

# UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE

## THÈSE

pour l'obtention du grade de

Docteur en droit

Discipline : Droit privé

présentée et soutenue publiquement par

Ségolène PERRIN

le 1<sup>er</sup> juillet 2009

### **Parenté et parentalité : le rôle du tiers dans la vie de l'enfant**

**Étude de droit comparé européen**

Sous la direction de Madame le Professeur Frédérique GRANET-LAMBRECHTS

#### JURY :

Madame Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, Professeur à l'Université de Strasbourg

Monsieur Patrice HILT, Maître de conférences (HDR) à l'Université de Strasbourg

Madame Françoise MONÉGER, Professeur des Universités, Conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire

Monsieur Pierre MURAT, Professeur à l'Université Pierre Mendès France de Grenoble



*Cette thèse a été récompensée  
par le prix Christophe Guillaume Koch 2009 du Chapitre de Saint-Thomas et  
par le prix 2010 du Conseil scientifique de l'Université de Strasbourg.*



*Je tiens à adresser mes remerciements les plus sincères à  
Madame le Professeur GRANET-LAMBRECHTS pour son écoute et les précieux conseils  
qu'elle a su me prodiguer tout au long de l'élaboration de ce travail.*



*À mes parents,*

*à Philippe.*



## SOMMAIRE

<b>SOMMAIRE .....</b>	<b>9</b>
<b>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS .....</b>	<b>11</b>
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE .....</b>	<b>15</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE : LA RÉACTION MODULÉE DU DROIT FACE À LA PARENTALITÉ : L'ABSENCE DE STATUT UNIFORME DU TIERS .....</b>	<b>45</b>
<b>TITRE 1 : PARENTALITÉ ET PARENTÉ UNILINÉAIRE .....</b>	<b>49</b>
<b>Chapitre 1 : La parentalité partiellement prise en compte : les prérogatives octroyées au tiers.....</b>	<b>53</b>
Section 1 : Le tiers et la famille unilinéaire par le sang .....	55
Section 2 : Le tiers et la famille unilinéaire par adoption.....	72
Conclusion du Chapitre 1 : .....	93
<b>Chapitre 2 : La parentalité niée : le refus de reconnaître la parentalité de la mère génitrice de l'enfant né suite à une maternité de substitution .....</b>	<b>95</b>
Section 1 : Prohibition de la maternité de substitution : la négation de la mère intentionnelle .....	97
Section 2 : Réflexions sur une prise compte de la mère intentionnelle : l'inéluctable admission de la gestation pour le compte d'autrui .....	110
Conclusion du Chapitre 2 : .....	137
<b>Conclusion du Titre 1 : .....</b>	<b>139</b>
<b>TITRE 2 : PARENTALITÉ ET PARENTÉ BILINÉAIRE .....</b>	<b>141</b>
<b>Chapitre 1 : La parentalité ignorée : parenté bilinéaire et pluriparentalité de fait .....</b>	<b>143</b>
Section 1 : La parentalité du tiers favorisée par l'exercice unilatéral de l'autorité parentale.....	144
Section 2 : La parentalité de tiers confrontée à l'exercice conjoint de l'autorité parentale.....	171
Conclusion du Chapitre 1 .....	197
<b>Chapitre 2 : La parentalité occultée : l'effacement des origines .....</b>	<b>199</b>
Section 1 : L'effacement des origines par la volonté du tiers géniteur .....	199
Section 2 : L'effacement des origines compensé par la parenté.....	225
Conclusion du Chapitre 2 : .....	247
<b>Conclusion du Titre 2 .....</b>	<b>249</b>
<b>CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE : .....</b>	<b>251</b>

<b>SECONDE PARTIE : LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DU RÔLE DU TIERS : LA NÉCESSAIRE SUBORDINATION À LA VOLONTÉ.....</b>	<b>257</b>
<b>TITRE 1 : LA RECONNAISSANCE DU TIERS PAR LA PARENTÉ .....</b>	<b>261</b>
<b>Chapitre 1 : La volonté créatrice : la constitution d'un nouveau lien de parenté.</b>	<b>263</b>
Section 1 : La filiation de complaisance .....	263
Section 2 : L'adoption de l'enfant.....	280
<b>Conclusion du Chapitre 1 :.....</b>	<b>321</b>
<b>Chapitre 2 : La volonté entravée : les obstacles à la création du lien de parenté..</b>	<b>325</b>
Section 1 : L'ordre public comme obstacle à la parenté .....	325
Section 2 : Le secret comme obstacle à la parenté.....	366
Conclusion du Chapitre 2 .....	377
<b>Conclusion du Titre 1 : .....</b>	<b>379</b>
<b>TITRE 2 : LA RECONNAISSANCE DU TIERS SANS RECOURS À LA PARENTÉ .</b>	<b>383</b>
<b>Chapitre 1 : La volonté comme fondement de la reconnaissance du rôle du tiers géniteur.....</b>	<b>385</b>
Section 1 : La reconnaissance de l'accès aux origines personnelles de l'enfant adopté ou ayant eu la qualité de pupille de l'État .....	386
Section 2 : L'accès aux origines personnelles des enfants nés grâce à un don de gamètes.....	406
Conclusion du Chapitre 1 :.....	421
<b>Chapitre 2 : La volonté comme fondement de la reconnaissance du rôle du tiers coparent.....</b>	<b>423</b>
Section 1 : Des solutions diverses et manquant de lisibilité .....	423
Section 2 : La reconnaissance de la parentalité du coparent sans détournement de la parenté.....	497
Conclusion du Chapitre 2 :.....	515
<b>Conclusion du Titre 2 : .....</b>	<b>517</b>
<b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE .....</b>	<b>521</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>527</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>537</b>
<b>TABLES DE JURISPRUDENCE.....</b>	<b>561</b>
<b>INDEX.....</b>	<b>578</b>
<b>TABLES DES MATIÈRES .....</b>	<b>585</b>

## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ABGB	Code civil autrichien ( <i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> )
Abs.	<i>Absatz</i> (alinéa)
AJ fam.	Actualité juridique famille
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
Ar.	Décret du ministre de l'Intérieur hongrois n° 6/2003 du 7 mars 2003 <i>sur la tenue des registres de l'état civil, sur la célébration du mariage et sur le nom</i> (6/2003, III. 7, <i>MTTH rendelkezés az anyakönyvekrol, a hazassagkötési eljárásrol es a névviselésrol</i> )
BGB	Code civil allemand ( <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> )
BOE	Journal officiel espagnol ( <i>Boletín Oficial del Estado</i> )
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
BverfGE	Décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande ( <i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> )
BW	Code civil néerlandais ( <i>Burgerlijk Wetboek</i> )
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambres civiles de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CE	Conseil d'État
CECOS	Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme humains
CEDH	Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme
CGI	Code général des impôts
CIDE	Convention internationale <i>relative aux droits de l'enfant</i> du 20 novembre 1989
CNAF	Caisse nationale d'allocations familiales

CNAOP	Conseil national pour l'accès aux origines personnelles
CPC	Code de procédure civile
C. pén.	Code pénal
Csjt	Loi hongroise IV de 1952 <i>sur le mariage, la famille et la tutelle (1952. évi IV. törvény à hazasságról, a családrol és a gyámságról)</i>
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
DA	Recueil analytique de jurisprudence et de législation Dalloz
Défrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DPR n° 396/2000	Règlement <i>de l'état civil</i> du 3 novembre 2000, entré en vigueur le 30 mars 2001 ( <i>Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile</i> )
Dr. et pat.	Droit et patrimoine
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. pén.	Droit pénal
Gazz. Uff.	Journal officiel italien ( <i>Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana</i> )
GP	Gazette du Palais
INED	Institut national d'études démographiques
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
J-Cl.	Juris-Classeur
JCP éd. G	Juris-Classeur périodique édition générale
JCP éd. N	Juris-Classeur périodique édition notariale
JDI	Journal du droit international
JO	Journal officiel
KRO	Code de la famille et de la tutelle polonaise ( <i>Kodeks Rodzinny i Opiekunczy</i> )
L. Ad.	Lois italiennes <i>sur l'adoption et la garde des mineurs et sur l'adoption internationale</i> (n° 184/1983 et n° 476/1998 <i>Leggi disciplina dell'adozione et dell'affidamento dei minori et sull'adozione internazionale</i> )
LCR	Loi espagnole <i>du registre civil</i> de 1957 ( <i>Ley del registro civil</i> )
LPA	Les petites affiches

Mém.	Mémorial du Grand-Duché de Luxembourg
OEC	Ordonnance fédérale suisse <i>sur l'état civil</i> du 28 avril 2004
OZ	Loi croate <i>sur la famille (Obiteljski zakon</i> , NN br. 162/99)
PASC	Loi polonaise <i>sur les actes de l'état civil</i> du 29 septembre 1986 ( <i>Ustawa – prawo o aktach stanu cywilnego</i> )
PStG	Loi allemande du 8 août 1957 <i>sur l'état civil (Personenstandsgesetz)</i>
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RFDA	Revue français de droit administratif
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RJPF	Revue juridique personne et famille
RRC	Règlement <i>du registre civil</i> espagnol de 1958 ( <i>Reglamento del registro civil</i> )
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTD fam.	Revue trimestrielle de droit familial
S.	Recueil Sirey
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
UNAF	Union nationale des associations familiales



## INTRODUCTION GÉNÉRALE

1 Famille. « *Les savants d'il y a cent ans se demandaient d'où elle venait, ceux d'aujourd'hui se demandent plutôt où elle va* »<sup>1</sup>. Pilier naturel de la société, la famille est traditionnellement considérée comme l'une de ses cellules de base, tant sur le plan politique qu'économique<sup>2</sup>. La famille, cadre privilégié de la perpétuation de l'espèce humaine, assure également l'éducation et la socialisation de l'enfant. « *A ces fonctions traditionnelles, il convient d'en ajouter une autre, sans doute éternelle, longtemps secondaire, alors qu'elle paraît aujourd'hui primordiale : la famille a pour fonction d'assurer l'épanouissement personnel de l'individu* »<sup>3</sup>. Cette recherche du bonheur, conjuguée à d'autres facteurs, a eu pour effet de faire évoluer les structures de la famille.

2 Sujet pluridisciplinaire. La famille, en tant que réalité sociale et culturelle, universelle et complexe, est un sujet d'étude pluridisciplinaire (philosophie, sociologie, anthropologie, ethnologie...). Le droit de la famille « *est constitué par l'ensemble des règles d'ordre patrimonial et extrapatrimonial qui régissent les rapports de famille* »<sup>4</sup>. Plus que tout autre domaine du droit, il se nourrit des conceptions religieuses, philosophiques, politiques d'une société à un moment donné. Il ne peut rester insensible aux évolutions démographiques ou économiques qui tendent à faire évoluer la famille. Différentes branches du droit traitent de la famille : le droit civil, le droit fiscal, le droit social, le droit pénal, le droit commercial, le

---

<sup>1</sup> CARBONNIER J., *in Flexible Droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 279.

<sup>2</sup> Il est vrai qu'à l'heure actuelle, la famille est moins un centre de production que de consommation. Toutefois, les transferts économiques entre les membres d'une famille ne sont pas à négliger et notamment s'agissant de la transmission de l'entreprise familiale. Ainsi, la réforme des successions entreprise par la loi du 23 juin 2006 (loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 *portant réforme des successions et des libéralités*, JO 24 juin 2006, p. 9513) a mis en place différents mécanismes facilitant cette transmission : renonciation par anticipation des héritiers réservataires à l'action en réduction (art. 929 et s. C. civ.), attribution préférentielle à un héritier de tout ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou quote-part indivise d'une telle entreprise, même formée pour une part de biens dont il était déjà propriétaire ou copropriétaire avant le décès, à l'exploitation de laquelle il participe ou a participé effectivement (art. 831 et s. C. civ.) (LEROYER A.-M., *Réforme des successions et des libéralités*, RTD civ. 2006, 612). En ce sens également, la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 *en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat* (JO n° 193 du 22 août 2007, p. 13945) a prévu un abattement de 151 950 euros sur les successions ou donations en faveur des ascendants ou des descendants (art. 779 CGI).

<sup>3</sup> MALAURIE P. et FULCHIRON H., *La famille*, Defrénois, 3<sup>ème</sup> éd., 2009, n° 7. Pour plus de la moitié des Français, la famille est synonyme d'amour. Plus de 40 % d'entre eux l'associent au bonheur. Enfin, 99 % des Français considèrent qu'elle est quelque chose d'important dans leur vie : *Famille et société, sondages 2008*, Caisse nationale d'allocations familiales (CNAF), dossier d'étude n° 111, décembre 2008, p. 25.

<sup>4</sup> BATTEUR A., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2009, n° 1.

droit médical, le droit rural, le droit administratif... Notre propos se concentrera sur l'appréhension des structures familiales actuelles par le droit civil extrapatrimonial de la famille.

**3 Déclin de l'institution matrimoniale.** Le Code civil de 1804 imposait un modèle autoritaire fondé sur le mariage, la puissance paternelle et la prédominance de l'homme sur la femme. Mais cette vision de la famille a subi de nombreuses et profondes mutations aussi bien d'origine sociologique que juridique<sup>5</sup>. La libéralisation des mœurs, la possibilité de divorcer, la multiplication des unions hors mariage ont entraîné un déclin de l'institution matrimoniale, jusque-là considérée comme l'unique mode de vie d'un couple et comme seul fondement de la famille. En 2008, plus de la moitié des enfants sont nés hors mariage<sup>6</sup>. A titre de comparaison, ce chiffre n'était que de 37 % en 1994<sup>7</sup>. Le concubinage s'est ainsi massivement développé. Longtemps ignoré et chargé d'opprobre, le législateur l'a inscrit dans le Code civil par la loi du 15 novembre 1999<sup>8</sup>. Cette même loi a introduit le pacte civil de solidarité, à mi-chemin du mariage et du concubinage, ouvert aux couples hétérosexuels et homosexuels<sup>9</sup>. De nombreuses modifications ont été entreprises afin d'améliorer le statut des partenaires à un pacte civil de solidarité<sup>10</sup>. La famille française

---

<sup>5</sup> Sur l'évolution sociologique de la famille, v. SEGALIN M., *Les transformations de la famille*, Familles et politiques familiales, Cahiers français, n° 322, La Documentation française, 2004, p. 3.

<sup>6</sup> Soit 52 %, PLA A., *Bilan démographique 2008, Plus d'enfants, de plus en plus tard*, Institut national de la statistique et des études économiques, INSEE Première, n° 1220, janvier 2009.

<sup>7</sup> PLA A., *Bilan démographique 2007*, Institut national de la statistique et des études économiques, INSEE Première, n° 1171, janvier 2008. En 1980, seuls 11 % des enfants naissaient hors mariage en France métropolitaine.

<sup>8</sup> Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 *relative au pacte civil de solidarité* (JO n° 265 du 16 novembre 1999, p. 16959). Jusque-là le concubinage ne pouvait être que l'union d'un homme et d'une femme, calquée de l'institution matrimoniale (v. notamment Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 décembre 1997, D. 1998, 111, concl. contraires WEBER J.-F., note AUBERT J.-L. ; JCP éd. G 1998, II, 10093, note DJIGO A. ; Defrénois 1998, 104, obs. BENABENT A. ; Dr. fam. 1998, comm. n° 36, note LECUYER H. ; RTD civ. 1998, 347, obs. HAUSER J.). Depuis la loi du 15 novembre 1999, le concubinage est « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple » (art. 515-8 C. civ.).

<sup>9</sup> Selon l'article 515-1 du Code civil, « un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». D'autres législations en Europe (par exemple au Royaume-Uni, en Belgique ou aux Pays-Bas) ont mis en place des partenariats enregistrés.

<sup>10</sup> Par exemple, à l'instar du conjoint survivant, le partenaire lié au défunt par un pacte civil de solidarité, bénéficie d'une exonération totale des droits de succession (art. 796-0 bis CGI, issu de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 *en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, JO n° 193 du 22 août 2007, p. 13945). S'agissant des donations, l'abattement est de 76 000 euros. De même, la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 (loi de finance pour 2005, JO n° 304, du 31 décembre 2004, p. 22459) a permis aux membres d'un pacte civil de solidarité de faire une déclaration d'imposition commune sans avoir à attendre le troisième anniversaire de l'enregistrement du pacte (art. 6 CGI). La loi du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection*

ainsi que le droit de la famille ont donc fortement évolué depuis plusieurs dizaines d'années<sup>11</sup>.

**4 Évolution de la structure familiale au cours d'une vie.** L'accroissement du nombre des divorces<sup>12</sup> et l'allongement de l'espérance de vie ont favorisé les modifications de la configuration familiale d'une personne au cours d'une vie. Le développement des familles monoparentales en est l'illustration. Il s'agit d'une « *famille dans laquelle l'enfant vit avec un seul de ses parents (père ou mère) et qui englobe, outre les cas de famille unilinéaire, toutes les hypothèses dans lesquelles l'enfant demeure légalement rattaché à celui de ses parents avec lequel il ne vit pas (conservant à son égard ses droits et devoirs)* »<sup>13</sup>. La monoparentalité peut aussi bien découler d'une relation éphémère, d'une séparation, d'un divorce ou plus rarement d'un décès. En 2005, on comptait environ 1,76 million de familles composées d'un adulte avec un ou plusieurs enfants de moins de 25 ans<sup>14</sup>. Ce chiffre est en constante augmentation<sup>15</sup>. Près de 18 % des enfants de moins de 25 ans, soit 2,84 millions, vivent ainsi au sein de telles familles. Le phénomène de la monoparentalité est également présent de nombreux États européens : en 2005, on estimait à 13 % le nombre de ménages monoparentaux parmi les ménages avec enfants<sup>16</sup>. Le Royaume-Uni détient le taux le plus élevé (24 % des ménages avec enfants sont des ménages

---

*juridique des majeurs* (JO n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325) permet désormais un partenaire de demander l'ouverture d'une mesure de protection (nouvel art. 430 C. civ.), de devenir tuteur ou curateur de l'autre (nouvel art. 449 C. civ.). En outre, le partenaire est tenu de conserver la tutelle ou la curatelle au-delà de cinq ans (nouvel art. 453 C. civ.). Nonobstant, le pacte civil de solidarité « *est sans incidence sur les autres titres du Livre 1<sup>er</sup> du Code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation, à la filiation adoptive et à l'autorité parentale, ensemble de dispositions dont les conditions d'application ne sont pas modifiées par la loi déferée* » (Conseil constitutionnel, 9 novembre 1999, JO 16 novembre 1999). Dès lors, par certains de ses aspects, le mariage reste plus favorable. Par exemple, l'adoption par un couple reste réservée aux personnes mariées, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est favorisée (à l'inverse de celle de l'enfant du partenaire ou du concubin), l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant né dans le mariage est facilité grâce à la présomption de paternité.

<sup>11</sup> Les Français considèrent pour une grande majorité d'entre eux (75 %) qu'il s'agit là de changements de mentalités normaux dans une société, *Famille et société, sondages 2008*, préc., p. 30.

<sup>12</sup> Le divorce touche plus d'un mariage sur trois, voire un sur deux dans les grandes villes (MALAURIE P. et FULCHIRON H., *op. cit.*, n° 14).

<sup>13</sup> *Vocabulaire juridique*, CORNU G. (Dir.), Association Henri Capitant, Presses universitaires de France, 8<sup>ème</sup> éd., 2007.

<sup>14</sup> Il s'agit principalement de femmes vivant seules avec leur(s) enfant(s) (environ 85 % des cas), mais la part des hommes dans la même situation n'est pas négligeable (CHARDON O., DAGUET F., VIVAS E., *Les familles monoparentales, Des difficultés à travailler et à se loger*, Insee Première, n° 1195, juin 2008).

<sup>15</sup> Elles sont aujourd'hui 2,5 fois plus nombreuses qu'en 1968.

<sup>16</sup> 33 % des ménages de l'Union européenne ont au moins un enfant : Eurostat, *La famille dans l'UE25 vue à travers les chiffres*, mai 2006, disponible sur le site internet <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>.

monoparentaux), suivi de la Belgique (18 %), de l'Estonie (17 %), du Danemark et de l'Allemagne (16 %). La France se situe dans la moyenne européenne avec 14 % de ménages monoparentaux. A l'inverse, dans d'autres États européens la proportion de ménages monoparentaux est faible par rapport au nombre total de ménages avec enfants, comme à Malte (4 %), en Grèce (5 %), en Espagne, en Italie ou en Slovaquie (6 %). La monoparentalité est fréquemment transitoire<sup>17</sup>. En effet, il est courant qu'après une période de solitude, le parent s'engage dans une nouvelle relation entraînant alors la création d'une famille dite recomposée<sup>18</sup>. Il s'agit d'« *une famille dont les soutiens (homme, femme), ayant vécu l'un ou l'autre ou l'un et l'autre chacun de son côté, en mariage ou hors mariage, avec d'autres partenaires, s'unissent, après divorce, rupture ou décès, pour vivre ensemble, en mariage ou en union libre, avec les enfants issus des unions antérieures et, le cas échéant, leurs enfants communs* »<sup>19</sup>. En 1999, 1,6 million d'enfants vivaient au sein d'une famille recomposée selon l'Institut national de la statistique et des études économiques<sup>20</sup>. Ces configurations familiales ont toujours existé, mais la problématique était toute différente, dans la mesure où elles faisaient suite au décès d'un des époux. Le nouveau conjoint du parent était pensé comme un substitut parental du parent prédécédé. Il n'y avait pas, comme fréquemment aujourd'hui, addition des rôles parentaux. Du fait de la plus grande fréquence des ruptures conjugales, davantage d'enfants sont conduits à vivre avec un tiers, nouveau conjoint ou concubin de leur parent.

**5 Apports des progrès scientifiques.** Les progrès de la science ont aussi fortement influencé l'appréhension des structures de la famille par le droit et par la société<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> ALGAVA E., *Les familles monoparentales : des caractéristiques liées à leur histoire matrimoniale*, in *Histoires de familles, histoires familiales*, LEFEVRE C. et FILHON A. (Dir.), les cahiers de l'INED n° 156, 2005, p. 251 : la moitié des familles monoparentales s'est formée il y a moins de cinq ans.

<sup>18</sup> CASSAN F., MAZUY M. et CLANCHE F., *Refaire sa vie de couple est plus fréquent pour les hommes*, in LEFEVRE C. et FILHON A. (Dir.), *Histoires de familles, histoires familiales*, les cahiers de l'INED, cahiers n° 156, 2005, p. 223. Les hommes ont 23 % de probabilités supplémentaires de vivre à nouveau en couple. Il en va de même pour les personnes divorcées (17 %).

<sup>19</sup> « *Ce réassortiment familial composite faisant coexister - tant qu'elle dure -, dans la communauté de vie présente, des liens de famille différents (frères et sœurs consanguins, utérins ou germains, parents et beaux-parents) sans abolir les liens antérieurs avec les parents par le sang séparés, et posant la question délicate de l'harmonisation des intérêts attachés à chaque lien* », *Vocabulaire juridique*, préc.

<sup>20</sup> BARRE C., *1,6 million d'enfants vivent dans une famille recomposée*, in *Histoires de familles, histoires familiales*, les cahiers de l'INED, préc., p. 273. Les enfants issus de la nouvelle union sont comptabilisés dans ce chiffre. Les enfants vivant avec leur parent et le nouveau concubin ou conjoint de celui-ci sont au nombre de 1,1 million. En 1999, on comptait 708 000 familles recomposées.

<sup>21</sup> TOARMINA G., *Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique*, D. 2006, chron., 1071.

L'amélioration des techniques d'identification génétique a favorisé la recherche de la vérité biologique. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2000, l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder<sup>22</sup>. Les procréations médicalement assistées ont, quant à elles, provoqué l'éclatement de notions que l'on pensait difficilement dissociables : sexualité, procréation, accouchement, maternité, paternité, filiation... La science a permis à des couples infertiles de procréer grâce au développement de nouvelles techniques (fécondation *in vitro*, insémination artificielle avec don de gamètes, injection intracytoplasmique, accueil d'embryon...). Le droit de la famille a dû tenir compte de cette nouvelle problématique afin de déterminer la filiation de l'enfant qui en est issu<sup>23</sup>. « *Le temps est loin où le juriste se gaussait de l'expression "enfant naturel", demandant d'un air faussement naïf s'il en existait d'artificiels ? Aujourd'hui, il existe bel et bien des enfants "artificiels", artificieusement fabriqués par la manipulation des ovules et des spermatozoïdes. A cet artifice technique s'ajoute d'ailleurs l'artifice juridique, consistant à rattacher un enfant à une famille qui n'est pas la sienne biologiquement, à créer ainsi une famille "artificielle" »<sup>24</sup>. Le développement des techniques d'aide médicale à la procréation a aussi eu pour effet d'exacerber les revendications des personnes souhaitant en bénéficier (couple homosexuel, femme seule, insémination *post mortem*)<sup>25</sup>. Ces demandes sont le reflet d'une évolution individualiste de la société et du droit.*

**6 Un droit tourné vers l'individu.** Le droit de la famille est aujourd'hui tourné davantage vers l'individu que vers le groupe familial. Reflet de cette évolution, il est

<sup>22</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 mars 2000, n° 98-12806, Bull. civ. I, n° 103 ; JCP éd. G 2000, II, 10409, concl. PETIT C. et note MONSALLIER-SAINTE MLEUX M.-C. ; JCP éd. G 2001, I, 332, note FAVIER Y. ; Dr. fam. 2000, n° 72, note MURAT P. ; D. 2000, 731, note GARE T. ; D. 2001, somm., 976, obs. GRANET F. ; Defrénois 2000, 769, obs. MASSIP J. ; RTD civ. 2000, 304, obs. HAUSER J.

<sup>23</sup> 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* (JO n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11059) et loi n° 2004-800 du 6 août 2004 *relative à la bioéthique* (JO n° 182 du 7 août 2004, p. 14040). Les règles relatives à la filiation de l'enfant né grâce à une aide médicale à la procréation sont inscrites aux articles 311-19 et 311-20 du Code civil, le législateur ayant fait le choix d'assimiler sa situation à celle de l'enfant né d'une procréation dite « naturelle ». Il existe toutefois des spécificités s'agissant de l'établissement et de la contestation du lien de filiation. V. *infra*, n° 289 et s. Pour une étude prospective de la filiation de l'enfant conçu au moyen de la technique du clonage, v. RAOUL-CORMEIL G., *Clonage reproductif et filiation, la chaîne des interdits*, JCP éd. G 2008, I, 128.

<sup>24</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Propos hétérodoxes sur les familles naturelles*, in *Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 67.

<sup>25</sup> LAMBOLEY A., *L'enfant à tout prix*, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 313.

aujourd'hui profondément marqué par la contractualisation : divorces consensuels, conventions sur l'autorité parentale, choix du nom de l'enfant (introduit par la loi du 4 mars 2002), rôle de la possession d'état en tant que mode d'établissement de la filiation<sup>26</sup>. L'individualisme se manifeste ainsi « *par la place de plus en plus importante accordée à la volonté individuelle dans une matière où elle ne jouait jusque-là qu'un rôle secondaire* »<sup>27</sup>. Ce mouvement de contractualisation et d'individualisme rend le droit de la famille pluraliste<sup>28</sup>. « *Le pluralisme traduit un rapport différent entre la loi et les mœurs, le refus d'une loi unique et pédagogique qui prétend dresser les mœurs* »<sup>29</sup>. Le droit de la famille ne semble plus imposer un seul modèle, mais différentes options permettant à chacun de composer sa structure familiale. « *Le pluralisme juridique de ces dernières décennies, à défaut d'être parfait, a néanmoins l'ambition d'apporter aux familles plus d'égalité, plus de liberté et plus de vérité* »<sup>30</sup>. Même si le droit de la famille tend vers le pluralisme et une plus grande liberté individuelle, il reste guidé par un certain nombre de principes. L'intérêt de l'enfant est notamment une considération primordiale pour le législateur aussi bien que pour les magistrats : pour le « *législateur en tant que l'intérêt de l'enfant est, dans l'inspiration des règles, l'une des valeurs fondamentales que la loi exalte et poursuit ; pour le juge, en tant que l'intérêt de l'enfant constitue, même dans le silence de la loi (C. civ., art. 333-3) un critère essentiel de règlement des questions familiales* »<sup>31</sup>.

**7 Recentrage de la famille sur l'enfant.** « *En quelque sorte, dans les sociétés contemporaines, ce serait l'enfant qui "fait famille". Il y aurait ainsi un renversement total de perspective : ce ne serait plus le couple qui, par le mariage, fonde la famille, mais l'enfant, seul élément stable dans des nébuleuses familiales en perpétuelle évolution, qui*

---

<sup>26</sup> Sur le phénomène de contractualisation en droit de la famille, v. notamment CATALA P., *La métamorphose du droit de la famille, in 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent un avenir*, Dalloz, 2004, p. 341 ; MURAT P., *Rattachement familial de l'enfant et contrat*, in FENOUILLET D. et DE VAREILLES-SOMMIERES P. (Dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 133.

<sup>27</sup> MALAURIE P. et FULCHIRON H., *op. cit.*, n° 36.

<sup>28</sup> PHILIPPE C., *Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité*, Dr. fam. 2007, étude n° 3 ; HAUSER J., *La loi, le juge et la volonté dans les réformes de droit de la famille*, in *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz, Litec, 2006, p. 155 et s.

<sup>29</sup> LEMOULAND J.-J., *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?*, D. 1997, chron., 133.

<sup>30</sup> VASSEUR-LAMBRY F., *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, L'Harmattan, 2000, n° 5.

<sup>31</sup> CORNU G., *Droit civil, la famille*, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 7.

créerait la famille »<sup>32</sup>. Sur le plan juridique, ceci s'est traduit par une dissociation constante entre le statut de l'enfant mineur et celui de ses parents ainsi que par une meilleure prise en compte des droits de l'enfant. La première amorce de la désolidarisation a eu lieu à l'occasion de la réforme de l'adoption en 1966 qui a permis l'adoption plénière par une seule personne. L'enfant ainsi adopté bénéficiait d'une filiation légitime. La légitimation par autorité de justice<sup>33</sup> a, elle aussi, participé à ce phénomène. Mais c'est surtout l'affirmation du principe d'égalité des filiations qui traduit le mieux cette dissociation croissante. L'abrogation progressive des différentes dispositions discriminatoires à l'égard des enfants nés hors mariage (particulièrement lorsque l'enfant est issu d'une relation adultère<sup>34</sup>) a contribué à ce mouvement. Ainsi, il n'existe plus de distinction entre les enfants s'agissant de la dévolution du nom de famille<sup>35</sup>. L'évolution des règles relatives à l'autorité parentale témoigne également de l'autonomie progressive de la situation de l'enfant face à celle de ses parents. Dans un souci de parfaire l'égalité des filiations, l'exercice conjoint de l'autorité parentale a été généralisé par les lois du 22 juillet 1987<sup>36</sup> et du 8 janvier 1993<sup>37</sup>. L'achèvement de ce mouvement a été atteint avec la

---

<sup>32</sup> MALAURIE P. et FULCHIRON H., *op. cit.*, n° 17.

