréciation pour déterminer les modalités d'exercice du droit garanti, entretenant une subtile dialectique entre notion d'autonomie personnelle et principe de subsidiarité ».

¹⁷⁸⁵ MESNIL M., « Ne suis-je pas un homme ? La filiation des personnes trans devant la CEDH », *Dalloz Actualité*, 16 mai 2023.

¹⁷⁸⁶ SUDRE F. (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10^{ème} éd., PUF coll. « Thémis droit », 2022, p. 25.

l'État défendeur, la Cour estime que les juridictions allemandes ont ménagé un juste équilibre entre les droits du premier requérant, les intérêts du second requérant, les considérations relatives au bien-être de l'enfant et les intérêts publics »¹⁷⁸⁷.

430. Apport de la décision européenne. La mise en perspective avec le droit français et l'apport de la solution n'en sont que très relatifs. Il est, en tout état de cause, certain que les États n'ont pas l'obligation de faire correspondre le sexe juridique des parents à leur qualité de père ou mère. Néanmoins, met-elle la France à l'abri de toute condamnation ? Le droit allemand, s'il ne contenait pas non plus de disposition spécifique à la parenté transgenre, se fondait sur des textes plus généraux que ceux existant en droit français¹⁷⁸⁸. Par ailleurs, les juridictions allemandes ont apprécié dans le même sens, concrètement et de façon approfondie la situation¹⁷⁸⁹, là où les décisions des juridictions françaises sont plus contestables, et surtout, plus partagées. La condamnation européenne reste possible à l'issue d'un contrôle¹⁷⁹⁰ même procédural qui ne manquera pas de mettre en exergue l'incohérence du cadre français¹⁷⁹¹. Surtout, elle n'apportera pas plus d'éléments quant au choix politique qui doit revenir au législateur¹⁷⁹².

431. Père, mère, parent biologique, parent d'intention, parent... La parenté transgenre montre les limites de l'avancée progressive du législateur¹⁷⁹³. Le juge ne peut, face aux inadaptations légales, compenser totalement les vides législatifs et déstabilisera nécessairement les règles qu'il applique¹⁷⁹⁴. La transidentité met en exergue l'ampleur des

¹⁷⁸⁷ CEDH, *O. H. et G. H. c. Allemagne*, 4 avril 2023, n°5368/18 et 54741/18, §134.

¹⁷⁸⁸ PARICARD S., « Vers un droit spécial de la filiation ? », *D.* 2018, p. 75.

¹⁷⁸⁹ GOUTTENOIRE A., MARCHARDIER F., « La famille dans la jurisprudence de la CEDH - (octobre 2022 – avril 2023) » -, *Dr. fam.* n°7-8, juillet-août 2023, chron. 4 ; PARICARD S., « Transidentité et filiation : un premier positionnement de la CEDH », *Dalloz Actualité*, 14 avril 2023.

¹⁷⁹⁰ MESNIL M., « Ne suis-je pas un homme ? La filiation des personnes trans devant la CEDH », *Dalloz Actualité*, 16 mai 2023 ; *Contra* PARICARD S., « Transidentité et filiation : un premier positionnement de la CEDH », *Dalloz Actualité*, 14 avril 2023.

¹⁷⁹¹ Sur l'exigence de cohérence imposée par la Cour européenne v. *supra* n°186.

¹⁷⁹² HOUSIER J., « Les gènes ou le genre (à propos de la mention du sexe d'origine des parents transgenres dans le registre de naissance allemand) », *AJ fam.* 2023, p. 290.

¹⁷⁹³ LAMARCHE M., « La prééminence de la stabilité du lien biologique pour l'enfant d'un parent transgenre selon la CEDH », *Dr. fam.* n°6, juin 2023, alerte 66 ; HOUSIER J., « Les gènes ou le genre (à propos de la mention du sexe d'origine des parents transgenres dans le registre de naissance allemand) », *AJ fam.* 2023, p. 290 ; GAREIL-SUTTER L., « Enfant né d'une personne transgenre : exit le "parent biologique" », *Dalloz actualité*, 22 septembre 2020.

¹⁷⁹⁴ FULCHIRON H., « Homme-mère, femme-père... », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, comm. 6.

mutations actuelles et leur complexité¹⁷⁹⁵. Dans cette situation, « ne sont plus en cause les liens entre parenté et biologie, mais les liens entre genre et parenté »¹⁷⁹⁶. La notion même de parent est cœur des mutations du droit de la filiation, pourtant, au fil des réformes, il est difficile de déceler une nouvelle définition qui émergerait. Dans le cas de la transidentité, l'engendrement n'est pas artificiel, le droit commun de la filiation paraît donc tout disposé à s'imposer, le parent transgenre n'étant pas un « parent d'intention » en ce sens qu'il n'est pas partie à un « projet parental » tel qu'intégré dans la loi de bioéthique. Des similitudes peuvent cependant apparaître : la situation est-elle si différente de celle de la femme dont les ovocytes sont utilisés, mais qui n'accouche pas de l'enfant ? Dans un cas comme dans l'autre, les liens biologiques existent¹⁷⁹⁷. Seulement, ils ne sont pas ceux consacrés dans le modèle charnel. Accepter ces réalités biologiques emporterait une modification du droit de la filiation particulièrement importante, car elle conduirait à remettre en question l'altérité sexuelle entre les parents dans un modèle qui associe un statut parental au sexe. « L'artificialité » du couple parental, permise par la loi, ne s'inscrit dès lors pas dans cette approche et toute consécration de cette réalité – l'abolition des notions de père et mère au profit de parent¹⁷⁹⁸ en première ligne – ouvrirait encore davantage la voie aux revendications parentales « hors modèle », que le législateur tente de réguler.

Dès lors, pourquoi ne pas avoir créé une règle spéciale, par exemple une exception prévue à l'article 320 permettant un double lien de filiation et limitée aux couples dont l'un des parents a changé de sexe ?¹⁷⁹⁹ Le délitement du droit de la filiation serait, sûrement, plus important, mais la modification s'inscrirait, *a minima*, dans les tactiques législatives actuelles et serait bien moins critiquable que de maintenir une telle incertitude¹⁸⁰⁰. *A fortiori*, il s'inscrirait dans l'esprit de la dérogation prévue pour les couples de femmes. La difficulté du législateur de choisir un cap clair entre la préservation du modèle charnel et les attraits de l'artificialité est, ici,

¹⁷⁹⁵ MESNIL M., « Ni parent biologique ni père : la maternité d'une femme trans reconnue en justice », *AJ fam.* 2022 p. 222.

¹⁷⁹⁶ FULCHIRON H., « Homme-mère, femme-père... », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, comm. 6.

¹⁷⁹⁷ GOUTTENOIRE A., « Des maternités particulières... », *La lettre juridique* n°839 du 8 octobre 2020.

¹⁷⁹⁸ DIONISI-PEYRUSSE A., PICHARD M., « Les fondements de la filiation au prisme du genre », préc., p. 180 ; FULCHIRON H., « Homme-mère, femme-père... », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, comm. 6 ; GOUTTENOIRE A., « Des maternités particulières... », *La lettre juridique* n°839 du 8 octobre 2020.

¹⁷⁹⁹ FERRER-LORMEAU P., *Le droit de la filiation au prisme du genre*, op. cit., 2019 ; LEROYER A.-M., « La parenté transgenre, un impensé du droit français », *RTD civ.* 2020, p. 866 ; Pour une position opposée à ce « bricolage » v. FULCHIRON H., « Homme-mère, femme-père... », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, comm. 6.

¹⁸⁰⁰ Dans le même sens, v. PARICARD S., « Le changement de sexe », préc., p. 25-26.

spécialement illustrée, et la dernière loi de bioéthique qui aurait pu servir de correctif ne fait que renforcer ce constat¹⁸⁰¹.

432. *Recours à la reconnaissance conjointe ?* Ne serait-il pas envisageable, pour les couples de femmes dont l'une est transgenre et ayant conçu ensemble un enfant, de recourir à la reconnaissance conjointe anticipée ? Le mécanisme est prévu pour l'AMP, néanmoins, le texte ne paraît pas suffisamment verrouillé pour empêcher son détournement¹⁸⁰². Si le couple consent à une assistance médicale à la procréation devant notaire, établit une reconnaissance conjointe puis fait valoir la reconnaissance à un officier d'état civil, la filiation des deux femmes à l'égard de l'enfant ne pourrait-elle pas être établie ? Comment connaître les conditions de conception de l'enfant ? Rien n'interdit aujourd'hui un couple de femmes composé d'une femme cisgenre et d'une femme transgenre de bénéficier, ensemble, d'une assistance médicale à la procréation et même, utiliser les gamètes de la personne transgenre dans le cadre de cette assistance médicale à la procréation¹⁸⁰³. La procréation artificielle permet finalement de reproduire exactement le même schéma qu'un couple composé d'une personne transgenre et procréant charnellement, mais les liens de filiation établis se distinguent... L'avancée progressive du législateur démontre ses limites une fois encore.

§II. La non-considération de la transidentité dans l'accès à l'AMP

433. *Capacités procréatives et réforme de l'AMP.* Si la loi de bioéthique n'a pas permis de combler le vide juridique quant à la parenté transgenre à la suite d'un engendrement charnel, elle ne s'est pas non plus particulièrement préoccupée de la transidentité dans l'accès à l'AMP. L'indifférence quant au changement de sexe d'un bénéficiaire à l'assistance médicale à la procréation conduit, dès lors, à un régime ubuesque où les profils des bénéficiaires ne correspondent pas nécessairement aux techniques d'AMP autorisées. Afin de préserver l'accouchement¹⁸⁰⁴, les personnes transgenres ne sont, ainsi, pas privées d'accès à l'assistance médicale à la procréation, mais pour y accéder, elles doivent être en couple avec une femme

¹⁸⁰¹ Dans le même sens, GOUTTENOIRE A., « Des maternités particulières... », *La lettre juridique* n°839 du 8 octobre 2020 ; FULCHIRON H., « Homme-mère, femme-père... », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, comm. 6.

¹⁸⁰² V. *supra* n°350 et s.

¹⁸⁰³ V. *infra* n°438 et s.

¹⁸⁰⁴ MARAIS A., « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », *préc.*, p. 329-330.

cisgenre, capable de porter l'enfant (A.). Dès lors, seules certaines configurations de couple peuvent bénéficier d'une assistance médicale à la procréation, lesquelles posent ensuite la question de l'utilisation des gamètes dans le cadre de cette assistance médicale à la procréation (B.).

A. L'obligation d'être en couple avec une femme cisgenre

434. Sexe juridique. L'article L.2141-2 du Code la santé publique ne contient aucune disposition relative à la transidentité. Le texte mentionne les couples composés d'un homme et d'une femme, les couples composés de deux femmes et les femmes non mariées. En l'absence de précision supplémentaire, le texte semble, dès lors, se fonder sur le sexe mentionné sur les actes d'état civil. Les hommes transgenres célibataires ou en couple avec un autre homme trans ou cisgenre sont ainsi exclus du dispositif, sans considération d'un éventuel recueil préalable de leurs gamètes avant leur transition ou conservation de leur capacité procréative. Si cette exclusion peut être critiquée en se fondant sur les capacités procréatives des hommes transgenres, elle garantit néanmoins une certaine cohérence au sein du droit français, l'exclusion des hommes cisgenres aurait, sinon, été particulièrement complexe à justifier¹⁸⁰⁵.

435. Personnes transgenres pouvant bénéficier d'une assistance médicale à la procréation. L'accès des personnes transgenres à l'assistance médicale à la procréation repose, par conséquent, sur leur sexe juridique et, selon ce sexe, la configuration de couple dans laquelle elles sont. Selon la lettre du texte, les femmes transgenres ont ainsi accès à l'assistance médicale à la procréation, peu importe qu'elles soient en couple ou non, au même titre que toute femme cisgenre. Néanmoins, au regard des techniques autorisées, seule une femme transgenre en couple avec une femme cisgenre peut effectivement en bénéficier, la femme transgenre ne pouvant porter un enfant¹⁸⁰⁶. Malgré l'effet d'annonce de la loi, toutes les femmes ne peuvent donc pas, dans les faits, bénéficier d'une assistance médicale à la procréation.

L'homme transgenre en couple hétérosexuel peut également accéder à l'assistance médicale à la procréation. Un doute subsistait concernant les couples composés d'un homme et d'une femme transgenres : si le couple est bien hétérosexuel, ce qui répond aux conditions de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, la configuration du couple conduirait à ce que l'homme

¹⁸⁰⁵ MESNIL M., « Homme, femme, personne : qui a vocation à porter un enfant ? », *Dalloz Actualité*, 23 avril 2024.

¹⁸⁰⁶ CARAYON L., « Personnes trans et loi bioéthique : histoire d'un silence », *AJ fam.* 2021, p. 543.

transgenre porte l'enfant s'il a conservé ses capacités procréatives, la femme transgenre ne le pouvant. Le doute a été levé par le décret du 28 septembre 2021¹⁸⁰⁷ qui associe gestation et féminité. Par conséquent, une personne transgenre, peu importe son sexe, doit nécessairement être en couple avec une femme en capacité de porter l'enfant, afin de pouvoir accéder à l'AMP¹⁸⁰⁸.

436. Constitutionnalité. Saisi d'une QPC transmise par le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a confirmé cette interprétation du texte dans une décision du 8 juillet 2022¹⁸⁰⁹, la jugeant conforme à la Constitution. Considérant la différence de situation justifiée, le Conseil en déduit l'absence d'atteinte au principe d'égalité ce qui est peu surprenant¹⁸¹⁰ au regard du retrait habituel qu'a le Conseil sur les « questions de société »¹⁸¹¹. Il affirme que « le législateur a entendu permettre l'égal accès des femmes à l'assistance médicale à la procréation, sans distinction liée à leur statut matrimonial ou à leur orientation sexuelle. Ce faisant, il a estimé, dans l'exercice de sa compétence, que la différence de situation entre les hommes et les femmes, au regard des règles de l'état civil, pouvait justifier une différence de traitement, en rapport avec l'objet de la loi, quant aux conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, d'une telle différence de situation »¹⁸¹². Dès lors, le Conseil ne contrôle pas réellement les dispositions qui auraient, sûrement, mérité davantage de développement. En effet, la différence de situations entre un homme transgenre en capacité de porter un enfant et une femme cisgenre repose uniquement sur la mention du sexe sur les actes d'état civil. Or, le sexe constitue-t-il réellement une « situation » ?¹⁸¹³ Le Conseil écarte, en effet, bien rapidement la question alors qu'il aurait été possible de justifier l'exclusion des hommes transgenres, par exemple en exploitant l'objet de la loi en y intégrant la consubstantialité entre accouchement et sexe féminin. Le Conseil aurait aussi pu en profiter

¹⁸⁰⁷ Décret n°2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation.

¹⁸⁰⁸ PICHARD M., « “Toutes les femmes” ? À propos de l'exclusion des femmes mariées de l'accès à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur », *D.* 2019 p. 2143.

¹⁸⁰⁹ Cons. const., 8 juillet 2022, n° 2022-1003 QPC.

¹⁸¹⁰ LEROYER A.-M., « L'accès des personnes transgenres à l'AMP, quelle lecture de la loi ? », *RTD civ.* 2022, p. 597 ; MARAIS A., « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », *préc.*, p. 331.

¹⁸¹¹ V. *supra* n°226 et s.

¹⁸¹² Cons. const., 8 juillet 2022, n° 2022-1003 QPC, n°8.

¹⁸¹³ Pour un argumentaire défendant l'existence d'une discrimination v. CATTO M.-X., « La Constitution, la famille et la procréation : la société ou l'égalité ? », *Titre VII n°11, Santé et bioéthique*, octobre 2023.

pour mettre, de façon générale, le législateur face à ses ambivalences sur la question de la parenté transgenre, au lieu d'esquiver lui aussi ces difficultés.

437. *Recours pour excès de pouvoir.* Un recours pour excès de pouvoir a, également, été formé contre l'article R. 2141-38 du Code de la santé publique¹⁸¹⁴, issu du décret du 28 septembre 2021, seul texte associant explicitement gestation et féminité. Le Conseil d'État, dans une décision du 22 mars 2024¹⁸¹⁵, rejette la demande. Il considère, en effet, et dans la continuité de la décision du Conseil constitutionnel¹⁸¹⁶, que le texte réglementaire se borne « à tirer les conséquences des choix opérés par le législateur » et n'est donc pas susceptible d'un recours pour excès de pouvoir. L'esprit de la réforme bioéthique en est clarifié, la loi de bioéthique n'a pas vocation à revenir sur la bicatégorisation des sexes et spécialement relativement à l'accouchement¹⁸¹⁷. Bien que cette précision soit discutable¹⁸¹⁸, elle a au moins, pour intérêt de ne pas répéter l'erreur de la loi J21 en ouvrant une autre possibilité pour un homme de porter un enfant, sans en tirer les conséquences sur le terrain de la filiation¹⁸¹⁹. La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation au sein d'un couple transgenre n'est, toutefois, pas exempte de difficultés.

¹⁸¹⁴ Plus précisément, le recours pour excès de pouvoir visait également les articles R. 2141-36 et R.2141-37 relatifs aux conditions d'âge dans le cadre de l'autoconservation de gamètes mais les dispositions contestées ont été modifiées en cours d'instance par le décret n°2022-1187 du 25 août 2022.

¹⁸¹⁵ CE, 22 mars 2024, n°459000 ; *D. actu.* 23 avril 2024, obs. D. Vigneau ; *AJ fam.* 2024. 269, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

¹⁸¹⁶ VIGNEAU D., « Le genre dans le parcours d'AMP mis à l'épreuve devant le Conseil d'État », *Dalloz Actualité*, 23 avril 2024 ; MESNIL M., « Homme, femme, personne : qui a vocation à porter un enfant ? », *Dalloz Actualité*, 23 avril 2024.

¹⁸¹⁷ MARAIS A., « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », *préc.*, p. 333.

¹⁸¹⁸ CARAYON L., « Personnes trans et loi bioéthique : histoire d'un silence », *AJ fam.* 2021, p. 543 ; CATTO M.-X., « La Constitution, la famille et la procréation : la société ou l'égalité ? », *Titre VII n°11, Santé et bioéthique*, octobre 2023 ; MESNIL M., « Homme, femme, personne : qui a vocation à porter un enfant ? », *Dalloz Actualité*, 23 avril 2024.

¹⁸¹⁹ V. *supra* n°420 et s.

B. Mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation au sein d'un couple transgenre

438. Conservation, utilisation de gamètes et transidentité. La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation pour une personne transgenre, qu'elle soit homme ou femme, est possible seulement si elle est en couple avec une femme en capacité de porter un enfant. Deux configurations sont dès lors envisageables. Si le couple est hétérosexuel, le recours à un tiers donneur sera nécessaire. Si le couple est constitué de deux femmes, un don de sperme sera nécessaire, mais questionne : quels gamètes utiliser ? La femme transgenre est, en effet, susceptible de pouvoir fournir ses gamètes mâles, soit qu'ils aient été conservés avant sa transition, soit qu'elle ait conservé ses capacités procréatives.

À titre liminaire, il est nécessaire de préciser que toutes les personnes transgenres peuvent bénéficier de la conservation de leurs gamètes, ce qu'a affirmé le décret du 25 août 2022¹⁸²⁰. Dans le cadre d'une transition, la conservation pour motif médical est possible, tout comme désormais l'autoconservation « sociétale »¹⁸²¹. Pour autant, bien que toute personne transgenre puisse bénéficier d'une autoconservation de gamètes en vue de la réalisation ultérieure d'un projet parental, les conditions d'accès aux techniques de procréation assistée privent une partie des personnes transgenres de cette possibilité. Le décret précise que cet accès dépend des conditions légales. Serait-ce une annonce d'une libéralisation de l'assistance médicale à la procréation en faveur des personnes transgenres dans le cadre de la prochaine révision des lois de bioéthique ?¹⁸²² Il est plus probable que l'assouplissement de l'autoconservation de gamètes, favorables aux personnes transgenres, ait davantage été faite afin de se prémunir de tout grief fondé sur l'atteinte au principe d'égalité.

439. Couple composé d'une femme cisgenre et d'un homme transgenre. L'accès à l'assistance médicale à la procréation ne pose pas de réelle difficulté d'application pour un couple composé d'une femme cisgenre et d'un homme transgenre, tant que la femme cisgenre porte l'enfant. L'homme transgenre ne dispose pas de capacité procréative complémentaire à celle de la femme avec laquelle il forme le projet parental, imposant dès lors, le recours à un

¹⁸²⁰ Décret n°2022-1187 du 25 août 2022 relatif à l'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur pris en application de l'article 5 de la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique et portant modification des dispositions relatives à l'assistance médicale à la procréation.

¹⁸²¹ V. *supra* n°271.

¹⁸²² VIGNEAU D., « Le genre dans le parcours d'AMP mis à l'épreuve devant le Conseil d'État », *Dalloz Actualité*, 23 avril 2024.

tiers donneur. Il bénéficiera, sur le terrain de la filiation, des modes d'établissement de la paternité adaptés et de la protection qui en résulte¹⁸²³, sans que son changement de sexe ne vienne perturber l'application de ces règles. L'homme transgenre sera ainsi considéré, sans difficulté, comme le père de l'enfant. L'altérité sexuelle au sein du couple permet une application simple des règles prévues, peu important, dans cette hypothèse, la transidentité de l'un des membres du couple. Cette configuration était, d'ailleurs, déjà possible sous l'empire de l'ancien droit si l'homme transgenre avait subi une ovariectomie le rendant stérile¹⁸²⁴. La seule difficulté porte sur l'utilisation des ovocytes de l'homme transgenre. L'interdiction de la ROPA¹⁸²⁵ paraît s'étendre à cette configuration, empêchant l'homme transgenre d'utiliser ses ovocytes. En effet, dans la logique de la loi de bioéthique, l'utilisation d'ovocytes autres que ceux de la femme qui porte l'enfant est considérée comme un don et dès lors, l'autre membre du couple est assimilé à un tiers s'il propose ses ovocytes, ce qui contrevient à l'interdiction du don dirigé prévue à l'article L. 1244-7 du Code de la santé publique¹⁸²⁶. Pour autant, ce raisonnement est plus complexe à appliquer quant à la transidentité en cas d'autoconservation thérapeutique. L'article L. 2141-11 du Code de la santé publique inclut explicitement le changement de sexe dans les prises en charge médicales susceptibles d'altérer la fertilité et permettant le recueil des gamètes en vue de la réalisation ultérieure d'une AMP. Néanmoins, limiter l'utilisation des ovocytes des hommes transgenres seulement lorsque ces derniers sont, depuis, devenus stériles,¹⁸²⁷ semblerait assez incongru. D'une part, elle conduirait implicitement à imposer une stérilisation aux hommes transgenres pour devenir parent biologique et, d'autre part, elle ne s'appliquerait pas aux transgenres femmes pour lesquelles l'utilisation du sperme, parce qu'elle s'inscrit dans le modèle technique de l'AMP, est plus facilement mise en œuvre.

440. Couple composé d'une femme cisgenre et d'une femme transgenre. Le couple composé d'une femme cisgenre et d'une femme transgenre pose d'autres difficultés

¹⁸²³ V. *supra* n°342 et s.

¹⁸²⁴ MARAIS A., « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », préc., p. 332 ; Pour une critique v. DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°569.

¹⁸²⁵ V. *supra* n°275.

¹⁸²⁶ MARAIS A., « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », préc., p. 334-338.

¹⁸²⁷ Pour une position favorable à cette interprétation v. MARAIS A., « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », préc., p. 334-335.

d'application de la loi, l'utilisation du sperme s'inscrivant davantage dans le modèle technique de l'AMP.

441. Couple composé d'une femme cisgenre et d'une femme transgenre : utilisation de gamètes autoconservées. La première est relative aux gamètes utilisables dans le cadre de leur projet parental : est-il possible d'utiliser les gamètes mâles de la femme transgenre ? Si oui, est-il possible d'utiliser ceux qui auraient été prélevés avant sa transition, ceux qu'elle aurait conservés ou les deux ? S'agissant de l'autoconservation de gamètes médicale ou sociétale, elles ont pour objet la réalisation ultérieure d'une AMP¹⁸²⁸. De plus, l'utilisation du sperme de la femme transgenre serait plus difficile à qualifier de « don dirigé » en ce sens qu'elle ne vient pas compenser une infertilité au sein du couple. Il paraît, dès lors, probable que les gamètes conservés de la femme transgenre soient utilisables.

442. Couple composé d'une femme cisgenre et d'une femme transgenre : utilisation de gamètes au sein du couple. Au-delà de l'autoconservation, est-il possible d'utiliser directement les gamètes de la femme transgenre non stérile ? Par principe, l'assistance médicale à la procréation est censée privilégier l'utilisation des gamètes du couple, le recours à un don ne faisant qu'en cas de nécessité¹⁸²⁹, ce qui conduirait à répondre favorablement à une telle demande¹⁸³⁰. De plus, la différence entre l'autoconservation sociétale et le prélèvement de gamètes dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation est si ténue qu'il semblerait difficile de justifier l'autorisation de l'une et le refus de l'autre.

443. Oscillement entre sexe juridique et sexe d'origine. Ce régime ne fait que renforcer les incohérences et sur différents plans. Sur le terrain de la procréation, il illustre les variations de considération des personnes transgenres pour lesquelles, selon les difficultés, le sexe d'origine ou le sexe juridique est privilégié¹⁸³¹. Sur le terrain de la filiation, elle permet un établissement d'une filiation maternelle pour une femme transgenre qui a conçu l'enfant avec ses propres spermatozoïdes, alors qu'une telle conception en dehors du cadre de l'assistance médicale à la procréation crée un contentieux complexe où la maternité peine à s'imposer¹⁸³².

¹⁸²⁸ Art. L. 2141-11 et L. 2141-12 CSP.

¹⁸²⁹ V. *supra* n°272.

¹⁸³⁰ MARAIS A., « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », *préc.*, p. 338-339.

¹⁸³¹ MESNIL M., « Homme, femme, personne : qui a vocation à porter un enfant ? », *Dalloz Actualité*, 23 avril 2024.

¹⁸³² V. *supra* n°425 et s.

Distinguer la femme transgenre selon qu'elle aurait procréé artificiellement ou charnellement, mais avec ses propres gamètes dans les deux cas manque grandement de cohérence et est susceptible de conduire à une condamnation européenne, malgré l'ampleur de la marge d'appréciation accordée par la Cour européenne sur la parenté transgenre¹⁸³³.

CONCLUSION SECTION II.

444. *Obstacle intangible.* La volonté politique de préserver la place de l'accouchement est particulièrement visible lorsqu'est étudiée la parenté transgenre. Peu importe le mode d'engendrement, la femme doit être la personne qui accouche. L'engendrement artificiel estompe le rôle dévolu à l'autre personne participant au projet parental : dès lors qu'une femme a accouché, il n'y a finalement que peu de difficultés à établir la parenté du parent transgenre, que le lien de filiation établi soit paternel ou maternel. Au contraire, l'engendrement charnel, dans lequel l'altérité sexuelle entre les parents est déterminante, bloque tout établissement d'un second lien de filiation identique, bien que l'enfant ait été conçu par les deux personnes souhaitant établir ce lien. De nombreuses incertitudes et incohérences sont révélées par cette double réalité d'engendrement : affronter la parenté transgenre conduirait nécessairement à remettre en question le lien consubstantiel entre maternité et accouchement, ce que le législateur ne souhaite pas faire afin de maintenir les obstacles à la gestation pour autrui. L'absence de règles spéciales relatives à la transidentité est, en ce sens, un indice supplémentaire de la tactique légistique mise en place : dans un droit qui s'élabore progressivement et catégoriellement, maintenir des obstacles intangibles est nécessairement volontaire. Néanmoins, la méthode ne peut qu'être risquée, le juge ébréchant lui aussi progressivement les règles de droit existant, contraint d'apporter une réponse au cas d'espèce qui lui est soumis.

¹⁸³³ CEDH, *O. H. et G. H. c. Allemagne*, 4 avril 2023, n°5368/18 et 54741/18 et CEDH, *A. H. c. Allemagne*, 4 avril 2023, n°7246/20 ; *AJ fam.* 2023. 290, obs. J. Houssier ; *ibid.* 245, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RJPF* 2023, obs. I. Corpart ; *Dr. fam.* 2023. Chron. 4, note A. Gouttenoire et F. Marchadier.

CONCLUSION CHAPITRE II.

445. *Obstacles constatés.* L'étude de la gestation pour autrui et de la parenté transgenre confirme l'existence d'obstacles encore intangibles en droit français de la filiation. Une femme gestatrice doit nécessairement exister au sein du couple. En dehors de cette situation, les difficultés sur le terrain de la filiation affluent nécessairement et l'argument biologique n'est d'un secours que très relatif : il a été la brèche à partir de laquelle le régime entier des effets des gestations pour autrui conclues à l'étranger s'est construit. Néanmoins, l'argument n'est efficace qu'à l'égard de l'homme qui a vocation à être père. Dans le cadre de la gestation pour autrui, la mère d'intention dont l'ovule a été utilisé est considérée de la même façon que la mère d'intention qui n'a pas donné ses ovules ou comme le père d'intention dont le sperme n'a pas été utilisé. Dans le cadre de la transidentité, l'argument biologique perturbe : il existe, mais ne correspond pas aux constructions d'inspiration naturelle des modes d'établissement de la parenté. Dès lors, il provoque une impasse quand l'engendrement est charnel et paraît indifférent dans le cadre d'une AMP. Le poids de l'accouchement conduit, ainsi, à un régime peu lisible et surtout incohérent quant à la parenté transgenre, la facilité de mise en œuvre du droit de la filiation dépendant du mode de conception.

446. *Poids des effets.* Pourtant, la réalité de ces situations est tout autant une brèche à l'intégrité du modèle. La diffusion des raisonnements casuistiques en général et la fondamentalisation de la matière en particulier conduisent, en effet, à tirer les conséquences de la vie familiale vécue sur le terrain de la filiation, spécialement lorsqu'un lien biologique existe. Le juge, se fondant sur le droit positif, pallie les lacunes plus ou moins volontaires du législateur. Un nouveau dialogue juge et loi est désormais observé : le juge crée une sorte de régime *ad hoc* afin de faire survivre les situations, voire signale son impuissance au législateur, ce dernier revenant sur les prises de position trop audacieuses des juridictions, bien que très majoritairement, le juge s'autolimite. L'accouchement est, ainsi, préservé également par les juridictions qui élaborent, dans l'ombre de la loi, un régime complémentaire pour les seconds parents que la loi aurait oubliés.

CONCLUSION TITRE II.

447. Défi. Le législateur a voulu relever un défi non dénué de difficultés : consacrer des singularités désormais considérées comme consensuelles en élargissant les bénéficiaires d'une assistance médicale à la procréation pour y intégrer les couples de femmes, tout en résistant aux tensions provoquées par cet élargissement : en amont, un élargissement technique, mais sans autoriser la gestation pour autrui, en aval, une adaptation sur le terrain de la filiation, tout en préservant l'esprit initial du texte et ses références à la nature. Le pari est osé, il implique de distinguer sans stigmatiser, d'adapter sans transformer, tout en répondant aux impératifs normatifs d'élaboration d'un cadre accessible, cohérent et général. Si on ne peut pas remettre en question les efforts fournis sur le premier point, il semblerait que ces efforts se soient faits au détriment de la sécurité juridique, la cohérence et la clarté étant loin d'être les principaux points de réussite de la réforme, bien au contraire.

448. Modèle artificiel actuel. Il ressort de l'étude, un poids de l'argument naturel encore important. L'accouchement d'une femme est central, même malgré la consécration de l'engendrement artificiel auquel conduit la loi de bioéthique de 2021. L'ensemble du régime repose sur ces deux conditions, tandis qu'en parallèle, la figure du second parent évolue. Le choix politique est, ainsi, visible : « dans l'AMP, “ l'ancrage corporel ” est fort : il dresse, en effet, un obstacle à la gestation pour autrui en empêchant qu'une femme conçoive artificiellement un enfant dans le but de le céder à sa naissance à des tiers »¹⁸³⁴. Pour autant, la volonté de préserver l'accouchement crée un certain nombre de difficultés. Dans la réforme de l'AMP, les incohérences de régime sont légion. En dehors de la réforme, les réalités parentales de la gestation pour autrui ou de la transidentité sont laissées de côté.

449. Difficultés d'élaboration. En n'affrontant pas frontalement la question d'une redéfinition de la parenté, s'élabore progressivement un modèle alternatif dont les contours sont difficiles à saisir tant les inspirations naturelles subsistent en perspective de la consécration d'un engendrement qui ne l'est pas nécessairement. Paradoxe ou contradiction ?¹⁸³⁵ Le rapport à la

¹⁸³⁴ MARAIS A., « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », préc., p. 333.

¹⁸³⁵ NEYRAND G., « Incertitudes et paradoxe de la famille contemporaine », in *Personnes et familles, Hommage à Jacqueline Pousson-Petit*, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 35-45.

nature est ambigu en droit contemporain de la filiation : la parenté bi-maternelle est reconnue, consacrant par là même, l'engendrement artificiel, dépoussiéré de toute dissimulation au nom de l'accès aux origines personnelles. C'est donc un argument biologique qui est la contrepartie de l'évolution de la parenté. Dans une telle optique, la consécration au moins partielle d'une parenté homosexuelle est un argument fort : pas de mythe possible si deux femmes sont nommées mères de l'enfant. Le droit de la filiation ne peut plus faire « comme si » à l'ère où les connaissances génétiques sont si précises et que la procréation est davantage maîtrisée, et s'ancre donc progressivement dans ses origines les plus profondes pour se justifier. La « vérité de l'engendrement »¹⁸³⁶ paraît davantage être l'objectif actuel des réformes en lieu et place d'un renouvellement de la parenté, vérité qui, à l'heure actuelle, associe maternité, féminité et gestation.

¹⁸³⁶ BORRILLO D., *La famille par contrat, op. cit.*, p. 131.

CONCLUSION PARTIE I.

450. *Modèle.* Aline CHEYNET DE BEAUPRE soutenait, en 1994¹⁸³⁷, que le modèle familial avait évolué en fonction des réformes successives entreprises depuis 1964, conduisant à un déplacement du centre de gravité de ce modèle, afin de nuancer le modèle de référence et d'adapter le droit aux réalités vécues. Pour autant, elle relevait également l'importance du rôle du modèle dans cette évolution, celui-ci permettant de garantir la cohérence du système : les emprunts au modèle sont ainsi les moyens de garantir une certaine unité qui « font voir le même sous le divers »¹⁸³⁸. Les trente années écoulées depuis cette analyse permettent-elles d'aboutir à cette même conclusion ? On constate aujourd'hui que l'emprunt est toujours d'actualité pour adapter le modèle et la déclinaison du modèle filiatif s'élabore progressivement, désormais au gré des singularités, c'est-à-dire des situations parentales particulières socialement acceptables ou en opposition aux situations exclues. Certaines dissemblances factuelles (une seule ?) bloquent l'évolution du modèle dès lors : l'absence de femme gestatrice est un obstacle à l'adaptation du modèle.

451. *Considération de la singularité et élaboration catégorielle.* La considération actuelle de l'individu dans le contenu de la norme se traduit en premier lieu par une considération marquée des cas concrets, méthode de raisonnement largement présente tant dans le cadre bioéthique que dans la diffusion des droits fondamentaux. La loi compose avec ces influences se reflétant sur son contenu que sur son rythme : le courant actuel est davantage catégoriel et progressif car considérant la singularité *ab initio* ou évoluant à partir d'elle. Nécessairement, le modèle ne disparaît donc pas subitement et ne se transforme pas non plus à la faveur d'une réforme d'envergure, méthode d'élaboration normative qui semble désormais bien loin des lois actuelles. Le législateur reste prudent quant aux modifications du droit familial

¹⁸³⁷ TERRASSON DE FOUGÈRES A., *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction, Essai de droit comparé interne*, op cit..

¹⁸³⁸ *Ibid.*, p. 376.

et favorise le recours à de nouvelles instances décisionnaires chargées de se prononcer sur des situations concrètes¹⁸³⁹.

452. *Consensus et quête d'adhésion.* L'inconvénient notable ressorti de l'étude est le questionnement quant aux valeurs désormais promues par la norme. Le pluralisme normatif, au-delà de favoriser l'adhésion à la norme, repose sur une construction où la valeur cardinale semble être le consensus : avancer progressivement entre les clivages pour ne pas les attiser à l'excès. Or la quête de consensus, si elle a pour avantage de chercher à concilier, a pour inconvénient de ne pas affronter frontalement le déplacement progressif du centre de gravité du modèle, garant de la cohérence de son évolution. Ces incohérences sont particulièrement visibles à l'étude de la dernière réforme du droit de la filiation : l'objectif de la réforme n'a pas été d'affronter le questionnement quant à la définition actuelle de la notion de parent mais de s'opposer à l'autorisation de la gestation pour autrui. Partant, l'adaptation du modèle d'engendrement repose sur la consécration de la bi-maternité tout en renforçant le lien entre accouchement et maternité provoquant un certain nombre d'incohérences tant sur le terrain de la procréation médicalement assistée que sur celui de la reconnaissance des situations valablement constituées à l'étranger et surtout, sur la question de la parenté transgenre.

453. *Demain.* Tout l'enjeu à venir porte sur la confiance qu'il est encore possible d'avoir en la faculté du Droit de « se révéler ». Le travail récent de Victor DESCHAMPS nous prouve que le droit de la filiation ne subit pas, substantiellement, une ample mutation : le renouvellement de la notion d'engendrement comprise comme « le fait d'appeler un enfant à la vie » permet de redonner sa cohérence au titre VII du Code civil. Pour autant, l'imagination de la doctrine paraît aux antipodes de l'élaboration actuelle. Les clivages sont désormais si passionnels qu'il paraît politiquement impossible d'affronter et de consacrer substantiellement et en une réforme l'évolution de la parenté. Le modèle reste l'engendrement charnel et, pour l'instant, seules certaines dérogations sont admises. Il est possible qu'elles constituent des étapes qui, peut-être, à terme, renouvelleront l'engendrement. En ce sens, « sur le plan anthropologique, la révolution est accomplie et poursuivra son œuvre »¹⁸⁴⁰. Cependant, ces dérogations peuvent tout autant signifier l'élaboration progressive d'un véritable droit spécial

¹⁸³⁹ FENOUILLET D., « Les assistances médicales à la procréation interdites », in BÉVIÈRE-BOYER B., DIBIE D., MARAIS A., *La bioéthique en débat : le début de la vie*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2019, p. 71-72.

¹⁸⁴⁰ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826.

de la filiation, empruntant cette fois à deux modèles, la filiation charnelle et la filiation adoptive, au point que l'outil même du modèle paraisse dépassé¹⁸⁴¹ ou, à tout le moins, fortement ébranlé dans sa cohérence. S'élaborerait ainsi, en contrebas du modèle naturel, une copie artificielle, retour masqué des hiérarchies en droit de la filiation.

¹⁸⁴¹ DEUKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », préc., p. 298.

PARTIE II :

LA SUBJECTIVISATION

DU CONTENTIEUX DU DROIT DE LA FILIATION

454. *Considération des singularités lors de la mise en œuvre de la norme.* La libéralisation du droit de la filiation n'est pas la seule manifestation de la nouvelle étape franchie par le phénomène de subjectivisation. Le contenu même du modèle est, en lui-même, affecté par les mutations que connaît la matière. Les facteurs favorables à la libéralisation ont un effet plus général qui apporte davantage de souplesse à l'appréhension de la norme. La libéralisation du droit de la filiation conduit, en effet, à intégrer progressivement de nouvelles configurations dans la norme afin de renouveler le modèle pour satisfaire de nouveaux intérêts individuels. Au-delà de la consécration abstraite, dans la norme, de nouveaux intérêts, le droit de la filiation voit également se renouveler la façon dont il apprécie les intérêts contenus dans la norme lors de sa mise en œuvre. Le modèle ne peut plus seulement se satisfaire de présumer *a priori* et abstraitement les intérêts en présence, il doit également prendre en considération les intérêts concrets, *a posteriori*. Le processus d'élaboration décisionnelle prend, dès lors, davantage d'ampleur et l'influence de la diffusion des méthodes casuistiques et spécialement de la Cour européenne des droits de l'homme est loin d'y être étrangère. Au-delà de la technique de raisonnement, l'ampleur des motivations tranche avec celles des décisions françaises, bien plus laconiques. De ce point de vue, le XXI^e siècle est, là encore, un tournant. Confrontée à différentes pressions et à des enjeux politiques d'adhésion à la norme plus importants, la Cour de cassation se renouvelle, tant dans ses réponses, dans son approche que dans ses formulations : les décisions sont simplifiées et surtout, leur motivation est enrichie, dans un but pédagogique¹⁸⁴². Le droit de la famille est le premier domaine touché par ce renouvellement,

¹⁸⁴² LOUVEL B., « Pour exercer son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP éd. G.*, n°43, 19 octobre 2015, 1122 ; ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », in *Homme de foi, homme de droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Sériaux*, Mare & Martin, 2023, p. 627-638.

bien qu'il ne soit désormais plus le seul¹⁸⁴³. Après une brève intrusion en droit des couples, le contentieux du droit de la filiation est le domaine dans lequel le contrôle concret de conventionnalité s'est développé, avant de s'étendre à d'autres domaines.

455. *Dépassement de l'adhésion généralisée.* Le droit commun de la filiation repose sur l'ordonnance du 4 juillet 2005¹⁸⁴⁴, dont le régime a été perfectionné par la loi de ratification du 16 janvier 2009¹⁸⁴⁵. Finalisant le principe d'égalité des filiations, la réforme a également eu pour but de trouver un équilibre entre vérité et stabilité des filiations. Le développement de la preuve biologique a été articulé avec les principes de sécurisation et de stabilité du lien établi, répondant à la fois à des impératifs individuels – protéger les liens affectifs construits sur la durée – et collectifs – assurer la solidité des structures sociales –. Depuis, les réformes qui ont modifié le domaine n'ont pas remis en question l'existant, si l'on excepte la consécration de la bi-maternité exclusivement réservée aux filiations par procréation médicalement assistée. Par conséquent, la matière repose sur un caractère institutionnel fort, mais correspond, de façon générale, aux attentes individuelles : l'importance limitée du contentieux relatif à l'établissement ou à la contestation d'un lien de filiation l'illustre¹⁸⁴⁶. Cette adhésion généralisée n'est pas négligeable, elle permet de garantir l'existence du modèle familial. Néanmoins, elle ne doit pas masquer les évolutions contemporaines. La prise en considération croissante des singularités conduit désormais à ne plus se limiter à la seule adhésion généralisée et un besoin d'individualisation des situations, porté par le mouvement de fondamentalisation, est de plus en plus reconnu. En l'absence de souplesse dans le contenu même de la norme, le mouvement de subjectivisation se traduit par une approche concrète de la règle possible grâce aux mutations méthodologiques que connaît le droit de la filiation. En ce sens, le mouvement consiste à adapter la mise en œuvre de la règle en raison du particularisme de la situation de l'espèce.

456. *Domaine des demandes individuelles.* L'apport des méthodes casuistiques oriente les demandes. Le conflit de droits devient, dans cette optique, le moyen privilégié de

¹⁸⁴³ LARRIBAU-TERNEYRE V., « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *JCP G.* n°3, 16 janvier 2017, 46.

¹⁸⁴⁴ Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF* du 6 juillet 2005.

¹⁸⁴⁵ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

¹⁸⁴⁶ ÉGÉA V., *Droit de la famille, op. cit.*, n°756 et 763.

régulation des relations individuelles : les décisions tendent à trouver la solution la plus favorable à l'ensemble des intérêts individuels. Émerge insidieusement une certaine contractualisation du droit de la filiation, en ce qu'une liberté plus importante est accordée aux individus. Le texte est adapté tant qu'il n'atteint pas les droits d'autrui de façon disproportionnée, le mouvement d'ensemble s'inscrivant dans la mutation de l'ordre public¹⁸⁴⁷. Cette adaptation du modèle repose sur l'évolution de la preuve de la filiation¹⁸⁴⁸ : la certitude désormais acquise des géniteurs de l'enfant justifie l'équilibre flottant entre volonté, biologie et affection vers lequel se dirige le droit commun de la filiation. En effet, « jadis orienté vers la défense du mariage, autorisant parfois la dissimulation de l'illégitimité d'un enfant, le droit de la filiation a évolué depuis la loi du 3 janvier 1972 vers une conception plus biologique de la filiation, la vérité biologique étant rendue accessible grâce aux progrès technologiques. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a conforté cette évolution au point que la vérité biologique a pu être analysée comme le “ fondement explicite ou sous-jacent des règles ” de filiation. Si cette analyse est à nuancer, les différentes présomptions et les modes d'établissement non contentieux ou contentieux de la filiation sont orientés vers la manifestation de cette vérité. L'idée est qu'il est dans l'intérêt de tous, c'est-à-dire de l'enfant et de ses parents légaux et biologiques, que la filiation traduise la réalité des liens du sang »¹⁸⁴⁹. Dès lors, rien d'étonnant que le premier domaine concerné par les demandes de personnalisation de la règle soit celui des conflits de filiations, avant de se répandre aux autres actions relatives à la filiation, puis d'affronter les derniers obstacles *ab initio* à l'établissement d'un lien de filiation.

457. Renouveau de l'analyse. L'analyse du droit de la filiation en est renouvelée : l'intérêt général est relativisé et les intérêts particuliers sont appréciés concrètement. Quelle portée a cette analyse renouvelée ? De prime abord, le bouleversement ne paraît pas si important. D'un point de vue statistique, le nombre de décisions de la Cour de cassation est plutôt faible, une fois la mise en œuvre du contrôle concret acquise. D'un point de vue substantiel, le mouvement paraît surtout achever l'œuvre de l'ordonnance de 2005 quant au recul de la dissimulation en droit de la filiation. L'évolution du contrôle peut, en effet, être découpée en deux temps, le premier étant « l'onde de choc » qu'a créée l'intégration du contrôle

¹⁸⁴⁷ V. *supra* n°193.

¹⁸⁴⁸ Cass., 1^{ère} civ., 28 mars 2000, n°98-12.806 ; D. 2000. 731, note Garé ; *ibid.* 2001. somm. 976, obs. Granet ; *ibid.* 1427, obs. Gaumont-Prat ; *ibid.* 2868, obs. Desnoyer ; JCP 2000. II. 10409, concl. Petit et note Monsallier-Saint Mleux ; Defrénois. 2000. 769, note Massip. ; BORRILLO D., *La famille par contrat, op. cit.*, p. 106 et s.

¹⁸⁴⁹ MICHELIN-BRACHET H., « La dissimulation en droit de la famille : un inexorable recul ? », *RTD civ.* 2023, p. 255.

concret dans le cadre des actions relatives à la filiation, quand le second porte sur la diffusion relative de la méthode. Le premier temps achève l'intégration de la preuve biologique dans le contentieux de la filiation et améliore les équilibres mis en place par l'ordonnance. Le second porte, quant à lui, sur les « filiations impossibles » c'est-à-dire celles qui ne peuvent pas être établies afin de permettre la dissimulation d'un parent¹⁸⁵⁰, l'analyse renouvelée paraissant, paradoxalement, renforcer la norme plutôt qu'elle ne l'altère¹⁸⁵¹. Les singularités émergeant dans les différents contentieux, grâce à la visibilité que leur offre le contrôle concret, nourrit ainsi la norme.

458. Annonce de plan. En aval de la loi, la considération de la singularité s'est traduite par un renouvellement du contrôle du juge, fortement inspiré des raisonnements européens. Loin d'ébranler le droit positif, cette considération nourrit, au contraire, le contenu de la norme, l'appréciation de la singularité au stade de la mise en œuvre légitimant davantage la norme grâce à l'analyse renouvelée qui est proposée par le juge. Le mouvement s'est diffusé grâce au contentieux des actions relatives à la filiation, terrain naturel des conflits de droits complexes, mettant en œuvre une limite d'intérêt général trop rigoureuse et de nombreux intérêts particuliers (Titre I.). Il a cependant vocation à se répandre sur le terrain du strict établissement offrant des opportunités de renouveler un contentieux qui paraissait figé dans des solutions préétablies (Titre II.).

TITRE I : LA SUBJECTIVISATION DES ACTIONS RELATIVES A LA FILIATION

TITRE II : LA SUBJECTIVISATION DE L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION

¹⁸⁵⁰ MICHELIN-BRACHET H., « La dissimulation en droit de la famille : un inexorable recul ? », *RTD civ.* 2023, p. 255.

¹⁸⁵¹ ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », *préc.*, p. 627.

TITRE I : LA SUBJECTIVISATION DES ACTIONS RELATIVES A

LA FILIATION

459. Simplification des actions. Le régime du contentieux de la filiation, hérité des réformes Carbonnier de 1972, est qualifié de « complexe, mais équilibré »¹⁸⁵². Ainsi, « le droit ancien connaissait quatre actions en établissement de la filiation et neuf actions en contestation, contre trois actions en établissement et trois actions en contestation en droit positif »¹⁸⁵³. L'ordonnance de 2005 a simplifié le régime en consacrant le principe d'égalité des filiations qui a largement favorisé cette simplification. Aujourd'hui, les actions sont limitées à celles à fins d'établissement d'un lien : l'action en recherche de maternité¹⁸⁵⁴, l'action en recherche de paternité¹⁸⁵⁵ et l'action en constatation judiciaire de la possession d'état¹⁸⁵⁶, et celle tendant à contester le lien de filiation, dont le régime varie selon la présence d'un titre et d'une possession d'état¹⁸⁵⁷, réduction garante « d'une meilleure lisibilité et d'une plus grande cohérence, mais également d'un renforcement de la stabilité de la filiation, socialement et affectivement vécue »¹⁸⁵⁸.

460. Réduction des délais pour agir. Outre l'œuvre de simplification, l'ordonnance a également établi de nouveaux équilibres. Si la loi de 1972 avait consacré la prescription trentenaire des actions, l'ordonnance de 2005 a modifié et, surtout, unifié les délais¹⁸⁵⁹. Dans un objectif de stabilité de l'état¹⁸⁶⁰, l'ordonnance a fixé un délai de prescription de dix ans¹⁸⁶¹, sauf disposition spéciale le réduisant à cinq ans en cas de conformité d'un titre et d'une

¹⁸⁵² MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°788.

¹⁸⁵³ HOUSIER J., « Le contentieux de la filiation, brève rétrospective sur un demi-siècle d'évolutions », *AJ fam.* 2021 p. 414.

¹⁸⁵⁴ Art. 325 C. civ.

¹⁸⁵⁵ Art. 327 C. civ.

¹⁸⁵⁶ Art. 330 C. civ.

¹⁸⁵⁷ Art. 332 et 333 C. civ.

¹⁸⁵⁸ GOUTTENOIRE A., « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2006, étude 6.

¹⁸⁵⁹ HAUSER J., « Filiation et prescription », *AJ fam.* 2012, p. 29.

¹⁸⁶⁰ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°792.

¹⁸⁶¹ Art. 321 C. civ.

possession¹⁸⁶². Le lien de filiation est, de plus, incontestable si le titre et la possession d'état sont conformes pendant cinq ans¹⁸⁶³. La réduction de délai est, pour certaines actions, significative, ce qui a conduit la doctrine à considérer que « le législateur de 2005, partagé entre le souci d'assurer la vérité des filiations et celui de garantir la sécurité de l'état des personnes, était sans doute allé trop loin en encadrant de façon aussi stricte les actions permettant d'agir en contestation de la filiation lorsque l'enfant dispose d'un acte de naissance et d'une possession d'état conforme »¹⁸⁶⁴.

461. Prévention des conflits de filiation. Le contentieux de la filiation est organisé autour de l'article 320 du Code civil. Celui-ci a pour but la prévention des conflits de filiation en prévoyant que « tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait ». Ce principe chronologique achève l'équilibre recherché par l'ordonnance : le premier lien de filiation établi prime, au point qu'il ne peut plus être remis en question s'il s'est inscrit dans le temps. Prenant acte du développement de la preuve scientifique qui avait déstabilisé le régime de prescription trentenaire du régime antérieur, l'ordonnance a ainsi fait sensiblement évoluer la contestation d'un lien de filiation pour garantir la stabilité des liens établis. La volonté de stabilisation a, sûrement, été excessive¹⁸⁶⁵, le délai passant de trente à dix, voire cinq ans. Ce délai de cinq ans est, de plus considéré comme un délai de forclusion¹⁸⁶⁶, privant, dans la majorité des situations, l'enfant de droit d'agir, à défaut de capacité lors de l'écoulement du délai de prescription.

462. Moteur de l'évolution. Si l'équilibre atteint est, de façon générale, satisfaisant en ce qu'il concrétise tant l'affect que les liens de sang, la brièveté du seul délai de prescription raccourci a été la voie faisant que « le contentieux de la filiation est devenu l'un des principaux moteurs de l'évolution du droit de la filiation »¹⁸⁶⁷. Les situations singulières sont nombreuses en la matière. La découverte tardive d'un lien de parenté, soit que le parent, soit que l'enfant

¹⁸⁶² Art. 333, al. 1^{er}, C. civ.

¹⁸⁶³ Art. 333, al. 2, C. civ.

¹⁸⁶⁴ FULCHIRON H., « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv EDH) », *D.* 2015, p. 2365 ; v. aussi MILLET F., « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP éd. G.* n°7, 15 février 2006, doct. 112.

¹⁸⁶⁵ MAUGER-VIELPEAU L., RAOUL-CORMEIL G., « Variations sur les sources du droit de la filiation », *Dr. fam.*, n°10, octobre 2007, étude 31.

¹⁸⁶⁶ V. *infra* n°494.

¹⁸⁶⁷ HOUSIER J., « Le contentieux de la filiation, brève rétrospective sur un demi-siècle d'évolutions », *AJ fam.* 2021, p. 414.

ignorait la réalité de sa situation, et l'impossibilité de l'établir n'ont pas résisté à l'attrait des droits fondamentaux et spécialement au développement du droit à l'identité, valeurs consensuelles actuelles. La singularité des situations provoquant des conflits de filiation ont, dès lors, montré les limites actuelles de la simple prévention : la résolution préventive du conflit, reposant sur l'écoulement du temps, est-elle toujours adaptée, spécialement si le temps « a joué » contre ceux qui auraient pu faire valoir leur droit ? L'enjeu est commun à toute question relative à la prescription. Néanmoins, la subjectivisation conduit, progressivement, à remettre en question la rigueur de la prescription lorsqu'est en jeu l'identité de la personne, afin de considérer le particularisme de la situation.

463. Annonce de plan. L'étude des principales décisions mettant en œuvre le contrôle concret illustre que la stabilité de l'état ne lui a pas complètement résisté, d'abord sur le terrain de la contestation de filiation, où la concurrence réduisait le délai, avant une propagation à l'ensemble des actions, dans le but de parfaire les équilibres, même si le résultat est bien moins bouleversant que le contrôle ne le laissait présager. Il s'agira, dès lors, d'étudier les conflits et contestations de filiations (Chapitre I.), puis l'établissement contentieux de la filiation (Chapitre II.).

Chapitre I : La subjectivisation des conflits et contestations de filiation.

Chapitre II : La subjectivisation de l'établissement contentieux de la filiation.

CHAPITRE I : LA SUBJECTIVISATION DES CONFLITS ET

CONTESTATIONS DE FILIATIONS

464. Méthode d'analyse. L'étude des différentes décisions mettant en œuvre le contrôle concret de conventionnalité semble indispensable pour analyser la prise en considération des singularités dans le contentieux du droit de la filiation. De plus, au regard de la méthode du contrôle, une approche clinique où, la norme « en action », permet de remonter vers une réflexion théorique et substantielle¹⁸⁶⁸ semble particulièrement adaptée. Le recensement de ces décisions¹⁸⁶⁹ permet une première distinction entre celles tendant à établir un lien et celles tendant à le contester. Les actions en contestation sont les premières actions relatives à la filiation à avoir inauguré le contrôle concret. Depuis 2016, six décisions de la Cour de cassation relatives à une action en contestation de filiation ont fait l'objet d'un contrôle concret ou de ses prémices¹⁸⁷⁰. Parmi elles, quatre décisions sont des actions en contestation préalables à un établissement de la filiation quand deux sont des contestations sans volonté d'établir un nouveau lien. Peuvent être ajoutées à ce *corpus* les décisions du 1^{er} février 2017¹⁸⁷¹ et du 15 janvier 2020¹⁸⁷² qui, si elles ne procèdent pas à un tel contrôle, s'inscrivent dans le

¹⁸⁶⁸ PERELMAN J., « Penser la pratique, théoriser le droit en action : des cliniques juridiques et des nouvelles frontières épistémologiques du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014/2 (volume 73), p. 133-153. Pour de plus amples développements sur l'approche clinique v. *supra* n°104.

¹⁸⁶⁹ Pour un compte-rendu exclusivement en droit de la filiation v. SAULIER M., HOUSIER J., « Dix ans de contrôle concret de conventionnalité en droit de la famille », *AJ fam.* 2024, p. 124 ; *ibid.* p. 126 pour un tableau récapitulatif ; Pour un recensement plus général v. GOUËZEL A., MÉGRET G., « Dix ans de contrôle de proportionnalité *in concreto* à la Cour de cassation », *D.* 2024, p. 321.

¹⁸⁷⁰ Cass., 1^{ère} civ., 10 juin 2015, n°14-20.790 ; *D.* 2015. 2365, note Fulchiron ; *RTD civ.* 2015. 596, obs. Hauser ; *ibid.* 825, obs. Marguénaud ; Cass., 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, n°15-19.853 ; *Dalloz actualité*, 29 août 2016, obs. V. Da Silva ; *D.* 2016. 1980, note H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2016. 831, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2016, doct. 992, n°15, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, Y. Bernand ; Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.507 ; *D.* 2016. 2062, note Gallmeister ; Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-25.938 ; *D. actu.* 21 nov. 2018, obs. L. Gareil-Sutter ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2019. comm. 27, note H. Fulchiron ; Cass., 1^{ère} civ., 21 novembre 2018, n°17-21.095 ; *AJ fam.* 2019. 36, obs. M. Saulier ; *Dr. fam.* 2019. comm. 28, note H. Fulchiron ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé ; Cass., 1^{ère} civ., 2 mars 2022, n°20-23.282 ; *RJPF* 2022-5, note E. Putman et S. Cacioppo ; *RJPF* 2022-6, note J. Boisson.

¹⁸⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2017, n°15-27.245 ; *D.* 2017. 599, note Guyon-Renard ; *ibid.* 729, obs. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 2018. 641, obs. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2017. 203, obs. Houssier ; *RTD civ.* 2017. 363, obs. Hauser ; *D.* 2018. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2017. 101, note Fulchiron.

¹⁸⁷² Cass., 1^{ère} civ., 15 janvier 2020, n°19-12.348 ; *D.* 2020. 149 ; *AJ fam.* 2020. 187, obs. M. Saulier ; *RJPF* 2020, note A. Gouëzel ; *JCP* 2020. 320, note A. Cheynet de Beaupré ; *RTD civ.* 2020. 358, obs. A-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2020. 118, obs. V. Égéa.

même contexte factuel et apportent des éléments éclairant l'analyse par les exclusions qui y sont justifiées. Au regard de ce contentieux, la première étape de l'analyse conduit à se concentrer principalement sur la mise en œuvre des articles 320, 321, 333, 334 et 336 du Code civil, fondements des différentes décisions. En effet, dans les grandes lignes, les espèces sont proches : un enfant est reconnu par un homme dont la paternité est discutée après l'expiration du délai pour agir, souvent dans le but d'établir la filiation d'un autre homme qui serait le père biologique. Il est néanmoins nécessaire de préciser que l'une des espèces est une contestation de maternité¹⁸⁷³. Ces espèces se distinguent au regard des éléments procéduraux qu'elles ont soulevés, soit en raison des choix des parties, soit en raison des faits qui ont mobilisé telle ou telle règle, notamment de droit transitoire, diversité qui a permis à la Cour de cadrer le domaine de son contrôle dans l'entièreté du contentieux relatif aux contestations de filiation.

465. *Mise en œuvre du contrôle concret et contenu de la norme.* L'intégration du contrôle concret a été fortement discutée en doctrine, que ce soit par ses partisans ou ses détracteurs¹⁸⁷⁴. Les enjeux sont clairs : le juge outrepasserait ses compétences dans un domaine fortement marqué par l'ordre public qui en deviendrait inexistant, la sécurité juridique serait atteinte en l'absence de prévisibilité de ces raisonnements reposant sur l'équité. Ces questionnements peuvent être résumés par l'interrogation générale suivante : « y a-t-il encore matière à un véritable ordre civil lorsque le modèle qu'il incarne peut à tout moment être remis en cause par l'invocation de tel ou tel droit fondamental et la vérification d'une proportionnalité plus ou moins mystérieuse entre ce droit et les intérêts de la société ? »¹⁸⁷⁵. Malgré les critiques, quelques années de contentieux ont conduit d'une part, à accepter l'évolution et à l'analyser¹⁸⁷⁶, et d'autre part, à rassurer quelque peu les détracteurs au vu du bouleversement très relatif qui ressort des études d'ensemble¹⁸⁷⁷.

¹⁸⁷³ Cass., 1^{ère} civ., 15 janvier 2020, n°19-12.348 ; *D.* 2020. 149 ; *AJ fam.* 2020. 187, obs. M. Saulier ; *RJPF* 2020, note A. Gouëzel ; *JCP* 2020. 320, note A. Cheynet de Beaupré ; *RTD civ.* 2020. 358, obs. A-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2020. 118, obs. V. Égéa.

¹⁸⁷⁴ V. *supra* n°233.

¹⁸⁷⁵ LEQUETTE Y., « Recodification civile et prolifération des sources internationales », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire Dalloz/LexisNexis*, 2004, p. 171-196.

¹⁸⁷⁶ ÉGÉA V. « L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, dossier 6.

¹⁸⁷⁷ SAULIER M., HOUSIER J., « Dix ans de contrôle concret de conventionnalité en droit de la famille », *AJ fam.* 2024, p. 124

466. Annonce de plan. Loin de déstabiliser le contentieux de la filiation, la considération des singularités mise en lumière par le contentieux des conflits de filiation a conduit à une progressive relativisation des délais pour agir (Section I.). Elle a surtout mis en exergue les intérêts protégés par la norme pour légitimer ceux altérés par la mise en œuvre concrète du texte (Section II.).

Section I : La justification et la relativisation des délais pour agir.

Section II : Le renforcement de la norme par la considération des singularités au sein des conflits de filiation.

SECTION I : LA JUSTIFICATION ET LA RELATIVISATION DES DELAIS POUR AGIR

467. Sensibilité du contentieux de la contestation. Parmi les actions relatives à la filiation, l'action en contestation est un contentieux « exacerbé »¹⁸⁷⁸, en ce sens que le domaine vise des situations particulièrement délicates. L'action conduit, en effet, à faire disparaître un lien de filiation établi à l'égard de l'enfant, soit pour le laisser vacant, soit pour lui en substituer un. L'équilibre entre les intérêts des différents protagonistes est difficile à atteindre, spécialement en raison de l'écoulement du temps qui conforte certaines relations ou, à l'inverse, les distend. L'encadrement de l'action doit, dans la conception contemporaine, répondre à différents enjeux : sécuriser les liens établis en garantissant leur stabilité et rendre le lien de droit conforme à la réalité de l'engendrement. En réponse aux délais trentenaires du régime antérieur, l'ordonnance de 2005 a réduit les délais. Si le délai de droit commun est désormais de dix ans, celui-ci est réduit à cinq ans lorsque le lien de droit est corroboré par une réalité affective et matérielle. Au-delà de la réduction du délai de prescription, le lien devient incontestable au bout de cinq ans. L'irrecevabilité d'une action en contestation est, dès lors, rapidement acquise, régime qui a été bousculé par le développement du droit à l'identité, mettant en exergue l'excès de prudence des rédacteurs de l'ordonnance. Prenant acte des risques de condamnation, la Cour de cassation en a déduit une obligation de contrôler concrètement les

¹⁸⁷⁸ LE GUIDE R., CHABOT G., « Filiation : contestation », *Rép. civ.*, Dalloz, act. janvier 2023, n°1.

fins de non-recevoir opposées à une action en contestation de filiation (§I.), tout en limitant les atteintes disproportionnées recevables (§II.).

§I. L'obligation de contrôler les fins de non-recevoir à l'action en contestation de filiation

468. *Sécurisation du lien versus droit à l'identité.* De la volonté marquée de l'ordonnance de sécuriser les liens de filiation établis résulte un encadrement strict de l'action en contestation. Unique action pour remettre en question un lien, peu importe comment il a été établi, le régime limite fortement les possibilités de contester. Il est susceptible de priver l'enfant ou un père biologique dupé de tout droit d'agir, ou au contraire peut conduire à laisser subsister une filiation « morte », ne correspondant à aucune réalité matérielle et affective. La considération de ces singularités a renouvelé le contentieux de la filiation. Le développement des droits fondamentaux sous l'influence de la Cour européenne et spécialement l'interprétation dynamique du droit au respect de la vie privée duquel découle le droit à l'identité, conforté par le développement des preuves biologiques ont mis à mal cette sécurisation considérée comme excessive (A.) conduisant la Cour de cassation à imposer au juge du fond de renouveler l'appréciation des actions relatives à la filiation (B.).

A. L'obligation de contrôle justifiée par l'atteinte excessive aux droits fondamentaux

469. *Origine du contrôle concret.* La première décision de la Cour de cassation en matière de filiation intégrant les droits fondamentaux est celle du 10 juin 2015, relative à un conflit de filiations, le père biologique souhaitant établir son lien à l'égard de l'enfant et devant, pour ce faire, contester la filiation établie à l'égard du mari de la mère. En l'espèce, le conflit n'est d'ailleurs que juridique, toutes les parties s'entendant sur la contestation en vue d'un nouvel établissement. Le seul obstacle qui leur était opposé était le cadre procédural et plus précisément la prescription de l'action. Alors que la Cour européenne venait de condamner la France dans l'affaire *Pascaud*, la Cour de cassation a tiré les leçons de cette condamnation, s'interrogeant sur la conventionnalité abstraite du système français (1.) et les risques d'atteinte au droit respect de la vie privée qui en découlaient (2.) afin d'imposer un renouvellement du contrôle de conventionnalité aux juges du fond.

1- Le régime abstrait de la contestation de la filiation

470. Prévention des conflits de filiation : principe chronologique. Le contentieux de la contestation de filiation est principalement organisé autour de l'article 320 du Code civil. Celui-ci prévoit que « tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait », illustrant la volonté des rédacteurs de l'ordonnance de prévenir les conflits de filiation dans un objectif de stabilité du lien établi. Ce principe chronologique « articule » les actions en établissement et en contestation d'un lien de filiation¹⁸⁷⁹. Sous réserve de la recevabilité de l'action, tout établissement judiciaire est ainsi conditionné par la contestation d'un autre lien préalablement établi. Dans le même sens, un établissement extrajudiciaire est privé d'effet tant que lien établi n'est pas contesté¹⁸⁸⁰. Synthétiquement, la résolution d'un conflit de filiations se résout, dès lors, en deux étapes. Par principe, la première filiation établie prime sur tout lien établi postérieurement. Ce premier lien peut, cependant, être contesté tant que l'action en contestation est recevable. Au-delà de la stabilité qu'apporte la règle, elle participe également à la sécurisation des liens de filiation établis, assurés de ne pas être concurrencés en dehors d'un cadre contentieux, lui-même particulièrement sécurisé.

471. Sécurisation des liens établis. Le régime procédural de l'action en contestation traduit visiblement l'objectif de sécurisation des liens de filiations. Néanmoins, une gradation de la sécurisation du lien peut être relevée, selon l'existence d'une possession d'état venant corroborer le titre. L'héritage du droit antérieur et le nouvel équilibre souhaité par la réforme se révèlent ainsi par l'étude des actions en contestation : plus le comportement matériel et affectif est conforme au titre volontairement établi, plus le lien est protégé ; la preuve biologique peut servir de correctif, si l'écoulement du temps n'a pas déjà fait son œuvre. En effet, selon l'article 332 du Code civil, l'objet de la preuve des actions en contestation est la preuve de l'accouchement pour la maternité et la preuve de la non-paternité de l'époux ou l'auteur de la reconnaissance. Le recours à la preuve biologique est, dès lors, le mode de preuve le plus fiable, spécialement dans la preuve de la paternité. Il est tout de même notable que, malgré une consécration importante de ce mode de preuve¹⁸⁸¹, l'ordonnance n'a pas sacralisé les liens de

¹⁸⁷⁹ LE GUIDE R., CHABOT G., « Filiation : contestation », *Rép. civ.*, Dalloz, act. janvier 2023, n°1.

¹⁸⁸⁰ Cass., 1^{ère} civ., 30 nov. 2022, n° 21-14.726, *D. actu.* 13 janv. 2023, obs. J.-J. Lemoulant.

¹⁸⁸¹ Cass., 1^{ère} civ., 28 mars 2000, n° 98-12.806 : En matière de filiation, l'expertise génétique est de droit, le juge est dans l'obligation de l'ordonner lorsqu'elle est demandée sauf motif légitime de ne pas y procéder ; Cass., 1^{ère} civ., 9 février 2011 n°10-14.144 : Le juge peut tirer les conséquences du refus du défendeur de se soumettre à une

sang¹⁸⁸². Le recours aux tests sanguins et génétiques est ainsi conditionné à l'existence d'une action¹⁸⁸³, elle-même encadrée dans un délai de prescription variable selon la relation affective existant entre le parent et l'enfant.

472. Contestation en présence d'une possession d'état conforme au titre. La possession d'état, souvent qualifiée de « réalité sociologique »¹⁸⁸⁴ de la filiation, traduit la réalité affective et matérielle de la relation¹⁸⁸⁵. Corroborant un titre, elle « autorise à présumer l'exactitude biologique du lien de filiation qui en résulte »¹⁸⁸⁶, traduisant implicitement la vraisemblance biologique sur laquelle repose le droit de la filiation. L'article 333 alinéa 1^{er} du Code civil en tire les conséquences et prévoit un encadrement strict de l'action. Celle-ci est réservée à l'enfant, aux père et mère et à ceux se prétendant parents véritables. Surtout, le délai pour agir est réduit à cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou au jour du décès du parent dont le lien est contesté.

La réduction du délai est complétée par l'alinéa 2 du même article qui précise que toute action en contestation est irrecevable si le titre et la possession d'état ont été conformes pendant au moins cinq ans, à l'exception de l'action du ministère public sur le fondement de l'article 336. Cette précision est assurément la consécration ultime des objectifs de stabilité et de sécurité des liens de filiation¹⁸⁸⁷, primant sur la réalité biologique que les rédacteurs de l'ordonnance ont relativisée en raison de l'écoulement du temps. Dans cette optique, le délai est un délai de forclusion, insusceptible de suspension, et ne se reporte donc pas à la majorité de l'enfant, contrairement aux autres délais¹⁸⁸⁸.

expertise génétique. Ce refus peut permettre à lui seul de déduire des faits qui auraient été en eux-mêmes insuffisants pour prouver une filiation (éléments corroborant mais insuffisants).

¹⁸⁸² MILLET F., « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP éd. G.* n°7, 15 février 2006, doct. 112 ; GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 255 et s.

¹⁸⁸³ Art. 16-11 C. civ.

¹⁸⁸⁴ MIRABAIL S., « Les différents rôles de la possession d'état en matière de filiation », *Dr. fam.* n°3, mars 2014, étude 2.

¹⁸⁸⁵ Art. 311-1 et 311-2 C. civ.

¹⁸⁸⁶ LE GUIDEC R., CHABOT G., « Filiation : contestation », *Rép. civ.*, Dalloz, act. janvier 2023, n°20.

¹⁸⁸⁷ GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 255 et s.

¹⁸⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2017, n°15-27.245 ; *D.* 2017. 599, note Guyon-Renard ; *ibid.* 729, obs. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 2018. 641, obs. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2017. 203, obs. Houssier ; *RTD civ.* 2017. 363, obs. Hauser ; *D.* 2018. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2017. 101, note Fulchiron ; Cass., 1^{ère} civ., 15 janvier 2020, n°19-12.348 ; *D.* 2020. 149 ; *AJ fam.* 2020. 187, obs. M. Saulier ; *RJPF* 2020, note A. Gouëzel ; *JCP* 2020. 320, note A. Cheynet de Beaupré ; *RTD civ.* 2020. 358, obs. A-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2020. 118, obs. V. Égéa.

473. Contestation à défaut de possession d'état conforme au titre. À défaut de possession d'état conforme au titre, l'article 334 du Code civil ouvre davantage l'action. Celle-ci peut être exercée par toute personne qui y a intérêt et surtout, elle se prescrit selon le délai de droit commun prévu à l'article 321, soit dix ans. L'absence de concordance entre le titre et le comportement créant un doute quant à la véracité du lien, l'ordonnance a fait le choix d'ouvrir davantage sa contestation, bien que celle-ci reste gouvernée par les objectifs de sécurité et de stabilité¹⁸⁸⁹.

2- Les atteintes potentielles

474. Refus transmission QPC. Dans un premier temps, la Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC portant sur l'article 333 du Code civil¹⁸⁹⁰. Sa décision met en exergue l'objectif abstrait du texte, la Cour rappelant qu'il « répond à une situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les personnes bénéficiant d'une possession d'état, en distinguant selon la durée de celle-ci, afin de stabiliser cet état, dans un but d'intérêt général et en rapport avec l'objet de la loi qui a recherché un équilibre entre les composantes biologiques et affectives de la filiation, dans le respect de la vie privée et familiale des intéressés ». La réponse de la Cour permet de saisir l'équilibre abstrait retenu par le texte : à l'issue de l'écoulement d'un certain délai, la stabilité de l'état l'emporte sur les volontés individuelles, indépendamment de la réalité biologique. Faisant primer la stabilité de l'institution, c'est l'intérêt général qui est ainsi préservé¹⁸⁹¹, bien qu'il recoupe également une certaine conception des intérêts individuels par cette garantie de stabilité et de sécurisation de l'état¹⁸⁹². Dans un tel raisonnement, le conflit est perçu verticalement : la limite opposée à la personne souhaitant contester un lien est l'organisation des rapports individuels. Les intérêts individuels protégés rejoignent ici l'intérêt général.

¹⁸⁸⁹ LE GUIDE R., CHABOT G., « Filiation : contestation », *Rép. civ.*, Dalloz, act. janvier 2023, n°23.

¹⁸⁹⁰ Cass., 1^{ère} civ, 24 février 2011, n°10-40.068 ; *AJ fam.* 2011. 213, obs. F. Chénéde ; *RJPF* 2011-6/41, obs. T. Garé ; *RTD civ.* 2011. 335, obs. J. Hauser.

¹⁸⁹¹ HAUSER J., « Prescription et possession d'état : hier et aujourd'hui », *RTD civ.* 2011, p. 334.

¹⁸⁹² Pour de plus amples développements et spécialement une mise en perspective avec l'évolution du droit des couples v. GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 255 et s. L'auteur explique que l'importance de sécurisation et de stabilité du droit de la filiation serait pensée pour compenser la libéralisation concomitante du droit des couples, la séparation du couple ne devant pas conduire à une disparition de la cellule familiale ou à une rupture des liens entre parent et enfant.

475. Condamnation européenne. La condamnation de la France dans l'affaire *Pascaud*¹⁸⁹³ quelques mois après le refus de transmission de la QPC fait vraisemblablement revenir la Cour de cassation sur son appréciation. L'affaire concerne des expertises *post-mortem* en vue d'établir un lien de filiation et non de le contester. Pour autant, l'angle d'appréciation de la Cour européenne est suffisamment large pour se répercuter sur les actions en contestation de filiation et faire évoluer la jurisprudence française. Surtout, les divergences de raisonnement entre la Cour européenne et le Conseil constitutionnel sur les expertises *post-mortem* alertent quant à la conventionnalité du régime des actions en contestation. En effet, en l'espèce, la Cour européenne ne censure pas formellement l'impossibilité opposée par le droit français de réaliser une expertise *post-mortem* en l'absence de consentement de la personne décédée, tout comme l'a fait le Conseil constitutionnel¹⁸⁹⁴ la même année. Néanmoins, elle estime, en appréciant concrètement l'espèce, que les juges français n'ont pas ménagé un juste équilibre entre le droit de refuser une expertise et le droit de faire établir sa filiation, l'expertise ayant été effectuée, mais rejetée en raison de l'altération du consentement et l'enfant ne disposant d'aucun moyen pour établir sa filiation vacante. La décision conduit, en effet, à affronter les conflits privés¹⁸⁹⁵, la « paix des familles » n'étant pas, pour la Cour européenne, un argument suffisant pour s'opposer à l'établissement d'un lien de filiation fondé sur une expertise probante, mais nulle, *a fortiori* quand le père et l'enfant souhaitaient établir ce lien.

476. Stabilité et sécurisation versus conflits privés. Apprécies *via* le prisme d'un conflit privé, les objectifs de stabilité et de sécurisation n'ont plus exactement la même réalité. Ils ne se détachent pas pour autant, la stabilité et la sécurisation d'un lien de filiation sont tout autant protectrices des individus que de l'organisation de la société¹⁸⁹⁶. Ainsi, l'enfant peut vouloir, par exemple, contester le lien de filiation d'un père qu'il sait mensonger et qui ne correspond plus à une réalité factuelle. Dans le même sens, la prévention des conflits de filiation

¹⁸⁹³ CEDH, *Pascaud c. France*, 16 juin 2011, n° 19535/08 ; *AJ fam.* 2011. 429, obs. Chénédé ; *RTD civ.* 2011. 526, obs. Hauser ; *JCP* 2011, n°27 ; *Dr. fam.* 2011. alerte 72, obs. Bruggeman.

¹⁸⁹⁴ Cons. const., 30 septembre 2011, n°2011-173 QPC ; *D.* 2012. 308, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; *RTD civ.* 2011. 743, obs. Hauser ; *AJ fam.* 2011. 549, obs. Chénédé. Sur la comparaison approfondie des deux décisions v. GOUTTENOIRE A., « Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et des familles », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n°39, avril 2013, p. 63-77.

¹⁸⁹⁵ MARGUÉNAUD J.-P., « La mise en œuvre du principe de “proportionnalité privatisée” par la première chambre civile de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2015 p. 825 ; FULCHIRON H., « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », *D.* 2015 p. 2365.

¹⁸⁹⁶ MILLET F., « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP éd. G.* n°7, 15 février 2006, doct. 112 ; GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », *préc.*, p. 255 et s.

permet *a priori* d'éviter un conflit¹⁸⁹⁷ tout en exacerbant les difficultés face à l'établissement d'un lien mensonger, complexifiant le conflit privé où sont opposés parents juridique, putatif et l'enfant. Le choix automatique et *a priori*, s'il se veut protecteur, n'a, dès lors, pas nécessairement l'effet escompté. Surtout, le régime de contestation repose sur des choix qui ne tiennent « aucun compte de l'état des relations au jour de l'exercice de l'action »¹⁸⁹⁸. La fondamentalisation de la matière familiale, principalement influencée par la Cour européenne¹⁸⁹⁹, a conforté les craintes exprimées par la doctrine quant à la rigidité du régime français de contestation de filiation.

477. Prévention des conflits, primauté du lien affectif et fondamentalisation. Au-delà de devoir apprécier le conflit de filiations comme un conflit privé, les différentes décisions européennes relatives au contentieux de la filiation permettent de préciser les limites du régime français.

Le choix français d'un système préventif, s'il se justifie, pose problème par son objectivité et son automaticité. En effet, en faisant primer la réalité sociale conforme pendant cinq ans au titre, le régime prend le risque de laisser perdurer une filiation non conforme à la réalité biologique, même si la révélation de cette réalité se fait tardivement. Face à l'importance contemporaine de la connaissance des origines personnelles et « la recherche de l'exactitude biologique du lien de filiation »¹⁹⁰⁰ en matière contentieuse, l'équilibre de l'ordonnance a octroyé une place très relative au lien biologique, l'expertise étant pourtant devenue la reine des preuves en la matière. Cette relativité est d'autant plus confortée par les restrictions quant à l'accès aux expertises génétiques, celles-ci pouvant être ordonnées exclusivement dans le cadre d'une action relative à la filiation¹⁹⁰¹. Or, les mentalités contemporaines ne semblent pas tendre vers la stabilité et la sécurisation à tout prix et, au contraire, « le lien entre génétique et droit civil est actuellement tellement prégnant que personne n'admettrait qu'un juge reconnaisse un lien biologique auquel la loi ne donnerait aucune conséquence civile »¹⁹⁰². Cette attente est d'autant plus confortée par la possibilité de réaliser sans trop de difficultés des tests génétiques

¹⁸⁹⁷ LE GUIDE R., CHABOT G., « Filiation : contestation », *Rép. civ.*, Dalloz, act. janvier 2023, n°17.

¹⁸⁹⁸ GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », *préc.*, p. 258.

¹⁸⁹⁹ V. *supra* n°167 et s.

¹⁹⁰⁰ LE GUIDE R., CHABOT G., « Filiation : contestation », *Rép. civ.*, Dalloz, act. janvier 2023, n°5.

¹⁹⁰¹ Art. 16-11 C. civ.

¹⁹⁰² DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « Grands-parents et petits-enfants face à l'établissement des liens de filiation », *RLDC* 2010/70, n° 3780 ; FULCHIRON H., « Toute vérité est-elle bonne à dire ? », *D.* 2008, p. 3035 ; GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », *préc.*, p. 244-245.

à l'étranger qui sont susceptibles de confirmer les doutes quant à une ascendance¹⁹⁰³. Dans une telle optique, la prévention des conflits de filiation et les règles de contestation qui en découlent, conduisant à faire primer le premier lien établi s'il est conforté par l'écoulement du temps, crée des situations qui questionnent : est-il nécessaire de maintenir le lien établi si l'ensemble des personnes concernées souhaite le modifier ? Est-il nécessaire de faire survivre une filiation ne correspondant à aucune réalité affective alors qu'une autre personne – ayant potentiellement un lien biologique avec l'enfant – serait prête à prendre ce rôle ?¹⁹⁰⁴

478. Encadrement des actions et fondamentalisation. Le lien biologique qui aurait été occulté lors de l'établissement du lien de filiation ne pourra s'imposer en raison de l'encadrement procédural rigoureux¹⁹⁰⁵ des actions en contestation « conduisent parfois à sacrifier des aspirations légitimes pour préserver des intérêts douteux ; il arrive même qu'elles interdisent toute remise en cause du lien alors que le *statu quo* ne profite à personne »¹⁹⁰⁶. La durée des délais français n'est, en elle-même, pas critiquable. La Cour condamne, en effet, les délais trop brefs¹⁹⁰⁷, mais en l'espèce, les durées concernées étaient plutôt d'un an. Le délai quinquennal ne semble pas en lui-même contestable. Il n'est prévu que dans le cas précis où, vraisemblablement, les différentes composantes de la filiation sont réunies et il a justement pour but de garantir leur sécurisation. Dans une telle optique, le délai de dix ans n'est pas non plus, en lui-même, discutable. C'est davantage la nature du délai et le régime qui en découle qui sont source de difficultés. Il ressort en effet de l'étude des décisions européennes que la Cour vérifie si l'encadrement des actions a privé l'un des protagonistes de la possibilité de faire reconnaître le lien biologique¹⁹⁰⁸. Le délai de forclusion de l'article 333 est, dès lors, in conventionnel, en ce qu'il prive de toute possibilité d'action l'homme à qui la mère aurait dissimulé la potentielle paternité pendant cinq ans, mais surtout l'enfant qui n'a aucune possibilité d'action. Les délais des autres actions sont un peu moins problématiques. Usuellement qualifiés de délais de

¹⁹⁰³ GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 246.

¹⁹⁰⁴ MILLET F., « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP éd. G.* n°7, 15 février 2006, doct. 112 ; GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 255 et s.

¹⁹⁰⁵ HIGY C., *Le temps en droit de la filiation*, Presses universitaires de Strasbourg, 2012, n°174 et s. ; GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 244-246.

¹⁹⁰⁶ GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 246-247.

¹⁹⁰⁷ CEDH, *Konstantinidis c. Grèce*, 3 avril 2014, n°588009/09.

¹⁹⁰⁸ V. *supra* n°168 et s.

prescription¹⁹⁰⁹, ils sont susceptibles de suspension, garantissant un droit d’agir plus important, spécialement pour l’enfant dont le point de départ du délai de prescription est reporté à la majorité¹⁹¹⁰. Néanmoins, les secrets de famille peuvent toujours entraver ce droit d’agir, ce qui conduit la Cour européenne à préférer les systèmes où le point de départ du délai est davantage subjectif¹⁹¹¹.

479. Émergence et confirmation du contrôle. Confrontée à une espèce particulière, la Cour de cassation a anticipé une éventuelle condamnation et a progressivement imposé les méthodes de raisonnement de la Cour européenne¹⁹¹². Dans la décision du 10 juin 2015¹⁹¹³, la Cour devait, en effet, se prononcer sur une action en contestation prescrite, mise en œuvre par le ministère public à la demande de la mère et dans laquelle l’ensemble des protagonistes s’entendaient quant à l’issue de l’action. L’affaire était d’autant plus particulière qu’en raison des dispositions transitoires de l’ordonnance de 2005 seule l’action en contestation de paternité était prescrite et non celle en recherche de paternité. En l’espèce, la cour d’appel avait considéré l’action du Procureur irrecevable, les conditions de l’article 336 n’étant pas réunies, rien ne laissant supposer une fraude ou une filiation invraisemblable. La juridiction avait complété son raisonnement en précisant que la contestation ne porte pas atteinte à l’ordre public, mais concerne exclusivement des intérêts privés, rendant les articles 422 et 423 du Code de procédure civile inapplicables. La Cour de cassation casse cependant la décision pour défaut de réponse à conclusions, lesquelles faisaient valoir qu’un juste équilibre devait être ménagé entre le droit de l’enfant d’établir sa filiation biologique et ceux des héritiers du père putatif. Contrairement à la cour d’appel, la Cour de cassation confirme la double nature du litige qui a tant un versant horizontal que vertical, semblant implicitement confirmer l’intégration des droits fondamentaux à l’ordre public¹⁹¹⁴. Surtout, la décision est la première à intégrer l’approche concrète, qui se confirme dans les décisions suivantes.

¹⁹⁰⁹ GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 237-276 ; HÉLAINE C., « De la distinction entre prescription et forclusion dans le contentieux de la filiation », *Dalloz actualité*, 31 janvier 2020 ; DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°1111 et 1112.

¹⁹¹⁰ Art. 321 C. civ.

¹⁹¹¹ HIGY C., *Le temps en droit de la filiation*, op. cit., n°186 et s.

¹⁹¹² Sur les méthodes de raisonnement et l’évolution des rapports Cour européenne – Cour de cassation v. *supra* n°241 et s.

¹⁹¹³ Cass., 1^{ère} civ., 10 juin 2015, n°14-20.790 ; D. 2015. 2365, note Fulchiron ; *RTD civ.* 2015. 596, obs. Hauser ; *ibid.* 825, obs. Marguénaud.

¹⁹¹⁴ FULCHIRON H., « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », D. 2015 p. 2365 ; MARGUÉNAUD J.-P., « La mise en œuvre du principe de “proportionnalité privatisée” par la première

B. L'instauration progressive du contrôle

480. Instauration du contrôle grâce à la contestation de filiation. En quelques années, les décisions de la Cour de cassation permettent de confirmer l'obligation de contrôler concrètement les actions relatives à la filiation. À nouveau, le terrain de la contestation de filiation est particulièrement fertile. En effet, la décision du 21 novembre 2018¹⁹¹⁵ est la confirmation de l'obligation du contrôle. Sur les décisions rendues entre 2015 et 2018 relativement au contentieux de la filiation, quatre décisions sur cinq sont relatives à une contestation de filiation¹⁹¹⁶. Les différentes espèces ont à la fois permis d'imposer progressivement le contrôle et sa méthode et ont mobilisé différents fondements, permettant d'assouplir le contentieux de la filiation au-delà des actions en contestation.

481. Contrôle de l'article 333 du Code civil. La décision du 6 juillet 2016¹⁹¹⁷ est l'occasion de contrôler l'article 333 du Code civil. Celui-ci prévoit que « lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté. Nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement ». En l'espèce, un enfant, né en 1950, dont la filiation est établie à l'égard de ses deux parents, est reconnu par un autre homme après le décès de son père juridique, par un testament olographe en 2002. Le testament est révoqué en 2009, l'homme appelant à sa succession un neveu et les enfants de son fils potentiel. Ce dernier agit en contestation de sa paternité et en établissement de la paternité de son père putatif, mais décède en cours d'instance. Ses héritiers poursuivent l'action. Déboutés par la cour d'appel, ils forment un pourvoi en cassation, considérant que l'obstacle posé à l'article 333 du Code civil porte atteinte de façon

chambre civile de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2015 p. 825. Pour une critique de cette position v. NEIRINCK C., « La mère, le fils, l'amant et le mari : "l'origine biologique" à l'assaut de la filiation juridique », *Dr fam.*, n°09 septembre 2015 », 163 ; GAUTIER P.-Y., « La prescription sur le billot du contrôle de proportionnalité », *D.* 2019, p. 64.

¹⁹¹⁵ Cass., 1^{ère} civ., 21 novembre 2018, n°17-21.095 ; *AJ fam.* 2019. 36, obs. M. Saulier ; *Dr. fam.* 2019. comm. 28, note H. Fulchiron ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé.

¹⁹¹⁶ La seule exception est la décision du 9 novembre 2016 (Cass., 1^{ère} civ., 9 novembre 2016, n°15-25.068) relative à une action en recherche de paternité.