<sup>33</sup> Introduite par la loi du 3 janvier 1972, la légitimation par autorité de justice permettait à l'enfant d'acquérir le statut d'enfant légitime et ce même si elle n'était demandée que par l'un des parents (ancien art. 333 C. civ.). La légitimation a été abrogée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 du fait de la disparition de la notion de légitimité.

<sup>34</sup> Le sort de l'enfant adultérin a longtemps été associé à celui de l'enfant incestueux. Les restrictions attachées à l'établissement de sa filiation à l'égard de son parent engagé au temps de sa conception dans les liens du mariage avec une autre personne ont été abrogées par la loi du 3 janvier 1972. Suite à l'arrêt Mazurek du 1<sup>er</sup> février 2000, la loi du 3 décembre 2001 a mis fin aux discriminations touchant l'enfant adultérin en consacrant l'égalité successorale de tous les enfants, qu'ils soient légitimes ou naturels (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*, JO n° 281 du 4 décembre 2001, p. 19279) ; CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, Mazurek contre France, SUDRE F., MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A. et LEVINET M., *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 527 et s. ; D. 2000, 332, note THIERRY J. ; *ibid.*, 626, note VAREILLE B. ; JCP éd. G 2000, II, 10286, note GOUTTENOIRE A. et SUDRE F. ; *ibid.*, I, 278, note LE GUIDE R. ; *ibid.*, I, 293, note RUBELLIN-DEVICHI J. ; Defrénois 2000, 654, obs. MASSIP J. ; Dr. fam. 2000, comm. n° 33, note LAMY (de) B. ; RTD civ. 2000, 311, obs. HAUSER J. ; *ibid.*, 429, obs. MARGUENAUD J.-P.

<sup>35</sup> Art. 311-21 à 311-24 C. civ. La législation afférente au nom de famille a été modifiée par la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 *relative au nom de famille* (JO du 5 mars 2002, p. 4159), par la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 *relative à la dévolution du nom de famille* (JO n° 140 du 19 juin 2003, p. 10240) ainsi que par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 *portant réforme de la filiation* (JO n°156 du 6 juillet 2005, p. 11159) et par la 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*, (JO n° 0015 du 18 janvier 2009, p. 1062).

<sup>36</sup> La loi n° 87-570 du 22 juillet 1987, dite loi « Malhuret » (JO du 24 juillet 1987, p. 8253) a facilité l'exercice conjoint de l'autorité parentale quel que soit le devenir du couple parental. Lorsque l'enfant était né hors mariage, une déclaration conjointe des parents devant le juge des tutelles permettait le partage de

loi du 4 mars 2002 qui a affirmé le principe de coparentalité quelle que soit la situation des parents<sup>38</sup>. L'actuelle définition fonctionnelle de l'autorité parentale traduit aussi son recentrage sur la personne de l'enfant<sup>39</sup>. Enfin, l'ordonnance du 4 juillet 2005 a été le point d'orgue de cette évolution en supprimant toute référence aux filiations légitime et naturelle. L'évolution pédocentriste du droit de la famille est également passée par la place croissante laissée à la parole de l'enfant dans toutes les procédures le concernant. Introduit par la loi du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs*, l'article 388-1 du Code civil prévoit désormais que « *dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet* »<sup>40</sup>. Cette audition est de droit lorsque l'enfant la demande, mais elle ne lui confère pas la qualité de partie pendant la procédure<sup>41</sup>. En outre,

---

l'autorité parentale. La suppression de la puissance paternelle au profit de l'autorité parentale par la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale* (JO du 5 juin 1970, p. 5227) a déjà été un premier pas vers l'égalisation des droits des père et mère dans l'exercice des prérogatives parentales.

<sup>37</sup> 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* (JO n° 7 du 9 janvier 1993, p. 495). Le législateur a posé le principe de l'exercice de l'autorité parentale par les deux parents dans la famille légitime désunie comme dans la famille naturelle. Dans cette dernière hypothèse, l'exercice en commun dépendait de la reconnaissance de l'enfant avant l'âge d'un an par les deux parents vivant ensemble.

<sup>38</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale* (JO du 5 mars 2002, p. 4161). Il existe cependant encore une différence entre la situation de l'enfant né dans le mariage et celle de l'enfant né hors mariage. En effet, si la filiation de l'enfant est établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après sa naissance, alors même que sa filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci exerce seul l'autorité parentale (art. 372 al. 2 C. civ.). V. *infra*, n° 188 et s.

<sup>39</sup> Il s'agit d'un « *ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* » (art. 371-1 c. civ.).

<sup>40</sup> Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs* (JO n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325). V. AVENA-ROBARDET V., *L'audition de l'enfant : un casse-tête pour les juges*, AJ fam. 2007, 371. Ce droit est énoncé dans la Convention de New York *relative aux droits de l'enfant* du 20 novembre 1989 (art. 12) : « *les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale* ». L'audition de l'enfant est également imposée par le règlement « *Bruxelles II bis* » n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 *relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale*.

<sup>41</sup> Sur les conditions de l'audition de l'enfant, v. par exemple Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 septembre 2007, n° 06-18379, (audition demandée par un tiers), Bull. civ. I, n° 286 ; AJ fam. 2007, 432, note THIERRY J.-B. ; D. 2007, AJ, 2541 ; RTD civ. 2008, 100, obs. HAUSER J. ; GP 16-17 janvier 2008, somm., obs. MASSIP J. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 192, obs. MURAT P. ; JCP éd. G 2008, II, 10026, note ZELCEVIC-DUHAMEL A. ; JCP éd. G 2008, I, 102, n° 6, note BIDEAU C. ; RJPF-2008-1/37, note

l'article 371-1 alinéa 3 du Code civil impose aux parents d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent eu égard à son âge et à son degré de maturité. Enfin, le consentement de l'enfant âgé de plus de treize ans peut parfois être requis<sup>42</sup>. « *Si longtemps oublié, sacrifié à la puissance paternelle pendant des siècles, l'enfant est aujourd'hui le cœur vivant de la famille* »<sup>43</sup>.

Malgré une meilleure appréhension de l'enfant par le droit, il convient d'en souligner les limites. Le droit de la famille fait encore « *passer la paix des familles, l'ordre social et la stabilité des structures familiales avant les droits et l'intérêt de l'enfant* »<sup>44</sup>. Pour illustration, peut être évoquée la situation dans laquelle se trouve l'enfant dont la mère est accouchée sous X ou encore celui né suite à une convention de maternité de substitution. Leur configuration familiale est difficilement appréhendée par le droit. L'impossibilité pour les enfants conçus au moyen d'une aide médicale à la procréation avec donneur d'accéder à leurs origines biologiques témoigne également de la prédominance de l'ordre social et de la paix des familles sur l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, si dans son ensemble la prise en compte des droits de l'enfant s'est améliorée, certaines situations familiales restent encore en marge de ce mouvement.

**8 Le droit de la famille en Europe.** Les États européens sont actuellement confrontés aux mêmes problématiques<sup>45</sup> et leurs législations sont traversées par un même mouvement : fin des discriminations à l'encontre des femmes, égalité des époux dans le mariage et des père et mère dans leurs rapports avec l'enfant<sup>46</sup>, égalité des filiations<sup>47</sup>, développement de la médiation familiale afin de désamorcer les conflits familiaux (surtout dans les pays scandinaves)... L'exercice conjoint de l'autorité parentale est en règle générale favorisé, même si un accord de volonté des parents est souvent nécessaire

---

MULON E. ; GOUTTENOIRE A. et BONFILS P., *Droit de l'enfant* ( juin 2007 - juin 2008), D. 2008, 1854.

<sup>42</sup> V. par exemple, art. 60 (consentement au changement de prénom), art. 61-3 (consentement au changement de nom), art. 345 (consentement à l'adoption plénière) ou art. 360 (consentement à l'adoption simple) C. civ.

<sup>43</sup> VASSEUR-LAMBRY F., th. préc., n° 15.

<sup>44</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, RTD civ. 1995, 249.

<sup>45</sup> Défenseure des enfants, *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles*, rapport 2008, p. 29.

<sup>46</sup> Sur l'évolution du principe d'égalité entre les parents, v. GRATALOUP S., *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, LGDJ, 1998, n°s 502 et s.

<sup>47</sup> GRANET F., *Convergence et divergences des droits européens de la famille*, Dr. fam., hors-série décembre 2000, n° 1.

lorsqu'ils ne sont pas mariés ou sont séparés<sup>48</sup>. Malgré ces avancées communes, de nombreuses dissemblances subsistent encore<sup>49</sup>. Par exemple, contrairement à la France, certaines législations européennes permettent aux couples homosexuels de se marier<sup>50</sup>, d'adopter ensemble des enfants<sup>51</sup> ou de recourir à une aide médicale à la procréation avec donneur<sup>52</sup>. Quelques États admettent également le recours à la maternité de substitution<sup>53</sup>. De la même façon, selon les pays, les enfants nés grâce à une aide médicale à la procréation avec donneur ne bénéficient pas du même accès à leurs origines personnelles<sup>54</sup>. A l'inverse de la France, certains États autorisent l'insémination *post mortem*<sup>55</sup> ou d'autres pratiquent l'adoption dite ouverte<sup>56</sup>. Enfin, la France conserve avec une minorité de législations européennes quelques spécificités. Par exemple, seuls la France, le Luxembourg et l'Italie permettent à une femme de demander le secret sur son identité lors

---

<sup>48</sup> L'utilisation du terme « autorité parentale » n'est pas généralisée en Europe. Par exemple, on parle de responsabilité parentale au Royaume-Uni, de puissance parentale en Italie, de soins parentaux en Allemagne ou même de puissance paternelle au Portugal et ce, malgré un exercice en commun par les parents. V. *infra*, n<sup>os</sup> 192 et s. ainsi que n<sup>o</sup> 203.

<sup>49</sup> GRANET-LAMBRECHTS F., *Rapport de synthèse*, in GADBIN D. et KERNALEGUEN F. (Dir.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Journées d'études de la CEDECE, Bruylant, 2004, p. 467.

<sup>50</sup> Le mariage entre personnes de même sexe est possible aux Pays-Bas (loi du 21 décembre 2000, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2001), en Belgique (loi du 13 février 2003, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2003), en Espagne (loi du 1<sup>er</sup> juillet 2005, entrée en vigueur le 3 juillet 2005) ou en Norvège (loi du 27 juin 2008, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009).

<sup>51</sup> Au Royaume-Uni, une loi du 5 novembre 2002 a autorisé l'adoption par un couple homosexuel. En Suède, une loi du 6 juin 2002, entrée en vigueur en 2003, a permis à un couple de partenaires homosexuels d'adopter un enfant. Aux Pays-Bas, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2001, l'adoption par un couple est possible, quel que soit son statut (mariés, concubins, partenaires enregistrés, loi du 21 décembre 2000 préc.). En Espagne, en Norvège et en Belgique, l'adoption est aussi ouverte aux couples homosexuels mariés (loi espagnole du 1<sup>er</sup> juillet 2005 précitée, loi norvégienne du 27 juin 2008 précitée et loi belge du 18 mai 2006, entrée en vigueur le 30 juin 2006). Enfin, le Danemark vient également d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels le 17 mars 2009 (*Le Danemark autorise l'adoption par des couples homosexuels*, Le Monde, 17 mars 2009). En France, la question fait régulièrement l'objet de débats dans la société. Mais l'opinion des Français évolue sur ce point. En 2006, 56 % des Français étaient opposés à l'adoption d'enfants par un couple homosexuel femme et 62 % s'agissant de l'adoption par un couple d'hommes. En 2008, 47 % des Français étaient opposés à l'adoption d'un enfant par un couple lesbien et 55 % par un couple gay (*Famille et société, sondages 2008*, p. 33).

<sup>52</sup> Cela est par exemple possible en Espagne, au Royaume-Uni, en Belgique, en Grèce, en Finlande ou aux Pays-Bas (v. *infra*, n<sup>o</sup> 35).

<sup>53</sup> En Europe, la Grèce et le Royaume-Uni ont légalisé la technique de la maternité de substitution. D'autres États européens, à l'instar de la Belgique et des Pays-Bas, en tolèrent la pratique (v. *infra*, n<sup>o</sup> 134 et s.).

<sup>54</sup> V. *infra*, n<sup>os</sup> 513 et s.

<sup>55</sup> V. *infra*, n<sup>o</sup> 169.

<sup>56</sup> V. *infra*, n<sup>o</sup> 277.

de l'accouchement<sup>57</sup>. De même, peu de législations connaissent, à l'image de la France, l'adoption simple<sup>58</sup>.

**2 La famille dans les normes supranationales.** Il n'y a pas d'unification des législations relatives à la famille, mais un travail d'harmonisation a été entrepris par le biais de différentes conventions : la Déclaration universelle *des droits de l'homme* du 10 décembre 1948, la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 (révisée le 3 mai 1996), le Pacte international *relatif aux droits civils et politiques* du 16 décembre 1966, la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants* du 24 avril 1967 (révisée le 27 novembre 2008), la Convention *relative aux droits de l'enfant* adoptée le 20 novembre 1989 par l'assemblée générale de Nations Unies (CIDE)<sup>59</sup>, la Convention de La Haye du 29 mai 1993 *sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, la Convention européenne *sur l'exercice des droits de l'enfant* du 25 janvier 1996<sup>60</sup>, la Charte *des droits fondamentaux* du 7 décembre 2000 ou les conventions élaborées par la Commission internationale de l'état civil<sup>61</sup>. Le droit communautaire tend par ailleurs à améliorer la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères en unifiant les règles de conflit de lois et de juridictions<sup>62</sup>. Les droits de la famille européens ont également été

---

<sup>57</sup> V. *infra*, n<sup>os</sup> 237 et s.

<sup>58</sup> V. *infra*, n<sup>o</sup> 366.

<sup>59</sup> La Convention de New York est directement applicable en droit français depuis un arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2005 : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 2005, n<sup>o</sup> 02-20613, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 212 ; AJ fam. 2005, 274, note FOSSIER T. ; D. 2005, 1909, note EGEA V. ; JCP éd. G 2005 II, 10081, note GRANET-LAMBRECHTS F. et STRICKLER Y. ; *ibid.*, II, 10115, concl. PETIT C., note CHABERT C. ; *ibid.*, II, 199, n<sup>o</sup> 7, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; GP 2005, n<sup>o</sup> 186, p. 9, note COURDIER-CUISINIER A.-S. ; Defrénois 2005, 1418, note MASSIP J. ; Dr. fam. 2005, n<sup>o</sup> 156 GOUTENOIRE A. ; RJPf-2005-9/31, note EUDIER F. ; Dr. et pat. 2005-140, p. 101, note BONFILS P. ; RDSS 2005, 814, note NEIRINCK C., RTD civ. 2005, 585, obs. HAUSER J. ; *ibid.*, 627, note THERY I. ; *ibid.*, 556, note ENCINAS DE MUNAGORRI R. ; Rev. crit. DIP 2005, 679, note BUREAU D.

<sup>60</sup> L'approbation de la Convention européenne *sur l'exercice des droits de l'enfant* est seulement intervenue en 2007 (loi n<sup>o</sup> 2007-1155 du 1er août 2007 *autorisant l'approbation de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant*, JO n<sup>o</sup> 177 du 2 août, p. 12986 ; décret n<sup>o</sup> 2008-36 du 10 janvier 2008, JO du 12 janvier, p. 674).

<sup>61</sup> La Commission internationale de l'état civil est une organisation intergouvernementale, fondée en 1948, dont le but est de promouvoir la coopération en matière d'état civil. Plus d'une trentaine de conventions multilatérales ont été adoptées depuis sa création. V. le site internet de la Commission : [www.ciec1.org/](http://www.ciec1.org/)

<sup>62</sup> FAVIER Y., *La famille et l'Europe : la concurrence des droits dans la vie privée et familiale*, in *Recherches familiales, Familles et Europe*, n<sup>o</sup> 5, 2008, Union nationale des associations familiales (UNAF), p. 79. Les règlements n<sup>o</sup> 2201/2003 du 27 novembre 2003 *relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale* et n<sup>o</sup> 4/2009 du 18 décembre 2008 *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires* facilitent la résolution de conflits transfrontaliers. Le règlement n<sup>o</sup> 2201/2003, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2005, a abrogé le règlement n<sup>o</sup> 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en

fortement influencés par la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* du 4 novembre 1950 qui octroie à l'homme et à la femme nubile le droit de se marier et de fonder une famille (art. 12)<sup>63</sup> ainsi que le droit au respect de leur vie familiale et privée (art. 8)<sup>64</sup>. L'article 14 interdit toute discrimination dans l'exercice de ces droits. Pour autant, la Convention européenne ne protège pas la famille en tant que sujet de droit<sup>65</sup>, à l'inverse d'autres textes internationaux qui soulignent l'importance de la protéger en tant qu'entité<sup>66</sup>. Aucune de ces normes internationales ou européennes n'a cependant précisé la notion de famille. « *Si cette indétermination conventionnelle procède d'un certain paradoxe (la famille n'est-elle pas le berceau de l'humanité ?), il ne fait aucun doute qu'elle témoigne de la volonté des États de ne pas enfermer la notion de famille dans une définition trop rigide donc imperméable à toute évolution* »<sup>67</sup>.

**10 Essai de définition de la famille.** Comment définir cette réalité sociale spontanée, institutionnalisée par le droit ? Si chacun d'entre nous sait instinctivement quelle est sa famille, définir la famille dans son essence même est une tâche délicate. La famille n'est

---

matière de responsabilité parentale des enfants communs, dit «*Bruxelles II*», entré en vigueur en mars 2001. D'autres projets de règlements sont actuellement en cours de discussion. V. le livre vert sur les successions transnationales et le livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce (disponibles sur le site internet de l'Union européenne : <http://ec.europa.eu>).

<sup>63</sup> Ainsi, lors de la rédaction de la Convention, la famille était intimement liée au mariage.

<sup>64</sup> Selon le § 2 de l'article 8 de la Convention, « *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

<sup>65</sup> La Convention garantit le respect par les États membres de droits individuels : « *si la notion de famille protégée par la Convention n'est pas définie de manière générale, c'est que la jurisprudence européenne procède par touches successives pour s'assurer de l'effectivité du droit au respect de la vie familiale, mais en partant de droit individuels. Il ne s'agit donc pas de protéger la famille comme une entité autonome des individus qui la composent et encore moins comme une "valeur"* » (FAVIER Y., art. préc.).

<sup>66</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 16 : « *la famille est l'élément naturel et fondamental de la société, elle a droit à la protection de l'État* » ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 23 : « *la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État* » ; Charte sociale européenne, Partie 1, 16 : « *la famille, en tant que cellule fondamentale de la société, a droit à une protection sociale, juridique et économique appropriée pour assurer son plein développement* » ; Convention internationale relative aux droits de l'enfant (préambule) : « *la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir pleinement jouer son rôle dans la communauté* » ; Charte des droits fondamentaux, art. 33 : « *la protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social* ».

<sup>67</sup> VASSEUR-LAMBRY F., *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, th. préc., n° 7.

pas sujet de droit ; ce n'est pas une personne morale<sup>68</sup>. Le Code civil n'en fournit aucune définition. Le droit ne règle que les rapports individuels entre les membres de la famille<sup>69</sup>. Il prévoit le statut des personnes (mariage, divorce, établissement et contestation du lien de filiation...) et leurs relations tant personnelles que patrimoniales. Quelques articles du Code civil font cependant directement mention de la famille<sup>70</sup> ou font référence aux concepts du bon père de famille<sup>71</sup> ou de l'intérêt de la famille<sup>72</sup>. La doctrine définit majoritairement la famille comme un groupe de personnes unies notamment par des liens de parenté ou d'alliance<sup>73</sup>. La famille, au sens étroit du terme, réunit les père et mère et leurs enfants vivants sous le même toit (la famille nucléaire, la *domus* du droit romain). A l'inverse, la famille au sens large comprend les frères, sœurs, cousins, oncles et tantes, toutes les personnes descendant d'un auteur commun ou unies par les liens du mariage (la *gens* du droit romain, le lignage de l'Ancien droit). Ainsi, la famille repose en principe sur les liens de parenté et d'alliance.

**11 La notion de parenté.** « *Qui est parent ? Celui qui donne ses gènes ou celui qui donne naissance ? Celui qui prend soin de l'enfant et l'élève* »<sup>74</sup> ? La parenté peut être définie comme le lien unissant deux personnes dont l'une descend de l'autre (parenté en ligne directe) ou qui descendent d'un auteur commun (parenté en ligne collatérale)<sup>75</sup>. La

---

<sup>68</sup> *Contra*, SAVATIER R., *Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit*, D. 1939, chron., 49.

<sup>69</sup> Ce phénomène est le reflet de la philosophie individualiste du Code Napoléon qui s'opposait à la conception davantage communautaire de l'Ancien Droit, v. en ce sens, MALAURIE P. et FULCHIRON H., *op. cit.*, n° 4.

<sup>70</sup> Art. 213 C. civ. (direction matérielle et morale de la famille par les époux), art. 215 C. civ. (résidence de la famille), art. 407 et s. C. civ. (conseil de famille) ...

<sup>71</sup> Art. 601 C. civ., art. 627 C. civ., art. 1137 C. civ., art. 1374 C. civ., art. 1880 C. civ. ...

<sup>72</sup> Art. 1397 C. civ.

<sup>73</sup> BENABENT A., *Droit civil, la famille*, Litec, 11<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 1 ; BOULANGER F., *Droit civil de la famille, aspects comparatifs et internationaux*, tome I, Economica, 1997, n° 3 ; BATTEUR A., *op. cit.*, n° 1 ; COURBE P., *Droit de la famille*, Armand Colin, 4<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 6 ; EUDIER F., *Droit de la famille*, Armand Colin, 2<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 2 ; GUIHO P., *Droit civil, la famille*, L'Hermès, 4<sup>ème</sup> éd., 1993, n° 1 ; LEFEBVRE-TEILLARD A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Presses universitaires de France, 1996, n° 72 ; MAZEAUD H., L. et J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, tome 1, vol. 3, *La famille*, par LEVENEUR L., Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd., 1995, n° 686 ; PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1928, n° 638 ; REVEL J., Répertoire civil Dalloz, *Parenté-alliance*, 2001, n° 1 ; RINGEL F. et PUTMAN E., *Droit de la famille*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996, n° 3.

<sup>74</sup> FINE A., *Pluriparentalités et système de filiation dans les sociétés occidentales*, in LE GALL D. et BETTAHAR Y. (Dir.), *La pluriparentalité*, Presses universitaires de France, 2001, p. 69, spéc. p. 78.

<sup>75</sup> CARBONNIER J., *Droit civil, La famille, L'enfant, le couple*, Presses universitaires de France, 21<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 37 ; COURBE P., *op. cit.*, n° 7 ; GUIHO P., *op. cit.*, n° 3 ; HENNERON S., *La notion de famille en droit positif français*, thèse, 2002, n° 24 ; MALAURIE P. et AYNES L., *Cours de droit civil*, t. III, *La*

parenté découle de l'établissement du lien de filiation qui introduit l'enfant dans la lignée généalogique de ses père et mère. Selon une partie de la doctrine, le lien de parenté est avant tout biologique<sup>76</sup>. La communauté de sang est la base naturelle de la famille. Reflet de son origine biologique, la parenté repose sur la différenciation des sexes des parents ainsi que sur l'interdit de l'inceste, nécessaires à la perpétuation de l'espèce humaine. Cependant, la parenté n'est pas seulement une donnée génétique. En effet, ce lien peut être fictif, comme dans le cadre de l'adoption ou des procréations médicalement assistées exogènes<sup>77</sup>. La parenté « *a toujours été surtout une institution juridique, avec une signification et des conséquences assez précises de solidarité familiale...* »<sup>78</sup>. La parenté est avant tout un rapport de droit<sup>79</sup>. A ce titre, dans le Code civil, les termes de père et mère désignent uniquement les auteurs biologiques de l'enfant, par opposition au parent qui est, plus généralement, celui qui est uni à l'enfant par un lien de parenté.

Un ensemble de droits et de devoirs découle du lien de parenté comme l'obligation alimentaire<sup>80</sup>, les empêchements à mariage<sup>81</sup>, la vocation successorale *ab intestat*<sup>82</sup>, le maintien des relations personnelles avec l'enfant<sup>83</sup>, le droit de faire partie du conseil de famille<sup>84</sup>, de demander l'ouverture d'une tutelle<sup>85</sup>, le droit d'agir à la place du présumé absent<sup>86</sup>... Mais les effets produits par la parenté varient en fonction du degré de proximité des parents. Par exemple, seuls les père et mère, parents les plus proches en degré de l'enfant, ont vocation à exercer l'autorité parentale, à lui transmettre leur nom de famille, à être tenus à une obligation d'entretien. A l'inverse, lorsque les parents sont plus éloignés, les effets de la parenté sont moins importants. Ainsi l'obligation alimentaire n'a vocation à

---

*famille*, Cujas, 1998, n° 31 ; PLANIOL M. et RIPERT G., *op. cit.*, n° 643. La proximité entre les parents se calcule en degrés (art. 741 et s. C. civ.).

<sup>76</sup> BENABENT A., *op. cit.*, n° 5 ; CORNU G., *op. cit.*, n° 10 ; FENOUILLET D., *Droit de la famille*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 15 ; HENNERON S., *op. cit.*, n° 24 ; PLANIOL M. et RIPERT G., *op. cit.*, n° 643. COURBE P., *op. cit.*, n° 6. L'étymologie latine du mot parent va en ce sens. Parent vient du latin *parens* signifiant qui a mis au monde (*Vocabulaire juridique*, préc.).

<sup>77</sup> Ou hétérologues, c'est-à-dire nécessitant un apport venant de l'extérieur (don de sperme, d'ovocyte ou accueil d'un embryon).

<sup>78</sup> MALAURIE P., *Couple, procréation et parenté*, D. 1998, chron., 127.

<sup>79</sup> CARBONNIER J., *op. cit.*, p. 37.

<sup>80</sup> Art. 205 C. civ.

<sup>81</sup> Art. 161 et s., art. 342-7 C. civ.

<sup>82</sup> Art. 734 et s. C. civ.

<sup>83</sup> Art. 371-4 C. civ.

<sup>84</sup> Art. 399 C. civ.

<sup>85</sup> Art. 391 et 430 C. civ.

<sup>86</sup> Art. 113 C. civ.

jouer qu'entre ascendants et descendants (art. 205 C. civ.) et les parents en ligne collatérale ne sont successibles que jusqu'au sixième degré (art. 745 C. civ.).

**12 La notion de parentalité.** La famille définie comme un groupe dont les membres sont unis par des liens de parenté ou d'alliance s'avère insuffisante pour prendre en compte toutes les configurations familiales. Aussi des auteurs recourent-ils à d'autres critères pour déterminer l'existence d'une famille, comme la communauté de toit<sup>87</sup>, de vie<sup>88</sup> ou l'affection<sup>89</sup>. Les liens d'alliance et de parenté ne semblent plus être les seuls fondements de la famille<sup>90</sup>. Illustration de cette évolution, est apparue depuis quelques années une nouvelle notion : la parentalité (« *parenthood* » ou « *parenting* » chez les anglo-saxons)<sup>91</sup>. Néologisme tiré de l'adjectif parental, elle peut être définie comme la fonction parentale. Dans une acception étroite, elle consiste en l'exercice dans les faits des prérogatives parentales et fait écho à la notion de « coparentalité » consacrée par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Il s'agit d'élever l'enfant, l'éduquer, le nourrir... Cependant, cette appréhension de la parentalité ne permet pas d'envisager toutes les configurations familiales. Aussi la notion de parentalité peut-elle être également entendue dans un sens large. Elle recouvre alors toutes les composantes de la fonction parentale : la naissance de l'enfant, son éducation, sa prise en charge matérielle... Elle ne se limite ainsi pas au seul rôle éducatif, mais inclut aussi la conception et la naissance. « *Des travaux anthropologiques et ethnologiques montrent que l'on peut fragmenter la parentalité en cinq éléments : concevoir et mettre au monde, nourrir, éduquer, donner l'identité à la naissance, garantir l'accès au statut d'adulte* »<sup>92</sup>. Cette définition permet de saisir

---

<sup>87</sup> MAZEAUD H., L. et J. et CHABAS F., *op. cit.*, par LEVENEUR L., n° 686 ; MALAURIE P. et AYNES L., *op. cit.*, n° 2.

<sup>88</sup> FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 2.

<sup>89</sup> HAUSER J. et HUET-WEILER D., *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de famille*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1993, n°1 ; CORNU G., *op. cit.*, n° 12.

<sup>90</sup> La Cour de cassation a, à ce propos, affirmé que les partenaires d'un pacte civil de solidarité sont membres de la même famille, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 25 mars 2004, D. 2004, IR, 1125. Les partenaires peuvent bénéficier de la dérogation prévue à l'article L 30, 1° du Code électoral, c'est-à-dire l'inscription sur les listes électorales en dehors des périodes de révision.

<sup>91</sup> MARTIN C., *La parentalité en question, perspectives sociologiques*, Rapport pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille, 2003, p. 11.

<sup>92</sup> Intervention de Didier Le Gall lors de la table ronde sur la place du "beau-parent" : BLOCHE P. et PECRESSE V., *L'enfant d'abord - 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, Rapport fait au nom de la mission sur la famille et les droits des enfants, Documents d'information de l'Assemblée nationale, n° 2832, La Documentation française, 2006, tome II, procès-verbal de la séance du 30 novembre 2005, p. 438.

l'ensemble des aspects de la fonction parentale qui font qu'un enfant naît et accède au statut d'adulte. Il apparaît donc que la notion de parentalité peut être entendue dans un sens large. Cette définition peut surprendre au regard du sens communément attribuée à la parentalité. Cependant, l'évolution que connaît la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme conforte cette interprétation. En effet, les juges européens ont pu considérer que le lien entre l'enfant et son auteur biologique peut relever de la vie familiale et être protégé au titre l'article 8 de la Convention<sup>93</sup>. Dès lors, il nous semble que la notion parentalité doit être entendue dans son sens le plus large et c'est cette définition qui sera retenue dans le cadre de cette étude.

En ne s'attachant qu'à la fonction parentale en dehors des structures figées de la parenté, la notion de parentalité permet de mieux appréhender certaines configurations familiales. L'existence d'une parentalité ne nécessite bien évidemment pas le cumul de toutes ces caractéristiques. Il est alors possible d'imaginer que la fonction parentale soit parfois occupée successivement ou simultanément par différents adultes. A l'inverse de la parenté qui inscrit l'individu dans une lignée généalogique, la parentalité n'est pas exclusive. Elle peut être exercée par des personnes autres que les parents juridiques de l'enfant. En outre, en tant que fonction parentale, elle est asexuée. Pour certains auteurs, le recours à ce terme découle des mutations de la sphère et des structures familiales depuis une trentaine d'années<sup>94</sup>. Il est vrai que se développe depuis quelques années une linguistique originale, inédite, relative à la cellule familiale : « homoparentalité », « coparentalité », « monoparentalité », « pluriparentalité »<sup>95</sup>, « beau-parentalité », « coparent », « parent social », « parent de fait », « parent par le sang », « pluriparenté », « famille recomposée », « homofamille »<sup>96</sup>... L'introduction et l'utilisation croissante d'un nouveau vocabulaire est le reflet d'une transformation structurelle de la réalité actuelle de la famille.

**13 Dissociation.** Parenté et parentalité sont en principe associées dans une configuration familiale traditionnelle. Sauf hypothèse d'adoption ou de procréation médicalement assistée avec donneur, les enfants sont dans la majorité des cas, élevés par leurs parents

---

<sup>93</sup> V. *infra*, n° 21.

<sup>94</sup> MARTIN C., rapp. préc., p. 19.

<sup>95</sup> Ce terme a été utilisé dès 1987 par Mme RUBELLIN-DEVICHI, *Jurisprudence en matière de droit civil*, RTD civ. 1988, 317.

<sup>96</sup> *La justice accouche de l'homofamille*, Libération, 15-16 septembre 2001.

biologiques. La fonction parentale est exercée par les parents de l'enfant au moyen notamment de l'autorité parentale. Ainsi, le biologique, le juridique et l'affectif se cumulent<sup>97</sup>. Cependant, parenté et parentalité tendent parfois à se dissocier au sein de certaines configurations familiales<sup>98</sup>. Cette dissociation aboutit à une pluralité de relations entre enfant et adultes hors du cadre juridique de la parenté. L'exercice dans les faits par un tiers d'une fonction de type parental bouleverse l'appréhension traditionnelle de la famille. Ces relations additionnelles posent le problème du rôle du tiers. Quels droits, quels devoirs peut-il avoir envers l'enfant ?

**14 Situations dans lesquelles un tiers peut intervenir auprès de l'enfant.** « *Il y a ceux qui font naître des enfants dans le ménage des autres, et ceux qui acceptent dans leur ménage les enfants des autres* »<sup>99</sup>. Au regard de la définition de la parentalité donnée précédemment, l'existence d'un tiers dans la vie de l'enfant peut recouvrir des situations très diverses : il peut y avoir parentalité de la part du tiers qui nourrit et élève l'enfant sans en être l'auteur biologique, mais également parentalité de la part de celui ou celle qui est à l'origine de sa conception ou de sa naissance et qui participe ou non à son éducation.

**15 Famille recomposée.** Vient de prime abord à l'esprit l'hypothèse des recompositions familiales dans lesquelles l'enfant peut être amené à vivre avec un beau-parent. Une précision terminologique est à apporter. La qualification de beau-parent, donnée par facilité de langage au conjoint du parent<sup>100</sup>, ne peut en principe pas désigner le simple partenaire ou concubin<sup>101</sup>. C'est pourquoi, nous lui préférons la dénomination de coparent,

---

<sup>97</sup> La filiation est en principe le reflet de la vérité biologique. L'enfant a pour géniteurs ses père et mère. En tant que lien de droit, elle doit être établie conformément aux règles du Code civil, l'enfant disposant alors d'un titre légal. Enfin, l'enfant est élevé par ses père et mère. La possession d'état traduit juridiquement cette vérité sociologique, affective. Les difficultés surviennent lorsque la filiation ne repose que sur deux de ces éléments (v. par exemple, FULCHIRON H., *Toute vérité est-elle bonne à dire ?*, D. 2008, chron., 3035). La filiation de l'enfant sera fragilisée, sauf si le législateur supplée à la carence d'un de ces liens. Ainsi, dans le cadre de l'adoption ou des procréations médicalement assistées avec donneur, le droit pallie l'absence de lien biologique entre l'enfant et ses parents par la création d'un lien de parenté en principe incontestable (v. *infra*, n<sup>os</sup> 279 et s. s'agissant de l'adoption et n<sup>os</sup> 289 et s. s'agissant des procréations médicalement assistée avec donneur).

<sup>98</sup> MURAT P., *Couple, filiation et parenté*, in *Des concubinages (droit interne, droit international, droit comparé)*, Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Litec, 2002, p. 53.

<sup>99</sup> CORNU G., *op. cit.*, n<sup>o</sup> 7.

<sup>100</sup> En effet, celui-ci devrait être désigné par l'appellation de parâtre ou de marâtre, le beau-parent étant en principe le parent du conjoint.

<sup>101</sup> Le beau-père d'un enfant est l'homme avec lequel sa mère s'est remariée ; la belle-mère étant l'épouse du père : *Vocabulaire juridique* préc. Une partie de la doctrine tend toutefois à qualifier de beau-parent « toute

c'est-à-dire la personne qui partage la vie du parent de l'enfant selon la définition proposée par le Dictionnaire *Le Petit Robert*<sup>102</sup>. Le coparent peut pendant des années nourrir et éduquer l'enfant, le prendre en charge. Lorsque le second parent n'est pas présent dans la vie de l'enfant (filiation unilinéaire, décès, absence...), ce tiers peut devenir un véritable substitut parental. A l'inverse, si chacun des parents est engagé dans une nouvelle relation de couple, l'enfant peut avoir deux coparents. Chacun d'eux est en mesure de participer à l'éducation de l'enfant lorsque sa résidence est fixée en alternance au domicile de ses parents. Il s'agit là de l'hypothèse classique d'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant. Le nouveau couple formé par le parent et le tiers peut tout aussi bien être hétérosexuel qu'homosexuel.

**16 Famille « homoparentale »**<sup>103</sup>. Un enfant peut être issu d'une union hétérosexuelle antérieure, l'un de ses parents décidant par la suite de s'engager dans une relation homosexuelle. Un des membres du couple homosexuel a pu aussi adopter seul un enfant, (comme cela est possible en France), ou recourir à une aide médicale à la procréation hétérologue dans un État européen qui l'autorise<sup>104</sup>. Enfin, le phénomène de la coparentalité homosexuelle tend à se développer en France comme dans d'autres pays européens<sup>105</sup>. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle un homme et une femme, tous deux homosexuels, décident d'avoir ensemble un enfant, chacun d'eux étant ou non engagé dans une relation de couple. L'enfant peut alors avoir deux coparents en plus de ses parents juridiques. L'implication des compagne et compagnon des parents est variable d' « *un investissement très faible jusqu'au sentiment d'être parent à part entière* »<sup>106</sup>. Selon

---

*personne, mariée ou non, qui a formé un couple avec un parent de l'enfant* » (BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, Précis Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2008, n° 602).

<sup>102</sup> V. Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2008.

<sup>103</sup> Les termes d' « homoparentalité » et de « famille homoparentale » sont apparus à la fin des années 1990. Il s'agit de néologismes créés par l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens (GROSS M., *L'homoparentalité*, Que sais-je ?, Presses universitaires de France, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 7). L'appellation ne nous paraît pas opportune dans la mesure où l'orientation sexuelle n'a aucune incidence sur l'exercice des prérogatives parentales en droit ou en fait, par le parent ou par le tiers. Il nous semble d'ailleurs malsain de lier la sexualité du parent et du tiers à leur rôle parental. Il serait incongru de parler, par opposition, d'hétéroparentalité ou d'hétéroparenté ! V. également en ce sens, FULCHIRON H., note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 février 2006, D. 2006, Point de vue, 876.

<sup>104</sup> L'accès aux procréations médicalement assistées n'est ouvert en France qu'aux couples hétérosexuels mariés ou apportant la preuve d'une vie commune (v. *infra*, n° 35). Le recours aux services d'une mère porteuse est une solution pareillement envisageable pour les couples gays.

<sup>105</sup> V. *infra*, n° 216 et s.

<sup>106</sup> GROSS M., *op. cit.*, p. 70.

l'Institut national d'études statistiques, 30 000 enfants vivraient à l'heure actuelle au sein d'un couple formé de personnes du même sexe<sup>107</sup>.

**17 Parents intentionnels.** Il convient d'évoquer une autre situation dans laquelle l'enfant est pris en charge dans les faits par un tiers. L'enfant né d'une maternité de substitution est élevé par l'homme et la femme formant le couple intentionnel<sup>108</sup> à l'origine de sa naissance. Toutefois, la filiation maternelle de l'enfant ne peut pas être établie à l'égard de la mère intentionnelle<sup>109</sup>. Dans le cadre particulier de la gestation pour le compte d'autrui, cette femme peut également être à l'origine du don d'ovocytes qui a permis la conception de l'enfant et en être la mère génitrice. Au regard de la définition retenue de la parentalité, il convient à présent d'envisager la situation particulière du tiers géniteur.

**18 Auteur biologique.** Nous dénommons tiers géniteur l'homme ou la femme qui a engendré l'enfant, c'est-à-dire qui lui a donné la vie<sup>110</sup>. L'auteur biologique est celui qui est à l'origine biologique de la naissance de l'enfant. Par conséquent, nous utiliserons ces deux expressions comme synonymes dans cette étude. Cette dénomination permet de recouvrir des situations très diverses dans la mesure où il s'agit de toute personne à l'origine biologique de la conception ou de la naissance de l'enfant. La parentalité du tiers géniteur se cantonne le plus souvent à la seule conception de l'enfant. Peuvent être cités à titre d'exemples, la femme qui a demandé le secret sur son identité lors de l'accouchement, les père et mère de naissance qui ont consenti à l'adoption plénière de l'enfant ou le donneur de gamètes à partir desquels l'enfant a été conçu. Il existe ainsi un grand nombre de situations très variées dans lesquelles un tiers intervient dans la vie de l'enfant. Ceci nous conduit à nous interroger sur la définition qui peut être donnée au tiers.

---

<sup>107</sup> MALAURIE P., *Autorité parentale et droits des tiers : un avant-projet patchwork*, JCP éd. G 2009, act., 167.

<sup>108</sup> Peuvent être également utilisées les expressions de « parent de conception », « couple demandeur », « couple bénéficiaire » ou « couple commanditaire ». A l'image du rapport d'information n° 421 fait au nom de la Commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat (*Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, 2008), nous privilégierons la dénomination de parents intentionnels. Il ne s'agit pas des parents juridiques de l'enfant, mais des personnes qui ont l'intention d'en devenir les père et mère légaux par ce procédé. Ainsi, nous dénommons mère intentionnelle la femme qui recourt aux services d'une mère porteuse dans le dessein d'être déclarée mère légale de l'enfant et père intentionnel l'homme qui recourt aux services d'une mère porteuse dans le dessein d'être déclaré père légal de l'enfant. Pourra également être utilisée l'expression de couple bénéficiaire.

<sup>109</sup> V. *infra*, n° 408 et s.

<sup>110</sup> Dictionnaire *Le Petit Robert*, préc.

**19 Définition du tiers.** Nous souhaitons traiter de tous ces tiers pouvant être présents dans la vie de l'enfant. Dès lors, à notre sens, doit être qualifié de tiers, tout adulte qui n'est pas juridiquement rattaché à l'enfant par un lien de parenté et qui exerce ou a exercé une forme de parentalité à son égard, que ce soit parce qu'il vit aux côtés de l'enfant ou parce qu'il est à l'origine de sa conception. Cette large définition du tiers aboutit à envisager deux hypothèses différentes : celle du tiers coparent et celle du tiers auteur biologique à l'égard duquel la filiation n'a pas été établie et qui participe ou non à l'éducation de l'enfant. Eu égard aux liens particuliers qui unissent l'enfant à son auteur biologique, la qualification de tiers peut paraître inopportune. Pour autant, le géniteur à l'égard duquel la filiation n'est pas établie est juridiquement un étranger pour l'enfant. Aucun lien de droit ne les unit.

**20 L'appréhension du tiers par le droit français.** La réaction du droit français face à la présence du tiers dans la vie de l'enfant est variée. Elle porte essentiellement sur la prise en compte du tiers coparent. En droit pénal, la notion de personne ayant autorité sur l'enfant constitue une circonstance aggravante à l'infraction<sup>111</sup>. Le droit fiscal et le droit social tiennent compte également de situations de fait. Ainsi, le tiers peut se prévaloir de sa participation matérielle à l'éducation s'agissant du calcul de l'impôt sur le revenu. Est enfant à charge, celui qui est recueilli par le contribuable à son foyer sans qu'il y ait nécessairement de lien de parenté entre eux<sup>112</sup>. De même, selon l'article L 313-3 du Code de la sécurité sociale, sont considérés comme membres de la famille et comme ayants droit de l'assuré social tous les enfants « *à la charge de l'assuré ou de son conjoint, qu'ils soient légitimes, naturels, reconnus ou non, adoptifs, pupilles de la nation dont l'assuré est tuteur, ou enfants recueillis* ». La prise en charge de l'enfant doit cependant être effective et permanente<sup>113</sup>.

En droit civil de la famille, la réaction du législateur face au tiers est ambivalente. Même s'il ne le consacre pas ouvertement, le droit de la famille prend en compte les configurations familiales plures : adoption simple, délégation de l'autorité parentale, enfant confié au tiers au titre d'une mesure d'assistance éducative... Dans le même ordre

---

<sup>111</sup> V. par exemple, art. 222-1, art. 222-8, art. 222-24 ou art. 222-28 C. pén.

<sup>112</sup> *Mémento pratique*, Fiscal, éd. Francis Lefebvre, 2008, n° 187 ; art. 196 CGI.

<sup>113</sup> Art. L 513-1 CSS ; v. REBOURG M., th. préc., n° 330 et s.

d'idée, l'adoption de l'enfant du conjoint fait l'objet de dispositions spécifiques facilitant son prononcé. Mais les recompositions familiales sont parfois considérées avec défiance. Par exemple, l'action en retranchement prévue à l'article 1527 du Code civil a pour vocation de protéger les enfants du premier lit du second conjoint de leur parent décédé. Avant son abrogation, la présomption de donation par personnes interposées de l'article 1100 du Code civil laissait supposer que le tiers ne pouvait sincèrement considérer l'enfant de son conjoint comme le sien et qu'une telle donation avait pour but de frauder les prescriptions de l'article 1096. Parallèlement, le droit civil a traditionnellement organisé l'occultation du tiers géniteur dans des hypothèses strictement définies : en permettant à la femme à demander le secret lors de son accouchement ou aux père et mère de naissance d'abandonner anonymement l'enfant. Le droit autorise aussi la rupture du lien de parenté à l'égard des père et mère par le sang dans le cadre de l'adoption plénière.

Mais il semble qu'une évolution soit en cours. S'agissant du tiers coparent, la loi du 4 mars 2002 a modifié l'article 371-4 du Code civil permettant le maintien des relations personnelles entre lui et l'enfant<sup>114</sup>. Avant cette réforme, le juge ne pouvait accorder un droit de visite ou de correspondance au tiers qu'en considération de situations exceptionnelles. Désormais, celui-ci peut en bénéficier si tel est l'intérêt de l'enfant<sup>115</sup>. L'article 1100 précité a été abrogé par cette même loi du 4 mars 2002<sup>116</sup>. Les donations en faveur des enfants du conjoint sont dorénavant permises. Lors de la réforme du droit des successions du 23 juin 2006, le législateur a également tenté de faciliter la transmission des biens dans les familles recomposées en introduisant dans le Code civil la donation-partage<sup>117</sup>. Ce mécanisme autorise toute personne à faire la distribution et le partage de ses biens et de ses droits entre ses héritiers présomptifs (art. 1075 C. civ.). Elle permet ainsi d'anticiper la dévolution successorale. Selon l'article 1076-1 du Code civil, deux époux peuvent faire conjointement une donation-partage en faveur d'un enfant non commun. Ce dernier ne peut cependant être alloti que des biens de son auteur ou des biens communs du couple, sans que toutefois le conjoint de son parent puisse être codonateur des

---

<sup>114</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale* (JO du 5 mars 2002, p. 4161).

<sup>115</sup> V. *infra*, n° 607 et s.

<sup>116</sup> SAUVAGE F., *La discrète abrogation de l'article 1100 du Code civil*, JCP éd. N 2002, 1347.

<sup>117</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 *portant réforme des successions et des libéralités* (JO n°145 du 24 juin 2006, p. 9513).

biens communs<sup>118</sup>. Enfin, il est également possible de faire mentionner dans le livret de famille, outre les enfants communs, les extraits des actes de naissance des enfants dont la filiation n'est établie qu'à l'égard de l'un des parents<sup>119</sup>. Cette modification est intervenue afin de tenir compte des recompositions familiales<sup>120</sup>. Le droit de la famille a également évolué s'agissant du tiers géniteur, notamment par l'amélioration de l'accès aux origines personnelles des enfants adoptés ou pupilles de l'État. La suppression de la possibilité pour les père et mère de naissance d'abandonner l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance en demandant le secret sur leur identité est aussi l'exemple d'un recul dans l'organisation de l'occultation des origines de l'enfant<sup>121</sup>. Toutefois, le système juridique français accompagne mal les modifications structurelles de la famille et les nouvelles attentes qui en découlent. Le droit de la famille n'envisage que partiellement la parentalité du tiers. Malgré tout, l'amélioration en droit français de la prise en compte du tiers va dans le sens de la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme.

**21 L'appréhension du tiers par la Cour européenne des droits de l'homme.** Même si l'article 8 de la Convention européenne garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale, l'article 12 ne vise expressément que la famille reposant sur le mariage. Par un important travail d'interprétation du texte européen, la Cour européenne des droits de l'homme a admis la protection de configurations familiales non fondées sur le mariage permettant ainsi l'adaptation de la Convention à l'évolution sociétale de la famille. Déjà dans l'arrêt *Marckx contre Belgique* du 13 juin 1979, les juges européens affirmaient que les familles hors mariage bénéficient du respect de leur vie familiale au même titre que les familles fondées sur le mariage. Selon la Cour, la Convention doit être appréciée « à la lumière des conditions d'aujourd'hui »<sup>122</sup>. En effet, « la Convention étant un instrument vivant, la jurisprudence européenne n'est jamais figée, ni liée par la règle du précédent.

---

<sup>118</sup> De ce fait, une récompense sera due au conjoint sauf si le régime matrimonial exclut tout type de récompense (BERGER P. et RICHE R., *Les nouvelles donations-partages*, JCP éd. N 2006, 1303).

<sup>119</sup> Art. 3, Décret n° 74-449 du 15 mai 1974 *relatif au livret de famille et à l'information des futurs époux sur le droit de la famille*, modifié par le décret n° 2006-640 du 1<sup>er</sup> juin 2006 *pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et relatif au livret de famille et à la procédure en matière de filiation* (JO du 2 juin 2006).

<sup>120</sup> Réponse ministérielle, ministère de la Justice, n° 48013, JO Assemblée Nationale Q, 22 mars 2005, p. 3043 ; Dr. fam. 2005, alertes, 5.

<sup>121</sup> Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 *relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État* (JO du 23 janvier 2002, p. 1519).

<sup>122</sup> CEDH, 13 juin 1979, *Marckx contre Belgique*, § 31, Série A, n° 31, GACEDH, p. 495 et s.

*Avec pragmatisme, les juges prennent en compte l'évolution des connaissances ou encore les changements sociaux, tout en prenant soin de laisser la marge d'appréciation nécessaire aux États pour trancher certaines questions délicates* »<sup>123</sup>. Sur le fondement de l'article 8 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'Homme interprète largement la notion de famille, reconnaissant et protégeant des configurations familiales non fondées sur la parenté ou l'alliance.

Le recours à la notion de vie familiale permet de dépasser le strict cadre de la famille traditionnelle<sup>124</sup>. Ainsi, il y a vie familiale lorsqu'un lien de parenté est conforté par une relation familiale effective, ce critère étant généralement rempli quand il y a cohabitation. Mais l'existence du seul lien de parenté peut suffire à qualifier la relation entre l'enfant et son parent de vie familiale<sup>125</sup>. Si la notion de vie familiale peut être alléguée lorsqu'il existe des liens juridiques entre l'enfant et son parent, il ne s'agit ni d'« *une condition nécessaire, ni une condition suffisante* »<sup>126</sup>. Même en l'absence de parenté, « *des liens familiaux de facto* » peuvent justifier l'application de l'article 8 de la Convention comme dans l'affaire X., Y. et Z. contre Royaume-Uni<sup>127</sup>. En l'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu, au titre de la vie familiale, le simple rapport factuel qui unit

---

<sup>123</sup> FAVIER Y., art. préc.

<sup>124</sup> DUPUIS M., Lamy *Droit des personnes et de la famille*, DEKEUWER-DEFOSSEZ F. et MARRAUD des GROTTES G. (Dir.), *Influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit de la famille*, n<sup>os</sup> 150-30 et s. La notion de vie privée et familiale tend à être reprise en droit français. V. par exemple, la sous-section 6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, relative à la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale ».

<sup>125</sup> V. en ce sens, CEDH, 26 mai 1994, Keegan contre Irlande, Série A, n<sup>o</sup> 290 ; JCP G, 1995, I, 3823, n<sup>o</sup> 32, chron., SUDRE F., § 44. V. également pour la filiation adoptive, CEDH, 22 juin 2004, Pini et Bertani et Manera et Atripaldi contre Roumanie, Dr. fam. 2004, étude n<sup>o</sup> 30, GOUTTENOIRE A. et SALVAGE-GEREST P., §§ 146 et 148 : « *si une vie familiale ne se trouve pas encore pleinement établie, en l'espèce, vu l'absence de cohabitation ou de liens de facto suffisamment étroits entre les requérants et leurs filles adoptives respectives avant ou après les décisions d'adoption, ce fait ne saurait être imputable aux requérants, qui, en choisissant les mineures sur la base d'une simple photo, sans qu'il y ait de véritables contacts avec elles qui les auraient préparées à l'adoption, n'ont fait que suivre la procédure qu'avait mise en place l'État défendeur en la matière* » (...) « *A la lumière de ce qui précède, la Cour considère qu'une telle relation, née d'une adoption légale et non fictive, pourrait être regardée comme suffisante pour mériter le respect que peut vouloir l'article 8 de la Convention, lequel trouve, dès lors, à s'appliquer* ».

<sup>126</sup> VAN DROOGHENBROECK S., *La Convention européenne des droits de l'homme, Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 2002-2004*, vol. 2, Les dossiers du journal des tribunaux, n<sup>o</sup> 57, 2006, Larcier, n<sup>os</sup> 343 et s.

<sup>127</sup> SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 9<sup>ème</sup> éd., 2008, n<sup>o</sup> 233. V. également, GOUTTENOIRE A., *La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Informations sociales, CNAF, 2008/5, n<sup>o</sup> 149, p. 40.

un enfant à un adulte qui n'est pas juridiquement son parent<sup>128</sup>. Elle a dissocié la parenté, en tant que lien de sang, du simple rapport de fait. Bien que les États n'aient pas l'obligation de reconnaître comme père juridique d'un enfant l'homme qui n'en est pas l'auteur biologique<sup>129</sup>, leur relation affective doit être protégée au nom du respect de la vie familiale. Les autorités nationales doivent prendre en compte et reconnaître les « *liens familiaux de facto* »<sup>130</sup>. Les juges européens ont progressivement permis l'appréhension de liens purement factuels entre l'enfant et un tiers allant jusqu'à le faire primer sur le lien de filiation<sup>131</sup>. « *Le retournement de cette perspective est considérable et ne fait que correspondre avec la nouvelle idéologie de l'autodétermination. C'est de moins en moins la société qui détermine pour chaque individu ce qui constitue sa famille ; c'est de plus en plus l'individu qui détermine lui-même ce que sont pour lui ses liens familiaux* »<sup>132</sup>. La Cour européenne, dans son arrêt Lebbink contre Pays-Bas du 1<sup>er</sup> juin 2004, a encore précisé la notion de vie familiale, cette fois s'agissant de la prise en compte de l'auteur biologique. En l'absence de lien de filiation, la relation qui l'unit à l'enfant est susceptible d'être protégée, à condition toutefois qu'ils cohabitent ou que des liens personnels existent tout au moins entre eux<sup>133</sup>. En outre, le fait que le prétendu père biologique ait été empêché

---

<sup>128</sup> CEDH, 22 avril 1997, X., Y. et Z. contre Royaume-Uni, D. 1997, jur., 583, note GRATALOUP S. ; JCP éd. G 1997, I, 4071, note EVAÏN S. ; Dr. fam. 1998, comm. n° 47, note LAMY (de) B. ; GRANET F., *Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les États membres de la CIEC*, Dr. fam. 1998, étude n° 16. V. également CEDH, 12 juillet 2001, K. et T. contre Finlande, Recueil des arrêts et des décisions, 2001-VII, § 150 : « conformément à sa jurisprudence antérieure (voir, parmi d'autres, *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A no 31, pp. 14-15, § 31), la Cour relève que la question de l'existence ou de l'absence d'une "vie familiale" est d'abord une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens personnels étroits ».

<sup>129</sup> Pour une application en France, v. CA Aix-en-Provence, 12 mars 2002, D. 2003, 1528, note CADOU E. ; *ibid.*, somm. 211, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; Dr. fam. 2003, comm. n° 100, note MURAT P.

<sup>130</sup> V. par exemple, CEDH, Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg, 28 juin 2007, RTD civ. 2007, 738, obs. MARGUENAUD J.-P., Dr. fam. 2008, études n° 14, GOUTTENOIRE A. ; D. 2007, 2700, note MARCHADIER F. ; AJDA 2007, 1918, note FLAUSS J.-F. ; JCP éd. G 2007, I, 182, note SUDRE F. ; RJPF-2007-11/36 note LE BOURSICOT M.-C. V. *infra*, n° 65.

<sup>131</sup> CEDH, 28 octobre 1998, Söderbäck contre Suède, RTD civ. 1999, 501, obs. MARGUENAUD J.-P. ; SUDRE F., *op. cit.*, n° 233, v. *infra*, n° 372.

<sup>132</sup> RENCHON J.-L., *Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme*, in KRENC F. et PUECHAVY (Dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, p. 145.

<sup>133</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juin 2004, Lebbink contre Pays-Bas, Dr. fam. 2004, alertes, 5. V. également CEDH, 24 février 2004, Görgülü contre Allemagne, Dr. fam. 2004, n° 48, note MURAT P. (pour une étude plus détaillée de cet arrêt, v. *infra*, n° 263) ; CEDH, 10 janvier 2008, Kearns contre France, RLDC 2008, n° 46, 2868, note MARRAUD des GROTTES G. ; RLDC 2008, n° 48, 2955, note LE BOURSICOT M.-C. ; Dr. fam. 2008, étude n° 14, obs. GOUTTENOIRE A. ; RJPF-2008-4/29, obs. GARE T. ; JCP éd. G 2008, I, 167, note SUDRE F. ; AJ fam. 2008, 78, note CHENEDE F. ; D. 2008, 415, note GUIOMARD P. ; RTD civ. 2008, 252, note MARGUENAUD J.-P. ; RDSS 2008, 353, NEIRINCK C. ; GOUTTENOIRE A., *Le droit de la*

d'établir sa paternité en raison de l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard d'un autre homme est une atteinte à sa vie familiale<sup>134</sup>. La notion de vie familiale est interprétée de façon extensive, mais que le tiers soit ou non le géniteur de l'enfant, une relation effective entre eux est nécessaire pour qu'ils puissent bénéficier de la protection de leur vie familiale, en dehors du lien de parenté. En revanche, en l'absence de toute relation personnelle entre l'enfant et son auteur biologique, il ne peut en principe être fait recours à la notion de vie familiale<sup>135</sup>. Toutefois, le lien entre l'enfant et son auteur biologique doit être protégé au titre l'article 8 de la Convention quand bien même la vie familiale ne serait pas établie, mais simplement potentielle<sup>136</sup>. De plus, la protection de la vie privée peut permettre la reconnaissance de l'existence du tiers. Sur le fondement de l'article 8 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme a énoncé le droit pour tout individu à la connaissance de ses origines personnelles dans plusieurs arrêts<sup>137</sup>. Selon les juges européens, « *le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et (...) le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité* »<sup>138</sup>. Ainsi les divers aspects de la parentalité sont protégés par l'article 8 de la Convention européenne *des droits de l'homme* tel qu'interprété par les juges européens. L'importance du rôle de tiers coparent comme celui de l'auteur biologique est appréhendée par la Cour européenne.

## **22 L'influence des législations européennes et de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'évolution du droit français.** L'étude du rôle du tiers nous

---

*famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dr. fam. 2008, étude n° 14 (pour une étude plus détaillée de cet arrêt, v. *infra*, n° 249 et s.).

<sup>134</sup> CEDH, 18 mai 2006, Rozanski contre Pologne, RLDC 2006, n° 33, 2313, note FLAUSS-DIEM J.

<sup>135</sup> Décision de la Commission européenne, requête n° 16944/90, J. R. M. contre Pays-Bas, 8 février 1993, Décisions et rapports 74, p. 121.

<sup>136</sup> CEDH, 13 janvier 2009, Todorova contre Italie, AJ fam. 2009, 82, note CHENEDE F. (pour une étude plus détaillée de cet arrêt, v. *infra*, n° 237).

<sup>137</sup> CEDH, 7 juillet 1989, Gaskin contre Royaume-Uni, GACEDH, p. 423 et s. ; CEDH, 27 octobre 1994, Kroon et autres contre Pays-Bas, § 30, Série A, n° 297-C ; CEDH, 6 février 2001, Bensaid contre Royaume-Uni, Recueil des arrêts et décisions 2001-I ; CEDH, 7 février 2002, Mikulić contre Croatie, JCP éd. G 2002, I, 157, n° 13, obs. SUDRE F. ; CEDH, 13 février 2003, Odièvre contre France, D. 2003, chron., 1240, note MALLET-BRICOUT B. ; RTD civ. 2003, 375, obs. MARGUENAUD J.-P. ; AJ Fam. 2003, 86, LE BOURSICOT M.-C. ; JCP éd. G 2003, II, 10049, note GOUTTENOIRE-CORNUT A. et SUDRE F. ; *ibid.*, I, 120, note MALAURIE P. ; GP 2005, n° 18, p. 11, note ROYANT S. ; ROY O., LPA 3 octobre 2002, n° 198, p. 6 ; ROY O., LPA 11 juin 2003, n° 116, p. 11 ; RTD civ. 2003, 276, note HAUSER J. ; GACEDH, p. 418 et s. Pour une étude plus détaillée de ces arrêts, v. *infra*, n° 490 et s.