¹⁹¹⁷ Cass., 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, n°15-19.853 ; *Dalloz actualité*, 29 août 2016, obs. V. Da Silva ; *D.* 2016. 1980, note H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2016. 831, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2016, doct. 992, n°15, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, Y. Bernand.

disproportionnée à la vie privée de l'enfant, ainsi qu'à celle de ses propres enfants et de sa veuve. La Cour de cassation rejette le pourvoi en deux temps. Elle constate l'ingérence au droit au respect de la vie privée que crée l'article 333. Elle relève ensuite que cette fin de non-recevoir poursuit un but légitime en ce qu'elle tend à protéger les droits et libertés des tiers ainsi que la sécurité juridique. L'objectif abstrait du texte et la défense de l'intérêt général qui en découle sont, ici, visiblement mis en exergue. Elle vérifie et confirme ensuite la motivation de la cour d'appel qui a constaté le décès de l'enfant, estimé que ses ayants droit « ne soutenaient pas avoir personnellement subi une atteinte à leur vie privée du fait de l'impossibilité d'établir au travers de celle de leur père, leur ascendance », que la veuve n'était pas concernée par cet enjeu, et en a déduit que l'action était justifiée exclusivement par un intérêt patrimonial.

482. Contrôle de l'article 320 du Code civil. La décision du 5 octobre 2016¹⁹¹⁸ permet le contrôle de l'article 320 du Code civil. En l'espèce, un enfant né en 1946 est reconnu vingt ans après sa naissance par un homme qui le légitime en épousant sa mère. En 2005, après le décès de son père juridique, il est reconnu par un autre homme qui décède en 2006. L'enfant conteste la paternité de son père juridique, mais en 2007 se voit débouté de sa demande, l'action étant prescrite. La seconde reconnaissance est annulée. En 2011, l'enfant intente cependant une action en recherche de paternité¹⁹¹⁹ dirigée contre les enfants de son père prétendu. La cour d'appel le déboute à nouveau de sa demande et l'enfant forme donc un pourvoi en cassation reprochant aux juges du fond d'avoir violé son droit de connaître ses origines, garanti par l'article 8 de la Cour européenne et considérant que ceux-ci n'ont pas procédé à une mise en balance des intérêts en présence. Il reproche aux juges du fond qu'opposer un délai de prescription à un enfant devenu adulte et qui vient d'apprendre la vérité sur sa filiation est une atteinte à l'article 8 de la Convention ; que toute restriction au droit de connaître ses origines doit être nécessaire et proportionnée, la cour d'appel n'ayant pas procédé à la mise en balance des intérêts en présence ; qu'à défaut de recevabilité de l'action, une expertise génétique devait être ordonnée, d'autant plus que le père prétendu y avait consenti. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle recadre, dans un premier temps, la demande en rappelant que la cour d'appel n'a pas raisonné en termes de prescription, mais en matière d'autorité de la chose jugée, rappelant que l'obstacle est l'article 320 du Code civil et non l'article 333. Elle n'en vérifie pas moins la conventionnalité de l'article 320, constatant la réalité de l'obstacle. Si elle reconnaît

¹⁹¹⁸ Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.507 ; D. 2016. 2062, note I. Gallmeister.

¹⁹¹⁹ Art. 327 C. civ.

que l'article constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, il poursuit un but légitime en ce qu'il « tend à garantir la stabilité du lien de filiation et à mettre les enfants à l'abri des conflits de filiation ». Elle vérifie ensuite concrètement l'atteinte, qu'elle n'estime pas disproportionnée. Elle relève, en effet, l'action tardive de l'enfant, qui pouvait agir pendant trente ans à compter de sa majorité, n'avait pas exercé son droit et avait hérité de son père juridique, dont la paternité n'a jamais été remise en question de son vivant et était confortée par une possession d'état. Aucun élément de la décision n'évoque, cependant, le moment où l'enfant a appris la réalité de sa filiation. Seule, la longueur du délai pour agir est évoquée, à laquelle implicitement est rattaché un objectif patrimonial qui serait la justification à cette action tardive¹⁹²⁰.

483. Contrôle des articles 321 et 334 du Code civil. La décision du 7 novembre 2018¹⁹²¹, considérée comme la plus méthodologique des décisions¹⁹²², permet le contrôle des articles 321 et 334 du Code civil. En l'espèce, une enfant née en 1963 a vu sa filiation établie à l'égard de sa mère et du mari de celle-ci, sans qu'existe de possession d'état entre elle et son père. Elle a, au contraire, entretenu des relations étroites avec un autre homme durant son enfance. Les parents légaux décèdent en 1984 et 2005. En 2010, le père présumé reconnaît l'enfant dans un testament authentique après réalisation d'un test génétique et décède en 2014. L'enfant engage alors une action en contestation de sa filiation paternelle afin d'établir sa filiation à l'égard de son père biologique. La cour d'appel rejette le pourvoi se fondant sur les articles 334 et 321 du Code civil et la déboute de sa demande. La Cour de cassation confirme la décision et en profite pour développer la méthode du contrôle. Elle expose les règles de droit français et les solutions auxquelles elles aboutissent, pour en conclure à la prescription de l'action. Elle confronte ensuite le cadre français au cadre européen et examine l'atteinte au droit à l'identité qui découle du droit au respect de la vie privée. Elle confirme l'ingérence, vérifie qu'elle est prévue par un texte clair, prévisible, accessible et qu'elle poursuit un but légitime, la protection des droits des tiers et la sécurité juridique en ce qui concerne le régime de l'action en contestation. Elle met enfin en balance les intérêts présents, d'abord abstraitement puis

¹⁹²⁰ PRÉTOT S., « Principe chronologique en droit de la filiation et contrôle de proportionnalité : un numéro d'équilibriste ? », *RJPF*, n°12, 1^{er} décembre 2016.

¹⁹²¹ Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-25.938 ; *D. actu.* 21 nov. 2018, obs. L. Gareil-Sutter ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2019, comm. 27, note H. Fulchiron.

¹⁹²² FULCHIRON H., « Contrôle de conventionnalité – *Vade mecum* du contrôle de conventionnalité », *Dr. fam.* n°2, février 2019, comm. 27 ; LEROYER A.-M., « Les délais de prescription en matière de filiation au prisme de la proportionnalité », *RTD civ.* 2019, p. 87.

concrètement. Elle estime ainsi que « les délais de prescription des actions en contestation de paternité ainsi fixés par la loi, qui laissent subsister un délai raisonnable pour permettre à l'enfant d'agir après sa majorité, constituent des mesures nécessaires pour parvenir au but poursuivi et adéquates au regard de cet objectif », confirmant la conventionnalité abstraite du délai décennal. Elle vérifie ensuite si les juges ont apprécié concrètement l'atteinte. Estimant suffisante la motivation de la cour d'appel, elle en déduit que l'enfant « a eu la possibilité d'agir après avoir appris la vérité sur sa filiation biologique », justifiant dès lors que « la cour d'appel a pu déduire que le délai de prescription qui lui était opposé respectait un juste équilibre et qu'il ne portait pas, au regard du but légitimement poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie familiale ». Elle confirme ainsi la conventionnalité abstraite et concrète de l'encadrement temporel des actions en contestation de filiation.

484. Obligation de réaliser le contrôle s'il est demandé. Quelques semaines plus tard, la Cour précise dans la décision du 21 novembre 2018¹⁹²³ l'obligation, pour les juges du fond, de réaliser le contrôle lorsqu'il est demandé par les parties. La décision est notable en ce qu'elle est l'une des seules décisions cassant une décision d'appel¹⁹²⁴. Pour autant, la cassation ne repose pas sur le contenu du contrôle, mais sur son absence de réalisation, apportant davantage des précisions méthodologiques plutôt que substantielles. Se fondant sur un défaut de base légale, la Cour reproche ainsi à l'arrêt de se limiter à déclarer l'action prescrite, sans rechercher si la mise en œuvre des délais de prescription était disproportionnée au regard du but poursuivi. Contrairement à la décision de 2015 qui justifiait la cassation par le défaut de réponse à conclusions, celle-ci utilise le défaut de base légale, qui peut être défini comme « l'insuffisance des constatations de fait qui sont nécessaires pour statuer sur le droit »¹⁹²⁵. L'évolution du fondement confirme ce que les décisions précédentes laissaient présager : la réalisation du contrôle est obligatoire lorsque les parties le demandent¹⁹²⁶.

485. Contrôle facultatif ? À l'inverse, aucune décision n'affirme avec certitude que le contrôle doit être effectué en l'absence de demande des parties. Au contraire, la décision du

¹⁹²³ Cass., 1^{ère} civ., 21 novembre 2018, n°17-21.095 ; *AJ fam.* 2019. 36, obs. M. Saulier ; *Dr. fam.* 2019. comm. 28, note H. Fulchiron ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé.

¹⁹²⁴ L'autre décision est celle du 15 octobre 2015 : Cass., 1^{ère} civ., 10 juin 2015, n°14-20.790 ; *D.* 2015. 2365, note Fulchiron ; *RTD civ.* 2015. 596, obs. Hauser ; *ibid.* 825, obs. Marguénaud.

¹⁹²⁵ BORÉ J. et BORÉ L., « Pourvoi en cassation », *Rép. pr. civ.*, Dalloz, n°500.

¹⁹²⁶ GAREIL-SUTTER L., « Contrôle de proportionnalité en matière de filiation : cette semaine, l'exemple à ne pas suivre... », *Dalloz actualité*, 30 novembre 2018.

1^{er} février 2017¹⁹²⁷ laisse présager le contraire. En l'espèce, le second moyen du demandeur reprochait à la cour d'appel d'avoir privé de base légale sa décision, au regard de l'article 8 de la Convention. Le requérant estimait, en effet, que « la Convention européenne des droits de l'homme faisait prévaloir, en matière de filiation, la mise en conformité de la filiation juridique à la réalité biologique, et que les règles de prescription ou la conformité du titre et de la possession d'état ne pouvaient faire échec à son droit au recours devant les tribunaux tendant à privilégier la réalité biologique sur la filiation juridique ; qu'en affirmant que n'était pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant la décision du législateur qui, à l'expiration d'une période de cinq ans pendant laquelle le père juridique s'est comporté de façon continue, paisible et non équivoque comme le père de l'enfant, avait fait prévaloir la vérité sociologique en ne permettant pas de rechercher quel était le père biologique, sans rechercher si, en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, celui qui se prétendait être le père avait le droit de faire primer la vérité biologique ». L'argument ne convainc pas la Cour de cassation qui rejette le pourvoi, reprochant au demandeur de s'être « borné, dans ses conclusions d'appel, à invoquer la prééminence de la vérité biologique ». Elle en conclut que le raisonnement de la cour d'appel, qui avait justifié sa décision en estimant que le régime abstrait était conforme à l'intérêt de l'enfant, procède « de la recherche prétendument omise ». Il faut peut-être davantage comprendre derrière cette formulation que le raisonnement de la cour d'appel correspond aux demandes du requérant : en l'absence d'argumentaire fourni et de demande précise, la cour d'appel ne palliera pas les manquements, ce qui laisserait présumer que le contrôle n'est pas automatique. La décision est, néanmoins, antérieure à celle imposant le contrôle et l'intégration du contrôle est acquise¹⁹²⁸, laissant présager que les avocats s'en saisiront pour renforcer leurs demandes.

486. Confirmation de la répartition des rôles dans la mise en œuvre du contrôle.

Enfin, la décision du 2 mars 2022¹⁹²⁹ confirme la répartition des rôles entre les juges du fond et

¹⁹²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2017, n°15-27.245 ; *D.* 2017. 599, note Guyon-Renard ; *ibid.* 729, obs. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 2018. 641, obs. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2017. 203, obs. Houssier ; *RTD civ.* 2017. 363, obs. Hauser ; *D.* 2018. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2017. 101, note Fulchiron. V. aussi Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2021, n°19-22.232 ; *AJ fam.* 2021. 306, obs. M. Saulier, dans laquelle la référence à l'intérêt de l'enfant de voir son lien établi n'a pas été interprétée comme une demande de contrôle concret.

¹⁹²⁸ FULCHIRON H., « Conventiounnalité des délais de prescription de l'action en contestation de paternité », *Dr. fam.*, n°5, mai 2017, comm. 101.

¹⁹²⁹ Cass., 1^{ère} civ., 2 mars 2022, n°20-23.282 ; *RJPF* 2022-5, note E. Putman et S. Cacioppo ; *RJPF* 2022-6, note J. Boisson.

la Cour de cassation¹⁹³⁰. Celle-ci avait déjà été exposée¹⁹³¹ et pouvait se déduire des décisions précédentes. Elle est, cependant, particulièrement visible dans cette décision dans laquelle la Cour vérifie exclusivement si la cour d'appel a apprécié concrètement l'obstacle. Elle y énumère les étapes successives du contrôle, reprend les éléments abstraits qu'elle avait déjà soulevés, en confirmant que la cour d'appel les a réalisées, sans se prononcer sur le moindre élément factuel, si ce n'est pour confirmer que la cour d'appel les a relevés¹⁹³².

§II. L'encadrement strict du contrôle

487. *Alternative procédurale cantonnée.* Le contrôle concret ne paraît pas être devenu une voie alternative aux fins de non-recevoir en matière de contestation de filiation. La voie ne doit, dès lors, pas être perçue comme permettant de contourner une inaction, quelle que soit sa cause. Malgré l'annonce d'un bouleversement, la caractérisation des atteintes susceptibles d'écarter la règle semble être appréciée plutôt strictement par la Cour de cassation (A.), réduisant les possibilités de tempérer le régime de contestation. Le contrôle a finalement permis davantage d'apporter des précisions quant à l'encadrement temporel des actions (B.).

A. La caractérisation de l'atteinte

488. *Atteinte caractérisée au droit au respect de la vie privée.* Le seul fondement sur lequel, pour l'heure, reposent les demandes de contrôle concret est l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Ce choix n'a rien d'étonnant : il bénéficie de l'interprétation dynamique de la Cour européenne qui a largement favorisé l'extension du concept et cette même Cour est à l'origine de l'évolution méthodologique des raisonnements de la Cour de cassation¹⁹³³. Le rayonnement de l'article 8 est tel qu'il est même possible de se demander si un autre fondement autonome pourrait le concurrencer dans le contentieux de la filiation¹⁹³⁴.

Pour autant, la seule référence à cet article n'est pas suffisante pour justifier la demande, ce que

¹⁹³⁰ V. *supra* n°237.

¹⁹³¹ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité, question de méthode », *D.* 2017, p. 656.

¹⁹³² BOISSON J., « Retour du contrôle de proportionnalité *in concreto* en matière de prescription de l'action en contestation de filiation établie », *RJPF* n°6, 1^{er} juin 2022.

¹⁹³³ V. *supra* n°235 et s.

¹⁹³⁴ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656.

la Cour de cassation a confirmé dans la décision de non-contrôle du 1^{er} février 2017¹⁹³⁵. En effet, en l'espèce, le demandeur s'était limité, en appel, « à invoquer la prééminence de la vérité biologique ». La réponse de la Cour de cassation, qui relève que le régime de prescription est conforme à l'intérêt de l'enfant, ce qui emporte la conviction de la cour d'appel, reproche, d'ailleurs, implicitement au requérant de ne pas avoir davantage caractérisé sa demande¹⁹³⁶. Comme devant la Cour européenne, les atteintes doivent être spécialement caractérisées. Il ne suffit pas, dès lors, de mentionner l'article 8 pour espérer bénéficier d'un contrôle concret. L'article 8 doit être exploité et mis en perspective des éléments de fait qui pourraient justifier la mise à l'écart des règles de droit français¹⁹³⁷. Dans la même optique, la simple référence à l'intérêt de l'enfant ne suffit pas à caractériser une demande de contrôle concret¹⁹³⁸.

489. Atteinte causée par la mise en œuvre d'une action recevable. L'ensemble des décisions de la Cour de cassation porte sur des situations dans lesquelles le délai de prescription était acquis. Est-il, au contraire, envisageable, que le contrôle permette de ne pas modifier les liens de filiation établis, en considérant qu'une modification porterait atteinte au droit au respect de la vie privée ? Sur un terrain proche, la Cour de cassation a déjà considéré valable un mariage à l'égard duquel une action en nullité avait été intentée tardivement, mais dans le délai pour agir¹⁹³⁹, ce qui laisse présager une réponse favorable. Les juges du fond semblent, de plus, répondre positivement à ce questionnement. Récemment, la Cour d'appel de Paris¹⁹⁴⁰ a statué en ce sens, estimant que l'action en contestation de filiation paternelle intentée par la mère portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant. Preuve supplémentaire, pour certains, de l'équité qui aurait séduit les juges du fond¹⁹⁴¹, la décision paraît pourtant s'inscrire dans la logique des décisions mettant en œuvre le contrôle. En l'espèce, l'enfant, conçu à l'étranger par assistance médicale à la procréation avec double don,

¹⁹³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2017, n°15-27.245 ; *D.* 2017. 599, note Guyon-Renard ; *ibid.* 729, obs. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 2018. 641, obs. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2017. 203, obs. Houssier ; *RTD civ.* 2017. 363, obs. Hauser ; *D.* 2018. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2017. 101, note Fulchiron.

¹⁹³⁶ HOUSIER J., « Action en contestation de paternité : n'oubliez pas d'assigner l'enfant ! », *AJ fam.* 2017 p. 203.

¹⁹³⁷ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656.

¹⁹³⁸ Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 2021, n°19-22.232, *AJ fam.* 2021. 306, obs. M. Saulier.

¹⁹³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014. 179, note F. Chénédé, 153, point de vue H. Fulchiron, 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, et 2017. 123, chron. V. Vigneau ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. Thouret, et 2013. 663, point de vue F. Chénédé ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud.

¹⁹⁴⁰ CA Paris, 5 déc. 2023, n° 23/00510 ; *AJ fam.* 2024, obs. M. Mesnil ; *Dr. fam.* 2024, comm. C. Siffrein-Blanc.

¹⁹⁴¹ CHÉNÉDÉ F., « Dix ans de contrôle concret de conventionnalité *in concreto* de la loi en droit de la famille », *AJ fam.* 2024, p. 140.

avait été reconnu presque un an après sa naissance, avec l'accord de la mère, par un homme en couple homosexuel avec qui elle avait eu un projet parental deux ans avant la naissance. Trois ans plus tard, la mère agit en contestation de paternité, l'action étant toujours recevable. En l'absence de lien biologique entre le père et l'enfant, la juridiction de première instance annule le lien de filiation, ce que conteste le père en appel, estimant que la destruction du lien porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant. Le père fonde sa demande sur le contexte particulier de la situation : l'enfant est porteur de handicap, le considère comme son père et semble apaisé en sa présence. Il le considère réciproquement comme son fils et l'avait institué seul légataire universel, aucun homme ne revendiquait cette paternité, et il craignait une rupture de liens, la mère l'ayant écarté de tout suivi éducatif depuis une première décision du JAF organisant les droits parentaux un an plus tôt. Malgré la recevabilité de l'affaire et l'argument avancé par la mère selon lequel il était davantage dans l'intérêt de l'enfant de ne pas se voir imposer un lien de filiation mensonger, la cour d'appel fait droit à la demande du père. La cour d'appel relève que l'action en contestation a été initiée par la mère à la suite de saisine du JAF par le père. Relevant un ensemble d'éléments factuels illustrant la volonté de la mère d'exclure le père de la vie de l'enfant, la cour d'appel oppose la relation stable et sécurisante entre le père et l'enfant, qui n'a pas été altérée par le conflit parental, aux fragilités psychologiques de la mère la conduisant à exacerber le conflit et le besoin de stabilité et de réassurance de l'enfant particulièrement prégnant au vu de son handicap. Estimant qu'en l'espèce, le lien de filiation ne réduit pas à sa stricte réalité biologique et qu'une filiation adoptive de remplacement est hypothétique, elle maintient le lien de filiation paternelle.

L'emploi du contrôle concret pour « anticiper » la prescription de l'action ne paraît pas réellement surprenant. L'atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale est constituée tant lorsqu'un lien de filiation cherche à être établi que lorsqu'un lien de filiation est contesté. La réduction d'un délai, déjà bref, dans le cas d'espèce n'est, de plus, en elle-même, pas contradictoire avec la jurisprudence européenne, davantage attachée à un délai adaptable qu'à un délai rigide¹⁹⁴². La mère ayant formé un pourvoi en cassation¹⁹⁴³, la Cour de cassation ne tardera pas à répondre à ces hypothèses.

¹⁹⁴² V. *supra* n°173 et s.

¹⁹⁴³ MESNIL M., « Co-parenté : le contrôle de proportionnalité au secours de la filiation paternelle », *AJ fam.* 2024, p. 47.

490. Atteinte personnelle, actuelle et extrapatrimoniale. La Cour de cassation paraît également limiter la caractérisation de l'atteinte. En effet, dans la décision du 6 juillet 2016¹⁹⁴⁴, elle confirme le raisonnement de la cour d'appel qui estime que si l'ingérence existe, l'atteinte n'est pas disproportionnée « car le demandeur initial dont la filiation était contestée était décédé en cours d'instance et ses descendants et sa veuve ne soutenant pas avoir subi personnellement une atteinte à leur vie privée, l'action ne poursuivait qu'un but patrimonial ». En l'espèce, le demandeur était décédé en cours d'instance, mais l'action en contestation exercée à l'égard de son père en vue d'établir la filiation à l'égard d'un autre homme avait été reprise par ses enfants et sa veuve. La cour d'appel avait estimé implicitement que l'atteinte disparaît avec le décès de l'enfant, excluant l'atteinte des petits enfants causée par l'impossibilité d'établir leur ascendance. Elle avait déduit, au contraire, que l'ensemble des éléments de fait conduisait à estimer que l'action poursuivait un but patrimonial et non identitaire, justifiant le rejet de la demande, raisonnement que la Cour de cassation ne remet pas en question¹⁹⁴⁵, ce qui s'inscrit dans sa jurisprudence traditionnelle tendant à apprécier restrictivement la notion d'héritier au sens de l'article 322 du Code civil¹⁹⁴⁶. Plus généralement, l'aspect identitaire paraît central dans les justifications recevables, contrairement à l'aspect successoral qui semble quasiment rédhibitoire, car considéré comme plus lointain du droit au respect de la vie privée¹⁹⁴⁷.

491. Erreur procédurale. Enfin, il semble ressortir de la décision du 1^{er} février 2017¹⁹⁴⁸ que le contrôle concret n'a pas pour but de compenser une éventuelle erreur procédurale d'un requérant¹⁹⁴⁹. En l'espèce, le père putatif avait agi en contestation dans les délais, mais n'avait assigné que le père et pas l'enfant. Voyant son action déclarée irrecevable, le père putatif forme un pourvoi en cassation en se fondant sur une conception

¹⁹⁴⁴ Cass., 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, n°15-19.853 ; *Dalloz actualité*, 29 août 2016, obs. V. Da Silva ; *D.* 2016. 1980, note H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2016. 831, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2016, doct. 992, n°15, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, Y. Bernand.

¹⁹⁴⁵ BERNAND Y., « L'article 333 du Code civil à l'épreuve du contrôle de proportionnalité », *Dr. fam.* n°10, octobre 2016, comm. 2000 ; FULCHIRON H., « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 1980.

¹⁹⁴⁶ PANET-MARRE A., « Qualité à agir en droit de la filiation », *Dalloz actualité*, 5 octobre 2022. V. aussi la décision commentée : Cass., 1^{ère} civ., 21 septembre 2022, n°20-21.035.

¹⁹⁴⁷ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », *préc.*, p. 35-48.

¹⁹⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2017, n°15-27.245 ; *D.* 2017. 599, note Guyon-Renard ; *ibid.* 729, obs. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 2018. 641, obs. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2017. 203, obs. Houssier ; *RTD civ.* 2017. 363, obs. Hauser ; *D.* 2018. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2017. 101, note Fulchiron.

¹⁹⁴⁹ GUYON-RENARD I., « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2017, p. 599.

« caricaturale »¹⁹⁵⁰ de la filiation dans la jurisprudence européenne, filiation qui serait nécessairement conforme à la vérité biologique¹⁹⁵¹. La Cour de cassation limite strictement la voie à tout contrôle concret en érigeant l'erreur d'assignation en fin de non-recevoir¹⁹⁵², empêchant dès lors les demandes de contrôle concret « sauvetages » pour contourner toute cause d'irrecevabilité.

B. Les apports quant au contenu du régime de contestation

492. Double assignation. Le contentieux de la contestation a permis de confirmer l'obligation d'assigner à la fois le parent dont le lien de filiation est contesté et l'enfant¹⁹⁵³. En effet, si la règle est classiquement admise¹⁹⁵⁴, elle n'est prévue par aucun texte à l'exception de la circulaire d'application de l'ordonnance de 2005¹⁹⁵⁵. Le doute est désormais levé, l'action est irrecevable si les deux destinataires ne sont pas assignés dans le délai, et ce, même si l'un d'entre eux l'est. La sévérité de cette décision¹⁹⁵⁶ peut se justifier par le contexte dans lequel elle est rendue, afin de ne pas faire du contrôle concret un détournement des règles générales de procédure civile. En l'absence de précision textuelle, l'erreur d'assignation aurait pu être considérée comme excusable, *a fortiori* au regard de la brièveté du délai. Elle garantit, cependant, le respect de l'intention du législateur quant à la stabilité des filiations¹⁹⁵⁷ en réaffirmant que le principe est un encadrement temporel strict des actions en contestation¹⁹⁵⁸.

¹⁹⁵⁰ FULCHIRON H., « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 1980.

¹⁹⁵¹ Pour une présentation moins caricaturale de la conception européenne de la filiation v. *supra* n°167 et s.

¹⁹⁵² HAUSER J., « Contestation de paternité et possession d'état : vérité biologique et vérité sociologique », *RTD civ.* 2017, p. 363.

¹⁹⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2017, n°15-27.245 ; *D.* 2017. 599, note Guyon-Renard ; *ibid.* 729, obs. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 2018. 641, obs. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2017. 203, obs. Houssier ; *RTD civ.* 2017. 363, obs. Hauser ; *D.* 2018. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2017. 101, note Fulchiron.

¹⁹⁵⁴ HOUSIER J., « Action en contestation de paternité : n'oubliez pas d'assigner l'enfant ! », *AJ fam.* 2017 p. 203.

¹⁹⁵⁵ Circulaire du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, CIV/13/06.

¹⁹⁵⁶ HOUSIER J., « Action en contestation de paternité : n'oubliez pas d'assigner l'enfant ! », *AJ fam.* 2017 p. 203.

¹⁹⁵⁷ FULCHIRON H., « Conventiounnalité des délais de prescription de l'action en contestation de paternité », *Dr. fam.*, n°5, mai 2017, comm. 101.

¹⁹⁵⁸ GUYON-RENARD I., « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2017, p. 599 ; HAUSER J., « Contestation de paternité et possession d'état : vérité biologique et vérité sociologique », *RTD civ.* 2017, p. 363 ;

493. Principe de la prescription des actions. Le contrôle concret permet de conforter le principe de la prescription des actions relatives à la filiation, ainsi que la réduction de leur délai. En effet, si aujourd'hui le principe de prescription paraît acquis dans les mentalités contemporaines, il n'en demeure pas moins récent¹⁹⁵⁹. L'imprescriptibilité était la règle de principe avant la réforme de 1972¹⁹⁶⁰ qui avait posé comme délai de droit commun un délai trentenaire. La réduction décennale, voire quinquennale, mise en place par l'ordonnance de 2005 est une révolution du régime¹⁹⁶¹ qui avait pu susciter des craintes de la doctrine¹⁹⁶². Or, par l'appréciation abstraite du contenu du régime qu'il apporte, le contrôle renouvelé permet d'asseoir encore davantage le principe de la prescription. L'ensemble des décisions réaffirme ainsi le principe et surtout le justifie¹⁹⁶³. L'argument de l'imprescriptibilité a, d'ailleurs, pu être évoqué par les requérants. Par exemple, dans la décision du 7 novembre 2018¹⁹⁶⁴, le demandeur affirme que « la filiation est un élément essentiel du droit à l'identité personnelle, partie intégrante du droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8, §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'il s'ensuit que l'action tendant, pour un enfant, à faire établir sa filiation biologique est une action d'état devant demeurer imprescriptible *a fortiori* lorsque le parent biologique a manifesté son intention d'établir son lien de filiation ». L'argument permet à la Cour d'analyser de façon plus approfondie la conventionnalité abstraite et concrète du régime de prescription des actions relatives à la filiation. Exposant, à la manière de la Cour européenne, le fondement textuel qui prévoit l'atteinte, sa clarté et son accessibilité, elle précise que « les délais de prescription des actions en contestation de paternité ainsi fixés par la loi, qui laissent subsister un délai raisonnable pour permettre à l'enfant d'agir après sa majorité, constituent des mesures nécessaires pour parvenir au but légitime poursuivi et adéquates au regard de cet objectif », formule qui, à quelques mots près, est présente dans l'ensemble des décisions de contrôle.

¹⁹⁵⁹ HAUSER J., « Filiation et prescription », *AJ fam.* 2012, p. 29.

¹⁹⁶⁰ Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 relative à la filiation, JORF du 5 janvier 1972.

¹⁹⁶¹ Pour un historique plus complet v. par ex. GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 237 et s.

¹⁹⁶² GOUTTENOIRE A., « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.* n°1, janvier 2006, étude 6 ; MILLET F., « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP éd. G.* n°7, 15 février 2006, doct. 112.

¹⁹⁶³ Dans le même sens v. ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », préc., p. 627-638.

¹⁹⁶⁴ Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-25.938 ; *D. actu.* 21 nov. 2018, obs. L. Gareil-Sutter ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2019. comm. 27, note H. Fulchiron.

494. Nature des délais : prescription et forclusion. Les décisions de non-contrôle sont également l'occasion de préciser la nature des délais qui n'est pas déterminée par l'ordonnance¹⁹⁶⁵. En effet, si la doctrine considérait que l'ensemble des délais sont des délais de prescription, à l'exception de celui de l'article 333, alinéa 2, qu'elle qualifiait de délai de forclusion¹⁹⁶⁶, aucune précision textuelle ou jurisprudentielle ne l'affirmait explicitement. L'enjeu est de taille, les délais de forclusion « restent insensibles à beaucoup d'évènements qui affectent le cours des délais de prescription : le plus souvent ils s'écoulent imperturbablement et inéluctablement jusqu'à leur terme, sans qu'aucun obstacle ne les arrête, sans qu'aucun incident ne les retienne »¹⁹⁶⁷. La prescription est, ainsi, la première étape à la confirmation de la souplesse du régime.

La décision du 15 janvier 2020¹⁹⁶⁸ est l'occasion, pour la Cour de cassation, d'affirmer explicitement que l'article 333 alinéa 2 « édicte un délai de forclusion ». Elle s'inscrit dans la décision du 1^{er} février 2017¹⁹⁶⁹ qui, de façon plus dissimulée, ne qualifiait le délai que de forclusion, là où le moyen évoquait, de façon plus générale, « les délais de prescription et de forclusion ». La décision permet de fermer la voie que certains plaideurs tentaient d'emprunter, par le recours à l'article 2234 du Code civil qui consacre l'adage *contra non valentem* en matière de prescription extinctive¹⁹⁷⁰. L'article 2220 excluant l'application de cette disposition aux délais de forclusion, aucun empêchement, notamment une impossibilité d'agir, ne peut justifier, par principe, la suspension du délai. Faut-il en déduire une exclusion plus générale de l'adage ? Il serait susceptible d'être utilisé pour estomper l'excès de rigidité du délai, ce que la Cour de cassation a déjà pu reconnaître dans d'autres domaines¹⁹⁷¹. La spécificité de l'espèce pourrait

¹⁹⁶⁵ GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 265.

¹⁹⁶⁶ ÉGÉA V., *Droit de la famille, op. cit.*, n°850.

¹⁹⁶⁷ GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 264.

¹⁹⁶⁸ Cass., 1^{ère} civ., 15 janvier 2020, n°19-12.348 ; *D.* 2020. 149 ; *AJ fam.* 2020. 187, obs. M. Saulier ; *RJPF* 2020, note A. Gouëzel ; *JCP* 2020. 320, note A. Cheynet de Beaupré ; *RTD civ.* 2020. 358, obs. A-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2020. 118, obs. V. Égéa.

¹⁹⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2017, n°15-27.245 ; *D.* 2017. 599, note Guyon-Renard ; *ibid.* 729, obs. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 2018. 641, obs. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2017. 203, obs. Houssier ; *RTD civ.* 2017. 363, obs. Hauser ; *D.* 2018. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2017. 101, note Fulchiron.

¹⁹⁷⁰ GARRIGUE J., GOUËZEL A., « L'impossibilité d'agir ne suspend pas le délai de l'article 333, alinéa 2 du Code civil », *RJPF* n°3, 1^{er} mars 2020.

¹⁹⁷¹ Pour des auteurs favorables à cette position v. GARRIGUE J., GOUËZEL A., « L'impossibilité d'agir ne suspend pas le délai de l'article 333, alinéa 2 du Code civil », *RJPF* n°3, 1^{er} mars 2020 ; PRÉTOT S., « Principe chronologique en droit de la filiation et contrôle de proportionnalité : un numéro d'équilibriste ? », *RJPF*, n°12, 1^{er} décembre 2016.

remettre en question ces prédictions¹⁹⁷². Néanmoins, il est possible de penser que la réponse est positive. En effet, si la Cour de cassation a imposé le contrôle concret aux juges du fond, l'étude de ses décisions illustre également sa volonté de ne pas remettre en question les règles de droit français au nom des droits fondamentaux¹⁹⁷³. Dans cette optique, l'adage *contra non valentem* serait sûrement une voie plus ouverte que ne l'est le contrôle concret. La preuve de l'ignorance justifierait l'impossibilité d'agir, ce qui ne rejoint pas la logique du contrôle concret où les solutions sont par nature casuistiques, excluant toute généralité ou automaticité. À nouveau, il semblerait que la Cour de cassation ne souhaite pas faire du contrôle concret un « sauvetage » des actions irrecevables, mais plutôt un correctif à l'utilisation limitée¹⁹⁷⁴ à l'égard d'atteintes à des intérêts particuliers spécialement malmenés, particulièrement si l'enfant réclame une protection de son identité¹⁹⁷⁵.

SECTION II : LE RENFORCEMENT DE LA NORME PAR LA CONSIDERATION DES SINGULARITES AU SEIN DES CONFLITS DE FILIATION

495. *Influence du contrôle concret sur la norme.* La relativisation des délais pour agir permet de renforcer le régime des actions relatives à la filiation. En effet, l'usage du contrôle concret étant limité à des situations exceptionnelles, il convient davantage de se questionner sur l'influence de cette évolution méthodologique plutôt que sur des modifications substantielles. Le contrôle concret permet, surtout, un autre point de vue sur le texte par la considération portée à la singularité de l'affaire à laquelle il s'applique. Ce nouveau point de

¹⁹⁷² En l'espèce, la mère contestait sa propre maternité, arguant qu'elle venait de découvrir, cinquante après la naissance des enfants, qu'ils lui étaient juridiquement rattachés. Les enfants, nés en Côte d'Ivoire, lui opposaient leur acte de naissance dans lequel elle était mentionnée comme leur mère, ainsi que l'existence d'une possession d'état à leur égard qu'ils justifiaient notamment par la production d'une décision de divorce ivoirienne. La mère elle, contestait la validité des documents.

¹⁹⁷³ SAULIER M., HOUSIER J., « Dix ans de contrôle concret de conventionnalité en droit de la famille », *AJ fam.* 2024, p. 124 ; GOUËZEL A., MEGRET G., « Dix ans de contrôle de proportionnalité *in concreto* à la Cour de cassation », *D.* 2024 p. 321 ; CHÉNEDÉ F., « Dix ans de contrôle concret de conventionnalité *in concreto* de la loi en droit de la famille », *AJ fam.* 2024, p. 140.

¹⁹⁷⁴ ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », préc., p. 627-638 ; FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », préc., p. 37.

¹⁹⁷⁵ LEROYER A.-M., « Oh mère que je t'aime : la forclusion ou l'impossible action en contestation de maternité », *RTD civ.* 2020, p. 358.

vue permet de déceler les intérêts qui y sont protégés et leur but (§I.) apportant une réflexion renouvelée quant à un éventuel perfectionnement du régime (§II.).

§I. La mise en exergue des intérêts protégés par la norme

496. *Nature des intérêts protégés.* Le contrôle concret permet de mettre en exergue les intérêts protégés par la règle. Cet apport n'est pas négligeable et permet de mieux cerner l'objectif du texte. Surtout, dans le contexte de quête de légitimité de la norme, le contrôle concret permet de la justifier davantage¹⁹⁷⁶. L'étude de la nature de ces intérêts, c'est-à-dire leur caractère privé ou public et la réalité qu'ils recourent, permet, en effet, de comprendre voire de perfectionner l'objectif protégé. Le but n'est pas d'établir les situations où le contrôle permettra d'écarter le régime français et, en tout état de cause, les décisions de la Cour de cassation, juge de droit, ne le permettent pas. Seule une étude des décisions des cours d'appel le permettrait. Il s'agit ici plutôt d'étudier l'orientation donnée au contrôle concret. Pour suivre le raisonnement de la Cour de cassation, deux catégories d'intérêts peuvent être distinguées et seront étudiées successivement : les intérêts publics et privés et les intérêts strictement privés. La première catégorie est de nature mixte, les intérêts publics et privés se recoupant en matière d'actions relatives à la filiation (A.). Les seconds sont distingués en raison de leur particularité : ils sont exclusivement privés et surtout, plus contemporains. Ils concernent exclusivement l'individu dont le lien est en cause (B.).

A. Les intérêts publics et privés

497. *Évolution de l'opposition d'intérêts.* La Cour de cassation a réaffirmé dans ses différentes décisions que l'atteinte au droit au respect de la vie privée résultant de l'encadrement des actions relatives à la filiation « poursuit un but légitime en ce qu'elle tend à protéger les droits et libertés des tiers ainsi que la sécurité juridique »¹⁹⁷⁷. La formule a cependant évolué. La première décision de contrôle opposait, en effet, à l'intérêt privé du demandeur, ceux des

¹⁹⁷⁶ ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », préc., p. 634 et s.

¹⁹⁷⁷ Pour reprendre ici la formule de la décision du 6 juillet 2016 (Cass., 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, n°15-19.853) qui est la première à l'employer. La formule est également employée dans les décisions suivantes : Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-25.938 ; Cass., 1^{ère} civ., 2 mars 2022, n°20-23.282.

enfants de l'homme à l'égard duquel le lien tentait d'être établi¹⁹⁷⁸. L'opposition se précise dans l'affaire suivante où la Cour évoque que le but poursuivi tend « à garantir la stabilité du lien de filiation et à mettre les enfants à l'abri des conflits de filiation »¹⁹⁷⁹. Enfin, la décision du 21 novembre 2018 évoque simplement « les intérêts publics et privés concurrents »¹⁹⁸⁰ sans plus de précision. Cette évolution peut s'expliquer par plusieurs raisons. En premier lieu, la Cour a progressivement fixé le contrôle, ce qui peut justifier des hésitations dans les premières décisions. En second lieu, la particularité des espèces peut compléter l'explication.

498. *Oppositions d'intérêts privés.* Opposer deux intérêts privés dans la décision de 2015 est inexact. S'il est vrai que les enfants de l'homme à l'égard duquel le lien souhaitait être établi ont un intérêt dans l'affaire, il est difficile de comprendre pourquoi il est au premier plan et opposé à l'intérêt de l'enfant agissant en contestation. En l'espèce, l'irrecevabilité portait sur l'action en contestation et non celle en établissement. C'est donc davantage l'intérêt du père dont le lien est contesté qui aurait dû être opposé à l'enfant¹⁹⁸¹. Néanmoins, la décision est rendue à la suite de la condamnation française dans l'affaire *Pascaud* par la Cour européenne, conduisant les juridictions à reconsidérer les conflits privés. De plus, l'ensemble des protagonistes, à l'exception des héritières concurrencées, s'entendant sur le lien à détruire en vue d'un nouvel établissement, le ministère public avait fait droit à leur demande et agi sur le fondement de l'article 336 du Code civil, imposant à la cour d'appel de justifier l'irrecevabilité de son action sur le terrain de l'ordre public, ce qui l'avait conduit à qualifier les intérêts de « privés familiaux ». Répondant sur le terrain des intérêts privés, la Cour de cassation ne pouvait que relever la seule opposition qui existait en l'espèce, dans la mise en œuvre prudente de son évolution méthodologique¹⁹⁸².

499. *But légitime poursuivi : stabilité du lien et prévention des conflits de filiation.* La Cour de cassation oppose, ensuite, la stabilité du lien et la protection de l'enfant des conflits

¹⁹⁷⁸ Cass., 1^{ère} civ., 10 juin 2015, n°14-20.790 ; *D.* 2015. 2365, note Fulchiron ; *RTD civ.* 2015. 596, obs. Hauser ; *ibid.* 825, obs. Marguénaud.

¹⁹⁷⁹ Cass., 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, n°15-19.853 ; *Dalloz actualité*, 29 août 2016, obs. V. Da Silva ; *D.* 2016. 1980, note H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2016. 831, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2016, doct. 992, n°15, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, Y. Bernand.

¹⁹⁸⁰ Cass., 1^{ère} civ., 21 novembre 2018, n°17-21.095 ; *AJ fam.* 2019. 36, obs. M. Saulier ; *Dr. fam.* 2019. comm. 28, note H. Fulchiron ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé.

¹⁹⁸¹ DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation, op. cit.*, n°1092.

¹⁹⁸² FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », *préc.*, p. 47 et s.

de filiation à l'atteinte au droit au respect de la vie privée, formulation qui se rapproche déjà davantage de celle utilisée dans les décisions suivantes. La proximité est certaine, les exigences de stabilité et de sécurité juridique étant susceptibles de recouper les mêmes réalités. Des différences existent néanmoins, mais semblent pouvoir être relativisées. Le tiers n'apparaît pas et est remplacé par l'enfant. La nature de la règle justifie cette légère variation. L'article 320 du Code civil pose, en effet, un obstacle substantiel, là où les autres obstacles sont d'ordre procédural. La justification en devient, dès lors, nécessairement différente, l'obstacle changeant de nature. Le tiers est plus lointain dans l'appréciation de cet obstacle, l'opposition de premier plan étant le lien établi qui empêche tout établissement indépendamment de toute prescription.

500. But légitime poursuivi : stabilité et sécurité du lien. Les auteurs de l'ordonnance n'ont pas justifié le caractère prescriptible des actions. Seul est évoqué dans le rapport remis au Président de la République le fait que « l'impératif de sécurisation du lien de filiation impose que la vérité biologique s'efface devant la réalité affective du lien de filiation »¹⁹⁸³ ou la volonté de « garantir la sécurité du lien de filiation et la stabilité de l'état de l'enfant »¹⁹⁸⁴. De prime abord, le régime tend en premier lieu à protéger des intérêts privés¹⁹⁸⁵ : ceux des parents s'étant engagés à l'égard d'un enfant, ceux d'un enfant à être assuré de conserver ceux qui se sont engagés à son égard. Ces intérêts sont, cependant, appréciés *a priori* et abstraitement : le législateur a entendu trouver un équilibre entre réalité affective et réalité biologique, dans le but de protéger les parents et l'enfant¹⁹⁸⁶.

Pour autant, le régime n'a pas exclusivement cette vocation et, dans la continuité de la tradition française, il vise également la stabilité des relations individuelles dans un but d'organisation de la société¹⁹⁸⁷. En effet, synthétiquement, le régime protège l'engagement parental conforté par l'écoulement du temps, dépassant rapidement le lien biologique et justifiant la sécurisation du lien par un encadrement temporel des actions¹⁹⁸⁸. L'objectif de stabilité est tel que, lorsque cet

¹⁹⁸³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

¹⁹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁹⁸⁵ FULCHIRON H., « Toute vérité est-elle bonne à dire ? », *D.* 2008.

¹⁹⁸⁶ SIFFREIN-BLANC C., « De la filiation à l'affiliation : quelle place pour l'intérêt de l'enfant ? », in RÉGLIER A.-C., SIFFREIN-BLANC C., *L'intérêt de l'enfant, mythe ou réalité ?*, Institut universitaire Carenne, coll. « Colloques & Essais », 2018, p. 195 et s.

¹⁹⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2021, n°19-22.232, *AJ fam.* 2021. 306, obs. M. Saulier ; *LEFP* 2021 obs. Bateur.

¹⁹⁸⁸ DEKEUWER-DÉFFOSSEZ F., *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps : rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice*, septembre 1999, p. 49 ; SIFFREIN-BLANC C., « De la filiation à l'affiliation : quelle place pour l'intérêt de l'enfant ? », préc., p. 195 et s.

engagement est conforté par une relation affective, il en devient irrévocable. Cette précision traduit l'autre objectif du régime : si les seuls intérêts qui étaient protégés par les actions relatives à la filiation étaient la stabilité des liens individuels, ceux-ci pourraient être remis en question si les individus le souhaitent. La volonté de garantir la « paix des familles » a conduit, dès lors, les rédacteurs de l'ordonnance à dépasser la simple articulation des intérêts privés dans un but d'intérêt général, probablement exacerbé par le contexte dans lequel a été rédigée l'ordonnance. Elle fait suite à la loi du 26 mai 2004 qui consacre « un véritable droit au divorce »¹⁹⁸⁹, pouvant expliquer la « contrepartie » sur le terrain de la filiation sur lequel s'est recentrée toute ambition institutionnelle¹⁹⁹⁰. Déstabilisée par les évolutions jurisprudentielles, la réduction des délais pour agir était considérée comme nécessaire en raison des durées « excessives »¹⁹⁹¹ prévues en 1972.

501. Stabilité utopique. Ce choix de modèle atteint, de façon générale, ses objectifs. Il est indéniable qu'un certain équilibre protecteur des individus est atteint¹⁹⁹² : le titre repose sur un engagement présumé traduire une réalité biologique, mais l'écoulement du temps le conforte conduisant, à terme, à pouvoir faire primer une réalité affective sur les liens de sang¹⁹⁹³. Les références constantes à cet objectif dans les décisions de la Cour de cassation l'illustrent : si un temps la prescription n'était pas envisageable en droit de la filiation, le principe est désormais largement acquis et défendu.

Seulement, l'impératif de stabilité est utopique¹⁹⁹⁴. Le lien de droit peut le devenir, certes, néanmoins, les réalités familiales peuvent conduire à ce qu'il ne corresponde à rien. Peu importe ce que prévoit le droit, imposer de réelles relations affectives entre des individus, qu'elles reposent sur des liens de sang ou un partage d'années de vie, n'est pas réalisable. Il est très peu probable que le pouvoir de contrainte du droit ait une efficacité quant aux ruptures affectives. Or, c'est justement à cette stabilité utopique que le contrôle concret s'attaque. La stabilité en elle-même n'est pas remise en question, mais est plutôt inscrite dans une réalité concrète où

¹⁹⁸⁹ GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 261.

¹⁹⁹⁰ *Ibid.* p. 257 à 261.

¹⁹⁹¹ GOUTTENOIRE A., « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.* n°1, janvier 2006, étude 6.

¹⁹⁹² SIFFREIN-BLANC C., « De la filiation à l'affiliation : quelle place pour l'intérêt de l'enfant ? », préc., p. 195 et s.

¹⁹⁹³ Pour un exposé approfondi des manifestations de la rigidité du régime et de ses causes v. GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., 2011, p. 247 à 261.

¹⁹⁹⁴ MILLET F., « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP éd. G.* n°7, 15 février 2006, doct. 112 ; GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 257 à 261.

l'écoulement du temps n'est pas nécessairement inéluctable, ce qui correspond davantage aux mentalités contemporaines¹⁹⁹⁵. Il est, en effet, complexe de justifier cet écoulement inéluctable du temps face à l'importance actuelle des origines qui s'inscrivent plus généralement dans la quête d'épanouissement individuel¹⁹⁹⁶. La crainte des vérités que pouvaient tardivement révéler les expertises génétiques a conduit les rédacteurs de l'ordonnance à limiter les bouleversements sur le terrain de la filiation, mais l'excès de prudence n'a finalement pas eu l'effet escompté, bien au contraire. Il est même possible que le régime ait dépassé l'intention des rédacteurs qui visaient la confortation d'une relation affective¹⁹⁹⁷, sans chercher à figer dans le marbre des filiations dénuées de toute réalité matérielle¹⁹⁹⁸. Or, si la loi de ratification de l'ordonnance¹⁹⁹⁹ a apporté diverses modifications à ce régime, le législateur ne s'est pas saisi de l'occasion pour le faire évoluer²⁰⁰⁰, contraignant le juge à parfaire les équilibres, sous l'œil de Strasbourg. En affirmant la nature mixte des intérêts contenus dans la norme, apparaissant visiblement dans la formulation laconique de la décision du 21 novembre 2018²⁰⁰¹, la Cour de cassation confirme le déplacement « du centre de gravité du droit de la filiation, de la société à l'individu »²⁰⁰², tout en l'articulant avec la nécessité d'encadrement des actions²⁰⁰³. Cette nouveauté apportée par le contrôle concret en devient une justification au but poursuivi par le régime d'encadrement des

¹⁹⁹⁵ ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », préc., p. 634 et s ; FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », préc., p. 40 et s.

¹⁹⁹⁶ FULCHIRON H., « Toute vérité est-elle bonne à dire ? », *D.* 2008, p. 3035.

¹⁹⁹⁷ FULCHIRON H., « Toute vérité est-elle bonne à dire ? », *D.* 2008, p. 3035 qui estime qu'« en interdisant la remise en cause d'une filiation établie par le titre et une possession d'état conforme, le législateur de 2005 n'était plus guidé par le souci de l'ordre public (la remise en cause scandaleuse des filiations, menace pour l'ordre social), ni par le refus de faire d'un enfant légitime un enfant adultérin, moins encore par la volonté d'assurer la paix des familles (le bouleversement des généalogies, la remise en cause des successions) : il s'agissait avant tout de préserver des intérêts individuels ».

¹⁹⁹⁸ En ce sens v. DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°1042 et s.

¹⁹⁹⁹ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

²⁰⁰⁰ Bien que la doctrine l'ait envisagé, v. par ex., FULCHIRON H., « Toute vérité est-elle bonne à dire ? », *D.* 2008, p. 3035.

²⁰⁰¹ Cass., 1^{ère} civ, 21 novembre 2018, n°17-21.095 ; *AJ fam.* 2019. 36, obs. M. Saulier ; *Dr. fam.* 2019. comm. 28, note H. Fulchiron ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé.

²⁰⁰² FULCHIRON H., « Toute vérité est-elle bonne à dire ? », *D.* 2008, p. 3035.

²⁰⁰³ ÉGÉA V., « Un semestre de droit procédural de la famille, janvier 2020-juin 2020 », *Dr. fam.* n°10, octobre 2020, chron. 4.

actions²⁰⁰⁴. Surtout, elle a pour atout principal de tant concerner le régime abstrait que le régime concret mis à l'épreuve par les vicissitudes des relations individuelles²⁰⁰⁵.

502. Intérêts des tiers. La Cour de cassation oppose également, de façon classique, la nécessité de prendre en considération les intérêts des tiers. Ceux-ci peuvent être compris comme la prise en considération, par la Cour, de la prévisibilité des décisions²⁰⁰⁶. L'impératif de sécurité juridique n'est pas, dès lors, nié par la Cour de cassation qui, au contraire, l'intègre dans l'ensemble de ses décisions, garantissant également sa prise en considération. Seulement, il démontre également la relativisation de l'impératif de sécurité juridique qui, s'il doit être respecté, ne doit pas devenir par principe un obstacle infranchissable, en particulier si aucun tiers n'est lésé de façon disproportionnée par la mise en œuvre concrète du texte²⁰⁰⁷.

B. Les intérêts exclusivement privés

503. Droit au respect de la vie privée. La Cour de cassation oppose à la protection des droits des tiers et à la sécurité juridique le droit au respect de la vie privée et familiale. L'article 8 de la Convention européenne fonde, en effet, l'ensemble des décisions et l'expression « droit au respect de la vie privée et familiale » apparaît dans trois d'entre elles²⁰⁰⁸, quand une utilise la seule expression « vie privée », tout en se référant, de façon générale, à l'article 8 de la Convention quelques paragraphes plus haut²⁰⁰⁹. Celle du 1^{er} juin 2015²⁰¹⁰ qualifie plus concrètement l'atteinte en relevant l'atteinte au droit « d'établir sa filiation

²⁰⁰⁴ Pour un argumentaire visant à démontrer l'absence de méthode réelle de détermination de l'intérêt général par la Cour de cassation dans la mise en œuvre du contrôle concret v. DE DINECHIN J., *L'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux, approche judiciaire*, thèse Droit, dactyl., Paris II, 2023.

²⁰⁰⁵ ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », préc., p. 636 et s.

²⁰⁰⁶ GOUËZEL A., MEGRET G., « Dix ans de contrôle de proportionnalité *in concreto* à la Cour de cassation », *D.* 2024 p. 321.

²⁰⁰⁷ GOUËZEL A., MEGRET G., « Dix ans de contrôle de proportionnalité *in concreto* à la Cour de cassation », *D.* 2024, p. 321.

²⁰⁰⁸ Cass., 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, n°15-19.853 ; *Dalloz actualité*, 29 août 2016, obs. V. Da Silva ; *D.* 2016. 1980, note H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2016. 831, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2016, doct. 992, n°15, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, Y. Bernand ; Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.507 ; *D.* 2016. 2062, note I. Gallmeister ; Cass., 1^{ère} civ., 2 mars 2022, n°20-23.282 ; *RJPF* 2022-5, note E. Putman et S. Cacioppo ; *RJPF* 2022-6, note J. Boisson.

²⁰⁰⁹ Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-25.938 ; *D. actu.* 21 nov. 2018, obs. L. Gareil-Sutter ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2019. comm. 27, note H. Fulchiron

²⁰¹⁰ Cass., 1^{ère} civ., 10 juin 2015, n°14-20.790 ; *D.* 2015. 2365, note Fulchiron ; *RTD civ.* 2015. 596, obs. Hauser ; *ibid.* 825, obs. Marguénaud.

biologique » quand celle du 21 novembre n'évoque que « les intérêts publics et privés concurrents »²⁰¹¹.

Ce fondement univoque manifeste l'orientation qui a été donnée au contrôle : l'intérêt privé « négligé » est l'identité individuelle au sein du groupe familial. Au regard des réalités que recoupe l'article 8, il reste à déterminer les manifestations de cette « identité au sein d'une famille », étant précisé que les décisions de la Cour de cassation sont davantage susceptibles d'apporter des orientations plutôt que des certitudes puisqu'elle ne se prononce pas sur les faits.

504. Intérêt patrimonial. En validant les décisions des cours d'appel concluant à une atteinte proportionnée en raison du seul but patrimonial que visait la demande²⁰¹², la Cour de cassation semble conforter l'idée que les demandes ne peuvent aboutir si elles visent exclusivement à satisfaire un intérêt patrimonial. La logique est louable et s'inscrit dans le respect des objectifs poursuivis par la norme : le contrôle concret n'a pas vocation à déstabiliser le droit des successions par la réouverture d'actions prescrites.

L'argument patrimonial est cependant difficile à évaluer. Il est, en effet, facilement associé aux actions tardives déclenchées juste après un décès, qui n'auraient qu'un but successoral et est renforcé par la succession que l'enfant a déjà pu recevoir du parent dont le lien est contesté. Ce rapprochement est particulièrement sévère en ce qu'il induit une corrélation entre action tardive et avidité de l'enfant²⁰¹³. L'inaction de l'enfant peut avoir des justifications bien distinctes que le seul temps qu'il se préserve aux fins d'évaluer le patrimoine de la personne dont il pourrait espérer hériter. Les différentes composantes de la filiation sont tout autant d'éléments que l'enfant apprécie dans sa quête identitaire. En effet, si l'action en justice traduit une intention, « l'inaction n'a pas de dimension subjective précise en droit positif et est parfaitement équivoque [...]. L'inaction du créancier peut signifier le désintérêt, la patience, la générosité ou la résignation »²⁰¹⁴. Cette équivocité est exacerbée dans la construction identitaire, dans laquelle le décès d'un parent peut être un élément symboliquement déterminant dans la décision de

²⁰¹¹ Cass., 1^{ère} civ., 21 novembre 2018, n°17-21.095 ; *AJ fam.* 2019. 36, obs. M. Saulier ; *Dr. fam.* 2019. comm. 28, note H. Fulchiron ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé.

²⁰¹² Cass., 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, n°15-19.853 ; *Dalloz actualité*, 29 août 2016, obs. V. Da Silva ; *D.* 2016. 1980, note H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2016. 831, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2016, doct. 992, n°15, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, Y. Bernand ; Cass., 1^{ère} civ., 5 octobre 2016, n°15-25.507 ; *D.* 2016. 2062, note I. Gallmeister ; Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-25.938 ; *D. actu.* 21 nov. 2018, obs. L. Gareil-Sutter ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2019. comm. 27, note H. Fulchiron.

²⁰¹³ GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 253.

²⁰¹⁴ MIGNOT M., « Prescription extinctive », *Jcl. Civil Code*, articles 2219 à 2223, fasc. unique, n°15, actu. 24 août 2023.

l'enfant de remettre en question ou d'établir un lien de filiation. Si le lien de filiation s'inscrit dans le temps, il s'inscrit également dans des générations qui ne traversent pas les mêmes réalités. L'inaction de l'enfant peut, dans cette optique, être un signe de loyauté à l'égard du parent affectif qui ne verrait pas le lien de droit remis en question de son vivant.

505. Intérêt patrimonial et reconnaissance testamentaire. Il est également complexe de distinguer action tardive et but successoral lorsque l'« aveu » de paternité se fait grâce au testament, *a fortiori* quand le parent n'a aucun délai pour reconnaître l'enfant et peut revenir sur la reconnaissance contenue dans son testament, comme l'illustre l'affaire du 16 juillet 2016²⁰¹⁵. Dans cette situation, il est largement possible d'estimer que les individus ignorent l'effet d'une reconnaissance par acte authentique et la nécessité de contester un lien préalablement établi pour la rendre effective²⁰¹⁶. En tout état de cause les arrangements et dissimulations parentaux créent des situations se répercutant avant tout sur l'enfant, qui ne peut être taxé d'opportunisme pour la seule raison qu'il intente l'action dans un temps proche d'un décès. Néanmoins, l'étude des décisions semble indiquer qu'une justification particulièrement complète et surtout, l'apport d'éléments désintéressés semblent indispensables pour compenser une action intentée dans un contexte successoral.

506. Révélation tardive. La révélation tardive paraît, également, être un élément déterminant dans les raisonnements des cours d'appel validés par la Cour de cassation. Plus précisément, il semblerait que l'action immédiate, dès la révélation de la réalité de la filiation, soit susceptible de remettre en question l'expiration du délai, plus particulièrement s'il est opposé à l'enfant. Au contraire, révélation tardive et inaction malgré la révélation sont davantage perçues comme susceptibles de traduire une action intéressée dans un but exclusivement patrimonial. Or, les mêmes arguments peuvent être repris : ne pas avoir agi est-il nécessairement une preuve du caractère intéressé de l'action lorsqu'elle est finalement mise en œuvre ?

Pour autant, cette logique de raisonnement permet d'affirmer que la considération apportée au vécu ne sera pas nécessairement supplantée par un lien biologique non traduit juridiquement.

²⁰¹⁵ Cass., 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, n°15-19.853 ; *Dalloz actualité*, 29 août 2016, obs. V. Da Silva ; *D.* 2016. 1980, note H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2016. 831, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2016, doct. 992, n°15, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, Y. Bernand.

²⁰¹⁶ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Le temps au prisme du quai de l'Horloge : prescription contre vie privée dans le droit de la filiation », *RJPF*, n°11, 1^{er} octobre 2016 ; MAUGER-VIELPEAU L., « La filiation paternelle à l'épreuve du contrôle de proportionnalité », *D.* 2019 p. 207.

La confirmation de raisonnements de cours d'appel refusant de revenir sur la prescription de l'action, car l'individu aurait pu agir dans les délais mais ne l'a pas fait, limite les abus dans les situations où l'enfant tenterait d'avoir deux pères successifs ou qu'un père complaisant ne revienne sur l'accord quant à la filiation. Confirmant le maintien d'une logique institutionnelle, de tels garde-fous garantissent l'absence de disponibilité totale de la filiation.

507. Intérêt identitaire biologique. Des exclusions confirmées par la Cour de cassation, il ne faudrait pas basculer dans un tout biologique absolu, conception dans laquelle la biologie serait consubstantielle à l'identité. En effet, si le lien de sang est désormais considéré comme central, sa non-consécration juridique ne doit pas, pour autant, être un élément intangible permettant de faire basculer le contrôle. Le risque a été évoqué en doctrine²⁰¹⁷, les différentes décisions de la Cour de cassation et de la Cour européenne laissant penser qu'une atteinte au droit au respect de la vie privée serait disproportionnée si elle empêche un individu de voir son lien de filiation conforme à la réalité biologique sans avoir jamais pu rectifier cette distorsion. Il est difficile de nier le poids actuel de l'argument, spécialement lorsqu'il est invoqué à propos de l'enfant²⁰¹⁸, d'autant plus que la preuve biologique est usuelle en la matière²⁰¹⁹. Pour autant, la dernière décision de la Cour de cassation relative à une action en contestation²⁰²⁰ peut sembler rassurante quant à l'absence d'intangibilité de l'argument biologique. En l'espèce, l'enfant souhaitait contester sa filiation paternelle afin de faire établir celle de l'homme qu'il savait être son père biologique depuis son enfance. La cour d'appel refuse, à l'issue d'un contrôle concret, de faire droit à sa demande, estimant la justification à l'action tardive insuffisante malgré l'argumentaire étoffé du demandeur, raisonnement que la Cour de cassation ne remet pas en question.

508. Tendances. Le seul doute qui subsiste est, finalement, relatif à l'argumentaire qui convaincrerait une juridiction de ne pas appliquer les règles de droit français, ce que ne permet

²⁰¹⁷ LEROYER A.-M., « Les délais de prescription en matière de filiation au prisme de la proportionnalité », *RTD civ.* 2019, p. 87.

²⁰¹⁸ Pour un exemple original sur ce rapport au lien biologique, v. CEDH, *Mandet c. France*, 14 janvier 2016, n°30955, où l'enfant s'opposait à la destruction du lien de filiation établi à l'égard de l'homme qui l'avait élevé en faveur de son père biologique. Les juridictions françaises avaient, malgré l'avis contraire de l'enfant, substitué le lien de filiation paternelle, raisonnement confirmé par la Cour européenne.

²⁰¹⁹ Art. 16-11 C. civ. ; Cass., 1^{ère} civ., 28 mars 2000, n°98-12.806 ; *D.* 2000. 731, note Garé ; *ibid.* 2001. somm. 976, obs. Granet ; *ibid.* 1427, obs. Gaumont-Prat ; *ibid.* 2868, obs. Desnoyer ; *JCP* 2000. II. 10409, concl. Petit et note Monsallier-Saint Mieux ; *Defrénois*. 2000. 769, note Massip.

²⁰²⁰ Cass., 1^{ère} civ., 2 mars 2022, n°20-23.282 ; *RJPF* 2022-5, note E. Putman et S. Cacioppo ; *RJPF* 2022-6, note J. Boisson.

pas réellement l'étude des décisions de la Cour de cassation²⁰²¹. Il ressort néanmoins de cette étude plusieurs éléments. En premier lieu, aucun intérêt privé n'est, à lui seul, déterminant, même l'intérêt de l'enfant. Celui-ci n'est jamais réellement utilisé dans les espèces et n'oriente pas spécialement les décisions²⁰²². Surprenante de prime abord, ce choix pourrait se justifier en raison de la difficulté de le déterminer dans un tel contentieux²⁰²³. En creux, faire reposer une action relative à la filiation sur l'intérêt de l'enfant conduit à tenter de déterminer la personne qui sera le meilleur parent pour l'enfant, choix particulièrement délicat. En tout état de cause, il est déjà apprécié abstraitement dans la norme grâce aux impératifs de sécurité et de stabilité²⁰²⁴. Seule sa caractérisation concrète est susceptible d'orienter le litige, mais implique une certaine vigilance et notamment une absence de confusion entre intérêt et volonté de l'enfant²⁰²⁵.

En second lieu, il semblerait que l'argumentaire doive être particulièrement étayé pour faire pencher le contrôle en faveur des intérêts privés. La moindre suspicion d'action à visée patrimoniale ne profite pas au demandeur, sorte de rempart à des actions considérées comme abusives. Des éléments plus symboliques sont nécessaires, laissant apparaître un recours aux experts croissant pour compléter l'appréciation du juge de la mise en œuvre concrète de la norme²⁰²⁶. La stabilité des liens reste un élément déterminant, que ce soit du point de vue abstrait que du point de vue concret, comme si, implicitement, la Cour encadrerait le contrôle de telle sorte à ce qu'il ne favorise pas les comportements versatiles, spécialement à l'égard des parents et de l'engagement initial qu'ils ont pris à la naissance de l'enfant en établissant les liens²⁰²⁷. Face à cette protection de l'engagement initial, seuls ceux qui seraient lésés par cet engagement²⁰²⁸ – l'enfant en premier lieu, le parent biologique ignorant l'existence de l'enfant – semblent pouvoir espérer un contrôle favorable, si tant est que leur réaction soit rapide une

²⁰²¹ SAULIER M., HOUSIER J., « Dix ans de contrôle concret de conventionnalité en droit de la famille », *AJ fam.* 2024, p. 124.

²⁰²² Il est cependant utilisé par les cours d'appel. V. par ex. CA Chambéry, 23 juin 2020, n°19/00083, *Dr. fam.* 2020, comm. Siffrein-Blanc ; CA Rennes, 9 janvier 2023, n°21/06291, *Dr. fam.* 2023, comm. Siffrein-Blanc.

²⁰²³ Dans le même sens, GOUËZEL A., « Les actions en contestation de filiation, nouveau champ d'intervention pour l'intérêt supérieur de l'enfant ? », *Dr. fam.*, n°4, avril 2014, étude 6.

²⁰²⁴ SIFFREIN-BLANC C., « De la filiation à l'affiliation : quelle place pour l'intérêt de l'enfant ? », préc., p. 195 et s.

²⁰²⁵ V. *supra* n°183 et s.

²⁰²⁶ ÉGÉA V., « L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, dossier 6.

²⁰²⁷ Dans cette optique, le contrôle n'a pas été accepté pour s'opposer à une contestation formée dans les délais : Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2021, n°19-22.232, *AJ fam.* 2021. 306, obs. M. Saulier ; *LEFP* 2021 obs. Batteur.

²⁰²⁸ SIFFREIN-BLANC C., « Cinq ans de possession d'état conforme au titre : un délai de forclusion insusceptible de suspension », *Dr. fam.* n°9, septembre 2020, comm. 118.

fois la vérité révélée²⁰²⁹. La décision de la Cour d'appel de Chambéry du 23 juin 2020²⁰³⁰ va dans ce sens en valorisant l'engagement parental par le refus de contester un lien établi depuis presque dix ans sans preuve certaine de la non-paternité, dans l'intérêt de l'enfant et ce malgré l'absence de relation affective entre l'enfant et le père depuis sa naissance²⁰³¹.

Le « cocktail »²⁰³² que constitue la conception de la filiation dans la jurisprudence européenne semble progressivement se partager avec la Cour de cassation, apportant avec lui les mêmes critiques quant à l'absence de certitude sur l'issue de l'affaire et surtout, à l'importance de critères « psychologiques »²⁰³³. Néanmoins, la rigueur avec laquelle la Cour de cassation a cadré le contrôle concret et la confortation du régime à la fois abstrait et concret²⁰³⁴ laisse présager une évolution très relative des conceptions actuelles du droit de la filiation²⁰³⁵, l'équilibre n'étant que très partiellement recentré. Au contraire, l'articulation complexe des composantes de la filiation n'en est que davantage légitimée par cette illustration et justification que permet chacune des affaires.

²⁰²⁹ LEROYER A.-M., « Oh mère que je t'aime : la forclusion ou l'impossible action en contestation de maternité », *RTD civ.* 2020, p. 358 ; FULCHIRON H., « Vérité contre stabilité des filiations ? », *D.* 2013, p. 2958 ; ÉGÉA V., *Droit de la famille*, préc., n°818.

²⁰³⁰ CA Chambéry, 23 juin 2020, n°19/00083, *Dr. fam.* 2020, comm. Siffrein-Blanc.

²⁰³¹ Si la décision est discutable, elle l'est davantage quant à la charge probatoire revenant au père qui résulte de cette décision que sur la stricte application des délais de prescription. En l'espèce, le contrôle concret n'est d'ailleurs pas utilisé, démontrant la souplesse d'appréciation dont disposaient déjà les juges du fond.

²⁰³² FULCHIRON H., « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la CEDH », préc., p. 138 et s.

²⁰³³ ÉGÉA V., « L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, dossier 6.

²⁰³⁴ ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », préc., p. 634 et s.

²⁰³⁵ CHÉNEDÉ F., « Dix ans de contrôle concret de conventionnalité *in concreto* de la loi en droit de la famille », *AJ fam.* 2024, p. 140 ; SAULIER M., HOUSIER J., « Dix ans de contrôle concret de conventionnalité en droit de la famille », *AJ fam.* 2024, p. 124 ; MAUGER-VIELPEAU L., « La filiation paternelle à l'épreuve du contrôle de proportionnalité », *D.* 2019 p. 207.

§II. Le perfectionnement et la sécurisation du régime

509. *Utilité de l'évolution des méthodes du juge.* Quel est l'apport du contrôle concret en matière d'actions relatives à la filiation ? D'un point de vue substantiel, sa mise en œuvre ne perturbe pas, outre mesure, le droit positif dont la conventionnalité abstraite et concrète est bien acquise et légitimée²⁰³⁶. Cette relativité d'effets conduit nécessairement à se questionner quant à l'opportunité d'une telle mutation méthodologique. Pour autant, l'analyse renouvelée qu'il apporte met en exergue des pistes de modifications de la matière : les situations singulières sont considérées et confrontées à la rigueur du texte abstrait. Dès lors, deux questions se posent. La première est de nature méthodologique : devrait-on modifier la méthode d'assouplissement et donc dépasser le contrôle concret, puisque substantiellement il ne modifie pas le régime, mais perturbe le rôle traditionnel du juge (A.). L'autre est de nature substantielle, une fois l'utilité méthodologique du contrôle prouvée. Si, en effet, son apport est relatif quant aux cas concrets concernés, ne révèle-t-il pas, en creux, les évolutions de la conception actuelle de la parenté et, partant, du régime d'établissement de la filiation (B.) ?

A. La nécessité de modifier la méthode ?

510. *Contra non valentem.* Si l'adage et sa consécration textuelle ont été exclus par la confirmation du caractère préfixe du délai de l'article 333, il reste envisageable de l'appliquer aux autres délais qui relèvent de la prescription. Évoqué par la doctrine depuis plusieurs années²⁰³⁷, l'article 2234 du Code civil serait largement mobilisable. Celui-ci prévoit que « la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure » et la Cour de cassation a déjà pu considérer que l'empêchement pouvait être caractérisé en cas d'ignorance légitime et raisonnable de ses droits²⁰³⁸. Néanmoins, cette voie a pour inconvénient principal de dépendre de la nature des délais et, partant, de ne pas pouvoir s'appliquer à l'ensemble des actions relatives à la filiation²⁰³⁹. Est spécialement visé le délai de l'article 333 alinéa 2 qui est

²⁰³⁶ ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », préc., p. 634 et s.

²⁰³⁷ GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 237-276 ; PRÉTOT S., « Principe chronologique en droit de la filiation et contrôle de proportionnalité : un numéro d'équilibriste ? », *RJPF*, n°12, 1^{er} décembre 2016 ; DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°1109 et s.

²⁰³⁸ DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°1113.

²⁰³⁹ Sur la question v. spécialement GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 237-276

le principal concerné par un risque d'inconventionalité. Cette évolution interprétative semble, ainsi, insuffisante. De plus, elle créerait, dans les cas où elle est utilisée, une voie alternative automatique si la preuve de l'empêchement est apportée, ce que ne semble pas vouloir faire la Cour de cassation.

511. Modifications textuelles. Si l'équilibre légal est perfectible, pourquoi ne serait-ce pas au législateur de faire évoluer le régime ? Avant même le développement du contrôle, la question avait été soulevée en doctrine²⁰⁴⁰. La modification est largement envisageable et a récemment été proposée²⁰⁴¹. Pour la reprendre, elle revient à modifier l'article 321 du Code civil, en précisant le point de départ des actions, à savoir la naissance pour celles tendant à l'établissement et à la constitution du titre pour la contestation. L'article serait également complété par un report du point de départ du délai pour agir au jour où « le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître les faits permettant de l'exercer ». Concernant l'article 333, la réécriture serait plus conséquente. Elle implique, pour l'auteur, de ne pas considérer une possession d'état révolue dans les conditions de recevabilité de l'action. Seule la possession d'état encore actuelle serait considérée, conduisant à une modification du texte qui prévoirait une impossible contestation « si la possession d'état dure depuis au moins cinq ans ». Cohérence, modernisation et respect de l'intention du législateur seraient garantis par cette voie. Pour autant, si elle n'est pas discutable sur le fond, elle reste peu probable au vu des élaborations normatives actuelles²⁰⁴².

512. Choix du contrôle concret. La voie du contrôle concret choisie par la Cour de cassation était, peut-être, la plus réaliste face au risque de condamnation européenne et d'inaction législative²⁰⁴³. En faisant un certain choix d'interprétation, la Cour de cassation s'est ouvert un mode de raisonnement plus complet que ne l'aurait été l'adage *contra non valentem*. Surtout, elle choisit une voie dans laquelle il y a une absence totale d'automatisme et une justification du régime légal²⁰⁴⁴. Le choix du contrôle concret pourrait-il finalement être la

²⁰⁴⁰ BAUDIN-MAURIN M.-P., « Réforme urgente et simple de l'article 333 du code civil : cavalier utile au projet de réforme du droit de la famille », *Dr. fam.* n°9, septembre 2016, étude 17.

²⁰⁴¹ DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°1115 et s.

²⁰⁴² V. *supra* n°254.

²⁰⁴³ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », *préc.*, p. 48-49.

²⁰⁴⁴ ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », *préc.*, p. 634 et s.

solution la moins déstabilisante du régime légal ?²⁰⁴⁵ Elle laisse indemne les choix abstraits, voire les conforte par une confrontation aux faits, tout en apportant une souplesse les seules fois où les juges l'estiment nécessaire²⁰⁴⁶, ceux-ci étant dans une posture plutôt dissuasive qui laisse présager que l'impossibilité d'agir doit être spécialement caractérisée. L'approche est, certes, bien plus psychologisante²⁰⁴⁷. Néanmoins, la matière familiale tend, de façon générale, vers une considération accrue des ressentis individuels, et recourt, de plus en plus, aux experts²⁰⁴⁸. Ce recours, dans la mise en œuvre concrète de la norme, ne serait qu'une illustration de plus du développement du recours à l'expertise.

B. La nécessité de modifier les modes d'établissement ?

513. *Apports de l'analyse renouvelée.* Finalement, l'analyse renouvelée ne conduit pas à réformer de façon conséquente les délais des actions relatives à la filiation qui, au contraire, en ressortent confortés. Elle apporte, cependant, un autre point de vue sur le domaine, plus prospectif. Davantage que la résolution du conflit, il s'agit de se concentrer sur les causes de celui-ci et, partant, sur les modes d'établissement. En effet, le modèle filiatif repose sur une vraisemblance d'engendrement, corrélée à l'engagement d'assurer la fonction parentale. La vraisemblance de l'engendrement est, cependant, aujourd'hui, davantage remise en question. « Causalité apparente »²⁰⁴⁹ du modèle filiatif, la preuve de l'engendrement perturbe, aujourd'hui, les contours de ce modèle. En perspective, l'engagement n'est, peut-être, plus totalement une causalité subsidiaire et en devient progressivement une des causalités de la filiation charnelle, car de manière générale, dans notre société, les hommes et les femmes ne veulent plus subir un ordre imposé, mais décider de s'engager »²⁰⁵⁰. Outre la filiation adoptive dont il est la source incontestée, l'engagement s'est renouvelé sous l'effet des « parentés

²⁰⁴⁵ *Contra* CHÉNEDÉ F., « Dix ans de contrôle de conventionnalité in concreto de la loi en droit de la famille », *AJ fam.* 2024 p. 140.

²⁰⁴⁶ FULCHIRON H., « Légiférer sous le regard du juge », préc., p. 229 ; ÉGÉA V., « L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, dossier 6.

²⁰⁴⁷ ÉGÉA V., « L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, dossier 6.

²⁰⁴⁸ Bien que comme le fait remarquer un auteur, les experts n'ont pas, en matière familiale, pour rôle de justifier l'exclusion de la loi. V. ÉGÉA V., « L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, dossier 6.

²⁰⁴⁹ MURAT P., « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 413 et s.

²⁰⁵⁰ LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3, p. 6.

particulières », devenant la cause de la venue au monde de l'enfant, mais, plus discrètement, il a également évolué dans le modèle d'engendrement.

D'un point de vue individuel, la perte de la vraisemblance comme motif suffisant à fonder un lien de filiation conduit corrélativement à modifier l'engagement parental. En lui-même, l'engagement parental évolue, duperies et dissimulation étant bien moins tolérées, la certitude de l'engendrement doit exister pour justifier l'engagement parental. L'engagement parental est, dès lors, plus versatile, les recompositions parentales plus fréquentes influencent l'engagement des parents à l'égard de l'enfant, et spécialement celui du père²⁰⁵¹. Dans le même sens, des mensonges opposés à l'enfant sont davantage susceptibles de légitimer la remise en question d'un engagement, même conforté par une fonction parentale remplie et assumée. La cause même de l'engagement du parent en devient plus subjective : le parent s'engage dans un but précis, généralement car il considère l'enfant comme le sien et sera plus à même de revenir sur son engagement s'il constate son erreur. En perspective, l'enfant ou l'homme dupés tenteront davantage de remettre en question des liens établis dans un contexte mensonger²⁰⁵².

D'un point de vue collectif, le développement du concept de parentalité a largement contribué à développer la fonction parentale. L'épanouissement, le développement sain de l'enfant, sont autant d'objectifs à la charge des parents qui doivent être de « bons parents », sous le contrôle de l'État, « contrôle social assez appuyé »²⁰⁵³ en ce qui concerne le droit français. Par conséquent, « la satisfaction de fonctions pragmatiques pèse de tout son poids sur la définition de la filiation »²⁰⁵⁴ renforçant la qualité de l'engagement et surtout ses implications. L'engagement parental paisible, concret et durable paraît progressivement remplacer la notion de possession d'état.

514. Vraisemblance et contrôle concret. Dans cette optique, la vraisemblance d'engendrement ne suffit pas à fonder le modèle de la même façon, imposant des ajustements. Plus précisément, « ce qui paraît en cause n'est pas le décalage entre fiction et réalité, mais que la narration dont la fiction juridique est porteuse contrarie aujourd'hui d'autres valeurs jugées supérieures, comme le respect des histoires individuelles »²⁰⁵⁵. Apportant souplesse et surtout

²⁰⁵¹ GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 260.

²⁰⁵² Dans le même sens, LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3, p. 6.

²⁰⁵³ DEKEUWER-DÉFFOSSEZ F., « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 54.

²⁰⁵⁴ MURAT P., « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », préc., p. 419.

²⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 415.

justification aux équilibres contenus dans la norme²⁰⁵⁶, le contrôle concret permet également, grâce aux illustrations fournies, de pouvoir se questionner plus en amont, dans une approche préventive afin de limiter les risques de conflit.

515. Contestation et certitude de la maternité. La vraisemblance est quasi inexistante relativement à la maternité : associée à l'accouchement, elle rend presque impossible toute dissimulation²⁰⁵⁷. C'est, au contraire, le refus de maternité qui est susceptible de donner lieu à une fiction par le recours à l'accouchement dans le secret. En effet, dans la très grande majorité des cas, l'établissement de la filiation maternelle est fait par mention du nom de la mère dans l'acte de naissance, de façon quasi automatique²⁰⁵⁸. La reconnaissance maternelle est, dès lors, presque inutile et le risque de conflits de maternité quasi nul²⁰⁵⁹. De plus, la proximité des actes d'état civil établissant la maternité²⁰⁶⁰ et constatant la naissance²⁰⁶¹ conduit à une quasi-identité des modes d'établissement et de preuve²⁰⁶². Ce rapprochement garantit l'échec de toute action en contestation, sauf à caractériser l'une des infractions pénales d'atteinte à la réalité de l'accouchement.

L'analyse renouvelée ne modifie pas la conception certaine et unitaire de la maternité, corrélée à l'accouchement. La Cour européenne ne s'inscrit pas à contretemps d'un tel raisonnement, excluant, dans cette optique, d'imposer l'établissement de la filiation d'une mère qui n'aurait pas accouché de l'enfant selon les règles de droit commun au détriment de la mère gestatrice²⁰⁶³. Le renforcement de la place de l'accouchement résultant de la dernière réforme bioéthique ne fait ainsi que verrouiller l'accouchement du droit commun de la filiation. Certes, il est possible de voir dans la seule affaire de contestation de maternité étudiée²⁰⁶⁴ une primauté de l'affectif sur une certaine conception du biologique. Néanmoins, la particularité de l'affaire et, surtout,

²⁰⁵⁶ ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », préc., p. 634 et s.

²⁰⁵⁷ Les situations de séquençage de la maternité ne sont, évidemment, pas concernés par ces propos qui visent exclusivement le droit commun de la filiation.

²⁰⁵⁸ GRANET-LAMBRECHTS F., DESCHAMPS V., « Établissement non contentieux de la filiation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille*, op. cit., n°212.74.

²⁰⁵⁹ LE GUIDE C. R., CHABOT G., « Filiation : contestation », *Rép. civ.*, Dalloz, act. janvier 2023, n°112 à 114.

²⁰⁶⁰ Art. 311-25 C. civ.

²⁰⁶¹ Art. 56 C. civ.

²⁰⁶² HILT P., « Repenser la maternité », *D.* 2019 p. 2190.

²⁰⁶³ V. *supra* n°380 et s.

²⁰⁶⁴ Cass., 1^{ère} civ., 15 janvier 2020, n°19-12.348 ; *D.* 2020. 149 ; *AJ fam.* 2020. 187, obs. M. Saulier ; *RJPF* 2020, note A. Gouëzel ; *JCP* 2020. 320, note A. Cheynet de Beaupré ; *RTD civ.* 2020. 358, obs. A-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2020. 118, obs. V. Égéa.

son élément d'extranéité sont bien plus susceptibles de justifier le refus opposé à la femme tentant de justifier qu'elle ne savait pas être juridiquement considérée comme la mère, tout comme la difficulté encore actuelle « d'évincer les mères »²⁰⁶⁵. La corrélation entre accouchement et engagement maternel est encore très présente, tant en droit qu'en fait.

Les seules « atteintes » à la maternité envisageables sont les abandons d'enfant et éventuellement la filiation incestueuse. Dans un cas comme dans l'autre, la mère – soit qui aurait renoncé à sa maternité soit qui aurait perdu la course à l'établissement²⁰⁶⁶ – n'agirait pas réellement en contestation de la maternité. En effet, l'article 352-2 du Code civil prive d'effet toute reconnaissance faite à l'égard d'un enfant placé en vue d'une adoption, et pour l'inceste, la filiation concurrente est la filiation paternelle.

516. Maternité et prévention de conflits. L'établissement de la maternité en droit commun de la filiation n'étant pas susceptible de créer des conflits, une approche préventive semble inutile. Néanmoins, le refus de maternité pourrait bénéficier de cette approche. L'établissement de la maternité est quasi automatique, questionnant quant à l'effectivité pour une femme qui accouche à pouvoir refuser d'être mère²⁰⁶⁷. Abstraitement, le droit le permet : la mention du nom de la mère n'est pas obligatoire dans la déclaration de naissance²⁰⁶⁸, ce qui permet de ne pas établir la filiation maternelle ; l'accouchement dans le secret permet à une femme un abandon d'enfant dissimulé, mais médicalisé²⁰⁶⁹ et l'abandon de l'enfant peut se faire sans secret sur l'identité de la femme qui a accouché²⁰⁷⁰. Concrètement, le nombre d'abandons d'enfants reste très faible et est tout autant la conséquence du développement de la contraception et de l'IVG que des mentalités contemporaines où les familles monoparentales ne font plus exception et bénéficient de prestations sociales compensatrices²⁰⁷¹. La dissimulation juridique que constitue l'accouchement dans le secret est une illustration largement suffisante de l'opprobre jeté sur celles refusant de prendre en charge l'enfant qu'elles

²⁰⁶⁵ LEROYER A.-M., « Oh mère que je t'aime : la forclusion ou l'impossible action en contestation de maternité », *RTD civ.* 2020, p. 358.

²⁰⁶⁶ Art. 310-2 C. civ.

²⁰⁶⁷ DIONISI-PEYRUSSE A., « Les droits des femmes et des enfants face au poids de l'accouchement », préc., p. 312 et s.

²⁰⁶⁸ Art. 57 C. civ.

²⁰⁶⁹ Art. 326 C. civ.

²⁰⁷⁰ Art. 348 et s. C. civ.

²⁰⁷¹ LABBÉE X., *Le droit français et l'avènement du matriarcat*, op. cit., p. 71 et s.

ont mis au monde²⁰⁷².

Accouchement et maternité semblent, dans le droit contemporain de la filiation, encore consubstantiels. Les nouvelles techniques de reproduction ont ainsi conduit à renforcer ce lien²⁰⁷³, apportant davantage de souplesse quant à la personne que la mère aura choisi pour engendrer l'enfant avec elle²⁰⁷⁴.

517. Limiter le pouvoir maternel dans la détermination de la filiation de l'enfant ?

Le contrôle concret pourrait permettre de limiter la toute-puissance maternelle dans la détermination du père. En effet, en dehors des situations où le père a un lien biologique avec l'enfant, la mère conserve un important pouvoir face aux reconnaissances de complaisance. L'affaire de la Cour d'appel de Paris²⁰⁷⁵ l'illustre : après avoir convenu d'élever l'enfant avec un homme qui n'avait pas de lien biologique avec lui, la mère a agi en contestation de paternité lorsque le père a obtenu la résidence alternée de l'enfant. Elle permet également de rassurer, quelque peu, les craintes d'un « tout biologique » qui découleraient du droit contemporain de la filiation²⁰⁷⁶ : le contrôle concret est susceptible de renforcer l'engagement parental, spécialement lorsqu'il est souhaité par l'un des parents et contesté par l'autre.

La décision s'inscrit, de plus, dans la continuité de l'affaire *A et B*²⁰⁷⁷, dans laquelle le père contestait son propre lien de filiation en opposition de la mère qui empêchait néanmoins le développement des relations entre le père et l'enfant. Dans les deux affaires, l'enfant était né d'une assistance médicale à la procréation et les juridictions qui ont traité les différentes affaires ont appliqué l'esprit du régime d'établissement et de contestation des liens de filiation de l'enfant né dans un tel contexte. Le consentement à la parenté et l'engagement sont déterminants dans un tel régime²⁰⁷⁸. Dans les deux affaires, le comportement de la mère affecte l'engagement du père : dans l'affaire *A et B* la mère empêche de rendre effectif l'engagement du père tandis que dans la deuxième, elle le remet en question lorsqu'il la concurrence. Dans les deux cas, les juges trouvent, finalement, un moyen pour rééquilibrer le pouvoir décisionnel

²⁰⁷² Au point que certains proposent sa suppression afin de légitimer davantage le refus de maternité. V. par ex. MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Helbing Lichtenhahn coll. « Neuchâteloise », 2018, n°606 et s.,

²⁰⁷³ V. *supra* n°448.

²⁰⁷⁴ LABBÉE X., *Le droit français et l'avènement du matriarcat*, op. cit., p. 78-79.

²⁰⁷⁵ CA Paris, 5 déc. 2023, n° 23/00510 ; *AJ fam.* 2024, obs. M. Mesnil ; *Dr. fam.* 2024, comm. C. Siffrein-Blanc.

²⁰⁷⁶ SIFFREIN-BLANC C., « Quand le contrôle de proportionnalité sauve une paternité non biologique ! », *Dr. fam.* n°2, février 2024, comm. 17.

²⁰⁷⁷ CEDH, *A et B c. France*, 8 juin 2023, n°12482/21.

²⁰⁷⁸ V. *supra* n°338.

en faveur de l'intégrité de la famille et des relations qui s'y sont nouées²⁰⁷⁹. Pour la seconde affaire, il reste néanmoins à savoir si le fait que l'homme ne soit pas, dès l'origine, partie au projet parental ayant donné naissance à l'enfant conduira la Cour de cassation à revenir sur la balance des intérêts effectuée par les juges du fond et la fera pencher en faveur de la mère qui a formé le pourvoi.

518. *Versatilité du père.* La place très relative de la dissimulation dans la maternité a, dès lors, un double effet. La maternité est aujourd'hui quasi automatique, tant juridiquement que dans les conceptions sociétales. En contrepartie, la mère a un poids central quant à la détermination du père²⁰⁸⁰ et aujourd'hui plus généralement de la personne avec qui l'enfant grandira. L'analyse renouvelée conduit ainsi à tenter de répondre à une difficulté que le droit de la filiation affronte depuis des décennies : qui sera le père ? La place centrale octroyée progressivement à la mère, qui répond à la versatilité possible du père dans le but de la protéger ainsi que l'enfant, favorise en effet certaines dissimulations. La mère peut tout autant s'entendre avec le géniteur et laisser le lien vacant, que de ne pas l'informer de la grossesse. Elle peut laisser un autre homme devenir le père, celui-ci étant parfois conscient de sa non-paternité ou à l'inverse, dupé. La question n'est pas nouvelle, néanmoins, l'analyse renouvelée tend à y répondre différemment, dévoilant que le sens symbolique de la filiation intègre aujourd'hui davantage le biologique. Plutôt que de répondre à la question « qui sera le père », il s'agit de déterminer à quel point la mère peut le choisir. La recherche et la pérennité de la paix des familles restent, dans cette perspective, des objectifs traditionnels mis en lumière par l'analyse renouvelée²⁰⁸¹ ; tout en les actualisant légèrement en perspective de l'évolution de la société.

519. *Protection et responsabilisation parentale.* À l'étude, il ressort finalement du régime de l'action en contestation qu'il a été pensé à l'égard des parents²⁰⁸², sous l'influence de

²⁰⁷⁹ Dans le même sens à propos de la décision de la cour d'appel de Paris v. MESNIL M., « Co-parenté : le contrôle de proportionnalité au secours de la filiation paternelle », *AJ fam.* 2024, p. 47.