<sup>138</sup> CEDH, 7 février 2002, Mikulić contre Croatie, préc., § 54. Ce principe avait déjà été posé dans l'arrêt Gaskin contre Royaume-Uni précité.

conduira à mettre en exergue les convergences et les divergences entre les différentes législations européennes. Sur un grand nombre de points, celles-ci tendent à se rapprocher (conditions ou effets de l'adoption plénière, exercice de l'autorité parentale, modes d'établissement de la filiation...). Cependant, les divergences qui perdurent posent des difficultés en ce qu'elles exacerbent le phénomène du tourisme procréatif<sup>139</sup>. L'ouverture par certains États de l'accès aux procréations médicalement assistées hétérologues aux femmes célibataires ou en couple homosexuel a incité des couples français homosexuels à enfreindre l'interdiction mise en place en droit français. De même, des couples (hétérosexuels ou homosexuels) n'hésitent pas à recourir aux services d'une mère porteuse dans les pays qui n'interdisent pas cette pratique. Enfin, des femmes de nationalité étrangère choisissent de venir accoucher sous le secret en France. L'admission dans certaines législations européennes de techniques proscrites dans d'autres États encourage les couples européens à chercher dans d'autres législations ce que la leur interdit. L'accessibilité aux renseignements pratiques se fait aisément grâce au développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Ce phénomène conduit les États européens, à l'instar de la France, à s'interroger sur leur législation. Il tend, en effet, à bousculer les repères traditionnels et à rendre inefficaces les interdictions nationales. Le sort des enfants nés au moyen d'une technique proscrite doit être appréhendé par le droit lors du retour de l'enfant sur le territoire national. Comment alors sécuriser sa situation sans remettre en cause l'interdit au nom du fait accompli ? L'ensemble des États européens est confronté aux mêmes problématiques et s'interroge sur la prise en compte sur le plan juridique des nouvelles configurations familiales. Les positions retenues par certaines législations en Europe peuvent aussi être sources de réflexion : véritable prise en compte du tiers coparent, développement d'un droit à l'accès aux origines personnelles des enfants né suite à une aide médicale à la procréation avec donneur...

Ces convergences et divergences des systèmes européens sont appréhendées par la Cour européenne des droits de l'homme. Les juges européens assurent le respect des dispositions de la Convention par les États membres tout en ménageant les spécificités des législations de ces derniers. « *Afin de faire face à cette difficulté, la Cour a élaboré les théories de la*

---

<sup>139</sup> LEMOULAND J.-J., *Le tourisme procréatif*, LPA 28 mars 2001, n° 62, p. 24.

*marge nationale d'appréciation et des notions autonomes* »<sup>140</sup>. Les législations européennes doivent se mettre en conformité avec les dispositions de la Convention telles qu'interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour européenne influence l'évolution du droit français<sup>141</sup>. Ainsi, le droit de la famille ne peut plus être appréhendé sous le simple angle national.

**23 La sécurisation de la configuration familiale de l'enfant.** Il existe de plus en plus de configurations familiales dans lesquelles l'enfant est confronté à un tiers. Aussi convient-il de s'interroger sur l'appréhension par le droit de ce tiers et du rôle qu'il peut jouer auprès de l'enfant. Il faut garder à l'esprit que l'investissement du coparent dans l'éducation de l'enfant n'est pas automatique. « *Nul n'est tenu d'élever, de surveiller, d'éduquer, les enfants de son conjoint ou de son concubin* »<sup>142</sup>. Mais le tiers peut exercer dans les faits une fonction de type parental auprès de l'enfant sans que celle-ci soit juridiquement reconnue. Une séparation ou un décès peut entraîner la cessation de la relation entre le coparent et l'enfant. Des instruments juridiques existent en droit français pour octroyer des prérogatives au tiers, mais ceux-ci sont insuffisants et manquent de lisibilité. La reconnaissance du tiers géniteur obéit, quant à elle, à une autre logique. L'impossibilité pour celui-ci de faire établir la filiation de l'enfant à son égard alors même qu'il participe dans les faits à son éducation est discutable. Même lorsqu'il n'existe entre lui et l'enfant aucune relation d'ordre personnelle, son occultation par le droit peut être préjudiciable pour l'enfant. Les revendications croissantes touchant à la connaissance des origines témoignent de l'importance qu'accorde certaines personnes à la connaissance des circonstances de leur conception ou de leur naissance.

---

<sup>140</sup> VASSEUR-LAMBRY F., th. préc., n° 13. Une notion autonome est une notion que la Cour interprète elle-même, indépendamment des particularismes nationaux. Ceci assure une application plus uniforme de la Convention par les États membres.

<sup>141</sup> V. par exemple, la loi du 3 décembre 2001 *relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral* (préc.) votée suite à la condamnation de la France pour discrimination à l'encontre des enfants adultérins (CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, Mazurek contre France, préc.). Sur la consécration du principe de l'égalité successorale par la Cour européenne des droits de l'homme, v. GRATALOUP S., th. préc., n<sup>os</sup> 536 et s. V. également, GRANET-LAMBRECHTS F., *La filiation maternelle demain : entre mise en conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et originalité persistante du droit français*, in *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz, Litec, 2006, p. 149 et s.

<sup>142</sup> RIVIER M.-C., *L'introuvable statut du beau-parent*, in DEKEUWER-DEFOSSEZ F. (Dir.), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, p. 177.

**24 Opportunité.** Est-il opportun, face à ces nouvelles revendications, de légiférer et de transformer en profondeur nos structures juridiques de la famille et de la parenté<sup>143</sup> ? Est-il pertinent d'offrir une véritable reconnaissance juridique au tiers ? La question de l'opportunité de la création d'un statut pour le tiers « beau-parent » est fréquemment posée<sup>144</sup>. Eu égard à la diversité des situations, il paraît difficile de se prononcer en faveur d'un statut unique pour le tiers. Toutefois, une meilleure appréhension de son rôle auprès de l'enfant semble nécessaire. L'évolution que connaît aujourd'hui le droit de la famille en France comme en Europe laisse entrevoir une meilleure prise en compte de l'enfant et du tiers avec lequel il entretient des rapports privilégiés. Un tel progrès est essentiel. Il convient d'assurer à l'enfant la sécurisation de sa configuration familiale par une prise en compte des adultes qui l'entourent. Ce mouvement parachèverait la transformation du droit de la famille tendant à la protection et à la liberté de l'individu. Il serait également conforme à l'appréhension pragmatique du tiers et de la configuration familiale de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, l'individualisme a ses limites dans une matière aussi délicate. Le droit se doit donc de permettre et d'encadrer les choix individuels, tout en veillant à préserver l'intérêt de l'enfant.

Le droit comparé offre des éléments utiles pour penser une modification de la législation française. Les problématiques qui seront étudiées sont récentes et il est souvent impossible de distinguer des grandes familles au sein des législations européennes. L'étude de ces législations apparaît alors comme un outil pour apprécier les solutions proposées par le droit français et imaginer quelle pourrait être l'évolution de celui-ci.

---

<sup>143</sup> Ce que le doyen a nommé l'effet assiduis. Il s'agit du « phénomène par lequel le législateur est porté à légiférer sous l'aiguillon des réclamations dont les catégories intéressées l'assaillent » (CARBONNIER J., in *Flexible droit*, préc., p. 275).

<sup>144</sup> V. notamment, MIRKOVIC A., *Un statut pour le « beau-parent » ?*, D. 2008, 1709 ; MARRAUD des GROTTES G., *Reconnaissance juridique des beaux-parents : statut ou statu quo ?*, RLDC 2007, n° 43, 2743 ; BRUGGEMAN M., *Le(s) tiers et l'enfant*, AJ fam. 2007, 294 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Familles éclatées, familles reconstituées*, D. 1992, chron., 133 ; FULCHIRON H., *L'autorité parentale à l'épreuve du pluralisme familial*, Dr. fam 2000, étude n° 8 ; CORPART I., *Les familles recomposées décomposées*, AJ fam. 2007, 299 ; RIVIER M.-C., art. préc. ; REBOURG M., *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, thèse, Defrénois, 2003 ; DELFOSSE-CICILE M.-L., *Le lien parental*, thèse, EPA, 2003, n°s 349 et s. ; GRATALOUP S., th. préc., n° 487 ; Défenseure des enfants, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, rapport annuel, 2006, La Documentation française ; *L'enfant d'abord - 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, rapp. préc. Sur la création d'une autorité familiale, v. LEROYER A.-M., *L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale*, RTD civ. 1998, 587.

**25 Recherche d'équilibre.** La prise en compte du rôle du tiers dans la vie de l'enfant permettrait d'opérer un certain rééquilibrage entre vérité biologique et vérité affective. Le Code civil français a semble-t-il toujours cherché à ménager un équilibre entre ces deux aspects de la vie familiale de l'enfant. La réforme du droit de la filiation de 1972 en est un parfait exemple<sup>145</sup>. A l'heure actuelle, il existe davantage de situations dans lesquelles ces deux vérités sont dissociées. Distinguer parenté et parentalité semble alors être un préalable essentiel à la recherche d'un équilibre. La reconnaissance de la parentalité ne doit pas s'effectuer au mépris de la parenté et des droits du parent. En effet, il ne doit pas être porté atteinte à la faveur donnée par le législateur français au principe de coparentalité. Les parents doivent par principe être investis et exercer conjointement les prérogatives parentales sur l'enfant. Sauf hypothèse de carence de l'un des parents, le tiers doit être davantage pensé dans une logique additive que substitutive. Ce n'est qu'à cette condition que sa prise en compte peut être pérenne. En outre, l'appréhension du tiers ne doit pas se résumer à une reconnaissance symbolique de son rôle. Les besoins de l'enfant doivent guider l'élaboration de nouvelles règles qui ne doivent pas simplement être pensée comme une gratification pour le tiers.

**26 Démonstration.** Il conviendra donc dans un premier temps de s'interroger sur la prise en considération par le droit civil de la famille de l'existence du tiers dans la vie de l'enfant. Quelle est la réaction des législations française et européennes face à la parentalité que le tiers exerce ou a pu exercer dans les faits ? On ne peut que constater qu'il n'existe pas, en droit français, de statut uniforme du tiers, que celui-ci soit ou non l'auteur biologique de l'enfant. Ceci s'explique par la grande diversité des situations dans lesquelles un tiers peut intervenir. Le rôle que le tiers peut exercer dans les faits dépend largement de l'unilinéarité ou de la bilinéarité de la filiation de l'enfant. Ainsi, sur le fondement du critère de la parenté, nous proposerons une classification des hypothèses de parentalité. Nous tenterons de démontrer que la parentalité du tiers est diversement appréhendée par le droit de la famille. Celui-ci ne bénéficie pas de droits sur la personne de l'enfant du seul fait de sa présence. En revanche, il lui est parfois reconnu des prérogatives qui peuvent lui permettre d'influer sur la structure familiale de l'enfant. Nous ne pourrons

---

<sup>145</sup> Place croissante réservée à la vérité biologique, rôle important de la possession d'état.

que constater la réaction modulée du droit face à la parentalité conduisant à une absence de statut uniforme du tiers (**Première partie**).

27 Le droit français, à l'instar d'une grande majorité des législations européennes, fonde la reconnaissance du rôle parental du tiers sur la volonté. La prise en compte du tiers peut tout d'abord découler de la constitution d'un lien de parenté entre lui et l'enfant. Mais la parenté n'est pas toujours adaptée à cette relation si particulière. Il existe en droit français des moyens plus souples permettant d'appréhender la parentalité du tiers. Toutefois, une étude comparatiste tend à démontrer que les solutions mises en place par la législation française sont perfectibles. Ainsi, la place reconnue au tiers dans d'autres États en Europe conduit à s'interroger sur une évolution du droit français tendant à une meilleure protection de l'intérêt de l'enfant. La reconnaissance juridique du tiers ne peut être automatique et est nécessairement subordonnée à un acte de volonté (**Seconde partie**).

**Première partie : La réaction modulée du droit face à la parentalité : l'absence de statut uniforme du tiers**

**Seconde partie : La reconnaissance juridique du rôle du tiers : la nécessaire subordination à la volonté**

PREMIÈRE PARTIE :  
LA RÉACTION MODULÉE DU DROIT FACE À LA  
PARENTALITÉ : L'ABSENCE DE STATUT UNIFORME DU  
TIERS



28 Absence de statut. Le tiers est généralement envisagé comme l'adulte, nouveau concubin, conjoint du parent, qui exerce une fonction de type parentale auprès de l'enfant. Mais le tiers peut également être l'auteur biologique à l'égard duquel la filiation n'est pas établie, participant ou non à l'éducation de l'enfant. La prise en compte du rôle du tiers dans la vie de l'enfant se fait généralement de façon indirecte. Le droit tire parfois les conséquences de sa présence, envisage ses moyens d'action, sans pour autant lui conférer un véritable statut. On peut s'interroger sur les raisons de l'absence d'automaticité dans la reconnaissance du tiers sur le plan juridique. Elles découlent de la diversité de ces situations : familles monoparentales, recomposées, hétérosexuelles, homosexuelles, fondée sur l'adoption, sur une procréation médicalement assistée... D'où la difficulté pour le droit d'appréhender de façon uniforme un statut pour le tiers.

29 Démonstration. Néanmoins, il a fallu trouver des éléments permettant de classifier ces configurations familiales et la parenté apparaît comme un critère pertinent de catégorisation. D'une part parce qu'il s'agit d'une donnée objective et d'une notion largement connue et d'autre part parce que le rôle du tiers va également être fonction de la filiation de l'enfant. L'unilinéarité de la filiation de l'enfant permet, dans une certaine mesure, la prise en compte du tiers (**Titre 1**). A l'inverse, lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard de ses deux parents, la place du tiers est conditionnée par les droits des parents (**Titre 2**). Ces hypothèses seront envisagées successivement.



## **TITRE 1 : PARENTALITÉ ET PARENTÉ UNILINÉAIRE**

**30 Distinction.** La famille unilinéaire est fondée sur l'établissement d'un unique lien de filiation entre l'enfant et l'un de ses père et mère. Elle est à différencier des familles dites monoparentales, notion apparue dans les années soixante-dix (v. *supra*, n° 4)<sup>1</sup>. La qualification de famille monoparentale, d'ordre essentiellement sociologique, repose sur un fait : l'existence d'un parent isolé. Ceci peut recouvrir des réalités très différentes : décès du conjoint, divorce, séparation, absence déclarée... A l'inverse, c'est « *une donnée juridique, non sociologique, qui commande la définition (et la dénomination) de la famille unilinéaire* » : l'établissement d'un seul lien de filiation<sup>2</sup>. Elle est une espèce appartenant au genre « famille monoparentale » dont seul l'enfant non couvert par la présomption « *pater is est...* » peut faire partie<sup>3</sup>. Contrairement à l'enfant bénéficiant de cette présomption, la divisibilité de ses liens de filiation implique que celle-ci soit distinctement établie à l'égard de ses auteurs. A défaut, il n'est rattaché qu'à l'une des deux lignes, maternelle ou paternelle. Il convient dès lors de déterminer la place et les prérogatives de chacune des personnes conduites à intervenir dans la vie de l'enfant.

**31 Le parent.** Le parent à l'égard duquel la filiation est établie exerce seul toutes les prérogatives parentales dont il est l'unique titulaire. En pratique, sa situation ressemble à celle du parent isolé suite à une séparation, un divorce, un décès, une absence déclarée. Mais son seul consentement est requis pour le mariage ou l'adoption de l'enfant mineur, dont il fixe la résidence. Il est responsable des dommages causés par lui (art. 1384 al. 4 C. civ.). Il a l'administration et la jouissance légale de ses biens (v. *infra*, n° 574). L'enfant acquiert son nom (art. 311-23 C. civ.).

**32 Le tiers coparent.** Le parent à l'égard duquel la filiation est établie, peut vivre une relation de couple hétérosexuelle ou homosexuelle avec un tiers. L'enfant va donc vivre avec son parent et le nouveau compagnon ou la nouvelle compagne qui peut dans les faits exercer une fonction de type parental. Le conjoint, concubin ou partenaire du parent est

---

<sup>1</sup> LEFAUCHEUR N., *Les familles dites monoparentales*, in DE SINGLY F. (Dir.), *La famille : l'état des savoirs*, Éditions La découverte, 1997, p. 67.

<sup>2</sup> CORNU G., *La famille unilinéaire*, in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p. 137.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

dans une situation paradoxale. Cet adulte partage le quotidien de l'enfant qui lui reste juridiquement étranger même s'il prend part à son éducation et pourvoit à ses besoins. Il n'a pas de statut légal ; aucun droit sur l'enfant ne lui est octroyé ; il n'est tenu à aucune obligation. Cela peut s'expliquer, d'une part, par le fait que ce tiers ne souhaite pas forcément jouer un rôle de substitut parental et d'autre part, parce que la relation qui l'unit à l'enfant reste largement tributaire de la réussite de son couple. L'enfant n'ayant qu'une parenté unilinéaire, le tiers n'entre pas en concurrence avec un second parent. L'exercice de sa parentalité reste factuel et n'empiète pas sur les prérogatives parentales de l'auteur biologique. Lorsque le tiers s'occupe de l'enfant, ce dernier se retrouve dans une position singulière : sa filiation n'est établie qu'à l'égard d'un des ses parents, mais deux adultes l'élèvent dans les faits<sup>4</sup>. Survient une hypothèse de parenté unilinéaire associée à une coparentalité de fait : le parent juridique est titulaire et exerce son autorité parentale sur l'enfant ; son conjoint ou partenaire participe à cet exercice sans que le droit ne reconnaisse son rôle. L'enfant n'est pas juridiquement lié à ce tiers, ni à sa famille qu'il peut connaître.

**33 Le tiers géniteur.** L'auteur biologique à l'égard duquel la filiation n'est pas établie est également un tiers juridiquement étranger à l'enfant. C'est sur ce point que la distinction entre la famille unilinéaire et les autres formes de familles monoparentales est la plus flagrante. Contrairement à celui dont la filiation est bilinéaire, mais dont un seul parent exerce l'autorité parentale, l'enfant est privé dès sa naissance de toute parenté dans une ligne. L'implication dans la vie de l'enfant de l'auteur biologique peut être de deux ordres : soit elle est inexistante, le géniteur n'ayant aucune intention de se manifester, ni de faire établir sa parenté et l'enfant peut alors vivre avec son parent juridique et un coparent. Soit à l'inverse, l'auteur biologique peut jouer un rôle primordial dans l'éducation de l'enfant sans toutefois pouvoir établir de lien juridique avec l'enfant.

**34 Plan.** La réaction du droit face au tiers est variable. Dans les hypothèses classiques de famille unilinéaire, la prise en compte du tiers, qu'il soit coparent ou auteur biologique est partielle, certaines prérogatives lui étant reconnues (**Chapitre 1**). A l'inverse, sa parentalité

---

<sup>4</sup> Que la relation de couple soit hétérosexuelle ou homosexuelle. Dans cette dernière hypothèse, v. DESJEUX C., *Homosexualité et parentalité : du désir d'enfant à sa réalisation*, Recherches et prévisions, n° 93, septembre 2008, CNAF, p. 41.

est parfois totalement niée alors même que le tiers peut à la fois être coparent et auteur biologique de l'enfant. En effet, dans l'hypothèse très particulière de la gestation pour le compte d'autrui, la mère intentionnelle peut être la mère génitrice de l'enfant qu'elle élève dans les faits. Or, le droit refuse la reconnaissance de cette parentalité en raison de la prohibition de la maternité de substitution (**Chapitre 2**).



## Chapitre 1 : La parentalité partiellement prise en compte : les prérogatives octroyées au tiers

**35 Famille unilinéaire et procréation médicalement assistée.** L'acte fondateur de la famille unilinéaire est l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard d'un seul de ses parents. Ce lien peut résulter soit d'une filiation charnelle, soit d'une filiation élective. La constitution d'une famille unilinéaire peut également découler de l'accès à une aide médicale à la procréation hétérologue par une femme célibataire ou en couple homosexuel. Cette configuration familiale ne fera pas l'objet de développements spécifiques dans la mesure où les techniques médicales d'assistance à la procréation sont réservées en droit français aux couples hétérosexuels, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans (art. L 2141-2 CSP). Par conséquent, le droit ne peut tenir compte en amont de l'existence ou du futur rôle qu'un tiers pourrait exercer auprès de l'enfant qui en serait issu. Dans de nombreux États européens, l'accès aux procréations médicalement assistées est pareillement réservé aux couples hétérosexuels. C'est le cas notamment en Autriche<sup>1</sup>, en Allemagne<sup>2</sup>, en Italie<sup>3</sup>, en Suisse<sup>4</sup> ou au Portugal<sup>5</sup>. Néanmoins, certains États sont plus permissifs et ouvrent l'accès aux procréations médicalement assistées aux femmes célibataires, favorisant le tourisme procréatif et, par voie de conséquence, le développement de familles unilinéaires. Il s'agit par exemple de l'Espagne<sup>6</sup>, du Royaume-Uni, de la Belgique<sup>7</sup>, de la Grèce, de la Finlande, de la Suède, du

---

<sup>1</sup> Loi sur la procréation médicalement assistée du 14 mai 1992 (« Fortpflanzungsmedizingesetz ») : Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA, Comité directeur de bioéthique, Conseil de l'Europe, 2005, p. 17.

<sup>2</sup> La législation allemande n'évoque pas cette impossibilité. C'est l'ordre fédéral des médecins sur la reproduction assistée qui élabore les lignes directrices en la matière : *ibid.*, p. 10 et 17.

<sup>3</sup> Art. 5, Loi n° 40 du 19 février 2004.

<sup>4</sup> La législation suisse exige que le couple souhaitant bénéficier d'une insémination artificielle avec donneur soit marié. Selon l'article 3 (2) de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998, s'il n'est pas fait recours à un donneur, l'accès est ouvert à tout couple hétérosexuel.

<sup>5</sup> Réponses des États membres au questionnaire, préc., p. 17.

<sup>6</sup> En Espagne, selon la loi du 26 mai 2006, toute femme âgée de plus de dix-huit ans et ayant la pleine capacité juridique peut recourir aux techniques de reproduction assistée, quelle que soit son orientation sexuelle ou son état civil (art. 6, Loi 14/2006 du 26 mai 2006, BOE n° 126, 27 mai 2006, p. 19947).

<sup>7</sup> Art. 2, Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes.

Danemark<sup>8</sup> ou des Pays-Bas<sup>9</sup>. Une femme seule peut y bénéficier des techniques d'aide à la reproduction, ce qui permet également aux couples homosexuels lesbiens d'en profiter. Dans la majorité des cas, la loi ne prévoit pas expressément les bénéficiaires de ce type de techniques et ce sont les équipes médicales qui déterminent cas par cas, les conditions d'accès et les modalités d'appréhension du tiers<sup>10</sup>. Les États autorisant les couples homosexuels ou les femmes célibataires à avoir accès aux procréations médicalement assistées sont submergés par les demandes provenant de candidates étrangères. Par exemple, 70 % des demandes adressées à l'Hôpital universitaire Érasme de Bruxelles émanent de couples de lesbiennes françaises et 800 demandes ont été déposées auprès de l'Hôpital de l'Université flamande de Bruxelles<sup>11</sup> ! L'absence d'unification des règles relatives aux aides médicales à la reproduction entraîne le développement d'un tourisme procréatif. Ce phénomène n'est pas récent, mais tend à s'amplifier.

En France, il est régulièrement question d'ouvrir l'accès aux procréations médicalement assistées aux femmes célibataires. L'office parlementaire sur les choix scientifiques s'est prononcé en ce sens tout en préconisant de limiter les bénéficiaires aux femmes ayant une

---

<sup>8</sup> Loi n° 535 du 8 juin 2006 (Les documents de travail du Sénat, *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, Législation comparée, 2009, p. 13).

<sup>9</sup> Loi du 2 mars 1994 *sur l'égalité de traitement*, *ibid.*, p. 19.

<sup>10</sup> Au Royaume-Uni, la législation (« *Human Fertilisation and Embryology Act 2007* ») ne prévoit aucune condition s'agissant de l'âge ou de la situation matrimoniale des personnes souhaitant bénéficier des techniques d'aide à la reproduction. Une femme seule peut y recourir. Cependant, l'autorité chargée de faire appliquer cette loi (« *Human Fertilisation and Embryology Authority* ») a élaboré un code de déontologie qui attire l'attention des praticiens dans une telle hypothèse. Lorsque l'enfant n'aura aucun père légal, le centre de traitement doit évaluer la capacité de la future mère à pourvoir aux besoins de l'enfant ainsi que la capacité des personnes de sa famille ou de son entourage qui désireraient partager cette responsabilité (« *Code of Practice* », « *Human Fertilisation and Embryology Authority* », 7<sup>ème</sup> édition, G. 3.3.3). Quelle que soit la technique mise en œuvre, les centres de traitement doivent toujours prendre en considération le bien-être de l'enfant à naître, mais aussi celui de tout enfant qui pourrait être affecté par cette naissance (« *Code of Practice* », préc., G. 3.3.1). Au Luxembourg, il existe un vide juridique, puisque aucune loi ne régit les procréations médicalement assistées. Dans un avis rendu en 2001, la Commission consultative nationale d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a estimé que les couples de femmes homosexuelles et les femmes célibataires devaient avoir accès aux techniques d'aide à la reproduction, l'équipe médicale devant décider cas par cas de l'opportunité du traitement. En l'attente d'une loi, la position du Luxembourg est floue. En Grèce, la loi ne prévoit pas non plus expressément quels sont les bénéficiaires de l'assistance médicale à la procréation. Cependant, on peut déduire de l'article 1456 du Code civil, introduit par la loi n° 3089/2002 du 19 décembre 2002 *sur l'assistance médicale à la reproduction humaine*, que les femmes seules peuvent, en principe, y recourir. Il n'existe pas non plus de législation relative aux techniques d'aide à la reproduction en Finlande. Dans le secteur public de la santé, seuls les couples hétérosexuels en bénéficient. En revanche, dans le secteur privé, les femmes célibataires ou en couple homosexuel peuvent y avoir accès en fonction cependant de politiques parfois divergentes des cliniques qui traitent l'infertilité. Une proposition de loi est, actuellement, en cours de discussion. Elle devrait réglementer les conditions d'accès aux traitements contre l'infertilité.

<sup>11</sup> *Afflux en Belgique des candidates homosexuelles à l'insémination*, Le Monde, 25 novembre 2005.

stérilité médicalement constatée<sup>12</sup>. Les femmes en couple homosexuel en seraient donc exclues. En tout état de cause, malgré l'interdit, le droit français se trouve confronté à ces situations une fois l'enfant de retour sur le territoire national. Des solutions sont alors à trouver s'agissant de la prise en compte sur le plan juridique du tiers pouvant vivre avec cet enfant (v. *infra*, n<sup>os</sup> 442 et s.).

**36 Plan.** Sera envisagée l'appréhension juridique du tiers dans la famille unilinéaire par le sang (**Section 1**), puis la famille unilinéaire par adoption (**Section 2**), seuls modes de constitution autorisés en droit français.

### **Section 1 : Le tiers et la famille unilinéaire par le sang**

**37 Prérogatives dévolues au tiers.** La filiation de l'enfant n'est unilinéaire que dans deux hypothèses : soit elle n'a été établie qu'à l'égard d'un de ses parents, soit elle l'a été à l'égard des deux parents mais a été contestée par l'un d'eux et annulée. Il convient alors d'envisager quels sont les droits du tiers relativement à chacune de ses hypothèses. Si le coparent peut être parfois pris en considération (lorsque l'action est ouverte à tout intéressé par exemple), c'est surtout l'auteur biologique qui bénéficie de larges prérogatives. Le tiers coparent peut dans les faits participer à son éducation, mais l'exercice de cette fonction de type parental n'entraîne pas de conséquences sur le lien de filiation de l'enfant. Il peut certes faire établir mensongèrement la filiation de l'enfant à son égard, mais il perd alors sa qualité de tiers (v. *infra*, n<sup>os</sup> 314 et s.). En revanche, les droits français et européens prennent en compte l'auteur biologique en lui permettant d'influer sur la filiation de l'enfant, soit en se soustrayant aux conséquences de sa paternité ou de sa maternité, soit en contestant la filiation de l'enfant lorsque celle-ci est contraire à la vérité biologique. Les droits qui lui sont octroyés vont influencer la forme de la structure familiale dans laquelle l'enfant vit et par voie de conséquence, la relation que ce dernier peut avoir avec celui qui partage la vie de son parent juridique. Seront étudiés les droits de l'auteur biologique lors de l'établissement et de la contestation du lien de filiation (§ 1), puis l'absence de véritable prise en compte du coparent en droit français (§ 2).

---

<sup>12</sup> Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n° 2006-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, décembre 2008, tome 1, p. 25.

## § 1. L'auteur biologique et la famille unilinéaire

**38 Raisonement.** Ainsi, il convient de mettre en exergue les droits octroyés au tiers géniteur dans l'établissement (**Sous-paragraphe 1**) et dans la contestation du lien de filiation (**Sous-paragraphe 2**).

### *Sous-paragraphe 1. L'établissement volontaire d'un seul lien de filiation*

**39 Exclusion.** Seul l'établissement volontaire du lien de filiation fera l'objet de développements approfondis. En principe, l'établissement judiciaire de la maternité de la femme mariée entraîne celui de la paternité du mari par application de la présomption de paternité<sup>13</sup>. La parenté de l'enfant est donc bilinéaire<sup>14</sup>. S'agissant de la filiation hors mariage, le principe est celui de la divisibilité des liens de filiation. A défaut d'établissement volontaire, une action peut être dirigée soit contre le père, soit contre la mère<sup>15</sup>. L'enfant n'a alors qu'une parenté unilinéaire. Cependant, l'existence d'un seul lien de filiation, suite à une action judiciaire, semble être un cas d'école. En effet, dans la majorité des hypothèses, l'action en recherche de paternité ou de maternité est exercée pendant la minorité de l'enfant par le parent légal. En cas de succès, la parenté est donc bilinéaire. L'action peut toutefois être intentée par l'enfant. Mais l'enfant sans filiation à la naissance est admis comme pupille de l'État et fait généralement l'objet d'une adoption plénière ; une fois celle-ci prononcée, il ne peut plus tenter d'action en recherche de maternité ou de paternité à l'égard de ses parents biologiques (v. *infra*, n° 273)<sup>16</sup>. Si l'enfant n'est pas adopté, ces actions lui sont ouvertes, mais survient alors la difficulté pour lui d'accéder à ses origines<sup>17</sup>. S'il y parvient, l'enfant peut faire établir en justice sa

---

<sup>13</sup> Toutefois, selon l'article 314 du Code civil, « *la présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père et que l'enfant n'a pas de possession d'état à son égard* ».

<sup>14</sup> Sauf la possibilité pour le mari de la mère de contester sa paternité, v. *infra*, n° 323 et s.

<sup>15</sup> Art. 327 et 325 C. civ.

<sup>16</sup> Art. L 224-4 CASF.

<sup>17</sup> Les père et mère de naissance ou la personne qui remet l'enfant au service de l'aide sociale sont informés de la possibilité de « *laisser tous renseignements concernant la santé des père et mère, les origines de l'enfant, les raisons et les circonstances de sa remise au service de l'aide sociale à l'enfance* » (art. L 224-5, 4° CASF). Tout dépend alors du bon vouloir des parents de naissance. Si ces derniers consentent à révéler leur identité, l'enfant mineur peut, après autorisation de ses représentants légaux, avoir accès à son dossier (art. L 224-7 CASF). Il doit alors formuler une demande auprès du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles. Pour plus de détails, v. *infra*, n° 505 et s.

filiation à l'égard d'un seul de ses auteurs biologiques<sup>18</sup>. A l'instar de la France, l'action en recherche de paternité ou de maternité est ouverte à l'enfant dans d'autres législations européennes comme en Grèce<sup>19</sup>, au Luxembourg<sup>20</sup>, en Pologne<sup>21</sup>, en Suisse<sup>22</sup>, en Italie<sup>23</sup> ou en Belgique<sup>24</sup>. En outre, l'auteur biologique n'est pas que peu envisagé par le droit dans cette hypothèse où il est dans une position passive. En tant que défendeur à l'action, il ne peut se soustraire aux conséquences de sa maternité ou de sa paternité, si la preuve en est rapportée. C'est pourquoi, nous nous concentrerons sur les prérogatives du tiers géniteur lors de l'établissement extrajudiciaire du lien de filiation.