²⁰⁸⁰ LABBÉE X., « Le choix de la maternité en solo dans notre société matriarcale », *D.* 2024, p. 1084 ; DIONISI-PEYRUSSE A., « Les droits des femmes et des enfants face au poids de l'accouchement », préc., p. 312 et s. ; THERY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014, p. 96 et s.

²⁰⁸¹ ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », préc., p. 635 et s.

²⁰⁸² SIFFREIN-BLANC C., « De la filiation à l'affiliation : quelle place pour l'intérêt de l'enfant ? », préc., p. 195 et s.

conceptions familiales aujourd'hui plus désuètes²⁰⁸³. Le système protège avant tout des réalités affectives qui n'ont peut-être plus la même substance face au développement de la construction identitaire. « La possession d'état a changé avec le temps et l'évolution des mœurs »²⁰⁸⁴, elle est moins solide aujourd'hui qu'avant, car elle peut être contredite par une réalité biologique certaine et inscrite dans les conceptions contemporaines. Elle est ainsi susceptible d'être plus vacillante²⁰⁸⁵. Or, en lui faisant produire de tels effets, « le législateur a choisi de rendre hommage à un passé heureux, mais révolu »²⁰⁸⁶. En son versant négatif, il responsabilise ceux qui ont fait le choix de prendre en charge un enfant en ne leur permettant plus de revenir sur leur engagement après l'écoulement d'un certain temps. L'objet du propos et de l'analyse renouvelée n'est pas de remettre en cause, par principe, cette logique de raisonnement. Néanmoins, la sécurisation-responsabilisation ne peut pas exister envers et contre tout en droit commun de la filiation quand, ailleurs, elle n'a pas le même poids²⁰⁸⁷. Sur un terrain très proche, l'engagement parental suite à un engendrement artificiel est encore éloigné de ce diptyque qui s'impose très progressivement et partiellement²⁰⁸⁸. Sur le terrain obligationnel, l'engagement volontaire connaît des assouplissements – et de plus en plus –, souvent lorsqu'il est confronté à une réalité qui rendrait l'engagement trop pesant²⁰⁸⁹. Le modèle filiatif sur lequel repose l'institution familiale semble atteindre ses limites. Créer une institution dans laquelle on s'engage volontairement sans pouvoir en sortir malgré une raison valable ne paraît plus être en concordance ni avec les attentes individuelles, davantage considérées aujourd'hui dans la quête

²⁰⁸³ Dans le même sens à propos des paternités forcées v. FULCHIRON H., « Les paternités forcées : projet parental versus géniteur payeur », *Dr. fam.* janvier 2017, repère 1.

²⁰⁸⁴ THÉRY I. (dir.), Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, 1998, p. 176.

²⁰⁸⁵ V. par ex., la décision de la Cour de cassation du 3 avril 2019 (Cass. 1^{ère} civ., 3 avril 2019, n°18-13.642, *D.* 2019. 1212, obs. J.-J. Lemouland ; *Dr. fam.* 2019. 124 comm. H. Fulchiron) dans laquelle l'homme qui avait reconnu un enfant en sachant qu'il n'était pas le père biologique, contestait l'existence de la possession d'état en raison des viols et agressions sexuelles commis sur l'enfant qui l'aurait viciée. La Cour de cassation constate néanmoins l'existence de la possession d'état et en déduit la prescription de l'action, raisonnement confirmé par la Cour de cassation.

²⁰⁸⁶ GARRIGUE J., « Prescription, forclusion et filiation », préc., p. 260.

²⁰⁸⁷ LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3, p. 6.

²⁰⁸⁸ V. *supra* n°334 et s.

²⁰⁸⁹ V. par ex. art. 1221 C. civ. « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

d'adhésion à la norme, ni avec le fonctionnement général du droit, qui prend de plus en plus en considération les changements de situation²⁰⁹⁰.

520. Origine de l'engagement parental. Dès lors, il semble indispensable de se questionner sur l'origine et la consécration de l'engagement parental²⁰⁹¹. Quasi-automaticité de l'établissement de la filiation maternelle *versus* liberté importante de l'établissement de la filiation paternelle constitue une première opposition susceptible de difficultés²⁰⁹². Un *focus* plus particulier doit être fait à propos de la reconnaissance : la simplicité de sa réalisation²⁰⁹³ tranche vis-à-vis de l'ampleur de l'engagement qu'elle crée²⁰⁹⁴ : à la fois « aveu d'un lien biologique » et « acceptation d'un lien juridique »²⁰⁹⁵, la reconnaissance ne doit pas être effectuée avec désinvolture. À l'heure d'un droit protectionniste²⁰⁹⁶, il semble étonnant qu'aucune information ne soit donnée²⁰⁹⁷ quant aux effets, spécialement son caractère incontestable, rapidement acquis si la reconnaissance est conforme au comportement pendant cinq ans²⁰⁹⁸. Le contentieux relatif à la reconnaissance n'a pas et n'a jamais eu besoin du contrôle concret pour exister²⁰⁹⁹. Néanmoins, l'analyse renouvelée, par l'attention particulière portée aux faits, permet de mettre en lumière les difficultés « en action » de la reconnaissance, en dehors d'un contentieux technique quant à ses effets²¹⁰⁰.

²⁰⁹⁰ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°42.

²⁰⁹¹ KESSLER G., « Le droit de ne pas être père, *AJ fam.* 2017, p. 292 ; FULCHIRON H., « Projet parental, engagement et responsabilité : réflexions sur les fondements de la filiation », *D.* 2024, p. 1827.

²⁰⁹² LABBÉE X., *Le droit français et l'avènement du matriarcat*, *op. cit.*, p. 71 et s.

²⁰⁹³ TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille*, *op. cit.*, n°487 et s. ; MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°880 et s.

²⁰⁹⁴ Sur les différentes difficultés suscitées par la facilité de réaliser une reconnaissance v. LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, *préc.*, n°740 et 741.

²⁰⁹⁵ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°830 ; V. aussi TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille*, *op. cit.*, n°487 ; MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°880.

²⁰⁹⁶ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, *préc.*, n°319 et s., spéc. n°326.

²⁰⁹⁷ Le site [Service public](#) n'indique, en effet, aucun élément autre que les simples démarches administratives à accomplir pour reconnaître un enfant. Seul le conflit de filiations et la nécessité de contester un lien préalablement établi sont rapidement évoqués.

²⁰⁹⁸ Art. 333 al. 2 C. civ.

²⁰⁹⁹ Pour un exemple récent v. par ex. la tentative de qualifier d'inexistante une reconnaissance paternelle : Cass., 1^{ère} civ., 17 mars 2021, n°19-19.118, *RJPF* 2021-5/19, obs. A. Gouëzel ; *Dr. fam.* 2021. comm. 71, note V. Égée.

²¹⁰⁰ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Le temps au prisme du quai de l'Horloge : prescription contre vie privée dans le droit de la filiation », *RJPF*, n°11, 1^{er} octobre 2016.

521. Reconnaissance testamentaire. Dans cette optique, que penser des reconnaissances testamentaires ? Certaines des affaires étudiées²¹⁰¹ illustrent avec acuité les difficultés causées par de telles pratiques : ignorance des effets, connaissance d'un lien de droit qui se créera au décès, rétractation...²¹⁰² De plus, la reconnaissance testamentaire est-elle en adéquation avec le caractère conservatoire de la reconnaissance que la Cour de cassation a récemment rappelé ?²¹⁰³ Cette logique de « révélation » de la « véritable » filiation au décès semble désormais complètement anachronique et mériterait réflexion. Plus généralement, la « légèreté » avec laquelle peut être faite une reconnaissance paraît bien plus critiquable qu'estomper les effets des délais de prescription : quelle est l'atteinte la plus importante à l'indisponibilité de l'état entre une personne ayant dissimulé sa parenté dans un testament olographe, l'aurait éventuellement révélée oralement, puis aurait modifié une telle reconnaissance par un testament authentique postérieur²¹⁰⁴ et un enfant ou un parent lésé tentant de démêler des arrangements parentaux survenus plusieurs décennies auparavant ?²¹⁰⁵ Le meilleur règlement d'un conflit de droits est nécessairement d'éviter qu'il se produise, si le conflit existe, sa résolution sera le moindre mal. Ce rebours que met en valeur l'analyse renouvelée²¹⁰⁶ permet ainsi d'envisager des pistes préventives en remplaçant les difficultés dans leur contexte intégral : la prescription de l'action place généralement le débat sur l'aspect successoral – la mort révélant les dissimulations relatives à la filiation – et ces « enjeux patrimoniaux faussent l'objectivité de l'analyse »²¹⁰⁷.

²¹⁰¹ Cass., 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, n°15-19.853 ; *Dalloz actualité*, 29 août 2016, obs. V. Da Silva ; *D.* 2016. 1980, note H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2016. 831, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2016, doct. 992, n°15, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, Y. Bernand ; Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-25.938 ; *D. actu.* 21 nov. 2018, obs. L. Gareil-Sutter ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2019, comm. 27, note H. Fulchiron.

²¹⁰² MAUGER-VIELPEAU L., « La filiation paternelle à l'épreuve du contrôle de proportionnalité », *D.* 2019, p. 207.

²¹⁰³ Cass., 1^{ère} civ., 30 novembre 2022, n°21-14.726, *Dalloz actualités*, 15 janvier 2023, obs. J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 2023. 85, obs. A.-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2023, comm. 23, M. Musson.

²¹⁰⁴ Ces éléments factuels sont ceux de la décision de la première chambre civile de la Cour de cassation du 6 juillet 2016, n°15-19.853.

²¹⁰⁵ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Le temps au prisme du quai de l'Horloge : prescription contre vie privée dans le droit de la filiation », *RJPF*, n°11, 1^{er} octobre 2016.

²¹⁰⁶ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », *préc.*, p. 38 et s.

²¹⁰⁷ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « Le temps au prisme du quai de l'Horloge : prescription contre vie privée dans le droit de la filiation », *RJPF*, n°11, 1^{er} octobre 2016.

522. Fraude et droit de la filiation. Un premier pas vers un formalisme accru de la reconnaissance a été effectué par la loi du 10 septembre 2018²¹⁰⁸ afin de lutter contre les fraudes²¹⁰⁹. Néanmoins, ce renforcement a un but purement migratoire, afin d'éviter de bénéficier des effets de la filiation relatifs à l'acquisition de la nationalité sans intention de se comporter comme parent. Les alinéas ajoutés à l'article 316 et les nouveaux articles créés à sa suite ont ainsi pour objet la vérification des éléments déclaratifs apportés par la personne reconnaissant un enfant ainsi et prévoient les modalités d'action en cas de suspicion de fraude par l'officier d'état civil²¹¹⁰.

Quid, dans un tel contexte, d'une reconnaissance mensongère ? Mensonge n'est pas fraude, ou plutôt, le mensonge quant au lien biologique n'est pas une fraude. Saisie d'une demande d'avis de la chambre criminelle, la première chambre civile a récemment affirmé que « la reconnaissance est l'acte libre et volontaire par lequel un homme ou une femme déclare être le père ou la mère d'un enfant et s'engage à assumer toutes les conséquences qui en découlent selon la loi, notamment celle de prendre en charge l'entretien et l'éducation de l'enfant ; inscrite au titre VII du livre I du Code civil, elle repose sur une présomption de conformité de la filiation ainsi établie à la réalité biologique et peut être contestée, dans les conditions et dans les délais strictement définis par la loi, si la preuve contraire en est apportée »²¹¹¹. La complexité de la nature de la reconnaissance, à la fois engagement volontaire et présomption d'un lien de sang, est illustrée par la réponse de la Cour de cassation²¹¹². Une reconnaissance de complaisance n'est donc pas frauduleuse, si le père souhaite assumer le rôle de père bien qu'il sache qu'il n'a pas de lien de sang avec l'enfant²¹¹³. Cependant, le défaut de reconnaissance malgré la connaissance de la paternité par le père a déjà donné lieu à une indemnisation de l'enfant²¹¹⁴,

²¹⁰⁸ Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, JORF du 11 septembre 2018.

²¹⁰⁹ GRANET-LAMBRECHTS F., DESCHAMPS V., « Établissement non contentieux de la filiation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille*, op. cit., n°212.74.

²¹¹⁰ AVENA-ROBARDET V., « Reconnaissance frauduleuse de paternité ou de maternité », *AJ fam.* 2019, p. 176 ; CARAYON L., « Nouvelle procédure de reconnaissance de filiation. Viser les personnes étrangères, frapper tous les pères », *AJ fam.* 2018. 541.

²¹¹¹ Cass., 1^{ère} civ., 5 avril 2023, n°22-70.018 ; *D.* 2023. 523, obs. Douchy-Oudot ; *RTD civ.* 2023. 605, obs. Leroyer ; *JCP* 2023, n°1307, obs. Gaurier ; *AJ fam.* 2023. 346, obs. M. Saulier.

²¹¹² SAULIER M., « Quel est l'objet de la reconnaissance d'enfant ? », *AJ fam.* 2023, p. 346.

²¹¹³ FULCHIRON H., « Reconnaissance de complaisance : mensonge n'est pas fraude », *Dr. fam.* n°10, octobre 2017

²¹¹⁴ L'hypothèse reste particulièrement rare. V. CA Caen, 29 mars 2012, n° 10/02442, *Dr. fam.* 2012, comm. 168, note C. Neirinc ; *Contra* CA Versailles, ch. 1, sect. 1, 25 avr. 2013, n° 12/03357 ; CA Versailles, ch. 1, sect. 1, 15 mai 2014, n° 13/05302, *JCP* 2014. 1059, obs. Kessler.

tout comme le mensonge de la mère est susceptible d'engager sa responsabilité²¹¹⁵, ainsi que l'arrangement parental quant à une reconnaissance frauduleuse²¹¹⁶. Dès lors, si la reconnaissance n'est « ni purement réalité sociale ni purement réalité biologique »²¹¹⁷, est-ce la fraude ou l'invraisemblance de la filiation qui justifierait l'action du ministère public sur le fondement de l'article 336 du Code civil en cas de reconnaissance mensongère ?

La fraude a, en effet, été utilisée à l'égard d'une reconnaissance faite dans le cadre d'une GPA. Conforme à la réalité biologique dans le cas d'espèce, la reconnaissance a été considérée par les juridictions comme nulle²¹¹⁸ et n'ouvrant pas droit à agir en contestation de paternité pour l'auteur de la reconnaissance s'estimant père véritable²¹¹⁹. Le contentieux était, certes, particulier en raison de l'escroquerie mise en place par la mère porteuse²¹²⁰. Néanmoins, le recours à la fraude et son articulation avec la reconnaissance mensongère, qu'elle soit volontaire ou provoquée par la mère, semblent de plus en plus questionnés et mériteraient davantage d'attention²¹²¹ en raison des altérations légales qui ont récemment affecté la reconnaissance²¹²².

²¹¹⁵ La mère est susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard d'un père dupé et de l'enfant en cas de contestation tardive ou abusive : Chambéry, 15 mars 2011, n° 10/00176 ; Toulouse, 6 janv. 2009, JurisData n° 2009-000092 ; Dr. fam. 2009. 87, note Eynard.

²¹¹⁶ La contestation d'une reconnaissance par le père qui a reconnu un enfant qu'il savait ne pas être le sien est susceptible d'engager sa responsabilité vis-à-vis de l'enfant : Nancy, 14 janv. 2011, n° 11/00104 ; Metz, 12 avr. 2011, n° 09/02555 ; Lyon, 13 déc. 2010, n° 09/04294 ; Metz, 29 janv. 2010, n° 09/0063 ; Toulouse, 6 janv. 2009, n° 01/05533 ; Rouen, 5 avr. 2007, n° 05/02627 ; Cass., 1^{ère} civ., 13 juillet 2022, n°21-13.190, *AJ fam.* 2022. 492 obs. J. Houssier ; *RTD civ.* 2022. 875, obs. A.-M. Leroyer.

²¹¹⁷ SAULIER M., « Quel est l'objet de la reconnaissance d'enfant ? », *AJ fam.* 2023, p. 346.

²¹¹⁸ Cass., 1^{ère} civ., 13 septembre 2013, n°12.30-138 : la naissance résultant d'une fraude à la loi française qui interdit les conventions de gestation pour le compte d'autrui, la reconnaissance paternelle doit être annulée.

²¹¹⁹ Cass., 1^{ère} civ., 12 septembre 2019, n°18-20.472, *D.* 2019. 2112, note A. Etienney-de Sainte Marie ; *AJ fam.* 2019. 531, obs. F. Chénéde, encadré P. Salvage-Gerest ; *Dr. fam.* 2019. comm. 206, obs. H. Fulchiron.

²¹²⁰ Pour de plus amples développements sur cette affaire et notamment son aspect pénal v. *supra* n°384.

²¹²¹ GRANET-LAMBRECHTS F., DESCHAMPS V., « Établissement non contentieux de la filiation », in CHÉNEDÉ F. (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, n°215.42 ; FAUTRÉ-ROBIN A., « Mensonge et filiation ou la promesse d'une ascension », in CASTILLO-WYSZOGRODZKA S., FAUTRÉ-ROBIN A., *Petits mensonges en famille*, Mare & martin, 2023, p. 50-56.

²¹²² Il faut ajouter à la loi du 10 septembre 2018 la réforme de bioéthique qui a créé la reconnaissance conjointe. V. *supra* n°350.

CONCLUSION SECTION II.

523. Enfin, prendre réellement en considération l'enfant ? Le droit actuel de la filiation est davantage un droit pour les parents auxquels une importante latitude d'action est offerte : ils établissent quand et comme ils veulent, la seule limite dans le temps étant l'établissement d'une filiation concurrente, contrairement à l'enfant qui peut exercer l'action en recherche de paternité ou de maternité jusqu'à ses vingt-huit ans. Ils ont, dans le même sens, une maîtrise procédurale quand l'enfant est automatiquement privé de droit d'agir dans certains cas. L'enfant et son identité sont encore très largement tributaires des choix parentaux²¹²³. Or, le développement de la preuve scientifique est venu s'insérer entre les arrangements des parents et l'enfant, complexifiant les dissimulations. La preuve scientifique a, en effet, participé au développement d'une certaine conception de l'identité ayant des implications psychosociales importantes. Sacralisée, elle permet à l'enfant de gagner en capacité d'agir grâce aux certitudes acquises qui sont délicates à nier. Corrélativement, le régime de la preuve biologique dans le contentieux de la filiation est un autre gain de souplesse permettant d'adapter les rigueurs du contentieux, spécialement en faveur de l'enfant. En effet, en matière de filiation, l'expertise génétique est de droit, le juge est donc dans l'obligation de l'ordonner lorsqu'elle est demandée sauf motif légitime de ne pas y procéder²¹²⁴. L'expertise étant soumise à l'accord de la personne concernée, le juge peut tirer toutes les conséquences du refus du père s'il existe des indices concordants²¹²⁵. Or, la tendance actuelle semble se diriger vers « une plus grande flexibilité »²¹²⁶ dans l'appréciation des indices concordants et une utilisation de plus en plus concrète de l'intérêt de l'enfant pour justifier leur décision²¹²⁷, l'identité du demandeur et

²¹²³ SIFFREIN-BLANC C., « De la filiation à l'affiliation : quelle place pour l'intérêt de l'enfant ? », préc., p. 196 à 198.

²¹²⁴ Cass., 1^{ère} civ., 28 mars 2000, n°98-12.806 ; D. 2000. 731, note Garé ; *ibid.* 2001. somm. 976, obs. Granet ; *ibid.* 1427, obs. Gaumont-Prat ; *ibid.* 2868, obs. Desnoyer ; JCP 2000. II. 10409, concl. Petit et note Monsallier-Saint Mleux ; *Defrénois.* 2000. 769, note Massip.

²¹²⁵ Cass., 1^{ère} civ 9 février 2011, n°10-14.144 : Le juge peut tirer les conséquences du refus du défendeur de se soumettre à une expertise génétique. Ce refus peut permettre à lui seul de déduire des faits qui auraient été en eux-mêmes insuffisants pour prouver une filiation (éléments corroborant mais insuffisants).

²¹²⁶ SIFFREIN-BLANC C., « Preuve de la non-paternité par le désintérêt ! », *Dr. fam.* n°4, avril 2023, comm. 57.

²¹²⁷ Cass 1^{ère} Civ, 13 juillet 2016, n°15-22.848 : « L'intérêt de l'enfant ne constitue pas en soi un motif légitime de refus de l'expertise génétique ». Cependant, intérêt de l'enfant *in concreto* peut être un motif légitime de refus : v. par ex. Cass., 1^{ère} civ., 25 avril 2007 n°07-038503 et Cass., 1^{ère} civ., 30 septembre 2009, n°08-18.398 ; CA Chambéry, 23 juin 2020, n°19/00083, *Dr. fam.* 2020, comm. C. Siffrein-Blanc ; CA Rennes, 9 janvier 2023, n°21/06291, *Dr. fam.* 2023, comm. C. Siffrein-Blanc. Pour une affaire plus originale où l'action en contestation pourtant recevable a été écartée, la destruction du lien étant contraire à l'intérêt de l'enfant : CA Paris, 5 décembre 2023, n°23/00510 ; *Dr. fam.* 2024 comm. C. Siffrein-Blanc.

l'existence d'une possession d'état semblant déterminante dans cette appréciation²¹²⁸. L'engagement parental initial a donc un poids déterminant dans le contentieux de la filiation, justifiant une attention plus importante²¹²⁹ – mais distincte d'un but de politique migratoire quelque peu utopique – à « l'aveu de paternité »²¹³⁰ que constitue la reconnaissance. Cette affirmation de l'engagement parental comme valeur désormais poursuivi par l'encadrement des relations filiales se rapproche, de plus, des évolutions de l'assistance médicale à la procréation. Le juge, par son renouvellement de contrôle, serait-il en train de faire émerger les valeurs que le législateur peine à affirmer ?

²¹²⁸ GONZALEZ G., GOUTTENOIRE A., « Droit au respect de la vie privée et familiale – Preuve de non-paternité et refus de l'enfant », *JCP G* n°10, 5 mars 2012, 296 ; SIFFREIN-BLANC C., « Preuve de la non-paternité par le désintérêt ! », *Dr. fam.* n°4, avril 2023, comm. 57 ; SIFFREIN-BLANC C., « Sans preuve certaine, contester tardivement sa filiation paternelle serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant », *Dr. fam.*, n°10, oct. 2020, comm. 134.

²¹²⁹ LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3, p. 6.

²¹³⁰ GOUËZEL A., « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* n°10, octobre 2021, 23.

CONCLUSION CHAPITRE I.

524. *Limitation du bouleversement.* L'évolution des raisonnements de la Cour de cassation n'a pas bouleversé outre mesure l'encadrement temporel des actions relatives à la filiation. La Cour de cassation a, en effet, strictement encadré le contrôle concret afin de ne pas en faire une voie alternative permettant de rectifier des erreurs procédurales. Au contraire, c'est dans le contexte de l'évolution du contrôle de conventionnalité que la Cour de cassation a affirmé que le délai de l'article 333 du Code civil était un délai de forclusion. La réponse n'est pas surprenante, la doctrine l'affirmait depuis l'ordonnance de 2005. Le contexte l'est davantage, de prime abord, mais cette précision peut être perçue comme une garantie implicite de la Cour de cassation de respecter les équilibres temporels mis en place par l'ordonnance. L'évolution est principalement d'ordre méthodologique : le contrôle de conventionnalité a évolué et implique désormais une approche abstraite et concrète de la norme, en opposition avec le syllogisme et plus généralement les conceptions normatives françaises afin de considérer les singularités des affaires soumises. L'équilibre *a priori* et abstrait des intérêts contenus dans la norme ne semblant plus correspondre aux attentes individuelles, la quête d'adhésion à la norme ainsi que l'influence européenne ont conduit à relativiser l'approche strictement verticale. En intégrant l'ordre public, les droits fondamentaux ont ainsi permis et exacerbé l'horizontalisation des conflits, impliquant des modalités de résolution des conflits différentes.

525. *Légitimation de l'encadrement temporel des actions.* L'apport principal de l'évolution du contrôle concret est le renouvellement de l'analyse de la norme qu'il permet. Une « véritable fonction de justification des choix législatifs semble apparaître »²¹³¹ tant sur les aspects abstraits que concrets de la norme. La détermination des objectifs poursuivis, corrélée à la confrontation de la norme à un cas d'espèce, met en lumière les enjeux collectifs et individuels, les confronte et tranche. Ces étapes et les développements qu'elles impliquent pour les juges ont, dès lors, une vertu pédagogique indéniable et permettent une adhésion à la norme plus importante par cette mise en lumière de ses enjeux.

²¹³¹ ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », préc., p. 634.

526. Précision des équilibres : la limitation de la dissimulation parentale ? D'un point de vue substantiel, l'apport est bien plus limité. Les objectifs de l'ordonnance en ressortent confortés : la prescription des actions relatives à la filiation est acquise et les équilibres entre l'engagement parental et le lien biologique n'ont pas été remis en question. Ces équilibres ont, seulement, légèrement été recentrés afin d'estomper l'excès de rigueur de l'ordonnance. Ce sont principalement les dissimulations parentales qui tentent d'être endiguées. Les arrangements parentaux, tout comme un comportement versatile, seront plus susceptibles d'être remis en question, spécialement s'ils ont conduit à nier la réalité biologique. Celle-ci reste, cependant, concurrencée par l'engagement parental et la réalité affective et ne primera pas nécessairement malgré l'assouplissement de l'encadrement temporel des actions. L'évolution des raisonnements judiciaires n'a pas ouvert une voie plus importante aux volontés individuelles qui restent encadrées. Au contraire, le contrôle concret permet davantage d'équilibrer les libertés individuelles dans un cadre encore impératif. Néanmoins, par l'approche globale qu'il permet, il met en exergue d'autres déséquilibres permettant de proposer des pistes d'amélioration. L'engagement parental ayant changé de nature, l'importante liberté accordée aux parents sur le terrain de l'établissement non contentieux est compensée par le contrôle concret qui offre une liberté plus importante sur le terrain de la contestation à ceux n'ayant eu leur mot à dire lors de l'établissement volontaire du lien ou se sont engagés par tromperie.

527. Pistes de modifications normatives ? Plus à rebours, le contrôle concret permet de se questionner sur les modes d'établissement non contentieux : accouchement et maternité sont toujours consubstantiels et le contrôle concret ne le remet pas en question ; l'établissement de la paternité par reconnaissance étant lui, plus susceptible d'être renforcé dans une optique préventive. Néanmoins, si cette réflexion intéresse en ce qu'elle offre des pistes d'évolution, elle implique une prise de position du législateur qui ne semble pas d'actualité. L'étude illustre, en effet, le rôle central du juge et son nouveau positionnement vis-à-vis de la norme au point qu'il est possible de se demander si l'émergence des valeurs poursuivies ne se fait pas *a posteriori* grâce aux raisonnements judiciaires.

CHAPITRE II : LA SUBJECTIVISATION DE L'ETABLISSEMENT

CONTENTIEUX DE LA FILIATION

528. Actions en établissement de la filiation. Seules deux actions permettent d'établir la filiation en droit français. La principale action visant à établir un lien de filiation est l'action en recherche de paternité ou de maternité, ouverte à l'enfant, dans le but de pallier un défaut d'établissement. Héritière des anciennes actions établissant la maternité légitime ou naturelle et la paternité naturelle, l'action en recherche n'est plus, depuis l'ordonnance de 2005, la seule action susceptible d'établir un lien de filiation. Imposant le constat de la possession d'état afin d'établir un lien de filiation²¹³², l'ordonnance a distingué le constat dans l'acte de notoriété²¹³³, autrefois de la compétence du juge d'instance et aujourd'hui du notaire, de l'action en constatation de la possession d'état²¹³⁴. L'obligation de constater la possession d'état afin de lui faire produire des effets conduit ainsi désormais la doctrine à classer l'action en constatation de la possession d'état au sein des actions d'état²¹³⁵. Deux actions ont ainsi vocation à établir judiciairement la parenté, chacune obéissant à une logique qui lui est propre.

529. Établissement non contentieux de principe. Le droit français repose, par principe, sur un établissement non contentieux du lien de filiation. L'établissement judiciaire a pour but de compenser le défaut d'établissement par les modes non contentieux. Dans cette optique, l'action en recherche et l'action en constatation de la possession d'état ne pallie pas les mêmes défauts d'établissement. L'action en recherche est utilisée dans les situations où le parent n'a pas établi son lien de filiation. C'est, néanmoins, principalement le père qui est visé par une telle action, la filiation maternelle s'établissant, dans la très grande majorité des situations, par effet de la loi²¹³⁶, ce qui rend le défaut d'établissement de la filiation maternelle particulièrement rare. L'action en recherche vise ainsi, dans la grande majorité des cas, à pallier

²¹³² Sous l'empire de l'ancien droit, la possession d'état suffisait à établir un lien et le constat ne servait qu'à le prouver. Pour l'historique de la possession d'état v. par ex., MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°929.

²¹³³ Art. 317 C. civ.

²¹³⁴ Art. 330 C. civ.

²¹³⁵ Pour une position évolutive reposant sur l'évolution de l'encadrement de la possession d'état v. spéc. MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°929.

²¹³⁶ Art. 311-25 C. civ.

le défaut d'établissement de la paternité, soit que l'homme ne souhaite pas devenir père, soit qu'il n'ait pas connaissance de l'existence de l'enfant. Palliatif suffisant pour répondre à la majorité des hypothèses de défaut d'établissement, l'action en recherche éclipse l'action en constatation de la possession d'état dont l'utilité pose, de prime abord, question. Destinée principalement à la famille élargie pour pallier un défaut d'établissement par le parent prédécédé, elle trouve aujourd'hui un regain d'intérêt, en ce qu'elle peut être mobilisée notamment par les parents d'intention qui espèrent se fonder sur leur engagement et la relation établie avec l'enfant pour voir établie leur lien de filiation²¹³⁷.

530. Conformité aux droits fondamentaux. Le contrôle concret de conventionnalité ne s'est pas limité aux seules actions en contestation de filiation, mais a également affecté les actions en établissement de la filiation. Les décisions sont, cependant, moins nombreuses en la matière, principalement en raison de la faible importance de ce contentieux²¹³⁸. L'étude de ces décisions n'est, cependant, pas dénuée d'intérêt. Elle permet, en premier lieu, de confirmer l'impact relatif du contrôle concret de conventionnalité sur l'entière du contentieux de la filiation, tout en y apportant de légères précisions. Elles permettent également d'illustrer les manifestations du phénomène de subjectivisation sur le terrain du contentieux de l'établissement et ainsi, de se questionner quant aux évolutions de cette modalité d'établissement de la filiation dans une approche clinique où, la norme « en action », permet de remonter vers une réflexion théorique et substantielle²¹³⁹. À nouveau, l'exacerbation du rôle du juge vis-à-vis de la norme est centrale. Outre la considération concrète des affaires, ses justifications permettent de déceler, sur le terrain des valeurs, les tendances normatives actuelles.

531. Annonce de plan. Plus précisément, il s'agit d'étudier en miroir le contentieux de la parenté voulu et celui de la parenté imposée, cette dernière étant contraire au contexte

²¹³⁷ Bien que la Cour de cassation ait rapidement refusé le recours à la possession d'état pour établir un lien de filiation à la suite d'une GPA réalisée à l'étranger. Pour une décision le rappelant implicitement v. Cass, AP, 4 octobre 2019, n° 10-19.053 ; D. 2019. 2228, note Fulchiron et Bidaud ; *AJ fam.* 2019. 487, obs. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* 592, obs. G. Kessler ; *RTD civ.* 2019. 817, obs. Marguénaud ; *ibid.* 841, obs. Leroyer ; *JCP* 2019, n° 1184, note GOUTTENNOIRE et SUDRE ; *Dr. fam.* 2019, 261, note Binet.

²¹³⁸ ÉGÉA V., *Droit de la famille, op. cit.*, n°756 et s ; MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°929.

²¹³⁹ PERELMAN J., « Penser la pratique, théoriser le droit en action : des cliniques juridiques et des nouvelles frontières épistémologiques du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014/2 (volume 73), p. 133-153. Pour de plus amples développement sur l'approche clinique v. *supra* n°104.

majoritaire dans lequel les revendications parentales sont davantage tournées vers la quête d'un statut de parent plutôt que vers son refus. Les réponses apportées permettent ainsi de compléter l'étude de la considération de l'engagement parental et de la lutte contre les dissimulations. Seront donc étudiées l'action en constatation de la possession d'état (Section I.), puis l'action en recherche de paternité (Section II.).

SECTION I : L'ACTION EN CONSTATATION DE LA POSSESSION D'ETAT

532. Évolution de la constatation de la possession d'état. Depuis l'ordonnance de 2005, la possession doit être constatée pour établir un lien de filiation, soit par le notaire²¹⁴⁰, soit par le juge²¹⁴¹. L'action en constatation de la possession d'état existait dans le droit antérieur, mais avait uniquement pour but de constater l'existence d'une possession d'état et non d'établir un lien de filiation. La possession d'état était, en elle-même, suffisante pour établir le lien de filiation par effet de la loi, l'acte de notoriété ou le jugement étant des modes de preuve. Aujourd'hui, la logique est inversée puisque la possession d'état doit être constatée pour produire des effets. La nature de l'action en constatation de la possession d'état s'en trouve affectée. « D'action *sui generis*, l'action en constatation tend à devenir une action d'état »²¹⁴² et, à ce titre, elle n'a pas été épargnée par le contrôle concret de conventionnalité. Une seule décision est cependant à relever, celle du 2 décembre 2020²¹⁴³. Si cette décision confirme l'apport relatif du contrôle concret (§I), elle permet de se questionner plus à rebours sur l'utilité contemporaine pour les parents de la possession d'état au titre des modes d'établissement (§II.).

²¹⁴⁰ Art. 317 C. civ.

²¹⁴¹ Art. 330 C. civ.

²¹⁴² MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°929.

²¹⁴³ Cass., 1^{ère} civ., 2 décembre 2020, n°19-20.279 ; D. 2021. 657, obs. P. Hilt ; *AJ fam.* 2021. 55, obs. J. Houssier ; *RTD civ.* 2021. 114, obs. A.-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2021, n°37, note V. Égéa.

§I. L'apport relatif du contrôle confirmé

533. Erreur d'assignation lors de la mise en œuvre de l'action en constatation de la possession d'état. Dans l'affaire du 2 décembre 2020²¹⁴⁴, une femme, née en 1971, assigne, le 15 avril 2016, le procureur de la République aux fins d'une action en constatation de la possession d'état pour établir la filiation de son père, décédé le jour de sa naissance. L'action expirait au 1^{er} juillet 2016 en application des règles de droit transitoire de l'ordonnance. Cependant, l'action n'a pas été dirigée contre le bon destinataire, l'enfant agissant contre le procureur de la République et non les ayants droit du défunt. Or, selon l'article 328, alinéa 3, du Code civil, le procureur ne peut être saisi qu'en l'absence d'héritiers. Se voyant opposer l'irrecevabilité de l'action, celle-ci s'étant prescrite entre-temps, la demanderesse tente, en premier lieu, de soutenir que son erreur permettait d'interrompre le délai. À défaut, elle estime que lui opposer la prescription de l'action porte une atteinte disproportionnée à son droit au respect de la vie privée. La Cour de cassation confirme, cependant, le raisonnement de la cour d'appel qui rappelle que l'erreur de destinataire dans l'assignation n'interrompt pas le délai de prescription et que, la requérante ayant eu quarante-cinq ans pour agir, dont vingt-sept à compter de sa majorité, l'atteinte est proportionnée au but légitimement poursuivi.

534. Contrôle de l'article 330 du Code civil. La décision permet, dès lors, de vérifier la conformité de l'encadrement procédural de l'action en constatation de la possession d'état au droit au respect de la vie privée et familiale, l'action étant, jusqu'ici, exemptée de toute demande de contrôle concret devant la Cour de cassation. Confirmant, si cela était nécessaire, que l'ensemble des actions relatives à la filiation est susceptible de faire l'objet d'un tel contrôle, la décision a également pour avantage de concerner, à titre autonome, la possession d'état. En effet, ce n'est pas ici le rôle consolidateur de la possession d'état qui est étudié, mais son rôle propre sur le terrain de l'établissement de la filiation²¹⁴⁵, bien plus marginal²¹⁴⁶. À ce titre, il faut distinguer le constat notarié qui fait foi jusqu'à preuve contraire et est prévu à l'article 317 du Code civil, du constat judiciaire de la possession d'état, prévu à l'article 330 et faisant partie des actions relatives à la filiation. Celui-ci prévoit que « la possession d'état peut

²¹⁴⁴ Cass., 1^{ère} civ., 2 décembre 2020, n°19-20.279 ; *D.* 2021. 657, obs. P. Hilt ; *AJ fam.* 2021. 55, obs. J. Houssier ; *RTD civ.* 2021. 114, obs. A.-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2021, n°37, note V. Égéa.

²¹⁴⁵ Pour de plus amples développements sur les différentes fonctions de la possession d'état v. par ex., MIRABAIL S., « Les différents rôles de la possession d'état en matière de filiation », *Dr. fam.* n°3, mars 2014, étude 2.

²¹⁴⁶ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°918.

être constatée, à la demande de toute personne qui y a intérêt, dans le délai de dix ans à compter de sa cessation ou du décès du parent prétendu ». Dérogeant quant au point de départ du délai de prescription, en raison de l'incompatibilité de la possession d'état avec le point de départ fixé à l'article 321 du Code civil, le délai de prescription a pour but d'atteindre un équilibre entre la reconnaissance d'une filiation vécue et la stabilité de l'état. Tout intéressé peut ainsi agir en constatation d'une possession d'état actuelle et a dix ans pour agir face à une possession d'état qui a cessé, afin d'éviter de faire « ressusciter » une possession d'état notamment à des fins successorales²¹⁴⁷.

535. Droit transitoire. En l'espèce, le délai discuté n'était pas le délai décennal prévu par l'ordonnance, mais le délai issu des dispositions de droit transitoire. En effet, l'action en constatation de la possession d'état obéissait, auparavant, au délai trentenaire de prescription qui a été réduit par l'ordonnance. Afin de ménager la transition face à cette réduction, il a donc été prévu, en application de l'article 2222 du Code civil, que « le nouveau délai court à compter du jour d'entrée en vigueur de la loi nouvelle ». L'ordonnance étant entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2006, l'action en constatation de la possession d'état se prescrivait, en l'espèce, au 1^{er} juillet 2016.

Le contrôle concret portait, à nouveau, sur les délais transitoires, considérés, de façon générale, comme plus favorables aux individus. Concrètement, dans l'affaire étudiée, la requérante avait ainsi quasiment bénéficié du délai dont elle aurait pu se prévaloir avant l'ordonnance, les dispositions transitoires ne le réduisant que trois ans. Cette faveur des délais à l'égard des individus explique-t-elle la sévérité des juridictions lorsqu'elles apprécient l'atteinte causée au droit au respect de la vie privée ? ²¹⁴⁸ La réponse laconique de la Cour de cassation semble signifier que oui. Celle-ci relève, en effet, que « la cour d'appel a pu, sans être tenue de procéder à une recherche que ces constatations rendaient inopérante, déduire que le délai de prescription qui lui était opposé respectait un juste équilibre et qu'il ne portait pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale », la cour d'appel s'étant uniquement fondé sur les quarante-cinq années pendant lesquelles l'action était recevable, dont vingt-sept durant lesquelles l'enfant avait pu agir lui-même.

²¹⁴⁷ *Ibid.*, n°930.

²¹⁴⁸ HOUSIER J., « Action en constatation de la possession d'état : la proportionnalité ne peut pas tout », *AJ fam.* 2021, p. 55

536. Confirmation : le contrôle n'est pas un correctif procédural. La décision permet de confirmer que le contrôle concret n'est pas une voie correctrice d'erreurs procédurales. Dans la continuité de l'arrêt du 1^{er} février 2017 relatif à une action en contestation de filiation dont le délai pour agir n'avait pas été interrompu par l'erreur d'assignation du demandeur²¹⁴⁹, la décision ici étudiée conforte l'absence d'effet interruptif d'une erreur de destinataire et surtout, ne laisse aucun doute quant au fait que le contrôle concret ne viendra pas réparer cette erreur. En effet, dans la décision de 2017, le contrôle n'avait pas été réellement demandé par le requérant qui évoquait seulement l'atteinte à son droit au respect de la vie privée, contrairement à la décision actuelle où l'argumentaire était plus étoffé.

Plus généralement, il ressort de la décision la confirmation de l'opportun cadrage de la Cour de cassation : s'il est nécessaire de répondre aux demandes de contrôle concret, la simple demande n'ouvre pas droit à mettre de côté la règle²¹⁵⁰. Peu importe la nature de l'action ou même la personne à l'origine de l'action, le contrôle est rigoureusement encadré en matière familiale. Aucun individu ne bénéficie d'un privilège particulier dans la mise en œuvre du contrôle, seules les circonstances concrètes et la balance des intérêts en fonction de ces éléments concrets seraient susceptibles de faire basculer la demande en faveur du requérant. Abstraitement, l'enfant, même privé de l'un de ses liens de filiation, doit respecter, par principe, l'encadrement procédural de l'action. La mise en œuvre du contrôle ne perturbe pas, dès lors, « l'imbrication du droit substantiel et du droit procédural en la matière »²¹⁵¹. L'encadrement procédural en matière familiale répond, en effet, aux enjeux du domaine et participe à l'effectivité de l'équilibre normatif. D'une part, des ajustements procéduraux existaient déjà avant le contrôle concret pour s'adapter aux situations, le simple report légal de la prescription à la majorité de l'enfant²¹⁵² l'illustre. Cette prise en considération participe largement à la rigueur de la Cour de cassation dans l'encadrement du contrôle, les circonstances devant être particulièrement exceptionnelles pour rendre disproportionnée l'atteinte. D'autre part, le contrôle intègre ces enjeux dans son raisonnement en leur donnant, en matière familiale, un poids important, afin de ne pas faire de cette voie « une sorte d'échappatoire à toutes les contraintes

²¹⁴⁹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2017, n°15-27.245 ; D. 2017. 599, note Guyon-Renard ; *ibid.* 729, obs. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 2018. 641, obs. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2017. 203, obs. Houssier ; RTD civ. 2017. 363, obs. Hauser ; D. 2018. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; Dr. fam. 2017. 101, note Fulchiron.

²¹⁵⁰ ÉGÉA V., « Le délai décennal de prescription résiste au contrôle de proportionnalité », Dr. fam. n°3, mars 2021, comm. 37.

²¹⁵¹ *Ibid.*

²¹⁵² Art. 321 C. civ.

procédurales »²¹⁵³ garantissant ainsi le respect des fondements du droit de la filiation et ses équilibres.

537. Fatalité du seul écoulement du temps. L'écoulement du temps est suffisant, en l'espèce, pour justifier que la requérante aurait pu agir dans les délais. Aucun élément dans la décision n'indique pourquoi elle a agi si tardivement. C'est ainsi davantage le délai abstrait dont elle bénéficiait qui est soumis au contrôle²¹⁵⁴, aucune circonstance concrète ne venant, d'ailleurs, expliquer pourquoi l'action était si tardive. Le seul élément certain est l'erreur dans l'assignation auquel il faut ajouter la connaissance de l'existence et de l'identité des héritiers par la requérante. Ces derniers éléments ne sont pourtant pas exploités dans le contrôle concret, mais sont évoqués, car ils rendent la première branche de son moyen irrecevable. La requérante avait, en effet, tenté de justifier son erreur par cette ignorance afin d'obtenir l'interruption du délai. La légèreté de l'argumentaire concret emporte malgré tout la conviction²¹⁵⁵ : pourquoi avoir mis tant de temps pour agir ? Il est difficile de justifier une action si tardive, *a fortiori* si l'enfant connaissait l'identité de l'homme depuis sa naissance. Dans un tel contexte et avec un important délai pour agir, il est ainsi complexe de trouver des circonstances qui seraient susceptibles de justifier la mise de côté de la prescription, si ce n'est des raisons exclusivement fondées sur une certaine empathie découlant de la déception qu'il est facile d'imaginer chez la requérante²¹⁵⁶.

538. Intérêt patrimonial dissimulé ? Pour autant, il est néanmoins possible de se questionner sur le but de la prescription dans un tel contexte. Du point de vue de l'enfant et de l'homme décédé, aucune raison ne semble réellement justifier qu'un délai de prescription empêche l'établissement du lien. Aucun conflit privé n'est à relever dans une telle situation, la certitude de la paternité paraît acquise, seul le décès prématuré du père explique l'absence de lien de filiation et aucun homme ne semble vouloir ou avoir voulu occuper la place. Dans une telle optique, le droit à l'identité conduirait davantage à établir un lien que personne ne remet en question qu'à refuser de l'établir. La nature de la possession d'état limite, cependant, cette

²¹⁵³ ÉGÉA V., « Le délai décennal de prescription résiste au contrôle de proportionnalité », *Dr. fam.* n°3, mars 2021, comm. 37.

²¹⁵⁴ LEROYER A.-M., « La prescription des actions relatives à la filiation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité : une épreuve inutile ? », *RTD civ.* 2021, p. 121.

²¹⁵⁵ Dans le même sens, GAREIL-SUTTER L., « Contrôle de proportionnalité et filiation : toujours pas d'atteinte disproportionnée », *Dalloz actualité*, 14 janvier 2021.

²¹⁵⁶ GAREIL-SUTTER L., « Contrôle de proportionnalité et filiation : toujours pas d'atteinte disproportionnée », *Dalloz actualité*, 14 janvier 2021.

affirmation. L'établissement de la filiation par possession d'état repose, en effet, sur une logique inverse des autres modes d'établissement de la filiation : la constitution du lien résulte de la possession d'état c'est-à-dire du fait, pour le parent, de se comporter comme tel, tandis que les autres modes d'établissement reposent sur la création d'un lien de droit duquel résulte des droits et obligations pour le parent²¹⁵⁷. Établir, cinquante ans après le décès d'un homme, un lien de filiation par une modalité fondée sur un comportement parental impliquerait une justification quelque peu superficielle, le comportement parental étant nécessairement *anténatal* et surtout très lointain. Les preuves en deviennent, de plus, complexes à apporter avec l'écoulement du temps. L'équilibre normatif et l'encadrement procédural qui permet de l'atteindre commencent, ainsi, à apparaître, justifiant l'irrecevabilité d'une action si tardive. Dans cette optique, la stabilité de la situation est susceptible de justifier un refus d'établissement. Établir le lien aurait comme principale conséquence un effet successoral²¹⁵⁸. Le père étant décédé depuis cinquante ans, la réouverture de la succession ne manquerait pas de causer un certain nombre de difficultés. L'encadrement procédural des actions relatives à la filiation a notamment pour but la stabilité et la sécurisation de la cellule familiale ainsi que les intérêts des tiers, afin de préserver la paix des familles²¹⁵⁹. Si l'arrêt n'évoque pas l'intérêt patrimonial de la requérante, le contexte laisse néanmoins suspecter que tel était son but²¹⁶⁰. Dans cette optique, il serait possible de traduire la rigueur de la Cour de cassation comme un verrouillage nécessaire pour que le contrôle concret ne soit pas une voie procédurale permettant d'attiser ou de créer des conflits familiaux et renforçant, ainsi, l'équilibre normatif visant l'apaisement.

²¹⁵⁷ ÉGÉA V., *Droit de la famille*, op. cit., n°728.

²¹⁵⁸ Art. 887-1 C. civ : « Le partage peut être également annulé si un des cohéritiers y a été omis. L'héritier omis peut toutefois demander de recevoir sa part, soit en nature, soit en valeur, sans annulation du partage. Pour déterminer cette part, les biens et droits sur lesquels a porté le partage déjà réalisé sont réévalués de la même manière que s'il s'agissait d'un nouveau partage ».

²¹⁵⁹ V. *supra* n°499 et s.

²¹⁶⁰ GAREIL-SUTTER L., « Contrôle de proportionnalité et filiation : toujours pas d'atteinte disproportionnée », *Dalloz actualité*, 14 janvier 2021. Pour de plus amples développements quant au rapprochement de l'action tardive et de l'objectif patrimonial du requérant v. *supra* n°506.

§II. L'utilité de la possession d'état comme mode d'établissement de la filiation

539. Utilités et dérivées potentielles. Modalité d'établissement de la filiation subsidiaire, la possession d'état est davantage utilisée dans sa fonction consolidatrice d'un titre. Sorte de correctif, elle n'en reste pas un moins un mode d'établissement de la filiation afin de pallier tout défaut d'établissement par effet de la loi ou par reconnaissance. Ce caractère palliatif confirme l'utilité actuelle, bien que relative, de la possession d'état comme mode d'établissement de la filiation (A.). Pour autant, les ambiguïtés de l'ordonnance de 2005 quant à son régime, spécialement de contestation, laissent présager une utilité renouvelée de ce mode d'établissement, en perspective des évolutions des configurations familiales (B.).

A. L'utilité actuelle de la possession d'état au titre des modes d'établissement de la filiation

540. Utilité principale de l'action en constatation de la PE : le père prédécédé. L'action en constatation de la possession d'état est un mode subsidiaire d'établissement de la filiation. En effet, par principe, la filiation s'établit hors contentieux, par effet de la loi²¹⁶¹, reconnaissance²¹⁶², voire par l'acte de notoriété²¹⁶³. Le recours au juge dans l'établissement de la filiation illustre une difficulté quant à l'établissement du lien. Si souvent cette difficulté est de l'ordre du conflit parental, l'action en constatation de la possession d'état n'a pas réellement pour rôle de résoudre ce conflit, l'action en recherche de paternité ou de maternité étant plus efficace pour atteindre cet objectif. L'action en constatation de la possession, dans le droit contemporain²¹⁶⁴, semble quant à elle, principalement utile pour dépasser un défaut d'établissement en dehors d'une hypothèse de conflit parental²¹⁶⁵. Le cas du décès du parent avant qu'il ait volontairement établi un lien de filiation est, ainsi, « l'un des intérêts essentiels

²¹⁶¹ Art. 312 et 311-25 C. civ.

²¹⁶² Art. 316 et s. C. civ.

²¹⁶³ Art. 317 C. civ.

²¹⁶⁴ Pour de plus amples développements quant à l'établissement de la filiation par possession d'état avant l'ordonnance de 2005 v. par ex., ÉGÉA V., *Droit de la famille*, op. cit., n°729 ; TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille*, op. cit., n°661 et s.

²¹⁶⁵ LAMARCHE M., « Quelle vérité pour quelle réalité au fondement de la filiation établie par possession d'état ? », *Dr. fam.* n°2, février 2023, comm. 20 ; MIRABAIL S., « La possession d'état revisitée : une révolution juridique ! », *Gaz. Pal.*, 28 mars 2023, n°11, n°445s9, p. 9.

de l'action »²¹⁶⁶, d'autant plus que l'action peut-être intentée « par toute personne qui y a intérêt », permettant aux grands-parents de faire valoir leur ascendance²¹⁶⁷. Plus précisément, l'action a un intérêt principalement pour établir la filiation paternelle si les parents n'étaient pas mariés à la naissance de l'enfant. En effet, le décès de l'un des membres d'un couple marié avant la naissance de l'enfant ne fait pas obstacle à l'établissement des liens de filiation par effet de la loi à l'égard du père ou de la mère. La déclaration de naissance permettra ainsi d'établir la filiation à l'égard d'une mère qui serait décédée dans un temps proche de l'accouchement²¹⁶⁸ et la présomption de paternité permettra d'établir la filiation de l'époux décédé au cours de la grossesse ou concomitamment à l'accouchement²¹⁶⁹. L'action en constatation de la possession d'état pallie, dès lors, un défaut de reconnaissance paternelle.

541. Utilité plus générale : déduire d'un comportement un lien de filiation. En dehors de l'hypothèse du père prédécédé, l'action en constatation de la possession permet également d'établir un lien de filiation reposant sur le constat d'un comportement parental effectif. Derrière cette règle, existe l'idée que le comportement « révèle » le lien de filiation et de parenté, ce qui s'illustre par la lecture de l'article 311-1 du Code civil qui évoque également les principaux éléments susceptibles de caractériser une possession d'état, la réunion suffisante de faits comprenant le *nomen*, la *fama* et le *tractatus*²¹⁷⁰. Or, cette modalité d'établissement de la filiation pose aujourd'hui question : la parenté sociale et affective doit être conciliée avec la réalité biologique qui s'est imposée dans le contentieux de la filiation. Autrement dit, l'action en constatation de la possession peut-elle être utilisée par une personne prenant en charge l'enfant comme étant son parent tout en sachant qu'elle n'a pas de lien de sang avec lui ? Au regard des enjeux actuels sur la parenté d'intention, cette articulation se doit d'être précisée,

²¹⁶⁶ HOUSIER J., « Action en constatation de la possession d'état : la proportionnalité ne peut pas tout », *AJ fam.* 2021, p. 55.

²¹⁶⁷ V. sur ce point, pour une illustration récente, CA Angers, 23 mars 2023, n°21/022187 et le commentaire de la décision, SIFFREIN-BLANC C., « Constatation de la possession d'état : moyen unique d'établir un lien de parenté avec les grands-parents du père défunt », *Dr. fam.* n°7-8, juillet 2023, comm. 105.

²¹⁶⁸ Art. 312 C. civ.

²¹⁶⁹ Art. 312 C. civ.

²¹⁷⁰ Art. 311-1 C. civ. : « 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 ».

l'action étant de plus en plus susceptible d'être mobilisée, car correspondant à la réalité de la parenté d'intention. Les débats quant au rapport preuve biologique – constat de la possession d'état ne sont pas nouveaux²¹⁷¹. Néanmoins, le renouvellement des configurations familiales conjugué aux évolutions normatives et jurisprudentielles ont conduit à une considération accrue à l'égard de l'action en constatation de la possession d'état, voie potentielle de réponses aux revendications individuelles.

542. Utilité individuelle du recours à l'action en constatation. Pourquoi utiliser l'action en constatation de la possession d'état plutôt qu'un mode non contentieux d'établissement, bien moins contraignant et n'imposant pas la preuve d'un lien de sang lors de leur mise en œuvre ? L'action en constatation de la possession d'état offre, comme avantage principal, la possibilité d'obtenir dans le même temps, l'ensemble des effets découlant de l'établissement du lien, le juge étant compétent pour se prononcer sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien de l'enfant et la dévolution du nom²¹⁷². Au contraire, un établissement non contentieux plus d'un an après la naissance de l'enfant impose au parent de saisir, dans un second temps, un juge afin qu'il se prononce quant à l'éventuelle modification du nom et de la fixation de l'exercice de l'autorité parentale²¹⁷³. De plus, dans un objectif de stabilité du lien, « le recours au juge est de nature à limiter le risque de remise en cause de la

²¹⁷¹ Sur l'objet de la preuve v. Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 2004, n°00-11.453 ; *D.* 2004, p. 1423, obs. F. Granet-Lambrechts ; CA Lyon, 28 oct. 2003, n°02/02544 ; sur l'expertise qui n'est pas de droit en la matière mais rendu sous l'empire des anciens textes v. Cass. 1^{ère} civ., 6 déc. 2005, n°03-15.588 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 26, P. Murat ; sur le refus de la preuve biologique pour prouver la possession d'état dans le cadre d'une action en constatation mais rendu sous l'empire des anciens textes v. Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 2011, n°08-20.475 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 150, C. Neirinck ; *Procédures* 2011, comm. 270, M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2011, p. 376, obs. F. Chénédé ; *D.* 2011, p. 1757, obs. C. Siffrein-Blanc ; *D.* 2012, p. 312, obs. H. Gaumont-Prat, p. 1038, obs. M. Douchy-Oudot et p. 1435, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2011, p. 524, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2011-10/42, obs. T. Garé.

²¹⁷² Art. 331 C. civ. : « Lorsqu'une action est exercée en application de la présente section, le tribunal statue, s'il y a lieu, sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et l'attribution du nom ».

²¹⁷³ Art. 372 C. civ., al. 2 : « Lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant ou, dans le cas d'un établissement de la filiation dans les conditions prévues au chapitre V du titre VII du présent livre, lorsque la mention de la reconnaissance conjointe est apposée à la demande du procureur de la République » ; art. 311-24-2, al. 3. C. civ. : « En outre, le parent qui n'a pas transmis son nom de famille peut adjoindre celui-ci, à titre d'usage, au nom de l'enfant mineur. Cette adjonction se fait dans la limite du premier nom de famille de chacun des parents. Il en informe préalablement et en temps utile l'autre parent exerçant l'autorité parentale. Ce dernier peut, en cas de désaccord, saisir le juge aux affaires familiales, qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant ».

filiation si elle venait à être établie »²¹⁷⁴, contrairement aux modes d'établissement non contentieux qui sont plus facilement discutables. La reconnaissance est susceptible de faire l'objet d'une opposition ou d'une action en contestation qui fera tomber la filiation non conforme à la réalité biologique. L'acte de notoriété est, lui aussi, contestable²¹⁷⁵, bien que la place de la vérité biologique soit ambiguë dans le contentieux de la possession d'état²¹⁷⁶. En ce sens, la doctrine estime, majoritairement, que si le constat notarial ou judiciaire de la possession d'état n'implique pas de vérification quant au lien biologique, la preuve biologique est recevable au stade de la contestation²¹⁷⁷. L'établissement par possession d'état serait, comme tous les autres modes d'établissement, une présomption de vérité biologique, présomption qui peut être renversée.

B. L'utilité renouvelée de la possession d'état ?

543. Quid si l'action est intentée en connaissance de l'absence de lien biologique ?

Les ambiguïtés de l'ordonnance de 2005 quant aux rapports possession d'état – preuve biologique gagnent en importance avec le développement du pluralisme familial²¹⁷⁸. Le recours aux techniques d'assistance médicale à la procréation favorise, par exemple, le développement des configurations familiales dans lesquelles une personne prend en charge un enfant, se comporte comme son parent et même se considère comme tel, tout en sachant qu'aucun lien biologique n'existe entre elle et l'enfant. Dès lors, le recours à la possession d'état comme mode d'établissement de la filiation est susceptible d'être une voie permettant la consécration

²¹⁷⁴ SUPIOT E., « L'établissement de la filiation par possession d'état : nouvelles perspectives », *Dalloz actualité*, 8 décembre 2022.

²¹⁷⁵ Art. 335 C. civ.

²¹⁷⁶ TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°665 ; MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°932 et s. et 1008 et s.

²¹⁷⁷ Pour un positionnement favorable à une place limitée de l'expertise biologique dans le contentieux de la possession d'état v. par ex., MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°932 et s. ; TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°665 ; LAMARCHE M., « Quelle vérité pour quelle réalité au fondement de la filiation établie par possession d'état ? », *Dr. fam.* n°2, février 2023, comm. 20 ; HILT P., « Établissement de la filiation. – Action en constatation de la possession d'état », *Jcl. Civil Code*, fasc. unique, art. 330, 24 février 2021, MIRABAIL S., « Les différents rôles de la possession d'état en matière de filiation », *Dr. fam.* n°3, mars 2014, étude 2 ;

Pour un positionnement considérant que les preuves doivent exclusivement concerner l'état de fait que constitue la possession d'état et ainsi conduit à s'opposer à tout recours à la preuve biologique v. par ex. ÉGÉA V., *Droit de la famille, op. cit.*, n°847 et s.. SUPIOT E., « L'établissement de la filiation par possession d'état : nouvelles perspectives », *Dalloz actualité*, 8 décembre 2022.

²¹⁷⁸ SAULIER M., « Prescription, contrôle de proportionnalité et motivation des décisions de la Cour de cassation », *AJ fam.* 2016, p. 601.

juridique de leur parenté de fait. Fondée sur une réalité sociale et affective, la possession d'état semble, de prime abord, particulièrement adaptée à leur situation puisque l'objet principal du constat, qu'il soit notarié ou judiciaire, est de prouver l'existence d'un état de fait peu discutable dans une situation où le parent potentiel élève l'enfant. Pour autant, le fait que l'objet du constat ne soit pas de prouver le lien biologique permet-il d'admettre que la filiation sera établie en l'absence avérée de tout lien biologique ? L'admettre conduirait à transformer le constat d'une possession d'état en « reconnaissance rétrospective par le juge d'un comportement semblable à celui de parent »²¹⁷⁹ créant un important risque de détournement du modèle filiatif fondé sur la vraisemblance biologique. Un comportement parental dont on déduit un lien de filiation est, en effet, classiquement réglé sur le terrain de l'adoption, l'adoption de l'enfant du conjoint et l'extension à tous les modes de couple répondant, en particulier, à la situation de l'enfant élevé par un adulte qui sait ne pas l'avoir mis au monde. Dès lors, que faire quand, *ab initio*, la certitude de l'absence de lien est acquise ? C'est la question qui a été posée à la Cour de cassation récemment par le biais de la demande d'avis prévue à l'article L. 441-1 du COJ, relativement à l'action en constatation de la possession d'état.

544. Demande d'avis. La question posée à la Cour de cassation était formulée ainsi : « dans la mesure où l'article 311-1 du Code civil prévoit que la réunion suffisante de faits caractérisant la possession d'état est censée "révéler" le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir, une filiation à l'égard d'un demandeur dont il est constant qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant peut-elle être établie dans le cadre de l'action en constatation de la possession d'état prévue à l'article 330 du Code civil ? ». Dans un avis du 23 novembre 2022²¹⁸⁰, la Cour de cassation répond en affirmant que « la circonstance que le demandeur à l'action en constatation de la possession d'état ne soit pas le père biologique de l'enfant ne représente pas, en soi, un obstacle au succès de sa prétention. Il appartient au juge, en considération des éléments de l'espèce, d'apprécier si les conditions de la possession d'état posées par les articles 311-1 et 311-2 précités sont remplies ». Plusieurs éléments ressortent de cet avis. Si quelques certitudes sont apportées quant à l'articulation de

²¹⁷⁹ LAMARCHE M., « Quelle vérité pour quelle réalité au fondement de la filiation établie par possession d'état ? », *Dr. fam.* n°2, février 2023, comm. 20.

²¹⁸⁰ Cass., 1^{ère} civ., 23 novembre 2022, avis n°22.70-013 ; *D.* 2023. 523, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 2023. 662, obs. P. Hilt ; *AJ fam.* 2023. 233, obs. Saulier ; *RTD civ.* 2023. 81, obs. A.-M. Leroyer ; *JCP* 2022, n°1352, note Favier ; *Dr. fam.* 2023, n°20, obs. M. Lamarche.

l'action en constatation de la possession d'état et au recours à la preuve biologique, deux lectures peuvent être faites quant à la portée de la décision.

545. *Certitudes.* Il ressort de l'avis de la Cour de cassation une certitude : l'absence de lien biologique entre le parent prétendu et l'enfant n'est pas rédhibitoire au succès d'une action en constatation de la possession d'état. Cette affirmation n'est pas réellement surprenante²¹⁸¹ : constatant un état de fait, le juge n'a pas à s'intéresser à l'existence d'un lien biologique, mais doit vérifier si une réunion suffisante de faits caractérise l'existence d'une possession et que les critères posés à l'article 311-2 du Code civil, à savoir l'obligation pour la possession d'état d'être continue, paisible, publique et non équivoque sont remplis. La possession d'état étant une apparence de parenté, il est, dès lors, indifférent que le lien biologique de parenté soit avéré tant que la configuration parentale laisse présumer une réalité biologique. Dans cette perspective, la Cour de cassation semble considérer que la connaissance de l'absence de lien biologique *ab initio* ne perturbe pas le rôle du juge qui doit toujours se concentrer sur la caractérisation de la possession d'état. Deux interprétations à la décision sont possibles quant à la portée de cette affirmation : une portée extensive et une portée plus limitée.

546. *Enjeux.* La connaissance *ab initio* de l'absence de lien biologique entre le demandeur à l'action en constatation de la possession d'état et l'enfant n'est pas dénuée d'intérêt, au contraire. En effet, la demande d'avis conduit à se questionner sur le sens donné à la possession d'état et, en particulier, sur un possible détachement total entre constat d'une possession d'état et filiation biologique. Selon la portée donnée à la décision, la possession d'état serait ainsi susceptible de se renouveler au point de devenir « une filiation distincte de la filiation biologique »²¹⁸², densifiant encore davantage les incohérences du droit commun de la filiation²¹⁸³. Admettre d'établir judiciairement une filiation par possession d'état en connaissance de l'absence de lien biologique serait, en ce sens, une sorte de « renonciation définitive à la vérité biologique »²¹⁸⁴ qui ne pourra plus être utilisée pour remettre en question

²¹⁸¹ SAULIER M., « À quoi sert la possession d'état d'enfant ? », *AJ fam.* 2023, p. 233 ; SUPLOT E., « L'établissement de la filiation par possession d'état : nouvelles perspectives », *Dalloz actualité*, 8 décembre 2022.

²¹⁸² TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°665.

²¹⁸³ MIRABAIL S., « La possession d'état revisitée : une révolution juridique ! », *Gaz. Pal.*, 28 mars 2023, n°11, n°445s9, p. 9.

²¹⁸⁴ LAMARCHE M., « Quelle vérité pour quelle réalité au fondement de la filiation établie par possession d'état ? », *Dr. fam.* n°2, février 2023, comm. 20.

le lien établi. Seule la remise en question de la possession d'état en elle-même serait susceptible d'annuler le lien, ce qui impliquerait de prouver que la possession d'état n'était pas caractérisée.

547. Portée limitée. Une première interprétation de la décision conduit à donner une portée limitée à l'avis de la Cour de cassation et s'inscrirait dans l'esprit du modèle filiatif fondé sur la vraisemblance biologique, limitant dès lors le développement de nouvelles incohérences. Elle conduit à estimer que si l'action en constatation est recevable, la réalité biologique serait néanmoins susceptible d'empêcher son succès. Deux possibilités découlent de cette interprétation.

548. Portée limitée : le caractère non équivoque de la possession d'état. La première conduirait à discuter, dans le cadre de l'action en constatation, l'équivocité de l'existence de la possession d'état en raison de la certitude de l'absence de lien biologique²¹⁸⁵. Critère inspiré de la possession du droit des biens, l'équivocité a justement pour but d'éviter que l'établissement de la filiation par possession d'état ne permette de contourner les interdictions d'établissement d'un lien de filiation charnel ou adoptif, par le simple fait de se comporter comme parent²¹⁸⁶. Néanmoins, il ne semble pas que cette voie soit celle envisagée par la Cour de cassation. Celle-ci paraît, en effet, laisser présager dans l'avis que la prétention du demandeur n'est pas nécessairement vouée à l'échec. Or, il semblerait peu probable que la condition d'équivocité conduise, dans certaines situations à faire fi du lien biologique quand dans d'autres, le lien biologique ferait obstacle à l'action, en particulier car l'équivocité est invoquée afin d'éviter les détournements, la démarche étant ici nécessairement un contournement des règles de l'adoption²¹⁸⁷. La discussion quant à l'équivocité conduirait ainsi à ne jamais constater une

²¹⁸⁵ En ce sens, v. SUPIOT E., « L'établissement de la filiation par possession d'état : nouvelles perspectives », *Dalloz actualité*, 8 décembre 2022 ; LAMARCHE M., « Quelle vérité pour quelle réalité au fondement de la filiation établie par possession d'état ? », *Dr. fam.* n°2, février 2023, comm. 20 ; MIRABAIL S., « Les différents rôles de la possession d'état en matière de filiation », *Dr. fam.* n°3, mars 2014, étude 2.

²¹⁸⁶ V. par ex. sur la question de la GPA : Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 10-19.053, n° 09-17.130 ; D. 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; D. 2011. 1001, édito. F. Rome ; D. 2011. 1064, entretien P. Labbée ; D. 2011. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; D. 2011. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; D. 2012. 308, spéc. 320, obs. J.-C. Galloux ; D. 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; D. 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seske ; *AJ fam.* 2011. 262, obs. B. Haftel ; *AJ fam.* 2011. 266, interview Domingo ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2011. 722, note P. Hammje.

²¹⁸⁷ Dans le même sens, SUPIOT E., « L'établissement de la filiation par possession d'état : nouvelles perspectives », *Dalloz actualité*, 8 décembre 2022 ; LAMARCHE M., « Quelle vérité pour quelle réalité au fondement de la filiation établie par possession d'état ? », *Dr. fam.* n°2, février 2023, comm. 20.

possession d'état en connaissance de l'absence de lien biologique,²¹⁸⁸ ce qui s'inscrit à contretemps de ce que laisse entendre la Cour de cassation.

549. Portée limitée : distinguer la constatation de la contestation de la possession d'état. La seconde possibilité serait de distinguer le constat de la possession d'état de la contestation de la possession d'état²¹⁸⁹. Au stade du constat, la preuve biologique n'est pas attendue et le juge n'a pas à s'intéresser à cet aspect, même s'il a la certitude que le lien n'existe pas. La logique d'un établissement présumant la vérité biologique est conservée, certes de façon un peu extensive, mais qui permet de ne pas rapprocher excessivement possession d'état et réalité biologique. Néanmoins, la présomption est simple, ce qui implique d'admettre le recours à la preuve biologique quand le lien de filiation qui a été établi grâce à cette possession d'état non conforme à la réalité biologique est discuté. L'objet de la preuve serait, ainsi, variable selon l'objet de l'action, peu importe la voie empruntée pour agir : si l'action a pour but de discuter de l'existence de la possession d'état, la preuve biologique ne serait pas recevable, tandis que si l'action a pour but de contester le lien établi, la preuve biologique le serait²¹⁹⁰.

550. Limites de la distinction. Si l'approche est séduisante en ce qu'elle s'inscrit dans la logique du droit de la filiation qui n'est pas, par principe, hostile à des filiations non conformes à la réalité biologique²¹⁹¹, il n'en demeure pas moins qu'elle soulève quelques incertitudes. Si l'on suit cette logique, cela impliquerait de refuser le recours à la preuve biologique en cas de tierce opposition à l'action en constatation puisque l'objet du litige viserait davantage à s'opposer à la réalité de la possession d'état qu'au lien établi²¹⁹². Surtout, le terrain de la contestation reste à clarifier, la contestation de la possession d'état constatée judiciairement n'étant pas clairement prévue dans le Code civil²¹⁹³. L'article 335 du Code civil prévoit, en effet, exclusivement la contestation d'une possession d'état établie par

²¹⁸⁸ Dans le même sens MIRABAIL S., « Les différents rôles de la possession d'état en matière de filiation », *Dr. fam.* n°3, mars 2014, étude 2.

²¹⁸⁹ Favorables à cette position : MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1008 ; LAMARCHE M., « Quelle vérité pour quelle réalité au fondement de la filiation établie par possession d'état ? », *Dr. fam.* n°2, février 2023, comm. 20 ; LEROYER A.-M., « Un avis très commenté de la Cour de cassation sur la possession d'état », *RTD civ.* 2023, p. 81.

²¹⁹⁰ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n° 1011 et s.

²¹⁹¹ On pense par exemple au contentieux des reconnaissances mensongères. Sur ce point, v. *supra* n°522.

²¹⁹² *Contra* ÉGÉA V., *Droit de la famille, op. cit.*, n°850.

²¹⁹³ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°1011 ; ÉGÉA V., *Droit de la famille, op. cit.*, n°851.

acte de notoriété. Les articles 333 et 334 considèrent, quant à eux, davantage la possession d'état dans son rôle consolidateur et non comme un titre. Comment, dès lors, faire jouer le régime de contestation quand la possession d'état est à la fois le titre et son fondement ? Faudrait-il considérer que le titre est corroboré par la possession à partir du jugement et faire jouer la prescription à partir de ce jugement ? Le point de départ des délais de prescription est difficilement conciliable avec une telle situation et seule une lecture extensive des textes et une analogie avec le point de départ prévu à l'article 335 permettraient de tirer un régime cohérent. Le titre sera constitué par le jugement qui en devient, comme l'est le constat notarié, le point de départ du délai et la continuité de la possession d'état, dans les faits, jouera classiquement son rôle consolidateur. L'inconvénient d'une telle lecture serait, cependant, de faire « perdre le bénéfice » des années où la possession d'état existait exclusivement en fait, ces années servant exclusivement à permettre de constater la possession d'état, mais non de consolider le titre. Néanmoins, cet inconvénient ne semble pas suffisant pour refuser l'adaptation proposée du régime général de contestation à la contestation d'une possession d'état constatée juridiquement.

551. *Portée extensive de l'avis : absence totale de recours à la preuve biologique.*

Une portée extensive de la décision conduit, au contraire, à considérer qu'en établissant un lien de filiation par la constatation judiciaire de la possession en connaissance de l'absence de lien biologique, la preuve biologique ne peut pas servir de preuve sur le terrain de la contestation. Seule la preuve de la non-réalité de la possession permettrait à l'action en contestation d'aboutir. Plus concrètement, c'est dire que tant que le parent s'occupe de l'enfant en cette qualité, son lien de filiation sera, dans les faits, incontestable même s'il sera possible d'agir. La possession d'état remplirait, dans cette hypothèse, ses deux fonctions en même temps, à savoir tant établir le lien que le renforcer, et ce, de façon plus rapide que pour les autres modes d'établissement de la filiation.

Une telle interprétation induirait, de toute évidence, d'importantes déstabilisations du droit de la filiation²¹⁹⁴. La possession d'état en deviendrait « un mode d'établissement fondé sur une vérité sociologique et d'intention »²¹⁹⁵. La seule limite à cette utilisation serait, assez paradoxalement, la vraisemblance de la réalité biologique devant être effective lors de la

²¹⁹⁴ MIRABAIL S., « La possession d'état revisitée : une révolution juridique ! », *Gaz. Pal.*, 28 mars 2023, n°11, n°445s9, p. 9.

²¹⁹⁵ SAULIER M., « Prescription, contrôle de proportionnalité et motivation des décisions de la Cour de cassation », *AJ fam.* 2016, p. 601.

constatation comme le rappelle la Cour de cassation dans l'avis, excluant les couples homosexuels de ce recours²¹⁹⁶. L'incongruité d'une telle limite risque de conduire à rapidement dépasser ce dernier barrage et ouvrirait la voie à un mode d'établissement à toutes les hypothèses de parenté d'intention, mais également de recomposition familiale. L'adoption au sein d'un couple en perdrait tout intérêt.

CONCLUSION SECTION I.

552. *Équilibres précaires.* L'avis de la Cour de cassation est restreint à la question qui lui avait été posée, illustrant l'importance des enjeux suscités. Symbole de la réalité protéiforme de la filiation, la possession d'état est centrale en la matière, mais reste complexe dans son utilisation, spécialement face au renouveau des configurations parentales, où l'engagement factuel et affectif est davantage prégnant. L'autolimitation de la Cour de cassation n'est, dans cette optique, pas réellement surprenante, tant sa réponse était susceptible de faire basculer les fondements du droit de la filiation. Cette même prudence laisse à penser que la portée de l'avis est très probablement limitée et ne signe pas la disparition totale de la preuve biologique dans le contentieux de la possession d'état.

Pour autant, la décision a pour apport principal de mettre en exergue la nécessité de clarifier le régime de contestation de la possession d'état et de le faire correspondre, dans la mesure du possible, au régime général de contestation, l'établissement de la filiation par possession d'état étant susceptible d'être un mode d'établissement davantage utilisé au regard des évolutions des configurations parentales et de l'assouplissement que vient d'apporter la Cour de cassation par son avis.

SECTION II : L'ACTION EN RECHERCHE DE PARENTE

553. *Paternités imposées.* Au titre des actions tendant à établir la filiation sont prévues les actions en recherche de paternité et de maternité. Unifiées au cours du XX^e siècle, les actions en recherche de paternité et de maternité obéissent désormais à une logique commune²¹⁹⁷. Elles restent relativement rares dans le contentieux, particulièrement l'action en

²¹⁹⁶ SAULIER M., « Prescription, contrôle de proportionnalité et motivation des décisions de la Cour de cassation », *AJ fam.* 2016, p. 601.

²¹⁹⁷ TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°636.

recherche de maternité²¹⁹⁸. La liberté de la femme de disposer de son corps lui permet, en effet, de décider de ne pas être mère ; si la grossesse survient, l'établissement de sa filiation sera, par effet de la loi, presque automatique, la femme peut également abandonner l'enfant, soit en accouchant dans le secret, soit en consentant à l'adoption ou en n'établissant pas sa filiation. L'action en recherche de paternité est un peu plus fréquente. La dissymétrie entre les sexes dans l'engendrement charnel place, en effet, l'homme dans une position où sa paternité est susceptible de dépendre du choix de la femme avec laquelle il a conçu l'enfant. Que ce soit parce que l'homme ne souhaite pas être père, ou parce que la mère ne l'a pas informé de l'existence de l'enfant, une action est ouverte à l'enfant afin de contraindre l'homme qui l'a mis au monde à établir un lien de filiation entre eux. À cet égard, la preuve biologique a largement contribué à la banalisation de l'action en recherche de paternité qui faisait, autrefois, l'objet de défiance, mais s'est progressivement imposée sur la fin du XX^e siècle²¹⁹⁹. Ces paternités imposées sont, aujourd'hui, contestées par les hommes ne souhaitant pas être père qui réclament une liberté de choix, comme en bénéficie la femme. Dès lors, il s'agira d'analyser la prise en considération de ces demandes à partir d'espèces concrètes, les réponses apportées par le contrôle concret permettant une réflexion plus généralisée sur la paternité imposée.

554. Décision maternelle. Deux types d'atteintes peuvent rendre irrecevable l'action en recherche de paternité. Celles-ci dépendent de la décision maternelle : si la mère décide d'élever l'enfant, seule la prescription permettra au père d'échapper à sa paternité ; si la mère décide d'abandonner l'enfant et que celui-ci est adopté, l'adoption crée une fin de non-recevoir à l'action en recherche. Engagement et dissimulations parentales sont ainsi très prégnants en la matière. Or, la différence de la nature de l'atteinte semble déterminante dans le traitement des paternités forcées, ce que l'étude de la prescription (§I.) puis de l'adoption (§II.) permettra de confirmer.

§I. L'action en recherche de paternité prescrite

555. Opportunité d'imposer une paternité. Comme toute action relative à la filiation, l'action en recherche de paternité est temporellement encadrée. Le délai pour agir est le délai décennal de droit commun prévu à l'article 321 du Code civil, suspendu pendant la minorité de

²¹⁹⁸ ÉGÉA V., *Droit de la famille, op. cit.*, n°756 et 763.

²¹⁹⁹ TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°636.

l'enfant. Le contrôle concret de conventionnalité a affecté cet encadrement, mettant en exergue le débat récurrent en droit de la filiation quant à l'opportunité d'imposer une paternité. Deux décisions seront utilisées afin de guider l'étude. Les décisions du 9 novembre 2016²²⁰⁰ et du 15 février 2023²²⁰¹ sont des actions intentées par l'enfant majeur, agissant un certain temps après l'expiration du délai. Au contraire, la décision du 11 septembre 2024²²⁰² sera utilisée à titre complémentaire et non comme fil conducteur de l'étude. En effet, en l'espèce, la loi applicable est la loi centrafricaine, qui encadre différemment la qualité et le délai pour agir²²⁰³, ne permettant pas, dès lors, une réflexion sur la norme française. Néanmoins, précisant certaines modalités du contrôle concret, elle viendra éclairer l'analyse.

L'étude de ces décisions permet de confirmer l'apport relatif de la confrontation de la prescription de l'action en recherche de paternité aux droits fondamentaux (A.), le régime actuel arbitrant tant bien que mal des intérêts difficilement conciliables. Néanmoins, les éléments mobilisés lors de ces décisions et l'analyse qui en découle permettent une généralisation de la réflexion quant à l'opportunité de maintenir les paternités forcées (B.).

A. La confrontation du régime de l'action en recherche de paternité aux droits fondamentaux

556. D'hier à aujourd'hui, nouvelle quête d'équilibre. L'action en recherche de paternité constitue « l'une des grandes questions du droit de la filiation »²²⁰⁴. Les questionnements relatifs à l'action ont cependant évolué corrélativement aux évolutions sur le terrain probatoire et au contexte sociétal. Autrefois inexistante, puis très limitée, en raison de la déperdition des preuves avec l'écoulement du temps et de la volonté de préserver la paix familiale²²⁰⁵, elle s'est, depuis l'ordonnance de 2005, libéralisée. Aujourd'hui, les certitudes biologiques sont acquises et susceptibles de lever le voile quant à l'identité d'un parent à tout

²²⁰⁰ Cass., 1^{ère} civ., 9 novembre 2016, n°15-25.068, *D.* 2016. 2337, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2017. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2016. 601, obs. M. Saulier ; *RTD civ.* 2017. 111, obs. J. Hauser ; *JCP* 2017, n°46, note V. Larribau-Terneyre ; *Dr. fam.* 2017, n°9, note H. Fulchiron.

²²⁰¹ Cass., 1^{ère} civ., 15 février 2023, n°21-18.427 ; *AJ fam.* 2023. 236, obs. J. Houssier.

²²⁰² Cass., 1^{ère} civ., 11 septembre 2024, n°22-18.478 ; *Dr. fam.* 2024, comm. 141, A. Molière.

²²⁰³ À la lecture de l'arrêt, il ressort que la loi centrafricaine prévoit un délai de deux ans pour agir, exercé par les représentants légaux au cours de la minorité et un délai d'un an réservé à l'enfant à sa majorité. En l'espèce, l'action a été intentée pendant la minorité mais après expiration du « premier » délai de prescription.

²²⁰⁴ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°951.

²²⁰⁵ Pour un historique de l'évolution de l'action depuis son admission en 1912, v. par ex TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°608 et s. ; MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°949 et s. ; LEROYER A.-M., *Droit de la famille, op. cit.*, n°832 et s.

instant. Toujours présente, la paix des familles n'est cependant plus un objectif prépondérant au temps des revendications égalitaires et identitaires et l'action en recherche de paternité tente désormais d'atteindre « prudemment »²²⁰⁶ un nouvel équilibre.

Avant de se concentrer sur la confrontation concrète du régime actuel aux droits fondamentaux (2.), il est auparavant nécessaire d'avoir une première vue sur le régime actuel et particulièrement, l'équilibre qu'il a cherché à atteindre (1.).

1- Le régime de l'action en recherche de paternité

557. Imposer l'établissement de la paternité. L'action en recherche de paternité repose sur une contrainte : imposer à un homme qui a engendré un enfant d'établir son lien de filiation à son égard. L'objectif sous-tendant est clair, il s'agit de protéger en premier lieu l'enfant²²⁰⁷, au minimum d'un point de vue alimentaire. L'action est cependant encadrée dans le temps dans une optique de stabilité de l'état et de garantie d'apaisement familial. De façon plus contemporaine, cet équilibre est contesté par le développement de l'argument égalitaire²²⁰⁸ : doit-on forcer un homme à devenir père s'il ne le souhaite pas, d'autant plus que la femme a un large pouvoir décisionnaire quant à sa propre maternité et peut imposer l'enfant à l'homme qui l'a conçu avec elle. Cette dissymétrie emporte avec elle des risques d'abus de la part de femmes, soit qu'elles dissimulent la conception, soit qu'elles mentent sur leurs intentions d'avoir un enfant ou de poursuivre la grossesse²²⁰⁹. L'égalité « volontariste et politique »²²¹⁰ qui se développe dans notre droit contemporain conduit, dès lors, à voir se renforcer le raisonnement selon lequel il y aurait une rupture d'égalité entre la femme qui peut accoucher dans le secret et l'homme qui n'a aucune possibilité de soustraire à sa paternité.

558. Régime de l'action en recherche de paternité. L'action en recherche de paternité est prévue à aux articles 327 et 328 du Code civil. C'est une action attitrée, exclusivement réservée à l'enfant, qui se prescrit selon le délai de dix ans édicté par l'article 321 du même code. L'action peut, à défaut de capacité pour agir de l'enfant mineur, être exercée par le représentant légal, la mère le plus souvent, durant la minorité. L'action est, dès lors,

²²⁰⁶ LEROYER A.-M., *Droit de la famille, op. cit.*, n°830.

²²⁰⁷ *Ibid.*, n°833.

²²⁰⁸ *Ibid.*, n°835.

²²⁰⁹ THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, op. cit.*, p. 98-99.

²²¹⁰ BIOY X., « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826.

ouverte en deux temps. Elle peut être exercée par la mère, au nom de l'enfant, de la naissance²²¹¹ à ses dix-huit ans, puis être exercée par l'enfant devenu majeur qui pourra agir jusqu'à ses vingt-huit ans. Exercée dans les délais, l'action aboutit facilement à l'établissement du lien au regard du régime de la preuve biologique : le refus illégitime du père présumé de se soumettre à une expertise peut être utilisé par le juge pour établir le lien si d'autres éléments le confortent²²¹². En somme, si la mère le souhaite, elle peut imposer la paternité, tout comme l'enfant devenu majeur, sans que l'homme ne puisse s'y soustraire, et ce, quelles que soient les circonstances²²¹³.

559. Refus transmission QPC. Les paternités forcées ont conduit à plusieurs demandes de QPC auxquelles la Cour de cassation s'est systématiquement opposée²²¹⁴. Deux arguments ont tenté d'être mobilisés. La majeure partie des décisions soutenait une atteinte au principe d'égalité, la femme bénéficiant du droit d'accoucher dans le secret quand l'homme ne peut jamais se soustraire à une paternité. Reprenant la jurisprudence habituelle du Conseil constitutionnel²²¹⁵, la Cour de cassation a écarté cet argument estimant que la question était dépourvue de caractère sérieux et rappelant que « au regard du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, dès lors que la maternité hors mariage est susceptible d'être judiciairement déclarée, comme la paternité hors mariage et dans les mêmes conditions procédurales, y compris en cas d'accouchement dans le secret, lequel ne constitue plus une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité », l'atteinte n'était pas caractérisée. La

²²¹¹ Sur les discussions quant au point de départ du délai de prescription v. TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°640 qui déduit de l'articles des articles 321 et 327 du Code civil, le début du point de départ du délai à la naissance, premier jour où le lien de filiation fait défaut à l'enfant.

²²¹² Cass., 1^{ère} civ., 28 mars 2000, n°98-12.806, *D.* 2000. 731, note T. Garé, *JCP* 2000. II. 10409, concl. Petit, note Monsallier-Saint-Mieux ; Cass., 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n°02-18.943, *D.* 2006, panor. 1200, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 2005, n°03-12.641, *RTD civ.* 2005. 584, obs. Hauser, *RJPF* 2005-11/36, note Garé.

²²¹³ FULCHIRON H., « Les paternités forcées : projet parental versus géniteur payeur », *Dr. fam.* janvier 2017, repère 1 ; Pour un plaidoyer en faveur de la fin des paternités forcées v. par ex. LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3, p. 6.

²²¹⁴ Cass., 1^{ère} civ., 28 mars 2013, n°13-40.001 ; *EDFP* 2013. 2, obs. A. Batteur ; *RTD civ.* 2013. 361 ; *D.* 2013. pan. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; Cass., 1^{ère} civ., 9 novembre 2016, n°15-20.547 ; *D.* 2017. 730, obs. F. Granet-Lambrechts ; Cass., 1^{ère} civ., 22 mars 2017, n°15-20.547 ; *D.* 2018. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Dr. fam.* 2017, comm. 126, note H. Fulchiron : Application du refus de transmission de la QPC et rejet de la requête qui visait également l'article 14 de la Convention, cet article n'étant pas autonome et devant être invoqué en combinaison avec un des droits ou libertés garantis par la Convention ; Cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 2019, n°19-16.634 ; *D.* 2019. 2350 ; *AJ fam.* 2020. 73, obs. M. Saulier ; *RTD civ.* 2020. 80, obs. A.-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2020, n°25, note H. Fulchiron.

²²¹⁵ V. *supra* n°221 et s.

différence de situation entre les hommes et les femmes, ainsi que la légitimation de l'accouchement dans le secret par des exigences de santé publique²²¹⁶ et l'absence de fin de non-recevoir quant à l'action en recherche de maternité²²¹⁷ conduisent, sans surprise²²¹⁸, la Cour à considérer l'absence d'atteinte au principe d'égalité.

La décision de 2019²²¹⁹ s'est fondée pour la première fois²²²⁰, en plus d'une atteinte présumée au principe d'égalité, sur une atteinte présumée au principe de liberté. La Cour de cassation écarte à nouveau l'argument, considérant que l'homme a les moyens de se prémunir d'une paternité par des moyens contraceptifs. La motivation peut sembler discutable²²²¹ et aurait pu être étayée par le caractère indisponible des actions d'état²²²². Elle fait davantage figure de leçon de morale, traduisant, peut-être à nouveau, le malaise des juridictions face aux paternités forcées²²²³, où aucune solution ne semble idéale d'un point de vue individuel.

560. Équilibre des intérêts et objectif protecteur. L'encadrement des paternités forcées repose sur un arbitrage d'intérêts complexe. L'objectif abstrait du texte est clair, il est préférable, pour l'enfant, d'avoir un double lien de filiation établi, ne serait-ce que pour satisfaire ses besoins matériels, à défaut pour le droit de pouvoir garantir le développement d'une relation affective. C'est donc l'intérêt pécuniaire de l'enfant qui est garanti²²²⁴, à défaut pour le droit de pouvoir déterminer son intérêt affectif²²²⁵. Cet intérêt individuel recoupe un intérêt collectif, la société a tout intérêt à ce que l'enfant soit pris en charge par ses deux parents, ces derniers se devant d'assumer les conséquences de leurs actes. Le développement du droit à l'identité sous l'influence de la jurisprudence européenne, ainsi que la considération particulière accordée à l'enfant, renforcent cet arbitrage. Imposer l'établissement du lien garanti, à l'enfant,

²²¹⁶ V. *infra* n°684.

²²¹⁷ Pour une critique v. LEROYER A.-M., *Droit de la famille, op. cit.*, n°836 ; pour de plus amples développements sur la fin de non-recevoir opposée à une action en recherche de maternité v. *infra* n°689 et s.

²²¹⁸ SAULIER M., « Parenté imposée : nouveau refus de transmission d'une QPC portant sur l'article 327 du Code civil », *AJ fam.* 2020, p. 73 ; LEROYER A.-M., « Ceux qui veulent et ne veulent pas être père », *RTD civ.* 2020, p. 80 ; FULCHIRON H., « Qui fait l'enfant doit l'assumer ! », *Dr. fam.* n°2, février 2020, comm. 25.

²²¹⁹ Cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 2019, n°19-16.634 ; *D.* 2019. 2350 ; *AJ fam.* 2020. 73, obs. M. Saulier ; *RTD civ.* 2020. 80, obs. A.-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2020, n°25, note H. Fulchiron.

²²²⁰ SAULIER M., « Parenté imposée : nouveau refus de transmission d'une QPC portant sur l'article 327 du Code civil », *AJ fam.* 2020, p. 73.

²²²¹ LEROYER A.-M., « Ceux qui veulent et ne veulent pas être père », *RTD civ.* 2020, p. 80.

²²²² LEROYER A.-M., *Droit de la famille, op. cit.*, n°836.

²²²³ KESSLER G., « Le droit de ne pas être père », *AJ fam.* 2017, p. 292.

²²²⁴ LEROYER A.-M., « Ceux qui veulent et ne veulent pas être père », *RTD civ.* 2020, p. 80.

²²²⁵ GOUËZEL A., « Les actions en contestation de filiation, nouveau champ d'intervention pour l'intérêt supérieur de l'enfant ? », *Dr. fam.*, n°4, avril 2014, étude 6.

la connaissance de ses origines personnelles, élément considéré, spécialement par la Cour européenne, comme fondamental en ce qu'il assure le développement et l'épanouissement personnel²²²⁶. En contrepartie, l'intérêt du père est relativisé, dans un premier temps, au profit de ces objectifs. Seul l'écoulement du temps, qui emporte avec lui l'impératif de paix des familles, revient sur cet arbitrage. Si le lien n'a pas été établi au bout de vingt-huit ans d'existence de l'enfant, le père se voit « libéré » de la menace d'une paternité dont il ne veut pas, notamment pour préserver la famille qu'il a pu construire par ailleurs ce qui justifie qu'il soit « à l'abri de plaintes tardives »²²²⁷. Ce renversement a également un but protecteur plus général : les tiers et la sécurité juridique sont pris en considération, la stabilité de l'état et la protection notamment de la famille que l'homme a pu se constituer sont préservées²²²⁸. L'ouverture de l'action à l'enfant et le délai de dix ans pour agir lui permettent de faire, lui-même, valoir ses droits confortant l'équilibre que tente d'atteindre le texte. Dans cette optique, au regard de la jurisprudence européenne²²²⁹, la conventionnalité abstraite du régime français paraît acquise²²³⁰ : l'ingérence au droit de l'enfant de voir son lien de filiation biologique établi est proportionnée en ce que l'enfant a un délai effectif pour agir, et le but poursuivi par l'ingérence est légitime en ce qu'il protège notamment la vie familiale que le père a pu créer et qui serait atteinte par des plaintes tardives²²³¹.

561. Action en responsabilité intentée contre le père. Les circonstances sont, cependant, susceptibles d'être prises en considération sur le terrain de la responsabilité civile. Selon les situations, le père et la mère peuvent voir leur responsabilité engagée.

À l'égard du père, sa responsabilité peut être engagée à défaut d'établissement du lien. Les décisions des cours d'appels sont, cependant, assez diversifiées dans leurs solutions en la

²²²⁶ V. par ex., CEDH, *Mikulic c. Croatie*, 7 février 2002, n°53176/99, §54 et 64 ; CEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003, n°42326/98 §29 et 42.

²²²⁷ CEDH, *Phinikaridou c. Chypre*, 20 décembre 2007, n°238990/02, §51.

²²²⁸ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité au service du respect des choix du législateur national », *Dr. fam.* n°1, janvier 2017, 9.

²²²⁹ V. *supra* n°167 et s.

²²³⁰ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°964 ; LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, *op. cit.*, n°839 et s. ; LARRIBAU-TERNEYRE V., « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *JCP G*, n°3, 16 janvier 2017, note 46.

²²³¹ Pour une vue d'ensemble sur le positionnement de la Cour européenne en matière de filiation v. FULCHIRON H., « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la Cour EDH », *préc.*, p. 137-153.

matière. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles²²³² a pu considérer que le refus d'assumer sa paternité ne constituait pas une faute, au contraire de la Cour d'appel de Caen qui a qualifié de fautif le même comportement en raison de la connaissance de l'existence de l'enfant²²³³. En tout état de cause, les circonstances sont peu susceptibles de jouer sur l'engagement de la responsabilité du père : en s'abstenant d'établir, soit la cour d'appel considèrera que l'abstention est fautive, soit elle ne retiendra pas de comportement fautif. Une voie alternative est difficile à envisager, un mensonge à la mère par le père qui assurerait de reconnaître l'enfant pour finalement ne pas le faire serait potentiellement délicat à prouver. De plus, l'abstention sera caractérisée, peu importe le comportement initial du père, ce dernier pouvant tout à fait déclarer qu'il comptait régulariser la situation.

562. Action en responsabilité intentée contre la mère. À l'égard de la mère, les circonstances sont déterminantes dans la mise en œuvre de sa responsabilité, spécialement car ces circonstances permettent de caractériser le préjudice du père. La naissance de l'enfant n'est pas, en elle-même, un préjudice réparable, l'homme ne peut dès lors pas engager la responsabilité de la mère sur le seul fondement qu'elle ait mené la grossesse à son terme²²³⁴. Seul un comportement déloyal de la mère paraît susceptible d'être caractérisé de fautif²²³⁵ et ainsi, de permettre de caractériser un préjudice moral causé au père²²³⁶. En ce sens, différents comportements ont été considérés comme déloyaux. Au moment de la conception, les tromperies ou mensonges de la mère quant à la prise d'un contraceptif sont constitutives d'un comportement fautif²²³⁷. Au contraire, le fait de s'être abstenu de la prise d'un contraceptif ne saurait être reproché exclusivement à la femme, sur laquelle ne doit pas reposer l'entière responsabilité de

²²³² CA Versailles, ch. 1, sect. 1, 25 avr. 2013, n° 12/03357 ; CA Versailles, ch. 1, sect. 1, 15 mai 2014, n° 13/05302, *JCP* 2014. 1059, obs. Kessler.

²²³³ CA Caen, 29 mars 2012, n° 10/02442, *Dr. fam.* 2012, comm. 168, note C. Neirinck.

²²³⁴ CA Pau, ch. 2, sect. 3, 16 déc. 2013, n° 13/00907 : *JCP G* 2014, 503, note A. Etienney-de Sainte Marie. ; *Dr. fam.* 2014, comm. 76, F. Brus ; CA Versailles, ch. 1, sect. 1, 15 mai 2014, n°13/05302.

²²³⁵ LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3, p. 6 ; KESSLER G., « Le droit de ne pas être père », *AJ fam.* 2017, p. 292.

²²³⁶ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°846.

²²³⁷ CA Pau, ch. 2, sect. 3, 16 déc. 2013, n° 13/00907 : *JCP G* 2014, 503, note A. Etienney-de Sainte Marie. ; *Dr. fam.* 2014, comm. 76, F. Brus

la charge contraceptive²²³⁸, et ce même si elle n'en a pas informé l'homme²²³⁹. À la suite de la naissance, la mère ne peut, par principe, se voir reprocher d'agir en recherche de paternité²²⁴⁰. Néanmoins, une action en recherche de paternité tardive, exercée contre un homme qui n'était pas informé de l'existence de l'enfant, est susceptible d'engager la responsabilité de la mère²²⁴¹. En tout état de cause, les décisions sont rares²²⁴², notamment en raison de l'efficacité très relative de l'action en responsabilité civile²²⁴³. Les sanctions sont bien plus symboliques que réparatrices²²⁴⁴, généralement de l'ordre d'un euro, la réparation en équivalent n'étant pas réellement adaptée. Surtout, peu importe les circonstances, le lien sera établi à l'égard du père qui sera dans l'obligation de verser rétroactivement une pension alimentaire à l'enfant. Palliatif très léger accordé aux pères, il explique également leurs tentatives pour remettre en question le lien établi malgré eux.

²²³⁸ CA Orléans, ch. fam., 21 mars 2006, Juris-Data n° 2006-311444. Cass., 2^{ème} civ., 12 juillet 2007, n° 06-16.869, D. 2008. 1371, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2008. 91, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2007, comm. 171, note S. Rouxel. V. cependant CA Toulouse, 30 septembre 2014, n°13/0398 où, dans une affaire particulière, les juges ont admis qu'au regard de l'âge du père au moment de la conception, il n'était pas à même de maîtriser sa contraception.

²²³⁹ CA Versailles, ch. 1, sect. 1, 25 juin 2015, n° 14/04266.

²²⁴⁰ CA Versailles, ch. 1, sect. 1, 15 mai 2014, n°13/05302.

²²⁴¹ CA Aix-en-Provence, ch. 6 B, 26 janv. 2016, n° 15/02190.

²²⁴² LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3.

²²⁴³ KESSLER G., « Le droit de ne pas être père, *AJ fam.* 2017, p. 292 ; LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3.

²²⁴⁴ FAUTRÉ-ROBIN A., « Géniteurs dupés, des volontés pour la paternité ? Plaidoyer pour un moratoire sur l'essor des volontés », *Dr. fam.* n°11, novembre 2023, étude 28.

2- Les apports procéduraux du contrôle concret

563. Droit d'agir pensé en fonction de l'enfant. L'objectif de l'action en recherche de paternité correspond, d'un certain point de vue, aux évolutions contemporaines du droit de la filiation : elle garantit la protection matérielle de l'enfant, mais également l'effectivité de son droit à l'identité, aspiration plus moderne et personnelle. Dès lors, droits fondamentaux et considération individuelle sont au cœur de l'arbitrage abstrait d'intérêts contenus dans la norme, éléments renforcés par la vulnérabilité particulière de la personne protégée par cet arbitrage : l'enfant. La conventionnalité abstraite de la norme en devient facilement acquise. Surtout, la considération visible de l'enfant dans l'arbitrage contenu dans la norme lui a apporté une certaine souplesse afin d'aménager le droit d'agir au regard des règles de capacité. Par conséquent, les circonstances, relativement à l'enfant, sont, pour partie, déjà prises en considération, ce qui limite l'effet du contrôle concret. Ainsi, l'étude des décisions rendues en la matière confirme simplement des ajustements procéduraux communs aux actions relatives à la filiation, mais ne remet pas en question, d'un point de vue substantiel, le régime français.

564. Corpus. Le premier contrôle concret dans le cadre d'une action en recherche de paternité est effectué dans la décision du 9 novembre 2016²²⁴⁵. Chronologiquement, c'est la quatrième décision relative à la filiation dans laquelle la Cour de cassation met en œuvre le contrôle, moins d'un an après la première décision en ce domaine²²⁴⁶. Cette précocité en fait une décision pédagogique²²⁴⁷. Rendue dans les premiers temps de l'intégration du contrôle, elle contribue à poser les bases du renouvellement du raisonnement relatif au contrôle de conventionnalité, apportant précisions et confirmations²²⁴⁸. La seconde est bien plus récente. En date du 15 février 2023²²⁴⁹, elle est bien plus laconique, confirmant, si cela était nécessaire, la diffusion de la méthode au sein des raisonnements judiciaires. Les deux cas d'espèce sont très similaires : les deux actions sont engagées par l'enfant dans les deux cas, environ à ses

²²⁴⁵ Cass., 1^{ère} civ., 9 novembre 2016, n°15-25.068, *D.* 2016. 2337, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2017. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2016. 601, obs. M. Saulier ; *RTD civ.* 2017. 111, obs. J. Hauser ; *JCP* 2017, n°46, note V. Larribau-Terneyre ; *Dr. fam.* 2017, n°9, note H. Fulchiron.

²²⁴⁶ Cass., 1^{ère} civ., 10 juin 2015, n°14-20.790 ; *D.* 2015. 2365, note Fulchiron ; *RTD civ.* 2015. 596, obs. Hauser ; *ibid.* 825, obs. Marguénaud.

²²⁴⁷ LARRIBAU-TERNEYRE V., « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *JCP G*, n°3, 16 janvier 2017, note 46.

²²⁴⁸ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité au service du respect des choix du législateur national », *Dr. fam.* n°1, janvier 2017, 9.

²²⁴⁹ Cass., 1^{ère} civ., 15 février 2023, n°21-18.427 ; *AJ fam.* 2023. 236, obs. J. Houssier.

cinquante ans, soit bien après l'expiration du délai de prescription. L'un comme l'autre voient leur pourvoi rejeté, la Cour de cassation confirmant la mise en balance réalisée par les cours d'appel.

565. Confirmation de la répartition des rôles. Les deux décisions sont l'occasion, pour la Cour de cassation, de confirmer la répartition des rôles dans la mise en œuvre du contrôle concret de conventionnalité. La mise en balance des intérêts est réalisée par les juridictions du fond, la Cour de cassation vérifiant le « contrôle du contrôle »²²⁵⁰. En effet, si dans la décision du 9 novembre 2016, la Cour développe sa motivation, elle se concentre sur l'approche abstraite de ce contrôle, développant les éléments à mettre en balance, probablement afin de guider les cours d'appel quant à l'évolution méthodologique²²⁵¹. L'appréciation concrète se limite aux éléments retenus par la cour d'appel qui a justifié sa décision « par motifs propres et adoptés ». Cette appréciation, combinée au développement de la motivation par la Cour de cassation, lui permet également de développer « le poids des intérêts collectifs »²²⁵², confirmant l'impératif de protection de paix des familles que poursuit le régime de l'action en recherche de paternité et la possibilité de la faire primer au détriment de l'intérêt individuel de l'enfant. Le renforcement de la norme²²⁵³ se confirme donc également grâce à cette décision. La décision du 15 février 2023 se contente d'évoquer les éléments souverainement constatés par la cour d'appel, puis de confirmer qu'en l'absence d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée du demandeur, la cour d'appel ne pouvait qu'estimer prescrite l'action et a, ainsi, légalement justifié sa décision. Les intérêts collectifs priment donc à nouveau sur l'intérêt individuel de l'enfant, l'évolution méthodologique se mettant « au service du respect des choix du législateur national »²²⁵⁴.

566. Intérêt de la vérification concrète du droit transitoire. La décision de 2016 conduit la Cour de cassation à contrôler les règles de droit transitoire, mises en place par l'ordonnance de 2005, relativement au délai de prescription de l'action en recherche de

²²⁵⁰ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656.

²²⁵¹ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité au service du respect des choix du législateur national », *Dr. fam.* n°1, janvier 2017, 9.

²²⁵² FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité au service du respect des choix du législateur national », *Dr. fam.* n°1, janvier 2017, 9.

²²⁵³ V. *supra* n°524.

²²⁵⁴ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité au service du respect des choix du législateur national », *Dr. fam.* n°1, janvier 2017, 9.

paternité. En effet, antérieurement à l'ordonnance, le délai de prescription de l'action était de deux ans. Au vu de l'augmentation significative dont il a bénéficié, des dispositions transitoires ont été prévues en faveur de l'enfant afin de pouvoir appliquer rétroactivement le nouveau délai de dix ans dans certaines situations. En application de l'article 20 IV de l'ordonnance, l'ancien délai de deux ans ne peut être opposé à l'enfant s'il a moins de vingt-huit ans. Un délai supplémentaire lui est accordé, calculé à partir du 1^{er} juillet 2006, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, et ce nouveau délai ne peut être inférieur à un an, dispositions transitoires particulièrement favorables²²⁵⁵. Concrètement, ces dispositions conduisent à ouvrir le délai à l'ensemble des enfants devenus majeurs moins de dix ans avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Dans le cas d'espèce, la prescription était largement acquise, même au regard des dispositions transitoires, puisque l'enfant était devenu majeur en 1980. Néanmoins, la Cour vérifie, lors de son approche abstraite, les dispositions de droit transitoires et partant, l'intérêt des enfants nés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Elle constate ainsi la dérogation dont ils bénéficient malgré « la règle selon laquelle la loi n'a pas, en principe, d'effet sur une prescription définitivement acquise », la confrontant aux intérêts des tiers et la sécurité juridique, particulièrement atteints par une telle dérogation. Elle en déduit l'existence d'un juste équilibre, ce qui ne peut qu'être approuvé²²⁵⁶, « un sentiment inné de justice commandant le principe de la non-rétroactivité »²²⁵⁷, les individus agissant en fonction de ce qui est permis et interdit lors de leur action.

L'extension du contrôle aux dispositions transitoires n'en demeure pas moins intéressante en ce qu'elle favorise les difficultés d'application de la loi dans le temps. En effet, la question temporelle est particulièrement délicate en droit de la filiation²²⁵⁸, où les situations ont vocation à s'inscrire dans la durée et à traverser des générations et les évolutions sociétales les accompagnant. La possibilité d'ajuster les modifications de délais pour agir, jusqu'à leurs règles

²²⁵⁵ GRANET-LAMBRECHTS F., HAUSER J., « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, p. 17.

²²⁵⁶ LARRIBAU-TERNEYRE V., « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *JCP G*, n°3, 16 janvier 2017, note 46 ; FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité au service du respect des choix du législateur national », *Dr. fam.* n°1, janvier 2017, 9.

²²⁵⁷ DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2023, n°281.

²²⁵⁸ BERNAND Y., *Les temporalités en droit de la famille*, thèse Droit, dactyl., Lyon, 2015 ; HIGY C., *Le temps en droit de la filiation*, *op. cit.*, 2012.

transitoires, permet de garantir la souplesse nécessaire là où l'application « mécanique »²²⁵⁹ de la prescription atteint ses limites.

3- La relativité de l'apport de l'approche concrète

567. Empêchement caractérisé : nécessité de la preuve de l'empêchement. La décision de 2023²²⁶⁰ permet de préciser l'étendue du pouvoir d'appréciation factuelle des juges du fond, sur laquelle la Cour de cassation ne se prononce pas. Outre l'appréciation concrète et la mise en balance des intérêts qui en découle, les juges du fond apprécient librement les éléments de preuve qui leur sont soumis, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation. S'inscrivant dans la continuité de la répartition des rôles entre la Cour de cassation et les juges du fond, la précision permet également d'observer la rigueur dans la mise en œuvre du contrôle. En l'espèce, le père présumé avait pris l'engagement écrit en 1956, de faire le nécessaire pour régulariser la situation et avait exécuté quelques années l'obligation alimentaire découlant d'une action à fins de subsides exercée par la mère à cette époque, avant de disparaître sans laisser d'adresse. L'enfant arguait qu'il avait découvert ces éléments en 2016, lors de la mise sous curatelle de sa mère, et qu'il avait mis deux ans à localiser son père suite à cette découverte, après que la mère ait vainement tenté de le faire. Or, si les éléments procéduraux étaient versés à l'instance, aucun élément ne semblait, en l'espèce, confirmer que l'enfant les ignorait, ce qui conduit la cour d'appel à estimer que l'enfant ne rapportait pas la preuve de circonstances particulières justifiant son impossibilité d'agir avant l'expiration du délai, le 10 août 1984. Le contentieux qui avait opposé les parents des années plus tôt provoque ainsi une quasi-impossibilité probatoire²²⁶¹, confirmant le rôle fondamental des parties dans la caractérisation de l'atteinte, ainsi que le caractère exceptionnel du contrôle concret.

568. Point de vue de l'enfant : dissimulation parentale, découverte tardive et réaction immédiate. Il ressort des décisions relatives à l'action en recherche de paternité que l'enfant se voit imposer les mêmes exigences que les parents dans la mise en œuvre du contrôle. La prise en considération des circonstances concrètes ne lui ouvre pas un droit imprescriptible à agir en recherche de paternité, malgré le poids actuel du droit à l'identité. Même dans une

²²⁵⁹ LARRIBAU-TERNEYRE V., « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *JCP G*, n°3, 16 janvier 2017, note 46.

²²⁶⁰ Cass., 1^{ère} civ., 15 février 2023, n°21-18.427 ; *AJ fam.* 2023. 236, obs. J. Houssier.

²²⁶¹ HOUSIER J., « Filiation, prescription et proportionnalité : *abyssale repetita...* », *AJ fam.* 2023, p. 236.

situation où l'un des liens de filiation est vacant, la demande tardive de l'enfant doit impérativement être caractérisée et justifiée. Le rapprochement entre intérêt successoral et demande tardive²²⁶² est tout aussi opérant dans le cadre d'une action en recherche, impliquant pour l'enfant de prouver son ignorance de la situation et d'agir dès sa connaissance de l'identité du père. La charge probatoire qui repose sur lui est particulièrement lourde : comment prouver qu'il n'a pas été informé, spécialement si ses parents ont entretenu une correspondance même fugace ? L'écoulement du temps joue nécessairement en sa défaveur. Dès lors, il est peu probable que le contrôle concret parvienne à prendre en considération le bouleversement qu'est susceptible de créer la découverte tardive de l'identité d'un père absent. Si le temps de réflexion nécessaire pour savoir comme réagir s'étend trop, la demande sera considérée comme tardive, donc intéressée et n'aboutira pas.

569. Poids particulier de l'intérêt de l'enfant. La Cour de cassation a, cependant, reproché à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence de ne pas avoir pris en considération l'intérêt concret de l'enfant à voir sa filiation établie pendant sa minorité. Dans une décision du 11 septembre 2024²²⁶³, elle revient, en effet, sur le poids accordé aux différents intérêts par les juges du fond, dans une espèce particulière. Dans cette affaire, la loi applicable n'était pas la loi française, mais la loi centrafricaine, qui prévoit un délai pour agir de deux ans durant la minorité, ainsi qu'un délai d'un an ouvert à l'enfant à sa majorité. La mère agissant durant la minorité de l'enfant, mais presque six ans après l'expiration du délai, se voit déboutée de sa demande par les juges du fond. La Cour de cassation remet en question leur appréciation, en raison de l'absence de considération accordée à l'intérêt concret de l'enfant à voir son lien de filiation établi durant sa minorité, probablement pour se conformer aux exigences européennes plutôt hostiles aux délais trop brefs²²⁶⁴.

Au vu du régime français, la précision n'a pas de réel intérêt, l'action étant ouverte durant toute la minorité. Néanmoins, une appréciation *a contrario* de la décision est intéressante : l'intérêt de l'enfant pourrait-il justifier un refus d'établissement, bien que l'action ne soit pas prescrite ?²²⁶⁵ En effet, la mère, représentante de l'enfant, peut lui imposer un lien de filiation tardivement, contre lequel ne pourra s'opposer l'enfant, même discernant. Plus l'enfant se

²²⁶² V. *supra* n°504 et s.

²²⁶³ Cass., 1^{ère} civ., 11 septembre 2024, n°22-18.478 ; *Dr. fam.* 2024, comm. 141, A. Molière.

²²⁶⁴ V. par. CEDH, *Mikulic c. Croatie*, 7 février 2002, n°53176/99.

²²⁶⁵ Dans le même sens v. MOLIÈRE A., « La reconnaissance conjointe anticipée à l'épreuve des droits fondamentaux », *Dr. fam.* n°7-8, juillet-août 2024, comm. 89.

rapproche de sa majorité, plus le pouvoir décisionnel de la mère quant à son lien de filiation est discutable, l'enfant pouvant lui-même agir une fois majeur. La mère le prive d'un choix qu'il aurait pu faire lui-même à peine quelques années plus tard. Dans cette perspective, le contrôle concret pourrait être une limite intéressante au pouvoir décisionnel de la mère, replaçant davantage l'enfant au cœur d'un contentieux déterminant quant à son identité.

570. Point de vue du père lésé : meilleure considération des circonstances ? Il semble impossible que le contrôle concret permette à un homme d'échapper à sa paternité en fonction des circonstances de la prescription. À notre connaissance, aucune demande de « prescription anticipée » n'a été faite, à l'heure actuelle. L'hypothèse se doit, néanmoins, d'être étudiée en raison des revendications grandissantes s'opposant aux paternités forcées²²⁶⁶. En effet, il est vraisemblable qu'un « géniteur dupé » tente de s'opposer à une action en recherche de paternité en se fondant sur l'atteinte à sa vie familiale que créerait l'irruption d'une « autre famille » dont il n'a jamais voulu. Comme le rappelle le rapport THERY-LEROYER, « il y a peut-être, du côté du rapport entre cette temporalité de l'information donnée par la femme et en conséquence de la capacité pour l'homme d'exercer ses responsabilités, une voie possible pour qu'une réponse sociale se dessine à des conflits où le droit semble aujourd'hui donner une forme de légitimité paradoxale au pure et simple rapport de force »²²⁶⁷. Dans un tel contexte, les tromperies ou mensonges de la mère seraient-ils susceptibles de faire pencher la balance d'intérêt en sa faveur ? L'impasse à laquelle conduisent ces hypothèses laisse peu d'espoir aux pères trompés. Punir des enfants des fautes de leurs parents n'est pas un argument réellement fonctionnel en droit de la filiation. Au contraire, le contentieux de la gestation pour autrui s'est largement appuyé sur l'argument de l'existence de l'enfant indépendamment des circonstances de sa conception et c'est cette logique qui a conduit à ouvrir les premières brèches dans la reconnaissance d'effets des conventions valablement conclues à l'étranger²²⁶⁸. Surtout, dans un tel contexte, serait créée une forme de discrimination entre enfants selon la bonne foi de la mère lors de la conception²²⁶⁹... Subjectivisation n'est pas moralisation. Si le contrôle concret permet

²²⁶⁶ KESSLER G., « Le droit de ne pas être père, *AJ fam.* 2017, p. 292 ; LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3, p. 6 ; Pour une illustration des situations de paternité forcées exposée au travers du retour d'expérience d'une avocate v. PLARD M., *Paternités imposées*, Les liens qui libèrent, 2013.

²²⁶⁷ THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 102.

²²⁶⁸ V. *supra* n°378 et s.

²²⁶⁹ LEROYER A.-M., « Ceux qui veulent et ne veulent pas être père », *RTD civ.* 2020, p. 80.

de rectifier des règles procédurales parfois un peu strictes, il ne semble pas du tout avoir vocation à permettre de trancher une question aussi fondamentale, mais complexe que « qui doit être le parent »²²⁷⁰. Le contrôle est bien plus rectificatif qu'impératif.

571. Équilibre flottant suffisant : l'absence prévisible d'inconventionnalité. La relativité de l'apport substantiel du contrôle concret se révèle à l'étude de l'action en recherche de paternité. En raison de l'existence *a priori* d'une certaine souplesse justifiée par l'incapacité de l'enfant mineur, son régime n'est quasiment pas affecté par la prise en considération des circonstances concrètes. De plus, l'un des objectifs de la norme étant tourné vers une protection individuelle de l'enfant, les droits fondamentaux ne perturbent pas cet objectif. Au contraire, la mise en balance abstraite renforce le poids des intérêts collectifs, légitimant davantage la prescription de l'action, reléguant le droit à l'identité de l'enfant au second plan.

B. Le maintien opportun des paternités imposées ?

572. Absence de prévention aux paternités imposées ? Une fois n'est pas coutume, les pistes curatives seront envisagées préalablement aux pistes préventives. En effet, si en doctrine diverses propositions ont émergé tant pour « libérer » les hommes dupés des paternités forcées que pour justifier d'assumer les conséquences de leurs actes (A.), les pistes préventives sont, quant à elles, bien plus rarement évoquées, comme si le phénomène ne pouvait jamais être évité. Afin de ne pas tomber dans une telle fatalité, quelques éléments méritent d'être évoqués (B.).

1- Libérer l'homme des paternités forcées ?

573. Création d'un statut de « géniteur sous X ». « On le voit, l'idée d'une "paternité sous X" ne passe pour l'instant pas les voies du droit. Cette idée heurte soit les fondements de la filiation, soit ceux de la responsabilité civile »²²⁷¹, la naissance d'un enfant n'étant pas un préjudice réparable en dehors de circonstances exceptionnelles entourant la naissance. Pourtant,

²²⁷⁰ Pour de plus amples illustrations v. l'opposition proposée au titre II : si le contrôle concret a vocation à se développer quant à la filiation incestueuse, son efficacité est très limitée dans le contentieux de l'accouchement dans le secret où il a vocation

²²⁷¹ THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 101.

l'alternative est évoquée régulièrement en doctrine²²⁷² et jusque dans les tribunaux²²⁷³, depuis l'évocation de cette possibilité par Marcela IACUB dans une tribune²²⁷⁴. Pensée en réponse à l'accouchement dans le secret et à l'existence « théorique » de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité²²⁷⁵, la proposition consiste à offrir un droit à l'anonymat à l'homme qui refuserait sa paternité par la création d'une fin de non-recevoir à l'action en recherche de paternité, comme il est prévu relativement au donneur de sperme²²⁷⁶. Un délai de réflexion lui serait octroyé afin de confirmer son choix et de permettre à la mère de décider de poursuivre la grossesse en connaissance de la décision du père²²⁷⁷.

574. Impossibilité de créer un statut de « géniteur sous X ». Si la proposition permet de préserver le pouvoir décisionnel des deux parents et de régler les difficultés avant la naissance de l'enfant si la grossesse n'est pas dissimulée par la mère²²⁷⁸, elle ne convainc, cependant, pas²²⁷⁹. Elle porte, en premier lieu, atteinte au principe d'indisponibilité de la filiation, argument qui avait justifié la suppression de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité à la suite d'un accouchement dans le secret par la loi de ratification de l'ordonnance²²⁸⁰. Aucun argument ne vient, en effet, en soutien de cette atteinte au principe d'indisponibilité qui ne peut être justifiée que par un intérêt d'ordre public supérieur²²⁸¹. Si l'accouchement dans le secret avait, dans un premier temps, bénéficié d'une fin de non-recevoir, c'est en raison de l'impératif de santé publique qu'il poursuit²²⁸². Or, la suppression de cette fin de non-recevoir semble confirmer l'insuffisance de la justification et surtout, induit nécessairement un refus total sur le terrain de l'action en recherche de paternité où la seule

²²⁷² KESSLER G., « Le droit de ne pas être père, *AJ fam.* 2017, p. 292 ; LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3, p. 6 ; THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 99-100.

²²⁷³ V. *supra* n°559.

²²⁷⁴ IACUB M., « Point de vue », *Libération*, 22 janvier 2005.

²²⁷⁵ LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3, p. 6.

²²⁷⁶ Art. 342-9 C. civ.

²²⁷⁷ KESSLER G., « Le droit de ne pas être père, *AJ fam.* 2017, p. 292.

²²⁷⁸ *Ibid.*

²²⁷⁹ *Contra* LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3, p. 6.

²²⁸⁰ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

²²⁸¹ THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 100.

²²⁸² V. *infra* n°684.

justification serait le poids de la volonté individuelle. En second lieu, la proposition semble impossible à mettre en place : la mère connaîtrait l'identité du père et pourrait la révéler à l'enfant. Aucune voie de droit ne lui permettrait d'agir, certes, néanmoins, rien ne l'empêcherait d'entrer en contact avec son géniteur et donc de provoquer un bouleversement dans sa vie. Enfin, la proposition porte atteinte au droit à l'identité de l'enfant dont le poids n'est pas négligeable aujourd'hui²²⁸³. Une comparaison des affaires *Odièvre* et *Godelli* rendues par la Cour européenne relativement à l'accouchement dans le secret le prouve immédiatement : si la France n'est pas condamnée contrairement à l'Italie, c'est grâce à la considération du droit d'accès aux origines de l'enfant qui existe en France afin de lui permettre d'avoir accès à des informations plus ou moins complètes sur les circonstances de sa naissance²²⁸⁴.

575. Prendre en considération la date à laquelle l'homme découvre sa paternité.

Constatant l'impossibilité de créer un statut de géniteur sous X, le rapport THERY-LEROYER évoque la possibilité d'apprécier la date à laquelle l'homme découvre sa paternité. Partant du constat que la date à laquelle l'homme apprend une paternité non désirée est fondamentale dans l'investissement qu'il pourra mettre dans son rôle de père, le rapport estime que « plus le temps passe, plus sa marge d'action se réduit, moins il est susceptible d'endosser une paternité véritable, plus il risque d'être traité comme un simple pourvoyeur de pension alimentaire »²²⁸⁵. Le rapport évoque la piste de faire dépendre l'engagement de l'homme selon la temporalité de l'information de sa paternité par la mère. Cette piste se rapproche d'une autre proposition doctrinale consistant à distinguer le père du géniteur²²⁸⁶.

576. Distinction du père et du géniteur. La dissociation de la qualité de père et de géniteur est une autre réponse alternative aux questionnements relatifs aux paternités forcées, s'inscrivant dans la conception volontariste du droit de la filiation²²⁸⁷. Reposant sur le constat d'un dévoiement de la vérité biologique, censé être un facteur de stabilité du domaine, mais devenant rapidement un élément perturbateur, la distinction du père et du géniteur permet de confirmer que « la paternité ne se résume pas à une affaire de sang ». La proposition consiste à faire reposer le statut de parent sur la volonté ou la possession d'état, quand le statut de géniteur

²²⁸³ KESSLER G., « Le droit de ne pas être père », *AJ fam.* 2017, p. 292.

²²⁸⁴ V. *infra* n°699 et s.

²²⁸⁵ THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, *op. cit.*, p. 102.

²²⁸⁶ KESSLER G., « Le droit de ne pas être père », *AJ fam.* 2017, p. 292.

²²⁸⁷ *Ibid.*

reposerait, lui, sur les liens du sang. Le statut de parent conserverait le régime du statut actuel, que ce soit sur le plan de l'encadrement procédural que sur celui de ses effets. Le statut de géniteur serait conditionné par la certitude du lien biologique et produirait des effets atténués, davantage sur le modèle de l'action à fins de subsides.

L'avantage de la proposition est qu'elle est susceptible de s'étendre aux situations de « parentés particulières »²²⁸⁸. Néanmoins, si elle est séduisante à bien des égards et semble correspondre à certaines aspirations contemporaines, il semble peu probable qu'elle soit, pour l'heure, suivie d'effets, en ce qu'elle impliquerait une réforme importante du droit de la filiation, correspondant peu aux évolutions légales actuelles²²⁸⁹. De plus, elle ne résout pas intégralement les difficultés causées par les paternités forcées, les hommes dupés devant, malgré tout, avoir un lien avec l'enfant, même s'il est atténué ce qui limite l'atteinte subie²²⁹⁰.

577. *Projet parental.* Une autre proposition consiste à exploiter la notion de « projet parental »²²⁹¹, initialement évoquée dans les premières lois bioéthiques, puis supprimée avant d'être réutilisée par la réforme de bioéthique de 2021²²⁹². Dans cette optique, le projet parental ne se limiterait pas à avoir participé à la venue au monde de l'enfant dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, mais impliquerait un engagement à la parentalité. Le projet parental reposerait ainsi sur l'engagement ou la réalité socioaffective. Ce projet parental serait présumé au sein d'un couple, la présomption pouvant être écartée si est apportée la preuve du refus de paternité et cessant en cas de dissolution du couple. À l'inverse, en l'absence de couple, le projet parental doit être prouvé afin de pouvoir imposer la paternité. Une déclaration commune de projet parental est également envisagée par l'auteur pour les personnes entretenant des rapports intimes en dehors de toute vie de couple. La proposition est justifiée par la responsabilisation de l'homme et de la femme : la femme pouvant décider d'interrompre ou de poursuivre une grossesse, si elle le fait à l'encontre de la volonté de l'homme, elle devra l'assumer, « question de responsabilité »²²⁹³.

Ce fondement semble, en lui-même, trop caricatural pour souscrire à une telle proposition.

²²⁸⁸ GOUTTENOIRE A., « La Cour européenne des droits de l'homme et les parentés particulières », préc., p. 295-303.

²²⁸⁹ V. *supra* n°246.

²²⁹⁰ KESSLER G., « Le droit de ne pas être père, *AJ fam.* 2017, p. 292.

²²⁹¹ LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3, p. 6.

²²⁹² V. *supra* n°281 et s.

²²⁹³ LASSALAS C., « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3, p. 6.

Mettre sur un même plan l'interruption d'une grossesse et la volonté d'un homme de ne pas être père semble un peu surprenant et questionne quant à la liberté réelle d'une femme de disposer de son corps si elle doit « assumer » d'élever seule un enfant. Une découverte tardive de grossesse, au-delà du délai légal de l'IVG, ou des convictions religieuses s'opposant à l'idée d'une IVG devraient donc s'imposer à la femme et non à l'homme ? Au-delà, la proposition paraît irréalisable. Comment apporter la preuve de l'existence ou de l'absence d'un projet parental ? *Quid* de la rétractation unilatérale de la déclaration commune ? Pour rejoindre les critiques évoquées, « le procédé soulève bien plus d'interrogations qu'il n'offre de réponses »²²⁹⁴ et finalement, « il n'y aurait là qu'un remède contre les paternités forcées issues de relations sexuelles épisodiques conduisant tout simplement à offrir à ces hommes une immunité, source d'une déresponsabilisation certaine »²²⁹⁵. L'idée semble bien utopique et surtout laisse une place excessivement importante aux volontés individuelles dans un domaine qui tente encore de les maîtriser quelque peu.

578. *Maintien des paternités forcées.* Les paternités forcées sont l'un des exemples des limites du droit quant aux conflits familiaux. Comment concilier des volontés parentales contradictoires et l'intérêt d'un enfant partiellement désiré ? À défaut de solution idéale, l'équilibre abstrait de ces intérêts dans le régime actuel semble être le moindre mal. La solution est, en effet, dans l'intérêt au moins pécuniaire de l'enfant. Elle responsabilise les parents dans la venue au monde, le droit ne pouvant combattre la différence entre l'homme et la femme une fois l'enfant conçu. Pourtant, la considération de l'enfant conduit, aujourd'hui, à se questionner quant au rejet que pourrait ressentir l'enfant confronté à son « géniteur payeur » et l'absence d'attention qu'il lui accordera. Ne vaudrait-il pas mieux laisser la place à un père affectif, apparu plus tardivement dans la vie de l'enfant ? En tout état de cause, la question ne serait-elle pas dénuée d'objet ? Il est largement envisageable qu'un « géniteur payeur » consente à l'adoption simple d'un enfant qu'il a été contraint de reconnaître si le nouveau compagnon de la mère souhaite l'adopter. En l'absence d'alternative parentale, il pourrait être envisagé de permettre à l'enfant d'agir en contestation, malgré la réalité des liens du sang, afin de le « libérer » d'une filiation dénuée de toute relation affective. Seul titulaire de cette action, cette dernière ne serait envisageable que si la filiation a été établie pendant la minorité, à l'initiative de la mère.

²²⁹⁴ FAUTRE-ROBIN A., « Géniteurs dupés, des volontés pour la paternité ? Plaidoyer pour un moratoire sur l'essor des volontés », *Dr. fam.* n°11, novembre 2023, étude 28.

²²⁹⁵ *Ibid.*

2- Éviter les paternités forcées ?

579. Contrat sexuel. Plus rarement, quelques pistes préventives sont évoquées en doctrine²²⁹⁶. La principale est inspirée des pratiques américaines de « contractualisation de la sexualité »²²⁹⁷. Elle consiste en l'élaboration d'un contrat préalable à toute relation sexuelle prévoyant les choix des parties quant aux conséquences de cette relation et spécialement si une grossesse en résulte. Il faut avouer que le recours à la technique contractuelle dans un tel contexte laisse quelque peu sceptique. Comme pour le projet parental, le recours à la technique contractuel paraît difficile à mettre en place et causera sûrement bien plus de difficultés qu'il n'en résoudra²²⁹⁸.

580. Contraception masculine. Par souci d'exhaustivité, bien que le rôle des juristes soit très limité en la matière, il est nécessaire d'évoquer la question de la contraception. Rare, voire inexistante, en doctrine²²⁹⁹, la contraception masculine paraît pourtant être la piste préventive la plus efficace. Elle replace les parents dans un certain rapport égalitaire, permettant à l'homme de ne pas être tributaire de la femme ou du seul préservatif. Il est vrai qu'à l'heure actuelle, aucune technique de contraception dédiée à l'homme n'est accessible en France. La recherche en la matière se développe progressivement²³⁰⁰ et cette voie, si elle doit s'ouvrir, ne le sera pas immédiatement et pas sous l'impulsion du droit. Néanmoins, il n'en demeure pas moins surprenant que le sujet des paternités forcées soit traité, en doctrine, comme une « fatalité » pour l'homme, comme si celui-ci n'avait absolument aucun pouvoir décisionnel dans la venue au monde de l'enfant. L'existence du préservatif lui offre pourtant une certaine maîtrise que les tribunaux ont eu besoin de rappeler²³⁰¹. La compassion qui leur est accordée questionne, spécialement quand elle est rattachée à une approche responsabilisante du droit de

²²⁹⁶ LABBÉE X., « Le contrat sexuel et la sincérité », *Gaz. pal.* n°44, 19 déc. 2017, n°310n8.

²²⁹⁷ FAUTRE-ROBIN A., « Géniteurs dupés, des volontés pour la paternité ? Plaidoyer pour un moratoire sur l'essor des volontés », *Dr. fam.* n°11, novembre 2023, étude 28.

²²⁹⁸ FAUTRE-ROBIN A., « Géniteurs dupés, des volontés pour la paternité ? Plaidoyer pour un moratoire sur l'essor des volontés », *Dr. fam.* n°11, novembre 2023, étude 28.

²²⁹⁹ La contraception masculine est évoquée par Aurélia Fautré-Robin mais pour se questionner quant au « genre » de la contraception, dans une critique des décisions relatives aux actions en responsabilité civile à la suite d'une paternité imposée : FAUTRE-ROBIN A., « Géniteurs dupés, des volontés pour la paternité ? Plaidoyer pour un moratoire sur l'essor des volontés », *Dr. fam.* n°11, novembre 2023, étude 28.

²³⁰⁰ Le Monde, « Contraception masculine : du slip chauffant à l'anneau, des techniques thermiques prometteuses », 8 janvier 2024, [\[en ligne\]](#) ; Le Monde, « La contraception masculine entre dans une nouvelle ère », 10 janvier 2024, [\[en ligne\]](#).

²³⁰¹ CA Pau, ch. 2, sect. 3, 16 déc. 2013, n° 13/00907 : *JCP G* 2014, 503, note A. Etienney-de Sainte Marie. ; *Dr. fam.* 2014, comm. 76, F. Brus ; CA Versailles, ch. 1, sect. 1, 15 mai 2014, n°13/05302.

la filiation : autrement dit, l'homme ne peut qu'être trompé par une femme, car il n'a aucune maîtrise dans l'engendrement ? Bien sûr que des tromperies féminines pour tomber enceintes sont condamnables. Bien sûr que la contraception n'est pas totalement fiable. Néanmoins, une responsabilisation accrue de l'homme avant toute potentialité de naissance est également nécessaire, plutôt que de dresser un constat fataliste, et le juriste pourrait ajouter sa voix aux rares qui s'élèvent aujourd'hui, comme le fait, en 2024 le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes²³⁰².

§II. L'action en recherche de parenté par l'enfant adopté

581. Irrecevabilité de l'action en raison de l'adoption de l'enfant. L'adoption de l'enfant prive ce dernier de toute possibilité d'agir en recherche de sa parenté biologique. Obstacle substantiel, l'établissement d'un lien de filiation rendant irrecevable toute action en recherche a également été confronté aux droits fondamentaux. Dans une espèce particulière, une enfant sans filiation paternelle établie a été adoptée par sa famille maternelle à la suite du décès de la mère, en Angleterre. Agissant à plus de cinquante ans, l'enfant se prévalait de l'atteinte à son droit à l'identité pour espérer que le contrôle concret de conventionnalité permette de contourner l'irrecevabilité de l'action, demande à laquelle fait droit la cour d'appel. Unique décision où la Cour de cassation remet en cause l'appréciation des juges du fond, l'arrêt du 14 octobre 2020²³⁰³ est, dès lors, intéressant à plusieurs titres. S'il permet une réflexion quant à l'obstacle matériel à une action en recherche de paternité (A.), il confirme également la relativité du contrôle concret, ici particulièrement encadré par la Cour de cassation (B.).

A. L'obstacle matériel à l'action en recherche de paternité

582. Irrecevabilité en raison de l'adoption de l'enfant. L'action en recherche de paternité est, par principe, irrecevable lorsqu'elle est intentée par un enfant qui a été adopté. L'adoption bloque, en effet, toute possibilité d'établissement d'un nouveau lien de filiation, notamment afin de protéger l'enfant et la stabilité de la famille qui l'a accueilli. Malgré cet

²³⁰² PIERRE-BROSSOLETTE S., « Impossibilité de lutter contre le sexisme sans réguler internet ! », *JCP G.*, n°10, 11 mars 2024, 317.

²³⁰³ Cass., 1^{ère} civ., 14 octobre 2020, n°19-15.783 ; *D.* 2020. 2437, note Zelcevic-Duhamel ; *ibid.* 2405, obs. Etienney-de-Sainte Marie ; *ibid.* 2021. 499, obs. Douchy-Oudot ; *ibid.* 657, obs. Hilt ; *ibid.* 762, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; *Rev. crit. DIP* 2021. 859, note Legendre ; *Dr. fam.* 2020, n°175, note Farge.

objectif protecteur, l'irrecevabilité de l'action en raison de l'établissement d'un lien de filiation adoptive a été confrontée au droit à l'identité de l'enfant, probablement en raison des spécificités de l'affaire sur laquelle s'est prononcée la Cour de cassation le 14 octobre 2020²³⁰⁴. En l'espèce, une jeune fille au pair anglaise avait entretenu une relation avec le père de la famille dans laquelle elle travaillait. La grossesse révélant l'adultère, l'épouse la renvoie en Angleterre où elle accouche et déclare l'enfant sous le nom du père, selon les modalités du droit anglais. Condamné par une juridiction anglaise au paiement de subsides, le père remplit quelques années son obligation alimentaire avant de cesser les paiements. La mère décède quand l'enfant est encore mineure. Contacté par les services sociaux anglais, le père ne répond à aucune sollicitation et ne les reçoit pas lorsqu'ils se rendent en France pour le rencontrer. Seule l'épouse a un contact téléphonique avec eux, dans lequel elle exprime, sans davantage de précisions, sa désapprobation quant à l'adoption de cette enfant. Celle-ci est donc prise en charge puis adoptée par un cousin de sa mère et son épouse, notamment pour que le couple puisse toucher les prestations sociales auxquelles la présence d'un enfant ouvre droit, le paiement des subsides étant déjà interrompu à cette date. Devenue adulte, l'enfant, âgée d'environ cinquante ans, reprend contact avec son père qui la reçoit dans un premier temps avant de rompre tout contact lorsqu'elle évoque sa volonté de faire établir son lien de filiation. Elle assigne donc le père en recherche de paternité en 2010. Celui-ci décède en 2011, laissant comme héritier le fils qu'il a eu avec son épouse, prédécédée.

583. Discussion sur la recevabilité de l'affaire justifiée par l'élément d'extranéité.

Différentes décisions sont, dans un premier temps, rendues quant à l'application des règles de droit international privé. Une première cassation a lieu en 2015²³⁰⁵, les juges d'appel n'ayant pas « respecté leur obligation de rechercher le contenu du droit étranger compétent »²³⁰⁶. La Cour d'appel de renvoi déclare la loi anglaise applicable relativement à l'action recherche de paternité, celle-ci faisant, comme en droit français, obstacle à l'établissement d'un lien de filiation contredisant un lien de filiation adoptive. En application de l'article 370-3 du Code civil, elle précise que l'adoption produit, en France, les effets d'une adoption plénière. Une fois les éléments de droit international privé évacués, la cour d'appel déclare l'action recevable

²³⁰⁴ Cass., 1^{ère} civ., 14 octobre 2020, n°19-15.783 ; D. 2020. 2437, note Zelcevic-Duhamel ; *ibid.* 2405, obs. Etienney-de-Sainte Marie ; *ibid.* 2021. 499, obs. Douchy-Oudot ; *ibid.* 657, obs. Hilt ; *ibid.* 762, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; *Rev. crit. DIP* 2021. 859, note Legendre ; *Dr. fam.* 2020, n°175, note Farge.

²³⁰⁵ Cass., 1^{ère} civ., 7 octobre 2015, n°20.144, *Dr. fam.* 2016, comm. M. Farge.

²³⁰⁶ FARGE M., « Irrecevabilité d'une action en recherche de paternité engagée par une enfant adoptée au Royaume-Uni en 1966 », *Dr. fam.* n°12, décembre 2020, comm. 175.

après avoir mis en balance les différents intérêts en présence ce qui conduit à la formation d'un nouveau pourvoi en cassation remettant en question la recevabilité de l'affaire. Or, si la Cour de cassation confirme la détermination de la loi compétente, elle revient sur la mise en balance des intérêts effectuée par la cour d'appel, s'opposant à son appréciation du conflit.

584. *Nature du conflit.* La cour d'appel semble considérer le conflit comme étant principalement un conflit privé. Elle oppose, en effet, les intérêts de l'enfant qui cherche à établir son lien à celui de l'héritier du père qui s'y oppose. L'intérêt général « lié à la sécurité juridique » est évoqué, sans davantage de précision, si ce n'est que la loi anglaise n'empêche pas la remise en cause d'une adoption dans certaines circonstances. Au contraire de la cour d'appel, la Cour de cassation est plus laconique quant aux intérêts privés, là où elle développe davantage l'intérêt général, qu'elle rattache à la sécurité juridique et la stabilité des liens de filiation adoptifs, mettant en exergue le caractère mixte du conflit.

585. *Intérêt personnel de l'enfant : atteinte à l'identité ou aux origines ?* Le premier intérêt en jeu est, sans grande surprise, l'intérêt personnel de l'enfant. Plus précisément, il s'agit de son droit à l'identité, celui-ci recoupant tant le droit de faire reconnaître son lien de filiation biologique que d'avoir accès à ses origines personnelles. Pour autant, dans le cas d'espèce, l'enjeu tient, pour l'enfant, à la reconnaissance du lien bien plus qu'à la connaissance des origines : le père n'a jamais nié sa paternité, l'enfant porte le nom de son père malgré l'absence de lien juridique entre eux, cet homme a versé des subsides durant ses premières années de vie, elle a été adoptée par sa famille maternelle largement susceptible de l'avoir informée sur son histoire et elle a côtoyé très brièvement son père, une fois devenue adulte. Malgré l'adoption plénière, la connaissance des origines était donc acquise et l'intérêt concret revendiqué par l'enfant portait sur l'établissement du lien, cinquante ans plus tard, à l'égard de l'homme qui ne l'avait jamais reconnue. Elle revendiquait, plus concrètement, une mésentente avec sa mère d'adoption avec qui elle avait rompu contact en quittant le domicile à seize ans, le décès de son père adoptif²³⁰⁷ et l'impossibilité d'avoir pu agir en raison de sa minorité lors de l'adoption.

586. *Intérêt du père et de sa famille légitime.* À l'intérêt de l'enfant est opposé l'intérêt du père, auquel est plus généralement rattaché l'intérêt de sa famille, incluant donc

²³⁰⁷ ZELCEVIC-DUHAMEL A., « Le droit au respect de la vie privée ne permet pas de cumuler les filiations adoptive et biologique », *D.* 2020, p. 2437 ; ETIENNEY-DE-SAINTE MARIE A., « Contrôle de proportionnalité et motivation : quelle leçon la Cour de cassation offre-t-elle aux juges du fond ? », *D.*, 2020, p. 2405.

celui de son fils qui a poursuivi l'action de son père à son décès. L'un comme l'autre s'opposent à l'établissement de tout lien et ce, depuis la naissance de l'enfant. Au regard du contexte, le décès du père laisse planer le doute de l'intérêt successoral que poursuivrait l'enfant cherchant à faire établir son lien, renforçant, dès lors, l'atteinte aux intérêts du fils qui est susceptible d'être concurrencé dans la succession. L'action a cependant été intentée presque dix ans avant la dernière décision de la Cour de cassation, limitant la suspicion d'une action successorale, évoquée en doctrine,²³⁰⁸ mais absente des raisonnements de la cour d'appel et de la Cour de cassation. Le seul intérêt patrimonial qui apparaît est mis en exergue par la cour d'appel relativement au fils dont l'héritage est susceptible d'être affecté par la reconnaissance du lien de filiation de sa sœur. Seul héritier du père, la cour d'appel estime que le poids à accorder à cet intérêt est inférieur à celui de sa sœur agissant dans un objectif identitaire.

587. *Intérêt général.* Évoqué par la cour d'appel de façon succincte comme étant lié à la sécurité juridique, l'intérêt général est davantage développé par la Cour de cassation. Celle-ci le caractérise comme « attaché à la sécurité juridique et à la stabilité des liens de filiation adoptifs », éléments absents du raisonnement de la cour d'appel. Cette dernière se concentre sur l'adoption exclusivement pour relever que les circonstances l'avaient, en quelque sorte, imposée, en raison de l'arrêt par le père du paiement des subsides. L'adoption est perçue, par la Cour d'appel davantage comme un élément défavorable au père, le versant « positif » de l'adoption, à savoir le lien créé entre les parents adoptifs de l'enfant, se devant donc d'être rajouté, pour la Cour de cassation, dans la balance des intérêts. L'apport n'est pas anodin et paraît nécessaire. Les conditions de l'adoption sont intrinsèquement liées à la filiation charnelle : pour que l'enfant soit adoptable, une défaillance parentale lourde est nécessaire, soit que l'un des parents n'existe pas ou plus²³⁰⁹, soit que le ou les parents aient consenti à cette adoption²³¹⁰. En contrepartie, l'adoption, particulièrement pléniaire, est conçue comme une famille de remplacement, dont l'intégrité se doit d'être protégée par les impératifs de sécurité et de stabilité des liens. Le fondement purement volontaire du lien créé renforce, de plus, la nécessité de rendre effectifs ces principes : l'adoption est une institution pensée en faveur de l'enfant auquel il faut garantir une stabilité et, par conséquent, dans laquelle les parents, à la

²³⁰⁸ ETIENNEY-DE-SAINTÉ MARIE A., « Contrôle de proportionnalité et motivation : quelle leçon la Cour de cassation offre-t-elle aux juges du fond ? », *D.*, 2020, p. 2405.

²³⁰⁹ Art. 348-2 C. civ.

²³¹⁰ Art. 348 et s. C. civ.

fois volontaires et désignés²³¹¹, ne doivent pas, par principe, revenir sur l'engagement qu'ils prennent²³¹².

B. L'apport relatif du contrôle concret

588. Extension du domaine du contrôle. Le premier apport de la décision est l'extension du domaine sur lequel peut porter le contrôle concret. En effet, la décision est la première décision en matière d'action relative à la filiation qui ne porte pas sur un délai de prescription, mais sur un obstacle substantiel à la mise en œuvre de l'action²³¹³.

589. Substitution de motifs : ultimes précisions quant à la répartition des rôles. La décision est également l'occasion de préciser la répartition des rôles entre les juges du fond et la Cour de cassation. Unique décision en matière familiale où la Cour de cassation revient sur la balance des intérêts opérée par la cour d'appel, elle confirme l'hypothèse doctrinale selon laquelle la Cour de cassation ne se limiterait pas à un simple contrôle « mécanique » du contrôle des juges du fond²³¹⁴. La Cour de cassation n'ignore donc pas les faits, bien qu'elle se limite dans la substitution de son appréciation à celle des juges du fond, ce que prouve le peu de décisions en ce sens²³¹⁵. Outre les critiques quant à son rôle de juge de droit déjà évoquées²³¹⁶, cet entre-deux paraît nécessaire. En l'espèce, ce n'est d'ailleurs pas une substitution d'appréciation quant au poids de chacun des intérêts que fait la Cour de cassation, mais un ajout, l'intérêt de la famille adoptive n'ayant pas été pris en compte par la cour d'appel. Le « contrôle du contrôle »²³¹⁷ n'est, ainsi, pas exclusivement formel et a, dès lors, aussi pour but de s'assurer qu'aucun des éléments nécessaires à sa réalisation n'ait été occulté.

590. Intérêt de la famille adoptive. La précision quant à l'intérêt de la famille adoptive n'est pas anodine. Intérêt à la fois privé et public, il est rattaché à la stabilité et la

²³¹¹ Art 353 C. civ..

²³¹² Art. 359 C. civ.

²³¹³ Les décisions étudiées *supra* relativement aux effets des conventions de gestation pour autrui réalisées à l'étranger ne sont pas, dans cette étude, considérées comme des décisions mettant en œuvre un réel contrôle concret de conventionnalité en raison de l'absence de véritable texte à contrôler. *Contra* : SAULIER M., HOUSIER J., « Dix ans de contrôle concret de conventionnalité en droit de la famille », *AJ fam.* 2024, p. 124 et s.

²³¹⁴ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité, question de méthode », *D.* 2017, p. 656.

²³¹⁵ GOUËZEL A., MÉGRET G., « Dix ans de contrôle de proportionnalité *in concreto* à la Cour de cassation », *D.* 2024, p. 321.

²³¹⁶ V. *supra* n°238.

²³¹⁷ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656.

sécurité des liens de filiation, principes existant tant en droit commun qu'en matière de filiation adoptive. Dès lors, il semble que la Cour de cassation ait souhaité confirmer l'impératif de paix des familles, face à une cour d'appel qui semblait presque être tenté d'imposer au père d'assumer, cinquante ans plus tard, ses fautes. Il est, cependant, possible de voir derrière cette apparence de décision « moralisatrice » une volonté de la cour d'appel de renforcer le principe d'indisponibilité de la filiation. Elle semble, en effet, donner un poids important au contexte de l'adoption, et plus précisément au désintérêt marqué du père qui n'avait jamais donné suite aux sollicitations des travailleurs sociaux qui avaient tenté d'entrer en contact avec lui quand la mère de l'enfant était décédée et avait cessé de payer les subsides après avoir rempli quelques années son obligation alimentaire. Autrement dit, si l'adoption a été prononcée, c'est en raison du désintérêt du père : il a manifesté sa volonté de ne pas s'occuper de l'enfant et a cessé de payer, ce qui a conduit les membres de la famille maternelle qui prenaient en charge l'enfant, à l'adopter afin de toucher des prestations sociales leur permettant de l'élever. Mais la pente sur laquelle s'est engagée la cour d'appel est glissante, en ce qu'elle remet en question la délicate articulation du consentement à l'adoption et du principe d'indisponibilité des filiations²³¹⁸. Un comportement paternel désintéressé peut ainsi devenir des circonstances susceptibles de faire basculer un contrôle concret en faveur du père. *Quid* du contentieux des actions en recherche de paternité face à un tel assouplissement ? Face aux revendications quant à la création d'un statut de « géniteur sous X »²³¹⁹, il est largement possible que la Cour de cassation ait verrouillé la mise en œuvre du contrôle, comme elle l'a fait dans le contentieux de la contestation²³²⁰ afin d'empêcher de trop fortes déstabilisations des fondements légaux.

591. Renforcement de l'intention du législateur confirmé. Si la substitution de motifs est critiquée et permet d'abonder quant à la nature équitable des jugements rendus²³²¹, les critiques insistent moins sur la protection de l'intention du législateur que constitue le contrôle concret. Il n'est, en effet, pas anodin que la seule décision dans laquelle la Cour de cassation revient sur l'appréciation factuelle des juges du fond soit une décision dans laquelle elle donne davantage de poids à l'intérêt général et, ainsi, garantit le respect de l'équilibre voulu

²³¹⁸ Dans le même sens ZELCEVIC-DUHAMEL A., « Le droit au respect de la vie privée ne permet pas de cumuler les filiations adoptive et biologique », *D.* 2020, p. 2437.

²³¹⁹ V. *supra* n°573 et s.

²³²⁰ V. *supra* n°524.

²³²¹ CHÉNEDÉ F., « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », *préc.*, *spéc.*, p. 181 et s.

par le législateur²³²². Plus précisément, la Cour de cassation rattache l'intérêt général aux intérêts privés de l'héritier, mais surtout de la famille adoptive, faisant presque « mécaniquement » pencher la balance dans ce sens²³²³. Si, sous l'angle du droit international privé, la solution est discutable en ce qu'elle laisse à croire que le contrôle concret permet d'évincer, à titre autonome, la loi applicable²³²⁴, elle confirme la protection de la loi nationale grâce au renouvellement du contrôle, par la Cour de cassation. En rappelant indirectement l'irrévocabilité de l'adoption plénière et le principe de non-cumul des filiations charnelle et adoptive, la Cour de cassation veille ainsi au maintien des principes fondateurs du droit de la filiation. La cassation sans renvoi clôt, de plus, définitivement le litige, mettant fin à toute nouvelle balance des intérêts pour le cas d'espèce. La Cour de cassation concluant, en effet, à une action irrecevable, aucune nouvelle décision au fond n'est nécessaire.

592. Absence de circonstance déterminante. En tout état de cause, le raisonnement de la Cour de cassation laisse entrevoir que peu de circonstances seraient susceptibles de faire basculer la balance en faveur de la recevabilité de l'action en recherche de paternité. L'écoulement du temps renforçant les exigences de stabilité et de sécurité des liens sont les éléments les plus déterminants du contrôle et paraissent consolidés lorsque filiation charnelle et adoptive s'affrontent. La Cour de cassation se sert ainsi de l'argument temporel pour conserver une distance indispensable dans un tel combat : comment choisir quelle famille serait la meilleure pour l'enfant ? Choisir dans les premiers mois de vie de l'enfant est envisageable, mais complexe, car il s'agit d'un pari sur l'avenir. Au contraire, « effacer » la famille affective au profit de la famille biologique une fois l'enfant devenu adulte est spécialement délicat, car symboliquement, ce serait revenir sur l'engagement fourni par ceux qui se sont comportés comme parents, peu importe le contexte adoptif. Prendre en considération l'impossibilité d'agir de l'enfant serait remettre en question une part importante des adoptions, là où l'adoption est une filiation palliative, n'emportant pas les mêmes possibilités de versatilités parentales qu'en droit commun de la filiation²³²⁵. En ce sens, si la décision peut émouvoir au regard des

²³²² Dans le même sens, ZELCEVIC-DUHAMEL A., « Le droit au respect de la vie privée ne permet pas de cumuler les filiations adoptive et biologique », *D.* 2020, p. 2437.

²³²³ ETIENNEY-DE-SAINTE MARIE A., « Contrôle de proportionnalité et motivation : quelle leçon la Cour de cassation offre-t-elle aux juges du fond ? », *D.*, 2020, p. 2405.

²³²⁴ FARGE M., « Irrecevabilité d'une action en recherche de paternité engagée par une enfant adoptée au Royaume-Uni en 1966 », *Dr. fam.* n°12, décembre 2020, comm. 175.

²³²⁵ V. *supra* n°518 et s.

circonstances²³²⁶, la Cour de cassation peut rassurer ses détracteurs quant au sang-froid qu'elle conserve malgré ces circonstances.

593. Pistes prospectives. Les pistes prospectives sont peu nombreuses dans une telle situation. La solution la plus radicale conduirait à remettre en question l'articulation des filiations charnelle et adoptive, ce qui nécessiterait une réforme d'envergure, bien peu probable au vu des évolutions de l'élaboration normative, mais également de l'actualité législative récente²³²⁷. Le recours à l'adoption simple, issue identique de celle de l'affaire Benjamin dans un contexte d'accouchement dans le secret²³²⁸, serait envisageable pour tenter de concilier les différents intérêts en présence, bien qu'en l'espèce il serait quelque peu surprenant d'établir un lien de filiation via l'adoption simple entre l'enfant et l'homme qui l'a mis au monde, *a fortiori* si le père de naissance est décédé. De plus, l'adoption simple implique le consentement de tous les protagonistes.

L'absence de pistes prospectives réellement exploitables n'est, cependant, pas à négliger. Au contraire, elle conforte l'équilibre normatif actuel : abstraitement, le contenu de la norme atteint un équilibre des différents intérêts satisfaisant. Peu, voire pas, de circonstances concrètes sont susceptibles de perturber cet équilibre et si l'occasion venait à se présenter, le contrôle concret permettra d'adapter la règle au caractère exceptionnel de la situation.

²³²⁶ Pour un questionnement quant à la validité des raisons ayant conduit la Cour de cassation à faire pencher la balance v. ETIENNEY-DE-SAINTE MARIE A., « Contrôle de proportionnalité et motivation : quelle leçon la Cour de cassation offre-t-elle aux juges du fond ? », *D.*, 2020, p. 2405.

²³²⁷ Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, JORF n°0044 du 22 février 2022.

²³²⁸ V. *infra* n°745.

CONCLUSION CHAPITRE II.

594. *Relativité du bouleversement du régime des actions relatives à la filiation.* Il ressort de l'étude des décisions relatives à une action en établissement d'un lien de filiation, le même constat que sur le terrain de la contestation : l'évolution des raisonnements de la Cour de cassation n'a pas bouleversé les équilibres normatifs et remis en question les obstacles légaux rendant l'action irrecevable. Au contraire, la considération des singularités par le contrôle concret conforte, là aussi, l'équilibre normatif en le justifiant. Est ainsi confirmée l'hypothèse selon laquelle le contrôle concret a davantage un rôle de correctif lorsque l'équilibre normatif n'a pas atteint le résultat escompté, bien plus qu'il ne sert de moyen garantissant la satisfaction de certains intérêts individuels au détriment de l'intérêt général. L'encadrement rigoureux du contrôle le conduit à avoir un apport limité et surtout, ne permet pas qu'il règle « miraculeusement », des situations complexes. L'action en recherche de paternité et les deux obstacles qui ont été contrôlés l'illustrent parfaitement : l'équilibre normatif sort renforcé par le contrôle concret qui a mis en exergue que cet équilibre normatif était le moindre mal dans une situation où il est nécessaire de concilier des intérêts antagonistes. Le juge retrouve son rôle de bouche de la loi mais désormais pour l'expliquer, la justifier, mettre en lumière les valeurs qu'elle poursuit et garantir une certaine cohérence dans son application. Il en devient le garant de l'équilibre flottant des valeurs du droit de la filiation.

595. *Apports substantiels quant à la parenté établie judiciairement.* L'analyse renouvelée permise par le contrôle est porteuse d'enseignements sur le terrain des valeurs poursuivies. En effet, de prime abord, il était possible de considérer qu'au vu du développement du droit à l'identité, le contentieux de l'établissement serait particulièrement affecté par une confrontation à ce droit fondamental, ce qui tendrait à imposer l'établissement de liens conformes à la réalité biologique, *a fortiori* lorsque le lien de filiation est vacant. Il n'en est rien, aucun bouleversement substantiel n'étant à relever à l'issue de l'étude. Au contraire, tant le contrôle en lui-même que les pistes de réflexion auxquelles il conduit illustrent la quête d'équilibre permanent entre les différentes composantes de la filiation. La réalité biologique a une influence certaine et favorise la recevabilité d'actions qui auraient dû être irrecevables. Pour autant, l'impératif de stabilité est largement susceptible de s'opposer au succès de la demande. Dans le même sens, la décision relative à la possession d'état confirme l'absence du « tout

biologique » dans le contentieux de la filiation, signe du jeu d'équilibriste auquel se livre la Cour de cassation en la matière. En ce sens, les dissimulations parentales sont, là aussi, affectées par cette appréciation, bien que le contentieux de l'établissement l'illustre moins visiblement en raison de la nature des actions et de la prise en considération d'une éventuelle dissimulation dans le contenu même de la norme. Le peu de pistes prospectives dégagées confirme, d'ailleurs, ce sentiment. Les dissimulations parentales ont été envisagées dans le contentieux de l'établissement puisque l'objectif même de ces actions est de pallier un défaut d'établissement par la personne qui, vraisemblablement, a mis l'enfant au monde. Dès lors, l'approche concrète a nécessairement moins d'effet en ce que très peu de circonstances sont susceptibles de ne pas avoir été anticipées dans la norme abstraite.

596. Renonciation à la parenté. Il ressort, enfin, de l'étude du contentieux de l'établissement de la filiation, une impossibilité de renoncer à la parenté. Seuls les obstacles légaux, à savoir l'écoulement du temps et l'établissement préalable d'un lien de filiation, sont susceptibles de « libérer » d'une parenté non souhaitée, ce que le contrôle concret ne remet pas en question. L'impératif de stabilité des situations ressort, finalement, renforcé par l'analysé.

CONCLUSION TITRE I.

597. Révolution méthodologique et absence de bouleversement. Comme l'a résumé le professeur FULCHIRON en 2021, « au terme de ce bilan de huit ans de contrôle de proportionnalité, la balance semble donc largement favorable au contrôle. Le cataclysme annoncé par certains n'a pas eu lieu. Les juges ont fait un usage très modéré du pouvoir qui leur était confié. Les conséquences directes sur le droit matériel de la famille ont été limitées. Au contraire, le contrôle de proportionnalité, en donnant à certaines règles la souplesse qui leur manquait, a permis de les "sauver", en évitant qu'elles ne soient censurées ou que le législateur ne soit obligé de les abroger ou d'y apporter les exceptions nécessaires. Pour autant, le contrôle de proportionnalité a eu un impact considérable sur la façon de concevoir le droit de la famille et de le pratiquer. Un nouveau droit de la famille : un droit plus souple, plus respectueux des droits et libertés individuels, un droit plus attentif aux personnes : un droit auquel le juge donne plus d'humanité ? »²³²⁹. Trois ans plus tard, et de nouvelles décisions rendues entre-temps, ce constat se renforce. La manière de construire et d'appliquer le droit de la filiation a changé : le juge prend bien davantage en considération les intérêts individuels, acceptant de dépasser la stricte lettre du texte si une potentielle atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale existe. Pour autant, cette considération accrue n'a pas perturbé l'encadrement des actions et, partant, l'équilibre normatif, qui ressort renforcé grâce aux justifications qu'induit la mise en œuvre du contrôle. Le contrôle concret de conventionnalité tend, ainsi, à devenir un correctif exceptionnel si, dans le cas d'espèce, l'application de la norme ne répond pas à l'intention du législateur.

598. Apports substantiels : équilibres précaires et dissimulations parentales. Sur le plan substantiel, le renouvellement méthodologique modifie l'appréciation des intérêts contenus dans la norme. La norme est davantage appréciée sur un plan horizontal, le seul intérêt général n'étant plus, nécessairement, une limite à un intérêt individuel. Les singularités en ressortent, pour partie, renforcées en ce sens qu'elles sont mieux considérées. En effet, l'atteinte à l'intérêt individuel doit être particulièrement justifiée pour dépasser la règle objective, tout particulièrement quand le conflit est complexe en raison de l'opposition des intérêts

²³²⁹ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », préc., p. 49.

individuels²³³⁰. Concrètement, ce renouvellement se traduit par une recevabilité accrue de l'action, ce qui n'implique pas nécessairement une réponse positive aux revendications du demandeur. La place prépondérante de la preuve biologique n'est pas étrangère à ce renouvellement. La potentialité que le lien établi ne soit pas conforme à la réalité biologique justifie ainsi que la demande soit recevable, sans que pour autant, la stabilité des liens établis ne soit remise en question. Au contraire, l'impératif de stabilité reste déterminant, seules les dissimulations parentales relatives à la réalité biologique de la filiation semblant être des circonstances suffisantes pour faire pencher la balance des intérêts en faveur de la remise en question du lien.

599. *Dissimulations parentales et considération de l'enfant.* Cette approche permet une considération plus importante de l'enfant, dont l'intérêt semble quelque peu oublié dans le contenu de la norme. En ce sens, une comparaison entre le contentieux de la contestation et de l'établissement l'illustre. L'enfant a un droit d'agir extrêmement limité dans le contentieux de la contestation, là où son droit d'agir est davantage considéré dans le contentieux de l'établissement, afin de lui permettre de pallier un défaut d'établissement. L'étude a ainsi montré que si des circonstances exceptionnelles pouvaient être décelées pour permettre au contrôle concret de dépasser le contenu de la norme dans le contentieux de la contestation, celles-ci sont beaucoup plus rares dans le contentieux de l'établissement. L'ignorance de la situation par l'enfant et une réaction immédiate lors de la révélation paraissent, en ce sens, déterminantes, l'action tardive étant généralement associée à une action poursuivant un but identitaire. L'homme, lésé par le mensonge de la mère, est susceptible de bénéficier de la même souplesse. L'équilibre flottant entre biologie, vécu et volonté est, par conséquent, au cœur de la jurisprudence de la Cour de cassation, malgré l'évolution de ses raisonnements.

600. *Analyse renouvelée : repenser l'établissement ?* Enfin, l'évolution méthodologique de la Cour de cassation afin de prendre davantage en considération les demandes individuelles, permet une rétrospective sur l'esprit de la norme et son objectif. Les tentatives de rééquilibrage par le contrôle concret sur le terrain contentieux permettent de se questionner quant aux modes d'établissement non contentieux de la filiation. Les réflexions judiciaires à partir des singularités nourrissent, ainsi, les pistes de réforme. L'engagement parental est ainsi mis en perspective de l'évolution de la société. L'étude confirme ainsi le

²³³⁰ ÉGÉA V., « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », préc., p. 634.

caractère quasi automatique de la maternité, quand la paternité est presque optionnelle²³³¹, ce qui s'inscrit dans le mouvement d'ensemble du droit de la filiation : la mère gestatrice est encore une mère bien certaine, quand la figure élevant l'enfant à ses côtés est variable. La cohérence se retrouve grâce à l'action du juge.

²³³¹ LABBÉE X., *Le droit français et l'avènement du matriarcat*, op. cit., p. 78-79.

TITRE II : LA SUBJECTIVISATION DE L'ETABLISSEMENT DU LIEN DE FILIATION *AB INITIO*

601. *Obstacles à l'établissement de la filiation ab initio.* Malgré l'affirmation du principe d'égalité des filiations, certains obstacles viennent encore entraver le droit de l'enfant à établir sa filiation *ab initio* c'est à dire, en dehors d'une hypothèse de conflits de filiations. Un obstacle juridique ne permet pas l'établissement de la filiation de l'enfant né d'un inceste absolu et un obstacle factuel limite l'établissement de la filiation dans les situations d'accouchement dans le secret, le secret de la mère ne permettant pas son identification. La nature de l'obstacle se distingue, ainsi, des principaux contentieux sur lesquels a porté le contrôle concret. En effet, dans un cas comme dans l'autre, l'impossibilité d'établir un lien de filiation n'est pas liée à l'expiration d'un délai de prescription, mais à un choix légal de ne pas permettre l'établissement de ce lien. Pour autant, l'obstacle n'est pas le même, le premier résultant de la stricte lettre du texte, tandis que l'autre est la conséquence d'un enchaînement d'évènements dans laquelle la place du père n'a pas été réellement considérée lors de l'élaboration de la norme. De même, ces obstacles poursuivent des buts distincts, la filiation incestueuse ne consistant pas en un conflit de droits, contrairement à l'accouchement dans le secret.

602. *Singularité des obstacles.* Le droit de l'enfant à établir sa filiation biologique conduit, dès lors, à s'interroger sur les justifications de ces obstacles et leur éventuelle remise en cause. Dans cette perspective seront utilisées les différentes décisions rendues en la matière, confrontant le régime légal aux droits fondamentaux. En effet, tant la filiation incestueuse que la filiation du père d'un enfant né dans le secret ont été confrontées, par des juridictions nationales, aux droits fondamentaux, permettant de poursuivre, dans le même temps, l'analyse renouvelée que permet le contrôle, tout en mobilisant cette analyse sur de nouveaux obstacles. Ceux-ci ont, de plus, pour intérêt non négligeable de constituer des questions rarement traitées en la matière, principalement en raison de leur réalisation peu fréquente.

603. *Annonce de plan.* La considération des singularités en aval de la loi permet de confronter des obstacles légaux aux évolutions contemporaines. Par la considération renouvelée

offerte à ces obstacles, tant la filiation incestueuse (Chapitre I.) que l'accouchement dans le secret (Chapitre II.) sont concernés.

Chapitre I : La subjectivisation de la filiation incestueuse.

Chapitre II : La subjectivisation de l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant né dans le secret.

CHAPITRE I : LA SUBJECTIVISATION DE LA FILIATION

INCESTUEUSE

604. Impossibilité d'une filiation bilinéaire. L'établissement de la filiation incestueuse est limité par l'article 310-2 du Code civil qui interdit l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents s'il existe, entre eux, un des empêchements à mariage prévus aux articles 161 et 162 du même code, pour cause de parenté. Cet empêchement est aujourd'hui le seul, à l'exception du cas du donneur de sperme²³³², conduisant à une impossibilité juridique d'établir le lien de filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents biologiques, les autres empêchements juridiques résultant d'un conflit de filiations en raison du principe chronologique posé par l'article 320 du Code civil²³³³. Or, si l'empêchement est justifié à l'égard du donneur, ce dernier ne projetant pas de devenir parent, il est plus discutable pour le cas de la filiation incestueuse. L'enfant dispose, en effet, d'un droit à établir sa filiation biologique, protégé au niveau international²³³⁴ et européen²³³⁵. Le prisme du droit au respect de la vie privée conduit ainsi à renouveler l'interrogation quant à la compatibilité de l'empêchement français à l'article 8 de la Convention européenne, l'enfant incestueux, « dernier paria du droit de la filiation »²³³⁶, étant désormais le seul à être confronté à une telle impossibilité juridique. Une prise en compte concrète de la situation de l'enfant incestueux peut ainsi justifier, une évolution du régime qui lui est appliqué. À partir de situations concrètes, l'analyse renouvelée permet, dès lors, de se questionner sur la règle abstraite.

605. Alternatives. Le risque d'atteinte à l'ordre familial, s'il a pu justifier les empêchements prévus en 1804, survivant « avec hypocrisie »²³³⁷ à l'affirmation du principe

²³³² Art. 342-9 C. civ.

²³³³ V. sur ce point GRANET-LAMBRECHTS F., « Filiation par procréation », in MURAT P. (dir.), *Droit de la famille*, 8^{ème} éd. 2021, coll. « Dalloz action », n°211-31 qui précise que « en dehors de l'hypothèse des conflits de filiations dont la prévention résulte, en règle générale, du principe chronologique posé par l'article 320, c'est la seule situation où, en dépit de la réalité biologique, une entrave partielle subsiste à la liberté de l'établissement d'un lien de filiation et à l'égalité entre enfants en la matière ».

²³³⁴ Art. 7-1 CIDE.

²³³⁵ CEDH, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, n° 16969/90, JCP G 1995. I. 3823, obs. F. Sudre ; faisant expressément référence à l'article 7-1 de la CIDE.

²³³⁶ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°721.

²³³⁷ LEMOULAND J.-J., « La filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée, une question de temps », *D.* 2005, p. 2125.

d'égalité des filiations, est à nouveau questionné par le mouvement de subjectivisation dont le droit de la filiation fait l'objet. L'ordre familial et la protection de l'enfant par le maintien du secret de sa conception ont été jugés suffisants en 2005 pour maintenir une différence de traitement à l'égard de l'enfant né d'un inceste²³³⁸. Face à la prise en compte grandissante des individus, les justifications purement structurelles et institutionnelles sont désormais affaiblies. S'il y a une dizaine d'années, la doctrine pouvait affirmer que « tout le monde admet comme une évidence que la vérité n'est pas bonne à consacrer en ce domaine »²³³⁹, la littérature plus récente, sans remettre en cause l'interdit, se questionne sur la pérennité du régime actuel et particulièrement sur l'interdiction systématique de l'établissement de la filiation bilinéaire de l'enfant né d'un inceste absolu, l'angle du droit au respect de la vie privée apportant de nouvelles perspectives. Sa remise en cause permettrait, en effet, d'aboutir réellement à une effectivité totale du principe d'égalité des filiations et de se conformer aux droits fondamentaux.

606. Annonce de plan. Une considération de la singularité de l'établissement de la filiation incestueuse à l'aune des droits fondamentaux semble, dès lors, indispensable. Elle sera nourrie par les éléments tirés d'une décision de la Cour d'appel de Caen²³⁴⁰ qui a, en raison de circonstances exceptionnelles, accepté le maintien des deux liens de filiation, ainsi que la jurisprudence européenne qui inspirera les raisonnements, à défaut de décision relative à cette question. La présentation des règles actuelles encadrant l'empêchement à l'établissement de la filiation (Section I.) servira de préalable nécessaire pour percevoir les difficultés résultant de ce régime (Section II.). Dans la perspective de cette confrontation aux droits fondamentaux, l'analyse renouvelée permettra, enfin, d'envisager des pistes d'évolution du régime actuel (Section III.).

Section I : L'encadrement légal de l'empêchement d'établir les deux liens de filiation.

Section II : L'appréciation concrète de l'empêchement à l'établissement de la filiation incestueuse.

Section III : Les pistes d'évolutions.

²³³⁸ Le maintien de cette distinction est, par exemple, jugé conforme à l'ordre public dans le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

²³³⁹ SIFFREIN-BLANC C., *La parenté en droit civil*, PUAM, 2009, n°117.

²³⁴⁰ CA Caen, 8 juin 2017, n°16/01314 ; *AJ fam.* 2017. 545, obs. Houssier ; *Dr. fam.* 2017, comm. 224, obs. Fulchiron.

SECTION I : L'ENCADREMENT LEGAL DE L'EMPECHEMENT D'ETABLIR

LES DEUX LIENS DE FILIATION

607. Contextualisation. La question de la filiation incestueuse ne peut être totalement étudiée sans considération du contexte pénal des relations incestueuses. En effet, la conception même de l'enfant peut être faite dans un contexte infractionnel qu'il est nécessaire de considérer. Dans cette optique, l'articulation des domaines civil et pénal est un élément déterminant pour l'étude de la filiation incestueuse. La règle abstraite régissant l'établissement de l'enfant né d'un inceste doit être appréciée au regard de ce qui est permis et interdit entre les parents. Élément central dans la jurisprudence européenne, la cohérence de cette articulation est, de plus, nécessaire à une appréciation de l'empêchement sous l'angle des droits fondamentaux. Un régime répressif strict des relations incestueuses conduira à une marge d'appréciation importante quant aux liens de filiation des enfants issus de la relation et inversement. L'analyse de l'encadrement pénal français des relations incestueuses (§I.) sera ainsi le préalable à l'encadrement civil de la filiation incestueuse (§II.).

§I. Le cadre répressif des relations incestueuses

608. Répression de l'inceste en droit pénal. Contrairement à d'autres États²³⁴¹, le droit français ne condamne pas les relations sexuelles incestueuses entre adultes consentants. En France, l'encadrement de l'inceste par le droit pénal s'inscrit dans la répression des violences intrafamiliales. De façon générale, le régime pénal prévoit différentes infractions qui seront qualifiées de viol incestueux, selon le lien entre l'auteur et la victime. L'inceste est une surqualification du viol ou de l'agression sexuelle lorsqu'un acte de nature sexuelle est commis par « violence, contrainte, menace ou surprise »²³⁴² par l'une des personnes visées à l'article 222-22-3²³⁴³ du Code pénal. La liste de ces personnes est vaste puisque l'article vise « 1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un grand-oncle, une grand-tante, un

²³⁴¹ L'article 173 du Code pénal allemand sanctionne les relations sexuelles entre adultes en ligne directe et entre frère et sœur, indépendamment de la commission d'une infraction sexuelle et les punit d'une amende ou d'un emprisonnement de deux ans.

²³⁴² Art. 222-22-3 C. pén.

²³⁴³ Créé par la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste.

neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité à l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur la victime une autorité de droit ou de fait ». L'inceste fondé sur un lien de sang ou d'alliance est donc symboliquement pris en compte, la surqualification ne modifiant pas la peine initiale. Le droit pénal a également choisi de punir plus sévèrement des situations spécifiques, l'ascendance ou l'autorité de fait ou de droit étant une circonstance aggravante de ces infractions²³⁴⁴. Le droit pénal tente donc de répondre aux demandes des victimes par la reconnaissance expresse des infractions incestueuses, mais il hiérarchise également les sanctions, punissant plus sévèrement l'emprise déduite d'une autorité de fait ou de droit. L'inceste entrant dans cette dernière catégorie est ainsi davantage réprimé qu'un inceste en l'absence de rapport d'autorité.

609. Renforcement de l'encadrement pénal. Deux infractions autonomes ont été créées par la loi du 21 avril 2021²³⁴⁵, le viol et l'agression sexuelle incestueux. Elles n'impliquent pas l'existence d'une violence, menace, contrainte ou surprise, mais doivent être commises par un majeur sur un mineur²³⁴⁶, lorsque ce majeur est un ascendant du mineur, ou qu'il fait partie de la liste des personnes visées par l'article, ayant autorité de fait ou de droit sur ce mineur. L'objectif de la loi est ainsi de permettre la caractérisation de l'infraction en dépassant le questionnement du consentement d'une victime mineure. Au regard de la combinaison de ces textes, les infractions générales auront vocation à s'appliquer aux victimes majeures, tandis qu'un régime propre aux mineurs victimes existe désormais. Il en ressort également une volonté de protéger les victimes d'infractions particulièrement intimes et de graduer la protection selon la vulnérabilité de cette victime, vulnérabilité présumée en fonction de l'âge. L'emprise découlant du lien de parenté ou du rapport de proximité factuelle existant entre la victime et l'auteur justifie cet encadrement, davantage qu'une volonté de protéger les structures familiales.

610. Encadrement pénal et encadrement civil. En raison des revendications des victimes qui demandaient la reconnaissance du particularisme d'une infraction sexuelle incestueuse, le droit pénal est donc aujourd'hui dans un processus d'élargissement de cette notion, tout en peinant à déterminer ses contours précis au point qu'il a pu être dit que « l'inceste

²³⁴⁴ Art. 222-24 4° et 222-28 2° C. pén.

²³⁴⁵ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste.

²³⁴⁶ Art. 222-23-2 et 222-29-3 C. pén.

cherche encore ses marques en matière répressive »²³⁴⁷. Le principe de légalité des délits et des peines a, en effet, contraint le législateur à donner une liste précise des personnes susceptibles de commettre un inceste²³⁴⁸, exigence difficilement réalisable en raison de la multiplicité des situations. En conséquence, diverses retouches législatives ont été nécessaires²³⁴⁹ et il en résulte un régime complexe où inceste et emprise sont difficilement distinguables.

611. Absence d'interdiction pénale de la famille incestueuse. Le droit français est néanmoins dans une relative tolérance face aux situations d'inceste, hors situation infractionnelle. Aucune sanction n'est prévue à l'égard de deux adultes d'une même famille souhaitant avoir des relations sexuelles, vivre ensemble ou procréer. S'ils le veulent, une vie familiale peut exister, de fait. Afin de protéger les structures familiales, les règles civiles encadrent les liens pouvant se créer par la mise en place d'empêchements relatifs ou absolus. La protection accordée par le droit pénal a ainsi pour but de punir ceux qui profitent de la proximité créée par les structures familiales, mais non de sanctionner ceux qui y porteraient atteinte par des relations intrafamiliales consenties.

§II. L'encadrement civil des relations incestueuses

612. Liste de relations prohibées. Le droit civil prévoit une liste de liens conjugaux et filiaux prohibés, la force de l'interdiction étant modulée selon le degré de parenté. Un lien de filiation ne peut ainsi pas être établi si l'enfant est issu d'un inceste absolu (A.). Cette règle, justifiée par des impératifs moraux et juridiques (B.), a été précisée et est complétée par des mesures patrimoniales afin de limiter les atteintes subies par l'enfant (C.).

²³⁴⁷ DUBOIS C., « L'inceste en droit pénal ou la consécration de la famille selon Vianney – “Y’a pas que les gènes qui font les familles” – », *JCP éd. G.* n°23, 7 juin 2021, doct. 622.

²³⁴⁸ Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC ; A. Lepage, *JCP G* 2011. 1160 ; Cons. const. 17 février 2012, n° 2011-222 QPC ; RSC 2012. 146, obs. Y. Mayaud.

²³⁴⁹ 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, JORF n°0033 du 9 février 2010 ; loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, JORF n°0063 du 15 mars 2016 ; loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, JORF n°0179 du 5 août 2018 ; loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste JORF n°0095 du 22 avril 2021.

A. Le contenu de l'empêchement à l'établissement de la filiation

613. *Empêchements à mariage.* Le droit civil limite en premier lieu les relations entre individus issus d'une même famille en matière de mariage et de PACS. Les articles 161 et suivants du Code civil posent une liste d'empêchements à mariage fondés sur les liens familiaux. Cette liste a été étendue au PACS lors de sa création par la loi du 15 novembre 1999²³⁵⁰ et au mariage entre personnes de même sexe en 2013²³⁵¹. Sont ainsi visées les relations entre ascendants, descendants et alliés en ligne directe²³⁵², les relations entre frères et sœurs²³⁵³, et celles entre collatéraux au troisième degré c'est-à-dire entre un oncle ou une tante et un neveu ou une nièce²³⁵⁴. L'interdit des unions incestueuses est nuancé et la doctrine distingue les prohibitions relatives et absolues. La prohibition est relative lorsque le Président de la République peut la lever pour causes graves²³⁵⁵ et absolue entre ascendants et descendants et collatéraux au second degré. Pour les liens d'alliance, une dispense peut être accordée si la personne créant le lien est décédée. Ce lien d'alliance constitue donc toujours un empêchement à la suite d'un divorce. La jurisprudence a néanmoins assoupli la rigueur de l'article 161 du Code civil sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, en intégrant un contrôle concret de conventionnalité dans l'examen de l'action en nullité d'un mariage incestueux, qui a conduit au maintien d'une union incestueuse fondée sur un lien d'alliance²³⁵⁶.

614. *Empêchement impératif d'établir les deux liens de filiation de l'enfant né d'un inceste absolu.* L'enfant est dans l'impossibilité d'établir sa filiation à l'égard de ses deux parents lorsqu'il est né de personnes entre lesquelles existe un empêchement absolu à mariage, pour cause de parenté (1.). Cette interdiction implique un choix sur la filiation à établir (2.) et ne souffre d'aucune dérogation (3.).

²³⁵⁰ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JORF n°265 du 16 novembre 1999.

²³⁵¹ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013.

²³⁵² Art. 161 C. Civ.

²³⁵³ Art. 162 C. Civ.

²³⁵⁴ Art. 163 C. Civ.

²³⁵⁵ Art. 164 C. Civ.