**40 Pouvoirs du tiers dans l'établissement de la filiation de l'enfant.** Les droits dont dispose le tiers lors de l'établissement volontaire du lien de filiation sont plus étendus et il convient de s'y intéresser. L'auteur biologique peut refuser l'établissement de la filiation de l'enfant à son égard, son inaction conduisant à la création d'une famille simplement unilinéaire. Seront envisagés les différents modes d'établissement de la filiation permettant la constitution d'une parenté unilinéaire ainsi que les possibilités pour l'auteur biologique de se soustraire aux conséquences de sa paternité ou de sa maternité. L'enfant peut ainsi avoir soit une filiation matrilinéaire (**A**), soit plus rarement une filiation patrilinéaire (**B**).

#### A. La filiation maternelle

**41 Établissement.** Dorénavant, en France comme dans la majorité des États européens, l'établissement de la filiation maternelle ne dépend plus de la naissance ou non de l'enfant durant le mariage de ses auteurs. Avant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 *portant*

---

<sup>18</sup> L'action est généralement intentée par l'enfant une fois sa majorité atteinte (même si elle peut être engagée pendant sa minorité par son tuteur, après autorisation du conseil de famille, art. 464 al. 3 C. civ.).

<sup>19</sup> Art. 1479 C. civ. grec : la paternité hors mariage peut être judiciairement établie au moyen d'une action exercée par la mère ou l'enfant contre le prétendu père.

<sup>20</sup> Art. 340-2 C. civ. luxembourgeois.

<sup>21</sup> Art. 84 et 86 KRO. L'action appartient à la mère pendant la minorité de l'enfant, à l'enfant, au procureur et plus étonnamment au père biologique. Cette possibilité introduite en 2005 s'explique par l'obligation pour le prétendu père de recueillir le consentement de la mère s'il souhaite reconnaître l'enfant. Le refus de la mère ne peut donner lieu à aucun recours. La faculté de faire établir judiciairement sa paternité permet à l'homme de s'affranchir du consentement maternel. Sur l'obligation d'obtenir le consentement de la mère dans certaines législations européennes, v. *infra*, n° 48.

<sup>22</sup> L'action en recherche de paternité appartient également à la mère (art. 261 C. civ. suisse).

<sup>23</sup> Art. 273 C. civ. italien.

<sup>24</sup> Art. 332 ter C. civ. belge. L'action en réclamation d'état est ouverte à l'enfant et à chacun de ses père et mère.

*réforme de la filiation*<sup>25</sup>, la filiation maternelle de l'enfant né hors mariage ne pouvait pas être établie au moyen de la désignation de la mère dans l'acte de naissance<sup>26</sup>. Une reconnaissance était nécessaire au même titre que pour la filiation paternelle en dépit de l'adage « *mater semper certa est* »<sup>27</sup>. La Cour de Cassation avait anticipé sur la réforme de la filiation en donnant plein effet à l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance<sup>28</sup>. Désormais, l'établissement de la filiation maternelle résulte en règle générale de la simple désignation de la mère dans l'acte de naissance<sup>29</sup>. La femme qui accouche est la mère de l'enfant. La France rejoint ainsi la majorité des États européens en consacrant pleinement l'adage « *mater semper certa est* ». En Europe, seule l'Italie maintient l'exigence de reconnaissance volontaire<sup>30</sup>.

A défaut, la mère peut toujours reconnaître l'enfant. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a également ouvert cette voie à la femme mariée<sup>31</sup>. En tant qu'acte personnel la reconnaissance ne supporte ni représentation, ni assistance. Cette solution jurisprudentielle vient d'être entérinée par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs*<sup>32</sup>. La reconnaissance maternelle est également possible au

---

<sup>25</sup> Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006, puis ratifiée par la 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* (JO n° 0015 du 18 janvier 2009, p. 1062).

<sup>26</sup> Un jugement remarqué du Tribunal de grande instance de Brive du 30 juin 2000 avait, pourtant, admis que « l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance emporte de facto l'établissement juridique de la filiation naturelle, sans qu'une reconnaissance soit nécessaire » (TGI Brive, 30 juin 2000, D. 2001, 27, note ARDEEFF I. ; *ibid.*, somm., 972, obs. GRANET F. ; *ibid.*, 2872, obs. LE DOUJET-THOMAS F. ; Defrénois 2000, 1310, obs. MASSIP P. ; RTD civ. 2000., 930, obs. MARGUENAUD J.-P. ; *ibid.*, 815, obs. HAUSER J. ; RTD civ. 2001, 344, obs. HAUSER J.). Il se situait dans la ligne droite de l'arrêt Marckx contre la Belgique rendu par la Cour européenne des droits de l'homme qui condamnait les discriminations faites en raison de la naissance (CEDH, 13 juin 1979, Marckx contre Belgique, Série A, n° 31, GACEDH, p. 495).

<sup>27</sup> Par exception à ce principe, la filiation maternelle se trouvait établie par la désignation d'une femme mariée en qualité de mère, dans les cas où la présomption de paternité était écartée (anciens art. 313, al. 1, 313-1 et 313-2 C. civ.).

<sup>28</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 février 2006, n° 05-13006, Bull. civ. I, n° 73 ; D. 2006, IR, 603 ; *ibid.*, 1139, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; *ibid.*, 1029, note KESSLER G. ; JCP éd. G 2006, I, 199, n° 3, obs. FAVIER Y. ; Defrénois 2006, 1058, obs. MASSIP J. ; AJ fam. 2006, 162, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2006, comm. n° 107, note MURAT P. ; RLDC 2006, n° 29, 2147, note MEYZEAUD-GARAUD M.-C. ; RTD civ. 2006, 294, obs. HAUSER J.

<sup>29</sup> Art. 311-25 C. civ.

<sup>30</sup> Art. 250 C. civ. italien.

<sup>31</sup> Art. 316 C. civ. L'intérêt de cette disposition est la possibilité pour la femme qui a accouché dans le secret, de se rétracter en reconnaissant l'enfant, TERRE F. et FENOUILLET D., *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 662-1.

<sup>32</sup> Art. 458 entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2009.

Luxembourg, en Espagne et en Italie<sup>33</sup>. Elle n'est pas autorisée en Grèce, en Suisse, aux Pays-Bas, en Pologne et au Royaume-Uni<sup>34</sup>.

La filiation peut aussi être établie au moyen de la possession d'état à condition qu'elle soit constatée par un acte de notoriété délivré par le tribunal d'instance ou à l'issue d'une action en constatation de possession d'état<sup>35</sup>. Au Luxembourg<sup>36</sup> et en Italie<sup>37</sup>, la possession d'état permet aussi d'établir la filiation de l'enfant, mais c'est à la condition que celui-ci soit né pendant le mariage de ses parents et qu'elle le rattache indivisiblement aux deux époux<sup>38</sup>. La filiation de l'enfant est alors bilinéaire. Toutefois, au Luxembourg, la constatation d'une possession d'état de l'enfant né hors mariage peut aboutir à la création d'un seul lien de filiation à l'égard de la mère<sup>39</sup>. Par conséquent, la filiation unilinéaire de l'enfant ne peut être établie par la possession d'état qu'en France et au Luxembourg.

**42 Possibilité de ne pas divulguer son identité.** Si les modes d'établissement de la filiation maternelle se sont diversifiés, la femme peut toujours décider de se soustraire aux conséquences juridiques de sa maternité. En effet, il n'existe aucune obligation pour la mère d'indiquer son nom dans l'acte de naissance de l'enfant<sup>40</sup>. Cette faculté pour elle de recourir à l'anonymat n'est légalement admise que par deux autres États européens. Au Luxembourg, elle se déduit de l'article 57 alinéa 9 du Code civil qui prévoit l'absence

---

<sup>33</sup> Contrairement à la France, une femme incapable majeure ou mineure ne peut reconnaître seule l'enfant dans ces deux dernières législations. Elle doit y être judiciairement autorisée en Espagne (art. 121 C. civ.) ou assistée de son tuteur ou curateur en Italie (art. 250 C. civ.).

<sup>34</sup> Seule la Grèce l'interdit expressément (art. 1463 § 2 C. civ. grec). Toutefois, ces États ont été parties à la Convention *relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels* du 12 septembre 1962 rédigée sous l'égide de la Commission internationale de l'état civil à l'exception de la Pologne et du Royaume-Uni (qui n'en sont membres que depuis quelques années). L'article 3 de cette Convention prévoit la possibilité pour une femme de reconnaître un enfant si cela est nécessaire pour satisfaire aux exigences légales d'un État non contractant. Dans ces circonstances particulières, la reconnaissance maternelle est autorisée malgré l'interdiction de principe retenue par ces États.

<sup>35</sup> Art. 330 C. civ. La possession d'état résulte d'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* » (art. 311 C. civ.). Ces faits sont principalement le nom, le traitement dont a bénéficié l'enfant et sa réputation à l'égard des tiers (famille, société, autorité publique).

<sup>36</sup> Les éléments constitutifs de la possession d'état sont, comme en France, le nom, le traitement et la réputation, RAVARANI G., J-Cl. Droit comparé, Luxembourg, fasc. 1, 2001, n° 121.

<sup>37</sup> Les éléments constitutifs de la possession d'état sont également les mêmes qu'en France (art. 237 C. civ.)

<sup>38</sup> Art. 320 et 321-1 C. civ. luxembourgeois et art. 236 C. civ. italien

<sup>39</sup> Art. 334 al. 3 C. civ. luxembourgeois. Comme cela a été précisé précédemment, le droit italien exige une reconnaissance de la mère, la simple possession d'état ne suffit pas à établir la filiation maternelle de l'enfant né hors mariage.

<sup>40</sup> Art. 57 C. civ.

d'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance. En Italie, l'indication du nom de la mère est subordonnée à son consentement<sup>41</sup>. Dans tous les autres États, la désignation de la femme qui est accouchée est obligatoire<sup>42</sup>.

L'absence d'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance peut ne pas être volontaire. Elle peut être le fait de la volonté de la personne qui déclare l'enfant (par exemple en cas de conflit entre la mère et le père) ou plus exceptionnellement d'un oubli<sup>43</sup>. Mais il s'agit généralement d'hypothèses dans lesquelles la filiation de l'enfant n'a pas été établie, c'est-à-dire essentiellement de cas de naissance sous le secret. Il en existait environ 10 000 par an dans les années 1970. Depuis 1999, on en compte annuellement entre 500 et 600<sup>44</sup>. La femme qui demande le secret lors de son accouchement peut ainsi refuser tout lien de parenté à l'égard de l'enfant et l'exercice de toute autre forme de parentalité. Celui-ci peut n'avoir alors qu'une filiation paternelle. Mais les conditions qui entourent sa naissance peuvent empêcher le père d'établir un lien de filiation. En effet, si ce dernier n'est pas mis au courant du lieu et de la date de la naissance de l'enfant, il est difficile pour lui de le reconnaître à temps, c'est-à-dire avant le placement en vue de son adoption (v. *infra*, n<sup>os</sup> 254 et s.).

Il convient à présent d'examiner les modalités d'établissement de la filiation paternelle de l'enfant.

## B. La filiation paternelle

**43 Plan.** Le père biologique peut ou non souhaiter établir sa paternité à l'égard de l'enfant **(1)**, mais sa volonté est parfois subordonnée à l'accord de la mère ou de l'enfant **(2)**.

---

<sup>41</sup> Art. 30 et 42, règlement *relatif à l'état civil*, modifié par le décret n° 396/2000 du 3 novembre 2000.

<sup>42</sup> A défaut de désignation du nom de la mère dans l'acte de naissance, une procédure spéciale a été mise en place dans certains États comme en Belgique, en Grèce, en Suisse ou en Espagne. Certains États aménagent cependant des possibilités pour les femmes d'abandonner leur enfant sans donner leur identité. Pour plus de détails, v. *infra*, n° 269.

<sup>43</sup> Si tel est le cas, la filiation maternelle peut néanmoins être établie au moyen d'une reconnaissance ou d'une possession d'état constituée et prouvée.

<sup>44</sup> *L'enfant d'abord - 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, rapp. préc., p. 184.

## 1. Les modes d'établissement de la filiation paternelle

**44 Distinction.** Même si les législations européennes ne font généralement plus de distinction entre les enfants légitimes et naturels<sup>45</sup>, l'uniformisation des modes d'établissement de la filiation ne peut être parfaite. Quelques différences inéluctables subsistent et se rencontrent au moment de l'établissement de la filiation paternelle. La filiation de l'enfant né durant le mariage de ses auteurs continue à être établie plus aisément que celle de l'enfant né hors mariage.

**45 Enfant conçu ou né pendant le mariage de ses parents.** Il ne peut y avoir d'unification des modes d'établissement de la paternité. Le mariage suppose le respect des devoirs de fidélité et de cohabitation, alors que le concubinage ou les partenariats n'impliquent pas une telle obligation. Découle de ces devoirs une présomption selon laquelle le mari est présumé le père des enfants dont sa femme accouche<sup>46</sup>. Malgré le courant égalitaire qui traverse les droits européens, cette présomption, déjà connue du droit romain<sup>47</sup>, subsiste dans tous les États en tant qu'effet du mariage<sup>48</sup>.

**46 Enfant né hors mariage.** Dans la majorité des législations européennes, l'établissement de la paternité résulte d'un acte volontaire : la reconnaissance. En France, la reconnaissance peut être faite dans l'acte de naissance ou par acte distinct, pourvu qu'il soit authentique<sup>49</sup>. Dans la plupart des législations, la reconnaissance suppose un certain formalisme<sup>50</sup>. Le juge peut également tirer les conséquences de l'aveu fait par le prétendu

---

<sup>45</sup> La suppression des termes « *enfant légitime* » et « *enfant naturel* » s'est faite progressivement en Europe : en 1981 en Espagne, en 1987 en Belgique et au Portugal, en 1976 en Suisse, en 1997 aux Pays-Bas et en Allemagne, en Autriche, en Pologne et dernièrement en France depuis l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005. A l'inverse, l'Italie et le Luxembourg maintiennent cette distinction, GRANET F., *Panorama européen de droit de la filiation*, Dr. fam. 2007, études n° 30. V. également FRANK R., *Observations comparatives sur la contestation de paternité*, RID comp. 2005, 85.

<sup>46</sup> Selon la maxime latine « *pater is est quem nuptiae demonstrant* ».

<sup>47</sup> C'est au juriste Paul que l'on doit la maxime « *pater is est quem nuptiae demonstrant* », HAUSER J. et HUET-WEILER D., *Traité de droit civil, la famille*, préc., n° 543.

<sup>48</sup> GRANET F., art. préc. La présomption de paternité ne s'applique généralement pas aux enfants conçus après la dissolution du mariage. Dans la majorité des droits européens, il existe des cas d'exclusion : la présomption de paternité est écartée *a priori* (la paternité étant hautement improbable) et l'enfant n'a plus qu'une filiation matrilinéaire sauf rétablissement de la présomption « *pater is est...* ».

<sup>49</sup> Art. 316 C. civ. La reconnaissance ne peut résulter de l'indication de la filiation sur les déclarations d'un tiers dans l'acte de décès du défunt : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 janvier 2009, n° 07-11555, AJ fam. 2009, 131, obs. MILLEVILLE S. ; Dr. fam. 2009, comm. n° 26, note NEIRINCK C.

<sup>50</sup> En Allemagne, la reconnaissance doit intervenir dans un acte distinct. Il s'agit d'une déclaration expresse devant être reçue par une autorité compétente : officier de l'état civil, tribunal d'instance, notaire, office de la jeunesse... (§§ 29 et 29 a PStG, loi du 8 août 1957 *sur l'état civil*). D'autres États permettent également que

parent biologique au cours d'une procédure judiciaire<sup>51</sup>. De nombreux États européens, dont la France, permettent les reconnaissances prénatales<sup>52</sup>. En dernier lieu, la simple indication par l'homme de sa qualité de père dans l'acte de naissance suffit à faire établir sa paternité dans certaines législations où elle s'assimile à une reconnaissance. Cela est le cas par exemple en Espagne<sup>53</sup>, en Italie<sup>54</sup>, au Luxembourg<sup>55</sup>, au Royaume-Uni (à condition que la mère ait donné son accord)<sup>56</sup>. Seules la France et l'Italie permettent l'établissement de la paternité par la seule possession d'état. Pour produire son plein effet, celle-ci doit avoir été constatée<sup>57</sup>.

Le père biologique n'est pas tenu d'établir sa paternité à l'égard de l'enfant. Si certains États européens permettent l'établissement de la paternité par la simple déclaration par l'homme de sa qualité de père, aucune législation n'impose la désignation du père dans l'acte de naissance de l'enfant à l'inverse des pratiques existantes pour la maternité. La possibilité pour l'auteur biologique de ne pas faire établir sa paternité à l'égard de l'enfant lui permet de se soustraire à toute autre forme de parentalité. En outre, l'unilinéarité de la filiation permet d'envisager l'exercice dans les faits d'une fonction de type parental par un

---

la reconnaissance soit faite devant l'officier de l'état civil : Pays-Bas (art. 203 BW, livre 1), Italie (art. 254 C. civ.), Pologne (art. 79 § 1 KRO), Suisse (Art. 260 C. civ.) ou Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles : « *Births and Deaths Registration Act 1953* », s. 10 ; Écosse : « *Registration of Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965* », s. 18). Elle peut aussi prendre la forme d'un acte notarié ou public en Espagne (art. 120-1 C. civ. et art. 186 RRC), au Luxembourg (Art. 335 C. civ.), aux Pays-Bas (art. 203 BW, livre 1) ou en Grèce (art. 1476 C. civ.). Par exception, en Pologne, la reconnaissance peut être reçue par un notaire si la vie de l'enfant ou du père est menacée par un danger imminent (art. 79 § 2 KRO). Certaines législations acceptent que la reconnaissance soit faite par testament comme en Grèce (art. 1476 C. civ.), en Italie (art. 254 C. civ.), en Espagne (art. 120 et 741 C. civ. et art. 186 RRC) ou en Suisse (art. 260 al. 3 C. civ.). Parfois, un magistrat est compétent pour la recevoir comme le juge des tutelles en Italie (art. 254 C. civ.) et en Pologne (art. 79 § 1 KRO). En Suisse, la reconnaissance peut prendre la forme d'une déclaration devant le juge lors d'une action en constatation de paternité (art. 260 al. 3 C. civ.).

<sup>51</sup> Au Luxembourg, la reconnaissance peut résulter, comme en France, d'un aveu du père au cours d'une procédure judiciaire (art. 335 C. civ.). La reconnaissance peut découler d'une décision de justice en Espagne (art. 120-2 et 120-2 C. civ. et art. 186 RRC), en Grèce (art. 1479 C. civ.), au Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles : « *Births and Deaths Registration Act 1953* », s. 10 ; Écosse : « *Registration of Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965* », s. 18) ou en Italie (art. 269 C. civ.).

<sup>52</sup> Art. 316 al.1 C. civ. français, art. 36 C. civ. grec, art. 254 C. civ. italien, art. 336 C. civ. luxembourgeois, art. 75 KRO polonais.

<sup>53</sup> Art. 120, 1<sup>er</sup> C. civ. espagnol.

<sup>54</sup> Art. 254 C. civ. italien.

<sup>55</sup> Art. 335 C. civ. luxembourgeois.

<sup>56</sup> Angleterre et Pays de Galles : « *Births and Deaths Registration Act 1953* », s. 10 ; Écosse : « *Registration of Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965* », s. 18.

<sup>57</sup> En Italie : par une décision de justice annotée dans l'acte de naissance (art. 49 DPR n° 396/2000) ; en France : par acte de notoriété mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant (art. 317 C. civ.) ou par action en constatation de possession d'état (art. 330 C. civ.).

tiers coparent. L'établissement de la filiation paternelle de l'enfant suppose un comportement positif de son géniteur. A défaut, la filiation de l'enfant n'est qu'unilinéaire. Mais parfois la volonté de l'auteur biologique est insuffisante pour créer un lien de filiation à l'égard de l'enfant.

## 2. La subordination de la reconnaissance au consentement de l'autre parent ou de l'enfant dans les législations européennes

**47 Liberté.** Il existe une situation dans laquelle la possibilité d'établir la paternité peut être profondément limitée alors qu'en principe, rien ne l'empêche légalement. Il s'agit de la faculté pour la mère ou pour l'enfant de s'opposer à la reconnaissance par le prétendu père. En France, la reconnaissance peut être faite librement à condition que l'acte respecte les formalités requises pour sa validité<sup>58</sup>. Il est simplement prévu que l'officier de l'état civil avise le parent à l'égard duquel la filiation est établie de la seconde reconnaissance par lettre recommandée avec accusé de réception<sup>59</sup>. Les droits suisse<sup>60</sup> et autrichien<sup>61</sup> ont également mis en place un système de reconnaissance en dehors de tout contrôle *a priori*.

**48 Nécessité d'un accord.** Dans la majorité des États européens, la règle est toute autre. L'établissement de la filiation paternelle de l'enfant né hors mariage est subordonné à l'accord de la mère ou de l'enfant. Ceci restreint de façon dommageable les droits du père, puisqu'en cas d'opposition de la mère, l'homme peut être empêché de reconnaître l'enfant, alors privé de sa ligne paternelle. Les États exigeant le consentement maternel sont l'Espagne<sup>62</sup>, la Grèce<sup>63</sup>, l'Allemagne<sup>64</sup>, la Croatie<sup>65</sup>, le Royaume-Uni<sup>66</sup> et le Luxembourg

---

<sup>58</sup> Art. 316 C. civ.

<sup>59</sup> Art. 57-1 C. civ.

<sup>60</sup> Art. 360 C. civ. suisse.

<sup>61</sup> § 163 c et d ABGB. La mère peut, cependant, faire opposition à la reconnaissance paternelle dans l'année qui suit, le père pouvant alors rapporter la preuve de sa paternité, GRANET F., *Panorama européen de droit de la filiation*, art. préc.

<sup>62</sup> Art. 124 C. civ. et art. 188 RRC. En Navarre, cependant, la reconnaissance est libre (art. 69, Compilation de Navarre). Pour plus de détails, v. GRANET F., art. préc.

<sup>63</sup> L'accord de la mère doit être donné sous forme notariée. Si la mère est décédée, le père peut reconnaître l'enfant sans condition (art. 1475 § 1 C. civ. grec).

<sup>64</sup> § 1595 al. 1 BGB. Le consentement de l'enfant est également nécessaire lorsque la mère a été déchue de son autorité parentale ou lorsque l'enfant est majeur (al. 2).

<sup>65</sup> Si l'enfant a moins de quatorze ans (art. 60 OZ).

<sup>66</sup> Angleterre et Pays de Galles : « *Births and Deaths Registration Act 1953* », s. 10 ; Écosse : « *Registration of Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965* », s. 18.

(mais uniquement dans le cas très particulier de violences commises sur la mère)<sup>67</sup>. Il convient de souligner qu'en Belgique, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 a mis fin à cette discrimination touchant les hommes<sup>68</sup>. La reconnaissance faite après la naissance de l'enfant est soumise à l'accord du parent à l'égard duquel la filiation est déjà établie<sup>69</sup>. La loi ne précise plus qu'il doit s'agir de la mère<sup>70</sup>. Parfois, le droit de s'opposer à la reconnaissance est reconnu à la mère et à l'enfant doué de discernement, comme en Belgique<sup>71</sup>, en Croatie<sup>72</sup>, en Hongrie<sup>73</sup>, aux Pays-Bas<sup>74</sup>, en Italie<sup>75</sup> ou en Pologne<sup>76</sup>. Le seul consentement de l'enfant peut être requis, généralement lorsqu'il a atteint l'âge de la majorité. Cela est le cas en Croatie, en Belgique<sup>77</sup>, en Finlande<sup>78</sup>, au Portugal<sup>79</sup>, en Espagne<sup>80</sup> ou aux Pays-Bas<sup>81</sup>. La subordination de la validité de la reconnaissance au consentement de l'enfant est également préjudiciable aux droits du prétendu père, mais

---

<sup>67</sup> Art. 335 al. 2 C. civ. luxembourgeois.

<sup>68</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 *modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci*, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007.

<sup>69</sup> Art. 329 bis C. civ. belge, introduit par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2006 *modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci*. Cet article n'exige le consentement de la mère que lorsque la reconnaissance est prénatale. La reconnaissance de l'homme est impossible s'il est reconnu coupable de viol sur la mère pendant la période légale de conception (art. 329 bis § 2 C. civ.).

<sup>70</sup> Cependant, la filiation maternelle étant établie par l'indication de son nom dans l'acte de naissance, c'est elle qui dans la majorité des cas doit consentir à la reconnaissance. L'ancien article 319 du Code civil avait été plusieurs fois jugé contraire aux articles 10 et 11 (anciens articles 6 et 6 bis) de la Constitution par la Cour d'arbitrage en raison d'une différence de traitement entre l'homme et la femme (v. notamment, arrêt n° 39/90 du 21 décembre 1990, M.B., 17 janvier 1991).

<sup>71</sup> Si l'enfant est âgé de douze ans accomplis (art. 329 bis C. civ.). La Belgique est l'État qui va le plus loin en matière de restriction à l'établissement de la filiation de l'enfant né hors mariage, puisqu'elle permet à celui-ci de s'opposer également à son établissement judiciaire lorsqu'il est majeur ou mineur émancipé (art. 332 quinquies §1 C. civ.). Par ailleurs, l'enfant âgé de douze ans accomplis et le parent à l'égard duquel la filiation est établie peuvent également s'y opposer, mais le demandeur ne peut être débouté que si la demande concerne un enfant âgé au moins d'un an et qu'elle est manifestement contraire à son intérêt (art. 332 quinquies § 2 nouveau C. civ.). L'action est en outre rejetée dès lors qu'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père ou la mère biologique de l'enfant.

<sup>72</sup> Si l'enfant a au moins quatorze ans (art. 60 OZ).

<sup>73</sup> Si l'enfant a quatorze ans révolus, art. 37 al. 4 Csjt, GRANET F., art. préc.

<sup>74</sup> Art. 204 BW, livre 1 (à partir de douze ans).

<sup>75</sup> Art. 250 C. civ. italien et art. 45 du nouveau Règlement *de l'état civil* (DPR n° 396/2000 du 3 novembre 2000).

<sup>76</sup> Lorsque l'enfant est majeur (art. 77 KRO). Le consentement de la mère n'est pas requis lorsque l'enfant est majeur et que celle-ci est décédée ou s'il est impossible de reprendre contact avec elle. Les consentements peuvent être donnés avant, simultanément ou jusqu'à trois mois après la reconnaissance (art. 78 KRO). C'est un droit discrétionnaire puisque le refus de consentir à la reconnaissance ne peut donner lieu à un recours.

<sup>77</sup> Son consentement est le seul requis lorsqu'il est émancipé (art. 329 bis nouveau C. civ. belge).

<sup>78</sup> LANCIN B., J-Cl. Droit comparé, Finlande, 2000, n° 55. La reconnaissance doit, par ailleurs, être homologuée.

<sup>79</sup> Art. 1857 C. civ. et art. 130 et 133 CRC, GRANET F., art. préc.

<sup>80</sup> Le consentement peut être exprès ou tacite (art. 123 C. civ. espagnol).

<sup>81</sup> Art. 204 BW, livre 1 (lorsqu'il a plus de seize ans).

l'accord n'est requis qu'à partir d'un certain âge, au plus tôt douze ans s'agissant de la législation belge et plus généralement à la majorité de l'enfant. Le refus peut alors découler d'un désintérêt du père durant l'enfance. Si le refus n'est motivé que par l'antagonisme entre les parents et par la volonté de la mère d'exclure l'homme du cercle familial, la mise en place d'un contrôle judiciaire est opportune et permet de respecter au mieux les droits de chacune des parties<sup>82</sup>.

Ainsi, malgré la volonté de l'auteur biologique de faire établir sa paternité à l'égard de l'enfant, ce dernier peut n'être pourvu que d'une filiation maternelle. L'unilinéarité de la parenté de l'enfant peut découler d'un établissement de la filiation par un seul des père et mère, mais elle résulte souvent de la contestation de l'un de ses deux liens.

### ***Sous-paragraphes 2. La contestation du lien de filiation par le tiers géniteur***

**49 Démonstration.** Si la parenté de l'enfant est bilinéaire, la contestation d'un de ses liens de filiation est possible en cas de non-conformité avec la vérité biologique. Dans l'hypothèse d'un succès, la parenté de l'enfant devient unilinéaire<sup>83</sup>. La contestation porte dans la grande majorité des situations sur la filiation paternelle. Si une partie des législations européennes ont unifié les conditions de l'action en contestation de la filiation, un certain nombre d'entre elles continuent de dissocier la situation de l'enfant né dans le mariage de celle de l'enfant né hors mariage<sup>84</sup>.

**50 Recevabilité.** Le tiers géniteur est généralement autorisé à contester la filiation de l'enfant lorsqu'elle est mensongère. En France, par exemple, celui qui se prétend le parent

---

<sup>82</sup> Ainsi, en Belgique, le père ou la mère biologique peut être judiciairement autorisé à reconnaître l'enfant (art. 329 bis § 2 C. civ.). L'action est rejetée s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père ou la mère biologique ou bien si la requête, introduite après le premier anniversaire de l'enfant, est manifestement contraire à son intérêt. La Cour d'arbitrage avait également soulevé que l'ancien article 319 du Code civil permettait au tribunal d'apprécier l'opportunité de la reconnaissance alors que la paternité n'était pas contestée et que la mère était inconnue, décédée ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté (Arrêt n° 62/94 du 14 juillet 1994, M.B., 3 septembre 1994). Dorénavant, lorsque la paternité ou la maternité est avérée, le contrôle d'opportunité n'est possible qu'en cas de reconnaissance tardive et manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. Le refus de la mère et (ou) de l'enfant ouvre également droit à un recours aux Pays-Bas (art. 204 BW, livre 1) et en Allemagne (§1600 e BGB).

<sup>83</sup> Celui à l'égard duquel la filiation était établie redevient un tiers pour l'enfant. Sa situation est tributaire de la volonté de l'autre parent, de l'enfant, voire de tout intéressé dans certaines législations. Il peut aussi être à l'initiative de l'action en contestation, hypothèse que nous envisagerons plus en détail ultérieurement (v. *infra*, n°s 323 et s.).

<sup>84</sup> Il s'agit, par exemple, de l'Italie, du Luxembourg ou de la Grèce.

véritable peut engager une action en contestation de la paternité ou plus marginalement de la maternité de l'enfant<sup>85</sup>.