²³⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n° 12-26.066 où le mariage entre un ex beau-père et sa bru n'a pas été annulé en raison de la durée de l'union (vingt ans) et de l'absence d'opposition lors de sa célébration et Cass. 1^{ère} civ., 8 décembre 2016, n° 15-27.201, *D.* 2016. 2568, obs. Gallmeister ; *AJ fam.* 2017. 71, obs. Houssier ; *Dalloz actualité* 2 janv. 2017, obs. Da Silva, où le mariage a été annulé en raison de sa durée plus courte (huit ans), de l'absence d'enfant né de cette union et de la figure paternelle que représentait l'époux sur l'épouse.

1- L'impossibilité d'établir la filiation bilinéaire de l'enfant né d'un inceste absolu

615. Impossibilité du double lien de filiation de l'enfant né d'un inceste absolu. Par un jeu de renvoi aux empêchements à mariage, l'article 310-2 du Code civil interdit l'établissement du second lien de filiation lorsque l'enfant est né d'un inceste absolu pour cause de parenté. Cet obstacle bien qu'il fasse référence aux empêchements à mariage n'est pas parfaitement calqué sur ceux-ci puisqu'il se cantonne aux empêchements fondés sur des liens de sang. Les situations visées par cet empêchement sont donc relativement restreintes et concernent les enfants nés d'un frère et d'une sœur ou d'un ascendant et de son descendant. Dans tous les autres cas, lien d'alliance compris, l'établissement du double lien de filiation est possible, indépendamment de la validité du mariage.

616. Filiation incestueuse et adoption. La liste des empêchements est également étendue à l'adoption, bien qu'un certain manque de lisibilité des textes soit à déplorer. L'article 356 du Code civil prévoit, en effet, que l'enfant adopté plénièrement voit sa filiation adoptive se substituer à sa filiation originelle, sous réserve des empêchements à mariage visés aux articles 161 à 164. Au regard de ce texte, le régime semble calqué sur celui de l'article 310-2, que ce soit à l'égard de la famille adoptive ou de la famille d'origine. Pour l'adoption simple, l'article 364 du Code civil prévoit expressément le maintien des empêchements à mariage entre l'enfant et sa famille d'origine. L'article 366 précise ensuite une liste des empêchements à mariage entre les membres de la famille adoptive²³⁵⁷, calquée sur celle prévue aux articles 161 à 164²³⁵⁸.

En revanche, aucune précision n'est faite quant à la filiation de l'enfant issu de ces relations. Le renvoi opéré pour l'adoption plénière et la *ratio legis* permettent de conclure à l'extension de l'empêchement à l'établissement de la filiation, mais les textes spéciaux prévus pour l'adoption simple posent davantage question. Dans cette seconde hypothèse, user d'un

²³⁵⁷ Art. 366 du C. civ. « Le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend aux enfants de l'adopté. Le mariage est prohibé : 1° Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ; 2° Entre l'adopté et le conjoint ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité de l'adoptant ; réciproquement entre l'adoptant et le conjoint ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité de l'adopté ; 3° Entre les enfants adoptifs du même individu ; 4° Entre l'adopté et les enfants de l'adoptant. Néanmoins, les prohibitions au mariage portées aux 3° et 4° ci-dessus peuvent être levées par dispense du Président de la République, s'il y a des causes graves. La prohibition au mariage portée au 2° ci-dessus peut être levée dans les mêmes conditions lorsque la personne qui a créé l'alliance ou qui était liée par un pacte civil de solidarité est décédée ».

²³⁵⁸ Et incluant étrangement le PACS dans les liens d'alliance depuis la réforme de l'adoption du 21 février 2022.

raisonnement par analogie ne serait pas possible, les exceptions étant d'interprétation stricte²³⁵⁹. La récente réforme de l'adoption²³⁶⁰ ne règle, par ailleurs, pas la question, ces textes n'ayant pas été modifiés. Pour autant, il serait difficile de concevoir une telle différence de traitement selon la nature de l'adoption ni ce qui la justifierait. Il est plus probable que cette potentielle différence résulte de maladresses rédactionnelles que d'une volonté de distinguer. Dans cette optique, l'enfant né de la relation entre un frère et une sœur adoptifs ne devrait pas pouvoir établir son lien de filiation à l'égard de ses deux parents, peu importe la nature de l'adoption.

617. Nullité absolue de la seconde filiation incestueuse. La seconde filiation établie en contradiction avec l'article 310-2 du Code civil encourt la nullité. L'officier d'état civil constatant le lien de parenté peut ainsi saisir le procureur de la République pour qu'il agisse en nullité de la reconnaissance sur le fondement des articles 336 du Code civil et 423 du Code de procédure civile, la disposition étant d'ordre public²³⁶¹. Ce caractère d'ordre public permet à tout intéressé d'agir et l'action se prescrit dans un délai de dix ans sur le fondement de l'article 321 du Code civil.

618. Détermination du lien de filiation valable. Cette règle implique un choix sur le lien de filiation pouvant être établi. Pour autant l'article 310-2 n'évoquant que la validité de la filiation « déjà établie », des précisions réglementaires et judiciaires ont été nécessaires.

2- Le choix du lien de filiation à établir

619. Choix objectif de la filiation maintenue. Au vu du texte, le choix du lien établi est fondé sur un critère strictement temporel, le parent le plus « rapide » pour établir sa filiation voyant sa célérité récompensée par la reconnaissance juridique de son lien avec l'enfant. Ce choix, s'il a pour avantage d'être objectif, est déconnecté de la prise en charge matérielle de l'enfant, celle-ci n'étant évidemment visible qu'après sa naissance. Le risque est ainsi que le parent titulaire de l'autorité parentale ne soit pas celui prenant en charge quotidiennement l'enfant. L'autre difficulté posée par ce critère est la différence des modes d'établissement de la maternité et de la paternité. La mention du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant

²³⁵⁹ V. sur ce point l'analyse de BOISSON J., « L'enfant mal né », in *Mélanges en l'honneur du doyen Guével*, LGDJ, 2021, n°13.

²³⁶⁰ Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, JORF n°0044 du 22 février 2022.

²³⁶¹ Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, n° 304.

suffisant à établir la filiation maternelle²³⁶², il est rare qu'une mère fasse une reconnaissance prénatale en raison de la quasi-automaticité de l'établissement de sa filiation. Au contraire, l'établissement de la filiation paternelle se fait plus habituellement par reconnaissance pré ou post natale.

620. Difficultés chronologiques. Dans l'hypothèse d'une reconnaissance paternelle postnatale, l'application de l'article 310-2 ne pose pas de difficulté, la déclaration de naissance établissant la filiation maternelle prenant effet rétroactivement à la naissance de l'enfant. Dans le cas d'une reconnaissance paternelle faite avant ou au moment de la déclaration de naissance, le critère temporel est plus difficilement applicable. La circulaire de présentation de l'ordonnance de 2005²³⁶³ a donc proposé une application simplifiée du principe chronologique, se fondant sur la date à laquelle le parent agissait pour établir sa filiation, et non sur la date à laquelle l'acte prenait effet. Selon ses recommandations, la première reconnaissance prénatale primerait sur tout établissement ultérieur d'un lien de filiation. Si la mère a pour avantage de pouvoir établir sa filiation avant toute information au père sur sa grossesse, son inaction jusqu'à la déclaration de naissance conduit à la primauté de la reconnaissance prénatale paternelle. Face à une déclaration de naissance par le père qui en profite pour reconnaître l'enfant ou à une reconnaissance conjointe, la circulaire préconise de conserver le nom de la mère dans l'acte de naissance et de refuser la reconnaissance paternelle. À l'heure actuelle, seule l'hypothèse d'un établissement de la filiation fondé sur une reconnaissance prénatale paternelle et la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance a été soumise aux juridictions. Dans cette espèce, la juridiction de première instance a fait le choix de suivre les préconisations de la circulaire en maintenant la filiation paternelle au détriment de la filiation maternelle²³⁶⁴. Bien qu'il ait pour avantage son caractère objectif, ce critère n'en est pas moins critiquable. D'un point de vue juridique, une reconnaissance prénatale prend effet au moment où l'enfant existe au regard du droit, ce qui est permis par la déclaration de naissance de l'enfant. Cette déclaration conduit à la rédaction de l'acte de naissance dans lequel est mentionné le nom de la mère, ce qui établit sa filiation²³⁶⁵. La temporalité proposée par la circulaire n'est finalement pas conforme à la temporalité juridique et semble plutôt fondée sur une facilité pratique que sur de réelles

²³⁶² Art. 311-25 C. civ.

²³⁶³ Circulaire du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, CIV/13/06.

²³⁶⁴ CA Caen, 8 juin 2017, n°16/01314 ; *AJ fam.* 2017. 545, obs. Houssier ; *Dr. fam.* 2017, comm. 224, obs. Fulchiron.

²³⁶⁵ Art. 311-25 C. civ.

considérations techniques. D'un point de vue plus concret, ce choix objectif fait dès la naissance peut conduire à des décalages entre la prise en charge matérielle de l'enfant et la titularité de l'autorité parentale.

3- *L'absence de dérogation à l'empêchement*

621. *Prohibition de l'adoption de l'enfant incestueux par le second parent.* Face à cette interdiction, certaines juridictions du fond ont pu admettre l'adoption simple par le second parent²³⁶⁶. Ce positionnement a pu être soutenu par une partie de la doctrine se fondant sur la révélation, de fait, du secret et qui considérait donc que « la prohibition de l'article 334-10 reposait sur le présupposé que les mœurs auraient, en amont, maintenu le secret et qu'il convenait que le droit, en aval, y encourageât. Le montage est apparemment mort dans plusieurs hypothèses et il n'en subsiste plus que des inconvénients pour l'enfant et un profit bien hypothétique pour la société qui, en tout état de cause, est bien obligée d'ouvrir les yeux sur cette triste réalité »²³⁶⁷. D'autres au contraire contestaient cette solution²³⁶⁸, considérant cette pratique comme un détournement de l'adoption et une atteinte à l'ordre public. Ce dernier argument a été celui retenu par la Cour de cassation dans sa décision du 6 janvier 2004²³⁶⁹. Confirmant cette analyse, la réforme de 2005 a précisé à l'article 310-2 du Code civil que le lien de filiation entre l'enfant et le second parent ne peut être établi « par quelque moyen que ce soit ».

622. *Refus de transmission d'une QPC.* La Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC²³⁷⁰ portant sur l'article 310-2 du Code civil et interrogeant sur l'atteinte portée au droit à une vie familiale normale lorsque les parents, entre qui existe un empêchement à mariage, n'ont pas de lien de sang considérant, de façon surprenante, que la question n'était ni nouvelle²³⁷¹ ni sérieuse. Elle justifie son refus en affirmant que « la question posée ne présente

²³⁶⁶ V. par ex. CA Rennes, 24 janvier 2000, n° 2000-110223.

²³⁶⁷ HAUSER J., « Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse, adoptions simples et pères incestueux », *RTD civ.* 2004, p. 75.

²³⁶⁸ V. par ex. FENOUILLET D., « 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 », *Dr. fam.* n°11, nov. 2003, chron. 29.

²³⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 2004, n° 01-01.600 ; *D.* 2004. 362, concl. Sainte-Rose, n. T. Vigneau ; *Defrénois* 2004, art. 37926, n° 38, obs. Massip ; *JCP G* 2004.II.1064, n. C. Labrusse-Riou ; *RTD civ.* 2004, p.75, obs. J. Hauser.

²³⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2012, n° 12-40.021.

²³⁷¹ Bien que les seules décisions du Conseil Constitutionnel sur l'inceste portent sur la compatibilité avec le principe de légalité des délits et des peines et qu'aucune décision n'ait encore été rendue. V. notamment en matière pénale les décisions du 16 septembre 2011, n° 2011-163 QPC et du 17 février 2012, n° 2011-222 QPC.

pas de caractère sérieux, dès lors qu'elle suppose une situation que contredit la reconnaissance établissant la filiation de la mère de l'enfant », formulation concise et peu claire qui semblerait indiquer que l'établissement de la filiation maternelle suffit pour ne pas porter atteinte au droit au respect d'une vie familiale normale ou que l'effectivité de la vie familiale ne nécessite pas de reconnaissance juridique complète de la filiation de l'enfant²³⁷². Pour autant, la question était loin d'être dénuée d'intérêt. Elle interroge quant à la suffisance d'un seul lien de filiation, question désormais récurrente dans le domaine des nouveaux modes de procréation. Elle met également en évidence que l'encadrement de l'établissement de la filiation incestueuse repose exclusivement sur une parenté juridique. En l'absence de reconnaissance juridique, un lien biologique ne crée, au contraire, aucun empêchement. Elle conduit ainsi à s'interroger sur la possibilité de traiter distinctement les situations où existe un risque eugénique de celles où ce risque n'existe pas. Plus généralement, elle soulève la question de la justification de l'empêchement à l'établissement de la filiation incestueuse.

623. Diversité des fondements de l'empêchement. Le régime civil repose, à première vue, sur l'inceste « biologique » soit le partage d'un même sang et serait justifié par des considérations eugéniques. Plus précisément, elle correspond au modèle du droit de la filiation, reposant sur une vraisemblance de filiation conforme à la réalité biologique, la correspondance entre vérité biologique et lien juridique établi n'étant vérifiée que dans un contexte contentieux. De plus, l'extension de l'empêchement aux filiations adoptives, par nature ne reposant pas sur un lien de sang, conduit à confirmer la diversité des fondements de l'encadrement des relations incestueuses.

²³⁷² V. sur ce point LEROYER A.-M., *Droit de la famille, op. cit.*, n°226 et s., qui qualifie de restrictive l'interprétation constitutionnelle des atteintes possibles au droit de mener une vie familiale normale. Pour plus de développement sur la notion constitutionnelle de vie familiale normale v. *supra* n°222.

B. La double justification de la règle

624. Fondements moral et eugénique. La détermination même du fondement de l'interdit de l'inceste est malaisée. La première justification de l'encadrement de la filiation incestueuse est évidemment une justification morale, au regard du tabou universel que représente l'inceste et sur lequel de nombreux auteurs se sont penchés²³⁷³. Pour autant, si cet interdit a existé dans l'ensemble des sociétés, son encadrement juridique est variable. Aujourd'hui, l'idée principalement retenue est que les interdits posés sont fondés sur des raisons physiologique et morale, afin de conduire un individu à choisir son partenaire en dehors du cadre familial dont il est issu, tant pour des considérations eugéniques que pour éviter les désordres résultant de telles relations²³⁷⁴. Le droit serait ainsi un moyen de contraindre l'individu à ce choix, en ne lui permettant pas d'établir un nouveau lien avec un membre de sa famille.

625. Traduction juridique : préservation de l'ordre familial. Face à ce double impératif, le régime civil a fait le choix de dépasser la seule relation entre consanguins et a inclus l'alliance et l'adoption dans l'encadrement des relations incestueuses²³⁷⁵. La préservation d'un « ordre familial » est ici centrale, car « à côté de l'inceste classique, étudié tant par les anthropologues que par les psychanalystes (les rapports sexuels entre consanguins), existe un autre inceste, consistant dans le partage d'un même partenaire sexuel par des consanguins (telles deux sœurs, ou une fille et sa mère) »²³⁷⁶. L'encadrement de l'inceste en droit civil s'est construit autour de cette idée de préservation d'un ordre familial visant à garantir la paix des familles et éviter une confusion générationnelle entre ses membres²³⁷⁷. D'un point de vue plus

²³⁷³ Par exemple pour les psychanalystes les théories de Sigmund FREUD ou Paul-Claude RACAMIER qui a théorisé la notion d'incestuel et pour les anthropologues celles de Claude LÉVI-STRAUSS, Françoise HÉRITIER ou Dorothee DUSSY.

²³⁷⁴ Pour de plus amples développements v. par ex., MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°206 qui précisent que « l'une est physiologique : les sangs ont intérêt à se mêler, ce qui est une considération d'eugénisme ; ce fondement justifie les empêchements de parenté biologiques, non ceux qui sont tirés de l'alliance ou de l'adoption. L'autre est morale : la vie familiale crée des relations étroites entre ses membres et la perspective d'un mariage possible serait susceptible de créer des désordres ; apparaît à nouveau le rôle prophylactique du droit civil » ; V. aussi DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation, op. cit.*, n°786 et s.

²³⁷⁵ GUÉVEL D., « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.* 16 octobre 2004, p. 2 ; DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation, op. cit.*, n°786.

²³⁷⁶ BATTEUR A. et GOSSELIN-GORAND A., « L'adoption plénière des enfants d'un frère décédé : l'Interdit de l'inceste en question », *D.* 2021, p. 430, reprenant l'analyse de Françoise HÉRITIER, « Les deux sœurs et leur mère », éd. O. Jacob, 1994.

²³⁷⁷ SIFFREIN-BLANC C., *La parenté en droit civil, op. cit.*, n° 113.

concret, ces règles permettent d'éviter des complications notamment successorales, l'établissement de la filiation d'un enfant incestueux conduisant à un cumul de différentes qualités sur la tête d'un même individu²³⁷⁸, ce désordre successoral illustrant le désordre familial et générationnel auquel conduirait la reconnaissance de la filiation d'un enfant né d'un inceste²³⁷⁹. La règle protège, de cette façon, l'intérêt général.

626. Protection de l'enfant. Au-delà de cette préservation de l'ordre familial, l'interdiction du double lien de filiation a également pour but de protéger l'enfant. L'intérêt abstrait et *a priori* de l'enfant est, ainsi, l'un des objectifs poursuivis. Issu d'une relation interdite, ses intérêts seraient garantis en ne reconnaissant pas l'existence de l'inceste dont il est la conséquence sur son état civil par la préservation du secret sur ses origines²³⁸⁰. Cependant, cette justification est, aujourd'hui, plus discutable. Le secret protecteur montre ses limites face à l'épanouissement du droit à la connaissance des origines, garantissant la construction identitaire des individus²³⁸¹. Le renversement de perspective entre les conceptions du XX^e siècle et celles du XXI^e siècle relativement aux dissimulations est, en ce sens, frappant. Le secret, autrefois protecteur en ce qu'il permettait de « sauver les apparences », est désormais considéré comme bien plus nocif, frein au développement et à l'épanouissement individuel. Dans la continuité de la levée du principe d'anonymat en matière d'assistance médicale à la procréation²³⁸², de la lutte contre les dissimulations parentales grâce au contrôle concret sur le terrain du contentieux de la filiation²³⁸³, et surtout des recherches de terrain sur l'ampleur du phénomène pénal de l'inceste²³⁸⁴, le secret perd de sa force et ne semble plus être, à l'heure actuelle, une justification aussi solide qu'elle a pu l'être.

²³⁷⁸ CHEYNET DE BEAUPRÉ A., « L'inceste, un tabou civil », *RJPF*, n° 4, 1^{er} avril 2021, spécialement IIC « Successions incestueuses ».

²³⁷⁹ FENOUILLET D., « 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 », *Dr. fam.* n°11, nov. 2003, chron.29, qui affirme que « ce n'est pas seulement parce qu'il reflète une union interdite que l'établissement de la double filiation incestueuse est prohibé, mais également parce qu'il est “en soi” une atteinte à l’“ordre” familial ».

²³⁸⁰ FENOUILLET D., « 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 », *Dr. fam.* n°11, nov. 2003, chron.29.

²³⁸¹ Dans le même sens, HOUSIER J., « Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation de la filiation incestueuse », *AJ fam.* 2017, p. 545.

²³⁸² V. *supra* n°299.

²³⁸³ V. *supra* n°513 et s. pour le contentieux de la contestation et n°599 pour le contentieux de l'établissement.

²³⁸⁴ V. par ex., CIIVISE, *Violences sexuelles faites aux enfants : « on vous croit »*, 20 novembre 2023, [[en ligne](#)].

627. Effets découlant de la filiation. L'enfant issu d'un inceste absolu ne bénéficie pas des effets du lien de filiation dont il est privé. Pour autant, quelques voies lui sont ouvertes pour compenser ces atteintes patrimoniales et extrapatrimoniales.

C. Les palliatifs du lien de filiation vacant

628. Filiation vacante. Le lien de filiation non établi laisse la place vacante et juridiquement, rien n'interdirait à un tiers de reconnaître l'enfant. Néanmoins, il semble peu probable que cette place laissée vacante conduise à un conflit de droits entre un parent biologique dans l'impossibilité d'établir sa filiation et un parent sociologique. Le parent biologique, s'il ne peut établir sa propre filiation, peut contester le lien de filiation éventuellement établi par un tiers. L'établissement d'une maternité « de complaisance » semble peu probable au regard des modes de preuve de la maternité. La paternité, établie plus facilement, restera contestable selon les règles de droit commun qui ne privent pas le parent biologique d'agir. Il est envisageable que ce dernier conteste le lien sur le fondement de l'article 334 du Code civil s'il agit avant la caractérisation d'une possession d'état voire sur le fondement de l'article 333 en réclamant la qualité de père, tout en sachant qu'il ne pourra pas l'obtenir. Le recours à l'article 336 est également envisageable, l'action du procureur de la République fondée sur la demande d'un parent biologique dans l'incapacité d'établir sa filiation pouvant caractériser les indices rendant invraisemblable la filiation établie. Dans la même logique, il pourrait intervenir à la procédure d'adoption de l'enfant, puisque n'étant juridiquement pas le parent, son consentement n'aura pas, au préalable, été exigé.

629. Action à fins de subsides. En l'absence de lien de filiation paternelle, la première action ouverte à l'enfant est l'action à fins de subsides, prévue à l'article 342 du Code civil. L'enfant peut, par cette action, réclamer des subsides à l'homme ayant eu des relations sexuelles avec sa mère pendant la période légale de conception. L'alinéa 3 du même article fait implicitement référence à l'enfant incestueux puisqu'il précise que l'action est recevable même s'il existe entre les parents un empêchement à mariage. Cette voie permet une prise en charge alimentaire de l'enfant incestueux. L'article 342-2 précise, en ce sens, que les subsides se règlent sous la forme d'une pension, calculée selon les besoins de l'enfant, les ressources du débiteur et sa situation familiale. Elle est due à la date du jugement et peut être étendue au-delà de la majorité de l'enfant s'il est encore dans le besoin, à moins que cet état de besoin ne lui soit reprochable. L'action est néanmoins écartée si le défendeur rapporte la preuve de sa non-

paternité, preuve pouvant se faire par tout moyen²³⁸⁵. Ces subsides ont pour but de subvenir aux besoins vitaux de l'enfant, mais en l'absence d'établissement d'un lien de filiation, aucun effet relativement au nom, à l'autorité parentale, aux successions ou à une obligation d'entretien n'a lieu. La seule exception pouvant être relevée est la création d'un empêchement à mariage entre le débiteur et le bénéficiaire, ainsi qu'entre chacun d'eux et les parents ou le conjoint de l'autre, selon l'article 342-7 du Code civil.

À ce stade, il est, toutefois, possible de constater que l'intention du législateur se révèle, d'ailleurs, par le rapport créé entre filiation incestueuse et action à fins de subsides : le parent qui doit être privilégié est la mère. À défaut d'établissement de la filiation maternelle, au profit du père, le palliatif principal du défaut d'établissement disparaît et n'est compensé en aucune façon.

630. Impossibilité d'agir à fins de subsides à l'égard de la potentielle mère. L'enfant ne peut intenter une action à fins de subsides que contre « celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de conception » c'est-à-dire à son père potentiel. Or, si la première filiation établie est la filiation paternelle, l'enfant ne pourra réclamer à sa mère présumée des subsides. Pour autant, la Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC portant sur cette différence de traitement entre le père potentiel et la mère potentielle et fondée sur les articles 1 et 6 de la DDHC²³⁸⁶. Elle a considéré que la question était dépourvue de caractère nouveau et sérieux, précisant sur ce second point qu'en l'absence d'impossibilité d'agir en recherche de maternité, action permettant la contribution à l'entretien et à l'éducation, aucune atteinte au principe d'égalité entre les hommes et les femmes ne pouvait être relevée. Pour autant, la différence de traitement est réelle entre l'enfant dont la filiation paternelle est établie et celui dont la filiation maternelle est établie. Le premier n'aura aucune compensation patrimoniale ni la possibilité d'agir en recherche de maternité, contrairement au second.

631. Action en responsabilité civile à la suite d'un viol incestueux. L'enfant peut, en outre, demander réparation de son préjudice causé par l'impossibilité d'établir sa filiation à l'égard de ses deux parents. Cette position a été clairement affirmée lorsque l'enfant est issu d'une infraction sexuelle incestueuse²³⁸⁷, les conditions de la conception, l'empêchement

²³⁸⁵ Cass, 1^{ère} civ., 14 juin 2005, n° 04-13.901 ; *Dr. fam.* 2005. comm. 182, note P. Murat ; *RJPF* 2005-11/20, note T. Garé ; *Defrénois* 2005. 1848, obs. J. Massip.

²³⁸⁶ Cass, 1^{ère} civ., 22 février 2017, n° 16-40.251 QPC ; *D.* 2018. 530, obs. F. Granet-Lambrechts.

²³⁸⁷ V. CA Grenoble, 29 juin 2005, n°05/288046 ; Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 09-82.438, *AJ pénal* 2011. 27, note C. Ambroise-Castérot ; CA Poitiers, 4 sept. 2018, n° 16/04228.

d'établir un double lien de filiation et l'impossibilité de prétendre à la succession de l'un de ses parents caractérisant les préjudices moraux et matériels.

632. Action en responsabilité civile en l'absence de viol incestueux.

Indépendamment des conditions de sa conception, l'action de l'enfant contre ses parents fondée sur le préjudice résultant de l'impossibilité d'établir son double lien de filiation est envisageable, l'enfant voyant sa construction identitaire perturbée et ses droits successoraux limités²³⁸⁸. La détermination de la faute reste plus délicate dans les situations où la naissance de l'enfant ne résulte pas d'un viol, mais d'une relation consentie. La faute civile pouvant être définie comme le manquement à une règle de conduite appréciée objectivement, il est envisageable d'y faire entrer des relations sexuelles entre deux parents proches au regard de la condamnation sociale dont l'inceste fait l'objet, malgré l'absence d'infraction pénale. La Cour d'appel de Grenoble a ainsi caractérisé une faute en précisant notamment que « la faute est donc d'avoir commis des faits rendant vraisemblable une filiation dont l'établissement est juridiquement interdit ». Si, dans le cas d'espèce, le père avait été condamné pénalement, la justification de la cour d'appel reste intéressante puisqu'elle se détache de l'infraction et s'appuie sur le contexte plus général de la naissance de l'enfant en mettant en évidence les conséquences sur son état civil de la relation entre ses parents. Les commentateurs de la décision ont ainsi pu relever que « ce type d'actions illustre alors parfaitement la double fonction normative et réparatrice de la responsabilité civile »²³⁸⁹. L'objectif indemnitaire du droit de la responsabilité civile pourrait donc vraisemblablement conduire à la caractérisation d'une faute civile permettant à l'enfant incestueux d'engager la responsabilité de ses parents pour le seul contexte de sa naissance. Cette possibilité est néanmoins à nuancer face à l'ignorance par les parents de leur lien de sang lors de la conception de l'enfant. Dans une telle situation, la caractérisation de la faute paraît plus complexe. L'aboutissement d'une action en responsabilité civile n'est donc pas acquis et n'aura, en tout état de cause, aucune conséquence extrapatrimoniale.

633. Effet limité des actions. Que ce soit l'action à fins de subsides ou l'action en responsabilité civile, aucune n'a d'effet extrapatrimonial. Malgré une potentielle compensation

²³⁸⁸ V. en ce sens CA Angers, 15 décembre 2011, n° 10/00285 où le viol ou l'agression sexuelle n'ont pas été caractérisés malgré le climat global de violences sexuelles et incestueuses dans lequel s'inscrivait l'affaire mais où le préjudice de l'enfant de ne pas pouvoir établir sa filiation paternelle a été réparé.

²³⁸⁹ RADÉ C., « Action en responsabilité d'un enfant incestueux contre son père », *RCA* n°2, février 2006, comm. 48.

financière, la différence de traitement relativement à l'état civil ou à l'autorité parentale entre l'enfant né d'un inceste et celui qui ne l'est pas est donc maintenue. Cette absence d'effet interroge au regard du secret pesant sur la filiation incestueuse et justifiant l'empêchement à l'établissement d'une filiation bilinéaire. Cette interrogation est particulièrement vraie pour l'action à fins de subsides qui est aujourd'hui fondée sur une possibilité de paternité²³⁹⁰, dont la preuve peut se faire par expertises génétiques²³⁹¹. En conséquence, le secret justifiant l'interdiction du double de lien de filiation est, dans l'hypothèse d'une action à fins de subsides, levé. L'utilisation de cette action conduit donc finalement à la révélation de l'acte incestueux commis par les parents, en limitant les effets de cette révélation aux seules conséquences alimentaires et non extrapatrimoniales ou successorales.

634. Absence de vocation successorale. En l'absence de lien de filiation établi, l'enfant ne pourra hériter du parent à l'égard duquel il n'est pas rattaché. Cependant, il n'est pas totalement privé de droits successoraux, l'inceste absolu recouvrant des situations de proche parenté. L'enfant incestueux dispose d'un certain avantage successoral, qui reste moins avantageux que celui issu de la qualité d'enfant, héritier réservataire de premier ordre et de premier degré, bénéficiant des abattements les plus importants. Selon la composition familiale et les règles successorales en découlant, la situation de l'enfant incestueux est extrêmement variable. Il est susceptible d'obtenir une part successorale importante²³⁹², ou au contraire de ne rien percevoir²³⁹³. Son absence de vocation successorale peut également être compensée par des libéralités. Celles-ci restent néanmoins limitées par la réserve héréditaire, cette dernière pouvant affecter jusqu'aux trois quarts du patrimoine du défunt.

635. Délégation-partage de l'autorité parentale. À défaut de la possibilité d'établir le double de lien de filiation, le Défenseur des droits dans une approche plus pragmatique s'est prononcé, en faveur d'une délégation-partage de l'autorité parentale sur le fondement de l'article 377 du Code civil²³⁹⁴. Il a ainsi considéré que cette solution ne constituait pas un détournement des règles relatives à la filiation, mais permettait de donner un fondement

²³⁹⁰ Sur l'évolution du fondement de l'action à fins de subsides, v. MIRABAIL S., « Repenser l'action à fins de subsides », *Dr. fam.* n°9, septembre 2011, étude 19.

²³⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2005, n° 04-13.901 : l'expertise biologique est de droit en matière d'action à fins de subsides sauf motif légitime de ne pas y procéder.

²³⁹² Par exemple s'il est descendant représentant l'enfant du défunt.

²³⁹³ Par exemple s'il est neveu ou nièce du défunt et en présence d'un conjoint survivant.

²³⁹⁴ Défenseur des droits, décision n° MDE 2012-90 du 25/06/2012.

juridique à une situation factuelle, la mère et le père prenant effectivement en charge l'enfant dans la situation qui lui était soumise. Cette solution permet de combler le vide laissé en matière d'autorité parentale par le lien de filiation qui n'a pas été établi. Reconnaisant juridiquement un état de fait, elle tempèrerait la rigueur des dispositions actuelles. Pour autant, le secret de la filiation incestueuse n'existerait plus, mais l'enfant n'en tirerait que des bénéfices partiels. Son domaine semble également se limiter aux situations de bonne foi ou au moins de bonne entente²³⁹⁵ entre les parents, mais peut difficilement pouvoir s'étendre à l'ensemble des situations.

636. Objectifs de la norme et justification abstraite de l'atteinte. L'impossibilité d'établir les deux liens de filiation si l'enfant est issu d'un inceste absolu peut sembler abstraitement justifiée. L'atteinte est indéniablement caractérisée : l'enfant ne peut pas établir sa filiation à l'égard de ses parents, ce qui est tant une atteinte à son droit à l'identité, ainsi qu'à celui du parent lésé, mais également la différence de traitement questionne au regard du principe d'égalité des filiations. Cependant, tant le but poursuivi par la norme que les palliatifs existants relativisent la hauteur de l'atteinte.

Sous l'angle du principe d'égalité, il peut être soutenu que la différence de traitement est justifiée par l'intérêt général, à savoir la protection des structures familiales, ce qui est en lien direct avec l'objet de la règle.

Sous l'angle du droit à l'identité, la discussion quant à la justification de l'atteinte est plus complexe. En premier lieu, l'atteinte est partielle, seul l'un des liens ne pouvant être établi. Une proportion abstraite est également prévue grâce aux palliatifs existants et spécialement l'action à fins de subsides. Au vu des modes d'établissement de la filiation, il est probable que dans la majeure partie des situations d'inceste, la filiation maternelle soit établie, permettant la mise en œuvre de l'action à fins de subsides. De plus, rien n'empêchera, dans les faits, l'existence de la relation entre l'enfant et le parent dont le lien de filiation n'est pas établi. Néanmoins, l'étiollement de la force des justifications de l'interdiction questionne quant à cette conformité abstraite. La protection de l'ordre familial est, d'un point de vue collectif, un argument solide pour s'opposer aux filiations incestueuses. Cependant, le strict argument collectif est, aujourd'hui, relativisé et mis sur le même plan que les intérêts individuels. Il peut ainsi rapidement devenir insuffisant pour peser suffisamment face aux intérêts individuels. La

²³⁹⁵ Selon l'article 377-1, alinéa 2, du Code civil, le parent qui exerce l'autorité parentale doit consentir à une délégation-partage.

protection de l'enfant par le secret, objectif également poursuivi par la norme, est plus complexe à appréhender. Intérêt à la fois public et privé, il est délicat à manier, le secret étant susceptible d'être tant protecteur que destructeur.

637. Objectif de la norme indéterminé ? Toute la difficulté d'une approche contemporaine de l'encadrement de la filiation incestueuse semble, finalement, être de déterminer le moyen de parvenir au double objectif de la norme. La protection de la structure familiale implique, nécessairement, de ne pas établir le second lien. Au contraire, la protection de l'enfant n'est plus, dans les conceptions contemporaines, forcément garantie par cet empêchement. Or, au regard des lacunes du régime actuel et de la relativisation de l'impératif de la protection des structures familiales, la protection de l'enfant peut, selon les circonstances, conduire à militer en faveur de l'établissement du second lien. L'ampleur désormais acquise du droit à l'identité ne permet plus d'affirmer *ab initio* qu'un lien de filiation conforme à la réalité biologique ne pourra jamais être établi, rendant l'objectif protecteur de l'empêchement quelque peu anachronique. Pour autant, revenir sur cet empêchement pourrait être plus nocif qu'épanouissant au vu des différences de contexte dans lesquelles peut exister l'inceste. La réalité protéiforme de l'inceste complexifie, ainsi, la détermination d'un objectif clair, précis et effectif de la règle. Aucune solution abstraite et *a priori* ne semble satisfaisante, rendant la filiation incestueuse particulièrement perméable à une approche concrète.

SECTION II : L'APPRECIATION CONCRETE DE L'EMPECHEMENT A

L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION INCESTUEUSE

638. Texte objectif et impératifs concrets. La réalité de l'inceste est complexe. Les récents travaux de la CIIVISE²³⁹⁶ ont, en ce sens, illustré récemment tant l'ampleur du phénomène que son caractère protéiforme, étant précisé que l'enquête ne se concentre que sur les contextes infractionnels. Moins investi, le domaine civil n'est pourtant pas en mal d'interrogations, bien que leur gravité soit évidemment moindre. Outre l'évolution de la considération de l'inceste dans la société contemporaine et l'impératif de lutte qui est désormais au cœur des politiques de protection de l'enfant, le mouvement de subjectivisation conduit à regarder autrement la filiation incestueuse. Ordre familial et protection de l'enfant par le secret

²³⁹⁶ CIIVISE, *Violences sexuelles faites aux enfants* : « on vous croit », 20 novembre 2023, [[en ligne](#)].

s'affaiblissent aujourd'hui. La protection des structures et la dissimulation d'un tabou ne semblent, dès lors, plus pouvoir être des obstacles intangibles à l'impossibilité d'établir un lien de filiation. L'équilibre abstrait des intérêts dans la norme en devient particulièrement complexe à atteindre, le défaut d'établissement pouvant tout autant atteindre l'objectif protecteur qu'il poursuit que produire l'effet inverse et engluier encore plus l'inceste dans sa non-révélation. Toute la difficulté de l'encadrement de la filiation incestueuse semble découler, par conséquent, de l'automatisme de la règle. Cette sensation se confirme, d'ailleurs, à l'étude des liens entre actions à fin de subsides et filiation incestueuse : si la filiation paternelle est établie au détriment de la filiation maternelle, les palliatifs s'étiolent. À défaut de pouvoir affirmer, dans la norme, la primauté de la filiation maternelle, le législateur a créé un système reposant sur les modes d'établissement de la filiation qui favorisent temporellement l'établissement de la maternité, tout en donnant l'impression de ne pas distinguer grâce au critère objectif contenu dans la norme. En raison du choix purement objectif sur l'unique lien de filiation établi à l'égard de l'enfant incestueux et des différences d'établissement de la filiation selon le sexe des parents, la mise en œuvre de l'article 310-2 du Code civil peut poser des difficultés concrètes, spécialement si la filiation paternelle est établie (§I.)²³⁹⁷. Ces difficultés et la réponse apportée par la juridiction saisie de l'affaire guideront l'étude et conduisent à se questionner plus précisément quant à la conformité du régime aux droits fondamentaux grâce à l'éclairage de la jurisprudence européenne (§II.)

§I. Les difficultés concrètes : inadéquation entre filiation établie et prise en charge de l'enfant

639. Établissement *contra legem* d'une filiation incestueuse bilinéaire. L'affaire jugée par la Cour d'appel de Caen le 8 juin 2017²³⁹⁸ permet d'illustrer les difficultés que peut poser l'application de l'article 310-2 du Code civil. En l'espèce, les deux parents, ignorant leur lien de parenté, avaient tous deux établi leur filiation, le père par une reconnaissance prénatale et la mère par la mention de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant. Lors de cette déclaration de naissance, l'officier d'état civil relève le lien de parenté des parents, nés de la

²³⁹⁷ CA Caen, 8 juin 2017, n°16/01314 ; *AJ fam.* 2017. 545, obs. Houssier ; *Dr. fam.* 2017, comm. 224, obs. Fulchiron.

²³⁹⁸ CA Caen, 8 juin 2017, n°16/01314 ; *AJ fam.* 2017. 545, obs. Houssier ; *Dr. fam.* 2017, comm. 224, obs. Fulchiron.

même mère et placés très jeunes, et saisit le procureur afin d'annuler l'un des liens de filiation. En première instance, la filiation maternelle est annulée par les juges, ceux-ci suivant les préconisations de la circulaire d'application de l'ordonnance de 2005²³⁹⁹. En appel, en l'absence d'assignation du père, les juges du fond se retrouvaient face à deux possibilités : le maintien des deux liens de filiation ou l'annulation de la filiation maternelle²⁴⁰⁰. Or, la découverte du lien de parenté ayant conduit à une rupture parentale, l'enfant était pris en charge exclusivement par sa mère et n'avait que peu de contacts avec son père. La Cour d'appel de Caen opte donc pour le maintien de la filiation maternelle sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et 7 de la CIDE « au regard de l'intérêt particulier de cette enfant, et des conséquences dommageables qu'aurait pour elle, dans la construction de son identité, l'annulation d'un lien de filiation sur lequel elle s'est construite jusqu'à présent sa place dans l'histoire familiale ».

640. Argumentaire perfectible. La décision de la Cour d'appel de Caen n'est pas, à proprement parler, un contrôle concret de conventionnalité²⁴⁰¹. Si elle est fondée sur les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'élément principal justifiant la décision est l'intérêt de l'enfant, découlant de l'article 7 de la CIDE, autre fondement mobilisé en l'espèce. Aucune balance des intérêts n'est réellement réalisée en l'espèce, les juges se fondant davantage sur l'alternative à laquelle ils étaient confrontés et le non-sens auquel conduirait l'annulation de la filiation maternelle. La méthode développée par la Cour de cassation afin d'encadrer les décisions des juges du fond étant postérieure à l'espèce²⁴⁰², ce manque de rigueur n'est pas surprenant. De plus, il est très probable qu'un contrôle réalisé plus rigoureusement aboutisse au même résultat. Les circonstances particulières de l'espèce sont nombreuses : les parents ignoraient leur lien de parenté, seule la mère s'occupait de l'enfant et la procédure aurait dû porter sur la validité des deux liens et non exclusivement sur la filiation maternelle. Ce dernier élément est, d'ailleurs, la cause principale des difficultés : l'erreur de droit contenue dans la circulaire d'application de l'ordonnance ne permet pas de trancher quant

²³⁹⁹ Circulaire du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, CIV/13/06.

²⁴⁰⁰ V. sur ce point HOUSIER J., « Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation d'une filiation incestueuse », *AJ fam.* 2017, p. 545, qui relève que « cette assignation unilatérale, déjà contestable en son principe, emportait comme conséquence fâcheuse qu'il devenait impossible d'attirer en cause d'appel le père afin d'annuler son lien de filiation, en l'absence de toute évolution du litige ».

²⁴⁰¹ FULCHIRON H., « L'enfant né d'un inceste », *Dr. fam.* n°11, novembre 2017, comm. 224.

²⁴⁰² Cass., 1^{ère} civ., 7 novembre 2018, n°17-25.938 ; *D. actu.* 21 nov. 2018, obs. L. Gareil-Sutter ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé ; *Dr. fam.* 2019. comm. 27, note H. Fulchiron. V. *supra* n°483.

au lien à établir, si tant est qu'il soit obligatoire de choisir un des deux parents. Ne pas considérer comme concomitantes la reconnaissance prénatale et la déclaration de naissance met en péril l'objectif protecteur poursuivi par l'encadrement des relations filiales incestueuses, faisant dépendre le choix du parent de la diligence avec laquelle ils auront établi leur lien de filiation.

641. *Difficultés concrètes.* Ces prémices de contrôle de proportionnalité, plutôt dues à une opportunité procédurale qu'à une réelle volonté de tempérer les règles françaises, ont néanmoins permis de montrer les limites du régime. La première remarque et la plus évidente est la question de l'opportunité de permettre l'établissement d'un seul lien de filiation lorsque l'enfant est né d'un inceste absolu. La seconde porte sur l'application d'un critère temporel objectif, se fondant sur la date de la manifestation de la volonté parentale, pour déterminer le lien de filiation valable. Dans cette optique, on peut se demander pourquoi faire primer une reconnaissance prénatale sur tout autre mode d'établissement de filiation. Rien ne garantit en effet qu'une reconnaissance prénatale implique une volonté réelle d'exercer sa parentalité et l'affaire soumise à la Cour d'appel de Caen l'illustre particulièrement bien. La distinction des modes d'établissement des filiations paternelles et maternelles renforce ce questionnement, la facilité de l'établissement de la filiation maternelle ne poussant généralement pas les mères à reconnaître l'enfant. Cette règle est encore plus discutable lorsque la reconnaissance prénatale a eu lieu à peine quelques jours avant la naissance de l'enfant, ce qui était le cas dans l'affaire étudiée²⁴⁰³. De plus, ce critère temporel est techniquement discutable puisqu'une reconnaissance prénatale prend effet lorsque l'enfant existe juridiquement c'est-à-dire au moment de sa déclaration de naissance. Cet élément, relevé par les magistrats de Caen²⁴⁰⁴, peut conduire finalement à considérer les filiations comme concomitantes ou établies « dans un temps très voisin » et remet encore plus en cause le choix objectif préconisé par la circulaire.

642. *Généralisation de l'analyse.* Le raisonnement suivi par la Cour d'appel de Caen, bien qu'il ne soit que peu argumenté, ouvre la voie à une analyse plus générale quant à la conformité des règles françaises aux impératifs européens.

²⁴⁰³ Le père avait reconnu l'enfant moins d'un mois avant sa naissance et la déclaration avait été faite le lendemain.

²⁴⁰⁴ L'arrêt d'appel suit le raisonnement du ministère public qui soutient que « la reconnaissance prénatale de l'enfant ne produisant ses effets qu'à compter de la naissance, soit au même moment que l'établissement de la filiation maternelle, par désignation de la personne de la mère dans l'acte, les deux liens de filiation ont finalement été établis concomitamment ».

§II. L'analyse subjectivée de la filiation incestueuse

643. Hypothèse. En l'absence de toute décision plus approfondie que celle de la Cour d'appel de Caen, rien ne permet d'avoir des certitudes quant à la conformité aux droits fondamentaux de la filiation incestueuse. La jurisprudence européenne n'est pas très fertile sur ce terrain. Elle permet, néanmoins, à défaut de décision plus précise en la matière, de mettre en lumière les éléments à intégrer dans l'analyse renouvelée. De plus, au vu du risque de condamnation en raison des lacunes de la règle, la confrontation du régime actuel aux impératifs européen permet de se prononcer quant à la réalisation de ce risque. La Cour européenne s'est, à l'heure actuelle, prononcée exclusivement sur des empêchements à mariage et n'a pas eu à traiter l'hypothèse d'une filiation incestueuse. De même, les décisions en droit français sont rares et, à l'exception de celle de la Cour d'appel de Caen, ne traitent pas la filiation incestueuse sous l'angle des droits fondamentaux. Or, au vu du renouvellement des méthodes de raisonnements des juges nationaux, fortement inspirés de celles du juge européen, une telle approche paraît, aujourd'hui, indispensable. Sa position, mise en perspective du droit français (A.), permettra de contextualiser la filiation incestueuse par rapport à l'encadrement de l'inceste en droit des couples. Cette analyse permet, ensuite, d'approfondir la conformité de l'encadrement de la filiation incestueuse aux droits fondamentaux (B.).

A. Relations de couple et inceste au prisme des droits fondamentaux

644. Cour européenne et empêchement à mariage. La Cour européenne des droits de l'homme a condamné, dans l'arrêt *B. et L.* le Royaume-Uni pour n'avoir autorisé le mariage entre alliés en ligne directe, un ex beau-père et son ex belle-fille, malgré la procédure anglaise permettant la levée de l'empêchement²⁴⁰⁵. La Cour relève, pour justifier sa décision, l'absence d'autres dispositions relatives à l'inceste en dehors des empêchements à mariage et l'absence de dispositions pénales interdisant de telles relations. Elle en déduit que le risque allégué de confusion générationnelle de l'enfant d'un des membres du couple existe de fait, malgré la présence de l'empêchement. Elle étudie également la procédure de dispense anglaise et remet en question son accessibilité et son effectivité au regard de sa lourdeur et de son coût. La Cour s'est également prononcée sur l'empêchement à mariage entre un ex beau-frère et une ex-belle-

²⁴⁰⁵ CEDH, *B. et L. c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2005, n°36536/02, D. 2006. pan. 1418, obs. Lemouland et Vigneau ; *RTD civ.* 2005. 735, obs. Marguénaud ; *RTD civ.* 2005. 758, obs. Hauser ; *Dr. fam.* 2005. comm. 234, obs. Gouttenoire et Lamarche.

sœur²⁴⁰⁶, décision dans laquelle la Grèce a été condamnée avec une justification proche de celle utilisée dans l'arrêt *B. et L.*, auquel la Cour fait, par ailleurs, référence. Dans cette décision, elle ajoute en complément que « dans la présente affaire, l'empêchement en cause n'a pas servi à prévenir, à titre d'exemple, ni une confusion éventuelle ou une insécurité émotionnelle de la fille du requérant issue de son mariage [précédent], ni une confusion du lien ou du degré de parenté »²⁴⁰⁷.

645. Cour européenne et interdiction pénale de l'inceste. La Cour a, en revanche, validé une décision allemande ayant condamné un homme pour avoir eu des relations sexuelles avec sa sœur²⁴⁰⁸, relevant notamment l'existence d'un consensus européen dans l'encadrement du mariage, mais pas dans l'encadrement des relations sexuelles consenties entre membres d'une même famille. Elle en déduit l'existence d'une marge d'appréciation ample au regard de l'aspect moral de cette question.

646. Objectifs européens. Ces différentes décisions laissent apparaître deux tendances. La Cour européenne semble se fonder sur la cohérence du système mis en place et particulièrement sur l'articulation entre droit pénal et droit civil. L'idée sous-jacente paraît reposer sur la cohérence des moyens mis en œuvre pour encadrer les relations entre individus d'une même famille. Des moyens importants, notamment traduits par la mise en œuvre de sanctions pénales, limitent le risque de l'effectivité de la relation interdite et punissent ceux qui bravent cet interdit. Une répression pénale des relations sexuelles incestueuses peut ainsi permettre un encadrement civil plus strict des conséquences de cet inceste, alors qu'au contraire, une absence de sanctions de ces relations devrait conduire à une reconnaissance civile plus importante de ses conséquences. En complément, l'appréciation particulièrement précise de la situation personnelle des individus est nécessaire pour satisfaire aux exigences européennes au regard de l'importance de l'atteinte faite au droit au respect de la vie privée et à la liberté matrimoniale, la Cour européenne justifiant, par exemple, la décision allemande en relevant la minutie dont les juridictions nationales ont fait preuve pour fonder la décision, ainsi que de l'existence d'une opinion dissidente circonstanciée d'un juge jointe à la décision.

²⁴⁰⁶ CEDH, *Theodorou et Tsotsorou c. Grèce*, 5 septembre 2019, n° 57854/15, *AJ fam.* 2019, p.599 note J. Houssier ; *Dr. fam.* 2019, comm. n°215, note M. Gayet ; *Dr. fam.* 2019, chron. 5, obs. A. Gouttenoire et F. Marchadier ; *D.* 2020, 901, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau.

²⁴⁰⁷ CEDH, *Theodorou et Tsotsorou c. Grèce*, préc., §29.

²⁴⁰⁸ CEDH, *Stübing c. Allemagne*, 12 avril 2012, n° 43547/48, *RTD civ.* 2012. 285, obs. J.-P. Marguénaud.

647. *Incohérence et automaticité du droit français.* Il ressort, en premier lieu, des décisions européennes relatives au couple incestueux que la cohérence de l'encadrement français de la filiation incestueuse est discutable. En effet, le droit français n'interdisant pas les relations incestueuses consenties, il permet, dans les faits, l'existence d'une famille incestueuse qu'il empêche partiellement d'exister en droit. L'absence de « garde-fous préventifs » met à mal, dans cette optique, l'impossibilité de faire reconnaître juridiquement l'existence du couple et *a fortiori* d'établir le double lien de filiation qui peuvent être perçues comme des sanctions du comportement *a posteriori*. Au-delà de cette incohérence, c'est spécialement l'automaticité de la « sanction » qui est susceptible d'être reprochée au régime français. Cette automaticité, parfois excessive, justifie le tempérament apporté par les juridictions françaises quant au mariage incestueux²⁴⁰⁹, laissant présager qu'un renouvellement d'appréciation serait susceptible d'affecter également la filiation incestueuse et ce, de façon plus méthodique que la juridiction caennaise.

B. La filiation incestueuse au prisme des droits fondamentaux

648. *Conditions de la mise en œuvre du contrôle.* Au vu des évolutions des raisonnements des juridictions en droit interne, il est probable que la compatibilité de l'atteinte soit, en premier lieu, discutée en droit interne, avant d'être discutée au niveau européen. Les précisions quant à la répartition des rôles dans la réalisation de ce contrôle (1.) sont ainsi indispensables avant de pouvoir déterminer la mise en œuvre, en elle-même, du contrôle (2.).

1- Les auteurs du contrôle

649. *Probable contrôle concret au niveau interne.* L'appropriation des raisonnements européens par le juge français²⁴¹⁰ laisse présager que toute confrontation de la filiation incestueuse avec les droits fondamentaux sera effectuée, en premier lieu, par les juridictions nationales. Partant, le contrôle européen, s'il doit avoir lieu, contrôlera le contrôle

²⁴⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n° 12-26.066 où le mariage entre un ex beau-père et sa bru n'a pas été annulé en raison de la durée de l'union (vingt ans) et de l'absence d'opposition lors de sa célébration et Cass. 1^{ère} civ., 8 décembre 2016, n° 15-27.201, *D.* 2016. 2568, obs. Gallmeister ; *AJ fam.* 2017. 71, obs. Houssier ; *Dalloz actualité* 2 janv. 2017, obs. Da Silva, où le mariage a été annulé en raison de sa durée plus courte (huit ans), de l'absence d'enfant né de cette union et de la figure paternelle que représentait l'époux sur l'épouse

²⁴¹⁰ V. *supra* n°232 et s.

effectué en droit interne²⁴¹¹ et non la norme abstraite elle-même. Le risque de condamnation doit, ainsi, s'étudier en perspective de décisions françaises qui, nécessairement, précéderont la décision de la Cour européenne. Dès lors, le risque de condamnation est, en lui-même, affaibli. La principale difficulté de l'encadrement de la filiation incestueuse est l'automaticité de la solution, automaticité en elle-même discutable et qui, de plus, est susceptible de conduire à une impasse, le choix objectif quant au lien établi ne correspondant à la réalité de la situation vécue. Une appréciation concrète de la part des juges français estomperait ces difficultés. L'approche concrète modifiant le rapport à la norme abstraite, l'automaticité de la solution ne pourra pas être reprochée au droit français. Dans le même sens, il semble très peu probable qu'en cas d'impasse, les juges se satisfassent de cette impasse et maintiennent un lien de filiation au détriment de la réalité matérielle quant à la prise en charge de l'enfant. La décision de la Cour d'appel de Caen déjà évoquée va dans ce sens : aux prémices de la proportionnalité, les juges du fond ont eu, en quelque sorte, l'instinct du contrôle concret qu'ils ont tenté de réaliser avant même que la Cour de cassation ne confirme l'obligation de réaliser le contrôle lorsqu'il est demandé²⁴¹².

Dès lors, il est probable que la Cour européenne contrôle moins rigoureusement l'empêchement, au nom du principe de subsidiarité. Elle s'attarderait, vraisemblablement, sur une vérification davantage méthodologique, laissant l'appréciation du poids des intérêts principalement aux mains des juridictions nationales. Seule une disproportion manifeste du poids des intérêts paraît, ainsi, être susceptible de justifier une condamnation.

650. Obligation positive ou ingérence. Il reste, cependant, nécessairement d'envisager l'entière du raisonnement européen, le texte n'étant pas exempt de tout risque de condamnation. En premier lieu, il s'agira donc de déterminer si la Cour européenne se fonderait sur une ingérence ou une obligation positive. Concernant l'enfant né d'un inceste absolu, outre la diversité des applications de l'article 8 comme fondement de la demande, l'obstacle repose exclusivement sur un texte interdisant l'établissement de la filiation à l'égard des deux parents. Cette interdiction textuelle conduirait instinctivement à raisonner sur le terrain de l'ingérence puisque c'est l'État qui organise la limitation de l'accès à un droit. L'atteinte ne relève donc pas

²⁴¹¹ Sur le renouvellement de l'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme face aux évolutions des raisonnements du juge judiciaire v. spéc. *supra* n°241.

²⁴¹² Cass., 1^{ère} civ, 21 novembre 2018, n°17-21.095 ; *AJ fam.* 2019. 36, obs. M. Saulier ; *Dr. fam.* 2019. comm. 28, note H. Fulchiron ; *RJPF* 2019-2/26, obs. T. Garé. Pour de plus amples développements sur l'obligation de réaliser le contrôle lorsqu'il est demandé, v. *supra* n°484.

d'une défaillance ou d'une abstention de celui-ci qui aurait permis à un tiers de porter atteinte au droit protégé. Pour autant, la Cour, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Odièvre*²⁴¹³, ne suit pas une logique si marquée et peut raisonner sur le terrain des obligations positives dans des domaines qui sembleraient pourtant relever de l'ingérence, ce qui lui permet d'assouplir son contrôle²⁴¹⁴. Cette souplesse lui donne également une certaine marge de manœuvre en n'imposant pas, de façon générale, l'obligation de reconnaître un lien de filiation biologique, tout en traitant, de façon très circonstanciée, les litiges relatifs à une question de filiation²⁴¹⁵. Par conséquent, la Cour européenne protège principalement le droit à l'identité sur le terrain des ingérences lorsqu'un lien de filiation est en jeu. Plus précisément, la reconnaissance, l'établissement ou la contestation d'une filiation relèvent de l'ingérence « lorsque c'est le refus des autorités de mettre en conformité le lien juridique avec le lien biologique qui est pris en compte »²⁴¹⁶. Le refus de reconnaître un lien de filiation valablement établi à l'étranger et conforme à la vérité biologique a ainsi été qualifié d'atteinte excessive au droit à l'identité des enfants et au droit au respect de la vie privée du père dans l'arrêt *Mennesson*²⁴¹⁷, de même que le refus opposé à un père biologique de contester la filiation, établie à l'égard d'un autre homme, d'un enfant dont il estime être le père²⁴¹⁸.

La protection de la vie familiale implique, quant à elle, l'absence d'immixtion, mais également la garantie d'un respect effectif de la vie familiale. La Cour, par conséquent, impose aux États l'obligation positive de garantir à l'enfant l'intégration de l'enfant dans sa famille, ce qui passe notamment par l'établissement d'un lien de filiation²⁴¹⁹. Pour autant, elle a aussi pu tempérer sa position dans des situations de « parentés particulières » en n'imposant pas la reconnaissance juridique d'un lien de droit, en l'absence d'obstacles insurmontables au déroulement d'une vie

²⁴¹³ CEDH *Odièvre c. France*, 13 février 2003 n° 42326/98, D. 2003, chron. 1240 par B. Mallet-Bricout ; JCP G 2003. II. 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; Dr. fam. 2003, n° 58, note P. Murat ; RTD civ. 2003. 276, obs. J. Hauser ; 375, obs. J.-P. Marguénaud ; RDSS 2003. 219, étude F. Monéger.

²⁴¹⁴ GOUTTENOIRE A. et SUDRE F., « La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X », JCP éd. G. n°13, 26 mars 2003, II 10049, n°8 et 9.

²⁴¹⁵ V. *supra* n°153 et s.

²⁴¹⁶ SUDRE F. (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 561.

²⁴¹⁷ CEDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11, D. 2014, 1797, note Chénéde ; 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, 1806, note L. d'Avout, chron. p. 1773, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; AJ fam. 2014. 499, obs. B. Haftel, 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RTD civ. 2014. 616, obs. J. Hauser.

²⁴¹⁸ CEDH *Marinis c. Grèce*, 9 octobre 2014, n° 3004/10.

²⁴¹⁹ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74 et CEDH, *Kroon c. Pays Bas*, 27 octobre 1994, n° 18535/91 : Les États doivent permettre l'intégration de l'enfant dans sa famille ce qui passe par la possibilité d'établir un lien de filiation.

familiale de fait²⁴²⁰.

Au regard de la nature de l'obstacle et de l'évolution de l'approche des juridictions nationales, il est probable que la Cour se positionne sur le terrain de l'ingérence, l'évolution méthodologique française lui permettant, malgré ce choix, un contrôle léger. En tout état de cause, c'est le raisonnement employé dans l'affaire *A. et B. c. France*, dans laquelle les juges français avaient, après avoir réalisé un contrôle concret, confirmé la contestation du lien de filiation de l'homme à l'origine d'un projet parental, mais dont le consentement à l'assistance médicale à la procréation n'est pas valable en raison de la séparation du couple avant l'insémination²⁴²¹.

651. Marge d'appréciation. Les législations européennes encadrent de façon variée les relations incestueuses. Certains États prévoient un système proche du nôtre quand d'autres autorisent ponctuellement ou automatiquement l'établissement de la filiation à l'égard des deux parents²⁴²². Cette absence d'uniformité pourrait conduire la Cour à admettre l'existence d'une absence de consensus impliquant de laisser aux États une large marge d'appréciation. Celle-ci est pourtant facilement réduite dans le domaine de la filiation, au regard des enjeux pour l'enfant ou en raison de questions éthiques délicates que pose l'affaire²⁴²³. La Cour européenne l'a récemment rappelé dans l'arrêt *C. E. et autres c. France* dans lequel elle précise que « la marge d'appréciation est plus large lorsqu'il n'existe pas de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates. Elle est d'une façon générale également ample lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents. [...] Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité d'un individu est en jeu lorsqu'on touche au lien enfant-parent. C'est tout particulièrement le cas du lien de filiation qui unit une personne à son parent, surtout lorsque cette personne est mineure. L'État défendeur disposait donc, en l'espèce, d'une marge d'appréciation réduite »²⁴²⁴.

²⁴²⁰ GOUTTENOIRE A., « La Cour européenne des droits de l'homme et les parentés particulières », préc., p. 295-303.

²⁴²¹ CEDH, *A. et B. c. France*, 8 juin 2023, n°12482/21 ; *Dr. fam.* 2023, note M. Lamarche. Pour de plus amples développements de la décision européenne sur ce point v. *supra* n°176. Pour la décision français v. *supra* n°345.

²⁴²² V. *infra* n°662.

²⁴²³ Pour de plus amples développements sur la détermination de la marge nationale d'appréciation v. *supra* n°167 et s.

²⁴²⁴ CEDH, *C.E. et autres c. France*, 24 mars 2022, n° 29775/18 et n°29693/19, relatif au lien unissant l'enfant né d'une PMA à l'ex compagne de sa mère, §85 à 89 :

Au regard du tabou universel que constitue l'inceste, il est probable que la marge nationale d'appréciation accordée aux États soit large, tant qu'une approche circonstanciée est effectuée en droit interne. L'objectif protecteur de l'empêchement donne, en effet, un certain relief à une telle ingérence, impliquant, par conséquent, une articulation entre intérêts concurrents.

2- *La mise en balance des intérêts*

652. Données préliminaires. L'interdiction en jeu est relative : le texte français exclut l'établissement de la filiation d'un seul des parents biologiques et fonde ce choix sur un critère temporel objectif. Le second alinéa renforce cependant cette interdiction en empêchant l'établissement par quelque moyen que ce soit. Le recours à l'adoption n'est donc pas possible pour contourner l'obstacle. De plus, l'interdiction est inédite en ce qu'elle concerne une mère et un père biologiques, souhaitant établir leur filiation, mais entre lesquels la loi impose un choix. Cette situation se distingue ainsi des situations de procréation assistée où seul l'un des parents est le parent biologique et où la filiation des deux parents a été établie à l'étranger. Elle se distingue également des conflits de droit entre deux personnes réclamant la même qualité de parent. Les raisonnements appliqués pour ces situations, s'ils peuvent indiquer les tendances de la Cour, ne pourront donc pas être totalement transposés aux filiations incestueuses où les deux parents ont conçu naturellement l'enfant, ne peuvent pas tous les deux établir leur filiation, n'ont pas nécessairement vocation à être en couple en raison de leur lien de parenté, et ne s'opposent pas à un parent « sociologique ».

653. Atteinte à l'identité et à la vie familiale de l'enfant. La filiation d'un enfant relève de son droit au respect de sa vie privée lequel inclut le droit à l'identité la Cour européenne rappelant que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir le détail de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation »²⁴²⁵. Elle relève également du droit au respect de la vie familiale²⁴²⁶, caractérisée s'il existe une relation effective entre le parent et l'enfant²⁴²⁷. La filiation étant une composante essentielle de l'identité personnelle, une demande

²⁴²⁵ CEDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11, D. 2014, 1797, note Chénédé ; 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, 1806, note L. d'Avout, chron. p. 1773, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *AJ fam.* 2014. 499, obs. B. Haftel, 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014. 616, obs. J. Hauser, §46.

²⁴²⁶ CEDH, *Mandet c. France*, 14 janvier 2016, n°30955/12, D. 2016, 257 et 1966, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2016. 305, obs. T. Garé ; 1723, obs. P. Murat.

²⁴²⁷ CEDH, *Lebbink c. Pays-Bas*, 1^{er} juin 2004, n° 45582/99 où la Cour se fonde sur l'existence d'une relation personnelle, caractérisée essentiellement par une cohabitation, même si cette condition n'est pas indispensable, et

de l'enfant tendant à l'établissement d'un lien de filiation conforme à la réalité biologique a davantage de force qu'une demande émanant d'un parent²⁴²⁸. Pour autant, l'intérêt de l'enfant peut également justifier le refus de l'établissement de son second lien de filiation. La garantie pour l'enfant d'avoir accès à la connaissance de ses origines, indépendamment d'une reconnaissance juridique du lien biologique, peut ainsi être suffisante.

654. Atteinte à la vie privée et à la vie familiale du second parent. La vie familiale impliquant la protection des liens familiaux, le refus d'établir la filiation d'un parent relève du droit au respect de la vie familiale de ce dernier s'il existe entre le parent et l'enfant, des liens familiaux de fait²⁴²⁹. La Cour a, de plus, admis l'existence d'une vie familiale projetée lorsqu'il existait un lien de parenté, que ce lien soit biologique ou juridique, dans des espèces où l'effectivité de la relation avait pu être empêchée, soit matériellement en raison de l'ignorance de l'existence de l'enfant²⁴³⁰, soit juridiquement en raison d'une impossibilité pour le parent de revenir sur une décision d'abandon²⁴³¹. Sans se référer directement au droit à l'identité, la Cour a également pu rattacher la reconnaissance ou l'annulation d'un lien de filiation comme une composante de la vie privée de l'individu dont la parenté est discutée²⁴³².

655. Justification. L'ingérence faite au droit au respect de la vie privée de l'enfant et du parent doit ainsi être légale, proportionnée et poursuivre un but légitime. Le droit français fonde l'empêchement de la filiation bilinéaire lorsque l'enfant est issu d'un inceste sur des considérations morales universelles et la préservation de l'« ordre familial », considérations qui relèvent d'un but légitime, évoquées par la Cour dans les décisions précitées²⁴³³. Elle souligne ainsi, dans sa décision condamnant la législation grecque relative aux empêchements à mariage que « l'interdiction en cause servait la décence et le respect de l'institution de la famille que le législateur national avait l'intention de protéger et qu'il s'agit, sans aucun doute, de buts légitimes. [...] à cet égard que, en règle générale, des limitations qui concernent la capacité de

CEDH, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, n° 16969/90, où elle admet que des relations régulières peuvent suffire pour caractériser une vie familiale (particulièrement dans le cas parent-enfant).

²⁴²⁸ FULCHIRON H., « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la CEDH », préc., spéc. p. 151.

²⁴²⁹ CEDH, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, n° 21830/93, §36-37.

²⁴³⁰ CEDH *Gorgülü c. Allemagne*, 26 février 2004, n° 74969/01: non-connaissance de l'existence de l'enfant.

²⁴³¹ CEDH, *Kearns c. France*, 10 janvier 2008, n° 35991/04 : volonté de la mère de revenir sur une décision d'abandon.

²⁴³² CEDH *Canonne c. France*, 2 juin 2015, n° 22037/13.

²⁴³³ CEDH, *Theodorou et Tsotsorou c. Grèce*, préc., §28.

contracter un mariage, le consentement, la consanguinité ou la prévention de la bigamie sont susceptibles d'être compatibles avec l'article 12 de la Convention ».

656. *Étendue de l'interdiction.* L'ensemble des données de droit et de fait doivent être appréciées pour caractériser l'excessivité de l'atteinte²⁴³⁴. En droit, l'impossibilité d'établir la filiation de l'enfant incestueux est partielle, la filiation pouvant être établie à l'égard de l'un des parents. Cependant, le lien qui ne peut être établi ne fait l'objet d'aucune alternative équivalente, l'alinéa 2 du texte précisant l'impossibilité totale de contourner la règle, par exemple en ayant recours à une adoption. Créant un lien de filiation, l'adoption aurait pu être une alternative convaincante aux yeux de la Cour. L'impossibilité textuelle peut, en ce sens, sembler trop radicale dans la pesée des différents intérêts en présence. L'adoption a, en effet, pour avantage de faire produire les effets d'un lien de filiation, tout en préservant le secret sur les origines de l'enfant²⁴³⁵. Une adoption serait ainsi un choix intéressant et pris en compte dans l'appréciation de la Cour européenne, comme elle le fait déjà pour les parentés particulières²⁴³⁶. Pour autant, imposer une procédure d'adoption afin d'établir un lien de filiation entre un parent et son enfant biologique semble contraire à la nature de l'adoption et discutable en termes d'opportunité : qu'est-ce qui justifierait le recours à l'adoption quand l'établissement de la filiation pourrait être possible ? Cette alternative avait d'ailleurs été reprochée à la Belgique dans l'arrêt *Marckx* dans lequel la mère biologique avait reconnu puis adopté son enfant afin qu'il acquière les droits successoraux d'un enfant légitime²⁴³⁷. Par conséquent, si l'absence d'alternative est l'élément principal justifiant une éventuelle censure européenne, la question de l'adoption comme alternative suffisante est davantage discutable que pour les parentés particulières²⁴³⁸. Seul le raisonnement suivi par les juges du fond et le contrôle exercé par la Cour de cassation, qui refuseraient le double établissement, tout en ayant envisagé cette possibilité malgré l'interdiction légale, pourrait tempérer la rigueur du texte.

657. *Équilibre des intérêts en présence.* Sur le volet vie privée, des compensations existent afin de limiter les conséquences de l'impossibilité d'établir le lien de filiation. D'un point de vue patrimonial, l'action à fins de subsides et éventuellement l'action en responsabilité

²⁴³⁴ FULCHIRON H., « Le contrôle de proportionnalité, questions de méthode », *D.* 2017, p. 656, IA3.

²⁴³⁵ V. BONFILS P., et GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs, op. cit.*, n°334.

²⁴³⁶ V. GOUTTENOIRE A., « La filiation de l'enfant né d'une AMP devant la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP éd. G.*, n°20-21, 23 mai 2022, 657.

²⁴³⁷ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, préc., §55 et s.

²⁴³⁸ V. *infra* n°662.

civile peuvent être intentées dès la naissance de l'enfant afin d'assurer sa subsistance. D'un point de vue successoral, l'enfant peut être héritier selon la composition familiale et, en toutes circonstances, bénéficier de libéralités. Au vu de l'appréciation large de la Cour – le testament pouvant être une alternative successorale suffisante²⁴³⁹ –, les palliatifs peuvent, sur ce plan, paraître suffisants. D'un point de vue extrapatrimonial, ils sont davantage limités. Une délégation-partage de l'autorité parentale est cependant envisageable et a pu être vue comme suffisante dans une décision récente de la Cour européenne des droits de l'homme, concernant le lien entre un enfant né d'une procréation médicalement assistée et l'ex-compagne de sa mère²⁴⁴⁰. Cette espèce concerne néanmoins une filiation vécue et non biologique et il n'est pas avéré que la transposition de ce raisonnement soit faite relativement à un lien de sang.

658. Effectivité vie familiale. Sur le volet vie familiale, l'effectivité de cette vie familiale malgré l'absence de reconnaissance juridique peut être vue, par la Cour, comme ménageant un juste équilibre entre les différents intérêts en présence. Dans le cas de l'enfant né d'un inceste absolu, une vie familiale de fait peut exister, aucun texte n'interdisant au parent qui n'a pas établi sa filiation de vivre avec l'enfant et de le prendre en charge, malgré l'absence de reconnaissance juridique de ses droits. Les difficultés pratiques sont peu nombreuses, ou en tous cas, leur vie familiale serait comparable à celle des autres familles²⁴⁴¹. L'impossibilité de sortir du territoire, de porter le même nom, d'exercer l'autorité parentale, si elles ont pu être relevées par la Cour comme étant de réelles difficultés, n'ont, en ce sens, pas été suffisantes pour justifier des atteintes au droit au respect de la vie familiale de l'enfant.

659. Incertitudes de la conventionnalité du système français. Il ressort de l'ensemble de ces éléments un doute quant à la conformité du système français aux exigences européennes. L'encadrement des relations incestueuses, et spécialement celui de la filiation incestueuse, révèle des difficultés qui lui sont spécifiques. Fondées sur un tabou pourtant universel, les réponses apportées sont variables selon les différents pays européens. À la différence des situations de parenté particulière, les deux parents sont les parents biologiques de l'enfant et l'un d'eux est privé *ab initio* de l'accès à l'établissement de la filiation, sans être en concurrence avec une filiation vécue. Hypothèse de conflit vertical et horizontal, elle repose sur des buts

²⁴³⁹ CEDH, *Harroudj c. France*, 4 octobre 2009, n° 43631/09, où la Cour relève dans le cadre d'une *kafala* qu'« il est possible d'établir un testament, qui a pour effet de faire entrer l'enfant dans la succession de la requérante ».

²⁴⁴⁰ CEDH, *C.E. et autres c. France*, 24 mars 2022, n° 29775/18 et n° 29693/19.

²⁴⁴¹ CEDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, préc., §92.

légitimes tendant à la protection des structures familiales et de l'enfant. L'intérêt de l'enfant, qui a un poids particulier en matière d'établissement de la filiation²⁴⁴², peut conduire tant à défendre le maintien de l'interdiction que l'abolition de cette règle. S'il est impossible de prédire la réponse qu'apporterait la Cour européenne, il semble peu probable que celle-ci se prononce en faveur d'une abolition totale de l'interdiction. Seul l'alinéa 2 de l'article 310-2 du Code civil laisse présager une possible condamnation, mais l'évolution de la jurisprudence française quant à l'automaticité des solutions limite ce risque. Seule l'appréciation circonstanciée justement « pesée » pourrait garantir la pérennité de la règle française et permettrait le sauvetage de la règle française qui, en elle-même, encourt un risque de censure.

²⁴⁴² FULCHIRON H., « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la CEDH », préc., spéc. p. 152.

SECTION III : LES PISTES D'ÉVOLUTION

660. Évolution du régime. L'appréciation concrète de la filiation incestueuse, indépendamment de son apport quant à la conventionnalité du système français, permet également un recul quant au régime prévu. Si l'évolution des modes de raisonnement des juges français permettrait de sauver la règle actuelle et d'éviter une condamnation au niveau européen, elle apporte, surtout, des éléments de réflexions susceptibles de perfectionner le régime actuel. Cette analyse renouvelée conduit ainsi à envisager la remise en question du texte actuel. L'encadrement des relations incestueuses faisant aujourd'hui face à de nouveaux enjeux (§I.), l'établissement bilinéaire de l'enfant né d'un inceste absolu peut être envisagé (§II.) et complété par un maintien et une rectification des actions accessoires (§III.).

§I. L'inceste confronté aux réalités contemporaines

661. Évolutions. L'approche renouvelée de la filiation incestueuse, confrontée aux évolutions sociales, permet de mettre en évidence tant l'évolution des justifications à l'empêchement actuel (A.), que de nouveaux questionnements sur l'encadrement de relations incestueuses (B.).

A. Évolution sociale et filiation incestueuse

662. Droit comparé. La rigidité française interroge d'autant plus au regard des solutions choisies à l'étranger. Les législations sont tellement variables que la Cour européenne laisse d'ailleurs une large marge d'appréciation aux États sur la possibilité de sanctionner les relations sexuelles incestueuses entre adultes consentants²⁴⁴³. Néanmoins, peu de pays ont une législation aussi stricte que la France face aux enfants nés de ces relations. Si la Belgique²⁴⁴⁴ et le Luxembourg²⁴⁴⁵ ont un système proche du nôtre, certains pays dont l'Allemagne, le Royaume-Uni, l'Autriche, la Grèce ou la Suisse autorisent l'établissement du double lien de filiation, quand d'autres comme l'Italie l'autorisent en le soumettant à une décision judiciaire accordée lorsque les parents ignoraient leur lien de filiation et que le double lien est dans

²⁴⁴³ CEDH, *Stübing c. Allemagne*, 12 avril 2012, n° 43547/48, *RTD civ.* 2012. 285, obs. J.-P. Marguénaud.

²⁴⁴⁴ Art. 313 et 321 du C. civ. belge.

²⁴⁴⁵ Art. 334-7 du C. civ. luxembourgeois.

l'intérêt de l'enfant²⁴⁴⁶. L'Espagne²⁴⁴⁷ a fait le choix d'un système proche, tout en permettant à l'enfant de s'opposer, à sa majorité, à ce lien. Les exemples européens relativisent l'interdit français de la filiation bilinéaire incestueuse, ce qui va dans le sens *a minima*, d'un questionnement sur nos textes.

663. Secret destructeur. L'interdiction de l'établissement du double lien de filiation de l'enfant né d'un inceste absolu, fondée sur sa protection par un secret sur ses origines, semble aujourd'hui dépassée. Cet argument en effet n'est plus valable face à l'évolution des structures familiales et la prise en considération grandissante de l'intérêt de l'enfant. Aujourd'hui au contraire, c'est davantage cet empêchement qui créerait un désordre pour l'enfant, et non plus l'établissement de sa filiation à l'égard de ses deux parents. En raison des évolutions notamment scientifiques, « c'est désormais l'absence de révélation d'une telle filiation qui est considérée comme potentiellement destructrice pour l'enfant, au terme d'un renversement de perspective inédit, témoin de la montée en puissance du droit de connaître ses origines et d'être élevé par ses parents, *quels qu'ils soient* »²⁴⁴⁸. Au contraire, la culture du secret est aujourd'hui considérée comme étant plus dangereuse que sa révélation, et particulièrement dans des situations d'inceste au point que pour certains anthropologues, c'est le secret qui l'entoure qui fait de l'inceste un tabou²⁴⁴⁹. Ainsi, « il faut que, si on le souhaite, les choses puissent être révélées, que l'inceste puisse être dit, donc analysé, puis soigné. C'est par la parole, y compris publique, que le phénomène pourra être socialisé et contingenté, non par le secret »²⁴⁵⁰. Si ces revendications touchent principalement la révélation des infractions sexuelles incestueuses, l'interdit civil ne fait que renforcer les non-dits pesant sur ces situations.

664. Urbanisation de la société. Par ailleurs, l'évolution du fonctionnement social a conduit à une relativité du secret : l'urbanisation et le déplacement des populations peuvent « cacher » dans les faits un inceste reconnu juridiquement et ainsi « dans notre monde actuel de mobilité et de reconstruction quasi permanente des individus et des familles, il est assez aisé

²⁴⁴⁶ V. PERRIN S., « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.* n°6, juin 2010, étude 16, spéc. n° 8.

²⁴⁴⁷ Art. 125 du C. civ. espagnol.

²⁴⁴⁸ HOUSIER J., « Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation d'une filiation incestueuse », *AJ fam.*, 2017, p. 545.

²⁴⁴⁹ V. DUSSY D., *Le berceau des dominations. Anthropologie de l'inceste*, Éditions La Discussion, 2013, où l'auteur considère que l'inceste est un phénomène structurant la société et toléré et que l'interdit n'est pas l'inceste en lui-même mais le fait d'en parler.

²⁴⁵⁰ GUÉVEL D., « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.* 16 octobre 2004, p. 2.

d'instaurer l'oubli ; il est évident que cette publicité n'aurait pas l'impact qu'elle aurait pu avoir dans une société rurale où l'on demeurerait, sur plusieurs générations, au sein du même groupe, dans le même village. L'infamie peut rester inconnue d'un entourage urbain indifférent et changeant »²⁴⁵¹. De plus, il y a peu de risques que l'autorisation du double lien contribue à « augmenter » le nombre de filiations incestueuses, car « pour des raisons compréhensibles, il semble qu'il y ait en majorité une volonté, pour les victimes ou les participants à un inceste, même adultes, de taire la situation, fût-ce au détriment de leurs intérêts patrimoniaux »,²⁴⁵² mais l'abolition de la règle permettra une réelle égalité du droit de la filiation. La notion d'inceste doit être discutée civilement, mais sur d'autres plans et particulièrement dans le cadre des lois bioéthiques, car « désormais, nous devons prendre la mesure de l'évolution des structures familiales et oser poser la problématique de l'inceste en fonction de nouveaux modes de vie de couple, tout en tenant compte de ce que l'inceste, s'il se construit sur le biologique, ne s'identifie pas à lui »²⁴⁵³.

B. Le renouvellement contemporain des formes d'inceste

665. Adoption intrafamiliale. Cette rigueur du droit français par le maintien de cet empêchement à établir un double lien de filiation est discutable au regard des différentes évolutions techniques et sociales. L'« ordre familial » est remis en cause dans les hypothèses d'adoptions intrafamiliales fortement critiquées par la doctrine, mais qui étaient autorisées implicitement par l'article 348-5 du Code civil²⁴⁵⁴ jusqu'à la réforme récente de l'adoption²⁴⁵⁵. Désormais, le nouvel article 343-3 du Code civil interdit par principe pour l'adoption simple et l'adoption plénière, l'adoption par l'ascendant, le descendant ou les frère et sœur du parent de l'enfant. Seule l'existence de motifs graves que l'intérêt de l'adopté commande de prendre en considération pourrait permettre une adoption intrafamiliale. Bien que peu prononcée par les juridictions²⁴⁵⁶, l'interdiction explicite de l'adoption intrafamiliale est opportune, d'autant plus

²⁴⁵¹ GUÉVEL D., « Taire les origines : la filiation incestueuse », in BLOCH Pascale et DEPADT-SEBAG Valérie (dir.), *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p. 73.

²⁴⁵² GUÉVEL D., « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.* 16 octobre 2004, p. 2.

²⁴⁵³ BATTEUR A., « L'interdit de l'inceste – Principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759.

²⁴⁵⁴ V. sur ce point FENOUILLET D., « 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 », *Dr. fam.* n°11, nov. 2003, chron.29 ; DESCHAMPS V., *Le fondement de la filiation*, op. cit., n°790.

²⁴⁵⁵ Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption.

²⁴⁵⁶ Elles représentent moins de 0,5% des adoptions plénières prononcées par les juridictions ; SOUDEY G. et MOUTON-UHLIG M., « Le regard de notaires sur la réforme de l'adoption », *AJ fam.* 2022, p. 207.

que le régime antérieur était porteur d'incohérences. L'empêchement de l'adoption de l'enfant incestueux reposant notamment sur un risque de modification des structures familiales et de confusion générationnelle, ces structures étaient également perturbées dans des adoptions intrafamiliales, une sœur pouvant, par exemple, adopter son frère²⁴⁵⁷.

666. Familles recomposées. Les mutations des structures familiales viennent également questionner l'encadrement de l'inceste. Dans les familles recomposées, on observe « un remaniement permettant la création de nouvelles configurations des liens au sein d'une cellule familiale élargie et, plus précisément, de nouvelles formes de liens entre enfants, lorsqu'ils sont issus de parents différents, mais qu'ils vivent sous le même toit »²⁴⁵⁸. Si, dans ces situations, l'inceste n'est pas biologique, mais plutôt sociologique, l'empêchement imposé à l'enfant incestueux pose à nouveau question. Deux enfants, élevés ensemble, mais nés de parents issus de deux familles différentes, pourront établir leur lien de filiation à l'égard de l'enfant qu'ils engendreraient, contrairement à un frère et une sœur ignorant leur lien de parenté. Il est difficile dans cette hypothèse de ne pas songer à la perturbation des structures familiales, argument principal en faveur du maintien de l'empêchement opposé à l'enfant incestueux.

667. Risques engendrés par les avancées scientifiques. Enfin, les progrès scientifiques en matière de procréation assistée viennent questionner à leur tour l'encadrement de la notion d'inceste. Le séquençage de la parenté permet la création de « nouveaux incestes », « créés expressément ou rendus possibles à la faveur de l'anonymat d'un tube d'éprouvette ». Il est évidemment possible de se questionner sur la réalisation réelle de cette nouvelle forme d'inceste, mais en la matière, « l'excuse des faibles probabilités n'est pas admissible »²⁴⁵⁹. Bien qu'aujourd'hui, un encadrement strict soit prévu par le droit français, le développement des techniques médicales de procréation doit conduire à un réel questionnement sur l'inceste en général et de ses nouvelles formes, l'inceste génétique étant qualifié d'« inceste de troisième type » par certains auteurs²⁴⁶⁰. Récemment, une mère a demandé à se voir restituer les gamètes

²⁴⁵⁷ V. sur ce point BATTEUR A., « L'interdit de l'inceste – Principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759 qui affirme qu'« il conviendrait d'interdire une fois pour toute l'adoption, aussi bien plénière que simple, dans les rapports de famille. Une fille ne peut légalement épouser son père. Elle ne doit pas pouvoir adopter son propre frère car, en le faisant, elle utilise l'adoption pour « quasi-épouser » son père ».

²⁴⁵⁸ VIAUT L., « Le silence du droit français face aux nouvelles formes d'inceste : l'apport de la psychologie », *LPA* 19 nov. 2020, n° 154t4, p. 10.

²⁴⁵⁹ CHEYNET DE BEAUPRE A., « L'inceste, un tabou civil », *RJPF*, n° 4, 1^{er} avril 2021.

²⁴⁶⁰ CHEYNET DE BEAUPRE A., « L'inceste, un tabou civil », *RJPF*, n° 4, 1^{er} avril 2021 spéc. I.C. ; BATTEUR A., « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759.

de son fils décédé afin de procéder à une insémination artificielle à l'étranger²⁴⁶¹. La grand-mère est donc à l'initiative d'un projet parental grâce aux gamètes de son fils et aurait vocation à se comporter comme la mère de l'enfant né de ce projet. Sa demande a été refusée par les autorités françaises et la Cour européenne s'est rangée à leur position, mais cette affaire est symptomatique de nouveaux questionnements qu'il semble nécessaire de se poser.

668. Loi de bioéthique. La dernière loi de bioéthique²⁴⁶² ne s'est que peu saisie des enjeux relatifs à l'inceste dans les nouveaux modes de procréation. Les personnes nées d'un don ont désormais accès à un certain nombre d'informations sur le donneur²⁴⁶³, ce qui limite le risque de procréation entre deux personnes issues du même don²⁴⁶⁴. L'empêchement à l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu n'a cependant pas été étendu à l'assistance médicale à la procréation. Aucune disposition issue de la nouvelle loi ne prévoit un tel empêchement et l'article 310-2 du Code civil n'a pas été réécrit et vise donc toujours les père et mère de l'enfant. Il est effectivement probable que l'hypothèse d'une demande d'AMP par deux sœurs ou une mère et sa fille soit un cas d'école. De plus, il est envisageable que lors des entretiens précédant l'AMP²⁴⁶⁵, l'existence d'un lien de parenté entre les demandeurs justifie un refus d'insémination, si toutefois l'équipe clinicobiologique a les moyens de vérifier l'existence de ce lien de parenté entre les deux femmes si ce lien n'est pas visible sur leur état civil. Il est néanmoins regrettable que l'encadrement de cette situation ne soit pas clairement précisé.

Cependant, il est nécessaire de relever que la définition semble varier selon les disciplines, les anthropologues visant la parenté symbolique comme constituant le troisième type d'inceste.

²⁴⁶¹ CEDH, *Petithory Lanzmann c. France*, 12 novembre 2019, n° 23038/19.

²⁴⁶² Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

²⁴⁶³ Art. L. 2143-2 et s. CSP : accès autorisé aux données non-identifiantes ou à l'identité du donneur à la majorité de l'enfant né du don.

²⁴⁶⁴ V. notamment KERMALVEZEN A., *Mes origines : une affaire d'état*, Éditions Max Milo, 2014.

²⁴⁶⁵ Art. L. 2141-10 CSP.

§II. L'établissement bilinéaire de la filiation de l'enfant né d'un inceste absolu

669. *Recours à l'adoption.* La première alternative serait une suppression du second alinéa de l'article 310-2 afin de permettre un établissement du second de lien de filiation par un recours à l'adoption. Pour autant, l'opportunité de cette alternative reste discutable. Avant, la réforme de l'adoption en 2022, elle avait un intérêt limité. En l'absence d'une possibilité d'adoption de l'enfant du conjoint, le mariage étant impossible entre les parents, seule une adoption simple était autorisée, ce qui entraîne un transfert de l'autorité parentale à l'égard du parent adoptif²⁴⁶⁶. Désormais, l'adoption, par un concubin, de l'enfant de son concubin²⁴⁶⁷ est autorisée par le nouvel article 343 du Code civil, ce qui permet de recourir à l'adoption en sa forme simple ou plénière et peut entraîner un partage de l'autorité parentale. Néanmoins, cette alternative implique que les parents soient un couple, ce qui n'est pas acquis dans un contexte où les parents ont un lien de parenté proche. Au-delà du fait que l'adoption n'ait pas pour but d'établir un lien de filiation entre un parent biologique et son enfant, son utilisation pour la filiation incestueuse relèverait finalement du non-sens. En effet, elle imposerait aux parents d'assumer l'existence d'un couple « interdit » ou, à défaut d'existence d'un couple parental, elle entraînerait un transfert de l'autorité parentale si les parents ne sont pas en couple, ce qui ne résoudrait que partiellement les difficultés posées par l'empêchement initial.

670. *Établissement bilinéaire automatique.* La seconde possibilité de réforme serait une abolition de l'article 310-2 du Code civil, permettant l'établissement de la filiation de l'enfant, sans se pencher sur les circonstances de sa conception. Néanmoins, cette voie n'est pas sans risque car, elle fait basculer dans un établissement automatique dangereux face à de tels enjeux. La question de l'inceste en droit civil ne peut, en effet, être traitée sans appréciation de son contexte pénal, une partie des enfants nés d'un inceste étant issus d'un viol incestueux. Si l'auteur du viol souhaite établir sa filiation, la mère de l'enfant n'aura aucun moyen de s'y opposer et se verrait dans l'obligation d'exercer en commun l'autorité parentale sur l'enfant²⁴⁶⁸ avec lui, bien que des actions relatives à la limitation des droits parentaux soient possibles :

²⁴⁶⁶ Ancien art. 365 C. civ.

²⁴⁶⁷ Encore faudrait-il que les parents vivent en concubinage.

²⁴⁶⁸ Sauf si la seconde filiation a été établie plus d'un an après la naissance, selon l'article 372, alinéa 2, du Code civil.

l'exercice exclusif de l'autorité parentale peut être confié à l'un des parents sur le fondement de l'article 373-2-1 du Code civil ou le retrait de l'autorité parentale peut être prononcé sur le fondement de l'article 378 du Code civil si le père a été condamné pour le viol commis sur la mère. Cependant, le lien de filiation a une composante symbolique forte et il peut sembler complexe de permettre à l'auteur du viol, membre de la famille proche de la mère, d'établir, selon sa seule volonté, sa paternité. Permettre par principe l'établissement de la filiation d'un enfant avec le violeur incestueux de sa mère, sans possibilité de contestation puisque cet homme serait le père biologique de l'enfant²⁴⁶⁹, ne semble pas être dans son intérêt, particulièrement lorsqu'on se penche sur le mouvement actuel d'élargissement de la notion d'inceste en droit pénal, pensé dans l'intérêt des victimes²⁴⁷⁰.