**51 Conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme.** La recevabilité de l'action du prétendu parent biologique est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans un arrêt en date du 18 mai 2006, les juges européens ont condamné la Pologne en raison de l'impossibilité pour le père biologique de faire établir sa paternité du fait de l'établissement de celle du nouveau compagnon de la mère<sup>86</sup>. En droit polonais, l'action en contestation de la reconnaissance n'est ouverte qu'à son auteur, à l'enfant et au procureur<sup>87</sup>. Par conséquent, il était impossible pour le requérant de remettre en cause la filiation mensongère de l'enfant. La Cour a considéré qu'il y avait violation de l'article 8 de la Convention. L'État se doit de traduire sur le plan juridique la relation affective et biologique qui unit l'enfant à son parent, relation protégée au titre de la vie familiale<sup>88</sup>.

**52 Recevabilité de l'action en Europe.** L'action en contestation est également ouverte à l'auteur biologique en Allemagne<sup>89</sup>, en Norvège<sup>90</sup> et en Grèce<sup>91</sup>. En Belgique, le prétendu parent véritable peut contester la filiation mensongère de l'enfant. La décision faisant droit à l'action en contestation entraîne automatiquement l'établissement de la parenté du demandeur<sup>92</sup>. Le droit belge empêche l'action du prétendu parent biologique qui n'aurait pour effet que de priver l'enfant d'une ligne.

**53 Action fermée.** D'autres législations européennes ne permettent pas toujours au prétendu parent biologique de contester la filiation mensongère de l'enfant. Par exemple, en Suisse, en Italie et au Luxembourg, il peut agir en contestation de la reconnaissance,

---

<sup>85</sup> Art. 333 et 334 C. civ.

<sup>86</sup> CEDH, 18 mai 2006, Rozanski contre Pologne, RLDC 2006, n° 33, 2313, note FLAUSS-DIEM J.

<sup>87</sup> Art. 80, 81 et 86 KRO.

<sup>88</sup> BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 199.

<sup>89</sup> § 1600 et 1600 b BGB, FRANK R., art. préc., p. 86.

<sup>90</sup> Aucun délai n'est par ailleurs prévu par la loi (*ibid.*, p. 99).

<sup>91</sup> Le prétendu père est défini comme l'homme qui a eu des relations sexuelles avec la mère pendant le moment critique de la conception. Il peut agir en contestation de la filiation mensongère de l'enfant, qu'elle ait été établie par reconnaissance (Cour de cassation, arrêt n° 58/2001) ou par la présomption de paternité (art. 1469 C. civ.).

<sup>92</sup> Art. 318 § 5 (contestation de la présomption de paternité) et art. 330 § 3 C. civ. belge. Le tribunal doit vérifier que les conditions de l'article 332 quinquies sont respectées. A défaut, l'action est rejetée.

mais non de la paternité du mari<sup>93</sup>. Enfin, certaines législations refusent d’octroyer au tiers géniteur tout droit d’agir en contestation de la filiation mensongère de l’enfant. Par exemple, en Finlande, l’action en désaveu n’est pas ouverte au prétendu parent biologique qui ne peut pas non plus demander l’annulation de la reconnaissance<sup>94</sup>. Ainsi, l’auteur biologique de l’enfant peut exercer dans les faits une forme de parentalité sans qu’il lui soit possible de la traduire sur le plan de la parenté en raison de l’établissement antérieur de la filiation de l’enfant à l’égard d’une autre personne.

**54 Conclusion.** Les dispositions du droit commun permettent au tiers prétendu parent véritable d’agir sur la parenté de l’enfant. L’unilinéarité de la filiation de l’enfant peut ainsi résulter de l’établissement d’un seul lien de filiation ou du succès de la contestation de l’un d’eux. L’unilinéarité du lien de parenté découle des circonstances de la vie, généralement de l’absence ou de la cessation de la vie de couple entre les parents. Le droit offre ainsi un certain nombre de prérogatives au tiers géniteur (possibilité d’établir ou de ne pas établir la filiation à son égard, possibilité de contester la filiation de l’enfant) ou limite ses possibilités de faire établir la filiation de l’enfant. La parentalité du tiers coparent n’est quant à elle pas véritablement prise en compte en droit français.

## **§ 2. L’absence de véritable prise en compte de la parentalité du tiers coparent en droit français**

**55 Constat.** Le tiers qui partage la vie du parent de l’enfant n’est que très peu appréhendé par les règles relatives à l’établissement et à la contestation du lien de filiation. Il ne peut éventuellement agir que lorsque l’action est ouverte à tout intéressé (sous réserve toutefois de réussir à se prévaloir d’un intérêt légitime). Sa situation est tributaire des droits accordés au parent juridique et au prétendu parent biologique, puisque sa relation avec l’enfant va être conditionnée par la filiation de celui-ci : si sa parenté est bilinéaire et que ses parents exercent conjointement l’autorité parentale, le rôle du tiers sera davantage résiduel que si sa filiation est unilinéaire.

---

<sup>93</sup> Art. 260 a C. civ. suisse (action ouverte à tout intéressé) ; art. 263 C. civ. italien (action ouverte à tout intéressé) ; art. 339 al. 3 C. civ. luxembourgeois (action imprescriptible sauf si l’enfant a une possession d’état conforme et continue de plus de dix ans).

<sup>94</sup> LANCIN B., J-Cl. préc., n° 53.

**56 Transmission du nom.** La parentalité que le tiers coparent exerce dans les faits peut produire des effets qui ne découlent en principe que de l'établissement du lien de filiation. Par exemple, il peut transmettre son nom de famille à l'enfant. En France, il a été exceptionnellement jugé qu'un enfant avait acquis par possession le nom du mari de sa mère qu'il avait porté de façon prolongée et continue depuis l'âge de six ans<sup>95</sup>. Au Luxembourg, la possibilité pour l'enfant d'acquérir le nom de l'épouse du père ou du mari de la mère est expressément inscrite dans le Code civil. Selon l'article 334-5, lorsque la filiation de l'enfant mineur est unilinéaire, le nom du conjoint du parent peut lui être conféré par substitution, au moyen d'une déclaration conjointe des époux devant le juge des tutelles. Il est également possible de donner à l'enfant les noms accolés des deux époux dans l'ordre choisi par eux et dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Le consentement de l'enfant est requis dès lors qu'il est âgé de plus de treize ans<sup>96</sup>. Ainsi, le tiers qui partage la vie du parent de l'enfant peut parfois transmettre son nom à l'enfant quand bien même il n'existerait pas entre eux de rapport de filiation. Le couple que le tiers forme avec le parent fonde cette dérogation au principe de transmission du nom de famille. Est présumée l'existence d'une parentalité exercée dans les faits.

**57 Tiers.** Si quelques dispositions permettent de tenir compte de la parentalité du coparent dans les faits (v. *supra*, n° 20), son rôle n'est pas appréhendé par le droit civil de la famille en règle générale. Il ne dispose *a priori* d'aucun droit sur l'enfant et n'est tenu à son égard à aucune obligation. Il reste un simple tiers à l'égard de celui-ci, ce qui n'est pas sans susciter de difficultés. Par exemple, le coparent peut souhaiter transmettre une partie de son patrimoine à l'enfant dont il a partagé le quotidien pendant un certain nombre d'années. En cas de transmission de biens, les droits de mutation à titre gratuit s'élèvent à

---

<sup>95</sup> TGI Colmar, 16 mars 2004, Juris-data n° 2004-251819, Dr. fam. 2004, comm. n° 211, note MURAT P. En l'espèce, l'enfant est né en 1955. Il a été reconnu en 1956 par son père biologique à l'insu de la mère. Cette dernière s'est mariée en 1961 avec M. H. qui l'a reconnu le jour du mariage. L'enfant s'est dès lors fait appeler Daniel H. En l'absence de contestation de la première reconnaissance, la seconde n'a pu produire d'effet. Daniel H. aurait dû porter le nom de famille de sa mère. N'ayant pas eu connaissance de l'établissement de sa filiation à l'égard d'un autre homme, Daniel H. s'est marié sous ce nom qu'il a transmis à ses enfants. Ce n'est qu'en 2002 qu'il a découvert l'existence de la première reconnaissance. Il a sollicité alors un changement de nom sur le fondement de la possession acquisitive. Le Tribunal de grande instance de Colmar a fait droit à sa demande : la possession du nom H. qui résulte d'une erreur de droit commise par l'officier de l'état civil, est loyale, prolongée et publique.

<sup>96</sup> Dans les deux années qui suivent sa majorité, l'enfant peut demander à reprendre son nom d'origine auprès du tribunal d'arrondissement.

60 %, dans la mesure où ils sont juridiquement étrangers<sup>97</sup>. De même, qu'advient-il de cette relation « quasi-parentale » en cas de séparation du couple ? Le tiers et l'enfant peuvent souhaiter rester en contact, malgré l'opposition du parent. Or le coparent ne bénéficie pas d'un droit au maintien de ses relations personnelles avec l'enfant (v. *infra*, n<sup>os</sup> 607 et s.).

**58 Absence de prise en compte de sa volonté s'agissant de l'accueil de l'enfant au foyer.** L'ancien article 334-7 du Code civil, abrogé par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, prévoyait que l'enfant adultérin ne pouvait être élevé au domicile conjugal qu'avec le consentement du conjoint de son auteur. Cette disposition a été maintenue en droit luxembourgeois. Le parent de l'enfant doit obtenir le consentement de son conjoint pour élever l'enfant naturel au sein du foyer conjugal, s'il était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne que l'auteur biologique<sup>98</sup>. Il en va de même en Italie où le consentement du conjoint est requis<sup>99</sup>. En Belgique, selon l'article 319 bis, si le père est marié et reconnaît un enfant conçu par une autre femme que son épouse, la reconnaissance doit être portée à la connaissance de celle-ci<sup>100</sup>. A cet effet, si l'acte est reçu par un officier de l'état civil ou un notaire belge, celui-ci en envoie une copie par lettre recommandée à l'épouse. Si l'acte n'est pas reçu par un officier de l'état civil ou un notaire, il est signifié par exploit d'huissier à la requête du père, de l'enfant ou du représentant légal de ce dernier. Jusque-là, la reconnaissance est inopposable à l'épouse, aux enfants nés de son mariage avec l'auteur de la reconnaissance et aux enfants adoptés par les époux.

**59 Absence d'obligation alimentaire.** Le droit français n'impose pas au tiers de participer aux frais relatifs à l'entretien de l'enfant. En effet, ni le conjoint, ni le partenaire du parent ne sont tenus à une obligation pécuniaire à l'égard de l'enfant de l'autre. L'existence d'une obligation alimentaire entre l'enfant et le tiers aurait pu se concevoir dans le cadre du mariage dans la mesure où celui-ci donnent naissance aux liens d'alliance. Selon l'article 203 du Code civil, les époux contractent du fait du mariage l'obligation de

---

<sup>97</sup> Art. 777 CGI.

<sup>98</sup> Art. 334-6 C. civ. luxembourgeois.

<sup>99</sup> Art. 252 C. civ. italien.

<sup>100</sup> Ou de l'époux, le mariage étant ouvert aux personnes de même sexe en Belgique.

nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants. Les enfants issus d'un premier lit n'ayant leur filiation établie qu'à l'égard d'un seul époux ne sont pas créanciers de cette obligation d'entretien. Réciproquement, l'enfant n'est tenu à aucune obligation à l'égard du conjoint de son parent. Généralement, le tiers participe spontanément à l'entretien de l'enfant durant la vie de couple, qu'il soit ou non marié au parent. Mais rien ne peut juridiquement l'y obliger, sauf si son obligation naturelle a été transformée en obligation civile<sup>101</sup>. En cas de remariage du parent, le régime primaire induit la participation indirecte du nouveau conjoint à l'entretien de l'enfant<sup>102</sup>. En vertu de l'article 214 du Code civil, les époux contribuent aux charges du mariage à hauteur de leurs facultés respectives. Le tiers marié au parent participe indirectement par ce biais à la prise en charge matérielle de l'enfant. Le choix du régime matrimonial peut également influencer sur la participation pécuniaire du tiers à l'entretien de l'enfant<sup>103</sup>. Si les époux ont opté pour le régime de la communauté légale, il n'y a pas lieu à récompense lors de la liquidation de la communauté s'agissant des pensions alimentaires versées aux enfants issus d'un premier lit<sup>104</sup>.

A l'inverse du droit français, un certain nombre de législations européennes met à la charge du tiers vivant avec le parent une obligation d'entretien. Cela est le cas par exemple en Suisse où l'obligation est fondée sur l'alliance<sup>105</sup>. Aux Pays-Bas, la loi du 21 décembre 2000 *sur l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe* a modifié le Code civil en ce sens<sup>106</sup>. Ainsi, le tiers coparent a dorénavant l'obligation d'entretenir les enfants mineurs de son partenaire enregistré ou de son conjoint, à la condition toutefois qu'ils fassent partie du foyer. Il reste tenu à l'égard des enfants majeurs, âgés de moins de vingt et un ans,

---

<sup>101</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 octobre 2006, n° 04-14388, Bull. civ. I, n° 428 ; Juris-data n° 2006-035240 ; AJ fam. 2006, 418, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 3, note MURAT P. ; RJPF-2007-1/36, obs. GARE T. ; Defrénois 2007, 306, obs. MASSIP J. V. *infra*, n° 226.

<sup>102</sup> Art. 214 et 220 C. civ. REBOURG M., *Les familles recomposées : la prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune*, AJ fam. 2007, 290. Selon l'auteur, l'article 515-4 du Code civil relatif à l'aide matérielle entre les membres d'un pacte civil de solidarité devrait également permettre l'entretien des enfants issus d'une autre union.

<sup>103</sup> V. REBOURG M., *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, th. préc., n°s 227 et s.

<sup>104</sup> Art. 1409 C. civ., Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 novembre 2005, Bull. civ. I, n° 403, D. 2006, 2069, obs. REVEL J. ; AJ fam. 2006, 33, obs. HILT P. ; Dr. fam. 2005, comm. n° 274, BEIGNIER B. ; RJPF-2006-3/53, note VALORY S.

<sup>105</sup> Selon l'article 278 alinéa 2, « chaque époux est tenu d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien envers les enfants nés avant le mariage ». Le devoir d'assistance du beau-parent n'est cependant que subsidiaire. En outre, il n'est dû qu'au parent et non à l'enfant.

<sup>106</sup> POUSSON-PETIT J., *Chronique de droit des personnes et de la famille en droit néerlandais et luxembourgeois*, Dr. fam. 2004, étude n° 2.

faisant encore partie du foyer. L'obligation ne dure que le temps du mariage. Serait-il opportun de mettre en place une telle obligation en droit français parachevant ainsi le système des obligations alimentaires fondées sur l'alliance ? Cette mesure aurait un effet essentiellement symbolique pendant la vie de couple puisque le tiers marié au parent contribue généralement spontanément à l'entretien de l'enfant. Elle s'avérerait néanmoins utile en cas de séparation des époux si son régime était calqué sur celui de l'obligation existant entre les gendres et belles-filles et leurs beaux-parents (c'est-à-dire qu'elle ne cesserait de produire effet que si celui qui créait l'alliance venait à décéder)<sup>107</sup>. Cependant, l'enfant serait également tenu à une telle obligation en faveur du conjoint de son parent alors même que celui-ci pourrait ne pas s'investir dans son éducation. De plus, fonder un devoir pour l'enfant sur le mariage de son parent paraît en contradiction avec l'évolution récente du droit de la famille (v. *supra*, n° 7). C'est pourquoi, il nous semble que d'autres solutions doivent être recherchées (v. *infra*, n°s 675 et s.).

**60 Absence de représentation automatique du parent dans l'exercice des prérogatives parentales.** La législation française n'accorde pas automatiquement des droits au coparent sur l'enfant du simple fait de sa présence. A l'inverse, certaines législations européennes permettent au tiers d'agir au nom du parent. Par exemple, en Allemagne, le conjoint ou le partenaire du même sexe que le parent qui exerce seul l'autorité parentale, est en droit de le représenter dans les situations d'urgence en prenant toute décision dans l'intérêt de l'enfant. Le parent doit en être informé le plus rapidement<sup>108</sup>. En Suisse, chaque époux est tenu de représenter l'autre lorsque les circonstances l'exigent pour l'accomplissement des actes relatifs aux enfants de l'autre<sup>109</sup>. En tant qu'elle se fonde sur le mariage, la solution du droit suisse ne peut bénéficier qu'aux couples hétérosexuels. En France, l'absence de prérogatives parentales dévolues automatiquement au coparent peut entraîner des difficultés pour effectuer quotidiennement des actes usuels relatifs à l'enfant. Cependant, il faut relever que le parent peut lui déléguer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale (v. *infra*, n°s 558 et s.) ou l'autoriser ponctuellement à accomplir un acte en son nom grâce à un mandat (v. *infra*, n°s 654 et s.).

---

<sup>107</sup> Art. 206 C. civ.

<sup>108</sup> § 1687 abs. 2 BGB et § 9 abs. 2 loi préc.

<sup>109</sup> Art. 299 C. civ.

**61 Conclusion.** La prise en considération de la parentalité du coparent est moins aboutie en France que dans d'autres législations européennes. Une modification du droit français sur ce point doit-elle être entreprise ? Nous pensons que la prise en compte du rôle du tiers ne doit pas découler de sa simple présence auprès de l'enfant ou du couple qu'il forme avec le parent. Selon nous, la reconnaissance de la parentalité du tiers doit découler d'un acte exprès de volonté (v. *infra*, n<sup>os</sup> 652 et s.). En effet, le simple fait que l'enfant vive avec un tiers ne signifie pas que ce dernier exerce auprès de lui une fonction de type parental. Dès lors, lui octroyer automatiquement des prérogatives sur le fondement de sa relation avec le parent nous paraît inopportun. Malgré tout, la structure unilinéaire de la famille de l'enfant lui permet dans les faits de participer à l'éducation de l'enfant et de jouer un rôle de substitut parental.

L'unilinéarité de la parenté découle en règle générale des circonstances de la vie, mais c'est parfois le droit qui organise le déni de bilinéarité de la parenté.

## **Section 2 : Le tiers et la famille unilinéaire par adoption**

**62 L'adoption : une filiation élective et affective.** L'adoption « *consiste à créer, en ayant recours à la technique juridique de la fiction, un lien de filiation entre deux personnes biologiquement étrangères l'une de l'autre* »<sup>110</sup>. Déjà connue du droit romain et de l'ancien droit, cette institution a été intégrée dans le Code civil de 1804 malgré ses détracteurs<sup>111</sup>. Mais elle n'était alors qu'un moyen pour l'adoptant sans descendance biologique de donner son nom et de transmettre ses biens. Seul un adulte pouvait en bénéficier et dans des conditions très restrictives<sup>112</sup>.

L'adoption repose sur un acte de volonté<sup>113</sup> : le désir d'un adulte, ayant ou non sa propre descendance, de recueillir et de s'occuper d'un enfant qui n'a pas de famille. La seule volonté de l'adoptant est néanmoins insuffisante pour créer un lien de filiation. En Europe,

---

<sup>110</sup> NEIRINCK C., J-Cl. Civil Code, Art. 343 à 370-2, *Filiation adoptive*, fasc. 10, 2003, n° 1. Il est à noter, néanmoins, que l'adoption intrafamiliale est parfois possible, l'adoptant et l'adopté n'étant alors pas biologiquement des étrangers.

<sup>111</sup> TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 873. Napoléon, désespérant de ne pas avoir d'héritier, souhaitait se ménager la voie de l'adoption. Il n'eut pas à y recourir, Marie-Louise d'Autriche donna naissance à un héritier en 1811.

<sup>112</sup> NEIRINCK C., J-Cl. préc., n° 4.

<sup>113</sup> Son étymologie, « *optare* » qui signifie choisir, démontre ce caractère.

la filiation adoptive nécessite généralement la décision créatrice de l'autorité compétente, le plus souvent judiciaire. Les réformes ont été nombreuses en France comme dans d'autres législations européennes<sup>114</sup>. Il ne sera fait mention, dans cette section, que de l'adoption plénière d'un enfant mineur par une personne. En effet, seule cette forme d'adoption rompt définitivement les liens avec la famille par le sang. Dans le cadre de l'adoption simple, l'enfant conserve sa parenté à l'égard de ses parents biologiques si sa filiation a été établie à leur égard<sup>115</sup>. Par conséquent, l'enfant n'a qu'exceptionnellement une parenté simplement unilinéaire. De la même façon, l'adoption de l'enfant du conjoint est exclue, puisqu'elle entraîne nécessairement une filiation bilinéaire (v. *infra*, n<sup>os</sup> 337 et s.). Il conviendra dans un premier temps d'évoquer la possibilité pour une seule personne d'adopter en France et dans les autres législations européennes (§ 1) avant de s'attacher plus précisément à la prise en compte du tiers (§ 2).

## **§ 1. L'admission de l'adoption par une seule personne en France et en Europe**

**63 Adoption par une seule personne en France.** L'adoption individuelle a été introduite en droit français par la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966. Cette possibilité a fait l'objet de nombreuses critiques. Déjà au moment de l'élaboration de la loi du 11 juillet 1966, le nombre d'enfants adoptables était nettement inférieur au nombre de couples souhaitant adopter. Il n'apparaissait donc pas forcément judicieux d'augmenter le nombre d'adoptants potentiels. Il était également reproché à l'adoption par une seule personne de ne pas procurer à l'enfant un milieu familial aussi stable et épanouissant que celui que lui offrirait

---

<sup>114</sup> La loi du 19 juin 1923 a autorisé l'adoption d'enfant mineur. Le décret-loi du 29 juillet 1930 a institué la légitimation adoptive, annonciatrice de notre actuelle adoption plénière et entraînant la rupture des liens entre l'enfant et sa famille par le sang. La loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 *portant réforme de l'adoption* (JO du 12 juillet 1966, p. 5956) a instauré les deux formes modernes de l'adoption (l'adoption plénière et l'adoption simple). Par la suite, l'adoption a encore été modifiée par plusieurs lois dont les plus importantes sont la loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976 *modifiant certaines dispositions concernant l'adoption* (JO du 23 décembre 1976, p. 7364), la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 *relative à l'adoption internationale* (JO n° 33 du 8 février 2001, p. 2136), la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 *relative à l'accès aux origines des personnes adoptées ou pupille de l'État* (JO du 23 janvier 2002, p. 1519) et enfin la loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 *portant réforme de l'adoption* (JO n° 155 du 5 juillet 2005, p. 11072). Les dernières lois promulguées en Belgique, modifiant le régime de l'adoption, sont en date du 24 avril 2003, du 6 décembre 2005 et du 18 mai 2006 (loi permettant l'adoption par des personnes de même sexe). L'adoption est régie en Suisse par la loi du 30 juin 1972, les lois du 25 juin 1976, du 26 juin 1998 et du 22 juin 2001 (*relative à l'adoption internationale*) ; en Grèce par une loi de 1996 ; en Angleterre par une loi de 2002 (« *Adoption and Children Act 2002* ») ; en Allemagne par les lois du 2 juillet 1976 et du 16 décembre 1997 *sur le droit de l'enfance*, en Finlande par la loi n° 153 du 8 février 1985 modifiée par la loi 175/1996.

<sup>115</sup> Art. 364 C. civ.

un couple marié. Enfin, a été critiqué le fait que l'adoption plénière par une seule personne confère à l'enfant une filiation assimilée à la filiation en mariage. L'adoption est ouverte à toute personne célibataire ou vivant en couple, résidant en France à condition que sa loi nationale le lui permette<sup>116</sup>. L'adoption par une seule personne est devenue marginale. Avant 1950, 73 % des hommes et 82 % des femmes adoptant un enfant étaient célibataires<sup>117</sup>. Aujourd'hui, neuf demandes d'adoption sur dix émanent d'un couple<sup>118</sup> et 4 % seulement du total des adoptions sont prononcées en faveur d'une seule personne.

**64 Adoption individuelle en Europe et dans les normes supranationales.** L'adoption par une seule personne n'est pas une spécificité française. Elle est également possible au Royaume-Uni<sup>119</sup>, en Belgique<sup>120</sup>, en Suisse<sup>121</sup>, en Grèce<sup>122</sup>, en Allemagne<sup>123</sup>, en Finlande<sup>124</sup> ou en Suède<sup>125</sup>. Sur le plan international, elle est prévue par l'article 7 de la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants* (révisée le 27 novembre 2008) ainsi que par l'article 2 (1) de la Convention *sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* du 29 mai 1993 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1995)<sup>126</sup>. Certains États européens, qui ont pourtant ratifié ces conventions, n'autorisent pas l'adoption par une seule personne. En effet, l'adoption plénière est réservée aux couples mariés depuis trois ans en Italie<sup>127</sup> ou depuis cinq ans aux Pays-Bas<sup>128</sup>. Au Luxembourg, l'adoption

---

<sup>116</sup> CORPART I., *L'adoption, une filiation affective*, supplément ASH, décembre 2003, p. 17.

<sup>117</sup> HALIFAX J., *Les familles adoptives en France*, in LEFEVRE C. et FILHON A. (Dir.), *Histoires de familles, histoires familiales*, les cahiers de l'INED, cahiers n° 156, 2005, p. 309.

<sup>118</sup> VILLENEUVE-GOKALP C., art. préc.

<sup>119</sup> « *Adoption and children Act 2002* », s. 51.

<sup>120</sup> Art. 343 §1, a C. civ. belge.

<sup>121</sup> Art. 264 b C. civ. suisse.

<sup>122</sup> Art. 1543 C. civ. grec.

<sup>123</sup> § 1741 (2) BGB.

<sup>124</sup> LANCIN B., J-Cl. préc., n° 60 et s.

<sup>125</sup> LINDEN B., J-Cl. Droit comparé, Suède, 1997, n° 99.

<sup>126</sup> La Convention de La Haye a été ratifiée par près d'une cinquantaine d'États dont l'Allemagne (22 novembre 2001), l'Autriche (19 mai 1999), la Belgique (26 mai 2005), le Danemark (2 juillet 1997), l'Espagne (11 juillet 1995), la Finlande (27 mars 1997), la France (30 juin 1998), l'Italie (18 janvier 2000), le Luxembourg (5 juillet 2002), la Norvège (25 septembre 1997), les Pays-Bas (26 juin 1998), le Portugal (19 mars 2004), le Royaume-Uni (27 février 2003), la Suède (28 mai 1997), la Suisse (24 septembre 2002)... Informations disponibles sur le site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)).

<sup>127</sup> Une personne seule peut adopter un enfant seulement dans des cas très particuliers (comme l'adoption de l'enfant du conjoint) et cette adoption laisse subsister les liens avec la famille par le sang (art. 44 à 57 L. Ad.).

<sup>128</sup> KOKKINI-IATRIDOU D., J-Cl. Droit comparé, Pays-Bas, 1992, n° 55.

plénière par une personne est une hypothèse exceptionnelle qui ne concerne que l'enfant du conjoint. Dans les autres situations, elle ne peut bénéficier qu'aux couples mariés.

**65 Adoption par une seule personne et Convention européenne des droits de l'homme.** La Cour européenne des droits de l'homme a condamné le Luxembourg pour avoir notamment refusé l'exequatur d'un jugement péruvien prononçant l'adoption plénière d'un enfant par une femme célibataire<sup>129</sup>. Conformément au droit international privé luxembourgeois, les conditions relatives à l'adoptant devaient être vérifiées au regard de sa législation nationale. Or l'article 367 du Code civil réservant l'adoption plénière aux couples mariés, les autorités luxembourgeoises ont refusé de transcrire le jugement d'adoption dans les registres d'état civil. Les requérantes (l'adoptante et l'adoptée) reprochaient aux autorités nationales de ne pas avoir reconnu l'existence de l'adoption prononcée en conformité avec la législation péruvienne et obtenue de bonne foi<sup>130</sup>. Une adoption simple a bien été prononcée pour pallier les conséquences de ce refus, mais des difficultés subsistaient encore notamment du fait de l'impossibilité pour l'enfant d'acquérir la nationalité luxembourgeoise<sup>131</sup>. A l'unanimité, la Cour européenne a estimé que « *les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention* » dans la mesure où l'enfant vivait depuis le prononcé de l'adoption avec l'adoptante<sup>132</sup>. Cet arrêt ne consacre pas en tant que tel un droit à l'adoption pour une personne célibataire<sup>133</sup>, mais simplement celui de voir reconnaître un jugement d'adoption régulièrement prononcé à l'étranger. Pourtant, dans son arrêt, la Cour relève que l'adoption

---

<sup>129</sup> CEDH, 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg, RTD civ. 2007, 738, obs. MARGUENAUD J.-P., Dr. fam. 2008, études n° 14, GOUTTENOIRE A. ; D. 2007, 2700, note MARCHADIER F. ; AJDA 2007, 1918, note FLAUSS J.-F. ; JCP éd. G 2007, I, 182, note SUDRE F. ; RJPF-2007-11/36 note LE BOURSICOT M.-C. Dans cette affaire le Luxembourg s'est également fait condamner pour violation du droit à un procès équitable ainsi que pour violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

<sup>130</sup> En effet, jusqu'au milieu des années 1990, le jugement étranger prononçant l'adoption pouvait être automatiquement transcrit dans les registres de l'état civil sans qu'il soit besoin d'en demander l'exequatur (CEDH, 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg, § 102).

<sup>131</sup> Ceci implique l'obligation de se faire délivrer des autorisations de séjour, l'impossibilité d'inscrire l'enfant sur le passeport de l'adoptante ou pour l'adopté de bénéficier de la préférence communautaire.

<sup>132</sup> CEDH, 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg, § 133.

<sup>133</sup> La Cour rappelle que le droit d'adopter ne fait pas partie des droits protégés par la Convention comme elle l'avait déjà affirmé dans son arrêt Fretté contre France du 26 février 2002. V. *infra*, n° 80.

par une personne célibataire est permise sans restriction par la majorité des États membres du Conseil de l'Europe<sup>134</sup>.

Il convient à présent d'envisager la prise en compte du tiers lors de l'adoption de l'enfant par une seule personne.

## **§ 2. La prise en compte du tiers : une parentalité partiellement reconnue par le droit**

**66 Plan.** En raison de l'absence de lien de filiation entre l'enfant et lui, l'auteur biologique n'intervient pas dans le processus d'adoption (A). A l'inverse, le droit tient particulièrement compte du tiers vivant avec le candidat à l'adoption (B).

### A. L'absence de prise en considération de l'auteur biologique

**67 Consentement non requis.** Ne peuvent en faire l'objet que les enfants pour lesquels les parents de naissance ont régulièrement consenti à l'adoption. Ce droit est réservé aux parents juridiques. Dès lors que la filiation de l'enfant n'a pas été établie à leur égard, les auteurs biologiques ne peuvent s'opposer ou consentir au prononcé de l'adoption<sup>135</sup>. Le droit français n'accorde aucun droit aux auteurs biologiques de l'enfant en l'absence d'établissement du lien de filiation.