671. Établissement bilinéaire sous contrôle judiciaire. L'établissement de la filiation pourrait également être soumis au contrôle du juge. Pour ce faire, le recours au contrôle concret de conventionnalité est envisageable et n'impliquerait pas de modification de l'article 310-2. Face à deux liens de filiation concurrents, l'affaire serait portée devant le juge pour qu'il se prononce sur le ou les liens de filiation à établir, conformément à l'intérêt de l'enfant et en se fondant sur les circonstances de l'espèce. Si les deux liens de filiation sont établis concomitamment – avant la naissance ou au moment de sa déclaration – le juge se prononcerait sur le maintien de l'un des deux liens ou des deux. Face à un établissement ultérieur, par exemple plus d'un an après la naissance – délai prévu à l'article 378 du Code civil lorsque le second lien de filiation est établi tardivement –, il se prononcerait sur la validité du second lien établi et le cas échéant, sur l'exercice de l'autorité parentale. Le mécanisme serait finalement assez proche de celui prévu en matière d'adoption : le second de lien de filiation sera établi s'il est conforme à l'intérêt de l'enfant. Ce pouvoir pour le juge pourrait également être traduit textuellement, en rajoutant un alinéa à l'article 310-2 du Code civil lui permettant de se prononcer sur la validité de la filiation bilinéaire, si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. Cette modification textuelle aurait pour mérite supplémentaire de reconnaître symboliquement l'égalité réelle des filiations. Dans la même logique, il est également envisageable que l'action en recherche de parenté soit ouverte à l'enfant, en soumettant sa recevabilité à une appréciation judiciaire. Cette voie a pour avantage de prendre en considération l'intégralité du contexte

²⁴⁶⁹ V. art. 310-3 C. civ., qui prévoit que la preuve de la filiation se fait par tout moyen et l'importante jurisprudence qui en découle relativement aux expertises génétiques.

²⁴⁷⁰ V. sur ce point DUBOIS C., « L'inceste en droit pénal ou la consécration de la famille selon Vianney – “Y'a pas que les gènes qui font les familles” – », *JCP éd. G.* n°23, 7 juin 2021, doct. 622.

entourant la naissance de l'enfant, la relation entre les parents et leur volonté de le prendre effectivement en charge. L'hypothèse d'un viol incestueux serait ainsi traitée *ab initio* et sans nécessité d'une condamnation pénale de l'auteur de l'infraction. La question de la « bonne foi » des parents qui peuvent ignorer leur lien de parenté pourrait également être prise en considération par le juge, mais la connaissance par les parents de ce lien de parenté ne doit pas être une circonstance conduisant automatiquement à exclure l'établissement du double lien. Traiter distinctement les enfants incestueux, selon la connaissance des parents de leur lien de parenté, créerait une nouvelle inégalité difficilement justifiable puisqu'à nouveau, l'enfant serait victime du comportement parental.

672. *Établissement à la majorité de l'enfant.* Il a également pu être proposé de permettre à l'enfant de saisir un juge à sa majorité afin « de revendiquer, s'il le souhaite, sa filiation complète »²⁴⁷¹. Néanmoins, cette solution conduirait à nier le lien entre filiation et autorité parentale et aurait une vocation davantage successorale et symbolique. Sorte de compromis entre une réelle modification et le maintien du régime actuel, elle ne permettrait en outre pas de régler les difficultés concrètes que peut poser la mise en œuvre du texte relativement à l'autorité parentale exercée sur l'enfant.

§III. Le maintien des actions accessoires

673. *Modification de l'action à fins de subsides.* Quel que soit le système retenu, l'action à fins de subsides doit également être modifiée²⁴⁷². Dans l'hypothèse du maintien de l'impossibilité d'une filiation bilinéaire, l'action doit pouvoir être intentée contre le parent qui n'a pas établi sa filiation, sans tenir compte de son sexe²⁴⁷³. Le maintien de cette action est aussi envisageable même si l'établissement des filiations paternelle et maternelle est mis en œuvre : la possibilité d'établir un double lien de filiation à la suite d'un inceste n'implique pas nécessairement la mise en œuvre de ce droit et, selon les circonstances, l'établissement d'un seul des deux liens de filiation peut être la solution la plus opportune. Le choix des parents ou de l'enfant de ne pas révéler l'inceste par l'établissement de la filiation

²⁴⁷¹ GUÉVEL D., « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.* 16 octobre 2004, p. 2.

²⁴⁷² Pour un positionnement exclusivement centré sur le développement de l'action à fins de subsides comme réponse à l'enfant né d'un inceste v. TERRÉ F., FENOUILLET D., GOLDIE-GENICON C., *Droit civil, la famille, op. cit.*, n°422.

²⁴⁷³ En ce sens, TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°422.

doit ainsi être respecté, car « le juriste n'aurait rien à gagner à vouloir à tout prix forcer un secret que les personnes directement concernées ne souhaitent pas mettre à jour »²⁴⁷⁴.

674. Articulation avec l'action en responsabilité civile. Par ailleurs, la possibilité pour l'enfant d'agir en responsabilité civile et d'être indemnisé pour les conditions de sa naissance risque d'être considérée comme une compensation suffisante justifiant la suppression de l'action à fins de subsides « bien que l'allocation de subsides pendant toute la minorité de l'enfant et même au-delà soit mieux adaptée à la situation de ce dernier que le versement forfaitaire d'une indemnité, il y a tout lieu de craindre que cet argument ne soit pas entendu et que l'abrogation de l'article 310-2 du Code civil n'entraîne la disparition de l'action à fins de subsides »²⁴⁷⁵. Pourtant, des incertitudes persistent quant à la caractérisation de la faute si l'enfant n'est pas né d'un viol et il est donc possible qu'une action en responsabilité civile ne lui soit pas ouverte. Par ailleurs, l'action en responsabilité civile ne poursuit pas le même objectif que l'action à fins de subsides. La première vise la réparation d'un préjudice, l'indemnisation d'une victime, tandis que la seconde a un objectif alimentaire. Il peut donc sembler cohérent qu'un enfant ait des difficultés à devoir agir en responsabilité contre ses parents, tandis que le caractère alimentaire de l'action à fins de subsides se rapproche des devoirs liés à l'autorité parentale, ce qui apporte, symboliquement, une toute autre assise au fondement lui garantissant une prise en charge financière.

²⁴⁷⁴ BATTEUR A., « L'interdit de l'inceste – Principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759.

²⁴⁷⁵ MIRABAIL S., « Repenser l'action à fins de subsides », *Dr. fam.* n°9, septembre 2011, étude 19.

CONCLUSION CHAPITRE I.

675. *Bilan de la filiation incestueuse : difficultés d'encadrements.* Il ressort de l'analyse de l'encadrement de la filiation incestueuse plusieurs éléments. En premier lieu, le contenu abstrait de la norme apparaît perfectible. Ce constat conduit nécessairement à s'interroger quant à la conformité de la règle aux évolutions contemporaines du droit de la filiation. En effet, deux difficultés principales apparaissent : la norme prive l'enfant d'un de ses liens de filiation, ce qui constitue une atteinte au droit à l'identité largement plébiscitée aujourd'hui et le choix quant au lien à établir est automatique ce qui semble peu correspondre au développement de l'approche concrète, désormais considérée comme substantielle aux droits fondamentaux. Cependant, l'étude éclaire également le particularisme de l'encadrement de la relation filiale incestueuse. La proximité de l'inceste et des infractions sexuelles, le tabou plus général que constitue la notion, la perturbation des structures familiales que créerait la reconnaissance juridique des filiations incestueuses et le rapport de l'enfant à son contexte de naissance sont tout autant d'éléments complexifiant l'élaboration d'une règle générale, abstraite et impersonnelle. Le régime actuel, hérité d'un droit de la filiation plus institutionnalisé, est, dès lors, particulièrement perméable à un renouvellement d'analyse sous l'angle des droits fondamentaux, ce régime semblant jusqu'à la décision de la cour d'appel de Caen, épargné par le phénomène de subjectivisation.

676. *Filiation incestueuse analysée au prisme des droits fondamentaux.* Mis en lumière par l'affaire portée devant les juges caennais, l'encadrement de la filiation incestueuse est discutable s'il est analysé sous l'angle des droits fondamentaux. Pour autant, ce n'est pas tant le risque de condamnation qui ressort de l'étude, que la compatibilité plus qu'avérée entre les droits fondamentaux, leurs modes de raisonnement et la filiation incestueuse. La réalité protéiforme de l'inceste complexifie, en effet, son encadrement. Dans cette optique, établir une règle abstraite, générale et impersonnelle est particulièrement délicat. Davantage que l'atteinte à l'identité qui, en elle-même, est largement justifiable tant d'un point de vue collectif qu'individuel, ce sont surtout les modes de raisonnements consubstantiels aux droits fondamentaux qui répondent, de la façon la plus effective possible, à ces difficultés et permettent de considérer la singularité de la filiation incestueuse. Une approche concrète permet ainsi une réponse adaptée à la multiplicité des situations et de servir de soutien à un engagement parental rejeté par la loi. Surtout, l'analyse renouvelée est riche en pistes prospectives, tout en

concluant à une nécessaire solution un minimum circonstanciée, tant la réponse à apporter aux enjeux de la filiation incestueuse est complexe à apporter, l'établissement du lien pouvant être tant destructeur que protecteur.

CHAPITRE II : LA SUBJECTIVISATION DE L'ETABLISSEMENT DE LA FILIACTION PATERNELLE DE L'ENFANT NE DANS LE SECRET

677. Formes d'abandon d'enfant. Thème récurrent de la littérature, l'abandon d'enfant a pris des formes variables à travers les sociétés et les époques. Souvent dissimulé, l'abandon d'enfant consistait, par exemple, à déposer l'enfant dans des tours d'abandon à partir du XVI^e siècle, avant que l'accouchement anonyme ne soit proposé à l'Hôtel-Dieu de Paris en 1691. Sous l'influence de cette pratique, accouchement et anonymat de la femme souhaitant abandonner son enfant sont institutionnalisés à partir de la Révolution française, de différentes façons, les bureaux d'abandon remplaçant les tours et l'anonymat étant garanti selon différentes modalités préservant plus ou moins l'intégrité du secret²⁴⁷⁶. L'accouchement dans le secret actuel, prévu par la loi du 22 janvier 2002²⁴⁷⁷, est l'héritier de ces différents encadrements. Antérieurement nommé accouchement sous X en référence à la lettre apposée sur le dossier de la femme à la place de son nom, l'accouchement dans le secret est un abandon d'enfant particulier. À la différence du défaut d'établissement de la filiation²⁴⁷⁸, du consentement à l'adoption²⁴⁷⁹ et de la déclaration judiciaire de délaissement parental²⁴⁸⁰, autrefois déclaration judiciaire d'abandon²⁴⁸¹, l'accouchement dans le secret repose sur l'organisation, par le droit, d'un secret quant aux circonstances de la naissance. En effet, si l'ensemble des hypothèses évoquées conduit à considérer l'enfant comme abandonné, en le reconnaissant pupille de

²⁴⁷⁶ Pour un bref résumé de l'historique de l'accouchement dans le secret v. par ex. LEROYER A.-M., *Droit de la famille, op. cit.*, n°805.

²⁴⁷⁷ Loi n°2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, JORF du 23 janvier 2002.

²⁴⁷⁸ Art. 57 C. civ.

²⁴⁷⁹ Art. 348 à 350 C. civ.

²⁴⁸⁰ Art. 381-1 et 381-2 C. civ.

²⁴⁸¹ Art. 350 (ancien) C. civ., abrogé par la loi n°2016-297 du 14 mars 2016, art. 40.

l'État²⁴⁸² ce qui le rend, par conséquent, adoptable²⁴⁸³, l'institutionnalisation du secret inscrit davantage l'accouchement anonyme dans une logique de dissimulation, exacerbant, dès lors, tout conflit d'intérêts intrinsèque à l'abandon d'enfant. Le secret opposé quant aux circonstances de la naissance densifie, ainsi, les difficultés quant à l'accès aux origines personnelles, la mère n'étant censée ne jamais avoir accouché.

678. Intérêts contradictoires. L'accouchement dans le secret est, par nature, générateur de conflits d'intérêts privés. Le plus évident oppose la mère et l'enfant. La protection accordée à la femme lors de son accouchement et le choix qui lui est laissé de ne pas établir le lien de filiation à l'égard de l'enfant porte tant atteinte à l'identité de celui-ci qu'à son droit à la connaissance de ses origines personnelles. L'exclusion des grands-parents peut également être évoquée²⁴⁸⁴. Surtout, c'est aujourd'hui la place du père qui est questionnée dans l'accouchement dans le secret. En ce sens, les revendications paternelles ne sont pas nouvelles, mais semblent davantage entendues, dans la continuité du phénomène de subjectivisation. Procédure pensée originellement comme une conciliation des intérêts de la mère et de l'enfant, l'accouchement dans le secret paraît, dès lors, devoir intégrer les intérêts du père, confronté à l'obstacle que constitue le secret. En effet, si, en droit, rien n'empêche le père d'établir son lien

²⁴⁸² Art. L. 224-4 CASF : « Sont admis en qualité de pupille de l'État :

1° Les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue, qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois ;

2° Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de leur admission comme pupilles de l'État par les personnes qui ont qualité pour consentir à leur adoption, depuis plus de deux mois ;

3° Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de six mois par leur père ou leur mère en vue de leur admission comme pupilles de l'État et dont l'autre parent n'a pas fait connaître au service, pendant ce délai, son intention d'en assumer la charge ; avant l'expiration de ce délai de six mois, le service s'emploie à connaître les intentions de l'autre parent ;

4° Les enfants orphelins de père et de mère pour lesquels la tutelle n'est pas organisée selon le chapitre II du titre X du livre Ier du code civil et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois ;

5° Les enfants dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale en vertu des articles 378 et 378-1 du code civil et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application de l'article 380 dudit code ;

6° Les enfants recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application des articles 381-1 et 381-2 du code civil ».

²⁴⁸³ Art. 344 C. civ. : « Peuvent être adoptés :

1° Les mineurs pour lesquels les parents ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ;

2° Les pupilles de l'État pour lesquels le conseil de famille des pupilles de l'État a consenti à l'adoption ;

3° Les enfants judiciairement déclarés délaissés dans les conditions prévues aux articles 381-1 et 381-2 ;

4° Les majeurs, en la forme simple et en la forme plénière dans les cas prévus à l'article 345 ».

²⁴⁸⁴ LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°806 ;

de filiation malgré l'accouchement dans le secret, ce même secret crée, dans les faits, une impossibilité matérielle d'identifier l'enfant et, partant, d'établir un lien de filiation à son égard, avant qu'il ne soit adopté.

679. Perméabilité de l'accouchement dans le secret aux droits fondamentaux. En raison de ses enjeux, l'accouchement dans le secret est particulièrement perméable aux droits fondamentaux. La conciliation des intérêts de la mère et de l'enfant a, ainsi, été examinée dès 2002 par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Odièvre*²⁴⁸⁵. Réformé à la même époque, l'accouchement dans le secret, malgré sa singularité, a obtenu son brevet de conventionnalité grâce à l'équilibre relativement circonstancié qu'atteint son régime. Pour autant, le domaine n'en est pas moins affecté par la diffusion des droits fondamentaux et de leur méthode de raisonnement intervenue entre-temps. Dans cette optique, la Cour européenne a, à nouveau, arbitré l'articulation des intérêts de la mère et de l'enfant²⁴⁸⁶ et la Cour de cassation s'est, quant à elle, prononcée sur la place du père qui avait été appréciée concrètement par les juges du fond²⁴⁸⁷. Les justifications estimées suffisantes en 2003 doivent ainsi être réévaluées à l'aune du renouvellement méthodologique actuellement à l'œuvre quant à la mère (Section I.), justifications qui apporteront un éclairage indispensable pour étudier la place du père, ce dernier n'étant pas réellement considéré dans la norme abstraite (Section II.).

²⁴⁸⁵ CEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003, n° 42326/98, D. 2003, chron. 1240 par B. Mallet-Bricout ; JCP G 2003. II. 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; Dr. fam. 2003, n° 58, note P. Murat ; RTD civ. 2003. 276, obs. J. Hauser ; 375, obs. J.-P. Marguénaud ; RDSS 2003. 219, étude F. Monéger.

²⁴⁸⁶ CEDH, *Cherrier c. France*, 30 janvier 2024, n°18843/20 ; AJDA 2024. 185 ; AJ fam. 2024. 248, obs. M. Saulier ; *ibid.* 61, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RDSS 2024. 241, note F. Monéger.

²⁴⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 27 janvier 2021, n° 19-15.921, 19-24.608 et 20-14.012 ; D. 2021. 182, 483, chron. C. Azar, et 2022. 528, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2021. 126, obs. P. Salvage-Gerest ; RTD civ. 2021. 390, obs. A.-M. Leroyer ; Dr. fam. 2021, n° 55, p. 36, note C. Siffrein-Blanc.

SECTION I : DROITS DE L'ENFANT ET SECRET DE L'ACCOUCHEMENT

680. Premier temps. L'accouchement dans le secret a, en premier lieu, pour but de concilier la liberté de la mère et les droits de l'enfant. L'établissement de la filiation maternelle a été discuté et réformé principalement entre 1993 et 2009 et corrélativement, les modalités de révélation de l'identité maternelle ont été envisagées, bénéficiant des réflexions déjà engagées sur la dissociation entre origines et filiation dans le cadre de l'adoption,²⁴⁸⁸ mais également dans celui des procréations médicalement assistées²⁴⁸⁹. Ce premier mouvement a conduit à la création d'un cadre juridique encadrant abstraitement les différents intérêts en présence, mais en inscrivant cet encadrement dans les questionnements contemporains, limitant d'autant plus tout risque d'atteinte concrète. La contradiction d'intérêts inhérente à l'accouchement dans le secret a conduit, de plus, à faire le choix d'un système intégrant une certaine souplesse. Cet encadrement initial explique, probablement, le brevet de conventionnalité obtenu en 2003. Cependant, dans la continuité de la seconde décision rendue par la Cour européenne en 2024, une relecture du régime s'impose, afin d'évaluer l'actualité de la conformité du dispositif aux droits fondamentaux. Au vu de la double atteinte que crée l'accouchement dans le secret, l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant doit être évalué à l'aune du droit à l'identité (§I.), tandis que les modalités lui permettant d'avoir accès aux informations relatives à sa naissance doivent être appréciées plus précisément au regard du droit à la connaissance des origines (§II.).

§I. Établissement de la filiation maternelle et droit à l'identité

681. Secret, origines et filiation. L'accouchement dans le secret est, par nature, générateur de conflits d'intérêts, le plus évident d'entre eux étant celui opposant la mère à l'enfant. En effet, face au constat des réalités d'un abandon sauvage, le souci de garantir un cadre sécurisé tant pour l'accouchement que pour la prise en charge du nouveau-né a primé,

²⁴⁸⁸ Loi n° 96-604 du 4 juillet 1996 relative à l'adoption. V. TERRÉ F., GOLDIE-GENICON C., FENOUILLET D., *Droit civil, La famille, op. cit.*, n° 646.

²⁴⁸⁹ THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, op. cit.*, p. 207 et s. qui expose le débat sur la levée d'anonymat du donneur de gamètes sur le plan international depuis les années 90.

dans une logique protectrice (A.). Pour autant, la quête d'équilibre s'illustre sur le terrain de la filiation, la filiation maternelle pouvant être établie malgré le secret (B.).

A. La protection de la mère et de l'enfant par le secret de l'accouchement

682. Garantie de l'anonymat de la mère. Une présentation plus précise de l'accouchement dans le secret est nécessaire pour en saisir ses justifications. Aux termes de l'article 326 du Code civil, une femme peut, lors de son accouchement, demander la préservation du secret de son admission et de son identité. L'article L. 222-6, alinéas 2 et 4, du CASF précise que ses frais médicaux sont pris en charge, qu'aucune pièce d'identité ne peut lui être demandée et qu'aucune enquête ne peut être diligentée. La mère est informée des conséquences de sa décision et un accompagnement psychologique et social lui est proposé. Elle a également la possibilité de prénommer l'enfant. Elle est invitée à laisser des informations identifiantes et non identifiantes qui seront recueillies par le CNAOP afin de permettre à l'enfant de connaître son histoire. Il lui est, enfin, précisé qu'elle peut lever le secret sur son identité ou compléter ces informations à tout moment, dans le but de limiter l'atteinte causée à l'enfant.

683. Consentement à l'accouchement dans le secret. La mère doit expressément indiquer qu'elle souhaite accoucher dans le secret, afin de bénéficier de cette procédure. Elle ne consent pas, pour autant, à l'abandon de son enfant, la décision d'accoucher dans le secret et le recueil de l'enfant par l'Aide sociale à l'enfance ayant été qualifiés de faits juridiques par la Cour de cassation²⁴⁹⁰. Celle-ci estime, en effet, qu'« en l'absence de reconnaissance, la filiation n'était pas établie de sorte que le consentement [...] n'avait pas à être constaté lors de la remise de l'enfant au service de l'Aide sociale à l'enfance ». Si cette qualification peut être discutée²⁴⁹¹, elle permet, sans aucun doute, d'assurer une stabilité de l'adoption résultant de l'abandon d'un enfant et la garantie pour celui-ci d'un parcours de vie pérenne²⁴⁹². Cette précision a, en effet, pour conséquence de faire échec à toute demande en nullité fondée sur un vice du consentement. La décision de la mère reste, néanmoins, entourée d'un certain nombre

²⁴⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2004 n° 03-19.026 ; *AJ fam.* 2004. 241, obs. F. Bicheron ; *D.* 2005. Pan. 1749, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Dr. fam.* 2004, comm. 120, note P. Murat ; *RDSS* 2004. 691, note F. Monéger.

²⁴⁹¹ HAUSER J., « Accouchement sous X et rétractation : de mieux en mieux... », *RTD civ.* 2004, p. 496.

²⁴⁹² V. sur ce point MURAT P., « Accouchement anonyme - Remise de l'enfant à l'ASE : pas de vice du consentement pour la femme accouchée anonymement », *Dr. fam.* 2004, comm. 20 et HAUSER J., « Accouchement sous X et rétractation : de mieux en mieux... », *RTD civ.* 2004, p. 496.

de garanties afin de lui assurer un choix le plus libre et éclairé possible. Une information précise sur les conséquences de son choix et la possibilité de se voir restituer l'enfant qui aura été préalablement reconnu par elle dans un délai de deux mois lui sont données²⁴⁹³.

684. Objectif de santé publique. La justification principale de l'accouchement dans le secret repose sur un objectif de santé publique, afin de garantir la protection de la mère et de l'enfant en assurant un accouchement et une naissance sécurisés, tout en prévenant les risques d'avortement, d'accouchement clandestin, d'abandon sauvage et d'infanticide²⁴⁹⁴. Cet objectif est tant individuel que général : la mère est protégée par ce secret, tout comme la société s'assure des conditions de la venue au monde d'un enfant, lui-même protégé par cette attention portée au contexte de sa naissance. Cette considération est soulignée dans l'arrêt *Odièvre*²⁴⁹⁵ de la Cour européenne des droits de l'homme qui relève que « l'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons "sauvages". Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français »²⁴⁹⁶ et valide dans cette même décision notre dispositif.

685. Protection de l'enfant. Une seconde justification peut être relevée relativement à la procédure mise en œuvre à la suite de la décision de la mère d'accoucher dans le secret. Le délai avant de placer l'enfant en vue de son adoption, décision privant les parents biologiques de tout établissement de leur filiation, est particulièrement bref, spécialement du point de vue du père qui n'a potentiellement pas connaissance de sa paternité. Guidé par les théories de l'attachement²⁴⁹⁷, le droit français souhaite, en effet, proposer aux très jeunes enfants que leurs parents biologiques ne veulent pas prendre en charge, une alternative parentale rapide afin de garantir leur épanouissement. Sur ce point, les travaux notamment de John BOWLBY et Mary AINSWORTH font de l'attachement un besoin primaire au même titre que les besoins

²⁴⁹³ Art. L 222-6, alinéa 1^{er}, CASF.

²⁴⁹⁴ MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, op. cit., n°814 ; LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°804 et s.

²⁴⁹⁵ CEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003, n° 42326/98, D. 2003, chron. 1240 par B. Mallet-Bricout ; JCP G 2003. II. 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *Dr. fam.* 2003, n° 58, note P. Murat ; *RTD civ.* 2003. 276, obs. J. Hauser ; 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDSS* 2003. 219, étude F. Monéger.

²⁴⁹⁶ CEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003, n° 42326/98, préc., §45.

²⁴⁹⁷ V. pour une synthèse de ces théories, GUEDENEY N. et GUEDENEY A., *L'attachement : approche théorique et évaluation*, 5^{ème} éd., Masson, 2021.

fondamentaux, assurant la survie. Dans cette perspective, il est considéré qu'un environnement adapté va permettre à l'enfant de développer un attachement positif basé sur une relation de confiance avec l'adulte et un sentiment de sécurité intérieure, lui permettant de se construire une identité positive et de réguler ses impulsions et ses émotions. Ce lien d'attachement se créant dans la première année, la figure d'attachement principale de l'enfant sera donc par nature ses parents ou plus exceptionnellement, toute personne remplissant ce rôle à ce moment-là de la construction identitaire et psychique. En conséquence, les délais d'adoption d'un enfant recueilli par l'aide sociale à l'enfance précocement sont très brefs²⁴⁹⁸ et une famille adoptive est rapidement trouvée. Cette conception abstraite de l'intérêt de l'enfant, contenue dans la norme, est complétée par une autre appréciation abstraite. En effet, dans les conceptions actuelles et toujours dans la continuité des théories de l'attachement, une adoption précoce est considérée comme plus propice au développement de la relation parent-enfant. L'adoption d'un nourrisson est, ainsi, considérée comme plus favorable à la création du lien affectif entre les parents adoptifs et l'enfant. Dans le cas de l'accouchement dans le secret, où l'abandon a lieu dans un temps très proche de la naissance, le délai dans lequel l'enfant peut être adopté est de maximum huit mois à partir de son recueil par l'Aide sociale à l'enfance.

686. *Recueil de l'enfant.* À défaut de lien de filiation établi, l'article L. 224-4 du CASF prévoit que l'enfant né dans le secret est pris en charge par les services de l'Aide sociale à l'enfance, en vue de son admission en qualité de pupille de l'État. Un procès-verbal, prévu à l'article L. 224-5 du CASF, est établi lors de son recueil. Ce même article précise que durant un délai de deux mois, l'enfant peut être repris immédiatement et sans aucune formalité par le parent qui l'a confié aux services sociaux. À l'expiration de ce délai, l'enfant est admis en qualité de pupille de l'État à titre définitif, par arrêté du président du Conseil départemental.

687. *Arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État.* L'arrêté peut être contesté par le père de naissance et les membres de la famille de la mère ou du père de naissance si ceux-ci demandent à prendre en charge l'enfant²⁴⁹⁹, dans un délai de trente jours à compter de la date

²⁴⁹⁸ V. par ex., l'article L. 224-4 du CASF qui prévoit, par principe, un délai de deux mois, exceptionnellement de six si un parent a consenti à l'adoption et que l'autre ne s'est pas manifesté pendant ce délai malgré les sollicitations du service et l'article L. 223-5 alinéa 2, imposant tous les six mois un rapport sur la situation et le projet pour l'enfant recueilli de moins de deux ans (contre un an pour les enfants plus âgés).

²⁴⁹⁹ Art. L. 224-8 CASF.

de notification. Qualifié de « faille » dans le processus d'adoption²⁵⁰⁰, le recours contre l'arrêté d'admission ouvre une voie juridique à la famille par le sang permettant de paralyser la prise en charge par les services sociaux et d'empêcher le placement en vue de l'adoption. Cependant, le texte précise que la notification n'est pas obligatoire. Elle ne peut leur être faite qu'en présence d'une manifestation d'intérêt de la part de ces personnes, avant la date de cet arrêté, ce qui semble relativement peu probable lorsque la mère accouche dans le secret – quoique la jurisprudence fournisse quelques exemples contraires, mais dans lesquels le secret avait été levé par la mère²⁵⁰¹ –. Une absence de notification ne fait ainsi pas échec à l'admission de l'enfant en qualité définitive de pupille de l'État. L'ignorance de l'existence de l'enfant est, de plus, un motif inopérant pour justifier un défaut d'action de la part de la famille d'origine remettant en cause l'adoptabilité, le délai prévu étant un délai de forclusion, non susceptible d'interruption ou de suspension. La Cour de cassation l'a récemment rappelé, précisant que la date butoir pour contester cet arrêté est la date du placement en vue de l'adoption, même en l'absence de notification aux personnes ayant qualité pour agir et auxquelles le délai de trente jours ne peut être opposé²⁵⁰². En tout état de cause, la contestation de l'arrêté d'admission par un membre de la famille proche de l'enfant, parent de naissance inclus, impliquera l'évaluation de la situation par le juge, qui se prononcera selon l'intérêt de l'enfant²⁵⁰³. En cas de refus, un droit de visite et d'hébergement peut être accordé au demandeur. À l'étude, il ressort donc que le dispositif repose sur une volonté de favoriser le choix des parents de naissance au détriment du reste de la famille et de limiter les obstacles susceptibles d'entraver la procédure, l'enfant ne pouvant rester dans une situation intermédiaire trop longtemps.

688. Adoption de l'enfant. L'enfant admis définitivement en qualité de pupille de l'État est adoptable²⁵⁰⁴. Un projet de vie doit être défini par le tuteur et le conseil de famille, ce projet pouvant être une adoption si tel est l'intérêt de l'enfant²⁵⁰⁵. Si le choix d'une adoption est fait, l'article 351 du Code civil précise que le placement de l'enfant en vue d'une adoption

²⁵⁰⁰ DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Les chemins de l'adoptabilité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 492.

²⁵⁰¹ V. par ex. CA Angers, 26 janvier 2011, n° 10/01339, affaire dans laquelle la mère avait informé sa famille, dont ses propres parents, de sa grossesse et de son accouchement, ou Cass. 1^{ère} civ., 9 avril 2013, n° 11-27.071, dans laquelle la mère a d'abord confié l'enfant à ses propres parents avant de consentir à son adoption.

²⁵⁰² Cass. 1^{ère} civ., 5 décembre 2018, n° 17-30.914, *JCP* 2018, n° 1370 ; *AJ fam.* 2019. 43, obs. P. Salvage-Gerest ; *Dr. fam.* 2019, comm. n°50, note Y. Bernand.

²⁵⁰³ Art. L. 224-8 V CASF.

²⁵⁰⁴ Art. 347 C. civ.

²⁵⁰⁵ Art. L. 225-1 CASF.

prend date à la remise effective de l'enfant aux futurs adoptants. L'article 352 interdit tout placement en vue d'une adoption avant l'expiration d'un délai de deux mois à partir du recueil de l'enfant. L'article 352-2 ajoute que le placement en vue de l'adoption fait obstacle à toute restitution de l'enfant dans sa famille d'origine, ainsi qu'à toute déclaration de filiation ou reconnaissance. Au regard du très jeune âge de l'enfant lors de l'abandon et de l'absence de famille biologique connue, la voie de l'adoption plénière est très majoritairement choisie afin de lui offrir une famille de substitution. La seule volonté maternelle d'abandonner l'enfant conduit, ainsi, rapidement à rompre le lien entre l'enfant et sa famille d'origine. Le couple adoptif saisit le tribunal judiciaire d'une requête en adoption, après avoir accueilli pendant six mois l'enfant²⁵⁰⁶. Le tribunal se prononce dans un délai de six mois²⁵⁰⁷. L'enfant est donc adoptable après expiration du délai de deux mois et peut être définitivement adopté six mois plus tard, aux alentours de ses huit mois. Certains départements attendent cependant l'expiration du délai de contestation de l'arrêté d'admission pour placer l'enfant en vue de son adoption, ce qui rajoute trente jours à la première étape du processus d'adoption.

B. La possibilité d'établir la filiation maternelle malgré l'accouchement dans le secret

689. Action en recherche de maternité. L'encadrement de l'accouchement dans le secret a été concilié avec les droits de l'enfant. Ainsi, la décision de la mère d'accoucher dans le secret doit, en premier lieu, être conciliée avec le droit de l'enfant d'établir sa filiation. Les questionnements quant à la possibilité d'établir la filiation maternelle à la suite d'un accouchement anonyme ont, cependant, été nombreux. Instinctivement, il semble, en effet, peu cohérent de dissimuler le contexte de la naissance tout en maintenant le droit pour l'enfant d'agir contre la personne qui n'est pas censée avoir accouché. Dans cette logique, la loi du 8 janvier 1993²⁵⁰⁸, intégrant l'accouchement dans le secret dans le Code civil, avait créé une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité afin de protéger le secret de la mère, malgré l'écoulement du temps, en empêchant l'enfant de pouvoir établir sa filiation. Autre argument complémentaire avancé, cette impossibilité permettrait, en outre, de favoriser la révélation par la mère de son identité, en étant assurée que cette révélation n'aurait aucune incidence sur un lien de filiation non souhaité par elle²⁵⁰⁹. Maintenue par l'ordonnance de 2005, la fin de non-

²⁵⁰⁶ Art. 345 C. civ.

²⁵⁰⁷ Art. 353 C. civ.

²⁵⁰⁸ 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 créant les anciens articles 341 et 341-1 du Code civil.

²⁵⁰⁹ BONFILS P. et GOUTTENoire A., *Droit des mineurs*, op. cit., n° 341.

recevoir à l'action en recherche de maternité a été supprimée par la loi de ratification de cette même ordonnance en 2009²⁵¹⁰.

690. *Suppression de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité.* La suppression de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité a suscité de vifs débats lors de l'adoption de la loi de ratification. Les partisans de l'abrogation de cette règle s'appuyaient sur divers arguments dont l'atteinte au principe d'indisponibilité de l'état de l'enfant²⁵¹¹ ou encore son caractère discriminatoire, une telle alternative n'étant pas ouverte aux pères souhaitant se soustraire à leur paternité, créant un risque de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme²⁵¹². Ce dernier argument n'a pourtant, à l'heure actuelle, pas convaincu les juridictions françaises²⁵¹³ et il semblerait que cette abrogation s'inscrive davantage dans le mouvement de suppression progressive des obstacles à l'établissement de la filiation, mis en œuvre depuis 1972 et traduisant indirectement le développement en droit français du droit de l'enfant à établir sa filiation²⁵¹⁴.

691. *Adoption de l'enfant et impossibilité d'établissement de la maternité.* Malgré la possibilité d'agir en recherche de maternité, l'enfant peut se voir opposer un obstacle juridique ne lui permettant pas d'établir ce lien. L'article 352-2 du Code civil pose, en effet, une impossibilité d'établir un lien de filiation à l'égard des parents biologiques, par quelque moyen que ce soit à la date du placement en vue de son adoption. Si l'adoption aboutit, deux cas de figure doivent être distingués. Hypothèse la plus fréquente, si l'enfant est adopté plénièrement, aucun lien ne pourra plus être établi entre l'enfant et sa famille d'origine²⁵¹⁵. L'atteinte au droit de l'enfant à établir sa filiation est cependant extrêmement tempérée par l'intégration totale de l'enfant dans une famille de substitution, qui a vocation à remplacer la

²⁵¹⁰ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, JORF du 10 janvier 2009.

²⁵¹¹ BONFILS P. et GOUTTENNOIRE A., *Droit des mineurs, op. cit.*, n°341.

²⁵¹² MALAURIE P., FULCHIRON H., *Droit de la famille, op. cit.*, n°821.

²⁵¹³ Cass. 1^{ère} civ, 4 décembre 2019, n°19-16.634 refusant de transmettre une QPC sur l'atteinte au principe d'égalité et au principe de liberté par cette différence de traitement entre hommes et femmes ; Cass. 1^{ère} civ, 9 novembre 2016, n° 15-20.547 refusant de transmettre une QPC relative à l'article 327 ; Cass. 1^{ère} civ, 28 mars 2013, n°13-40.001 : Refus transmission QPC « l'action en recherche de paternité en ce qu'elle empêche le géniteur de se soustraire à l'établissement d'une filiation non-désirée est-elle contraire au principe d'égalité ? ». Pour de plus amples développements, v. *supra* n°581 et s.

²⁵¹⁴ V. sur ce point BONFILS P. et GOUTTENNOIRE A., *Droit des mineurs, op. cit.*, n° 299 et suivants.

²⁵¹⁵ Art. 356 C. civ.

famille d'origine. Au contraire, si l'enfant est adopté en la forme simple, un lien de filiation peut être établi à l'égard d'un de ses parents de naissance, selon l'article 369 du Code civil.

692. *Filiation vacante.* Si l'enfant n'est pas adopté, aucun obstacle juridique ne l'empêche d'établir sa filiation et il conserve donc la possibilité d'agir en recherche de maternité. Il peut agir dans un délai de dix ans à compter de sa majorité, selon les règles de droit commun prévues à l'article 321 du Code civil. Une action pendant sa minorité, intentée en son nom par son tuteur, est également envisageable²⁵¹⁶, bien qu'il semble peu probable que cette voie soit celle privilégiée par le préfet et le conseil de famille, titulaires de l'autorité parentale à l'égard d'un pupille de l'État. L'enfant, ou son représentant légal, agissant en recherche de maternité, risque néanmoins de se heurter à un obstacle matériel : la difficile identification de la mère. En l'absence d'éléments identifiants auxquels il pourrait avoir accès par le CNAOP²⁵¹⁷, l'action en recherche de maternité a, en réalité, peu de chance d'aboutir.

693. *Réalité de l'atteinte.* Pour autant, il semble difficile d'affirmer qu'un enfant volontairement abandonné par sa mère et pouvant bénéficier d'une filiation de substitution par une adoption subisse une atteinte disproportionnée à son droit d'établir sa filiation biologique. La parenté imposée, particulièrement lorsque le parent présente une vulnérabilité particulière, est davantage source d'une relation dysfonctionnelle entre le parent et l'enfant, perturbant le développement de ce dernier²⁵¹⁸. L'alternative qu'est l'adoption est ainsi vue comme étant dans l'intérêt de l'enfant, en raison de la stabilité qu'elle lui apporte, ce que la Cour de cassation a rappelé récemment dans une affaire, appréciée concrètement, où un enfant adopté agissait en recherche de paternité. L'un des éléments principaux retenus par la Cour pour considérer l'atteinte proportionnée est la stabilité des liens de filiation adoptifs, bénéficiant des mêmes

²⁵¹⁶ Art. 328 alinéa 2 du Code civil.

²⁵¹⁷ V. *infra* n°695.

²⁵¹⁸ Pour une illustration des conséquences les plus extrêmes d'une restitution de l'enfant à la suite d'un accouchement dans le secret, v. par ex., GREVOT Alain, *Compte rendu de la mission confiée par le Défenseur des droits et son adjointe, la Défenseure des enfants, à M. Alain GREVOT, sur l'histoire de Marina*, juin 2014, [\[en ligne\]](#). Le compte-rendu retrace l'intégralité du parcours de Marina de sa naissance, dans le secret, jusqu'à son décès causé par les maltraitances parentales. L'affaire Marina a eu un certain nombre de conséquences en protection de l'enfance et a notamment inspiré la réforme 2016 (loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant), notamment en prévoyant une prise en charge à la suite d'une restitution. L'affaire a également donné lieu à une condamnation par la Cour européenne dans l'arrêt *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France*, 4 juin 2020, n°15343/15 et 16806, la Cour ayant relevé des manquements importants de l'État dans l'organisation de la protection, spécialement quant à la transmission d'informations entre professionnels.

impératifs de stabilité et de sécurité que le droit commun de la filiation²⁵¹⁹.

Sur le strict de terrain de l'établissement de la filiation, il semble, par conséquent, peu probable que le régime actuel soit remis en question. Dès lors que l'enfant est adopté, quels éléments seraient suffisants pour justifier la remise en question de l'adoption, sans bousculer l'organisation plus générale de l'abandon d'enfant ? Une remise en question, si elle doit avoir lieu, doit davantage concerner la suppression de l'accouchement dans le secret en lui-même, mais serait corrélative à une évolution des mentalités quant à l'abandon, spécialement quant au rapport féminité-maternité. C'est davantage le terrain de la connaissance des origines sur lequel la vigilance est de mise, le secret de la naissance se devant d'être articulé avec le droit à l'identité de l'enfant.

§II. La connaissance des origines personnelles

694. Diversité des pratiques de révélation du secret. Au-delà de la question de la filiation, l'accouchement dans le secret étudié sous l'angle des rapports mère-enfant est davantage susceptible de porter atteinte au droit à l'identité de l'enfant, privé de la connaissance de ses origines personnelles. Le droit français se doit, dès lors, d'être vigilant quant à l'articulation de la protection de la mère et celle de l'enfant. Dans cette perspective, l'étude du régime français organisant l'équilibre entre ces deux impératifs, bien qu'il ne traite pas en tant que tel, de la filiation semble indispensable. En effet, en premier lieu, la prise en considération de ces éléments offre une vue d'ensemble du régime de l'accouchement dans le secret, indispensable aux raisonnements actuels où la cohérence de l'encadrement est centrale. Surtout, la question des origines personnelles a été soumise à la Cour européenne des droits de l'homme, apportant des éclairages quant à cette procédure singulière du droit français. La distinction origines-filiation est, en effet, issu des raisonnements européens, le droit français étant dans une certaine confusion de ces notions qui, progressivement, se distinguent sous l'influence européenne. Les choix français quant à l'encadrement de l'accès aux origines personnelles (A.) et l'appréciation européenne sur ces choix (B.), permettent, ainsi, tant de mettre en perspective la cohérence générale du droit français quant au rapport filiation-origines que de déceler

²⁵¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 2019, n° 19-15.783, préc. Pour de plus amples développements sur la décision v. *supra* n°581 et s.

d'éventuels risques d'inconventionalité qui pourront être utilisés lors de l'étude des rapports père-enfant né dans le secret.

A. L'encadrement de l'accès aux origines personnelles à la suite d'un accouchement dans le secret

695. Loi du 22 janvier 2002. Si la consécration légale de l'accouchement dans le secret date de 1993²⁵²⁰, l'encadrement de l'accès aux origines personnelles est plus récent et a été prévu par la loi du 22 janvier 2002²⁵²¹. Celle-ci repose sur le constat du difficile accès à leurs origines pour les enfants abandonnés, difficulté fortement renforcée à la suite d'un accouchement dans le secret²⁵²². Relativement récente, cette loi a, dès lors, pour objet d'articuler des intérêts concurrents, dans un contexte de modernisation de la matière familiale où un nombre important de réformes ont eu lieu en un temps restreint²⁵²³. Dans cette perspective, l'objet de l'encadrement est la conciliation de droits fondamentaux entrant en conflit, celui de la mère et celui de l'enfant. En ce sens, la loi s'inscrit dans le mouvement de subjectivisation déjà amorcé. Elle reste une articulation abstraite d'intérêts, bien que des éléments concrets intègrent la norme grâce au dispositif prévu qui repose sur du cas par cas. La part de concret intégrée dans la norme est, d'ailleurs, consubstantielle à l'encadrement prévu : la mère ne donne pas nécessairement les mêmes informations et peut, sans être obligée de le faire, laisser son identité. De plus, l'encadrement offre une place notable à l'enfant. L'attention qui lui est donnée a conduit à modeler les règles afin de le traiter individuellement et non plus de le considérer comme extérieur à la pratique²⁵²⁴, ce qui semble être la conséquence directe du développement du droit des mineurs à la fin du XX^e siècle²⁵²⁵.

²⁵²⁰ 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, JORF du 9 janvier 1993.

²⁵²¹ Loi n°2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, JORF du 23 janvier 2002.

²⁵²² BONFILS P., GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, op. cit., n°252.

²⁵²³ V. sur ce point LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, op. cit., n°279 à 284 qui présente les différentes étapes des réformes en matière familiales à partir de 1974 et notamment la « troisième vague », qui a lieu depuis 1999 et dans laquelle les réformes sont plus fréquentes et plus rapprochées que lors des deux vagues précédentes.

²⁵²⁴ V. THÉRY I., LEROYER A.-M., (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 209 et s., suivant le même raisonnement relativement aux PMA.

²⁵²⁵ Sur l'émergence et le développement du droit des mineurs v. par ex. BONFILS P., GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, op. cit., n°26 et s.

696. Conseil national d'accès aux origines personnelles. Afin de concilier la protection du secret de la mère et le droit à la connaissance des origines personnelles de l'enfant, la loi du 22 janvier 2002 a créé le CNAOP, chargé, selon l'article L. 147-1 du CASF, de faciliter l'accès aux origines personnelles. Celui-ci reçoit les demandes d'accès à la connaissance des origines de l'enfant, la déclaration de la mère ou du père de naissance autorisant la levée du secret de sa propre identité, les déclarations d'identité des ascendants, descendants ou collatéraux privilégiés des parents de naissance et les demandes du père ou de la mère recherchant l'enfant²⁵²⁶. La mère est, par ailleurs, incitée à laisser, lors de l'accouchement, « des renseignements sur sa santé, et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de sa naissance, ainsi que, sous pli fermé, son identité »²⁵²⁷. Les garanties entourant la décision maternelle et les informations qui lui sont apportées sont également tournées vers l'enfant, les textes précisant explicitement « l'importance pour toute personne de connaître ses origines »²⁵²⁸. Le représentant départemental du CNAOP rencontre, en conséquence, la mère à la maternité à la suite de son accouchement, afin de lui délivrer les informations dont elle doit bénéficier et recevoir les éléments qu'elle souhaite transmettre à l'enfant. L'objectif de sensibilisation de la mère quant aux conséquences de sa décision est, ainsi, largement intégré au contexte d'abandon, afin de tenter de limiter les effets d'une décision prise dans un certain contexte de détresse.

697. Diversité des informations laissées à l'enfant. Dans une logique d'effectivité du droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, une importante latitude est laissée à la mère tant dans le choix des informations qu'elle souhaite transmettre que dans les modalités de révélation de ces informations. Elle peut, « à tout moment, donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance »²⁵²⁹. Elle peut également accepter, dès la naissance, la révélation de son identité à l'enfant lorsque celui-ci en fera la demande. À défaut, elle sera contactée par le CNAOP lors de la demande de l'enfant, afin de décider de lever ou non le secret. Si la demande de l'enfant a lieu après le décès de la mère, le CNAOP révélera son identité « sous réserve qu'elle n'ait pas exprimé de volonté contraire à l'occasion d'une demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant »²⁵³⁰.

²⁵²⁶ Art. L. 147-2 CASF.

²⁵²⁷ Art. L. 222-6 CASF.

²⁵²⁸ Art. L. 222-6 CASF.

²⁵²⁹ Art. L. 222-6 CASF.

²⁵³⁰ Art. L. 147-6 CASF.

Une mère qui n'aura jamais été contactée de son vivant ne pourra donc pas s'opposer à la révélation du secret à sa mort, alors qu'au contraire, la mère qui a expressément refusé la levée de son secret de son vivant ne le verra pas révélé à son décès. Les informations ne révélant pas l'identité du père ou de la mère de l'enfant sont directement accessibles à celui-ci s'il en fait la demande au CNAOP. La variabilité du secret et de ses modalités de réversibilité traduit ainsi l'équilibre qu'a tenté d'atteindre la loi du 22 janvier 2002 entre le secret de la mère et les droits de l'enfant. En ce sens, saisi d'une QPC portant sur les articles L. 147-6 et L. 222-6 du CASF, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution²⁵³¹. À toutes fins utiles, l'article L. 147-7 du CASF précise que ces révélations n'ont aucun effet sur l'état civil et la filiation de l'enfant et ne font naître aucun droit ou obligation. Ces éléments peuvent cependant permettre l'aboutissement d'une action en recherche de paternité ou de maternité²⁵³².

698. Application dans le temps. La loi du 22 janvier 2002 s'applique à l'ensemble des demandes tendant à la révélation du secret de la mère, peu importe la date de l'accouchement. Potentiellement source d'un important choc pour la femme ayant accouché secrètement avant l'encadrement de la réversibilité du secret, la création du CNAOP assure une transition afin de concilier les informations qui lui avaient été données lors de son accouchement et le besoin, pour l'enfant, d'avoir accès à ses origines. En ce sens, la composition du CNAOP prend en considération cet enjeu. Le CNAOP est, en effet, organisé en réseau avec les différents conseils départementaux. Les professionnels chargés d'entrer en contact avec les mères sont des professionnels de l'aide sociale à l'enfance et de la protection maternelle et infantile, désignés dans chaque département par le président du conseil départemental et en lien direct avec le Conseil national, instance composée de dix-sept membres²⁵³³. Cette organisation assure, *a minima*, une gestion uniforme et mise en œuvre par des professionnels spécialement formés sur ces questions²⁵³⁴. Ceux-ci auront vraisemblablement la délicatesse nécessaire dans la prise de contact d'une femme ayant fait le choix de confier son enfant à la naissance et pensant être protégée par le secret sur son identité durant le reste de sa vie.

²⁵³¹ Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC ; *RTD civ.* 2012. 520, obs J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 120, obs. Neirinck ; *AJ fam.* 2012. 406, obs. F. Chénéde.

²⁵³² V. *supra* n°689.

²⁵³³ CNAOP, *Présentation du CNAOP*, [[en ligne](#)].

²⁵³⁴ BONFILS P., GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n°255.

B. La conventionnalité de l'accès aux origines personnelles à la suite d'un accouchement dans le secret

699. Validation européenne. La Cour européenne des droits de l'homme a validé le dispositif français dans l'arrêt *Odièvre*²⁵³⁵ qui consacre, dans le même temps, le droit à la connaissance des origines de l'enfant²⁵³⁶. Étudiant l'affaire sous l'angle du droit à l'identité²⁵³⁷, les précautions du dispositif français sont mises en exergue par la Cour, relevant que le système repose sur deux intérêts privés – celui de la mère et celui de l'enfant – difficilement conciliables, auxquels il faut ajouter celui de la famille adoptive, ainsi que l'intérêt général, le dispositif visant à protéger la mère et l'enfant. Elle estime dans cette décision que « la législation française tente d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause », après avoir relevé l'accès effectif à des informations non identifiantes sur sa famille d'origine par la requérante, la possibilité qui existait en droit français de revenir sur le secret de la mère et le renforcement de la possibilité de lever ce secret par la loi du 22 janvier 2002. Cette décision a été confirmée dans l'affaire *Godelli*²⁵³⁸, dans laquelle la Cour affirme « qu'à la différence du système français examiné dans l'arrêt *Odièvre*, la législation italienne ne tente de ménager aucun équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en cause. En l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts de la mère à maintenir son anonymat, une préférence aveugle est inévitablement donnée à cette dernière. Par ailleurs, dans l'arrêt *Odièvre*, la Cour observe que la nouvelle loi du 22 janvier 2002 renforce la possibilité de lever le secret de l'identité et facilite la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles. D'application immédiate, elle permet désormais aux personnes intéressées de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de la mère, sous réserve de l'accord de celle-ci, ainsi que d'avoir accès à des informations non identifiantes. En Italie, le projet de loi de réforme de la loi n°184/1983 est toujours en examen au Parlement depuis 2008 »²⁵³⁹.

²⁵³⁵ CEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003, n°42326/98 ; D. 2003, chron. 1240 par B. Mallet-Bricout ; JCP G 2003. II. 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; Dr. fam. 2003, n° 58, note P. Murat ; RTD civ. 2003. 276, obs. J. Hauser ; 375, obs. J.-P. Marguénaud ; RDSS 2003. 219, étude F. Monéger.

²⁵³⁶ BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, op. cit., n° 206.

²⁵³⁷ CEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003, n° 42326/98, préc., §28.

²⁵³⁸ CEDH, *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012, n°33783/09 ; RLDC 2013, n° 100, p. 35, obs. M.-C. Le Boursicot ; JDJ, n° 325, mai 2013, p. 41, obs. G. Mathieu ; RTD civ. 2013. 104, obs. Hauser ; AJ fam. 2012. 554, obs. Chénéde.

²⁵³⁹ CEDH, *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012, n°33783/09, préc. §71.

700. Contrôle concret imposé par le Conseil d'État. Malgré la validation européenne, le Conseil d'État veille à l'appréciation concrète, par les juridictions administratives, des demandes d'accès aux origines, ce qu'il a rappelé dans une décision du 16 octobre 2019²⁵⁴⁰. Bien que la Cour européenne des droits de l'homme ait affirmé dans l'arrêt *Odièvre* la conventionnalité du système français en matière d'accouchement dans le secret, le contrôle concret reste, en effet, nécessaire²⁵⁴¹. Ayant rappelé la conventionnalité de la règle, le Conseil d'État vérifie le contrôle concret opéré par les juges du fond. Il en conclut une absence d'atteinte disproportionnée, la question des origines de l'enfant étant plus large que la seule connaissance de l'identité des parents de naissance et l'enfant ayant eu accès à des éléments de son histoire personnelle²⁵⁴². En l'espèce, l'arrêt relève « qu'elle a pu disposer, hormis l'identité de sa mère biologique encore en vie, d'informations relatives à sa naissance, recueillies par le CNAOP ». Le formulaire d'abandon précisait en effet que « la jeune fille est fiancée et ce dernier ne veut se marier que si elle abandonne l'enfant ». Le renouvellement de l'analyse est, ainsi, déjà en œuvre relativement à l'accès aux origines personnelles de l'enfant né dans le secret, le régime devant être apprécié abstraitement puis concrètement²⁵⁴³.

701. Défaut d'information. Pour autant, l'équilibre semble atteint seulement dans les situations où l'enfant a accès, à défaut d'obtenir l'identité de ses parents de naissance, à des informations sur son histoire personnelle ou sur les circonstances de sa naissance, ce qu'illustre la décision du Conseil d'État. Dans une situation où la mère n'a laissé aucune information, malgré les incitations du représentant du CNAOP lors de la naissance, l'atteinte au droit de l'enfant de connaître ses origines est indéniable et le contrôle concret risque de conduire à la conclusion d'une atteinte disproportionnée. La seule appréciation abstraite – la mère a été sollicitée par le CNAOP, mais n'a pas souhaité laisser d'informations – ne paraît pas suffisante pour répondre aux exigences européennes. Le renouvellement de l'analyse par le

²⁵⁴⁰ CE, 16 octobre 2019, n°2019-017911 ; concl. Odinet ; *Dr. fam.* 2019, comm. n°237, note H. Fulchiron ; *D.* 2019. 2299, note L. Carayon ; *AJ fam.* 2019, p. 654, note M. Saulier ; *RTD civ.* 2020, p. 75, note A.-M. Leroyer.

²⁵⁴¹ Sur les rapports Cour européenne des droits de l'homme et contrôle concret effectué en droit interne v. *supra* n°241 et s.

²⁵⁴² FULCHIRON H., « La conventionnalité *in abstracto* ne dispense pas d'un contrôle de conventionnalité *in concreto* », *Dr. fam.*, décembre 2019, n°12, comm. 237.

²⁵⁴³ FULCHIRON H., « La conventionnalité *in abstracto* ne dispense pas d'un contrôle de conventionnalité *in concreto* », *Dr. fam.*, décembre 2019, n°12, comm. 237 qui remarque que « on peut certes s'inquiéter des risques de multiplication des contentieux engendrés par le contrôle *in concreto* de règles dont la conventionnalité intrinsèque est acquise, mais on ne peut y répondre par la mise "hors contrôle" de certaines règles. Ce serait aller à l'encontre du principe même de ce contrôle ».

développement du contrôle concret conduit à se questionner sur l'obligation, à terme, pour elle de laisser des informations qui seront accessibles à l'enfant. Les débats préalables à l'adoption de la loi du 22 janvier 2002²⁵⁴⁴ quant à l'organisation et la forme du secret regagnent en consistance aujourd'hui.

702. Levée d'anonymat. Dans le même sens, l'équilibre trouvé par la loi du 22 janvier 2002 risque également d'être remis en question par le mouvement opéré par les nouvelles filiations²⁵⁴⁵. La loi bioéthique du 2 août 2021²⁵⁴⁶ est, en effet, revenue sur le principe d'anonymat du donneur et l'article L. 2143-2 du CSP prévoit désormais que « toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur »²⁵⁴⁷. Différents projets de loi²⁵⁴⁸ et rapports²⁵⁴⁹ ont déjà été élaborés afin de remplacer l'accouchement dans le secret par un accouchement « dans la discrétion », imposant à la mère de donner son identité qui pourra être révélée à l'enfant, s'il en fait la demande, à sa majorité, mais ceux-ci sont, pour l'instant, restés lettre morte.

²⁵⁴⁴ MATTÉI J.-F., LE BOURSICOT M.-C., *Enfant d'ici, enfant d'ailleurs : l'adoption sans frontière*, La Documentation française, décembre 1995, qui proposait le maintien du secret tout en imposant un recueil d'informations non-identifiantes ; BRET J.-P., FABIUS L., *Droits de l'enfant, de nouveaux espaces à conquérir*, Assemblée nationale, 1^{er} janvier 1998, [en ligne](#), qui proposait de recueillir les informations relatives à la filiation à la naissance et de lever de plein droit le secret à la majorité de l'enfant puis d'étendre ce dispositif aux enfants nés d'un don ; THÉRY I., *Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, 1998, proposait de responsabiliser l'abandon d'enfant et, dès lors, de supprimer le secret entourant la naissance ; DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps : rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice*, septembre 1999, qui propose un régime proche du régime définitif, consistant à encourager la réversibilité du secret et de créer un organisme chargé de recueillir l'identité à la naissance et de jouer un rôle de médiateur entre la mère et l'enfant.

²⁵⁴⁵ Dans le même sens, SAULIER M., « Accouchement sous X : le secret envers et contre tout ? », *AJ fam.* 2024, p. 248.

²⁵⁴⁶ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JORF du 3 août 2021.

²⁵⁴⁷ Sur l'évolution du principe d'anonymat v. *supra* n°299.

²⁵⁴⁸ Proposition de loi instaurant un accouchement dans la discrétion, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 28 juin 2006 ; Proposition de loi visant à la levée de l'anonymat et à l'organisation de l'accouchement dans le secret, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 7 déc. 2011 ; Proposition de loi visant à créer un accouchement protégé et permettant l'accès aux origines personnelles, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 20 décembre 2017.

²⁵⁴⁹ GOUTTENOIRE A., CORPART I. (dir.), Groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption », *Quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, février 2014, proposition n°31 ; THERY I., LEROYER A.-M. (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit. ; BARÈGES B., *Rapport parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, Assemblée nationale, 12 nov. 2010.

703. Équilibre précaire : nouveau jugement européen. L'équilibre atteint reste précaire. Vingt ans après l'affaire *Odièvre*, la Cour européenne a, à nouveau, été saisie sur la compatibilité du dispositif français d'accès aux origines personnelles et du droit à l'identité de l'enfant. L'arrêt *Cherrier* du 30 janvier 2024²⁵⁵⁰ était, dans cette perspective, particulièrement attendu, en ce qu'il permettrait de déterminer d'éventuelles évolutions du positionnement des juges strasbourgeois. L'interprétation évolutive de la Cour²⁵⁵¹ était à craindre, les dispositifs d'encadrement de l'accès aux origines personnelles ayant évolué depuis l'affaire *Odièvre*, spécialement sous l'influence des techniques d'assistance médicale à la procréation.

La décision de la Cour européenne des droits de l'homme est en demi-teinte : si elle n'aboutit pas à une condamnation, elle contient néanmoins une mise en garde quant à la pérennité de l'équilibre du système français. Bien plus clairement que dans l'affaire *Odièvre* où sa position est ambiguë²⁵⁵², la Cour étudie l'atteinte sous l'angle de l'ingérence au droit à l'identité de l'enfant. Elle modifie, de plus, son appréciation de l'opposition d'intérêts, estimant être en présence d'un conflit d'intérêts privés, celui de la mère et celui de l'enfant, les autres intérêts en présence passant « à l'arrière-plan du litige ». Elle inscrit son raisonnement dans les évolutions intervenues depuis l'affaire *Odièvre* et relève la suppression de la fin de non-recevoir de l'action en recherche de maternité et le maintien de l'accouchement dans le secret et de son dispositif d'accès aux origines personnelles malgré la levée du principe d'anonymat par la loi de bioéthique. Elle en profite pour requalifier le conflit, estimant que le cas d'espèce caractérisait un conflit de droits dans lequel l'écoulement du temps doit être pris en considération. Elle réduit, ensuite, l'ampleur de la marge nationale d'appréciation, par rapport à celle accordée dans l'affaire *Odièvre*. Au vu de l'importance acquise de la question identitaire, elle estime que cet aspect identitaire justifie, bien qu'il s'agisse d'un conflit de droits, cette

²⁵⁵⁰ CEDH, *Cherrier c. France*, 30 janvier 2024, n°18843/20 ; *AJDA* 2024. 185 ; *AJ fam.* 2024. 248, obs. M. Saulier ; *ibid.* 61, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RDSS* 2024. 241, note F. Monéger.

²⁵⁵¹ Sur les méthodes de raisonnement de la Cour européenne et la place donnée aux évolutions v. *supra* n°157.

²⁵⁵² CEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003, n° 42326/98, préc., §40 : « La Cour rappelle que si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux (*X et Y c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, série A no 91, p. 11, § 23). La frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents ; de même, dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation (arrêt *Mikulić* précité, §58) ». Au vu de l'ampleur relative du contrôle, la doctrine tend à considérer que la Cour européenne s'est placée sur le terrain des obligations positives, afin de contraindre l'État à prévoir un système d'accès aux origines personnelles.

réduction²⁵⁵³. Elle procède, enfin, à la mise en balance des intérêts concrets. Plus précisément, elle y procède en perspective de celle effectuée par le Conseil d'État préalablement. Elle conclut à l'absence d'atteinte disproportionnée en l'espèce. Le rôle concret du CNAOP en l'espèce, les éléments qu'il a pu obtenir, la délicatesse dont il a fait preuve tant vis-à-vis de la mère bouleversée de ce contact tardif que vis-à-vis de l'enfant, en souffrance en raison de la découverte tardive de son adoption, sont déterminants dans l'appréciation de la Cour²⁵⁵⁴. Cette approche est complétée par le rôle joué par le Conseil d'État qui, malgré des maladresses de formulations relevées par la Cour, a apprécié concrètement l'affaire et a justifié l'atteinte « en se référant au choix du législateur de ne pas autoriser une levée inconditionnelle du secret de l'identité, et en jugeant que les règles d'accès aux informations non identifiantes avaient permis de remplir la requérante du droit qu'elle tire de l'article 8 de la Convention », les réformes intervenues depuis lors ayant exclusivement concerné une meilleure quête d'équilibre.

704. Équilibre précaire : mises en garde européennes. Malgré l'absence réitérée de condamnation, la décision questionne sur l'entre-deux français. La Cour européenne distille quelques mises en garde dans sa décision, laissant présager que le régime français risque de devoir être modifié²⁵⁵⁵. Premier obstacle qui risque d'être attaqué, le maintien du refus malgré le décès du parent de naissance, qui est évoqué dans la décision sans pour autant être décisif puisqu'en l'espèce la mère n'était pas décédée. L'écoulement du temps semble, aux yeux de la Cour européenne, faire progressivement pencher la balance en faveur de l'enfant et la disparition du parent fait définitivement basculer cette balance en sa faveur²⁵⁵⁶, les droits et intérêts de la mère perdant un poids important avec le décès. Cette évolution est clairement mise en évidence dans l'opinion dissidente accompagnant la décision. La juge qui l'a formulée estime, en effet, que « si la protection par un secret absolu de la mère au moment de la naissance et du début de la vie de l'enfant fait primer le secret sur le droit de l'enfant de connaître ses origines, il convient de considérer que cet équilibre varie au fil des années et que les intérêts en présence se rapprochent. Un équilibre est atteint pour ensuite donner lieu à une inversion du rapport de force. Le droit de savoir prend le dessus et le maintien du secret devient incompatible

²⁵⁵³ Sur la détermination de la marge nationale d'appréciation v. *supra* n°167 et s.

²⁵⁵⁴ Dans le même sens, MARGUÉNAUD J.-P., « Retour sur l'accouchement sous X à la française », *RTD civ.* 2024, p. 359.

²⁵⁵⁵ V. en ce sens LEMOULAND J.-J., « Accouchement dans le secret : le droit français est conforme à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dalloz actualité*, 6 février 2024.

²⁵⁵⁶ Dans le même sens, SAULIER M., « Accouchement sous X : le secret envers et contre tout ? », *AJ fam.* 2024, p. 248.

avec la protection du droit à connaître ses origines tel que garanti par l'article 8 de la Convention ». En parallèle de cet équilibre temporellement évolutif, le développement du droit à un accès total, bien que potentiellement encadré, aux origines personnelles à la suite d'une naissance par assistance médicale à la procréation²⁵⁵⁷ relativise fortement le rôle accordé à la volonté maternelle quant à l'accès aux origines de l'enfant né dans le secret²⁵⁵⁸. En ce sens, le simple fait que l'arrêt *Cherrier* soit un arrêt de chambre contredisant l'arrêt *Odièvre*, rendu par la grande chambre, est topique de l'importance de l'évolution de ces questionnements. La requalification opérée par la Cour européenne des éléments évoqués par le Conseil d'État est, également, le signe de l'expansion du droit à la connaissance des origines : là où le Conseil d'État qualifiait de « souhait » la demande de l'enfant, la Cour européenne « rehausse »²⁵⁵⁹ la qualification, estimant que la demande est un « droit subjectif, à l'instar de l'accouchement sous X »²⁵⁶⁰.

705. Limites du secret. L'objectif de santé publique justifiant l'existence de l'accouchement dans le secret perd de sa force par l'écoulement du temps ce qui pourrait justifier un alignement du régime de l'anonymat avec celui du donneur de gamètes dans le cadre d'une PMA²⁵⁶¹. La protection de l'enfant par le maintien d'un secret absolu sur les circonstances de naissance n'est plus aujourd'hui une considération actuelle. Au contraire, l'appréciation de son intérêt est désormais davantage tournée vers son droit de connaître ses origines, s'il le souhaite. Le développement de ce droit et la construction identitaire à laquelle il renvoie sont tels qu'il a pu être affirmé qu'il est nécessaire à chacun de connaître ses origines pour pouvoir identitairement se construire²⁵⁶². Si la généralité d'une telle affirmation reste discutable, elle traduit l'évolution des mentalités et la nécessité de permettre, dans la mesure du possible, l'accès à la connaissance de ses origines, afin de favoriser l'épanouissement personnel

²⁵⁵⁷ Dont le régime a été confirmé par la Cour européenne. V. sur ce point CEDH, *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, 7 septembre 2023, n°21424/16 et 45728/17. Pour de plus amples développements sur la décision v. *supra* n°305.

²⁵⁵⁸ BOURDAIRE-MIGNOT C., CAYOL A., GRÜNDLER T., « Chronique, Éthique et droit », *RGDM*, 12 juin 2024.

²⁵⁵⁹ Pour reprendre l'expression employé par Maïté Saulier, v. SAULIER M., « Accouchement sous X : le secret envers et contre tout ? », *AJ fam.* 2024, p. 248.

²⁵⁶⁰ CEDH, *Cherrier c. France*, 30 janvier 2024, n°18843/20, §77.

²⁵⁶¹ V. en ce sens, THERY I., LEROYER A.-M. (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit.

²⁵⁶² V. par ex. l'article L. 226-6 du CASF.

de chaque individu²⁵⁶³. Par ailleurs, un assouplissement du régime actuel relativisant le secret serait une alternative permettant une meilleure conciliation entre la liberté de la mère d'accoucher dans le secret et l'établissement de la filiation paternelle²⁵⁶⁴. Plus généralement, cette évolution s'inscrit dans la remise en question des logiques de « secret protecteur ». Le secret, autrefois largement utilisé pour protéger – tant l'individu par rapport à la société, que la société de ses troubles – est progressivement considéré comme délétère.

Pour autant, malgré cette dissimulation, le principe même de l'accouchement dans le secret ne paraît pas réellement remis en question par la Cour européenne. La durée du secret semble menacée, mais sa préservation, au moins durant la minorité, voire durant la vie de la mère, est envisageable, les droits de la mère et de l'enfant semblant conciliables.

SECTION II : FILIATION PATERNELLE ET SECRET DE L'ACCOUCHEMENT

706. Droits du père. Originellement absent de la procédure d'accouchement dans le secret, qui se concentrait sur la garantie d'une naissance sécurisée, puis sur la conciliation de la liberté de la mère et du droit de l'enfant de connaître ses origines, le père n'a que peu de moyens pour faire valoir sa paternité si la mère décide d'accoucher secrètement. La reconnaissance du droit des pères à établir leur filiation s'est finalement développée au gré des actions qu'ils intentaient et des réponses judiciaires qui leur ont été apportées, complétée par quelques retouches législatives.

707. Relativité des obstacles juridiques. L'établissement de la filiation paternelle à la suite d'un accouchement dans le secret est juridiquement possible. Le père peut reconnaître l'enfant et celui-ci peut agir en recherche de paternité s'il n'a pas été adopté plénièrement. Le principal obstacle que le père doit surmonter est d'ordre factuel, puisqu'il doit identifier l'enfant pour faire valoir sa paternité – soit l'établir, soit faire produire les effets de la reconnaissance qu'il aurait préalablement effectuée –. À défaut d'une identification rapide, un obstacle

²⁵⁶³ THÉRY I., LEROYER A.-M. (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 253.

²⁵⁶⁴ LEROYER A.-M., « L'impossible accouchement dans le secret face aux droits de l'enfant et du père », *RTD civ.* 2020 p.75.

juridique lui sera opposé, le placement en vue de l'adoption de l'enfant voire l'adoption de l'enfant selon le temps qu'aura pris l'identification.

708. Ajustements limités. Utilisant différentes voies de recours et pouvant interrompre le processus d'adoption, les demandes paternelles ont permis de mettre en exergue le particularisme de leur situation. Elles ont conduit à des précisions et quelques ajustements de la procédure d'accouchement dans le secret et de ses suites. La reconnaissance progressive des revendications paternelles permise par une appréciation de plus en plus concrète (§I.) permet ainsi d'envisager des pistes de réforme (§II).

§I. La reconnaissance progressive des revendications paternelles

709. Adoption et adoptabilité. Saisies par les pères désirant établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant né dans le secret, les juridictions ont été confrontées à des difficultés d'application des textes. Ceux-ci, s'ils ne se contredisent pas, ne sont pas totalement conciliables²⁵⁶⁵. En ce sens, il avait été relevé lors de l'affaire Benjamin²⁵⁶⁶, première décision rendue en la matière par la Cour de cassation, que « la difficulté ne résidait plus dans l'accouchement anonyme lui-même, mais dans l'opposabilité ou l'inopposabilité au parent par le sang d'actes essentiels du processus d'adoption : c'est-à-dire dans la confrontation problématique entre une reconnaissance valable, mais dont les effets se sont trouvés momentanément paralysés et des actes menant progressivement à l'adoption de l'enfant et auxquels, dans l'intérêt de l'enfant, il importe de donner une stabilité forte (admission comme pupille de l'État, consentement à l'adoption, placement en vue de l'adoption) ». Au regard des enjeux découlant d'un accouchement dans le secret, la gestion temporelle de la procédure – constatée par différents actes administratifs et judiciaires – est un élément central dans la réponse qui sera apportée à l'homme souhaitant faire valoir sa paternité. Le processus menant au prononcé de l'adoption doit ainsi garantir, *a minima*, une possibilité effective pour le père de pouvoir se manifester. Dans cette optique, une attention particulière sera apportée à l'adoptabilité de l'enfant, c'est-à-dire au processus rendant l'enfant adoptable, de l'acquisition

²⁵⁶⁵ MURAT P., « “Affaire Benjamin” : une cassation méritée mais bien confuse », *Dr. fam.* n°6, juin 2006.

²⁵⁶⁶ Cass., 1^{ère} civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 ; *D.* 2006. IR 2293, obs. Gallmeister ; *Defrénois* 2006, art. 38423, p. 1127, note Massip ; Mallet-Bricout, « Droits du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position », *D.* 2006. Tribune. p. 1177 ; *RTD civ.* 2006. 292, obs. Hauser ; *RDSS* 2006. 575, obs. Neirinck ; *D.* 2007. 879, note Salvage-Gerest ; *D.* 2006. 1707, note Revel.

du statut de pupille de l'État au prononcé effectif de l'adoption. L'adoptabilité de l'enfant comprend ainsi son recueil par les services de protection de l'enfant, son admission en qualité de pupille de l'État, le placement en vue de l'adoption, et pour les besoins de l'étude, inclura également le jugement prononçant l'adoption.

710. *Étapes de l'adoptabilité.* Les différentes demandes des pères ont mis en lumière la technicité textuelle de la procédure d'adoption et l'application disparate de ces dispositions par des professionnels de l'enfance. La validité de la reconnaissance paternelle lors de la phase d'adoptabilité (A.), ainsi que les différents recours ouverts au père (B.) ont ainsi fait l'objet de précisions jurisprudentielles et textuelles.

A. La validité de la reconnaissance paternelle

711. *Précisions nécessaires.* Au regard des difficultés d'identification que crée l'accouchement dans le secret à l'homme souhaitant reconnaître l'enfant (1.), la Cour de cassation a dû préciser les effets d'une reconnaissance effectuée malgré ces difficultés d'identification (2.), ainsi que les effets de la reconnaissance selon la date à laquelle elle a été effectuée par rapport au consentement à l'adoption donné par le conseil de famille (3.)

1- Les difficultés d'identification et reconnaissance de l'enfant

712. *Difficultés matérielles d'identification.* L'identification de l'enfant est la principale difficulté à laquelle se heurte le père d'un enfant né dans le secret. Vraisemblablement, il aura comme éléments d'identification l'identité de la mère – protégée juridiquement dès son accouchement – et une idée plus ou moins précise de la période durant laquelle est né de l'enfant. L'affaire « Benjamin » illustre ces difficultés : le père a reconnu l'enfant avant sa naissance, mais n'a pu l'identifier que dix mois plus tard. L'identification a également pour conséquence d'informer l'administration de l'existence du père ou, en tout état de cause, de lui assurer une information officiellement établie²⁵⁶⁷, qui devrait la conduire à réévaluer le projet prévu pour l'enfant.

²⁵⁶⁷ Les différents arrêts montrent, dans la plupart des cas, un contact entre le père et les services de protection de l'enfance qui ne perturbe pas le processus d'adoption malgré la connaissance par les services d'un père biologique supposé de l'enfant et qui revendique sa paternité ou le constat tardif de l'existence d'une reconnaissance ante natale.

713. Saisie du procureur de la République. Pour pallier ces difficultés, la loi du 22 janvier 2002 a créé l'article 62-1 du Code civil, autorisant le père à saisir le procureur de la République afin qu'il l'aide à identifier l'enfant, clarifiant ainsi le rôle du parquet. Il est d'ailleurs possible que l'affaire « Benjamin » ne soit pas étrangère à cette modification : le père de Benjamin avait saisi rapidement le procureur qui lui aurait conseillé d'introduire une action en justice contre la mère, afin d'obtenir les informations nécessaires à l'établissement de sa filiation²⁵⁶⁸. Pour autant, l'efficacité de la mesure reste discutable. Elle implique, en premier lieu, une connaissance par le père de cette voie de droit. En second lieu, les moyens d'action de procureur restent limités et sont fondés principalement sur les éléments dont dispose le père²⁵⁶⁹.

2- La reconnaissance et l'identification de l'enfant

714. Affaire Benjamin. Face aux difficultés d'identification du père, la première précision, en 2011, de la Cour de cassation porte sur la validité de la reconnaissance effectuée par le père, durant le processus d'adoption de l'enfant né dans le secret²⁵⁷⁰. En l'espèce, le père avait reconnu l'enfant avant sa naissance, mais n'avait pu l'identifier que plusieurs mois après son recueil, environ trois mois avant la date du consentement à l'adoption donné par le Conseil de famille et la requête en adoption des parents adoptifs. La cour d'appel, infirmant la décision de première instance, avait déclaré nulle la reconnaissance en l'absence d'identification réelle de l'enfant. Elle en avait déduit l'impossibilité pour le père de se voir restituer l'enfant. La Cour de cassation contredit cette analyse, estimant que « l'enfant ayant été identifié par [le père] à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de sa naissance, de sorte que le conseil de famille des pupilles de l'État, qui était informé de cette reconnaissance, ne pouvait plus, le 26 avril 2001, consentir valablement à l'adoption de l'enfant, ce qui relevait du seul pouvoir de son père naturel ». Au-delà de la question de la validité de la reconnaissance, cette décision centre la protection des demandes paternelles sur l'identification de l'enfant. Cette

²⁵⁶⁸ REVEL J., « Une nouvelle famille unilinéaire, l'enfant né sous X et son père », *D.* 2006, p. 1707.

²⁵⁶⁹ HILT P., « Et le père ? », *D.* 2020, p. 2463.

²⁵⁷⁰ Suite à la décision de la cour d'appel de Riom du 16 décembre 1996 qui avait déclaré la reconnaissance prénatale du père comme privée d'effet car elle concernait l'enfant d'une femme qui, selon la loi, n'avait pas accouchée, la Cour de cassation avait été saisie mais avait cassé la décision pour des motifs procéduraux (Cass. 1^{ère} civ., 11 janvier 2000, n° 98-11.781).

identification conduit, en effet, à faire produire ses effets à la reconnaissance qui aura été préalablement effectuée et ainsi, à permettre la « neutralisation » de l'adoptabilité de l'enfant.

715. Validité de la reconnaissance prénatale. Il ressort de la décision qu'une reconnaissance prénatale établit la filiation du père à l'égard de l'enfant ce qui lui octroie le droit de consentir à l'adoption de l'enfant et invalide les différents actes procéduraux ayant conduit à son admission en qualité de pupille de l'État et au consentement par le conseil de famille à son adoption. Cette solution s'étend aux reconnaissances intervenues entre la naissance et le placement de l'enfant en vue de son adoption, l'article 352-2 du Code civil précisant qu'un tel placement fait obstacle à tout établissement de filiation²⁵⁷¹.

716. Nécessité d'identifier l'enfant. Si la reconnaissance antérieure au placement en vue de l'adoption est nécessaire, elle ne devient effective qu'à l'issue de l'identification réelle de l'enfant. Aucune information n'est, évidemment, donnée au père quant à l'accouchement dans le secret : pour cela, il faudrait en premier lieu que l'information soit connue des services d'état civil et, le cas échéant, cette information remettrait en question l'organisation même du secret.

En l'absence d'identification, la reconnaissance porte sur les éléments connus du père et généralement sur l'identité de la mère, identité protégée par le secret que celle-ci a demandé lors de son accouchement. L'identification permet ainsi de donner sa consistance à la reconnaissance par la désignation certaine de l'enfant qui conduit à l'apposition de cette reconnaissance dans l'acte de naissance et lui fait produire rétroactivement ses effets, ce qui, selon la Cour de cassation, attribue au seul père le droit de consentir à l'adoption de son enfant²⁵⁷².

3- La date du consentement à l'adoption

717. Date du consentement à l'adoption. L'identification de l'enfant doit être faite avant la date du consentement à l'adoption donné par le conseil de famille. Dans l'affaire Benjamin, la Cour de cassation a relevé que ce consentement avait été donné à l'issue du placement en vue de l'adoption et avant la requête en adoption formée par les parents adoptifs.

²⁵⁷¹ CA Rennes, 25 novembre 2014, 6^{ème} chambre, section A, n° 14/04384.

²⁵⁷² Ce qui ne relève pas de l'évidence, un parent dont la filiation est établie n'a pas toujours le droit de consentir à l'adoption de l'enfant. V. en ce sens art. 378, 378-1, 379, 381-2 et 347 C. civ.

Or, la doctrine s'accorde sur l'ambiguïté de la solution rendue par la Cour de cassation²⁵⁷³. L'article R. 224-18 du CASF impose en effet un consentement à l'adoption donné par le conseil de famille avant le placement en vue d'une adoption ou lors du recueil par la famille adoptive, pour les enfants dont les parents n'ont pas consenti à l'adoption. L'article 351 du Code civil précise que le placement en vue de l'adoption ne peut avoir lieu qu'après obtention du consentement du conseil de famille. Partant, une partie des auteurs estime, suivant la lettre des textes, que l'identification de l'enfant doit ainsi avoir lieu avant le placement en vue de l'adoption²⁵⁷⁴. Il semblerait pourtant que les pratiques départementales soient variables tant sur les modalités que sur la temporalité du consentement à l'adoption : certains départements consentent à l'adoption lors de l'admission de l'enfant en qualité de pupille, d'autres au placement en vue de l'adoption, et parfois un consentement donné à l'issue de ce placement réitère un consentement préalable²⁵⁷⁵. Dans cette perspective et dépassant la stricte lettre des textes, d'autres auteurs se fondent sur l'esprit de la décision de la Cour de cassation pour estimer que l'identification doit avoir lieu avant l'issue du placement en vue de l'adoption²⁵⁷⁶. Cette approche analyse l'objet du consentement à l'adoption donné par le conseil de famille comme une « autorisation de poursuivre », en ce qu'il s'inscrit dans un projet construit pour un enfant pupille, statut qui, en lui-même, rend l'enfant adoptable.

Cette interprétation semble la plus cohérente. Elle correspond davantage à l'esprit des textes quant au parcours d'un pupille de l'État. Dans cette optique, la notion de « consentement » à l'adoption donné par un conseil de famille est en elle-même discutable et n'est pas réellement comparable avec le consentement à l'adoption qui peut être donné par les parents et qui fonde

²⁵⁷³ HAUSER J., « Accouchement anonyme : la liberté ne résume pas toute la filiation », *RTD civ.* 2006, p. 292 ; MURAT P., « “Affaire Benjamin” : une cassation méritée mais bien confuse », *Dr. fam.* n°6, juin 2006, comm. 124 ; LE BOURSICOT M.-C., « La volonté de symétrie entre filiation paternelle et maternelle remet-elle en cause la filiation par adoption ? », *RLDC*, n° 28, 1^{er} juin 2006 ; SALVAGE-GEREST P., « Un autre regard sur l'affaire Benjamin », *D.* 2007, p. 879.

²⁵⁷⁴ LEROYER A.-M., « Accouchement sous le secret : un petit pas ou un faux pas pour le père de naissance ? », *RTD civ.* 2021 p. 390 ; SIFFREIN-BLANC C., « Accouchement sous X, Le contrôle de proportionnalité *in concreto* : “miroir aux alouettes” ou réel espoir pour le père de naissance d'un enfant né sous X ? », *Dr. fam.*, n°4, avril 2021, comm. 55.

²⁵⁷⁵ SALVAGE-GEREST P., « Un autre regard sur l'affaire Benjamin », *D.* 2007 p. 879, §11.

²⁵⁷⁶ En ce sens, MURAT P., « “Affaire Benjamin” : une cassation méritée mais bien confuse », *Dr. fam.* n°6, juin 2006, comm. 124 et GOUTTENOIRE A., « Le rejet contestable de la demande du père d'un enfant né sous X de s'opposer à son adoption », *Hebdo édition privée n°594*, 11 décembre 2014, qui considèrent que deux conditions cumulatives doivent être réunies pour remettre en cause la procédure d'adoption : « d'une part l'existence d'une reconnaissance valable antérieure au placement et, d'autre part, l'identification de l'enfant antérieure au consentement à l'adoption », consentement distinct du consentement au placement de l'enfant en vue de son adoption.

l'adoptabilité de l'enfant²⁵⁷⁷. Elle semble également être la plus à même de concilier les intérêts des différents protagonistes – respect des droits du père, équilibre entre le secret de la mère et la volonté paternelle, subsidiarité de l'adoption sur un lien biologique et réclamé, sécurisation du statut de pupille et de ses conséquences²⁵⁷⁸ puisqu'elle permet la restitution pendant six mois supplémentaires, malgré le placement de l'enfant en vue de l'adoption.

718. Sécurisation du placement en vue de l'adoption. Cette distinction opérée par la Cour de cassation entre la date de la reconnaissance et celle de l'identification, sans référence à l'article 352 du Code civil en sa version alors en vigueur²⁵⁷⁹, a eu pour avantage de ne pas remettre en question le placement en vue de l'adoption. En se fondant sur la date de la seule reconnaissance, le risque aurait ainsi été de pouvoir remettre en cause tout placement en vue d'une adoption – et donc tout acte découlant de ce placement – à n'importe quel moment si une reconnaissance a été faite antérieurement et même si celle-ci était ignorée par les services administratifs. En visant la date du consentement à l'adoption et en prévoyant deux conditions cumulatives, la Cour de cassation contourne ainsi les conséquences qu'aurait eue une décision fondée exclusivement sur la validité du placement en vue de l'adoption.

719. Réforme de l'adoption. La réforme de l'adoption n'a pas apporté de précision sur ce point. L'article 349 du Code civil²⁵⁸⁰ auquel faisait référence l'article R. 224-18 a été abrogé et son contenu a été intégré à l'article 347 2° qui précise désormais que peuvent être adoptés les pupilles de l'État « pour lesquels le conseil de famille des pupilles de l'État a consenti à l'adoption ». Le Conseil constitutionnel a cependant récemment rendu une décision dans laquelle il affirme qu'« il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que la reconnaissance d'un enfant avant son placement en vue de l'adoption fait échec à son adoption

²⁵⁷⁷ MURAT P., « “Affaire Benjamin” : une cassation méritée mais bien confuse », *Dr. fam.* n°6, juin 2006 et SALVAGE-GEREST P., « Un autre regard sur l'affaire Benjamin », *D.* 2007 p. 879 qui considèrent que le statut de pupille suffit à fonder l'adoptabilité de l'enfant, le rôle du conseil de famille étant davantage de proposer et valider un parcours pour l'enfant.

²⁵⁷⁸ V. spéc. l'analyse de P. MURAT, « “Affaire Benjamin” : une cassation méritée mais bien confuse », *Dr. fam.* n°6, juin 2006.

²⁵⁷⁹ Art. 352 (ancien) C. civ. : « Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance. Si le placement en vue de l'adoption cesse ou si le tribunal a refusé de prononcer l'adoption, les effets de ce placement sont rétroactivement résolus ».

²⁵⁸⁰ Art. 349 (anc.) C. civ. : « Pour les pupilles de l'État dont les parents n'ont pas consenti à l'adoption, le consentement est donné par le conseil de famille de ces pupilles ».

même lorsque l'enfant n'est précisément identifié qu'après son placement »²⁵⁸¹. Le Conseil rejoint l'analyse fondée sur l'esprit de la décision de la Cour de cassation permettant au père d'identifier l'enfant pendant huit mois.

720. *Reconnaissance postérieure au placement en vue de l'adoption.* La Cour de cassation a également précisé les conséquences d'une reconnaissance intervenue postérieurement au placement en vue de l'adoption. En toute logique, elle a affirmé que le placement en vue de l'adoption, dès lors qu'il est régulier, fait obstacle à la reconnaissance postérieure du père prétendu, l'objectif étant de procurer à l'enfant « un milieu familial stable, sans attendre une hypothétique reconnaissance », et ce donc, même si le père fait valoir son ignorance quant à sa paternité²⁵⁸². Bien que dans le cas d'espèce, la femme n'avait pas demandé le secret de son identité lors de l'accouchement, la solution tend à s'étendre aux situations d'accouchement dans le secret et confirme qu'une reconnaissance tardive ne sera pas considérée comme valable.

B. Le recours permettant d'interrompre la procédure d'adoption de l'enfant

721. *Voies envisageables.* De même que des précisions quant à la validité de la reconnaissance ont été nécessaires, les différentes voies de recours ouvertes au père doivent être étudiées, tant pour déterminer la voie de recours la plus opportune que pour évoquer les précisions légales et jurisprudentielles qui ont été nécessaires. En effet, l'accouchement dans le secret n'ayant pas intégré le père dans le dispositif, les différentes voies de droit ne sont pas nécessairement adaptées aux difficultés qu'il rencontre. La restitution de l'enfant paraît peu plausible (1.), ainsi que la contestation de l'arrêté admettant l'enfant en qualité de pupille de l'État (2.) Cette incompatibilité a imposé au juge d'admettre l'intervention du père à la procédure d'adoption de son enfant né dans le secret, afin de rendre effectif son droit d'agir (3.).

²⁵⁸¹ Cons. const., 7 février 2020, n° 2019-826, QPC ; *D.* 2020, 695, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2020, 178, note P. Salvage-Gerest ; *Dr. fam.* 2020, comm. n°69, note L. de Saint-Pern ; §10.

²⁵⁸² Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2011, n°10-19.028 et 10-20.554.

1- Le recours contre le refus de restitution de l'enfant

722. Demande de restitution de l'enfant. Le recueil par l'aide sociale à l'enfance d'un enfant abandonné déclenche son admission en qualité de pupille de l'État. Cette admission est prévue en deux temps. Dans un premier temps, l'enfant recueilli est pupille à titre provisoire, afin de devenir pupille à titre définitif, à l'expiration d'un certain délai. Le statut de pupille de l'État rendant l'enfant adoptable²⁵⁸³, le délai transitoire permet de préserver les droits de la famille de naissance en leur laissant la possibilité de se rétracter, ainsi que l'avenir de l'enfant pour lequel un projet de vie alternatif commence à s'élaborer. Ce délai transitoire varie selon le contexte du recueil de l'enfant. Il est, par principe, de deux mois et est étendu à six mois dans le cas où l'enfant, dont le double lien de filiation a été établi, a été remis à l'aide sociale à l'enfance par l'un des parents et que l'autre parent n'a pas répondu aux sollicitations du service, selon l'article L. 224-6 du CASF. L'enfant né dans le secret entre dans cette première catégorie : privé de ses deux liens de filiation, ce délai traduit la volonté de lui proposer rapidement une alternative de vie. Depuis la réforme de l'adoption en 2022²⁵⁸⁴, l'article 352 du Code civil précise explicitement qu'une demande de restitution empêche tout placement en vue de l'adoption. L'équilibre atteint a su convaincre la Cour européenne qui s'est rangée aux considérations nationales : si le délai peut sembler bref, il est suffisant pour permettre aux parents de naissance de revenir sur leur décision sans porter un préjudice excessif à l'enfant²⁵⁸⁵. Ce délai n'en reste pas moins bref du point de vue de l'homme ignorant l'existence de l'enfant ou tendant de l'identifier.