**68 Consentement des parents légaux.** Le droit de consentir à l'adoption de l'enfant n'appartient donc qu'à ses parents légaux ou au conseil de famille (art. 347 C. civ.). Lorsque la filiation est bilinéaire, le consentement de chacun des parents est requis (art. 345 al. 1<sup>er</sup> C. civ.)<sup>136</sup>. Si les père et mère sont tous deux décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou privés de leurs droits parentaux, le conseil de famille doit

---

<sup>134</sup> CEDH, 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg, § 70.

<sup>135</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 juin 2002, RJPF-2002-12/39, note GARE T.

<sup>136</sup> Toutefois, le tribunal peut décider de prononcer l'adoption malgré l'opposition de l'un ou des deux s'il considère leur(s) refus abusif(s) et s'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque de compromettre sa santé ou sa moralité (art. 348-6 C. civ.). Cette disposition est conforme à l'article 5 § 3 de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants selon lequel « l'autorité compétente ne peut se dispenser du consentement ou passer outre le refus de consentement de l'une des personnes ou de l'un des organismes visés au paragraphe 1, sinon pour des motifs exceptionnels déterminés par la législation ». Ces motifs exceptionnels peuvent être par exemple l'impossibilité de contacter les parents, leur incapacité à consentir à l'adoption ou le cas où leur refus serait fondé sur des motifs pouvant être considérés comme un abus de droit, Rapport explicatif de la Convention, § 34.

consentir à l'adoption projetée<sup>137</sup>. Il doit préalablement obtenir l'avis de la personne qui s'occupe dans les faits de l'enfant. Le Code civil prend ainsi en compte le tiers exerçant une fonction de type parental auprès de l'enfant en lui permettant de participer au processus d'adoption. Si les parents de naissance de l'enfant admis en qualité de pupille de l'État n'ont pas consenti à l'adoption, le consentement est donné par le conseil de famille des pupilles de l'État (art. 349 C. civ.). Les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues à l'article 350 du Code civil peuvent également être adoptés sous la forme plénière<sup>138</sup>. Lorsque l'enfant est judiciairement déclaré abandonné, les droits d'autorité parentale sont délégués par le tribunal au service de l'aide sociale à l'enfance, à l'établissement ou au particulier auquel l'enfant a été confié ou qui l'a recueilli. Cependant, le droit de consentir à l'adoption n'est jamais délégué et ne peut donc pas émaner de ce tiers. Il est donné par le conseil de famille de l'enfant<sup>139</sup>.

Les modalités du recueil du consentement à l'adoption sont généralement très proches dans les législations européennes. En principe, ce droit appartient aux parents<sup>140</sup>. A défaut, en cas de maltraitance, de refus injustifié, d'incapacité ou d'absence, soit ce rôle est dévolu au tuteur de l'enfant, soit le tribunal peut passer outre et prononcer l'adoption en l'absence du consentement parental<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> Art. 348-2 C. civ.

<sup>138</sup> Selon l'article 350 du Code civil, « l'enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance, dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon, est déclaré abandonné par le tribunal de grande instance sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa. La demande en déclaration d'abandon est obligatoirement transmise par le particulier, l'établissement ou le service de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant à l'expiration du délai d'un an dès lors que les parents se sont manifestement désintéressés de l'enfant ». Le projet de loi relatif à l'adoption (art. 1) prévoit que la demande puisse être formée par le ministère public, agissant d'office, à l'expiration du même délai.

<sup>139</sup> TGI Lille, 26 novembre 1976, D. 1978, 499, note PATUREAU Y.

<sup>140</sup> Art. 1550 C. civ. grec ; art. 367-3 C. civ. luxembourgeois renvoyant à l'art. 351 C. civ. ; art. 265 a C. civ. suisse ; « *Adoption and Children Act 2002* », s. 52 ; « *Adoption and Children (Scotland) Act 2007* », s. 31 ; art. 177 C. civ. espagnol ; § 1747 abs. 1 BGB. Sur l'irrévocabilité du consentement de la mère mineure et non représentée, v. CEDH, 22 mai 2007, V. S. contre Allemagne, Décision sur la recevabilité, requête n° 4261/02. En l'espèce, la requérante avait consenti à l'adoption de son enfant alors qu'elle était encore mineure. Elle contestait d'une part, l'irrévocabilité de son consentement et d'autre part, le fait de ne pas avoir été assistée durant la procédure d'adoption. Les juges européens ont considéré que la demande de la requérante était irrecevable et qu'il n'y avait pas eu d'atteinte à sa vie familiale.

<sup>141</sup> V. par exemple, art. 1552 C. civ. grec ; art. 367-3 C. civ. luxembourgeois renvoyant aux art. 351, 351-1, 351-2, 353 et 354 C. civ. ; § 1747 abs. 4 et 1748 BGB (v. également WENNER E., J-Cl. Droit comparé, Allemagne, fasc. 2, 2001, n° 155 et s.) ; art. 265 al. 3 et 265 d C. civ. suisse ; « *Adoption and Children Act 2002* », s. 52 ; « *Adoption and Children (Scotland) Act 2007* », s. 31 ; art. 177 C. civ. espagnol. En Finlande, les parents par le sang doivent donner leur consentement, mais le tribunal peut passer outre si leur refus est

**69 Adoption et établissement postérieur de la filiation.** Lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie à l'égard de ses auteurs biologiques, elle ne peut plus l'être. Le placement en vue de l'adoption fait obstacle à toute reconnaissance et à tout établissement judiciaire ultérieur de la filiation biologique de l'enfant (art. 352 C. civ.). En Europe, le prononcé de l'adoption n'empêche pas toujours l'établissement ultérieur de la filiation de l'enfant à l'égard de ses auteurs biologiques, mais il n'a généralement guère d'incidences sur le lien adoptif. Par exemple, en Belgique, l'établissement ultérieur de la filiation est possible, mais ne produit d'effet que sur les empêchements à mariage des articles 161 à 164 du Code civil<sup>142</sup>. Il en va de même en Espagne<sup>143</sup>, au Luxembourg<sup>144</sup> ou en Grèce<sup>145</sup>. A l'inverse, en Hongrie, le père biologique de l'enfant peut le reconnaître, ce qui entraîne l'annulation de l'adoption<sup>146</sup>. A l'instar de la France d'autres États considèrent que l'adoption élève un obstacle à l'établissement ultérieur du lien de filiation à l'égard des parents par le sang : il s'agit notamment de l'Allemagne, de l'Italie, des Pays-Bas, de la Pologne, du Royaume-Uni ou de la Suisse<sup>147</sup>.

Si le tiers auteur biologique n'est pas pris en compte lors de l'adoption de l'enfant, le futur rôle du tiers coparent est quant à lui appréhendé par le droit.

#### B. La prise en compte du futur rôle du tiers coparent

**70 Filiation unilinéaire et coparentalité de fait.** L'adoption individuelle induit une problématique différente de celle posée par l'adoption par un couple : l'absence d'un référent du sexe opposé à celui de l'adoptant. L'État permet et organise l'unilinéarité de la parenté. L'adoption par une personne est parfois l'unique solution pour certains couples d'avoir un enfant. En France, comme dans d'autres États européens<sup>148</sup>, l'adoption conjointe

---

injustifié et contraire à l'intérêt de l'enfant : le tribunal s'appuie alors sur la nature des relations ou l'absence de relations existant avant la demande d'adoption entre le parent qui la refuse et l'enfant (LANCIN B., J-Cl. préc., n° 64).

<sup>142</sup> Art. 350 C. civ. belge.

<sup>143</sup> Art. 180 C. civ. espagnol.

<sup>144</sup> Art. 368-2 C. civ. luxembourgeois. L'établissement de la filiation est sans effet sur l'adoption à moins que la demande d'adoption ne soit retirée ou rejetée.

<sup>145</sup> Art. 350 al. 2 C. civ. belge.

<sup>146</sup> Art. 54 Csjt.

<sup>147</sup> Art. 11 al. 3, Ordonnance fédérale *sur l'état civil* du 28 avril 2004.

<sup>148</sup> A l'inverse, en Espagne, l'adoption peut être demandée par « *un couple uni de manière permanente par une relation affective analogue à la relation conjugale* », GARCIA-RUBIO M.-P., J-Cl. Droit comparé, Espagne, fasc. 1, 2000, n° 111. Il en va de même en Belgique ou au Royaume-Uni. V. *supra*, n° 8.

est réservée aux couples mariés, à l'exclusion des concubins et des membres d'un pacte civil de solidarité<sup>149</sup>. Par conséquent, les couples homosexuels qui sont dans l'impossibilité de se marier ne peuvent que recourir à l'adoption d'un enfant par l'un d'entre eux. Dans la mesure où l'enfant n'est adopté que par l'un des membres du couple, sa filiation est unilinéaire. Pourtant, il peut être élevé dans les faits par l'adoptant et par son compagnon ou sa compagne, dès le prononcé de l'adoption ou par la suite. Cela pose la question de la place et du rôle que le tiers peut être amené à jouer dans la relation qui unit l'adoptant et l'adopté.

**71 Plan.** Le consentement du futur tiers coparent peut être un préalable nécessaire au prononcé de l'adoption **(1)**. Sa présence peut également avoir une influence sur l'appréciation des qualités du candidat à l'adoption **(2)**. Enfin, son rôle auprès de l'enfant peut parfois être appréhendé après le prononcé de l'adoption **(3)**.

#### 1. Le consentement du futur tiers coparent

**72 Consentement du conjoint.** Le droit prend parfois en considération la présence du coparent dans la vie familiale de l'enfant et particulièrement lorsque le futur adoptant est marié. Les systèmes juridiques européens réagissent différemment. Le consentement du conjoint non séparé de corps peut être requis comme en France<sup>150</sup> ou en Grèce<sup>151</sup>. Ainsi, l'époux participe indirectement au processus d'adoption. Afin de vérifier que les conditions d'accueil sont conformes à l'intérêt de l'enfant, le droit s'assure que le conjoint de l'adoptant ne s'oppose pas à cette démarche. Il s'agit, en effet, d'une modification profonde de la structure familiale et ce consentement permet de s'assurer de la pérennisation de l'adoption. Pourrait-on alors considérer ce consentement comme un acquiescement à une future parentalité de fait ? Le conjoint n'acquiert en principe ni droit ni devoir à l'égard de l'enfant, mais il est amené à vivre avec lui et pourra parfois participer à son éducation. Par conséquent, les droits français et grec autorisent et contrôlent une forme d'entrée en parentalité ne reposant pas sur un lien de parenté.

---

<sup>149</sup> Art. 346 C. civ. : « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux ».

<sup>150</sup> Art. 343-1 C. civ.

<sup>151</sup> Art. 1546 C. civ. grec. Le consentement doit être donné en personne, par déclaration devant le tribunal. Si le conjoint réside à l'étranger, son consentement peut être donné devant un notaire. Le tribunal peut, néanmoins, prononcer l'adoption en l'absence du consentement si celui-ci est impossible à obtenir (pour des raisons juridique ou factuelle) ou si les époux ont entamé une procédure de divorce (art. 1546 C. civ. grec).

**73 Absence de vie conjugale.** A l'inverse, certains droits refusent une telle intervention et ne permettent l'adoption par un seul des conjoints que s'il n'y a plus de vie de couple entre eux. Par exemple, au Royaume-Uni, l'adoptant doit en principe être célibataire<sup>152</sup>. Par exception, une personne mariée peut adopter seule, mais uniquement si son conjoint a disparu, est incapable ou si les époux sont séparés et ne vivent pas ensemble<sup>153</sup>. Il en va de même en Suisse où une personne mariée ne peut y recourir que lorsque l'adoption conjointe se révèle impossible<sup>154</sup>. Ce sera le cas lorsque son conjoint est privé de discernement de manière durable, s'il est absent depuis plus de deux ans et qu'il n'a pas de résidence connue ou si une séparation de corps a été prononcée depuis plus de trois ans. Il en va aussi ainsi en Allemagne où l'un des époux peut adopter seul si son conjoint est incapable ou n'a pas l'âge nécessaire pour adopter avec lui<sup>155</sup>. Le consentement de celui qui n'adopte pas est alors requis<sup>156</sup>. Dans ces systèmes juridiques, le conjoint est d'une certaine façon mis à l'écart du processus d'adoption, même si son consentement est parfois nécessaire. Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles la vie commune est inexistante ou compromise. Le tiers conjoint de l'adoptant risque vraisemblablement de ne pas exercer dans les faits de fonction de type parental auprès de l'enfant.

**74 Concubin ou partenaire enregistré.** La Belgique a une position particulière en la matière. A l'instar de la France, le consentement du conjoint non séparé de corps est nécessaire, mais aussi celui du cohabitant légal<sup>157</sup>. Par exception, il n'est pas exigé si le conjoint ou le cohabitant est absent, sans résidence connue ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. La Belgique va donc plus loin dans la prise en compte du rôle du tiers dans la vie de l'enfant et a une vision davantage pragmatique et égalitaire. Dans les faits, le conjoint, le concubin ou le partenaire de l'adoptant partage le quotidien de l'enfant et peut exercer des prérogatives parentales. Le consentement du concubin n'est pas requis en droit allemand, mais son opposition au projet est examinée lors du prononcé de

---

<sup>152</sup> « *Adoption and Children Act 2002* », s. 51, (1). « *Adoption and Children (Scotland) Act 2007* », s 30

<sup>153</sup> « *Adoption and Children Act 2002* », s. 51, (3). « *Adoption and Children (Scotland) Act 2007* », s 30 (4).

<sup>154</sup> Art. 264 b, 2 C. civ. suisse. En principe, des époux ne peuvent adopter que conjointement (art. 264 a C. civ. suisse).

<sup>155</sup> § 1741 abs. 2 BGB. L'adoption ne peut être prononcée qu'en faveur d'une personne ayant atteint l'âge de 21 ans.

<sup>156</sup> § 1749 abs. 1<sup>er</sup> BGB.

<sup>157</sup> Art. 348-2 C. civ. belge.

l'adoption<sup>158</sup>. Ces dispositions sont conformes aux exigences de la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants*. Selon l'article 5 § 1, l'adoption ne peut pas être prononcée si le consentement du conjoint ou du partenaire enregistré de l'adoptant n'a pas été donné ou s'il a été retiré. En outre, il est également prévu par la Convention qu'une enquête soit menée, dans la mesure du possible, sur les motifs pour lesquels le conjoint ou le partenaire enregistré de l'adoptant ne s'associe pas à la demande<sup>159</sup>.

**75 Évolution du droit français.** En France, le consentement du partenaire de l'adoptant ou de son concubin n'est pas expressément requis. Dans la mesure où le tiers a nécessairement un rôle auprès de l'enfant suite à l'adoption et qu'il est pris en compte lors de l'appréciation des capacités d'accueil de l'adoptant, il serait opportun que son consentement soit aussi requis. Une telle modification permettrait à la France de se conformer à l'article 5 de la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants*. Toutefois, seule l'existence d'un lien de droit entre le tiers et le candidat à l'adoption pourrait justifier cette exigence. Ainsi, à l'image de ce que prévoit la Convention européenne, nous proposons que le consentement du partenaire soit également nécessaire au prononcé de l'adoption lorsque le candidat à l'adoption est engagé dans un pacte civil de solidarité.

Le tiers peut également pris en compte lors de l'appréciation de l'aptitude à adopter du candidat à l'adoption.

## 2. L'incidence de la présence du tiers lors de l'appréciation de l'aptitude à adopter

**76 Agrément.** En France, toute personne souhaitant adopter un pupille de l'État, un enfant étranger (sauf s'il s'agit de l'enfant du conjoint) ou un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption doit recevoir un agrément administratif<sup>160</sup>. « *Antichambre de l'adoption* »<sup>161</sup>, il est destiné à protéger l'enfant et en est, en principe, un préalable nécessaire. Un candidat sur quatre n'obtient pas d'agrément<sup>162</sup>. Cependant, sa délivrance

---

<sup>158</sup> BENICKE C., art. préc., p. 60.

<sup>159</sup> Convention européenne *en matière d'adoption des enfants*, révisée le 27 novembre 2008, art. 10 § 2 (c).

<sup>160</sup> Art. L 225-2 CASF, art. 353-1 C. civ.

<sup>161</sup> BOULANGER F., note sous TA Paris, 25 janvier 1995, D. 1995, jur., 647.

<sup>162</sup> VILLENEUVE-GOKALP C., préc. Les causes en sont diverses : abandon du projet, refus d'agrèments...

n'est pas obligatoirement synonyme d'adoption, puisque seuls les deux tiers des personnes pourvues d'un agrément parviennent à adopter un enfant. 30 000 personnes sont actuellement en attente d'adoption en France et environ 4000 enfants sont adoptés chaque année<sup>163</sup>. En moyenne, 8000 nouveaux agréments sont délivrés chaque année. L'adoptant peut en être dispensé lorsque les services de l'aide sociale à l'enfance lui ont confié l'enfant ou lorsque son aptitude à adopter a déjà été constatée par un pays ayant conclu un accord international sur ce point avec la France<sup>164</sup>. En 2001-2002, 11 % des demandes d'agréments émanaient de personnes ne vivant pas en couple, essentiellement des femmes<sup>165</sup>. L'agrément est délivré par le président du Conseil général après enquête des services sociaux sur les conditions d'accueil que le demandeur est susceptible d'offrir à l'enfant tant sur le plan familial, éducatif que psychologique. L'investigation porte sur « *la situation familiale du candidat, sur ses capacités éducatives ainsi que sur ses possibilités d'accueil* »<sup>166</sup> ainsi que sur le contexte psychologique dans lequel le projet d'adoption est formé<sup>167</sup>.

**77 Normes supranationales.** Le contrôle de l'aptitude à adopter est une obligation prévue à l'article 5 a de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 *sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* selon lequel « *les adoptions visées par la Convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'accueil ont constaté que les futurs parents adoptifs sont qualifiés et aptes à adopter* ». La Convention européenne *en matière d'adoption des enfants* précise, dans son article 10, les points sur lesquels le contrôle doit porter dans la mesure du possible. Sont notamment visés la personnalité, la santé et l'environnement social de l'adoptant, sa vie de famille et l'installation de son foyer, son aptitude à élever l'enfant, les motifs pour lesquels le requérant souhaite adopter l'enfant, l'adaptation réciproque de l'enfant et de l'adoptant, l'origine ethnique, religieuse et culturelle de l'adoptant.

---

<sup>163</sup> *Rapport sur l'adoption*, rapp. préc., p. 24. Un candidat sur quatre obtient un agrément, mais n'adopte pas d'enfant (renonciation au projet ou absence d'enfant correspondant à la demande du candidat), VILLENEUVE-GOKALP C., art. préc.

<sup>164</sup> Art. L 225-2 al. 1<sup>er</sup> CASF.

<sup>165</sup> 10,6% de femmes contre 0,3% d'hommes, HALIFAX J. et VILLENEUVE-GOKALP C., *Enquête adoption de l'INED, L'adoption en France, qui sont les adoptés, qui sont les adoptants ?*, Population et sociétés, n° 417, novembre 2005.

<sup>166</sup> Art. R 225-4 CASF. L'enquête est confiée à des assistants des services sociaux, à des éducateurs spécialisés ou à des éducateurs de jeunes enfants.

<sup>167</sup> Art. R 225-4 CASF.

Le contrôle des aptitudes du futur adoptant est un préalable nécessaire au prononcé de l'adoption dans d'autres législations en Europe<sup>168</sup>. Cela s'explique par la création *ex nihilo* du lien de parenté. Il s'agit d'une étape importante dans le processus d'adoption.

**78 Prise en compte du concubin ou du partenaire en droit français.** Au moment de la délivrance de l'agrément, le tiers cohabitant fait aussi l'objet d'une évaluation. Tout d'abord, l'article R 225-3 du Code de l'action sociale et des familles impose la remise d'un certificat médical du demandeur datant de moins de trois mois mais également celui de toute personne vivant à son foyer. Le tiers est donc, par le biais de son état de santé, indirectement pris en compte lors de la délivrance de l'agrément à la condition toutefois qu'il vive au foyer du candidat à l'adoption. Par ailleurs, le tiers ou sa relation de couple avec le candidat à l'adoption, peut faire partie de l'évaluation même de l'aptitude à adopter

---

<sup>168</sup> En Europe, les procédures de contrôle obéissent souvent à la même logique. Les enquêtes sont diligentées par les services sociaux. Leur rapport est remis au tribunal qui en tient compte lors du prononcé de l'adoption. Au Royaume-Uni, l'aptitude du candidat à l'adoption est contrôlée qu'il s'agisse d'une adoption nationale ou internationale. L'absence d'un tel contrôle lors d'une adoption internationale est un délit pénal (v. O'DONOVAN K., art. préc., p. 217). Il existe deux moyens pour adopter un enfant né sur le territoire national : soit le candidat se tourne vers une agence d'adoption et plusieurs visites des services sociaux sont organisées afin de vérifier l'adaptation de l'enfant au sein du nouveau foyer ; soit il recourt à une adoption privée. Une investigation porte alors sur son mode de vie, sa santé, ses ressources financières et son « *état psychologique* ». Le tribunal tient compte des recommandations émises par les services sociaux. En Grèce, selon l'article 1557 du Code civil, une enquête sociale attentive est diligentée avant que le tribunal ne prononce sa décision. L'enquête est menée par les services sociaux, par un service ou une organisation sociale spécialisée en matière d'adoption et aboutit à un rapport concluant ou non à l'opportunité de l'adoption. Avant de statuer, le tribunal vérifie que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant. Pour cela, il s'appuie sur le rapport remis par les services sociaux ainsi que sur la personnalité, la santé de l'adoptant et sur les capacités réciproques d'adaptation de celui-ci et de l'adopté. L'aptitude à adopter l'enfant est également vérifiée en Belgique. À la différence du droit français, lorsqu'il s'agit d'une adoption interne, la vérification intervient après l'accueil de l'enfant au domicile de l'adoptant. A l'inverse, dans le cadre d'une adoption internationale, l'aptitude à adopter est vérifiée avant toute autre démarche et donc avant le placement de l'enfant. Cette différence de traitement est critiquée en doctrine en raison de la discrimination qu'elle engendre (LAMMERANT I., OTTEVAERE A., VERWILGHEN M., *Le nouveau droit fédéral de l'adoption*, RTD fam. 2006, 77). L'adoptant doit posséder les qualités socio-psychologiques nécessaires (Art. 346-1 C. civ. belge). Le tribunal de la jeunesse ordonne une enquête sociale qui lui permet d'apprécier l'aptitude du candidat. Il tient compte également de sa situation personnelle, familiale et médicale ainsi que de ses motivations. L'enquête sociale n'est pas requise si l'enfant est apparenté jusqu'au troisième degré à l'adoptant, à son conjoint ou à son cohabitant légal, s'ils vivent déjà quotidiennement ensemble ou s'il existe entre eux un lien affectif et social. Enfin, en Allemagne, le candidat à l'adoption doit se soumettre à des enquêtes administratives ainsi qu'à des entretiens avec les services sociaux (WENNER E., J.-Cl. Droit comparé, Allemagne, fasc. 2, 2001, n<sup>os</sup> 163 et s.). Sa santé physique et mentale, sa personnalité ainsi que ses ressources financières (qui doivent être stables) sont prises en considération. Le futur adoptant doit pouvoir offrir à l'enfant « *un cadre de vie avec un environnement adéquat* ». Ses conceptions en matière d'éducation sont étudiées. Toute condamnation pour crime violent, délit sexuel ou pour maltraitance sur un enfant fait obstacle à l'adoption. Le candidat doit préalablement s'inscrire sur une liste auprès d'un service intermédiaire agréé. Une fois son aptitude contrôlée, il doit attendre que le service d'adoption lui attribue un enfant. En cas d'adoption internationale, le service intermédiaire tient compte, dans la mesure du possible des origines ethniques de l'enfant.

du futur adoptant. Les pouvoirs d'investigation de l'administration ont fait l'objet de critiques en raison de leur immixtion dans la vie privée du candidat à l'adoption<sup>169</sup>. Cette ingérence est d'autant plus intrusive lorsque le demandeur est homosexuel.

**79 Orientation sexuelle du demandeur.** En France, toute personne âgée de plus de vingt-huit ans peut, en principe, faire une demande d'adoption. Cette disposition s'applique à l'ensemble des célibataires indépendamment de leur orientation sexuelle. Cependant, mêmes si certaines juridictions du fond ne s'opposent pas à la délivrance de l'agrément à des candidats homosexuels<sup>170</sup>, le Conseil d'État l'a toujours refusée<sup>171</sup>. Paradoxalement, les demandeurs qui ne mentionnent pas leur orientation sexuelle ont davantage de chances de pouvoir adopter un enfant, la position de la Haute juridiction encourageant la dissimulation d'éléments importants de la vie privée des candidats<sup>172</sup>. Le refus de délivrer l'agrément repose sur la vie de couple ou la potentielle vie de couple du candidat homosexuel à l'adoption.

Les juges du fond sanctionnent parfois de la même manière les demandes de célibataires hétérosexuels qui refusent de vivre en couple. L'appréciation se fait cas par cas, les juges semblant tout de même plus conciliants envers les demandeurs hétérosexuels<sup>173</sup>. Les présidents des conseils généraux ont tendance à refuser de délivrer des agréments aux personnes célibataires qui ne semblent pas présenter toutes les qualités requises pour l'accueil d'un enfant. Les carences peuvent aussi bien être d'ordre psychologique<sup>174</sup> que

---

<sup>169</sup> Pour plus de détails, v. DELFOSSE-CICILE M.-L., *Le lien parental*, th. préc., n<sup>os</sup> 900 et s.

<sup>170</sup> TA Paris, 25 janvier 1995, D. 1995, jur., 647, note BOULANGER F. ; LPA 1995 n<sup>o</sup> 78, p. 20, note PLOUVIN J.-Y. ; TA Orléans, 22 janvier 1991, Juris-data n<sup>o</sup> 1991-644276 ; *contra* CAA Lyon, 20 novembre 2003, n<sup>o</sup> 03LY00818.

<sup>171</sup> CE 9 octobre 1996, JCP 1997 éd. G, II, 22766, concl. MAUGUE C. ; CE 5 juin 2002, D. 2002, IR, 2025.

<sup>172</sup> Mme MAUGUE, commissaire du gouvernement dans l'arrêt du Conseil d'État du 9 octobre 1996, précisait dans ses conclusions : « nous avons conscience que la solution que nous vous proposons présente une faiblesse, celle de paraître inciter les candidats à l'adoption à la dissimulation s'ils ont le sentiment que leur choix de vie privée constitue un obstacle dirimant pour la délivrance de l'agrément ». V. également, DESJEUX C., *Homosexualité et parentalité : du désir d'enfant à sa réalisation*, Recherches et prévisions, n<sup>o</sup> 93, septembre 2008, CNAF, p. 41.

<sup>173</sup> CE 24 avril 1992, JCP éd. G 1992, IV, n<sup>o</sup> 1847, note ROUAULT M.-C. ; GP 1992, n<sup>o</sup> 171-172, jur., p. 3 ; *ibid.*, n<sup>o</sup> 360-364, pan., p. 176 : délivrance de l'agrément au candidat à l'adoption malgré son refus de vivre en couple et les réserves exprimées dans le rapport faisant suite à l'évaluation psychologique ; CAA Lyon, 24 octobre 2000, n<sup>o</sup> 00LY00706 : délivrance de l'agrément dans des conditions similaires à la première espèce.

<sup>174</sup> CE 4 novembre 1991, n<sup>o</sup> 107880, Lebon 1991, 361 : réserves émises dans le rapport faisant suite aux entretiens psychologiques et motivation pour l'adoption non clairement définie par rapport à la vie personnelle de la requérante ; CE 24 avril 1992 (préc.) ; CAA Bordeaux, 24 juin 1997, Juris-data n<sup>o</sup> 1997-045838 : conclusions négatives du neuropsychiatre, la candidate recherche une identité sociale et vit

matériel<sup>175</sup>. Les juridictions administratives sont plus complaisantes puisqu'il arrive que la décision du président du conseil général soit annulée malgré les réticences émises lors des diverses enquêtes<sup>176</sup>. Or, quelle différence existe-t-il entre un candidat homosexuel et un candidat hétérosexuel qui écarte toute vie en couple ? Certains pourront soulever que le célibat n'est pas un état définitif et que l'adoptant pourrait un jour se mettre en ménage<sup>177</sup>. Cependant, l'adoption par une seule personne sous-entend, de par sa nature même, une absence de repère identificatoire pour l'enfant, à l'instar des familles unilinéaires classiques. Sauf à interdire l'adoption individuelle aux personnes célibataires et la réserver aux personnes mariées ou vivant en couple hétérosexuel, il existera toujours des risques d'absence de référent de l'autre sexe pour l'enfant, quelle que soit l'orientation sexuelle du candidat. « *Ainsi, par-delà l'alibi régulièrement invoqué des conditions de vie ou de l'absence de référence maternelle constante, des périphrases ou des euphémismes, l'évidence s'impose : l'homosexualité constitue l'obstacle, le seul, rédhibitoire, à l'octroi de l'agrément, et ce, quels que soient par ailleurs les mérites du candidat, son souci de donner à l'enfant les conditions affectives et matérielles de son plein épanouissement, sa préoccupation affichée de diversifier son environnement pour lui offrir différentes images féminines ou masculines* »<sup>178</sup>. Le droit pour une personne homosexuelle d'adopter semblait trouver sa limite dans l'intérêt de l'enfant<sup>179</sup>.

### **80 Orientation sexuelle du candidat et Convention européenne des droits de l'homme.**

Cette position des juridictions administratives françaises a été dans un premier temps confirmée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans un arrêt rendu en faveur de

---

avec son père ce qui risquerait d'entraîner une confusion des générations et des rôles pour l'enfant ; CAA Lyon, 24 octobre 2000 (préc.) ; CAA Nantes, 19 février 2004, n° 02NT00064 : réserves formulées dans les rapports des trois entretiens psychologiques et personnalité de la requérante pouvant être préjudiciable à l'enfant (manque de souplesse et incapacité à se remettre en cause) ; CAA Paris, 26 janvier 1999 n° 97PA02616.

<sup>175</sup> CAA Lyon 27 septembre 2001, n° 97LY02933 : mère célibataire de deux enfants précédemment adoptés, qui travaille et qui souhaite adopter un nouveau-né ce qui risquerait de limiter sa disponibilité pour ses deux premiers enfants.

<sup>176</sup> V. CE 4 novembre 1991, préc. ; CAA Bordeaux, 24 juin 1997, préc. ; CAA Lyon, 24 octobre 2000, préc. ; CAA Nantes, 19 février 2004, préc. ; CAA Lyon 27 septembre 2001, préc. ; *contra* : CE 22 mars 1991, n° 101587 ; CAA Marseille 8 décembre 2003, n° 00MA00114 ; CAA Paris, 26 janvier 1999, préc.

<sup>177</sup> TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 878.

<sup>178</sup> POIROT-MAZERES I., *De la gay pride... au Palais-Royal*, AJDA 2002, 401.