Cependant, il est nécessaire de préciser que si le parent agit après l'expiration de ce délai de deux mois, la restitution est possible, mais soumise à l'accord du tuteur et du conseil de famille, sous réserve que l'enfant n'ait pas encore été placé en vue de son adoption. Un droit de recours devant le tribunal judiciaire est ouvert au demandeur en cas de refus. Celui-ci doit faire une appréciation concrète de la situation, au regard de l'intérêt de l'enfant, pour ordonner ou refuser la restitution.

723. Demande de restitution par le père. Au-delà de la brièveté du délai, la restitution de l'enfant recueilli à la suite d'un accouchement dans le secret ne paraît pas envisager une

²⁵⁸³ Art. 344 C. civ.

²⁵⁸⁴ Loi n°2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, JORF du 22 février 2022 et ordonnance n°2022-1292 du 5 octobre 2022 prise en application de l'article 18 de la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, JORF du 6 octobre 2022.

²⁵⁸⁵ CEDH, *Kearns c. France*, 10 janvier 2008, n°35991/04, RDSS 2008, 353, note Neirinck.

demande émanant du père. En effet, le texte évoque la restitution « par celui de ses père ou mère qui l'avait confié au service », ce qui paraît exclure immédiatement le père dans le cas où la mère a accouché dans le secret. Cette appréciation est renforcée par les précisions que contiennent les articles L. 224-4²⁵⁸⁶ et 224-6 du CASF²⁵⁸⁷ : lorsque l'enfant a ses deux liens de filiation établis, un délai supplémentaire est accordé si seulement l'un des parents remet l'enfant à l'aide sociale à l'enfance, afin de rechercher l'intention de l'autre parent quant à la prise en charge de l'enfant.

Confronté à un délai qui jouera manifestement contre lui et à un texte imprécis, il paraît, dès lors, très peu probable que le père puisse se voir restituer l'enfant. La première difficulté évidente est la quasi-impossibilité, pour lui, d'agir dans les délais : il a deux mois à partir du recueil pour apprendre l'existence de l'enfant, l'identifier, trouver dans quel département il a été abandonné et contacter le service, en l'ayant reconnu entre-temps. S'il parvient à agir dans

²⁵⁸⁶ Art. L. 224-4 CASF : « Sont admis en qualité de pupille de l'État :

1° Les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue, qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois ;

2° Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de leur admission comme pupilles de l'État par les personnes qui ont qualité pour consentir à leur adoption, depuis plus de deux mois ;

3° Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de six mois par leur père ou leur mère en vue de leur admission comme pupilles de l'État et dont l'autre parent n'a pas fait connaître au service, pendant ce délai, son intention d'en assumer la charge ; avant l'expiration de ce délai de six mois, le service s'emploie à connaître les intentions de l'autre parent ;

4° Les enfants orphelins de père et de mère pour lesquels la tutelle n'est pas organisée selon le chapitre II du titre X du livre Ier du code civil et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois ;

5° Les enfants dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale en vertu des articles 378 et 378-1 du code civil et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application de l'article 380 dudit code ;

6° Les enfants recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application des articles 381-1 et 381-2 du code civil ».

²⁵⁸⁷ Art. L. 224-6 CASF : L'enfant est déclaré pupille de l'État à titre provisoire à la date à laquelle est établi le procès-verbal prévu à l'article L. 224-5. La tutelle est organisée à compter de la date de cette déclaration.

Toutefois, dans un délai de deux mois suivant la date à laquelle il a été déclaré pupille de l'État à titre provisoire, l'enfant peut être repris immédiatement et sans aucune formalité par celui de ses père ou mère qui l'avait confié au service. Ce délai est porté à six mois, dans le cas prévu au 3° de l'article L. 224-4 pour celui des père ou mère qui n'a pas confié l'enfant au service.

Au-delà de ces délais, la décision d'accepter ou de refuser la restitution d'un pupille de l'État est, sous réserve des dispositions de l'article 352-2 du code civil, prise par le tuteur, avec l'accord du conseil de famille. En cas de refus, les demandeurs peuvent saisir le tribunal judiciaire.

Lorsqu'un enfant pupille de l'État est restitué à l'un de ses parents, le président du conseil départemental propose un accompagnement médical, psychologique, éducatif et social du parent et de l'enfant pendant les trois années suivant cette restitution, afin de garantir l'établissement des relations nécessaires au développement physique et psychologique de l'enfant ainsi que sa stabilité affective ».

les délais, il est vraisemblable que la restitution lui soit refusée au motif que ce n'est pas lui qui a remis initialement l'enfant. Au vu des enjeux d'une restitution, il semble, en effet, très probable que les services de protection de l'enfance fassent évaluer la situation avant de trancher. S'il ne parvient pas à agir dans les délais, il pourra toujours agir tant que l'enfant n'est pas placé en vue de son adoption²⁵⁸⁸. Ce placement risque, cependant, d'intervenir rapidement au regard de la situation de l'enfant.

2- La contestation de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État

724. Contestation de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État.

L'article L. 224-8 prévoit un recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État de l'enfant. L'objet de ce recours vise à demander l'annulation de l'arrêté. L'action est conditionnée par la demande du requérant à assumer la charge de l'enfant. Le texte repose ainsi sur une logique de substitution : remplacer la tutelle de l'État par celle d'un particulier justifiant d'un lien avec l'enfant. S'il estime la demande conforme à l'intérêt de l'enfant, le juge prononce l'annulation de l'arrêté d'admission. Il exerce donc un contrôle concret de l'intérêt de l'enfant, c'est-à-dire que le juge va chercher à déterminer si l'intérêt de l'enfant est de faire perdurer le projet établi par le conseil de famille ou d'aller vivre avec la personne à l'origine du recours. Le délai pour saisir le tribunal judiciaire est de trente jours à compter de la réception de la notification. Comme le précise l'article, le délai est un délai de forclusion qui n'est donc pas susceptible d'interruption ou de suspension.

725. Notification. Frappé d'inconstitutionnalité en raison de l'absence d'information offerte aux personnes ayant qualité pour contester l'arrêté²⁵⁸⁹, l'article L. 224-8 a été réécrit par la loi du 26 juillet 2013²⁵⁹⁰. Celle-ci a ouvert explicitement l'action au père de naissance et aux membres de la famille du père ou de la mère de naissance, lorsque l'enfant a été admis en application du 1° de l'article L. 224-4. Surtout, elle a précisé les conditions de la notification, particulièrement délicates dans une situation d'accouchement dans le secret où, par principe, la famille par le sang est inconnue. Désormais, la notification doit être faite aux personnes ayant qualité pour agir et ayant manifesté un intérêt pour l'enfant auprès de l'Aide sociale à l'enfance, par tout moyen permettant de déterminer une date certaine de réception. Pour autant, cette

²⁵⁸⁸ Art. 351 à 352-2 C. civ.

²⁵⁸⁹ Cons. const., 27 juillet 2012, n° 2012-268 QPC ; *AJ fam.* 2012. 454, Eudier.

²⁵⁹⁰ Loi n°2013-673 du 26 juillet 2013 relative à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État - art. 1.

disposition n'a qu'un intérêt relatif²⁵⁹¹. Elle confirme, certes, un moyen d'action pour le père, mais ne règle pas les difficultés d'identification auxquelles il sera confronté et il semble ainsi peu probable que l'arrêté lui soit notifié puisqu'il est, par principe, inconnu des services.

726. Absence de délai. Face à des manifestations tardives empêchant un membre de la famille de pouvoir contester l'arrêté dans le bref délai de trente jours, la Cour de cassation a tempéré l'apparente rigueur du texte. Elle a ainsi précisé que la date butoir pour agir en annulation de l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État est la date du placement en vue de l'adoption, même si l'arrêté n'a pas été notifié aux personnes ayant qualité en raison de leur absence de manifestation d'intérêt et même si cette absence peut se justifier par l'ignorance de l'existence de l'enfant et de son admission en qualité de pupille de l'État²⁵⁹².

727. Parcours du père. Au vu des évolutions jurisprudentielles et textuelles, le père qui reconnaît l'enfant avant le placement en vue de l'adoption peut contester l'arrêté d'admission, si l'identification est intervenue avant l'expiration du placement en vue de l'adoption. Concrètement, le père a au moins huit mois – deux mois de délai de restitution et six mois de placement en vue de l'adoption²⁵⁹³ (voire neuf si l'on ajoute le délai de contestation de l'arrêté qui repousserait la date du placement en vue de l'adoption comme le font certains départements²⁵⁹⁴) – pour espérer un retour de l'enfant. Cependant, sa demande sera étudiée *in concreto* par le tribunal judiciaire dès lors qu'elle sera faite après les deux mois de l'enfant, ce qui est très fortement probable en raison du temps nécessaire à l'identification de l'enfant. Cette appréciation *in concreto* est, de plus, une nouvelle difficulté auquel est confronté le père : face à des parents adoptifs, ayant obtenu un agrément pour l'adoption et qui prennent en charge l'enfant depuis ses deux mois, il est dans une situation moins favorable. L'écoulement du temps, durant lequel il cherchait à retrouver l'enfant, jouera contre lui, des liens s'étant créés entre le couple adoptif et l'enfant. L'abandon vécu par l'enfant suite à la décision maternelle peut également facilement justifier que la juridiction ne souhaite pas à nouveau que l'enfant soit

²⁵⁹¹ LEROYER A.-M., « L'impossible accouchement dans le secret face aux droits de l'enfant et du père », *RTD civ.* 2020 p.75.

²⁵⁹² Cass. 1^{ère} civ., 5 décembre 2018, n° 17-30.914; *AJ fam.* 2019. 43, obs. P. Salvage-Gerest ; *Dr. fam.* 2019, comm. n°50, note Y. Bernand.

²⁵⁹³ Art. 345 C. civ.

²⁵⁹⁴ Pour une position allant dans ce sens : LEROYER A.-M., « L'impossible accouchement dans le secret face aux droits de l'enfant et du père », *RTD civ.* 2020 p.75, « la disposition implique en pratique que l'enfant ne puisse pas être placé en vue de son adoption avant un délai de trois mois à compter de la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance ».

séparé du couple le prenant en charge. Pour peu que la situation sociale du père soit complexe, celui-ci risque donc d'avoir des difficultés à justifier de sa capacité à offrir à l'enfant un cadre assurant son développement sain²⁵⁹⁵.

3- *L'intervention dans la procédure d'adoption*

728. Nouvelle alternative ? Ultime voie judiciaire permettant au père de se manifester, l'intervention à la procédure d'adoption de son enfant paraît être la voie à privilégier pour l'homme dont l'enfant est né dans le secret. Une brèche semble, en effet, avoir été récemment ouverte pour les pères n'ayant pas pu agir à temps dans les délais des différents recours envisageables. Dans une décision du 27 janvier 2021²⁵⁹⁶, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'une cour d'appel ne vérifiant pas *in concreto* si l'irrecevabilité de l'action du père, intervenant dans la procédure d'adoption de son enfant né dans le secret, ne portait pas atteinte de façon disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée et familiale.

729. Constitutionnalité. Cet arrêt fait suite à une décision du Conseil constitutionnel qui avait été préalablement saisi d'une QPC dans la même affaire²⁵⁹⁷. Plus précisément, le Conseil devait déterminer si « les dispositions de l'article 351, alinéa 2, du Code civil, qui prévoient que le placement en vue de l'adoption peut intervenir deux mois après le recueil de l'enfant, et l'article 352, alinéa 1^{er}, qui disposent que le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine et fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance portent-elles atteinte au droit de mener une vie familiale normale et à l'exigence de l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi qu'au respect de la vie privée et au principe d'égalité devant la loi, en ce qu'elles empêchent le père d'un enfant né d'un accouchement anonyme d'établir tout lien de filiation avec lui dès son placement en vue de l'adoption et avant même que son adoption soit prononcée ? ». Le Conseil constitutionnel affirme la constitutionnalité du régime. Il considère en effet que l'existence d'un délai de deux

²⁵⁹⁵ V. en ce sens CA Rennes, 25 novembre 2014, 6^{ème} chambre, section A, n° 14/04384, où la cour d'appel a refusé la restitution au regard de la situation du père qui sortait de prison et soulignant le fait que celui-ci « ne justifie d'aucun projet particulier décrivant l'accueil qui lui serait réservé », alors qu'au contraire, l'enfant âgé de 19 mois, commençait à nommer « papa » et « maman » les candidats à l'adoption.

²⁵⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 27 janvier 2021, n° 19-15.921, 19-24.608 et 20-14.012 ; *D.* 2021. 182, 483, chron. C. Azar, et 2022. 528, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2021. 126, obs. P. Salvage-Gerest ; *RTD civ.* 2021. 390, obs. A.-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2021, n° 55, p. 36, note C. Siffrein-Blanc.

²⁵⁹⁷ Cons. const., 7 février 2020, n° 2019-826 QPC ; *D.* 2020, 695, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2020, 178, note P. Salvage-Gerest ; *Dr. fam.* 2020, comm. n°69, note L. de Saint-Pern..

mois avant le prononcé du placement en vue de l'adoption permet de concilier les intérêts de l'enfant et des parents, en permettant de faire intervenir rapidement l'adoption afin de favoriser le développement de l'enfant, tout en permettant au parent de conserver la possibilité de le reconnaître et d'en obtenir la restitution. Il ajoute que l'impossibilité de reconnaître l'enfant à la suite du placement en vue de l'adoption permet de garantir à l'enfant, déjà remis à sa famille adoptive, une vie familiale stable. De plus, le père a la possibilité de reconnaître l'enfant avant sa naissance jusqu'à son placement en vue de l'adoption et peut, pour identifier l'enfant, obtenir l'aide du procureur de la République. Si la reconnaissance a lieu avant le placement en vue de l'adoption, elle fait ainsi échec à l'adoption même lorsque l'enfant n'est identifié qu'après ce placement. Il conclut, de façon habituelle²⁵⁹⁸, qu'il ne lui appartient pas de « substituer son appréciation à celle du législateur sur la conciliation qu'il y a lieu d'opérer, dans l'intérêt supérieur de l'enfant remis au service de l'aide sociale à l'enfance, entre le droit des parents de naissance de mener une vie familiale normale et l'objectif de favoriser l'adoption de cet enfant, dès lors que cette conciliation n'est pas manifestement déséquilibrée » et sa réponse n'apporte finalement aucun éclairage nouveau²⁵⁹⁹.

730. Contrôle concret de conventionnalité. Plus pragmatique et davantage influencée par les techniques de raisonnement européennes²⁶⁰⁰, la Cour de cassation estime qu'il faut justement s'interroger sur la conciliation de ces intérêts dans chaque situation. En l'espèce, le père n'a reconnu l'enfant qu'après son identification, soit cinq mois après le placement en vue de son adoption et sept mois après sa naissance. Il intervient volontairement dans la procédure d'adoption de l'enfant, mais sa requête est jugée irrecevable pour défaut de droit d'agir, sur le fondement des articles 352 du Code civil ancienne version et 329 du Code de procédure civile, en l'absence de tout lien de filiation établi. Si la Cour de cassation confirme le raisonnement des juges du fond qui avaient déclaré irrecevable la requête du père, elle casse cependant l'arrêt, au visa de l'article 8 de la Convention européenne, estimant qu'une appréciation *in concreto* des intérêts en présence doit être faite. En conséquence, elle ouvre ainsi une nouvelle voie de recours aux pères, leur inaction durant la phase administrative ne

²⁵⁹⁸ CARAYON L., « Un droit forcément conforme à la Constitution ? La QPC : outil inopérant dans l'évolution du droit familial », préc., spéc. p. 31. Pour de plus amples développements sur la position du Conseil constitutionnel en matière familiale v. *supra* n°221 et s.

²⁵⁹⁹ DE SAINT-PERN L., « Accouchement sous X, adoption et filiation paternelle d'origine : un équilibre délicat », *Dr. fam.* n°4, avril 2020, comm. 69.

²⁶⁰⁰ V. *supra* n°235 et s.

pouvant leur être opposée si elle ne leur est pas reprochable et notamment si elle repose sur la connaissance tardive de l'existence de l'enfant²⁶⁰¹.

731. *Issues.* Le contrôle concret de conventionnalité n'implique cependant pas nécessairement une réponse favorable donnée au père. Concrètement, cette solution va conduire les juges à devoir réétudier l'ensemble du processus d'adoption pour déterminer si un élément factuel ne relevant pas du comportement du père l'a empêché d'agir dans les délais prévus. Seront donc appréciées : les manifestations du père, leurs dates, les causes de sa manifestation tardive, les actions des services sociaux, l'aide apportée par le Procureur de la République... Selon la réponse apportée, si l'atteinte est jugée manifestement excessive, la procédure d'adoption sera remise en cause, l'enfant sera retiré de la famille adoptive dans laquelle il avait été placé et restitué à son père de naissance.

732. *Intérêt de l'enfant.* Au regard de l'objet du contrôle tel qu'il a été évoqué par la Cour de cassation – le père a-t-il été empêché d'agir à temps durant la phase administrative de l'adoption sans que cela puisse lui être reprochable –, celui-ci devrait se concentrer exclusivement sur la mise en œuvre de la procédure d'adoption. Les juges devraient donc déterminer si, dans ce cas précis, les délais ayant rendu l'enfant adoptable et empêché l'établissement de la filiation paternelle portent atteinte de façon manifestement excessive à la vie privée et familiale du père. La procédure et spécialement sa temporalité ont déjà été abstraitement déclarées conventionnelles²⁶⁰². L'appréciation concrète n'apporterait qu'un nouveau point de vue sur la mise en œuvre de la procédure, mais ne devrait pas conduire à une décision en opportunité. Les éléments relatifs au profil du père et au projet qu'il a pour l'enfant, à l'intérêt de l'enfant et aux enjeux pour la famille adoptive devraient ainsi être hors contrôle puisqu'ils n'ont aucun effet sur les éventuels obstacles matériels qu'aurait pu rencontrer le père. Pour autant, il semble difficilement réalisable d'effectuer un tel contrôle sans prendre en considération les conséquences qu'aura ce contrôle. De plus, cette logique impliquerait de nier l'impact humain d'une telle situation. Néanmoins, l'intérêt de l'enfant n'apporte que peu d'éclairage : entre deux avenir offerts à l'enfant, comment déterminer celui qui lui sera le plus favorable ? La solution choisie sera vraisemblablement celle du moindre mal, peu importe finalement les circonstances concrètes. Il est ainsi plus probable que le recours à l'adoption

²⁶⁰¹ LEROYER A.-M. « Accouchement sous le secret : un petit pas ou un faux pas pour le père de naissance ? », *RTD civ.* 2021 p. 390.

²⁶⁰² CEDH, *Kearns c. France*, 10 janvier 2008, n° 35991/04, *RJPF* n° 4, 2008. 23 obs. T. Garé.

simple se généralise dès lors qu'un père se manifeste avant le prononcé définitif de l'adoption²⁶⁰³, sauf s'il a reconnu l'enfant à temps.

733. Contrôle de concret de conventionnalité et restitution de l'enfant. Quels éléments de fait pourraient permettre au père de remettre en cause la procédure d'adoption et d'obtenir le retour de son enfant ? Les délais de réaction des pères, dans des situations d'accouchement dans le secret, sont tributaires de leur connaissance de l'existence de l'enfant et des moyens juridiques qui leurs sont offerts pour se manifester. Dans le cas d'espèce, la mère avait menti au père, lui faisant croire que l'enfant était mort-né. La non-connaissance de la paternité causée par un mensonge serait plus « excusable » que la non-connaissance de la paternité causée par un défaut d'information de la mère ? Ce serait fonder une différence de traitement sur le seul comportement de la mère et il semble peu probable que l'argument soit suffisant. Par ailleurs, il est possible d'estimer que rien n'empêchait le père de vérifier les dires de son ex-compagne en insistant auprès d'elle et de s'assurer du décès de l'enfant.

En second lieu, le père a saisi le procureur qui n'a pas pu agir et n'a donc pas rempli sa mission d'identification. Pour autant, cette inaction est justifiée par le peu d'informations qu'avait pu communiquer le père pour aider le parquet dans l'identification de l'enfant²⁶⁰⁴. Le père aurait-il dû être informé par le parquet qu'il devait être plus précis pour espérer voir sa requête aboutir ? Le manque de diligence du père peut tout autant lui être reproché : il a certes rapidement manifesté sa volonté, mais on peut également considérer qu'il a fait preuve d'une certaine désinvolture, d'autant plus qu'il a finalement identifié seul l'enfant – grâce aux quelques contacts qu'il semble avoir avec la mère ? – trois mois après avoir saisi le parquet²⁶⁰⁵. Sauf à constater une réelle faute volontaire dans le déroulement de la procédure par les services – non-respect d'un délai procédural, ignorance volontaire d'une manifestation du père

²⁶⁰³ LE BOURSICOT M.-C., « Constitutionnalité n'est pas conventionnalité ou comment la mise en balance des intérêts en présence éclipse l'équilibre mis en place par la loi dans le processus d'adoption », *RJPF* n°3, 1^{er} mars 2021 ; LEROYER A.-M., « Accouchement sous le secret : un petit pas ou un faux pas pour le père de naissance ? », *RTD civ.* 2021, p. 390 ; FULCHIRON H., « Accouchement dans le secret : quelle place pour le père biologique ? », *Dr. fam.* n°2, février 2020, comm. 26.

²⁶⁰⁴ LE BOURISCOT M.-C., « Constitutionnalité n'est pas conventionnalité ou comment la mise en balance des intérêts en présence éclipse l'équilibre mis en place par la loi dans le processus d'adoption », *RJPF* n°3, 1^{er} mars 2021.

²⁶⁰⁵ V. dans ce sens LE BOURISCOT M.-C., « Constitutionnalité n'est pas conventionnalité ou comment la mise en balance des intérêts en présence éclipse l'équilibre mis en place par la loi dans le processus d'adoption », *RJPF* n°3, 1^{er} mars 2021 et SIFFREIN-BLANC C., « Accouchement sous X, Le contrôle de proportionnalité *in concreto* : “miroir aux alouettes” ou réel espoir pour le père de naissance d'un enfant né sous X ? », *Dr. fam.*, n°4, avril 2021, comm. 55.

par les services – ou par le père – connaissance certaine de la paternité et inaction volontaire – il semble délicat de distinguer la réponse apportée à un père selon la cause de son ignorance.

734. *Renouvellement de l'analyse.* Cette nouvelle approche a cependant pour avantage principal d'assouplir la position française et de limiter l'atteinte aux droits du père²⁶⁰⁶. La Cour européenne a récemment condamné la Russie²⁶⁰⁷ dans une affaire proche, où le père souhaitait établir sa filiation à l'égard de ses enfants, mais ne le pouvait pas, en raison de l'irrégularité de son séjour sur le territoire russe. Les obstacles indirects à l'établissement de sa filiation n'ayant pas été appréciés par les juridictions russes pour permettre la révocation de l'adoption, l'atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie familiale du père est caractérisée aux yeux des juges européens. D'un point de vue au moins symbolique, l'évolution des méthodes de jugement permet, au moins, à un individu lésé de pouvoir saisir une juridiction afin de faire valoir ses droits, malgré une action qui aurait dû être considérée comme irrecevable.

735. *Limites du contrôle concret.* Dans de telles oppositions d'intérêts, le contrôle concret de conventionnalité a pour avantage non négligeable qu'il permet à chacun de faire valoir l'atteinte à ses droits, dépassant d'éventuels obstacles matériels ou procéduraux. Cependant, il a pour inconvénient de ne pas pouvoir tout résoudre, spécialement face à un obstacle matériel. En effet, là où l'obstacle procédural est davantage une protection de l'ordre social, l'obstacle matériel consiste, en réalité, en un droit opposé à celui de requérant. Le conflit de droits qui en résulte est nécessairement complexe à résoudre et aura souvent pour issue le moindre mal. Ainsi, un obstacle exclusivement procédural sera davantage susceptible d'être surmonté, quand un obstacle procédural et matériel ou exclusivement matériel demandera davantage de conciliation au regard de l'importance accrue des intérêts en présence. Cette distinction est particulièrement visible pour l'accouchement dans le secret : la procédure judiciaire durera probablement plusieurs mois voire années et l'enfant restera placé chez la famille adoptive durant ce délai. Le temps procédural joue ainsi contre le parent chez qui ne vit

²⁶⁰⁶ SAULIER M., « Quand un lien biologique conduit à la révocation d'une adoption », *AJ fam.* 2020 p. 355, où l'auteur mettait en garde la législation française affirmant qu'« à cet égard, la situation du père dans le cadre d'un accouchement dans le secret devra être scrupuleusement examinée, sauf à encourir une violation de l'art. 8 de la Convention ».

²⁶⁰⁷ CEDH, *Uzbyakov c. Russie*, 5 mai 2020, n° 71160/13, *AJ fam.* 2020, p. 323, note M. Saulier.

pas l'enfant²⁶⁰⁸. À l'issue de cette procédure, retirer l'enfant de cette famille qu'il connaît, avec laquelle il a créé des liens affectifs, est manifestement une solution qui peut aussi être vue comme excessive. Quelles solutions reste-t-il ? Placer l'enfant dans un lieu « neutre » le temps de la procédure ? Au vu de l'abandon maternel, il semble peu probable que quiconque envisage cette alternative qui place encore plus l'enfant comme un enjeu. La solution d'un accord entre ces trois parents semble la meilleure alternative, sauf à ce qu'un des parents ne retire sa demande.

736. Solution de la Cour d'appel de renvoi. Dans une décision du 10 février 2022²⁶⁰⁹, la Cour d'appel de Lyon, chargée d'apprécier concrètement la recevabilité de l'intervention du père dans la procédure d'adoption à la suite de la cassation intervenue en 2021, a rejeté la demande du père. Reprochant au père de naissance un manque de diligence lors de la phase administrative, malgré sa connaissance de la grossesse et du lieu probable de naissance de l'enfant, elle fait primer l'intérêt de l'enfant qu'elle estime, en l'espèce, être de rester au sein de la famille adoptive avec laquelle une relation affective s'est établie. En l'absence de carence du procureur quant à l'aide apportée au père, ce dernier n'ayant pas fourni suffisamment d'informations lors de sa demande, elle estime que l'atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale du père n'est pas disproportionnée, d'autant plus qu'il peut solliciter un aménagement de ses relations avec l'enfant au titre de l'article 371-4 du Code civil. Le père forme un nouveau pourvoi en cassation, estimant que la cour d'appel n'a pas réellement apprécié concrètement son impossibilité de faire valoir ses droits lors de la procédure administrative et qu'elle s'est fondée sur une appréciation exclusivement immédiate de l'intérêt de l'enfant.

737. Nouvelle décision de la Cour de cassation. Confirmant le raisonnement de la Cour d'appel de renvoi, la Cour de cassation, à l'issue d'une motivation enrichie, rejette le pourvoi dans une décision du 11 septembre 2024²⁶¹⁰. Reprenant et précisant légèrement le raisonnement de la cour d'appel, la Cour de cassation procède en deux temps. Elle revient, dans un premier temps, sur l'équilibre abstrait des dispositions mobilisables à la suite d'un accouchement dans le secret. Rappelant la valeur constitutionnelle du but légitimement

²⁶⁰⁸ GAREIL-SUTTER L., « Paternité biologique d'un enfant né sous X : le faux espoir ? », *Dalloz actualité*, 9 février 2021.

²⁶⁰⁹ CA Lyon, 10 février 2022, n°21/04374.

²⁶¹⁰ Cass., 1^{ère} civ., 11 septembre 2024, n°22-14.490 ; *Dr. fam.* 2024, comm. 142, C. Chidaine.

poursuivi, elle revient ensuite sur le déroulé de procédure administrative rendant l'enfant adoptable, estimant que celle-ci « concilie l'intérêt des parents de naissance à disposer d'un délai raisonnable pour reconnaître l'enfant et en obtenir la restitution et celui de l'enfant dépourvu de filiation à ce que son adoption intervienne dans un délai qui ne soit pas de nature à compromettre son développement ». Elle rappelle ensuite, se fondant sur la jurisprudence européenne, que, malgré cet équilibre abstrait, il est nécessaire de vérifier si le père « a pu jouer, dans le processus décisionnel considéré comme un tout, un rôle assez grand pour assurer la protection requise de ses intérêts ». Elle examine donc l'appréciation concrète des juges du fond, estimant que ceux-ci ont apprécié l'ensemble des intérêts en présence, qu'ils ont relevé un manque de diligence important du père qui aurait pu reconnaître l'enfant avant sa naissance puisqu'il avait connaissance de la grossesse, qu'il n'a pas donné suffisamment d'éléments au procureur la première fois qu'il l'a saisi, et estime que les juges ont pu légitimement en déduire que, malgré le mensonge de la mère sur le décès de l'enfant à sa naissance, le père avait eu des moyens de faire valoir ses droits, mais qu'ils ne les avaient pas suffisamment investis. Au regard de la relation créée entre l'enfant et la famille adoptive, elle confirme l'appréciation de la cour d'appel qui a fait primer son intérêt, en précisant que la cour d'appel n'avait pas à apprécier abstraitement l'intérêt de l'enfant sur le long terme. Autrement dit, elle confirme l'impossibilité de déterminer quel sera le meilleur avenir pour l'enfant, ce qui atteste des limites du contrôle concret dans une telle hypothèse.

738. Apport. La reconnaissance progressive des demandes paternelles illustre l'apport ambigu du contrôle concret. En effet, si celui-ci permet, sur le plan symbolique, de faire passer sur le devant de la scène judiciaire des affaires pourtant irrecevables, il ne permet pas nécessairement de faire droit aux demandes des pères lésés. Pour autant, la méthode mobilisée par son étude permet une prise de hauteur, le contrôle concret permettant davantage d'avoir une vue d'ensemble des situations. L'étude de la règle « en action », offre ainsi un recul, permettant de proposer des pistes de réflexion quant à l'amélioration du dispositif actuel de l'accouchement dans le secret, spécialement concernant la place du père, originellement oublié dans ce dispositif.

§II. Les pistes de réflexion

739. Réponses curatives et préventives. Face à ces difficultés, des pistes de réflexion peuvent être engagées, pour proposer des solutions préventives, permettant de limiter le risque de conflit (A.), et curatives (B.). La suppression de l'accouchement dans le secret aurait pu être une voie, mais cette alternative serait aujourd'hui vue comme une régression des droits des femmes et une non-prise en compte des situations de vulnérabilité justifiant le choix d'accoucher dans le secret²⁶¹¹ et ne sera donc pas évoquée.

A. Les pistes préventives : améliorer la prise en considération du père de l'enfant né dans le secret

740. Développement des moyens offerts au parquet. La principale difficulté à laquelle se heurte le père reconnaissant un enfant né dans le secret est l'identification de ce dernier. Des moyens efficaces pour garantir cette identification et sa célérité sont ainsi nécessaires et réclamés depuis plusieurs années²⁶¹². À ce titre, ont été évoqués, la possibilité de créer un fichier national d'enfants nés dans le secret auquel aurait accès le procureur de la République ainsi qu'un fichier des reconnaissances²⁶¹³. Le parquet pourrait ainsi croiser ces deux listes pour identifier plus rapidement l'enfant. Ce moyen paraît d'autant plus efficace au regard du peu d'enfants naissant par an en France dans le secret²⁶¹⁴. Sont également envisagées la possibilité pour le procureur de lever le secret professionnel auquel sont soumis les agents administratifs afin d'identifier l'enfant ainsi que la possibilité de saisir le CNAOP afin d'obtenir les renseignements qu'il détiendrait. Une information donnée au père sur sa possibilité de saisir

²⁶¹¹ HILT P., « Et le père ? », *D.* 2020 p. 2463 ; *Contra* MESNIL M., *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Helbing Lichtenhahn coll. « Neuchâteloise », 2018, n°606 et s., qui estime que la suppression de l'accouchement dans le secret contribuerait à mettre fin au stéréotype de genre selon lequel la femme serait une « mère par essence », inscrivant sa pensée dans la continuité des écrits de Marcela Iacub. Pour autant, cette piste ne sera pas exploitée, bien que le propos soit convaincant : au vu de la construction actuelle du droit de la filiation, une telle suppression paraît précoce et semble, à l'heure actuelle, plus risquée qu'opportune.

²⁶¹² V. par ex., THÉRY I., LEROYER A.-M. (dir.), *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit. ; BARÈGES B., *Rapport parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, Assemblée nationale, 12 nov. 2010.

²⁶¹³ Le développement reprendra majoritairement les propositions de HILT P., « Et le père ? », *D.* 2020 p. 2463, qui synthétise et complète les principales propositions qui ont pu être faites par la doctrine durant les deux dernières décennies.

²⁶¹⁴ ONPE, « La situation des Pupilles de l'État, enquête au 31 décembre 2020 », ONPE, juin 2022 : 908 enfants dont la filiation n'avait pas été établie ont été admis à l'ASE en 2011, le chiffre diminuant progressivement sur la dernière décennie pour atteindre 733 en 2019 et 788 en 2020.

le procureur pourrait également être mentionnée dans l'acte de reconnaissance afin de lui garantir la connaissance de ce droit. Indépendamment de la voie choisie, une effectivité des moyens d'identification doit être garantie au père. Dans cette logique, il doit être le plus rapidement possible informé de la nécessité de reconnaître immédiatement l'enfant, même en l'absence de toute identification. Un devoir d'information pourrait ainsi être imposé aux instances que le père est susceptible de solliciter – hôpital, services sociaux, parquet –.

741. Clarification de la jurisprudence « Benjamin ». La date de l'identification de l'enfant doit être précisée. Selon les auteurs et en raison de l'imprécision de la décision de la Cour de cassation, deux interprétations sont possibles. La première suit strictement le CASF et estime que l'identification doit avoir lieu avant le placement en vue de l'adoption. La seconde suit davantage l'esprit de la décision qui distingue date de la reconnaissance et date de l'identification. Dans cette logique, l'identification peut avoir lieu durant le placement en vue de l'adoption. L'enjeu est de taille, car selon les interprétations, le père dispose de deux ou de huit mois pour identifier l'enfant et ainsi faire produire ses effets à la reconnaissance. Si les différentes décisions étudiées semblent rejoindre la seconde interprétation, une précision textuelle est désormais nécessaire.

742. Clarification du statut de pupille. Le statut de pupille de l'État est porteur d'ambiguïté en raison du lien quasi indéfectible qui est fait entre pupille et adoption²⁶¹⁵. Pourtant, le statut de pupille existe en premier lieu pour sécuriser le parcours d'un enfant faisant face à une absence parentale durable ou vraisemblablement durable. L'adoption est un projet de vie choisi pour une pupille – certes privilégié – mais ne reste qu'une alternative²⁶¹⁶. Les termes sont pourtant assimilés et le pupille est vu comme l'enfant qui va être adopté, qui devrait l'être ou qui n'a pas pu l'être. La protection de l'enfance et l'accouchement dans le secret gagneraient à distinguer ces statuts²⁶¹⁷ qui s'ils peuvent être dépendants – la majorité des

²⁶¹⁵ V. par exemple Cass., 1^{ère} civ., 3 décembre 2014, n° 13-24.268 où la Cour de cassation refuse de prononcer un délaissement parental, procédure permettant de clarifier et sécuriser le parcours de l'enfant, en raison du traumatisme que créerait une adoption pour cet enfant qui s'était attaché à sa famille d'accueil. Pourtant, le prononcé du délaissement n'aurait matériellement pas modifié la vie de l'enfant.

²⁶¹⁶ Art. L. 225-1 CASF : « Les enfants admis à la qualité de pupille de l'État en application des articles L. 224-4 et L. 224-8 bénéficient, dans les meilleurs délais, d'un bilan médical, psychologique et social, qui fait état de l'éventuelle adhésion de l'enfant à un projet d'adoption, si l'âge et le discernement de l'enfant le permettent. Un projet de vie est ensuite défini par le tuteur avec l'accord du conseil de famille. Ce projet peut être une adoption, si tel est l'intérêt de l'enfant ».

²⁶¹⁷ SIFFREIN-BLANC C., BONIFAY E., « Regards critiques sur les mesures de protection », *AJ fam.* 2017, p. 333, spéc. 2.1.

adoptions débute par un statut de pupille – ne sont pas totalement correspondants. Révoquer le statut de pupille est une hypothèse rarement utilisée, mais envisageable. Remettre en question ce statut en raison de l'apparition tardive du père de naissance doit ainsi être possible et envisagé, et ce malgré les enjeux de sécurisation que poursuit le placement en vue de l'adoption.

743. Clarification de la procédure d'adoption. La clarification du statut de pupille peut être permise par une précision de la procédure d'adoption. La notion de « consentement » à l'adoption donné par un conseil de famille mériterait d'être abandonnée. Ce terme conduit à assimiler un consentement parental à l'adoption – fondateur de l'adoptabilité de l'enfant – et un consentement administratif qui relève du choix d'un projet de vie offert à l'enfant. La décision prise par le conseil de famille relève de la validation plus que du pur consentement. Par ailleurs, au regard de ses effets, aucun doute ne doit être permis quant au moment où cette décision doit être prise. Pour préserver la possibilité d'action du père, fixer cette décision à l'expiration du délai de deux mois offert aux parents pour se rétracter semble relativement court. Une décision en deux temps, suivant la logique actuelle, est envisageable. À l'expiration du délai de deux mois, le conseil de famille « consentirait » au placement en vue de l'adoption, c'est-à-dire qu'il validerait le choix d'une adoption pour l'enfant. L'article 352-2 du Code civil produirait donc ses effets et empêcherait tout établissement d'un lien de filiation par les parents. Cependant, durant les six mois du placement et au vu des difficultés d'identification de l'enfant pour le père, la possibilité pour lui d'agir ne doit pas être automatiquement supprimée. Toute identification durant le placement pourrait ainsi conduire à la saisine immédiate du tribunal, sur le modèle d'un référé, mais avec possibilité de se prononcer sur le fond, pour que la place du père dans la vie de l'enfant – restitution de l'enfant ou pluriparentalité avec la famille adoptive – soit immédiatement étudiée. Le temps joue trop souvent contre le père dans de telles affaires, une décision rapide est donc nécessaire. À l'issue du placement en vue de l'adoption, si le père ne s'est pas manifesté, le conseil de famille valide le choix de l'adoption et cette dernière est prononcée.

B. Les pistes curatives

744. *Manifestation tardive.* Le recours aux mécanismes de droit commun de l'autorité parentale pourrait permettre de laisser une place au père se manifestant trop tardivement dans la vie de l'enfant. Sans remettre en cause la filiation adoptive de l'enfant, ils permettraient au père d'avoir une place auprès de l'enfant et de moduler l'importance des droits accordés selon les situations. Cependant, ces mécanismes reposent principalement sur une logique de substitution. La coparentalité et avec elle le partage égalitaire des droits et devoirs relevant de l'autorité parentale n'existent réellement que dans des logiques de recomposition familiale. Il n'est donc pas certain qu'ils soient réellement adaptés à notre situation où la logique reposerait sur une coparenté – plusieurs parents – voire une coparentalité.

745. *Reconnaître la parenté.* Le recours à l'adoption simple permettrait de reconnaître le lien de filiation du père, en complément des liens de filiation adoptifs²⁶¹⁸. Si cette voie a pour avantage de reconnaître juridiquement sa place au père, elle a cependant pour inconvénient de réserver l'exercice de l'autorité parentale aux parents adoptifs²⁶¹⁹. Parenté et parentalité sont, ici, distinguées. La mise en place d'un droit de visite et d'hébergement, consenti par les parents, n'est cependant pas exclue, comme l'illustre le dénouement de l'affaire Benjamin, où les juges ont utilisé l'article 371-4 du Code civil²⁶²⁰, tout comme une délégation-partage de l'autorité parentale. La voie de l'adoption simple implique donc nécessairement une réflexion complémentaire sur des mesures relatives à l'autorité parentale.

746. *Permettre la coparentalité.* Différents mécanismes existent pour offrir au père certaines fonctions parentales. L'article 371-4 du Code civil permet au juge de fixer les relations entre l'enfant et un tiers avec lequel il aurait noué des liens affectifs. Ce texte n'a pas vocation à s'appliquer aux relations entre un parent biologique et son enfant, mais plutôt de permettre le maintien de la relation entre l'enfant et une personne avec laquelle il a tissé des liens, par exemple le partenaire de son parent. Malgré l'absence de relations effectives entre le père et l'enfant, ce texte reste applicable, l'alinéa 1^{er} visant le droit de l'enfant d'entretenir des relations

²⁶¹⁸ V. en ce sens, DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., « Les chemins de l'adoptabilité », préc., p. 488.

²⁶¹⁹ Art. 364 et 365 C. civ.

²⁶²⁰ CA Reims, 12 décembre 2006, n° 06/01817 : Dans un arrêt du 12 décembre 2006, la cour d'appel de Reims, a finalement autorisé l'adoption simple de l'enfant, consentie par le père, à l'égard du couple adoptif qui prenait l'enfant en charge depuis sa naissance. Les parents adoptifs ont, quant à eux, accepté la mise en place d'un droit de visite à l'égard du père biologique.

avec ses ascendants et l'alinéa 2 ajoutant 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, *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 ». L'effectivité de la relation n'est ainsi pas une condition nécessaire à la mise en œuvre de ces dispositions, même s'il est peu vraisemblable que le législateur ait envisagé que « ce tiers-parent pourrait être le propre père de l'enfant »²⁶²¹. En ce sens, la Cour de cassation a, par exemple, affirmé que « l'existence d'une parenté réelle, même si elle n'est plus reconnue juridiquement, entre les grands-parents par le sang et leur petit-fils, adopté en la forme plénière, est constitutive d'une situation exceptionnelle au sens de l'article 371-4 »²⁶²². À ce titre, le père pourrait se voir octroyer un droit de visite et d'hébergement ou le droit d'accomplir des actes usuels de l'autorité parentale²⁶²³. La délégation-partage d'autorité parentale est également une voie envisageable allant dans le sens de la coparentalité. Celle-ci permet, comme son nom l'indique, de partager tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale entre les parents et un tiers. Elle est soumise à l'accord des parents et du juge²⁶²⁴.

747. Triparenté. Une solution plus innovante, reposant sur une coexistence des filiations biologique et adoptive, pourrait être créée. Permettre au père d'établir sa filiation en acquérant les droits qui en découlent, tout en conservant les liens adoptifs, paraît certes ambitieux,²⁶²⁵ mais éviterait un double recours aux concepts de parenté et de parentalité. Elle placerait ainsi symboliquement le père de naissance sur un même pied d'égalité avec les parents adoptifs, ce qui n'est pas le cas des voies actuellement existantes. Certes, les risques de conflits en cas de désaccord sont beaucoup plus importants et ainsi, « retenir le système de la triparenté suscitera nécessairement diverses interrogations quant à ses conséquences juridiques »²⁶²⁶.

²⁶²¹ HAUSER J., « *Happy end* dans l'affaire dite "Benjamin" ou que ferait-on sans l'adoption simple ? », *RTD civ.* 2007, p. 558.

²⁶²² Cass. 1^{ère} civ., 21 juillet 1987, n°85-15.521 ; *D.* 1987. IR 191 ; *Defrénois* 1988, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1988. 319, obs. J. Rubellin-Devichi.

²⁶²³ HILT P., « Et le père ? », *D.* 2020 p. 2463.

²⁶²⁴ Art. 377-1 C. civ.

²⁶²⁵ HILT P., « Et le père ? », *préc.*, n°20.

²⁶²⁶ *Ibid.*

CONCLUSION CHAPITRE II.

748. Particularité de l'accouchement dans le secret. L'une des particularités de l'accouchement dans le secret est que son régime repose sur une articulation d'intérêts contradictoires, ceux de la mère et de l'enfant. En raison de cet impératif, l'équilibre et la conciliation sont au cœur de ce régime. L'équilibre atteint est instable, mais, à l'heure actuelle, survit grâce aux aménagements concrets qu'il contient, bien que la question des origines personnelles risque de prendre davantage d'ampleur, ce qui remettra en question l'équilibre. Surtout, cet équilibre ne prend pas en considération, *ab initio*, le père. Dans cette perspective, le contrôle concret compense cette absence de considération de cette singularité. Il offre, en effet, un moyen d'action effectif au père, afin qu'il fasse valoir ses droits. Cependant, ce palliatif est loin d'être suffisant face à l'écoulement du temps, enjeu majeur dans la prise en charge d'un enfant abandonné à sa naissance. Utilisé lors de la procédure d'adoption, il intervient trop tardivement et doit régler un conflit de droits, l'opposition entre le père biologique et la famille adoptive. La résolution d'un tel conflit ne pouvant qu'être la solution du moindre mal, le contrôle paraît, de ce point de vue, insuffisant.

749. Analyse renouvelée : pistes de réflexion. Pour autant, l'analyse renouvelée que permet l'étude de la règle en action offre une réflexion généralisée quant aux manques de l'encadrement de l'accouchement dans le secret. En ce sens, le simple accès au juge par le père permet la mise en évidence des failles du régime. Le père devant être considéré dès l'élaboration abstraite du régime, le juge ne peut, à lui seul, résoudre les manquements initiaux de ce régime²⁶²⁷. En ce sens, des mesures effectives peuvent être proposées afin de lui offrir des moyens d'action plus efficaces pour se manifester, comme par exemple la création d'un fichier d'enfants nés dans le secret. D'un point de vue plus général, les difficultés auxquelles sont confrontés les pères d'un enfant né dans le secret mettent en exergue l'enchevêtrement des dispositions relatives aux pupilles de l'État. L'articulation du Code civil et du CASF est largement perfectible et le régime des pupilles de l'État doit être clarifié, spécialement quant au

²⁶²⁷ Dans le même sens relativement au contrôle concret v. ÉGÉA V., « Adoption – La Cour de cassation au soutien de l'efficacité du projet parental », *Dr. fam.* n°7-8, juillet 2024, comm. 88.

consentement à l'adoption, et au-delà des précisions encore trop légères apportées par la réforme de l'adoption de 2022²⁶²⁸.

²⁶²⁸ Loi n°2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, JORF du 22 février 2022 et ordonnance n°2022-1292 du 5 octobre 2022 prise en application de l'article 18 de la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, JORF du 6 octobre 2022.

CONCLUSION TITRE II.

750. *Contrôle concret et obstacles substantiels.* L'étude de l'inceste et de l'accouchement dans le secret, analysés sous l'angle des droits fondamentaux, est porteuse d'enseignements. En effet, la nature de l'obstacle, détachée de toute question relative à l'expiration de la prescription, permet de mesurer autrement la considération des singularités. La filiation incestueuse est principalement limitée par un interdit traduisant un secret protecteur pour l'enfant, mais également la société qui voit son ordonnancement préservé par ce secret. En l'absence de tout conflit de droits individuels, le contrôle concret garantit l'objectif de protection : si le secret protège, le contrôle ne le remettra pas en question. Dans le même temps, l'intention du législateur est actualisée : le secret n'est plus abstraitement considéré protecteur pour l'individu. Seul un secret protégeant à la fois l'individu et la société sera préservé par le contrôle. À l'inverse le secret portant préjudice à l'individu sera remis en question, l'intérêt général n'étant pas suffisant pour justifier son maintien, dans la continuité de la mutation de l'ordre public. L'accouchement dans le secret repose, quant à lui, sur un régime articulant des intérêts individuels. Dans une telle situation, le contrôle garantit la considération de tous les intérêts, spécialement ceux n'ayant pas été considérés lors de l'élaboration du régime, comme c'est le cas du père de naissance. Son apport reste, pour autant, limité, sinon en ce qu'il met en exergue les manquements lors de l'élaboration de la norme.

751. *Variabilité de l'apport du contrôle concret.* La singularité nourrit, dès lors, la réflexion normative de façon variée. Les effets du contrôle concret sont dépendants de l'efficacité originelle de la norme. Face à une norme claire et précise, le contrôle concret est un correctif intéressant en ce qu'il permet de perfectionner l'intention du législateur, voire de l'adapter aux enjeux contemporains, la prise en considération grandissante de l'individu en ce qui concerne le droit de la filiation. Face à une norme incomplète, le contrôle a pour apport principal d'être une voie symbolique, permettant, *a minima*, la reconnaissance de l'intérêt lésé, sans pour autant pouvoir le réintégrer réellement dans la balance. Dans de telles situations, l'analyse renouvelée que permet le contrôle grâce à l'étude du régime « en action » est bien plus enrichissante, grâce aux pistes prospectives auxquelles permet d'aboutir une telle analyse.

CONCLUSION PARTIE II.

752. *Application personnalisée de la norme.* Le contrôle concret de conventionnalité est le moyen de considérer les singularités en aval de la norme. La subjectivisation conduit, dans cette perspective, à apporter davantage de souplesse à la norme. En somme, il s'agit d'une application de la règle davantage tournée vers la personne, l'objet de l'étude étant d'analyser tant les manifestations que les effets de cette application personnalisée. Il ressort de l'étude de ce renouvellement de l'application de la norme, plusieurs éléments.

753. *Manifestations principales : justifier l'intention du législateur.* En premier lieu, le contrôle est bien une application de la norme prenant davantage en considération la personne, tout en n'étant pas un solide soutien des revendications individuelles. La considération des singularités n'impliquent pas, dès lors, une absence de limite individuelle. En effet, si le contrôle permet de considérer des intérêts individuels lésés lors de l'élaboration ou de l'application de la norme, son résultat ne met de côté que très rarement la règle. Les évolutions contemporaines du droit, et spécialement la mutation de l'ordre public relativisant le rôle de l'intérêt général au profit de la promotion des droits fondamentaux, sont intégrées aux raisonnements judiciaires par le biais de ce contrôle, tout en se conciliant avec les impératifs légaux. En ce sens, l'étude a analysé l'important travail de cadrage de la Cour de cassation dans la réalisation du contrôle. Ce cadrage conduit à estimer que le contrôle a principalement vocation à servir l'intention du législateur. Si le cas d'espèce soumis au contrôle est conforme à l'objectif poursuivi par la norme, le contrôle concret ne remettra pas en question cet objectif et, au contraire, le justifiera grâce aux arguments mobilisés, plus développés et pédagogiques que les décisions traditionnelles de la Cour de cassation. Cette hypothèse est la plus fréquente, faisant de cet apport l'apport principal du contrôle. Dans cette perspective, le contrôle permet, ainsi, de corriger les incomplétudes de la norme, dans le respect de l'intention du législateur mettant en exergue les situations singulières où la volonté protectrice de la norme n'est pas atteinte. Au contraire, si le cas d'espèce porte atteinte à l'intention du législateur, le contrôle concret conforte cette intention bien plus qu'il ne la remet en question. Cependant, en le justifiant, il rend la solution d'autant plus acceptable. Enfin, si le cas d'espèce est une hypothèse qui n'avait pas été envisagée lors de l'élaboration de la norme, le contrôle est davantage une voie symbolique, permettant à un intérêt individuel lésé de recouvrer, au dernier moment, sa place dans le litige, tout en ne pouvant proposer de solution efficace, le juge restant tenu par le

cadre légal. D'un point de vue substantiel, cette approche conduit le juge à parfaire les équilibres de l'ordonnance entre le biologique, l'affect et la volonté. Plus précisément, ces équilibres sont précisés en raison du développement de la preuve biologique. Il ressort ainsi un certain recul, grâce au contrôle concret, de la dissimulation en droit de la filiation, au profit d'un engagement parental valorisé. Les équilibres de l'ordonnance sont, ainsi, rendus perfectibles, en assouplissant la règle lorsque les parents ou prétendus parents ont fait preuve d'une certaine mauvaise foi dans l'établissement du lien, donnant davantage de considération à l'enfant, peut-être un trop inconsideré dans le régime abstrait. Le juge semble ainsi avoir un rôle de « révélateur » des valeurs familiales bien plus important.

754. *Manifestations plus lointaines : généralisation de l'analyse renouvelée à partir d'un cas d'espèce.* En second lieu, le contrôle, par les raisonnements qu'il implique sa mise en œuvre, permet une étude de la règle « en action », à partir de laquelle il est possible d'aboutir à une réflexion plus théorique et plus généralisée sur la norme, particulièrement utile lorsque le contrôle joue un rôle symbolique. En ce sens, une analyse renouvelée a été menée grâce aux éléments tirés des décisions mettant en œuvre le contrôle. À partir de cas d'espèce dans lesquels le contrôle concret a été utilisé, une confrontation du régime abstrait des obstacles procéduraux et *ab initio* à l'établissement de la filiation a pu être établie. Cette analyse met en exergue les manquements de certains régimes et permet de proposer des pistes prospectives, spécialement préventives afin de limiter les conflits de droit, toujours délicats à régler *a posteriori*.

CONCLUSION GENERALE

755. *Libéralisation relative.* Il y a certes subjectivisation mais l'ampleur du mouvement ne correspond pas réellement aux risques pressentis. L'ensemble du droit de la filiation est effectivement affecté par le mouvement. La volonté de promotion d'un modèle reste présente, mais c'est davantage la méthode de promotion de ce modèle qui a évolué. De prime abord, les avancées techniques semblent en effet pousser à une inexorable libéralisation de la matière permettant à l'individu d'exiger la réalisation de ses désirs personnels. Pour autant, cette libéralisation reste maîtrisée. Différents aspects se dégagent. Les singularités sont bien des moteurs d'évolution. La considération des particularités de chaque situation a, en effet, imprégné tant l'élaboration et l'évolution normative que la mise en œuvre de la règle. Cependant, cette diffusion a été permise par la diffusion de méthodes casuistiques. Celles-ci impliquent une discussion plus importante de la limite aux demandes individuelles, rendant les refus plus acceptable, élément politique indispensable à l'heure de la quête de légitimité de la norme. Elles reposent, pour ce faire, sur la discussion et la prudence conduisant à une évolution consensuelle et progressive. Elles permettent au législateur de se placer en raisonnable réformateur réalisant le meilleur consensus possible grâce au développement de la phase prénormative où est exposée la disparité des points de vue conduisant à d'ardents débats.

756. *Dilution des valeurs poursuivies au profit d'un apaisement social grâce au consensus.* L'évolution des discours relatifs à l'humain a, en apparence, objectivé les raisonnements mis en œuvre. Conjuguée à la fondamentalisation de l'ordre public, l'idée de justification de la règle, relativisant d'anciens principes intangibles s'est développée, apportant en contrepartie le spectre de la non-prévisibilité de la règle de droit. Pourtant, la dernière réforme du droit de la filiation n'en est qu'une révolution très limitée. Malgré la possibilité nouvelle d'un établissement bilinéaire du lien de filiation à l'égard de deux femmes, le modèle hétéronormé n'a pas disparu. Le régime établi se construit en effet progressivement en comparaison du modèle initial : similitudes, distinctions et références implicites. En outre, l'apparence de liberté individuelle résultant de cette réforme traduit, en réalité, un encadrement institutionnel important justifié par le risque. Les situations les plus ouvertement inconciliables avec ce modèle sont pour l'instant placées hors du champ des réformes et, lorsqu'elles seront

encadrées, il est probable que la même méthode soit employée. De plus, si l'accès au droit se libéralise, sa mise en œuvre reste encadrée, subjectivisation n'impliquant pas nécessairement autodétermination. Un nouveau jeu de pouvoirs se développe, le législateur posant un cadre général que le corps médical sera chargé d'appliquer aux cas concrets en amont et que le juge contrôlera en aval.

757. *Personnalisation et limites aux dissimulations parentales.* Cette évolution de méthode affecte également le modèle promu du droit de la filiation, la filiation hétéronormée sans recours à une technique de procréation. De façon ambivalente, cette introduction grandissante de souplesse lors de la mise en œuvre de la règle joue le jeu de la subjectivisation – l'individu peut faire ce qu'il souhaite – tout en renforçant la promotion de ce modèle. Les justifications fournies pour encadrer les avancées techniques sont, en effet, celles qui renforcent la promotion du modèle hétéronormé. Elles conduisent ainsi à effectivement relativiser la règle dans sa mise en œuvre, dénotant une volonté de singularité désormais nécessaire dans l'appréhension des individus tout en inquiétant au regard de la sécurité juridique. Pour autant, l'utilisation de justifications dans la mise en œuvre de la règle par le juge est également une limite institutionnelle forte au mouvement de subjectivisation. Apparemment objectives, ces justifications n'ont pas l'air d'ébranler le modèle, mais au contraire de le renforcer bien qu'il soit davantage tourné vers la protection de la singularité de chacun.

758. *Modèle maintenu, mise en œuvre individualisée.* Les mutations actuelles du droit de la filiation paraissent ainsi traduire un déplacement de pouvoir décisionnel, de prime abord accordé à l'individu mais en réalité réparti entre des autorités paranormatives et surtout judiciaires, sous le contrôle général de l'État qui conserve un rôle de promotion d'un certain modèle familial. Le juge semble ainsi devenir le garant des équilibres normatifs : il les justifie, les met en lumière et s'assure de leur stabilité autant que faire se peut.

759. *Engagement parental et contractualisation du droit de la filiation ?* Est-on en train d'assister à la contractualisation du droit de la filiation ?²⁶²⁹ Contractualisation signifierait ici « faire sortir la famille de l'évidence de ce qui est naturel, nécessaire et universel pour la porter sur le terrain de ce qui est relatif, historique et culturel »²⁶³⁰. Domaine épargné de la

²⁶²⁹ Sur le phénomène de contractualisation en droit de la famille v. par ex., MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « Quelles avancées pour la contractualisation en droit de la famille ? », préc., p. 113 et s., spéc. p. 117-118.

²⁶³⁰ BORRILLO D., *La famille par contrat*, op. cit., p. 14.

contractualisation du droit de la famille, le droit de la filiation semble pourtant progressivement se concentrer sur l'engagement parental²⁶³¹, perçu comme le plus à même de garantir l'intérêt et le développement sain de l'enfant. Pour autant, l'évolution progressive ancre la maternité dans son fondement gestationnel, libéralisant davantage le statut de la personne qui élèvera l'enfant avec elle. De plus, le principal mode de gestion des relations familiales est désormais le conflit concret de droits. Pas à pas, s'esquisse un droit de la filiation où chacun peut faire ce qu'il souhaite tant qu'il ne nuit pas à autrui sous le contrôle du juge. Reste à déterminer si cette voie conduira à une redétermination absolue des rapports État-famille ou si le modèle restera le mode principal d'encadrement des relations individuelles. Arrivera-t-on à un abandon volontaire de la filiation à la culture ou assistera-t-on à la conservation du modèle actuel, et donc d'une hiérarchie, l'hétérosexualité étant en elle-même consubstantielle à la filiation, quand l'homosexualité lui est subsidiaire ?

²⁶³¹ FULCHIRON H., « Projet parental, engagement et responsabilité : réflexions sur les fondements de la filiation », *D.* 2024, p. 1827.

BIBLIOGRAPHIE

❖ OUVRAGES GENERAUX

- BATTEUR Annick**, *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, 2^{ème} éd., LGDJ-Lextenso, 2016.
- BATTEUR Annick, MAUGER-VIELPEAU Laurence**, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 11^{ème} éd., LGDJ, 2021.
- BENABENT Alain**, *Droit de la famille*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2022.
- BINET Jean-René**, *Droit de la bioéthique*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2023.
- BIOY Xavier**, *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, LGDJ, 2016
- BONFILS Philippe, GOUTTENOIRE Adeline**,
- *Droit des mineurs*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. « Précis », 2021, refondu.
 - *Droit des mineurs*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. « Précis », 2014.
- BORRILLO Daniel**, *Bioéthique*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2022.
- CARBONNIER Jean**, *Droit civil t.1 : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF coll. « Quadrige », 2004.
- CHENEDE François (dir.)**, *Droit de la famille*, 9^{ème} éd., Dalloz, coll. « Dalloz action », 2022.
- CORNU Gérard**, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2001.
- COURBE Philippe, GOUTTENOIRE Adeline**, *Droit de la famille*, 7^{ème} éd., Sirey, 2017.
- COURBE Philippe, GOUTTENOIRE Adeline, FARGE Michel**, *Droit de la famille, droit interne, européen et international*, 8^{ème} éd., Sirey, 2021.
- DANDOY Nathalie, WILLEMS Geoffrey (dir.)**, *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Larcier, 2022.
- DEMOGUE René**, *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique*, La mémoire du Droit, 2001.
- DEROUSSIN David**, *Histoire du droit privé*, 2^{ème} éd., Ellipses, 2018.
- DEUMIER Pascale**, *Introduction générale au droit*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2023.
- DUPRE DE BOULOIS Xavier (dir.)**, *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2023.
- ÉGEA Vincent**, *Droit de la famille*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2022.
- GHESTIN Jacques, BARBIER Hugo**, *Traité de droit civil, t.1 Introduction générale*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2018.
- GIL Roger**, *Les grandes questions de bioéthique au XXI^{ème} siècle dans le débat public*, LEH édition, 2018.
- GUINCHARD Serge (dir.)**, *Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et Européen*, 10^{ème} éd., Dalloz, coll. « Dalloz action », 2021.
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie**, *Le droit de la bioéthique*, La découverte, Repères, 2009.
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz 5^{ème} éd., 2022.
- LABORDE Jean-Pierre, SANA-CHAILLE DE NERE Sandrine**, *Droit international privé*, 20^{ème} éd., Dalloz coll. « Mémento », 2023, p. 159.

LECA Antoine, *Petite histoire du droit de la famille : droit de l'Antiquité, juslexque, droit français, droit musulman, Farâ'idh*, LexisNexis, 2019.

LEGROS Bérengère, *Droit de la bioéthique*, LEH, 2013.

LEROYER Anne-Marie, *Droit de la famille*, PUF coll. « Thémis droit », 2022.

MALAUURIE Philippe, FULCHIRON Hugues, *Droit de la famille*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2022.

MARAIS Astrid, *Droit des personnes*, 4^{ème} éd., Dalloz coll. « Cours Dalloz », 2021.

MARTINEZ Eric, VIALLA François, *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, LGDJ, 2013.

MURAT Pierre (dir.), *Droit de la famille*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. « Dalloz action », 2021.

NIBOYET Marie-Laure, DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, FULLI-LEMAIRE Samuel, *Droit international privé*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2023.

RENAUT Marie-Hélène, *Histoire du droit de la famille*, 2^{ème} éd., Ellipses, 2012.

RIVERO Jean, *Les libertés publiques*, PUF, 1984, t. 1.

ROCHFELD Judith, *Les grandes notions de droit privé*, PUF coll. « Thémis droit », 3^{ème} éd., 2022.

SUDRE Frédéric (dir.),

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 16^{ème} éd., 2023.
- *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10^{ème} éd., PUF coll. Thémis droit, 2022.
- *La convention européenne des Droits de l'Homme*, 11^{ème} éd., PUF coll. « Que sais-je ? », 2021.

TERRE François, GOLDIE-GENICON Charlotte, FENOUILLET Dominique, *Droit civil, la famille*, 9^{ème} éd., Dalloz, coll. « Précis », 2018.

TERRE François, MOLFESSIS Nicolas, *Introduction générale au droit*, 14^{ème} éd., Dalloz coll. « Précis », 2022.

THIREAU Jean-Louis, *Histoire du droit de la famille*, L'hermès, 1^{ère} éd., 1998.

❖ **OUVRAGES SPECIAUX** (Thèses, Mémoires, Monographies, Recueils, Ouvrages Collectifs)

AGRESTI Jean-Philippe (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM coll. « Droits, pouvoirs & sociétés », 2018.

AUNE Anne-Claire, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, PUAM, 2007.

BARBIER Geoffrey, *La subjectivisation des choses en droit civil*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2016.

BAUDOUIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme de quel droit ?* PUF, 1987.

BECANE Jean-Claude, COUDERC Michel, HERIN Jean-Louis, *La loi*, Dalloz coll. « Méthodes du droit », 2^{ème} éd., 2010.

BENEZECH Ludovic, *La fondamentalisation des droits dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la CEDH*, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2021.

BERNARD Sylvain, FARGE Michel (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, PUG, 2019.

BIDEAUD-GARON Christine, FULCHIRON Hugues, *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz coll. « thèmes & commentaires », 2014.

BONNET Baptiste (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016.

BONTE Pierre (dir.), *L'argument de la filiation : aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes*, Éd. de la Maison des Sciences de l'Homme, 2011.

- BORRILLO Daniel**, *La famille par contrat, la construction politique de l'alliance et de la parenté*, PUF, 2018.
- BOSSE-PLATIERE Hubert, FAVIER Yann, FULCHIRON Hugues, GOUTTENOIRE Adeline (dir.)**, *Les métamorphoses du droit de la famille, En hommage à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Edilaix coll. « Thèses & actes », 2023.
- BOURON-CREMET Virginie**, *Les mutations du droit de la filiation face à l'évolution de la génétique*, thèse Droit, dactyl., Nantes, 2010.
- BOUTEILLE-BRIGANT Magali (dir.)**, *Le droit court-il après la PMA ?* Institut Universitaire Varenne 2019.
- BRUGGEMAN Maryline, SOLE RESINA Judith (dir.)**, *Être parents - Ser padres*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017.
- BRUNETTI-PONS Clotilde (dir.)**,
- *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, Bruylant, 2016.
 - *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin, 2014.
 - *La filiation face aux évolutions de l'assistance médicale à la procréation*, Mare & Martin, 2021.
- CARAYON Lisa**, *La catégorisation des corps, Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, IRJS, 2019.
- CARBONNIER Jean**,
- *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996.
 - *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. « Anthologie du droit », 2014.
- CATTO Marie-Xavière, MARTIN-CHENUT Kathia (dir.)**, *Procréation assistée et filiation, AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie : actes du colloque*, Editions Mare & Martin, 2019.
- CHEYNET DE BEAUPRE (TERRASSON DE FOUGERES) Aline**, *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction, Essai de droit comparé interne*, thèse Droit, dactyl., Paris, 1994.
- CRESP Marie**, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, PUAM, 2013.
- DABIN Jean**, *Le droit subjectif*, Dalloz, 2007.
- DE DINECHIN Jeanne**, *L'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux, approche judiciaire*, thèse Droit, dactyl., Paris II, 2023.
- DESCHAMPS Victor**, *Le fondement de la filiation*, LGDJ, 2019.
- DEUMIER Pascale**, *Le droit spontané*, Economica, 2002.
- DIONISI-PEYRUSSE Amélie, MAUGER-VIELPEAU Laurence (dir.)**, *Les fondements de la filiation*, Institut Universitaire Varennes, coll. Colloques & Essais, 2017.
- DOUVILLE Thibault**, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, Institut universitaire Varenne, coll. des thèses, 2014.
- DROUILLER Camille**, *Ordre public et droits fondamentaux, Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, IFJD, 2021.
- ÉGEA Vincent**, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010.
- FABRE-MAGNAN Muriel**, *La gestation pour autrui, fictions et réalités*, Fayard, 2013.
- FENOUILLET Dominique (dir.)**, *L'argument sociologique en droit, pluriel et singularité*, Dalloz, 2015.
- FERRER-LORMEAU Perrine**, *Le droit de la filiation au prisme du genre, étude en faveur d'une adaptation du droit aux enjeux contemporains de la filiation*, thèse Droit, dactyl., Paris I, 2019.
- FIorentino Karen, FIorentino Allison (dir.)**, *Mater semper certa est ? Passé, présent et avenir d'un adage*, Bruxelles Bruylant, 2018.
- FOURMENT Victoria**, *Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation*, Dalloz, 2024.
- FULCHIRON Hugues (dir.)**, *Mariage – Conjugalité – Parenté – Parentalité*, Dalloz, 2009.

FULCHIRON Hugues (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz coll. « thèmes & commentaires », 2009.

FULCHIRON Hugues, SOSSON Jehanne, *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013.

FULLI-LEMAIRE Samuel, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, 2022.

GLANDIER-LESCURE Nathalie, *L'inceste en droit français contemporain*, PUAM, 2006.

GOGOS-GINTRAND Amélie, MORACCHINI-ZEIDENBERG Stéphanie (dir.), *2010-2020, une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021.

GOUËZEL Antoine, BINET Jean-René (dir.), *La CEDH et le droit de la famille*, IFJD, 2021.

GRATALOUP Sylvain, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, LGDJ, 1998.

HAUSER Jean, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, Paris, 1971.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique, Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août 2004*, LGDJ, 2006.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane (dir.), *La loi et le genre, Étude critique de droit français*, CNRS Éditions, 2014.

HEURTIN Jean-Philippe, MOLFESSIS Nicolas, *La sociologie du droit de Max Weber*, Dalloz coll. « L'esprit du droit », 2006.

HIGY Catherine, *Le temps en droit de la filiation*, PU Strasbourg, 2012.

JACQUES Philippe (dir.), *Etre parent aujourd'hui*, Dalloz, 2009.

KOUASSIGAN Guy-Adjété, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pédone, 1974.

LABBEE Xavier, *Le droit français et l'avènement du matriarcat*, L'Harmattan, 2023.

LARROUTUROU Thibaut, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, LGDJ, 2021.

LAURENT-BONNE Nicolas, POSE Nicolas, SIMON Victor, *Les piliers du droit civil, famille, propriété, contrat*, Mare & martin, 2014.

LEGENDRE Pierre, *L'ineestimable objet de la transmission : étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985.

LEGROS Bérengère (dir.), *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, vers l'ébranlement de certains interdits ?* LEH Edition, 2018.

LEROYER Anne-Marie, *Les fictions juridiques*, thèse Droit, dactyl., Paris II, 1995.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse., *La personne, la famille et le droit, 1968-1998, trois décennies de mutations en occident*, LGDJ, 2000.

MESNIL Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Helbing Lichtenhahn coll. « Neuchâteloise », 2018.

MONNIER Sophie, *Les comités d'éthique et le droit, Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, L'Harmattan, 2005.

MONTILLET-DE SAINT PERN Laure, *La filiation, entre statut et rôle, étude de droit français et de droit anglais*, thèse Droit, dactyl., Paris II, 2013.

NICOLAU Gilda, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, PUB, 1991.

OST François, *Droit et intérêt, volume 2, entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990.

OST François, VAN DE KERVOCHE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.

PICHARD Marc, *Le droit à, étude de législation française*, Economica, 2006.

PLARD Mary, *Les paternités imposées, un sujet tabou*, Les liens qui libèrent, 2013.

REGLIER Anne-Claire, SIFFREIN-BLANC Caroline (dir.), *L'intérêt de l'enfant, mythe ou réalité ?*, Institut universitaire Carenne, coll. « Colloques & Essais », 2018.

REVET Thierry (dir.), *Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2005.

ROMAN Diane, *La cause des droits*, Dalloz, 2021.

ROY Odile (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires Paris Nanterre, 2011.

SEVE René, FENOUILLET Dominique (dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, 2014.

SIFFREIN-BLANC Caroline, *La parenté en droit civil français, étude critique*, PUAM, 2009.

SUPIOT Alain, *Homo juridicus essai sur la fonction anthropologique du droit*, Éditions du Seuil, 2009.

SUPIOT Elsa, *Les tests génétiques, contribution à une étude juridique*, PUAM, 2014.

TERASSON DE FOUGERES Aline, V. CHEYNET DE BEAUPRE Aline.

TEREL Julie, *Les figures de la maternité*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2016.

TERRE François, *L'enfant de l'esclave, génétique et droit*, Flammarion, 1987.

TEYSSIE Bernard (dir.), *Les métamorphoses du droit des personnes*, Lexisnexis, 2023.

VALIERGUE Julien, *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, LGDJ, 2019.

❖ REPERTOIRES, ENCYCLOPÉDIES ET DICTIONNAIRES

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF coll. Quadrige, 2008.

BOUDON Raymond, BESNARD Philippe, CHERKAoui Mohamed, LECUYER Bernard-Pierre (dir.), *Dictionnaire de la sociologie*, Larousse, 2018.

CABRILLAC Rémy (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2025*, 16^{ème} éd., Lexisnexis, 2024.

CAYLA Olivier, HALPERIN Jean-Louis (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008.

CHAGNOLLAUD Dominique, DRAGO Guillaume, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010.

CORNU Gérard (dir.) – Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., PUF coll. Quadrige, 2020.

FERRAND Frédérique, « Preuve », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz.

GOUTTENOIRE Adeline, « Autorité parentale », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, act. avril 2024.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Filiation – Dispositions générales – Modes d'établissement de la filiation – Restrictions à l'établissement de la filiation incestueuse », *Jcl. civ.*, art. 310-1 et 310-2, fasc. unique.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, BERNARD-XEMARD Clara, « Actes de l'état civil – Annulation ou rectification. – Indication du sexe dans l'acte de naissance », *Jcl. Civil Code*, fasc. 30.

GUINCHARD Serge, « Procès équitable », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz.

HAUSER Jean, « Filiation – Identification génétique – Procréation médicalement assistée », *Jcl. civ.*, art. 311-19 et 311-20.

HILT Patrice, « Filiation. – Assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », *Jcl. civ.*, fasc. unique, art. 342-9 à 342-13, 8 février 2023.

LABRUSSE-RIOU Catherine, « Filiation : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

LE GUIDEC Raymond, CHABOT Gérard, « Filiation : contestation », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, act. janvier 2023.

LECA Antoine, LEGROS Bérengère, *Petit dictionnaire de droit de la santé et de bioéthique*, LEH Édition, 2017.

LEMOULAND Jean-Jacques, « Famille », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

LEMOULAND Jean-Jacques, PIETTE Gaël, « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

MARGUENAUD Jean-Pierre, « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

MURAT Pierre, CIMAR Laurence, BERNARD-XEMAR Clara, « Respect et protection du corps humain – Assistance médicale à la procréation – Accès », *Jcl. Civil Code*, fasc. 40, 8 avril 2022.

PENNEAU Jean, TERRIER Emmanuel, « Corps humain – bioéthique », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

PUIGELIER Catherine (dir.), *Dictionnaire juridique*, 4^{ème} éd., Bruylant coll. « Paradigme », 2023.

SUDRE Frédéric, « Convention européenne des droits de l'homme. – Droits garantis. – Droit au respect de la vie privée. – Principes directeurs. – Droit à la vie privée personnelle », *Jcl. Europe Traités*, fasc. 6524-1, 23 juin 2023.

❖ ARTICLES

◆ ARTICLES GENERAUX

AIT MADI Linda, « À nous quatre ! », *Gaz. Pal.*, n°15, 3 mai 2022, p. 56.

ARDEEFF Isabelle, « Plaidoyer pour le maintien de l'action à fins de subsides », *AJ fam.* 2012, p. 39.

AVENA-ROBARDET Valérie,

- « Du nouveau du côté de la GPA », *AJ fam.* 2024, p. 485.
- « Reconnaissance frauduleuse de paternité ou de maternité », *AJ fam.* 2019, p. 176.

BAILLON-WIRTZ Nathalie, COMBRET Jacques, « Les nouvelles missions du notaire en droit de la filiation », *JCP éd. N.* n°14, 5 avril 2019, 1156.

BARBA Maxime, MILLERIOUX Guillaume, « La délégation adoptive polynésienne sous le regard de la Cour de cassation », *D.* 2022, p. 2134.

BARET Bastien, « Les 10 ans de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *RJPF*, n°5, 1^{er} mai 2023.

BATTEUR Annick,

- « Les conditions du recours à l'AMP : un changement sociétal », *LEFP* septembre 2021, p. 3.
- « Contestation de filiation, possession d'état et relations incestueuses », *LEFP* juin 2019, p. 2.
- « Refus de transmission d'une QPC sur l'interdiction d'établissement de la filiation incestueuse », *LEFP* juillet 2012, p. 3.
- « L'interdit de l'inceste – Principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759.

BATTEUR Annick, GOSSELIN-GORAND Armelle, « L'adoption plénière des enfants d'un frère décédé : l'Interdit de l'inceste en question (à propos de Civ. 1^{re}, 16 décembre 2020, n° 19-22.101) », *D.* 2021, p. 430.

BAUDIN-MAURIN Marie-Pierre, « Réforme urgente et simple de l'article 333 du code civil : cavalier utile au projet de réforme du droit de la famille », *Dr. fam.* n°9, septembre 2016, étude 17.

BENABENT Alain, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137.

BEIGNIER Bernard,

- « Pour un nouveau code civil », *D.* 2019, p. 713.
- « Le législateur », *Dr. fam.*, 2005, Repère 3.

BERDEAUX Florent, « “Ô Droit ! Suspends ton vol !”, quand la Cour de cassation sursoit à statuer sur la transcription des actes de naissance des enfants nés à l'étranger par GPA ou PMA », *AJ fam.* 2019, p. 218.

BERNARD Younes,

- « Les grands-parents de l'enfant né sous X : nouvel acte ! », *Dr. fam.* n°3, mars 2019, comm. 50.
- « L'article 333, alinéa 2 du code civil à l'épreuve du contrôle de proportionnalité », *Dr. fam.* n°10, octobre 2016, comm. 200.

BIDAUD Christine, « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiés par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité “appréciée au regard de la loi française”... », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 35.

BIGOT-DESTREGUIL Marine, « Les tourments de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Lexbase Hebdo – édition privée* n° 718, 9 novembre 2017.

BINET Jean-René,

- « Procréation *post-mortem* : nouvel épisode d'une série à suspense », *Dr. fam.* n°1, janvier 2025, comm. 15.
- « Bioéthique et filiation : la guerre des chambres - À propos de l'adoption du projet de loi relatif à la bioéthique en seconde lecture au Sénat », *Dr. fam.* n°3, mars 2021, étude 7.
- « PMA et filiation : la quadrature (bioéthique) du cercle (de famille) », *Dr. fam.* n°3, mars 2020, repère 3.
- « PMA *post-mortem* : devenir grands-parents n'est pas un droit de l'homme », *Dr. fam.* n°2, février 2020, 37.
- « Avis consultatif de la Cour européenne, Gestation pour autrui », *Dr. fam.* n°6, juin 2019, comm. 139.
- « Rapport Touraine », *Dr. fam.* n°3, mars 2019, comm. 71.
- « PLPRJ 2018-2022 : le recueil par le notaire du consentement à une PMA, une bonne idée au mauvais moment », *Dalloz actualité*, 9 mai 2018.
- « Insémination *post-mortem* : quand le Conseil d'Etat s'affranchit de l'interdit légal ! », *Dr. fam.* n°9, septembre 2016, étude 15.
- « GPA : si le père est certain... », *Dr. fam.* n°9, septembre 2015, repère 8.

BIOY Xavier, « La loi de bioéthique de 2021, plus sociétale que jamais », *AJDA* 2021, p. 1826.

BOISSON Julien,

- « Parenté transgenre : déterminer la nature de la filiation au regard du sexe biologique, en contradiction avec le sexe juridique, n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme », *RJPF* n°6, juin 2023.
- « Retour du contrôle de proportionnalité *in concreto* en matière de prescription de l'action en contestation de filiation établie », *RJPF* n°6, 1^{er} juin 2022.
- « La France de nouveau condamnée en matière d'enfant adultérin », *Dalloz actualité*, 27 mars 2019.

BOISSON Julien, GOUËZEL Antoine, « La prohibition de la fécondation *in vitro post-mortem* n'est pas contraire à la Convention », *RJPF* n°2, 1^{er} février 2023.

BOLLEE Sylvain, « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP*, 2012-2014, p. 215-232.

BOULANGER François, « Remarques critiques sur une possible généralisation du critère de proportionnalité dans la jurisprudence », *AJ fam.* 2016, p. 250.

BORRILLO Daniel, « Bioéthique à la française et paternalisme d'État », *Raison Publique*, 2012.

BOURRAT-GUEGUEN Anne, « Enfant incestueux et adoption simple », *Revue juridique de l'Ouest*, 2004-1, p. 91-99.

BRETONNEAU Aurélie, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA* 2016, p. 740.

BRUNET Laurence,

- « Assistance médicale à la procréation à l'étranger et changement de sexe à l'état civil : deux applications orthodoxes du droit français de la filiation », *AJ fam.* 2023, p. 348.
- « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, splendeurs et misères du principe de non-discrimination », *AJ fam.* 2021, p. 522.
- « L'ouverture de l'AMP à toutes : enjeux et scories du débat sur l'établissement de la filiation homoparentale », *JDSAM* n°25, 2020, p. 11.
- « Affaire *Mennesson* : épilogue », *AJ fam.* 2019 p. 481.
- « Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontalières de gestation pour autrui : trop... ou pas assez ? », *AJ fam.* 2018, p. 572.
- « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de Pandore ou corne d'abondance ? », *RDSS* 2012, p. 828.

BRUNET Laurence, MESNIL Marie,

- « Étude jurisprudentielle sur l'*exequatur* après GPA à l'étranger », *AJ fam.* 2023, p. 374.
- « D'un bricolage à l'autre : l'adoption forcée de l'enfant conçu par AMP au sein d'un couple de femmes aujourd'hui séparées », *AJ fam.* 2022, p. 190.

BRUNET Laurence, REIGNE Philippe, « La filiation (et la Cour de cassation) à l'épreuve de la transidentité », *JCP G.* n° 43-44, 19 octobre 2020, 1164.

BRUNET Laurence, ROQUES Laurence, « La filiation à l'égard de la mère d'intention après GPA passe-t-elle exclusivement par l'adoption ? », *Dalloz actualité*, 7 mai 2019.

BRUNETTI-PONS Clotilde, « Les conséquences mal maîtrisées du projet bioéthique en matière de filiation », *Dr. fam.* n°5, mai 2021, étude 12.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2019, 1804-1805.

CAIRE Anne-Blandine,

- « L'anthropotechnie procréative à l'aune de la loi de bioéthique du 2 août 2021 », *LPA* n°02, 28 février 2022, p. 33.
- « L'inquiétante étrangeté de la procréation *post-mortem* devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2020, p. 324.
- « La greffe d'utérus : pour un encadrement juridique prospectif », *RDSS* 2017 p. 269

CARAYON Lisa,

- « Personnes trans et loi bioéthique : histoire d'un silence », *AJ fam.* 2021, p. 543.
- « Arlésienne bioéthique, La procréation post mortem en débats », *JDSAM* 2020/1, n°25, p. 45-50.
- « Nouvelle procédure de reconnaissance de filiation. Viser les personnes étrangères, frapper tous les pères », *AJ fam.* 2018. 541.

CATTO Marie-Xavière, « La Constitution, la famille et la procréation : la société ou l'égalité ? », *Titre VII* n°11, *Santé et bioéthique*, octobre 2023.

CHAIGNEAU Aurore, « Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé », *RTD civ.* 2016 p. 263.

CHENEDE François,

- « Dix ans de contrôle concret de conventionnalité *in concreto* de la loi en droit de la famille », *AJ fam.* 2024, p. 140.
- « Deux leçons de droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *D.* 2021, p. 1142.

- « La filiation de l'enfant né d'une "GPA française" : cohérence juridique *versus* appréciation morale », *AJ fam.* 2019, p. 531.
- « Réexamen d'une décision civile après condamnation par la CEDH », *AJ fam.* 2016, p. 595.
- « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796.
- « Brèves remarques sur la fondamentalisation du droit de la famille », *RDA* n°11, octobre 2015, p. 41.
- « Le constitutionnalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe », *LPA* n°37, 20 fév. 2013.

CHENEDE François, DEUMIER Pascale, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et des familles », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 39, 2013, p. 5-18.

CHEYNET DE BEAUPRE Aline,

- « L'inceste, un tabou civil », *RJPF* n°4, 1^{er} avril 2021.
- « Le temps au prisme du quai de l'Horloge : prescription contre vie privée dans le droit de la filiation », *RJPF*, n°11, 1^{er} octobre 2016.

CHIDAINE Céline, « Contrôle de proportionnalité et droits du parent de naissance : suite d'une épopée initiée par un accouchement sous le secret », *Dr. fam.* n°11, novembre 2024, comm. 142.

CHOISEL Gordon, « D'un changement de définition à un droit en attente de reconstruction, Réflexions sur l'étendue des conséquences juridiques de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *RTD Civ.* 2015, p. 505.

CORPART Isabelle,

- « Mention de l'identité de genre des parents transgenres sur l'acte de naissance de leurs enfants », *RJPF*, n°6, 1^{er} juin 2023.
- « Désignation d'une mère transgenre dans l'acte de naissance de son enfant », *RJPF*, n°4, 1^{er} avril 2022.
- « Rupture de PACS et droit de visite refusé à l'ex-compagne pour l'enfant issu d'un projet parental commun », *RJPF*, n°1, janvier 2021.
- « Sort de deux enfants issus d'une GPA après la rupture du couple homoparental », *RJPF*, n°4, 1^{er} avril 2019.
- « Maintien du nom d'une jeune majeure malgré la contestation de son lien de filiation », *RJPF*, n°11, 1^{er} novembre 2018.

COTTET Marion, « Parenté d'intention : quand l'avis de la CEDH se fait attendre », *Dalloz actualité*, 9 avril 2019.

COUSTET Thomas,

- « PMA : exclure les couples de femmes n'est pas discriminatoire selon le Conseil d'Etat », *Dalloz actualité*, 21 novembre 2018.
- « GPA : la Cour de cassation demande l'avis de la CEDH », *Dalloz actualité*, 10 octobre 2018.
- « PMA : exclure les couples de femmes n'est pas discriminatoire selon le Conseil d'Etat », *Dalloz actualité*, 5 octobre 2018.
- « Pas d'adoption plénière pour l'enfant de la concubine », *Dalloz actualité*, 8 mars 2018.

CRESP Marie,

- « La coparentalité ou pluriparentalité : entre réalité biologique et inexistence juridique », *AJ fam.* 2018, p. 163.

CURIER-ROCHE Pauline, « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : "évolution-révolution" ? », *RDSS* 2021, p. 769.

DAMY Marion, « Déclaration judiciaire de délaissement à l'égard d'un seul parent : l'imbroglio de la Cour de cassation », *Lexbase Hebdo Edition privée*, 25 juil. 2019.

D'AVOUT Louis, « La parenté homosexuelle à travers l'adoption : réflexions d'actualité », *D.* 2012, p. 1973.

DE SAINT-PERN Laure,

- « Accouchement sous X, adoption et filiation paternelle d'origine : un équilibre délicat », *Dr. fam.* n°4, avril 2020, comm. 69.
- « *Mater semper certa est ? Never ever...* », *D.* 2016, p. 2290.

DE MONTECLER Marie-Christine, « Un contrôle de conventionnalité *in concreto* », *Dalloz actualité*, 2 juin 2016.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise,

- « Les « droits des femmes » face aux réformes récentes du droit de la famille », *L'Année sociologique*, 2003/1 (Vol. 53), p. 175-195.
- « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la filiation », *RTD civ.* 1995, p. 249.

DELAHAIS Caroline, « Le réexamen des affaires civiles à la suite d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'état des personnes dans la loi "Justice du XXI^e siècle" », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2017, p. 49-59.

DELVENNE Pierre, « Analyse socio-institutionnelle de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) », in *Histoire de la recherche contemporaine*, Tome VIII-n°1, 2019, p. 9-18.

DERVIEUX Valérie-Odile, « Du transsexualisme à la transparentalité », *Dalloz actualité*, 28 novembre 2018.

DEUMIER Pascale,

- « La modulation de la jurisprudence et la foi accordée au droit », *RTD civ.* 2023, p. 63
- « Effet constitutionnel différé versus effet conventionnel immédiat », *RTD civ.*, 2018, p. 620.
- « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.* 2016, p. 578.
- « Le code civil, la loi et l'ordonnance », *RTD civ.* 2014, p. 597.

DEUMIER Pascale, FULCHIRON Hugues, « Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence "augmentée" ? », *D.* 2019, p. 228.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie,

- « Accès aux origines personnelles : le consentement nécessaire, mais non répété, du donneur », *AJ fam.* 2023 p. 408.
- « Repenser la filiation en cas d'ouverture de l'AMP à toutes les femmes », *JCP éd. G.*, n°27, 8 juillet 2019, doct. 748.
- « Actualités de la bioéthique », *AJ fam.* 2019, p. 64.
- « Gestation pour autrui : premières confirmations par la cour d'appel de Paris d'adoptions plénières de l'enfant du conjoint ! », *AJ fam.* 2018, p. 616.

DUBOIS Charlotte, « L'inceste en droit pénal ou la consécration de la famille selon Vianney - « Y'a pas que les gènes qui font les familles », *JCP éd. G.*, n° 23, 7 juin 2021, doct. 622.

DUPRE DE BOULOIS Xavier, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'Etat (CE, déc. 2017, Molénat) ? », *RDLF* 2018, chron. n°04.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, ODINET Guillaume, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA* 2016, chron. 1398.

EDELMAN Bernard,

- « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.* 2008, p. 1946.
- « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.* 1995, p. 205.

ÉGEA Vincent,

- « Adoption – La Cour de cassation au soutien de l'efficacité du projet parental », *Dr. fam.* n°7-8, juillet-août 2024, comm. 88.
- « Gestation pour autrui – *Exequatur* d'un jugement prénatal californien instituant la parenté légale de deux hommes français », *Dr. fam.* n°4, avril 2023, comm. 58.

- « Inefficacité du recours à la théorie de l'inexistence pour contester un lien de filiation », *Dr. fam.* n°5, mai 2021, comm. 71.
- « Le délai décennal de prescription résiste au contrôle de proportionnalité », *Dr. fam.* n°3, mars 2021, comm. 37.
- « Gestation pour autrui – Refus d'*exequatur* d'un jugement californien », *Dr. fam.* n°6 juin 2020, comm. 93.
- « L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, dossier 6.

ETIENNEY-DE-SAINTE MARIE Anne, « Contrôle de proportionnalité et motivation : quelle leçon la Cour de cassation offre-t-elle aux juges du fond ? », *D.*, 2020, p. 2405.

FARGE Michel,

- « Ni gestatrice, ni génitrice, mais mère tout de même ! », *Dr. fam.* n°1, janvier 2025, comm. 14.
- « Irrecevabilité d'une action en recherche de paternité engagée par une enfant adoptée au Royaume-Uni en 1966 », *Dr. fam.* n°12, décembre 2020, comm. 175.

FAUTRE-ROBIN Aurélia, « Géniteurs dupés, des volontés pour la paternité ? Plaidoyer pour un moratoire sur l'essor des volontés », *Dr. fam.* n°11, novembre 2023, étude 28.

FENOUILLET Dominique,

- « La filiation incestueuse interdite par la Cour de cassation », *Dr. fam.* n°2, février 2004, comm. 16.
- « 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 », *Dr. fam.* n°11, novembre 2003, chron. 29.

FILLONNEAU Marie-Nathalie, « Libres propos : la parentalité sera-t-elle au cœur du débat ? », *AJ fam.* 2018, p. 392.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Sophistique juridique et GPA », *D.* 2016 p. 85.

FULCHIRON Hugues,

- « Projet parental, engagement et responsabilité : réflexions sur les fondements de la filiation », *D.* 2024, p. 1827.
- « La reconnaissance de la filiation des enfants nés dans des couples de même sexe devant les juridictions européennes : entre autolimitation et dynamique commune », *D.* 2022, p. 565.
- « La part de flou dans le droit, variations sur la souplesse de la règle de droit », *RTD civ.* 2022, p. 333.
- « Quelle place pour le père d'un enfant né sous X ? », *D.* 2020, p. 695.
- « Accouchement dans le secret : quelle place pour le père biologique ? », *Dr. fam.* n°2, février 2020, comm. 26.
- « Qui fait l'enfant doit l'assumer ! », *Dr. fam.* n°2, février 2020, comm. 25.
- « La conventionalité *in abstracto* ne dispense pas d'un contrôle de conventionalité *in concreto* », *Dr. fam.* n°12, décembre 2019, comm 237.
- « Petit guide de l'encadrement légal du droit de l'enfant d'établir sa paternité biologique », *Dr. fam.* n°12, décembre 2019, comm 236.
- « Projet parental v/ droits de l'enfant ? », *Dr. fam.* n°12, décembre 2019, repère 11.
- « Vérité biologique, prohibition de la GPA, fraude à l'adoption et intérêt de l'enfant : comment trouver un équilibre ? », *Dr. fam.* n°11, novembre 2019, comm. 216.
- « La constitutionnalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant », *D.* 2019, p. 709.
- « La preuve de l'état par les actes d'état civil étrangers : encore et toujours », *Dr fam.* n°7-8, juillet 2019, comm. 153.

- « Fausse reconnaissance, vrais abus sexuels, paternité incontestable », *Dr fam.* n°6, juin 2019, comm. 124.
- « Les reconnaissances mensongères à l'épreuve du droit des étrangers (et vice versa) », *Dr fam.* n° 4, avril 2019, comm. 77.
- « Test génétique, droit au respect de la vie privée et droit à un procès équitable », *Dr fam.* n°4, avril 2019, comm. 78.
- « Toujours le contrôle de proportionnalité », *Dr. fam.* n° 2, février 2019, comm. 28.
- « Contrôle de conventionnalité – *Vade mecum* du contrôle de conventionnalité », *Dr. fam.* n° 2, février 2019, comm. 27.
- « L'expertise au risque de l'analogie », *Dr. fam.* n°9, septembre 2018, comm. 211.
- « Homme-mère, femme-père... », *Dr. fam.* n°1, janvier 2019, comm. 6.
- « Reprise sans correction : une nouvelle "affaire Paulik" devant la Cour EDH », *Dr. fam.* n°9, septembre 2018, comm. 210.
- « Souplesse de la règle et balance des intérêts : condamnation des délais rigides en matière de filiation », *Dr. fam.* n°6, juin 2018, comm. 149.
- « Adoption – Résistance ou cas d'espèce ? Pas d'adoption plénière pour le père d'intention », *Dr. fam.* n°4, avril 2018, comm. 92.
- « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *D.* 2017, p. 1737.
- « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656.
- « L'enfant né d'un inceste », *Dr. fam.* n°11, novembre 2017, comm. 224.
- « Reconnaissance de complaisance : mensonge n'est pas fraude », *Dr. fam.* n°10, octobre 2017, comm. 207.
- « Clap de fin pour les paternités forcées ? », *Dr. fam.* n°6, juin 2017, comm. 126.
- « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et "dynamique des normes" », *RTD civ.* 2017, p. 271.
- « Conventionnalité des délais de prescription de l'action en contestation de paternité », *Dr. fam.*, n°5, mai 2017, comm. 101.
- « De l'illicite peut-il naître un droit ? », *JCP éd. G.* n°12, 20 mars 2017, note 323.
- « Le contrôle de proportionnalité au service du respect des choix du législateur national », *Dr. fam.* n°1, janvier 2017, comm. 9.
- « Les paternités forcées : projet parental versus géniteur payeur », *Dr. fam.* n°1, janvier 2017, comm. 1.
- « Prescription des actions relatives à la filiation et droit au respect de la vie privée », *Dr. fam.* n°10, octobre 2016, comm. 199.
- « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 1980.
- « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », *D.* 2015, p. 2365.
- « Les actions du préteur : la Cour de cassation, l'article 8 de la Convention EDH et le droit à la reconnaissance de son ascendance génétique », *D.* 2015, p. 1070.
- « Vérité contre stabilité des filiations ? », *D.* 2013, p. 2958.
- « Le mariage pour tous, un enfant pour qui ? », *JCP éd. G.* n° 23, 3 juin 2013, p. 658.
- « Toute vérité est-elle bonne à dire ? », *D.* 2008, p. 3035.

FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine,

- « Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.
- « Dans les limbes du droit – à propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D.* 2013, p. 2349.

FULLI-LEMAIRE Samuel, « Vers un droit international privé de la filiation ? », *D.* 2023, p. 246.

GALLOUX Jean-Christophe, GAUMONT-PRAT Hélène, « Droits et libertés corporelles », *D.* 2014, p. 843.

GALLMEISTER Inès,

- « Recherche de paternité (irrecevable) : contrôle de proportionnalité *in concreto* », *D.* 2016, p. 2337.
- « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes : quelles conséquences sur le droit de la filiation (1) ? », *D.* 2015, p. 1777.

GARE Thierry,

- « Irrecevabilité de l'action en recherche de paternité et contrôle de proportionnalité », *JCP éd. G.* n°48, 28 novembre 2016, 1276.
- « Pour la Cour EDH, l'intérêt supérieur de l'enfant est d'être rattaché à son père biologique ! », *JCP éd. G.* 14 mars 2016, act. 305.

GAREIL-SUTTER Laurence,

- « Paternité biologique d'un enfant né sous X : le faux espoir ? », *Dalloz actualité*, 9 février 2021.
- « Contrôle de proportionnalité et filiation : toujours pas d'atteinte disproportionnée », *Dalloz actualité*, 14 janvier 2021.
- « GPA et adoption de l'enfant du conjoint : la Cour de cassation enfonce le clou », *Dalloz actualité*, 12 novembre 2020.
- « Enfant né d'une personne transgenre : exit le "parent biologique" », *Dalloz actualité*, 22 septembre 2020.
- « QPC sur l'article 327 du code civil : *bis (ter...) repetita* », *Dalloz actualité*, 7 janvier 2020.
- « Expertises génétiques de droit en matière de filiation : l'étrange arrêt de la Cour de cassation... », *Dalloz actualité*, 2 octobre 2019.
- « Contrôle de proportionnalité en matière de filiation : cette semaine l'exemple à ne pas suivre... », *Dalloz actualité*, 30 novembre 2018.
- « Contrôle de proportionnalité en matière de filiation : encore un cadrage... pour éviter tout débordement ? », *Dalloz actualité*, 21 novembre 2018.
- « Contestation de paternité : conventionnalité du délai de prescription », *D.* 2018, p. 2136.

GARRIGUE Jean,

- « Réforme de la bioéthique : règles désormais applicables à la filiation après une assistance médicale à la procréation », *RJPF*, n° 11, 1^{er} novembre 2023.
- « Précisions sur la filiation des enfants nés d'une mère porteuse en France », *RJPF* n°11, novembre 2019.

GARRIGUE Jean, GOUËZEL Antoine,

- « Une reconnaissance peut-elle être "inexistante" ? », *RJPF* n°5, 1^{er} mai 2021.
- « L'adoption plénière de l'enfant issu d'une GPA admise malgré l'absence de mention de la mère porteuse sur l'acte de naissance », *RJPF* n° 1, 1^{er} janvier 2021.
- « Confirmation de la transcription intégrale de l'acte de naissance de l'enfant né d'une PMA à l'étranger », *RJPF* n°5, 1^{er} mai 2020.
- « Pas d'expertise biologique sur un possible géniteur lors d'une action en contestation intentée par des proches du père juridique », *RJPF* n°11, 1^{er} novembre 2019.
- « La place de l'expertise génétique dans la possession d'état », *RJPF* n°10, 1^{er} octobre 2019.

GAUTIER Pierre-Yves, « La prescription sur le billot du contrôle de proportionnalité », *D.* 2019, p. 64.

GONZALEZ Gérard, GOUTTENOIRE Adeline, « Preuve de non-paternité et refus de l'enfant », *JCP éd. G* n°10, 5 mars 2012, 296.

GOUËZEL Antoine,

- « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* n°10, octobre 2021, 23.
- « Filiation et transsexuel : pas de parent biologique » mais une femme-père », *RJPF*, n°11, 1^{er} novembre 2020.
- « Les actions en contestation de filiation, nouveau champ d'intervention pour l'intérêt supérieur de l'enfant ? », *Dr. fam.*, n°4, avril 2014, étude 6.

GOUËZEL Antoine, MEGRET Géraud, « Dix ans de contrôle de proportionnalité *in concreto* à la Cour de cassation », *D.* 2024 p. 321.

GOUTTENOIRE Adeline,

- « GPA : lorsque la mère est titulaire de l'autorité parentale... », *Lexbase Droit privé* n°920, 13 octobre 2022.
- « L'accès à la parenté pour toute, la révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021 », *JCP éd. G.*, n°39, 27 septembre 2021, 975.
- « La filiation monosexuée, consacrée par la loi bioéthique du 2 août 2021 », *Lexbase Hebdo – édition privée*, n°878, 23 septembre 2021.
- « Des maternités particulières... », *La lettre juridique* n°839 du 8 octobre 2020.
- « Panorama de jurisprudence – L'autorité parentale (août 2018 – janvier 2019) », *Lexbase Hedo – édition privée*, n°770, 31 janvier 2019.
- « La GPA devant la Cour de cassation : dernier acte », *Lexbase Hebdo – édition privée*, n°708, 27 juillet 2017.
- « ...Je suis ton père », *Lexbase Hebdo – édition privée*, n°644, 18 février 2016.
- « Le monde parallèle du juge en droit de la famille », *Lexbase Droit privé*, n°627, 1^{er} octobre 2015.
- « Le rejet contestable de la demande du père d'un enfant né sous X de s'opposer à son adoption », *Lexbase Hebdo – édition privée*, n° 594, 11 décembre 2014.
- « Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et des familles », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n°39, avril 2013 p. 63-77.
- « Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *LPA* n°200, 2010 p. 24.
- « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juill. 2005 », *Dr. fam.* n°1, janv. 2006, étude 6.

GOUTTENOIRE Adeline, MARCHADIER Fabien,

- « La famille dans la Convention européenne des droits de l'homme, retour sur 70 ans de jurisprudence », *Dr. fam.* n°4, avril 2021, étude 8, n°7.
- « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* n°7-8 - juillet- août 2019, chron. 3.
- « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* n°7-8 - juillet- août 2018, chron. 2.

GOUTTENOIRE Adeline, SIFFREIN-BLANC Caroline, « L'accès aux origines des personnes issues d'une PMA, consacré par la loi bioéthique du 2 août 2021 », *Lexbase Hebdo – édition privée*, n°878, 23 septembre 2021.

GOUTTENOIRE Adeline, SUDRE Frédéric,

- « GPA et maternité d'intention : fin de partie à Strasbourg », *JCP éd. G.*, n°4, 27 janvier 2020, n°107.
- « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention », *JCP éd. G.* n°20, 20 mai 2019, 551.
- « La Cour européenne des droits de l'homme et l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.* n°2, février 2019, étude 1.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique,

- « Illégalité de l'adoption d'un enfant par le demi-frère de sa mère », *D.* 2004, p. 1419.
- « Légalité de l'adoption familiale incestueuse », *D.* 2002, p. 2020.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, HAUSER Jean, « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, p. 17.

GUEVEL Didier,

- « Famille 2071 », *D.* 2021 p. 1233.
- « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.* 16 octobre 2004, p. 2.

GUINCHARD Serge, FERRAND Frédérique, MOUSSA Tony, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement appropriée au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, p. 278.

HAFTTEL Bernard, « Insémination *post-mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes de droit international privé », *D.* 2016 p. 1477.

HAUSER Jean,

- « Contestation de paternité et possession d'état : vérité biologique et vérité sociologique », *RTD civ.* 2017, p. 363.
- « Procréation médicalement assistée : le Conseil d'Etat a du cœur ! », *RTD civ.* 2016, p. 834.
- « Prescription des actions d'état : l'enfant, le vieillard, l'argent, la proportionnalité et la deuxième mort de Montesquieu », *RTD civ.* 2016, p. 831.
- « Preuve de la filiation : refus d'expertise génétique, qui, comment et brevet de conventionnalité », *RTD civ.* 2015, p. 596.
- « L'enfant conventionnel : procréation sous X... et accouchement sous X..., le désordre conceptuel des "droits à..." », *RTD civ.* 2015, p. 112.
- « Accouchement sous X : des pratiques douteuses », *RTD civ.* 2014, p. 635.
- « État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! », *RTD civ.*, 2014, p. 616.
- « Prescription de l'action en contestation d'état de l'article 333 du code civil : droit transitoire et droit substantiel », *RTD civ.* 2014, p. 101.
- « Filiation et prescription », *AJ fam.* 2012, p. 29.
- « Le droit à l'expertise biologique et la Convention EDH : la vérité biologique à tout moment ? », *RTD civ.* 2011, p. 526.
- « Prescription et possession d'état : hier et aujourd'hui », *RTD civ.* 2011, p. 334.
- « Vérité biologique et vérité sociologique : des délais ou pas de délais ? », *RTD civ.* 2010, p. 539.
- « Procréation *post-mortem* : un nouveau droit à..., le droit à l'éternité ? », *RTD civ.* 2010, p. 93.
- « Gestation pour autrui et établissement de la filiation par la possession d'état : l'enfant fait accompli ? », *RTD civ.* 2010, p. 96.
- « *Happy end* dans l'affaire dite « Benjamin » ou que ferait-on sans l'adoption simple ? », *RTD civ.* 2007, p. 558.
- « Accouchement anonyme : la liberté ne résume pas toute la filiation », *RTD civ.* 2006, p. 292.
- « Des filiations à la filiation », *RJPF*, n°9, 1^{er} septembre 2005.
- « Contestation de reconnaissance : transsexualisme, parenté et Convention internationale sur les droits de l'enfant (CIDE) », *RTD civ.* 2005, p. 583.
- « Accouchement sous X et rétractation : de mieux en mieux... », *RTD civ.* 2004, p. 496.
- « Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse, adoptions simples et père incestueux », *RTD civ.* 2004, p. 75.
- « Paternité, accouchement anonyme et adoption : la fronde des pères ! », *RTD civ.* 2004, p. 74.
- « Le droit à accéder aux moyens de preuve biologique », *RTD civ.* 2002, p. 795.

- « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ? », *D.* 1996, p. 182.

HELAINE Cédric, « De la distinction entre prescription et forclusion dans le contentieux de la filiation », *Dalloz actualité*, 31 janvier 2020.

HENRY Xavier, « Petite anticipation autour de l'utérus artificiel », *D.* 2016, p. 951.

HILT Patrice,

- « Et le père ? », *D.* 2020, p. 2463.
- « Droit de la filiation », *D.* 2020, p. 677.
- « Repenser la maternité », *D.* 2019, p. 2190.

HOUARI Fadela, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit de la famille : pourquoi nous ne nous l'approprions pas ? », *Dr. fam.* n°5, mai 2024, dossier 8.

HOUREBIE Fabrice, « Libres propos sur le juge constitutionnel et les valeurs », *Les cahiers de la justice*, 2022/1, p. 7-14.

HOUSIER Jérémy,

- « Focus sur la conventionnalité de la procédure d'adoption finlandaise – Cour européenne des droits de l'homme, 13 avril 2023 », *AJ fam.* 2023, p. 336.
- « Les gènes ou le genre (à propos de la mention du sexe d'origine des parents transgenres dans le registre de naissance allemand), *AJ fam.* 2023, p. 290.
- « Filiation, prescription et proportionnalité : *abyssale repetita...* », *AJ fam.* 2023, p. 236.
- « Changement de sexe sur le Rocher : les prémices de la proportionnalité », *AJ fam.*, 2023, p. 170.
- « Le contentieux de la filiation, brève rétrospective sur un demi-siècle d'évolutions », *AJ fam.* 2021 p. 414.
- « La prescription des actions relatives à la filiation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité : une épreuve inutile ? », *RTD civ.*, 2021, p. 114.
- « Action en constatation judiciaire de la possession d'état : la proportionnalité ne peut pas tout ! », *AJ fam.* 2021, p. 55.
- « Clap de fin pour l'absence de mention de la mère gestatrice dans les actes de naissance des enfants nés d'une GPA », *AJ fam.* 2020, p. 664.
- « L'action en contestation de la filiation d'un parent prédécédé : gare aux confusions procédurales ! », *AJ fam.* 2019, p. 653.
- « Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation de la filiation incestueuse », *AJ fam.* 2017, p. 545.
- « Action en contestation de paternité : n'oubliez pas d'assigner l'enfant ! », *AJ fam.* 2017 p. 203.

HOUSIER Jérémy, SAULIER Maïté,

- « Dix ans de contrôle concret de conventionnalité en droit de la famille », *AJ fam.* 2024, p. 124.
- « L'âge de procréer », *RJPF* n°11, 1^{er} novembre 2018.

JACQUE Jean-Paul, « Union Européenne et Conseil de l'Europe, À propos des droits de l'homme en Europe », *RTD Eur.* 2013, p. 195.

JAMIN Christophe, « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, p. 263.

JESTAZ Philippe, MARGUENAUD Jean-Pierre, JAMIN Christophe, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

JOLY Fabien Guillaume, « GPA et *exequatur* : propos introductif », *AJ fam.* 2023, p. 366.

KESSLER Guillaume,

- « Le fondement biologique de la filiation : entre déclin et renouveau, étude comparée France-Amérique du nord », *Dr. fam.* n°6, juin 2022, dossier 9.
- « Entre innovation et avant-garde, le droit de la famille ontarien préfigure-t-il la législation française de demain ? », *AJ fam.* 2021, p. 423.

- « La distinction du parent et du géniteur : propositions pour une nouvelle approche de la filiation », *RTD civ.* 2019, p. 519.
- « Le droit de ne pas être père », *AJ fam.* 2017, p. 292.
- « Le marché de la procréation : fatalité ou opportunité ? », *Dr. fam.* n°10, oct. 2010, étude 24.
- « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.*, 2005, étude 16.

KARILA-DANZIGER Anne, GAFFINEL Marie-Catherine, « L'exequatur des décisions de GPA étrangères à la cour d'appel de Paris », *AJ fam.* 2023, p. 385.

KARILA-DANZIGER Anne, JOLY Fabien Guillaume, « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, "Fin de partie" », *AJ fam.* 2021 p. 582.

KRZISCH Delphine, « Les droits fantomatiques des personnes nées d'une PMA dont le tiers donneur est décédé », *LPA* n°01, 31 janvier 2024, 202s7.

LABBEE Xavier,

- « Le choix de la maternité en solo dans notre société matriarcale », *D.* 2024, p. 1084.
- « Le contrat sexuel et la sincérité », *Gaz. Pal.* n°44, 19 déc. 2017, n°310n8.
- « L'enfant incestueux, enfant handicapé », *D.* 1997, p. 543.

LAMARCHE Marie,

- « Questions en cascades à propos du don d'enfant en Polynésie française », *Dr. fam.* n°7-8, juillet-août 2023, alerte 78.
- « La prééminence de la stabilité du lien biologique pour l'enfant d'un parent transgenre selon la CEDH », *Dr. fam.* n°6, juin 2023, alerte 66.
- « Quelle vérité pour quelle réalité au fondement de la filiation établie par possession d'état ? », *Dr. fam.* n°2, février 2023, comm. 20.
- « Les mystères de la procréation », *Dr. fam.* n°6, 1^{er} juin 2019, alerte 39.
- « Des biens, des embryons et des hommes », *Dr. fam.* n°10, octobre 2015, alerte 63.

LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité in concreto appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *JCP éd. G.* n°3, 16 janvier 2017, 46.

LASSALAS Christine, « La paternité ne peut plus être imposée, question de responsabilité », *LPA* 16 juin 2016, n°114n3, p. 6.

LE BARS Thierry, « Convention européenne des droits de l'homme et état des personnes : instauration d'une procédure de réexamen des décisions de justice en matière civile », *Dr. fam.*, janvier 2017, 12.

LE BONNIEC Nina, « L'anonymat du don de gamètes en France : un possible terrain d'inconventionnalité ? », *RDSS* 2017, p. 281.

LE BOURSICOT Marie-Christine,

- « Clap de fin pour la pratique polynésienne de la délégation d'autorité parentale en vue d'une adoption », *Dr. fam.* n°11, novembre 2022, comm. 167.
- « Constitutionnalité n'est pas conventionnalité ou comment la mise en balance des intérêts en présence éclipse l'équilibre mis en place par la loi dans le processus d'adoption », *RJPF* n°3, 1^{er} mars 2021.
- « L'effet couperet du placement en vue de l'adoption vis-à-vis de la famille d'origine et l'intérêt de l'enfant », *RJPJ* n°5, 1^{er} mai 2019.
- « Filiation GPA : un avis de la CEDH embarrassant pour les juges français », *RJPF* n°5, 1^{er} mai 2019.
- « Procréation assistée : urgence à légiférer », *RJPF* n°4, 1^{er} avril 2019.
- « Le placement du pupille de l'Etat dans sa famille adoptive met obstacle à toute restitution à la famille d'origine », *RJPF* n°3, 1^{er} mars 2019.
- « GPA : l'Assemblée plénière de la Cour de cassation consulte la Cour européenne des droits de l'Homme au sujet de la mère d'intention », *RJPF* n°11, 1^{er} novembre 2018.

- « Quand l'abandon devient le délaissement parental », *RJPF* n°3, 1^{er} mars 2018.
- « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », *RLDC* 2010/69, n°3747.
- « La volonté de symétrie entre filiation paternelle et maternelle remet-elle en cause la filiation par adoption ? », *RLDC*, 2006/28, 1^{er} juin 2006.

LEDUQUE Chloé, « Gestation pour autrui à l'étranger – Adoption plénière par l'époux du père de l'enfant né par GPA à l'étranger », *Dr. fam.* n°1, janvier 2021, comm. 12.

LEMOULAND Jean-Jacques,

- « Accouchement sous X : le droit français est conforme à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dalloz actualité*, 6 février 2024.
- « Filiation : 1972-2022, et maintenant ? », *Dr. fam.* n°6, juin 2022, dossier 11.
- « La procréation médicalement assistée et la filiation de l'enfant d'un couple de femmes », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 89.
- « La reconnaissance conjointe : un nouveau mode énigmatique d'établissement de la filiation », *JCP N* n°41, 15 octobre 2021, 945.
- « Le viol ne vicie pas la possession d'état », *D.* 2019, p. 1212.
- « La filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée, une question de temps », *D.* 2005, p. 2125.

LEROYER Anne-Marie,

- « Interdiction de l'insémination *post-mortem* et refus de l'exportation de gamètes », *RTD civ.* 2023, p. 608.
- « La reconnaissance et les couples d'hommes : possible mais peu sûre », *RTD civ.* 2023, p. 605.
- « Le temps de la parenté transgenre », *RTD civ.* 2023, p. 604.
- « Précision sur le jeu du principe chronologique et la reconnaissance conservatoire », *RTD civ.* 2023, p. 85.
- « Un avis très commenté de la Cour de cassation sur la possession d'état », *RTD civ.* 2023, p. 81.
- « L'instrumentalisation de l'autorité parentale en matière de GPA », *RTD civ.* 2022 p. 876.
- « La "jurisprudence nouvelle" non rétroactive à propos de la délégation d'autorité parentale », *RTD civ.* 2022 p. 877
- « Exportation de gamètes : quel juge compétent ? », *RTD civ.* 2022, p. 598.
- « L'accès des personnes transgenres à l'AMP, quelle lecture de la loi ? », *RTD civ.* 2022, p. 597.
- « La filiation maternelle d'une femme transgenre reconnue », *RTD civ.* 2022, p. 369.
- « Les déclinaisons de l'article 47 du Code civil », *RTD civ.* 2022, p. 103.
- « Accouchement sous le secret : un petit pas ou un faux pas pour le père de naissance ? », *RTD civ.* 2021, p. 390.
- « La prescription des actions relatives à la filiation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité : une épreuve inutile ? », *RTD civ.* 2021, p. 121.
- « Le consentement de la gestatrice n'est pas requis pour l'adoption de l'enfant né d'une GPA », *RTD civ.* 2021 p. 115.
- « Quand le consentement à l'AMP avec tiers donneur n'existe plus », *RTD civ.* 2021, p. 112.
- « La parenté transgenre, un impensé du droit français », *RTD civ.* 2020, p. 866.
- « Que ce soit clair : la transcription ne purge pas l'acte d'état civil étranger de ses vices ! », *RTD civ.* 2020, p. 850.
- « Oh mère que je t'aime : la forclusion ou l'impossible action en contestation de maternité », *RTD civ.* 2020, p. 358.
- « AMP-GPA : la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger sauvée par les juges et condamnée par le Parlement ? », *RTD civ.* 2020, p. 81.
- « Ceux qui veulent et ne veulent pas être père », *RTD civ.* 2020, p. 80.

- « L'impossible accouchement dans le secret face aux droits de l'enfant et du père », *RTD civ.* 2020, p. 75.
- « Accès à l'AMP : âge limite pour un homme », *RTD civ.* 2019, p. 557.
- « GPA : un avis faussement salvateur de la maternité d'intention », *RTD civ.* 2019, p. 307.
- « Expertise en matière de filiation : une question d'identité », *RTD civ.* 2019, p. 305.
- « Les délais de prescription en matière de filiation au prisme de la proportionnalité ou la nécessité d'une réforme », *RTD civ.* 2019, p. 87.
- « L'avis du Comité d'éthique sur les demandes sociétales de recours à l'AMP ou les présupposés idéologiques d'une pensée institutionnelle », *JCP éd. G*, n°37, 11 septembre 2017, 927.
- « Réforme de la filiation », *RTD civ.* 2005, p. 836.

LIBCHABER Rémy,

- « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875.
- « L'adoption par les homosexuels et le principe d'égalité : une nouvelle rhétorique dans le débat public », *RTD civ.* 2002, p. 611.

LONNE-CLEMENT Anne-Lise, « GPA réalisée à l'étranger : transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de naissance, en ce qu'il désigne le père d'intention (oui), en ce qu'il désigne la mère d'intention (non) », *La lettre juridique* n°706, 13 juillet 2017.

LOISEAU Grégoire, « La gestation pour autrui et le syndrome de la loi imparfaite », *D.* 2019, p. 1985.

LOUVEL Bertrand, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP éd. G*, n°43, 19 octobre 2015, p. 1906.

MAINGUY Daniel, « Norme juridique, De la légitimité des normes et de son contrôle », *JCP éd. G*, n°9, 28 février 2011, doct. 250.

MAMOUDY Olga, « Le contrôle concret de la conventionnalité de la loi : disparition tranquille au Conseil d'État », *AJDA* 2023, p. 938.

MARAIS Astrid, « La procréation *post-mortem* », *RDSS* 2018, p. 498.

MARCHADIER Fabien, « Le droit international et européen de la famille en devenir », *RTD civ.* 2023, p. 336.

MARGUENAUD Jean-Pierre,

- « Retour sur l'accouchement sous X à la française », *RTD civ.* 2024, p. 359.
- « Chronique CEDH : bienveillance envers le conservatisme bioéthique à la française », *Dalloz Actualité*, 17 novembre 2023.
- « L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État », *RTD civ.* 2016, p. 202.
- « La mise en œuvre du principe de "proportionnalité privatisé" par la première chambre civile de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2015, p. 825.

MARIGNANI Ambra, « Quelle place pour l'exception d'ordre public au stade de la reconnaissance dans l'avenir de la filiation en droit international privé ? » *AJ fam.* 2024 p. 84.

MARZAL Toni, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance", analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD civ.* 2017, p. 789.

MASSON Charles, « L'ordre public familial en péril ? », *RTD civ.* 2018, p. 809.

MAUGER-VIELPEAU Laurence, « La filiation paternelle à l'épreuve du contrôle de proportionnalité », *D.* 2019, p. 207.

MAUGER-VIELPEAU Laurence, RAOUL-CORMEIL Gilles, « Variations sur les sources du droit de la filiation », *Dr. fam.*, n°10, octobre 2007, étude 31.

MEHL Dominique, « La loi bioéthique de 2021 », *AJ fam.* 2021 p. 520.

MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « La Cour de réexamen des décisions civiles prononce ses deux premiers arrêts », *Dalloz actualité*, 20 février 2018.

MESNIL Marie,

- « Couple de femmes : non-renvoi de QPC portant sur l'adoption sans consentement », *Dalloz actualité*, 25 octobre 2024.
- « Co-parenté : le contrôle de proportionnalité au secours de la filiation paternelle », *AJ fam.* 2024, p. 47.
- « Ne suis-je pas un homme ? La filiation des personnes trans devant la CEDH », *Dalloz Actualité*, 16 mai 2023.
- « Homme, femme, personne : qui a vocation à porter un enfant ? », *Dalloz Actualité*, 23 avril 2024.
- « La CEDH sonne le glas de l'interdiction de la procréation *post mortem* », *Dalloz Actualité*, 29 septembre 2023.
- « Autant en emporte la PMA pour toutes : enfin reconnues mères ! », *Dalloz Actualité*, 6 septembre 2022.
- « La PMA pour tout.tes devant le Conseil constitutionnel », *Dalloz Actualité*, 7 juin 2022.
- « Ni parent biologique ni père : la maternité d'une femme trans reconnue en justice », *AJ fam.* 2022 p. 222.
- « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP », *RDSS* 2021, p. 790.
- « La parenté d'intention en droit français, nouvelle figure du système de filiation ? », *RPSF* 2021/2, n°139-140, CAF, p. 99.
- « Les femmes non mariées et l'AMP avec tiers donneur, révélateur des reconfigurations opérées par la loi de bioéthique », *AJ fam.* 2021, p. 538.
- « Les recherches sur l'embryon, les cellules souches embryonnaires et les cellules pluripotentes induites : un encadrement en pleine évolution », *JDSAM* n°25, 2020, p. 77.

MIRABAIL Solange,

- « La possession d'état revisitée : une révolution juridique ! », *Gaz. Pal.*, 28 mars 2023, n°11, n°445s9, p. 9.
- « Les différents rôles de la possession d'état en matière de filiation », *Dr. fam.* n°3, mars 2014, étude 2.
- « Repenser l'action à fins de subsides », *Dr. fam.* n°9, septembre 2011, étude 19.

MIKALEF-TOUDIC Véronique, « Loi de réforme de la justice : droit de la famille et droit des personnes », *Dalloz actualité*, 2 avril 2019.

MILLET Florence, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP éd. G.* n°7, 15 février 2006, doct. 112.

MOLIERE Aurélien,

- « La prescription de l'action en recherche de paternité sous le feu du contrôle de proportionnalité *in concreto* », *Dr. fam.* n°11, novembre 2024, comm. 141.
- « La reconnaissance conjointe anticipée à l'épreuve des droits fondamentaux », *Dr. fam.* n°7-8, juillet-août 2024, comm. 89.

MONNIER Sophie, « La préparation de la future loi bioéthique hors de l'enceinte parlementaire », *RDSS* 2019, p. 287.

MONTEIRO Evelynne, « Exercice de l'autorité parentale et insémination artificielle entre parents homosexuels », *D.* 1995, p. 197.

MORANGE Jean, « La procréation médicalement assistée et la cohérence du droit », *RFDA* 2019, p. 111.

MORACCHINI-ZEIDENBERG Stéphanie, « Le droit à l'identité », *RRJ*-2017-2, p. 649-670.

MURAT Pierre,

- « Quand la fin de non-recevoir de l'action en contestation de paternité, tirée d'une possession d'état de plus de cinq ans d'état, divise la fratrie », *Dr. fam.* n°4, avril 2010, comm. 59.
- « “Affaire Benjamin”, une cassation méritée mais bien confuse », *Dr. fam.* n° 6, juin 2006, comm. 124.
- « Accouchement anonyme - Remise de l'enfant à l'ASE : pas de vice du consentement pour la femme accouchée anonymement », *Dr. fam.* n°7-8, juillet 2004, comm. 120.

NEIRINCK Claire,

- « Réforme de l'assistance médicale à la procréation – Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuelle », *JCP éd. G*, n°13, 1^{er} avril 2019, doct. 351.
- « La mère, le fils, l'amant et le mari : « l'origine biologique » à l'assaut de la filiation juridique », *Dr. fam.* n°9, septembre 2015, comm. 163.
- « La gestation pour autrui : les conséquences déléatoires des arrêts Mennesson et Labassée sur le recours en annulation pour excès de pouvoir de la circulaire sur le certificat de nationalité française », *Dr. fam.* n°2, fév. 2015, comm. 30.
- « Le placement en vue de l'adoption de l'enfant né sous X préalablement reconnu par son père », *Dr. fam.* n°1, janvier 2015, comm. 8.
- « 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 », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2014, comm. 160.
- « L'arrêt du président du conseil général rendant l'enfant adoptable et la reconnaissance antérieure de son père », *Dr. fam.* n°6, juin 2014, comm. 100.
- « Réforme de la PMA : la création de la famille par convenance personnelle », *Dr. fam.* n°2, février 2013, repère 2.
- « L'action à fins de subsides pour l'enfant né d'une fécondation hétérologue », *LPA* 1988, n°61, p. 2.

PANET-MARRE Amélie, « Qualité à agir en droit de la filiation », *Dalloz actualité*, 5 octobre 2022.

PARICARD Sophie,

- « Transidentité et filiation : un premier positionnement de la CEDH », *Dalloz Actualité*, 14 avril 2023.
- « Parenté transgenre : la cour d'appel fait résistance sans convaincre », *D.* 2022, p. 888.
- « L'accès à la procréation médicalement assistée », *RGDM* n°83, juin 2022, p. 75-87.
- « La parenté transgenre : une décision inédite », *Dalloz Actualité*, 1^{er} mars 2022.
- « La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA : un schisme entre loi et jurisprudence », *D.* 2020 p. 426.
- « L'enfant biologique de la personne ayant changé de sexe : quand les magistrats comblent le silence coupable du législateur », *D.* 2019, p. 110.
- « Vers un droit spécial de la filiation ? », *D.* 2018, p. 75.

PELLET Rémi, « Familles, égalité et différence des sexes », *AJ fam.* 2023, p. 331.

PERELMAN Jérémey., « Penser la pratique, théoriser le droit en action : des cliniques juridiques et des nouvelles frontières épistémologiques du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014/2 (volume 73), p. 133-153.

PERES Cécile, « Lien biologique et filiation : quel avenir ? », *D.* 2019, p. 1184

PERRIN Ségolène,

- « Etablissement de la filiation par le sang au regard de la jurisprudence de la CEDH », *AJ fam.* 2012, p. 23.
- « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.* n°6, juin 2010, étude 16.

PHILIPPOT Alice, « L'humain dans la nouvelle loi de bioéthique », *Dr. fam.* n°10, octobre 2021, 22.

PICHARD Marc,

- « “Toutes les femmes” ? À propos de l’exclusion des femmes mariées de l’accès à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur », *D.* 2019 p. 2143.
- « Père(s) sans mère », *LPA*, 14 janvier 2019.
- « La commande d’enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d’autrui ? », *D.* 2017 p. 1143.

PIERRE-BROSSETTE Sylvie, « Impossibilité de lutter contre le sexisme sans réguler internet ! », *JCP G.*, n°10, 11 mars 2024, 317.

PRETOT Sophie, « Principe chronologique en droit de la filiation et contrôle de proportionnalité, un numéro d’équilibriste ? », *RJPF* n°12, 1^{er} décembre 2016.

PUIG Pascal, « L’excès de proportionnalité, à propos de la réforme de la Cour de cassation et de quelques décisions récentes », *RTD civ.* 2016 p. 70.

RADE Christophe, « Action en responsabilité d’un enfant incestueux contre son père », *RCA* n°2, février 2006, comm. 48.

RAOUL-CORMEIL Gilles,

- « Prescription de l’action en recherche de paternité, fratrie et contrôle de conventionnalité », *JCP G.*, n°11, 20 mars 2023, act. 362.
- « La libre motivation de l’acte de notoriété constatant la possession d’état d’enfant », *JCP G.*, n°48, 29 novembre 2021, 1262.
- « Le jeune homme et le mort », *JCP G.*, n°10-11, 10 mars 2014.
- « La part du temps dans le droit de la filiation », *LPA* n°132, 3 juillet 2007, p. 7.
- « Le sort des embryons *in vitro*, *post-mortem patris* », *JCP G.*, n°21, 23 mai 2011, 608.

RASCHEL Loïs, « L’âge de procréer », *Gaz. Pal.*, 3 janvier 2009, p. 14.

REIGNE Philippe, « La reconnaissance de l’identité du genre divise la jurisprudence », *JCP G* 2011, 480.

REVEL Janine, « Une nouvelle famille unilinéaire, l’enfant né sous X et son père », *D.* 2006, p. 1707.

ROUVIERE Frédéric, « Vers une maternité présomptive ? », *RTD civ.* 2020, p. 235

ROY Alain, « Un parent, c’est bien, mais deux c’est mieux... Et que dire de trois, voire quatre ? », *RJPF* n°3, 1^{er} mars 2019.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Droits de la mère et droits de l’enfant : réflexions sur les formes de l’abandon », *RTD civ.* 1991, p. 695.

SALVAGE-GEREST Pascale,

- « La fin ne justifie pas toujours les moyens », *AJ fam.* 2019, p. 531.
- « Autorité parentale – PMA : en attendant la loi... une jurisprudence discriminatoire », *JCP éd. G.* n°40, 1071.
- « Un autre regard sur l’affaire Benjamin », *D.* 2007, p. 879.

SALVAGE-GEREST Pascale, PEYRE Janice, « La France face à la GPA : “cachez ce ventre que je ne saurais voir” », *D.* 2018, p. 359.

SAINTE-ROSE Jerry, « Illégalité de l’adoption par le père de l’enfant incestueux préalablement reconnu par sa sœur », *D.* 2004, p. 362.

SAULIER Maïté,

- « Accouchement sous X : le secret envers et contre tout ? », *AJ fam.* 2024, p. 248.
- « L’interdiction vacillante de l’AMP *post mortem* ? – Cour européenne des droits de l’homme 14 septembre 2023 », *AJ fam.* 2023, p. 573.
- « Quel est l’objet de la reconnaissance d’enfant ? », *AJ fam.* 2023, p. 346.
- « À quoi sert la possession d’état d’enfant ? », *AJ fam.* 2023, p. 233.
- « Les apories de la PMA avec don à la française », *AJ fam.* 2020, p. 670.
- « Quand un lien biologique conduit à la révocation d’une adoption », *AJ fam.* 2020, p. 355.

- « Parenté imposée : nouveau refus de transmission d’une QPC portant sur l’article 327 du Code civil », *AJ fam.* 2020, p. 73.
- « Quand l’intérêt supérieur de l’enfant prévaut sur le délai de prescription d’une action en recherche de paternité », *AJ fam.* 2019, p. 655.
- « Accouchement sous X : la volonté de la mère de naissance doit-elle continuer à conditionner l’accès aux origines personnelles ? », *AJ fam.* 2019, p. 654.
- « Prescription, contrôle de proportionnalité et motivation des décisions de la Cour de cassation », *AJ fam.* 2016, p. 601.

SERIAUX Alain, LAZARO PALAU Carmen Maria, « À verser aux débats : un contrat (mexicain) de gestation pour autrui », *Dr. fam.* n°12, décembre 2023, étude 30.

SIFFREIN-BLANC Caroline,

- « Quand le contrôle de proportionnalité sauve une paternité non biologique ! », *Dr. fam.* n°2, février 2024, comm. 17.
- « Constatation de la possession d’état : moyen unique d’établir un lien de parenté avec les grands-parents du père défunt », *Dr. fam.* n°7-8, juillet 2023, comm. 105.
- « Preuve de la non-paternité par le désintérêt ! », *Dr. fam.* n°4, avril 2023, comm. 57.
- « Pas de retrait de l’autorité parentale pour la mère porteuse », *Dr. fam.*, n°11, novembre 2022, comm. 166.
- « Une femme transgenre sera finalement mère ! », *Dr. fam.* n°4, avril 2022, comm. 51.
- « L’accès à la parenté pour tous, consacré par la loi bioéthique du 2 août 2021 », *Lexbase Hebdo – édition privée*, n°878, 23 septembre 2021.
- « Accouchement sous X, Le contrôle de proportionnalité *in concreto* : “miroir aux alouettes” ou réel espoir pour le père de naissance d’un enfant né sous X ? », *Dr. fam.*, n°4, avril 2021, comm. 55.
- « Les enfants issus d’une PMA avec tiers donneur ne bénéficient pas toujours d’une “superfiliation” ! », *Dr. fam.* n°1, janvier 2021, 3.
- « Sans preuve certaine, contester tardivement sa filiation paternelle serait contraire à l’intérêt supérieur de l’enfant », *Dr. fam.*, n°10, oct. 2020, comm. 134.
- « Cinq ans de possession d’état conforme au titre : un délai de forclusion insusceptible de suspension », *Dr. fam.* n°9, septembre 2020, comm. 118.
- « GPA : intérêt de l’enfant ou “droit de devenir parent” », *Dr. fam.* n°6, juin 2020, comm. 92.

SIFFREIN-BLANC Caroline, BONIFAY Emmanuelle,

- « Regards critiques sur les mesures de protection », *AJ fam.* 2017, p. 333

SOUDEY Guillaume et MOUTON-UHLIG Mathieu, « Le regard de notaires sur la réforme de l’adoption », *AJ fam.* 2022, p. 207.

SUDRE Frédéric,

- « Cour européenne des droits de l’homme et santé », *RDSS* 2023. 49.
- « Reconnaissance du lien de filiation maternel des enfants nés par GPA : la Cour EDH choisit l’adoption », *JCP éd. G.* n°37, 7 septembre 2020, 976.
- « La mystification du consensus européen », *JCP éd. G.* n°50, 7 décembre 2015, étude 1369.
- « La subsidiarité, “nouvelle frontière” de la Cour européenne des droits de l’homme », *JCP éd. G.* n°42, 14 octobre 2013, étude 1086.
- « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l’homme », *JCP éd. G.* n°28, 11 juillet 2001, I 335.

SUPIOT Elsa, « L’établissement de la filiation par possession d’état : nouvelles perspectives », *Dalloz actualité*, 8 décembre 2022.

TAORMINA Gilles, « Le droit de la famille à l’épreuve du progrès scientifique », *D.* 2006, p. 1071.

TETARD Stessy, « La notion d'intérêt de l'enfant : de l'imprécision à l'instrumentalisation », *LPA*, 15 juillet 2015, n°140, p. 20 et 21.

VAUTHIER Jean-François, VIALLA François, « *Matres semper certa sunt* ? Un pluriel bien singulier », *D.* 2017, p. 1373.

VIAUT Laura, « Le silence du droit français face aux nouvelles formes d'inceste : l'apport de la psychologie », *LPA* 19 novembre 2020, n°154t4, p. 10.

VIGNEAU Daniel,

- « Le genre dans le parcours d'AMP mis à l'épreuve devant le Conseil d'État », *Dalloz Actualité*, 23 avril 2024.
- « AMP, identité du donneur et filiation adoptive : les réponses du Conseil constitutionnel », *Dalloz Actualité*, 29 juin 2023.
- « La PMA à tout faire », *RGDM* n°81, décembre 2021 p. 43.
- « Cour de cassation – “Le Droit accompagne la marche de l'Histoire” - Entretien par Bertrand Louvel », *JCP éd. G.*, n°44-45, 29 octobre 2018, act. 1139.
- « En fait d'inceste, l'adoption simple ne vaut pas contre l'article 334-10 du code civil », *D.* 2004, p. 365.

ZELCEVIC-DUHAMEL Ana, « Le droit au respect de la vie privée ne permet pas de cumuler les filiations adoptive et biologique », *D.* 2020, p. 2437.

◆ CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

BOURDAIRE-MIGNOT Camille, CAYOL Amandine, GRÜNDLER Tatiana, « Chronique : Éthique et droit », *RGDM*.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « Actualités de la bioéthique », *AJ fam.*

DOUCHY-LOUDOT Méline, « Contentieux familial », *D.*

ÉGEA Vincent, « Un semestre de droit procédural de la famille », *Dr. fam.*

GOUTTENOIRE Adeline, MARCHADIER Fabien, « La famille dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.*

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation », *D.*

GUYON-RENARD Isabelle, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation ».

HILT Patrice, « Droit de la filiation », *D.* 2020 (à partir de).

REGINE, « Droit et genre », *D.*

◆ CONTRIBUTIONS A UN OUVRAGE

ADAM-FERREIRA Béatrice, « La délégation de compétences normatives : le rôle du comité d'éthique dans l'élaboration des normes dans le domaine biomédical », in LOCHAK D., *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses universitaires Paris Nanterre, 2007, p. 35-45.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle limitée dans l'élaboration de sa jurisprudence ? » in GOUËZEL A., BINET J.-R., *La CEDH et le droit de la famille*, Institut francophone pour la justice et la démocratie, coll. « Colloque & Essais », 2021, p. 113- 126.

BANDRAC Monique, « Réflexions sur la maternité », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Université de Droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Université des sciences sociales de Toulouse, Dalloz-Sirey, 1985, p. 27-39.

BERNARD-DOUCHEZ Marie-Hélène, « L'incertitude quant à la forme normative ; La déontologie médicale », in NEIREINCK C. (dir.), *De la bioéthique au biodroit*, LGDJ, 1994, p. 97-102.

BINET Jean-René, « Bioéthique et filiation : évolution ou révolution en perspective ? », in LEGROS B., *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée*, LEH Édition, 2018, p. 63-74.

BLOUD-REY Céline, « La tour de Babel, réflexions autour de l'élaboration des règles de bioéthique », in *Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guével*, LGDJ, 2021, p. 11-24.

BOISSON Julien, « L'enfant mal né », in *Mélanges en l'honneur du doyen Guével*, LGDJ, 2021, p. 35-52.

BRUNETTI-PONS Clotilde, « Réflexions autour du rôle de la norme face aux évolutions récentes du droit de la famille », in BRUNETTI-PONS C., *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité, approche pluridisciplinaire*, Bruylant, 2016, p. 25-40.

BRUS Florence, « Le cadre de la réforme », in LARRIBAU-TERNEYRE V. et LEMOULAND J.-J., *La révision des lois de bioéthique, Loi n°2011-814- du 7 juillet 2011*, L'Harmattan coll. « BibliothèqueS de droit », 2011, p. 15-36.

CARAYON Lisa, « Un droit forcément conforme à la Constitution ? La QPC : outil inopérant dans l'évolution du droit familial », in GOGOS-GINTRAND A. et MORACCHINI-ZEIDENBERG S. (dir.), *2010-2020 : Une décennie de mutations de droit de la famille*, Dalloz, 2021, p. 19-34.

CATALA Pierre, « La métamorphose du droit de la famille », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 41 et s.

CHEYNET DE BEAUPRE Aline, « Les “lois pour” : des lois privées pour de nouveaux privilèges », in *Les métamorphoses de la loi, hommage à Jean Foyer*, Éditions Panthéon-Assas, p. 97-118.

CHENEDE François, « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Champenois*, Defrénois, 2012, p. 139-182.

CLAUX Pierre-Jean, « Faut-il supprimer le droit de la famille ? », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 53-61.

COHEN Dany, « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Editions Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 393-400.

COMAILLE Jacques,

- « Le droit de la famille revisité par une grande juriste », in BOSSE-PLATIERE H., FAVIER Y., FULCHIRON H., GOUTTENOIRE A., *Les métamorphoses du droit de la famille, En hommage à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Edilaix coll. « Thèses & actes », 2023, p. 29-35.
- « Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus. Du “législateur juridique” au juriste consultant », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 19-28.

CORNU Gérard, « La famille unilinéaire », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Université de Droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Université des sciences sociales de Toulouse, Dalloz-Sirey, 1985, p. 137-160.

COULAUD Pierre, « Le polyamour face au droit », in BOSSE-PLATIERE H., FAVIER Y., FULCHIRON H., GOUTTENOIRE A., *Les métamorphoses du droit de la famille, En hommage à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Edilaix coll. « Thèses & actes », 2023, p. 49-67.

DE MONTGOLFIER Jean-François, « La CEDH devrait-elle s'inspirer du Conseil constitutionnel ? », in GOUËZEL A., BINET J.-R., *La CEDH et le droit de la famille*, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, p. 127-136.

DECANTER Christine, « Autoconservation ovocytaire pour raisons non médicales : état des lieux en France et en Europe », in LEGROS B., *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, vers l'ébranlement de certains interdits ?*, LEH Edition, 2018, p. 123-131.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise,

- « L'énigme de la filiation », in *Personnes et Familles, Hommage à Jacqueline Pousson-Petit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 331-352.
- « Les chemins de l'adoptabilité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 483-502.
- « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 41-58.
- « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly t.1*, Litec, 1998, p. 281-298.

DEUMIER Pascale, « Le droit de la famille vu par ses sources », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, 2015 p. 229-243.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « Les droits des femmes et des enfants face au poids de l'accouchement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, IRJS, 2021, p. 301-314.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, PICHARD Marc, « Les fondements de la filiation au prisme du genre », in DIONISI-PEYRUSSE A., MAUGER-VIELPEAU, *Les fondements de la filiation*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloque & Essais », 2017, p. 169-190.

DUPRAT Jean-Pierre., « Individu et humanité : effet miroir en bioéthique », in *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud, Droit et bioéthique*, LEH, 2012, p. 53-67.

ÉGEA Vincent, « La justification des choix législatifs, fonction méconnue du contrôle dit de proportionnalité », in *Homme de foi, homme de droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Sériaux*, Mare & Martin, 2023, p. 627-638.

FAUTRE-ROBIN Aurélie, « Mensonge et filiation ou la promesse d'une ascension », in CASTILLO-WYSZOGRODZKA S., FAUTRE-ROBIN A., *Petits mensonges en famille*, Mare & martin, 2023, p. 47-63.

FENOUILLET Dominique,

- « Les assistances médicales à la procréation interdites », in BEVIÈRE-BOYER B., DIBIE D., MARAIS A., *La bioéthique en débat : le début de la vie*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2019, p. 69-94.
- « Avant-propos », in FENOUILLET D. (dir.), *L'argument sociologique en droit, pluriel et singularité*, Dalloz coll. « Thèmes & commentaires », 2015, p. 1-13.
- « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté », in *La famille en mutation*, Dalloz, Arch. phil. droit 57, 2014, p. 37-71.
- « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Editions Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 509-554.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Une famille à sa main », in *La famille en mutation*, Dalloz, Arch. phil. droit 57, 2014, p. 249-265.

FULCHIRON Hugues,

- « Légiférer sous le regard du juge », in *Les métamorphoses de la loi, hommage à Jean Foyer*, Éditions Panthéon-Assas, p. 223-231.
- « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille » in GOGOS-GINTRAND A., MORACCHINI-ZEIDENBERG S. (dir.), *2010-2020, une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021, p. 35-48.
- « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libres propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Les droits de l'homme à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexisnexus, 2018, p. 245-254.
- « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la CEDH », in DIONISI-PEYRUSSE A. et MAUGER-VIELPEAU L. (dir.), *Les fondements de la filiation*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2017, p. 137-153.

- « Le droit à l'enfant : faux droit, vrai danger ? », in REGLIER A.-C., SIFFREIN-BLANC C., *L'intérêt de l'enfant, mythe ou réalité ?*, Institut universitaire Carenne, coll. « Colloques & Essais », 2018, p. 217-228.
- « La famille au cœur des systèmes : renouvellement des sources et dynamique des normes », in BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 1195-1208.
- « Un modèle familial européen ? » in FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz coll. « Thèmes et commentaires », 2014, p. 171-185.

GARRIGUE Jean,

- « Nouveau plaidoyer en faveur du contrôle de conventionnalité in concreto en matière de filiation », in GOUËZEL A., BINET J.-R., *La CEDH et le droit de la famille*, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, p. 43-77.
- « Prescription, forclusion et filiation », in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 237-291.

GAUTHIER Catherine, GOUTTENOIRE Adeline, « Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en droit de la famille », in GOGOS-GINTRAND A., MORACCHINI-ZEIDENBERG S. (dir.), *2010-2020, une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021, p. 65-78.

GIBELIN Anne, « Les techniques d'AMP », in MARTINEZ É., VIALLA F., *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, LGDJ, 2013, p. 263-272.

GOUËZEL Antoine, « Que reste-t-il de la marge nationale d'appréciation en droit de la famille ? », in GOUËZEL A., BINET J.-R., *La CEDH et le droit de la famille*, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, p. 31-41.

GOUTTENOIRE Adeline,

- « La Cour européenne des droits de l'homme et les parentés particulières », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 295-303.
- « L'intérêt supérieur de l'enfant au cœur des systèmes », in BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 1209-1225.

GUEVEL Didier, « Taire les origines : la filiation incestueuse », in BLOCH P. et DEPADT-SEBAG V. (dir.), *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p. 73.

GUILLAUME Johanna, « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », in DIONISI-PEYRUSSE A., MAUGER-VIELPEAU, *Les fondements de la filiation*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloque & Essais », 2017, p. 239-254.

GUTMANN Daniel, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Editions Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 329-341.

HAUSER Jean,

- « Le crépuscule de la loi en droit des personnes et de la famille », in *Des liens et des droits, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015, p. 711-725.
- « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Editions Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 441-453.
- « L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, 1996, p. 121-134.
- « Décadence et grandeur du droit civil des personnes et de la famille à la fin du XXème siècle », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 235-242.

JESTAZ Philippe, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Editions Dalloz, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 417-430.

LABRUSSE-RIOU Catherine, « Sciences de la vie et légitimité », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Daniel Huet-Weiller*, Presses Universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 283-303.

LAMARCHE Marie, « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 227-242.

LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, « Libres propos sur le jeu de rôle des juridictions suprêmes », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Lexisnexus, 2015, p. 279-308.

LAURENT Aurélie, « PMA, famille et droit européen », in BOUTEILLE-BRIGANT M. (dir.), *Le droit court-il après la PMA ?*, Institut Universitaire de Varenne, Collection Colloques et Essais, 2019, p. 99-120.

LAVIALLE Christian., « De la difficulté à légiférer sur le vivant », in NEIREINCK C. (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ, 1994, p. 11-19.

LEGROS Bérengère, « Enjeux autour de l'accès et de la conservation des gamètes », in LEGROS B., *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, vers l'ébranlement de certains interdits ?*, LEH Edition, 2018, p. 133-155.

LEQUETTE Yves, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire Dalloz/LexisNexis*, 2004, p. 171-196.

MADELAINE Colombine, « La CEDH, une "Cour constitutionnelle protectrice des individus ?" », in *Les droits de l'homme à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexisnexus, 2018, p. 413-422.

MARAIS Astrid, « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », in *Mélanges en l'honneur de la Professeur Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 311-339.

MARGUENAUD Jean-Pierre, « La paternité *post mortem* » in BYK C., MARLIAC C., (dir.), *20 ans de lois bioéthiques*, MA éditions, 2016, p. 157-171.

MARTIN Caroline, DELMAS-GOYON Pierre, « Le CCNE entre l'éthique et le droit », in DELFRAISSY J.-F., DIDIER E., DUEE P.-H. (dir.), *Quarante ans de bioéthique en France, le Comité consultatif national d'éthique : 1983-2023*, Odile Jacob, 2023, p. 231-250.

MARTINEZ Éric, « La dignité », in MARTINEZ É., VIALLA F., *Les grands avis du Comité Consultatif National d'Éthique*, LGDJ, 2013, p. 37-56.

MATHIEU Bertrand, « Une démocratie ne peut être exclusivement fondée sur la promotion des droits individuels », in *Les droits de l'homme à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Lexisnexus, 2018, p. 453-459.

MEKKI Mustapha, « Le modèle de la loi au sein du Code civil », in REVET T. (dir.), *Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2005p. 5-50.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse., « La production des normes en matière de bioéthique », in NEIREINCK C. (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ, 1994, p. 21-78.

MILLARD Éric, « La dimension politique du pluralisme familial », in ROY O. (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, PU de Paris-Ouest, 2010, p. 229-240.

MIRKOVIC Aude, « La maternité à l'épreuve de la PMA et de la GPA », in FIORENTINO K. et FIORENTINO A. (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent et avenir d'un adage*, Bruxelles Bruylant, 2018, p. 221-238.

MONNIER Sophie, « Le devenir de l'adage "*mater semper certa est*" appréhendé par le Comité consultatif national d'éthique », in FIORENTINO K. et FIORENTINO A. (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent et avenir d'un adage*, Bruxelles Bruylant, 2018, p. 192-205.

MORACCHINI-ZEIDENBERG Stéphanie, « Quelles avancées pour la contractualisation en droit de la famille ? », in GOGOS-GINTRAND A. et MORACCHINI-ZEIDENBERG S. (dir.), *2010-2020 : Une décennie de mutations de droit de la famille*, Dalloz, 2021, p. 113-122.

MURAT Pierre,

- « Repenser le droit de la famille : le faut-il vraiment ? » in BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 793-814.
- « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, Lexisnexus, 2014, p. 777-794.
- « Structures sociales ou droits fondamentaux ? », in *La famille en mutation*, Dalloz, Arch. phil. droit 57, 2014, p. 285-300.
- « Passer par la filiation ou dépasser la filiation », in FULCHIRON H. et SOSSON J., *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013, p. 259-271.
- « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 405-426.
- « Individualisme, libéralisme, légistique », in FULCHIRON H., (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 237-243.
- « Filiation et vie familiale », in SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 161-208.

NEIRINCK Claire,

- « Maternité et identité », in FIORENTINO K. et FIORENTINO A. (dir.), *Mater semper certa est ? Passé, présent et avenir d'un adage*, Bruxelles Bruylant, 2018, p. 167-188.
- « Le droit à la recherche de ses nouvelles catégories », in NEIREINCK C. (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ, 1994, p. 155.

PARICARD Sophie,

- « Comment se construit une filiation qui n'est pas hétérosexuée ? », in GOGOS-GINTRAND A. et MORACCHINI-ZEIDENBERG S. (dir.), *2010-2020 : Une décennie de mutations de droit de la famille*, Dalloz, 2021, p. 167-184.
- « Le changement de sexe », in BEVIERE-BOYER B, DIBIE D., et MARAIS A., *La bioéthique en débat : quelle loi ?* Dalloz, 2020, p. 7-26.

PELLE Sébastien, « Métamorphoses de la loi et contrôle de proportionnalité », in *Les métamorphoses de la loi, hommage à Jean Foyer*, Éditions Panthéon-Assas, p. 347-363.

PIAZZON Thomas, « QPC et droit de la famille », in LEVENEUR L., PEGLION-ZIKA C.-M., *Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et droit privé*, Dalloz coll. « Thèmes & commentaires », 2019, p. 23-36.

PICHARD Marc, « Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille », in FULCHIRON H. (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz coll. « thèmes & commentaires », 2009, p. 181-196.

POUSSON-PETIT Jacqueline, « Une illustration : le cas du transsexualisme », in NEIREINCK C. (dir.), *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ, 1994, p. 133-150.

REGLIER Anne-Claire., « La notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in REGLIER A.-C., SIFFREIN-BLANC C., *L'intérêt de l'enfant, mythe ou réalité ?*, Institut universitaire Carenne, coll. « Colloques & Essais », 2018, p. 96 et s.

RENCHON Jean-Louis, « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in FULCHIRON H., (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 209-236.

ROPERS Christine, « Reste-t-il un ordre public familial ? », in *Les évolutions du droit, contractualisation et procéduralisation*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 89-104.

SIFFREIN-BLANC Caroline, « De la filiation à l'affiliation : quelle place pour l'intérêt de l'enfant ? », in REGLIER A.-C., SIFFREIN-BLANC C., *L'intérêt de l'enfant, mythe ou réalité ?*, Institut universitaire Carenne, coll. « Colloques & Essais », 2018, p. 193-204.

SUDRE Frédéric, « La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in SUDRE F. (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, 2002, p. 11-54.

THIERRY Jean-Baptiste.,

- « PMA, principes bioéthiques et droit pénal », in BOUTEILLE-BRIGANT M., (dir.), *Le droit court-il après la PMA ?*, Institut Universitaire de Varenne, Collection Colloques et Essais, 2019, p. 47-56.
- « Accès aux origines », in MARTINEZ É., VIALLA F., *Les grands avis du Comité Consultatif National d’Éthique*, LGDJ, 2013, p. 330-335.

VIGNEAU Vincent, SIFFREIN-BLANC Caroline, « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », in AGRESTI J.-P. (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, p. 81-92.

❖ RAPPORTS, AVIS ET RECOMMANDATIONS

ACADEMIE DES SCIENCES, *Révision de la loi de bioéthique : les recommandations de l’Académie des sciences*, avril 2018.

ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE,

- *Rapport sur le projet de loi relatif à la bioéthique*, n°19-08, 18 septembre 2019.
- *La conservation des ovocytes*, n°17-04, 13 juin 2017

AGENCE DE LA BIOMEDECINE (ABM),

- *AMP : des demandes de prises en charge toujours à la hausse mais des dons insuffisants pour y répondre*, mis à jour au 14 décembre 2023, [\[en ligne\]](#).
- *Rapport médical et scientifique*, 2020.
- *Rapport sur l’application de la loi de bioéthique*, janvier 2018.
- *L’âge de procréer*, 8 juin 2017.

ASSEMBLEE NATIONALE (AN), *Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d’examiner le projet de loi relatif à la bioéthique*, n°2243, t.1, p. 66, 14 septembre 2019.

BAREGES Brigitte, *Rapport parlementaire sur l’accouchement dans le secret*, Assemblée nationale, 12 nov. 2010.

BRET Jean-Paul, FABIUS Laurent, *Droits de l’enfant, de nouveaux espaces à conquérir*, Assemblée nationale, 1^{er} janvier 1998, [\[en ligne\]](#).

BRETON Xavier, TOURAINE Jean-Louis, *Rapport d’information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, Rapport n° 1572, 15 janvier 2019.

Commission Indépendante sur l’Inceste et les Violences Sexuelles faites aux Enfants (CIIVISE), *Violences sexuelles faites aux enfants : « on vous croit »*, 20 novembre 2023.

CLAYES Alain, HURIET Claude, *L’application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, OPECST, Rapport n°232, 18 février 1999.

COMMISSION D’ACCES DES PERSONNES NÉES D’UNE ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCREATION AUX DONNEES DES TIERS DONNEURS (CAPADD), *Rapport annuel 2022-2023*, Ministère de la santé, 15 septembre 2023.

COMITE CONSULTATIF NATIONAL D’ETHIQUE (CCNE),

- *Méthode et repères du CCNE*, 1^{er} juillet 2020

- Avis 134, *L'adoption : accroître la transparence des procédures pour favoriser l'objectivité et la qualité des choix*, 7 mai 2020.
- Avis 129, *Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi bioéthique 2018-2019*, 18 septembre 2018.
- *Rapport de synthèse des états généraux de la bioéthique*, juin 2018.
- Avis 126, *Les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017.
- Avis 113, *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*, 10 février 2011.
- Avis 110, *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*, 1^{er} avril 2010.
- Avis 100, *Migration, filiation et identification par empreintes génétiques*, 9 octobre 2007.
- Avis 90, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, 24 novembre 2005.
- Avis 42, *Évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation*, 30 mars 1994.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDH), *Avis relatif à l'assistance médicale à la procréation*, JORF n°0273 du 25 novembre 2018.

CONSEIL D'ETAT (CE),

- *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, n° 397.993, 18 juillet 2019.
- *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?* 28 juin 2018.
- *La révision des lois de bioéthique, dossier de presse*, 6 mai 2009.

COUR DE CASSATION,

- *Rapport de M. Fulchiron, conseiller à la Cour de cassation, relatif à l'arrêt n°508 du 2 octobre 2024, première chambre civile, pourvoi n°23-50.002*, p. 55 [\[en ligne\]](#).
- *Rapport de M. Fulchiron, conseiller à la Cour de cassation, relatif à l'arrêt n°507 du 2 octobre 2024, première chambre civile, pourvoi n°22-20.883*, p. 55 [\[en ligne\]](#).
- *Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, juillet 2021.
- *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel 2014, La documentation française, 2014.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH), *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance*, 31 août 2022.

DEKEUWER-DEFFOSSEZ Françoise, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps : rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice*, septembre 1999.

DETRAIGNE Yves, TASCA Catherine., *Rapport d'information n°409 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'assistance médicale à la procréation et la gestation pour autrui*, Sénat, 17 février 2016.

ELIAOU Jean-François, DELMONT-KOROPOULIS Annie, *L'évaluation de l'application de la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*, OPECST, Rapport n°1351, 25 octobre 2018.

GOUTTENOIRE Adeline, CORPART Isabelle, *Groupe de travail « Protection de l'enfance et adoption », Quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, février 2014.

GREVOT Alain, *Compte rendu de la mission confiée par le Défenseur des droits et son adjointe, la Défenseure des enfants, à M. Alain GREVOT, sur l'histoire de Marina*, juin 2014, [\[en ligne\]](#).

IMBERT Corinne, JOURDA Muriel, HENNO Olivier, JOMIER Bernard, *Rapport n° 237 fait au nom de la commission spéciale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique*, 8 janvier 2020.

INSERM, AGENCE DE LA BIOMEDECINE, *Les troubles de la fertilité. État des reconnaissances et pistes pour la recherche*, Rapport remis au Parlement le 18 décembre 2012.

LEONETTI Jean, *Rapport fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois bioéthiques*, Assemblée Nationale, n°2235, déposé le 20 janvier 2010, t1.

MATTEI Jean-François., LE BOURSICOT Marie-Christine., *Enfant d'ici, enfant d'ailleurs : l'adoption sans frontière*, La Documentation française, décembre 1995.

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, Rapport d'exécution établi au titre de l'année 2020*.

OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA PROTECTION DE L'ENFANCE (ONPE), « La situation des Pupilles de l'Etat, enquête au 31 décembre 2020 », ONPE, juin 2022.

ORDRE NATIONAL DES MEDECINS, *Révision de la loi bioéthique : l'Ordre s'exprime sur quelques points particuliers*, juin 2018.

THERY Irène (dir.), Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, 1998.

THERY Irène, LEROYER Anne-Marie (dir.), Rapport remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, ministère des Affaires sociales et de la Santé, *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014.

TOURAIN Jean-Louis, Rapport d'information n° 1572 sur la révision de la loi relative à la bioéthique, Assemblée Nationale, 15 janvier 2019.

❖ AUTRES REFERENCES

BADINTER Élisabeth,

- *Les conflits d'une mère : Marie-Thérèse d'Autriche et ses enfants*, Flammarion, 2020.
- *L'amour en plus : histoire de l'amour maternel, XVII-XXe siècle*, Flammarion, 2010.

COMMAILLE Jacques,

- *A quoi nous sert le droit ?*, Folio, coll. « Essais », 2015.
- *L'esprit sociologique des lois*, PUF, 1994.

DE SINGLY François, *Sociologie de la famille contemporaine*, Armand Colin, 6^{ème} édition, 2017.

DUSSY Dorothée, *Le berceau des dominations. Anthropologie de l'inceste*, Editions La Discussion, 2013

GODELLIER Maurice, *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004.

GUEDENEY Nicole, GUEDENEY Antoine, *L'attachement : approche théorique et évaluation*, 5^{ème} éd., Masson, 2021.

LATCHOUMANIN Michel, MALBERT Thierry, *Familles et parentalité : Rôles et Fonctions entre Tradition et Modernité*, Harmattan, 2007.

LEMELAND Marie, *Le syndrome du bâtard, connaître ses origines pour construire son identité*, Flammarion, 2021.

MARTIAL Agnès, SEGALEN Martine, *Sociologie de la famille*, Armand Colin, Collection U, 8^{ème} édition, 2013.

ROUSSEL Louis, *La famille incertaine*, Editions Odile Jacob, 2001.

THERY Irène, *Mariage et filiation pour tous, une métamorphose inachevée*, Editions du Seuil et de la République des Idées, 2016.

INDEX ALPHABETIQUE

A

Accès aux origines personnelles,

- Accouchement dans le secret : 667 et s.
- Assistance médicale à la procréation, 289 et s.

Accouchement, 18, 337, 355, 361, 376, 397, 408 et s., 429, 492 et s., 650 et s.

Acte de naissance,

- Établissement de la filiation maternelle : 338, 342, 492
- Transcription de l'acte établi à l'étranger : 207, 363 et s., 378, 381 et s.

Acte de notoriété : 341, 504, 517, 525.

Action à fins de subsides : 602, 609, 646.

Adoption,

- Adoptabilité : 660, 682 et s., 716
- Adoption plénière : 390 et s., 557 et s., 661.
- Adoption simple : 568, 589, 705, 718.
- Consentement : 391, 690 et s.
- Détournement : 374, 594.
- Intrafamiliale : 638.
- Procédure : 342 et s., 682 et s.

Assistance médicale à la procréation,

- Conditions : 272 et s.
- Consentement : 326 et s., 347 et s.
- Contestation de la filiation : 330 et s.
- Critère thérapeutique : 272 et s.
- Établissement de la filiation : 332 et s., 337 et s.
- Modèle artificiel : 289 et s.
- *Post-mortem* : 300 et s.
- Pratiques autorisées : 254 et s.
- Pratiques interdites : 264 et s.
- Principe d'anonymat : 296 et s.
- Projet parental : 273.
- Tourisme procréatif : 13, 197, 397.
- Transidentité : 418.

Autoconservation de gamètes : 259 et s.

Autodétermination : 40, 77, 166, 305, 404, 728.

Autorité parentale : 22, 114, 393 et s., 592, 608, 717 et s.

B

Bioéthique,

- Lois de bioéthique : 19, 42, 46 et s., 249.
- Démarche bioéthique : 72 et s.

C

CAPADD : 292 et s.

CNAOP, 655, 669 et s.

Comité d'éthique, 81,

- Comité consultatif national d'éthique : 66, 80 et s., 98 et s.
- Comités d'éthique locaux : 84

Consensus,

- Démarche bioéthique : 98 et s.
- Droit européen des droits de l'homme : 154 et s.

Consentement,

- Caducité du consentement à l'assistance médicale à la procréation : 326 et s., 347 et s.
- Consentement à l'adoption : 391, 690 et s.
- Consentement à l'assistance médicale à la procréation : 326 et s., 347 et s.

Contractualisation, 26, 436, 554, 731.

Contrôle concret de conventionnalité, 225 et s.

- Conseil d'État : 232.

- Cour de cassation : 230.

- Juges du fond : 228.

Contrôle de constitutionnalité : 211 et s.

Cour européenne des droits de l'homme,

- Interprétation évolutive : 141.
- Marge nationale d'appréciation : 162 et s.
- Obligations positives et ingérences : 148 et s.
- Subsidiarité : 123, 146, 154 et s., 622.

D

Débats publics : 87.

Déjudiciarisation, 26, 48, 202.

Détournement : 374, 393, 416, 518, 594.

Dignité : 79, 101, 106, 128, 220

Don,

- Anonymat : 296 et s.
- Don de gamètes : 258 et s.
- Don dirigé : 266.
- Incitation au don : 260.

- Statut du donneur : 289 et s.
Droit transitoire : 342 et s., 456, 510, 541.

Droits,

- « Droits à... » : 8, 201.
- De l'homme : 8, 125, 131.
- Droits fondamentaux : 8, 126, 131.
- Droits subjectifs : 8, 125 et s.

E

Égalité,

- Égalité entre les familles : 12,
- Égalité des filiations : 12, 42, 192, 435, 576.
- Égalité symbolique : 397.

États généraux de la bioéthique : 87 et s.

Expertises génétiques : 18, 172

F

Famille (notion) : 3 et s., 134.

Fictions : 10, 104.

Filiation (notion) : 3 et s.

Fraude à la loi,

- Assistance médicale à la procréation : 309,
- Gestation pour autrui : 57, 198, 364, 390
- Reconnaissance frauduleuse : 373, 499

G

Géniteur sous X : 548 et s.

Gestation pour autrui,

- Jurisprudence européenne : 364 et s.
- Jurisprudence française : 373 et s.
- Réaffirmation de l'interdit : 264.

Globalisation des sources : 153.

I

Identité,

- Droit à l'identité : 142, 167, 295, 364, 441, 445, 460, 538, 560, 609, 626, 654 et s., 672.
- Genre : 408 et s.

Individualisme : 55, 106, 135, 201.

Infertilité : 272 et s.

Intérêts, 24 et s., 485.

- Intérêt collectif : 133, 174, 535.
- Intérêt de l'enfant : 24, 153, 175 et s., 288, 344 et s., 366, 371, 391, 411, 462, 544, 560,
- Intérêt général : 133, 174, 236, 437, 451, 477, 559, 562,
- Intérêt identitaire : 484.
- Intérêt individuel : 236, 475, 561.
- Intérêt patrimonial : 481 et s., 513

J

Jusnaturalisme : 112, 125 et s.

L

Libertés individuelles : 103, 184, 503.

Loi,

- Évolution de l'élaboration normative : 201 et s.
- De bioéthique : v. Bioéthique

M

Mise en balance des intérêts : 175, 229.

Modèle (notion et rôle) : 17, 32 et s.

Mutations : 2

- De l'élaboration normative : v. Loi
- De l'ordre public : 187, 236, 245, 726.
- Méthodologiques : 240, 486.
- Substantielles : 187.

O

OPECST : 60 et s.

Ordre public,

- Ordre public de direction : 12.
- Ordre public de protection : 18.
- Ordre public international : 379, 388

Origines : v. Accès aux origines personnelles

P

Pluralisme,

- Conjugal : 12.
- De valeurs : 77.
- Normatif : 7, 41, 243.

Principe chronologique : 341, 447, 593,

Projet parental : 273 et s., 552.

Proportionnalité : v. Mise en balance des intérêts

Q

QPC : 213

- Refus transmission : 224, 340, 346, 451, 534.

R

Reconnaissance : 482, 494, 497 et s.

Reconnaissance des situations constituées à l'étranger : 380 et s.

S

Secret : 503, 636.

Stérilité : v. Infertilité.

Subjectivisation : 14, 21, 24, 40, 135, 435, 728.

Subsidiarité : 123, 146, 154 et s., 622.

Successions : 11, 27, 34, 144, 481.

T

Tourisme procréatif : 13, 197, 397.

Transcription de l'acte d'état civil : v. Acte de naissance

Transidentité : 400 et s.

V

Vie privée familiale (notion) : 142 et s.

Viol incestueux : 581.

Volonté individuelle : 12, 79, 187, 503, 552.

TABLE DES MATIERES

Principales abréviations.....	V
Sommaire	VII
Introduction	1
Partie I : La subjectivisation des normes du droit de la filiation	31
TITRE I : LA DIFFUSION DE METHODES CASUISTIQUES EN DROIT DE LA FILIATION.....	35
CHAPITRE I : LA METHODE CASUISTIQUE AU CŒUR DE LA DEMARCHE BIOETHIQUE.....	37
SECTION I : LES PARTICULARITES DES DES LOIS DE BIOETHIQUE.....	39
§I. La révision régulière de la loi de bioéthique	39
A. Les conditions de la révision	40
B. Les effets sur le contenu de la norme.....	43
1- Contenu incomplet	43
2- Contenu complété.....	48
§II. L'évaluation régulière de la loi de bioéthique	51
A. Les conditions de l'évaluation	52
1- Les évaluations destinées au Parlement et au Gouvernement	52
2- Les évaluations complémentaires.....	56
B. Les effets sur le contenu de la norme.....	58
SECTION II : LE TRANSFERT DE LA DISCUSSION DE VALEURS HORS DE L'ENCEINTE PARLEMENTAIRE	61
§I. La démarche bioéthique : discussion pluridisciplinaire et confrontation de valeurs.....	62
A. Brève définition de la bioéthique.....	62
B. Les modalités d'élaboration de la démarche bioéthique	64
§II. L'institutionnalisation des acteurs de la bioéthique.....	68
A. Les comités d'éthique, figures de la démarche bioéthique	69
B. Le rôle d'intermédiaire du CCNE entre décideurs publics et société civile	75
§III. Le discours bioéthique, diffusion d'un raisonnement pluridisciplinaire et consensuel	77
A. L'approche des valeurs dans le discours bioéthique.....	78
1- La méthode de raisonnement.....	78
2- Le contenu substantiel	80
B. L'objectivité relative du discours bioéthique.....	83
1- L'ambivalence des fondements.....	83
2- La place particulière du fait.....	85
3- La conception immanente	88
CHAPITRE II : LA CONSIDERATION DE LA SINGULARITE AU CŒUR DES DROITS FONDAMENTAUX	95
SECTION I : L'ELABORATION D'UNE PROTECTION FAMILIALE INDIVIDUALISEE PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME	99
§I. La protection de l'humain par les droits de l'homme	99
A. Un système de valeurs fondé sur l'humain	100
B. L'octroi de droits fondamentaux : l'humain protégé	105
§II. Un raisonnement constructif en faveur des singularités	113
A. L'effectivité, justification centrale de l'extension de l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme	114
B. L'effectivité, critère d'ajustement dans la mise en œuvre de la protection par les États	120
1- La détermination des modes de protection à la charge des États	120
a. L'extension des modes de protection.....	120
b. Les limites à l'extension : les manifestations du principe de subsidiarité	125

2- Le contrôle des modes de protection par la Cour	131
a. Le cadre de la marge nationale d'appréciation	131
b. L'appréciation concrète de la situation : recherche des intérêts prépondérants	140
SECTION II : FONDAMENTALISATION DU DROIT INTERNE	151
§I. Le pluralisme d'influences renouvelant l'élaboration de la loi	152
A. Modifications légales et fondamentalisation	153
B. Le renouvellement de l'élaboration de la loi civile.....	161
1- L'élaboration législative progressive et catégorielle.....	161
2- L'évolution des rapports loi-juge judiciaire	167
§II. Le développement du contrôle interne de la loi	169
A. La relativité des contrôles de constitutionnalité	169
1- La subordination de la loi à la Constitution	169
2- Le contrôle constitutionnel restreint en matière familiale.....	171
3- L'influence limitée du Conseil constitutionnel	174
B. Le renouvellement des contrôles du juge judiciaire	178
TITRE II : LA MUTATION DU MODELE FILIATIF AU GRE DES SINGULARITES	197
CHAPITRE I : LA CONSECRATION DE LA BI-MATERNITE	199
SECTION I : L'EVOLUTION DE L'ENCADREMENT DE L'ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCREATION RESULTANT DU CONSENSUS	201
§I. L'absence d'évolution des techniques d'assistance médicale à la procréation	202
A. L'élargissement à la marge des techniques autorisées.....	202
B. Le maintien général des techniques interdites	210
§II. L'ouverture des conditions relatives aux bénéficiaires.....	215
A. L'adaptation du modèle d'engendrement biologique	215
1- La relativisation de l'hétéronormativité	215
a. Changement de critère : du critère thérapeutique au projet parental	215
b. Les projets parentaux autorisés.....	219
2- La consécration du caractère artificiel de l'engendrement par la levée du principe d'anonymat.....	229
B. Les résistances du modèle d'engendrement biologique.....	238
1- Des bénéficiaires vivants.....	238
a. Le maintien de l'interdiction de l'assistance médicale à la procréation <i>post-</i> <i>mortem</i>	239
b. La tentative d'interdire le transfert de gamètes en vue de la réalisation d'une procréation médicalement assistée <i>post-mortem</i> à l'étranger	246
2- Des bénéficiaires en âge d'être parents	250
SECTION II : L'ADAPTATION DU DROIT DE LA FILIATION	253
§I. Le maintien et la généralisation des adaptations du droit commun de la filiation reposant sur l'altérité sexuelle	256
A. L'obligation d'établir la filiation	257
B. L'impossibilité de contester la filiation	262
§II. Le régime mixte de la filiation au sein d'un couple de femmes	265
A. L'établissement <i>stricto sensu</i> : une déclaration conjointe aux effets unilatéraux	266
B. Le formalisme adapté du consentement à l'assistance médicale à la procréation	275
CHAPITRE II : LE REFUS DE DISSOCIER MATERNITE ET ACCOUCHEMENT	287
SECTION I : LES EFFETS AMBIVALENTS DES GESTATIONS POUR AUTRUI	289
§I. L'édifice prétorien : la tour de Pise.....	291
A. La position européenne : le droit de l'enfant à une ascendance	292
B. La position juridictionnelle française : satisfaire des injonctions contradictoires	301
§II. Les échafaudages textuels, « chainage des murs porteurs »	306
A. Refus de la transcription intégrale de l'acte de naissance	308
B. La volonté légale d'imposer un contrôle judiciaire	312
1- Exequatur	312
2- Préférence du législateur pour un contrôle via la voie de l'adoption	316
SECTION II : TRANSIDENTITE ET PARENTE	328

§I. La considération partielle de la transidentité en droit commun de la filiation	330
A. L'enfant né avant le changement de sexe de son parent.....	330
B. L'enfant né après le changement de sexe de son parent	332
§II. La non-considération de la transidentité dans l'accès à l'AMP.....	341
A. L'obligation d'être en couple avec une femme cisgenre	342
B. Mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation au sein d'un couple transgenre	345
Partie II : La subjectivisation du contentieux du droit de la filiation	355
TITRE I : LA SUBJECTIVISATION DES ACTIONS RELATIVES A LA FILIATION	359
CHAPITRE I : LA SUBJECTIVISATION DES CONFLITS ET CONTESTATIONS DE FILIATIONS.....	363
SECTION I : LA JUSTIFICATION ET LA RELATIVISATION DES DELAIS POUR AGIR.....	365
§I. L'obligation de contrôler les fins de non-recevoir à l'action en contestation de filiation	366
A. L'obligation de contrôle justifiée par l'atteinte excessive aux droits fondamentaux	366
1- Le régime abstrait de la contestation de la filiation.....	367
2- Les atteintes potentielles	369
B. L'instauration progressive du contrôle	374
§II. L'encadrement strict du contrôle	379
A. La caractérisation de l'atteinte.....	379
B. Les apports quant au contenu du régime de contestation.....	383
SECTION II : LE RENFORCEMENT DE LA NORME PAR LA CONSIDERATION DES SINGULARITES AU SEIN DES CONFLITS DE FILIATION	386
§I. La mise en exergue des intérêts protégés par la norme	387
A. Les intérêts publics et privés	387
B. Les intérêts exclusivement privés	392
§II. Le perfectionnement et la sécurisation du régime	398
A. La nécessité de modifier la méthode ?.....	398
B. La nécessité de modifier les modes d'établissement ?.....	400
CHAPITRE II : LA SUBJECTIVISATION DE L'ETABLISSEMENT CONTENTIEUX DE LA FILIATION ...	415
SECTION I : L'ACTION EN CONSTATATION DE LA POSSESSION D'ETAT	417
§I. L'apport relatif du contrôle confirmé.....	418
§II. L'utilité de la possession d'état comme mode d'établissement de la filiation.....	423
A. L'utilité actuelle de la possession d'état au titre des modes d'établissement de la filiation	423
B. L'utilité renouvelée de la possession d'état ?	426
SECTION II : L'ACTION EN RECHERCHE DE PARENTE	432
§I. L'action en recherche de paternité prescrite	433
A. La confrontation du régime de l'action en recherche de paternité aux droits fondamentaux	434
1- Le régime de l'action en recherche de paternité.....	435
2- Les apports procéduraux du contrôle concret	441
3- La relativité de l'apport de l'approche concrète.....	444
B. Le maintien opportun des paternités imposées ?	447
1- Libérer l'homme des paternités forcées ?	447
2- Éviter les paternités forcées ?.....	452
§II. L'action en recherche de parenté par l'enfant adopté	453
A. L'obstacle matériel à l'action en recherche de paternité	453
B. L'apport relatif du contrôle concret	457
TITRE II : LA SUBJECTIVISATION DE L'ETABLISSEMENT DU LIEN DE FILIATION <i>AB INITIO</i>	467
CHAPITRE I : LA SUBJECTIVISATION DE LA FILIATION INCESTUEUSE.....	469
SECTION I : L'ENCADREMENT LEGAL DE L'EMPECHEMENT D'ETABLIR LES DEUX LIENS DE FILIATION.....	471
§I. Le cadre répressif des relations incestueuses	471
§II. L'encadrement civil des relations incestueuses	473

A. Le contenu de l'empêchement à l'établissement de la filiation.....	474
1- L'impossibilité d'établir la filiation bilinéaire de l'enfant né d'un inceste absolu	475
2- Le choix du lien de filiation à établir	476
3- L'absence de dérogation à l'empêchement	478
B. La double justification de la règle.....	480
C. Les palliatifs du lien de filiation vacant.....	482
SECTION II : L'APPRECIATION CONCRETE DE L'EMPECHEMENT A L'ETABLISSEMENT DE LA	
FILIATION INCESTUEUSE	487
§I. Les difficultés concrètes : inadéquation entre filiation établie et prise en charge de	
l'enfant.....	488
§II. L'analyse subjectivée de la filiation incestueuse	491
A. Relations de couple et inceste au prisme des droits fondamentaux	491
B. La filiation incestueuse au prisme des droits fondamentaux	493
1- Les auteurs du contrôle	493
2- La mise en balance des intérêts	497
SECTION III : LES PISTES D'EVOLUTION	502
§I. L'inceste confronté aux réalités contemporaines	502
A. Évolution sociale et filiation incestueuse	502
B. Le renouvellement contemporain des formes d'inceste.....	504
§II. L'établissement bilinéaire de la filiation de l'enfant né d'un inceste absolu.....	507
§III. Le maintien des actions accessoires	509
CHAPITRE II : LA SUBJECTIVISATION DE L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION PATERNELLE DE	
L'ENFANT NE DANS LE SECRET	513
SECTION I : DROITS DE L'ENFANT ET SECRET DE L'ACCOUCHEMENT	516
§I. Établissement de la filiation maternelle et droit à l'identité.....	516
A. La protection de la mère et de l'enfant par le secret de l'accouchement.....	517
B. La possibilité d'établir la filiation maternelle malgré l'accouchement dans le secret	521
§II. La connaissance des origines personnelles	524
A. L'encadrement de l'accès aux origines personnelles à la suite d'un accouchement	
dans le secret	525
B. La conventionnalité de l'accès aux origines personnelles à la suite d'un	
accouchement dans le secret.....	528
SECTION II : FILIATION PATERNELLE ET SECRET DE L'ACCOUCHEMENT	534
§I. La reconnaissance progressive des revendications paternelles	535
A. La validité de la reconnaissance paternelle	536
1- Les difficultés d'identification et reconnaissance de l'enfant	536
2- La reconnaissance et l'identification de l'enfant.....	537
3- La date du consentement à l'adoption.....	538
B. Le recours permettant d'interrompre la procédure d'adoption de l'enfant.....	541
1- Le recours contre le refus de restitution de l'enfant	542
2- La contestation de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État	544
3- L'intervention dans la procédure d'adoption	546
§II. Les pistes de réflexion	553
A. Les pistes préventives : améliorer la prise en considération du père de l'enfant né	
dans le secret	553
B. Les pistes curatives	556
Conclusion générale	563
Bibliographie	567
Index alphabétique	599
Table des matières	603

LES MUTATIONS DU DROIT DE LA FILIATION

Résumé : Avant même la loi de ratification de 2009, réformant l'ordonnance relative à la filiation en 2005, la matière semblait déjà devoir affronter de nouveaux défis. L'évolution des progrès techniques et scientifiques ainsi que la diffusion des droits fondamentaux perturbent, en effet, les équilibres entre les enjeux collectifs et individuels inhérents à l'encadrement des relations familiales. Davantage tournées vers l'individu, ces influences conjuguées densifient la subjectivisation décrite par le doyen Carbonnier.

Partant du constat que ce phénomène a franchi une nouvelle étape depuis la libéralisation du mariage en 2013, cette étude a vocation à étudier les mutations à l'œuvre en droit de la filiation qui en découlent. Il en ressort que la nouvelle étape du phénomène consiste à considérer davantage les singularités tant en amont qu'en aval de la loi. Au stade de l'élaboration, le contenu de la loi est négocié quand, au stade de l'application, la solution est établie concrètement. La limite opposée à la volonté individuelle doit désormais être plus concrète et justifiée. En conséquence, le contrôle du domaine se déplace principalement en faveur du juge, au plus près des situations d'espèce.

Mots-clés : Droits fondamentaux – Transformations sociales – Filiation – Famille – Intérêt de l'enfant – Engendrement

THE FILIATION LAW EVOLUTIONS

Abstract : Even before the 2009 ratification law, which reformed the 2005 filiation ordinance, the subject was already facing new challenges. Developments in technical and scientific progress, as well as the expansion of fundamental rights, indeed, are disrupting the balance between collective and individual issues inherent to the legal framework of family relationships. These combined influences, which are more focused on the individual, are intensifying the subjectivisation described by dean Carbonnier.

Given that this phenomenon has reached a new stage since the liberalization of marriage in 2013, the aim of this study is to examine the resulting mutations in the filiation laws. It emerges that the heteronormative model is gradually fading, implying with the liberalization of the subject, more subtly, to a personalization of its application. In the filiation law, the phenomenon of subjectivisation can therefore be seen both upstream and downstream of the law. At the drafting stage, the content of the law struggles to set limits, whereas at the application stage, the limit set against the individual will have to be more tangible and justified. As a result, the control of the field shifts in favor of the judge, as close as possible to individual situations.

Keywords : Fundamental rights – Social transformations – Filiation – Family – Best interest of the child – Reproduction