<sup>179</sup> L'intérêt est apprécié *in abstracto*. On ne considère pas l'enfant qui sera définitivement adopté, mais l'ensemble des enfants qui pourraient en faire l'objet.

la France le 26 février 2002<sup>180</sup>. A une très courte majorité<sup>181</sup>, la Cour n'a pas retenu l'existence d'une violation des articles 8 et 14 de la Convention, mais a condamné la France pour non-respect du droit à un procès équitable<sup>182</sup>. Les juges européens ont rappelé que la Convention ne protège pas en tant que tel un droit à adopter<sup>183</sup> et que s'agissant de l'adoption par un homosexuel, les États disposent d'une marge d'appréciation eu égard à l'absence de consensus des États membres et de la communauté scientifique en ce domaine<sup>184</sup>. La différence de traitement appliquée au requérant avait une justification objective et raisonnable, à savoir protéger la santé et les droits des enfants pouvant être adoptés<sup>185</sup>. Il semblait alors exister en la matière un principe de précaution<sup>186</sup>.

**81 Arrêt E. B. contre France.** Mais, la Cour européenne est revenue sur cette solution dans des circonstances pourtant proches<sup>187</sup> : Mme E. B., institutrice, a souhaité adopter un enfant sur le fondement de l'article 343-1 du Code civil. Elle n'avait pas caché son homosexualité et avait en outre fait part de sa relation avec une femme lors de sa demande d'agrément. Suite au refus qui lui fut opposé<sup>188</sup>, elle saisit la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant une discrimination fondée sur son orientation sexuelle.

---

<sup>180</sup> M. Fretté avait fait une demande d'agrément sans cacher son homosexualité. En dépit de ses qualités éducatives et humaines, il s'est vu opposer un refus fondé sur son choix de vie et sur une absence de référence maternelle. Après un recours gracieux inopérant (la décision de rejet a été motivée par ses « *choix de vie* »), M. Fretté a demandé l'annulation du refus et du rejet de son recours gracieux devant le Tribunal administratif de Paris qui lui a donné satisfaction (TA Paris, 25 janvier 1995, D. 1995, 647, note BOULANGER F. ; LPA 1995 n° 78, p. 20, note PLOUVIN J.-Y.). Sur appel interjeté par le département, le Conseil d'État a refusé de délivrer lui l'agrément (CE 9 octobre 1996, préc.). La Haute juridiction ne s'est pas directement fondée sur l'homosexualité du requérant, mais a considéré que celui-ci ne présentait pas les garanties nécessaires à l'accueil d'un enfant adopté eu égard à son mode de vie. M. Fretté a alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant une violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne *de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*.

<sup>181</sup> Par quatre voix contre trois.

<sup>182</sup> CEDH, 26 février 2002, Fretté contre France, D. 2002, somm., 2024, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; *ibid.*, 2569, note COURTIN C. ; RTD civ. 2002, 280, obs. HAUSER J. ; *ibid.*, 389, obs. MARGUENAUD. J.-P.

<sup>183</sup> CEDH, 26 février 2002, Fretté contre France, § 32.

<sup>184</sup> CEDH, 26 février 2002, Fretté contre France, §§ 41 et 42.

<sup>185</sup> CEDH, 26 février 2002, Fretté contre France, § 38.

<sup>186</sup> TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 878.

<sup>187</sup> CEDH, 22 janvier 2008, E. B. contre France, RLDC 2008, n° 46, 2867, note MARRAUD des GROTTES ; JCP éd. G 2008, II, 10071, note GOUTTENOIRE A. et SUDRE F. ; D. 2008, 351, ROYER E. ; *ibid.*, 2038, note HENNION-JACQUET P. ; Dr. fam. 2008, alertes 14, obs. BRUGGEMAN M. ; *ibid.*, études, n° 14, GOUTTENOIRE A. ; LPA 7 février 2008, n° 28, p. 9, note CHALTIEL F. ; RTD civ. 2008, 287, note HAUSER J. ; RJPF-2008-2/32, obs. VALORY S. ; AJ fam. 2008, 118, obs. CHENEDE F.

<sup>188</sup> CE 5 juin 2002, préc.

Réunie en Grande chambre, la Cour a conclu à l'existence d'une violation de l'article 14 de la Convention combiné à l'article 8. Elle a rappelé que le droit d'une personne célibataire à adopter relève de l'article 8 de la Convention en tant qu'il protège la vie privée<sup>189</sup>. La Cour a relevé que les services administratifs et les juridictions françaises ont fondé leur refus sur deux arguments : l'absence de référent de sexe masculin et le défaut d'implication dans le projet de la compagne de la requérante. Selon elle, si seul le premier argument fait référence à l'orientation sexuelle de Melle E. B., « *le caractère illégitime de l'un des motifs a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision* »<sup>190</sup>. Dans la mesure où le refus opposé à la requérante était en partie fondé sur son orientation sexuelle, la cour a considéré qu'il y a eu une différence de traitement. Or, une différence est discriminatoire « *si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé"* »<sup>191</sup>. Cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme condamne les discriminations opérées par les services administratifs français motivés par l'absence de référent du sexe opposé à celui du candidat. Désormais, l'orientation sexuelle ne devrait plus être un obstacle à la délivrance de l'agrément. Il convient de saluer cette solution de la Cour européenne. Néanmoins, il convient de s'interroger sur la portée de cette décision s'agissant des pratiques administratives. En effet, rien n'empêche que les refus soient désormais soigneusement motivés, par exemple par l'intérêt supérieur de l'enfant, sans aucune référence à l'orientation sexuelle des demandeurs faisant part de leur homosexualité<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> Elle a fait appel à la technique des droits additionnels. Il s'agit de droits qui ne sont pas expressément reconnus par la Convention, mais qui doivent être protégés. Le droit à l'accès à l'adoption pour une personne seule n'est pas explicitement visé par la Convention (CEDH, 22 janvier 2008, E. B. contre France, § 48. En ce sens, GOUTTENOIRE A. et SUDRE F., art. préc.), mais c'est parce que la législation française le prévoit et l'organise que ce droit tombe sous l'empire de l'article 8. Ce n'est pas un droit à l'adoption en tant que tel qui est protégé, mais la procédure mise en place par l'État (notamment la possibilité de solliciter un agrément et d'accéder à l'adoption)

<sup>190</sup> CEDH, 22 janvier 2008, E. B. contre France, § 80.

<sup>191</sup> CEDH, 22 janvier 2008, E. B. contre France, § 94. Le Gouvernement rappelait que la situation n'a pas évolué depuis l'arrêt du 26 février 2002, qu'il n'y a toujours pas de consensus en Europe et que la communauté scientifique, tout comme l'opinion publique, sont encore divisées sur cette question. Contrairement à l'arrêt Fretté, la Cour a cette fois-ci considéré que « *les raisons avancées par le Gouvernement ne sauraient être qualifiées de particulièrement graves et convaincantes pour justifier le refus d'agrément opposé à la requérante* »

<sup>192</sup> En ce sens, le nouveau refus d'agrément opposé à la requérante, *Une homosexuelle se voit refuser l'adoption pour la deuxième fois*, Le Monde, 4 février 2009.

**82 Adoption par une personne homosexuelle en Europe.** La majorité des États européens refusent, à l'image de la France, d'ouvrir l'adoption à une personne homosexuelle. Par exception, certains pays le permettent. En Angleterre, depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2002 (« *Adoption and Children Act* »), l'adoption est permise à toute personne, quelle que soit son orientation sexuelle. De plus, l'impossibilité pour un époux non séparé d'adopter seul un enfant du vivant de son conjoint, démontre que le droit anglais n'attache pas autant d'importance que le droit français à l'existence d'un référent du sexe opposé à l'adoptant (v. *supra*, n° 72). La Belgique refusait traditionnellement l'adoption conjointe ou individuelle par une personne homosexuelle. L'ancien article 343 du Code civil définissait l'adoptant comme « *une personne, des époux de sexe différent, ou des cohabitants de sexe différent* ». Depuis la loi du 18 mai 2006, la référence à l'orientation sexuelle de l'adoptant a été abrogée. En Allemagne, il n'existe pas de disposition législative interdisant l'adoption par un homme célibataire ou par des candidats homosexuels. Tout est question d'appréciation<sup>193</sup>.

**83 Appréhension du tiers.** Dans sa décision, la Cour européenne des droits de l'homme s'est aussi prononcée sur l'opportunité de la prise en compte de la compagne de la candidate à l'adoption lors de la procédure d'agrément. Les juges européens ont souligné que « *dès lors que le demandeur ou la demanderesse, bien que célibataire, a déjà constitué un foyer avec un ou une partenaire, la position de ce dernier et la place qu'il occupera nécessairement au quotidien auprès de l'enfant qui viendra vivre dans le foyer déjà formé commandent un examen spécifique, dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il serait d'ailleurs pour le moins surprenant que les autorités compétentes, informées de l'existence d'un couple "de fait", feignent d'ignorer une telle donnée dans l'évaluation des conditions d'accueil et de vie future d'un enfant au sein de son nouveau foyer* »<sup>194</sup>. Ce n'est pas parce que le candidat formule seul le projet d'adoption que les investigations ne peuvent porter sur son partenaire ou sur sa vie de couple<sup>195</sup>. Le Conseil d'État avait déjà énoncé ce

---

<sup>193</sup> Tout dépend des convictions du collaborateur chargé du rapport relatif à la qualification du candidat. BENICKE C., art. préc., p. 59.

<sup>194</sup> CEDH, 2 janvier 2008, E. B. contre France, préc., § 76. Toutefois même s'il était légitime pour les juridictions françaises de prendre en compte l'absence d'investissement de la compagne de la requérante dans le projet d'adoption, la cour a considéré que Melle E. B. avait fait l'objet d'une discrimination en raison de son homosexualité.

<sup>195</sup> C'est généralement le cas lorsque la demande émane d'une personne homosexuelle vivant en concubinage.

principe dans son arrêt du 5 juin 2002 dans lequel il avait considéré que la relation homosexuelle de Melle E. B. justifiait le refus d'agrément<sup>196</sup>. Le défaut de repères identificatoires en l'absence de référent paternel avait été soulevé, mais aussi « *l'ambiguïté de l'investissement de chaque membre du foyer par rapport à l'enfant accueilli* »<sup>197</sup>. En outre, si le candidat ne fait pas mention de sa relation, un complément d'enquête portant sur le tiers peut être ordonné, ce qui peut ralentir l'instruction de sa demande<sup>198</sup>.

Il faut regretter que les juges européens n'aient pas accordé plus de considération à l'absence d'investissement de la compagne de Melle E. B. dans le projet d'adoption. Ils avaient pourtant relevé que « *la question de l'attitude de sa compagne, avec qui elle indique vivre une relation stable et durable, n'est pas sans intérêt et sans pertinence pour l'appréciation de sa demande. Il est légitime que les autorités s'entourent de toutes les garanties en vue de l'accueil éventuel d'un enfant dans une famille* »<sup>199</sup>. Le comportement de la compagne de Melle E. B. est important dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant qui pourrait être adopté. La légitimité de la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle « *ne justifie pas le sacrifice de l'intérêt de l'enfant, dont l'article 3-1 de la CIDE affirme qu'il doit primer dans toute décision le concernant* »<sup>200</sup>. Ainsi, la solution retenue par la Cour européenne des droits de l'homme est à approuver s'agissant de la suppression de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, mais les faits de l'espèce, contrairement à ceux de l'arrêt Fretté, ne justifiaient pas une condamnation de la France.

---

<sup>196</sup> CE 5 juin 2002, préc. : « *que cette même circonstance [que la demande émane d'une personne célibataire] ne fait pas non plus obstacle, dans le cas où la personne célibataire à l'origine de la demande vit une relation stable avec une autre personne, qui sera nécessairement appelée à contribuer à l'"accueil" de l'enfant au sens des dispositions précitées, à vérifier, même dans le cas où cette relation ne se traduit pas par un lien juridique, que le comportement ou la personnalité de ce tiers, appréciés en fonction de considérations objectives, sont de nature à favoriser un tel accueil.* »

<sup>197</sup> CE 5 juin 2002, préc.

<sup>198</sup> CAA Lyon, 20 novembre 2003, n° 03LY00818. En l'espèce, la colocataire de la candidate devait faire l'objet d'un complément d'investigation tant social que psychologique. La Cour administrative d'appel a considéré, que c'est à bon droit, que le président du Conseil général a pu ordonner ce complément d'enquête après la découverte de la vie de couple de la demandeuse. C'est au vu de cette nouvelle investigation que la délivrance de l'agrément a été refusée. Le mode de vie de l'intéressée a été jugé incompatible avec l'accueil d'un enfant.

<sup>199</sup> CEDH, 22 janvier 2008, E. B. contre France, § 76, v. également *supra*, n° 74.

<sup>200</sup> GOUTTENOIRE A. et SUDRE F., note préc.

Doit à présent être envisagée la prise en compte du futur tiers coparent dans les effets de l'adoption.

### 3. La prise en compte du coparent après le prononcé de l'adoption

**84 Nom du conjoint de l'adoptant.** Exemple de la prise en compte du tiers par le droit français, le nom du conjoint de l'adoptant peut être conféré à l'enfant par le jugement d'adoption<sup>201</sup>. La demande émane de l'adoptant, mais son conjoint doit y consentir. Il s'agit d'une des rares hypothèses dans laquelle l'enfant peut porter le nom d'un tiers auquel il n'est pas lié par un rapport de filiation (v. *supra*, n° 54). L'adoptant peut également demander que l'enfant porte les noms accolés des époux dans l'ordre choisi par eux mais dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Il peut solliciter l'application de l'article 357 du Code civil quand bien même son conjoint serait décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Le tribunal ne fait toutefois droit à sa demande qu'après avoir consulté les héritiers du défunt ou ses successibles les plus proches (art. 357 *in fine* C. civ.).

**85 Partage de l'autorité parentale.** Le tiers, futur coparent, ne peut se prévaloir d'aucun droit sur l'enfant. Il ne peut exercer les prérogatives parentales avec l'adoptant, sauf à ce que celui-ci lui consente une délégation « partage » de l'autorité parentale (v. *infra*, n° 558 et s.). A l'inverse, en Écosse, lorsque l'adoption est sollicitée par une seule personne, son partenaire ou tout autre personne (de sexe différent ou de même sexe) peut demander à ce que lui soit également attribuée tout ou partie de la responsabilité parentale sur l'enfant<sup>202</sup>.

**86 Conclusion.** On peut s'interroger sur la pertinence du maintien de l'adoption par une seule personne dans la mesure où elle organise un déni de biparenté. Comme l'a si bien écrit le doyen Cornu, c'est « *la consécration institutionnelle d'une famille tronquée* »<sup>203</sup>. Le refus d'agrément justifié par la relation de couple qui unit le candidat à l'adoption et un tiers peut paraître paradoxal. La prise en compte du tiers lors de l'évaluation des capacités éducatives du candidat est conforme à l'intérêt de l'enfant puisqu'ils vont être amenés à vivre ensemble. Cependant, selon le Code civil, une personne peut adopter seule. Or, dès la

---

<sup>201</sup> Art. 357 al. 4 C. civ.

<sup>202</sup> « *Children (Scotland) Act 1995* », s. 11.

<sup>203</sup> CORNU G., *op. cit.*, n° 279.

phase préalable au processus d'adoption, sa vie de couple peut constituer un empêchement à la délivrance d'un agrément, alors même qu'elle ne devrait pas être prise en considération. De même, la possibilité de conférer à l'enfant le nom du conjoint de l'adoptant alors qu'il ne prend pas part au projet d'adoption est une incongruité. La famille unilinéaire par adoption, qui n'est pas une spécificité française, soulève encore des interrogations et l'on peut effectivement s'interroger sur son maintien ou sur une modification des dispositions qui lui sont relatives<sup>204</sup>. La prise en compte du futur rôle du tiers auprès de l'enfant devrait, nous semble-t-il, tout au moins être améliorée et passerait notamment par l'exigence de son consentement lorsqu'il est engagé dans un pacte civil de solidarité avec l'adoptant et par une appréciation systématique des ses qualités éducatives et de son investissement dans le projet d'adoption.

---

<sup>204</sup> TERRE F. (Dir.), *Rapport sur le droit de la famille*, Académie des sciences morales et politiques, juin 2001, p. 77 ; DELFOSSE-CICILE M.-L., *Le lien parental*, th. préc., n<sup>os</sup> 945 et s. L'adoption par une seule personne ne devrait, selon l'auteur, être réservée qu'à des cas particulier comme l'adoption d'enfants qui peuvent difficilement être placé dans une famille ou d'un enfant qui a vécu pendant plusieurs années avec celui qui désire l'adopter.



## **Conclusion du Chapitre 1 :**

**87 La famille unilinéaire et le tiers.** La famille unilinéaire est fondée par l'établissement d'un lien unique de filiation. Elle résulte, dans la majorité des cas, d'une procréation charnelle. L'auteur biologique de l'enfant dispose d'un certain nombre de prérogatives notamment s'agissant de l'établissement ou de la contestation du lien de filiation. Ainsi, par exemple, la mère peut se soustraire aux conséquences juridiques de sa maternité dans les pays qui, comme la France, n'imposent pas sa désignation dans l'acte de naissance. De même, la désignation du nom du père dans l'acte de naissance n'est jamais obligatoire en France comme dans les autres législations européennes. Le prétendu parent véritable peut aussi influencer sur la configuration familiale de l'enfant en contestant sa filiation. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a consacré le droit pour le père biologique de contester la filiation mensongère de l'enfant. La France, à l'instar d'une partie des législations européennes, ouvre l'action en contestation au prétendu parent véritable. Lorsque la parenté de l'enfant est unilinéaire, un tiers peut jouer un rôle de substitut parental auprès de l'enfant tout en lui restant juridiquement étranger. A l'inverse de certaines législations européennes, cette parentalité de fait n'est pas expressément reconnue en droit français, sauf en matière sociale ou fiscale. Dans d'autres États en Europe, le tiers est appréhendé. Il peut être tenu à une obligation alimentaire, transmettre son nom à l'enfant ou représenter le parent dans l'exercice des prérogatives parentales. Son consentement est expressément requis pour que le parent puisse élever l'enfant au sein du foyer conjugal. Nous pensons que la reconnaissance du coparent ne doit automatiquement découler de sa vie de couple avec le parent de l'enfant. C'est pourquoi, il ne nous paraît pas opportun de modifier le droit français sur ce point.

Étonnamment, c'est parfois le droit qui permet la constitution de la famille unilinéaire au moyen de l'adoption. En l'absence d'un lien de parenté, l'auteur biologique n'est pas pris en compte dans le processus d'adoption. A l'inverse, la future parentalité du coparent est partiellement appréhendée. En France, le tiers qui vit avec le candidat à l'adoption peut être pris en compte lors de l'appréciation des capacités d'accueil de ce dernier. Ce contrôle a été approuvé par la Cour européenne des droits de l'homme. En outre, le conjoint du candidat à l'adoption doit consentir à l'adoption projetée. Dans certaines législations européennes, le consentement ou l'avis du concubin ou du partenaire est pareillement

requis. Ces dispositions sont conformes à la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants* révisée le 27 novembre 2008. Nous proposons qu'une modification du droit français soit entreprise en ce sens. Le tiers coparent peut également transmettre son nom à l'enfant et partager l'exercice des prérogatives parentales avec le parent dans certaines législations européennes.

Il convient maintenant de se pencher sur une autre configuration familiale. La parentalité exercée par la mère intentionnelle, auteur biologique et coparent de l'enfant né suite à une gestation pour autrui, est niée en droit français en raison de la prohibition de cette technique sur le territoire national.

## Chapitre 2 : La parentalité niée : le refus de reconnaître la parentalité de la mère génitrice de l'enfant né suite à une maternité de substitution

**88 Évolution.** La mère d'un enfant est la femme qui lui a donné naissance. De tout temps l'accouchement a été considéré comme le critère évident et immuable de la maternité biologique. Contrairement à la paternité, celle-ci était toujours certaine<sup>1</sup>. Mais les progrès scientifiques ont profondément modifié ces présupposés. D'une part, les tests d'identification génétique déterminent dorénavant de façon absolue la paternité et d'autre part le développement des techniques d'aide médicale à la procréation ont permis à une femme de mettre au monde un enfant qui n'est pas génétiquement le sien. Cette évolution incite à s'interroger sur la notion de maternité d'un point de vue tant juridique que biologique.

Traditionnellement, la maternité biologique est définie comme « *celle qui appartient à la femme qui est tout à la fois génitrice (génétique, ovulaire) et gestatrice (utérine, porteuse)* »<sup>2</sup>. Elle coïncide dans la majorité des cas avec la maternité légale. Toutefois, les procréations médicalement assistées permettant de pallier certaines formes de stérilité féminine ont entraîné un éclatement de la maternité biologique. Une femme ne produisant pas d'ovocyte peut bénéficier d'un don de gamète et porter un enfant qui lui est biologiquement étranger. Elle n'en est par conséquent que la mère gestatrice. A l'inverse, une femme peut être dans l'impossibilité de mener une grossesse à son terme tout en ayant une fonction ovocytaire normale. La gestation de l'enfant peut en ce cas être assurée par une autre femme qui remettra le nouveau-né à la naissance au couple de parents dit intentionnels<sup>3</sup>. La mère intentionnelle est alors la mère génétique d'un enfant qu'elle n'a pas porté. Ces deux hypothèses illustrent la nouvelle dissociation qui peut exister entre la

---

<sup>1</sup> Conformément à la maxime issue du droit romain (Dig. 2, 4, 5), « *mater semper certa est...* », la femme qui accouche est la mère de l'enfant. Cette solution est partagée par la majorité des législations des États européens à l'exception de la Grèce qui a récemment abandonné cette maxime dans l'hypothèse où il est fait recours à une gestation pour le compte d'autrui, v. *infra*, n° 415.

<sup>2</sup> *Vocabulaire juridique*, préc.

<sup>3</sup> Nous désignons par mère intentionnelle la femme qui recourt aux services d'une mère porteuse dans le dessein d'être déclarée mère légale de l'enfant et par père intentionnel l'homme qui recourt aux services d'une mère porteuse dans le dessein d'être déclaré père légal de l'enfant.

mère génitrice et la mère gestatrice. La science a accouché d'une nouvelle forme de maternité qui déconcerte le juriste. Que faire face à cet éclatement ?

**89 Réaction du droit face à l'éclatement de la maternité.** Pratiquées depuis plus de trente ans, les procréations médicalement assistées exogènes sont presque entrées dans les mœurs et se sont largement multipliées<sup>4</sup>. L'enfant conçu grâce à un don d'ovocyte est juridiquement lié à la femme qui en est accouchée. Sans passer par un jugement, sans offrir l'irrévocabilité d'une adoption plénière, sa filiation est établie conformément aux règles de droit commun. A l'instar de l'ensemble des législations européennes, le droit français retient le critère de l'accouchement pour désigner la mère, y compris lorsque l'embryon est conçu grâce à un don d'ovocyte. L'origine biologique de l'enfant est effacée, la grossesse et l'accouchement attestant aux yeux de tous de la maternité de celle qui l'a mis au monde. L'anonymat de la donneuse empêche en outre tout conflit de maternité (v. *infra*, n° 282). Ainsi, la filiation maternelle est établie à l'égard de celle qui n'en est que la mère gestatrice. Cette dernière a vocation à exercer l'autorité parentale sur l'enfant. Parenté et parentalité sont alors conjuguées comme dans le cadre d'une filiation charnelle<sup>5</sup>.

La seconde hypothèse de dissociation de la maternité est, quant à elle, plus problématique dans la mesure où elle est davantage visible. « *Les dons de gamètes avaient mis à mal la parenté biologique. Mais, quelle que soit l'origine des cellules reproductrices, la mère demeure celle qui conduit la grossesse. Les mères de substitution, elles, mettent en cause la maternité physiologique : la mère n'est plus celle qui accouche. Après la dissociation de la sexualité et de la reproduction, après la séparation de la parenté et du patrimoine biologique, survient la déliaison entre maternité et gestation* »<sup>6</sup>. Le don est incommensurable ; les motivations suscitent parfois l'incompréhension ; les dérives sont

---

<sup>4</sup> Les dons de sperme sont nettement plus fréquents que les dons d'ovules. Une dizaine de milliers d'enfants seraient nés suite à un don de sperme, une centaine d'enfants grâce à un don d'ovocytes. Cette différence s'explique par le fait que le protocole médical à suivre par la donneuse est plus long et plus douloureux (stimulation ovarienne et anesthésie générale nécessaire pour la ponction) et que les ovocytes, beaucoup plus fragiles que les spermatozoïdes, ne peuvent être soumis à une conservation cryogénique : NISAND I., *Les nouvelles méthodes de procréation et leur impact sur la famille*, conférence du 11 janvier 2005, Université de tous les savoirs disponible sur [www.canalu.tv/canalu/producteurs/universite\\_de\\_tous\\_les\\_savoirs](http://www.canalu.tv/canalu/producteurs/universite_de_tous_les_savoirs).

<sup>5</sup> Ces procréations médicalement assistées exogènes posent cependant d'autres problèmes s'agissant de l'effacement du rôle du tiers géniteur et de l'impossibilité d'accéder aux origines de l'enfant. V. *infra*, n° 511 et s.

<sup>6</sup> MEHL D., *Naître ? La controverse bioéthique*, Bayard, 1999, p. 65.

aisément imaginables. Les maternités de substitution sont interdites en France, mais il n'empêche que certains couples sont prêts à tout pour satisfaire leur désir d'enfant. La procédure d'adoption est longue et les jeunes enfants susceptibles d'en faire l'objet sont de plus en plus rares. La tentation est alors forte d'avoir « son » enfant biologique.

**90 Plan.** La parentalité de la mère intentionnelle est niée en raison de la prohibition retenue par la législation française. C'est l'interdit qui empêche la reconnaissance de son rôle auprès de l'enfant. Il convient alors de rappeler la réaction du droit face à la maternité de substitution (**Section 1**) avant d'envisager quelle pourrait être son évolution s'agissant de l'admission d'un tel procédé (**Section 2**).

### **Section 1 : Prohibition de la maternité de substitution : la négation de la mère intentionnelle**

**91 Raisonnement.** Il est nécessaire de distinguer préalablement la maternité pour autrui de la gestation pour le compte d'autrui (§ 1) et cela même si le droit les condamne de façon identique (§ 2).

#### **§ 1. La distinction entre maternité pour autrui et gestation pour autrui**

**92 Maternité ou procréation pour autrui.** Le recours à une femme pour contourner la stérilité d'une autre n'est pas une pratique récente<sup>7</sup>. Historiquement, il s'agissait uniquement d'hypothèses de maternité de substitution passant par l'insémination naturelle. Une femme accepte de concevoir un enfant avec les gamètes d'un homme marié dont l'épouse est stérile. Elle met alors à la disposition du couple l'ensemble de ses forces reproductrices : ses ovocytes et sa capacité à porter l'enfant. Elle est à la fois la mère génitrice et gestatrice. La maternité biologique n'est pas dispersée. Il s'agit d'une maternité pour autrui (ou procréation pour le autrui selon les termes de l'article 16-7 du Code civil).

---

<sup>7</sup> La maternité pour autrui est évoquée dans l'Ancien testament. Sara, ne pouvant avoir d'enfant, décida de donner un fils à Abraham par l'intermédiaire de sa servante, Agar, Genèse 16-1 : « *va donc vers ma servante. Peut-être obtiendrais-je par elle des enfants* ». Sara eut ensuite un enfant et ne supporta plus sa servante et le fils qu'elle avait eut avec Abraham. Elle lui dit alors : « *chasse cette servante et son fils, il ne faut pas que le fils de cette servante hérite avec mon fils Isaac* » (Genèse, 21-9). Les deux épouses de Jacob, Léa et Rachel, auraient, elles aussi, eut recours à la maternité de substitution par l'intermédiaire de leurs servantes, Genèse 30-3 : « *voici ma servante Bilha. Va vers elle et qu'elle enfante sur mes genoux : par elle j'aurai moi aussi des enfants !* » et Genèse 30-9 et 10 : « *Léa, voyant qu'elle avait cessé d'avoir des enfants, prit sa servante Zilpa et la donna pour femme à Jacob. Zilpa, la servante de Léa, enfanta à Jacob un fils* ».

Elle peut déboucher sur des drames humains inextricables, la mère de substitution, mère porteuse de premier type<sup>8</sup>, abandonnant son enfant biologique<sup>9</sup>.

**93 Gestation pour autrui.** Les aides médicales à la procréation et plus particulièrement le développement des fécondations *in vitro* ont permis l'émergence d'un processus visant à suppléer l'incapacité de la femme à assumer une grossesse. Ce n'est que récemment qu'ont pu être scientifiquement envisageables les gestations pour le compte d'autrui et les mères porteuses de second type<sup>10</sup>. Il s'agit d'une femme « *qui accepte de porter l'embryon formé des gamètes d'un couple, donc non stérile, mais dont la femme ne peut pas, ne peut plus ou ne peut, sans risque important d'avortement, assumer elle-même la gestation* »<sup>11</sup>. La fécondation *in vitro* suivie de l'implantation de l'embryon dans l'utérus de la mère porteuse nécessite un encadrement en milieu hospitalier. Ce type de procréation est tout à fait original puisque la mère porteuse n'est que gestatrice, la génitrice de l'enfant étant la mère intentionnelle.

Il existe une seconde hypothèse de gestation pour le compte d'autrui. L'embryon implanté dans l'utérus de la mère porteuse peut ne pas être issu des gamètes des parents intentionnels, mais être conçu à partir de ceux d'un donneur. Il peut s'agir d'un don de sperme, d'ovocyte ou d'un double don. Dans ces deux dernières situations, la parentalité n'est pas exercée dans les faits par la mère génitrice de l'enfant. La mère intentionnelle ne peut qu'être assimilée à un simple coparent quand bien même elle est à l'origine de la conception de l'enfant. Sa volonté n'est confortée ni par l'accouchement, ni par un lien génétique, ni par le prononcé d'une adoption. Il n'y a que dans les hypothèses dans

---

<sup>8</sup> Dictionnaire permanent, *Bioéthique et Biotechnologies*, VERON J.-J. (Dir.), Éditions Législatives, 2008, p. 1274.

<sup>9</sup> A pu être qualifiée de « fausse » maternité de substitution la situation dans laquelle une femme décide d'abandonner l'enfant à sa naissance à un couple dont l'homme n'en est pas le géniteur. L'enfant n'est pas initialement conçu pour autrui, mais sa mère ne peut ou ne souhaite assumer sa maternité. Il ne s'agit pas d'une maternité pour autrui au sens strict. Cette démarche s'assimile par trop à une cession d'enfant. Les intéressés cherchent à éluder les règles touchant à l'adoption et notamment l'article 348-5 du Code civil qui impose la remise des enfants de moins de deux ans au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption. A défaut, le consentement à l'adoption est inefficace. Il s'agit d'empêcher les adoptions organisées par les parents biologiques et les futurs parents juridiques de l'enfant. Ce type de pratique a tendance à favoriser les pressions sur la mère ainsi que les ventes de nourrissons (en ce sens, v. HAUSER J. et HUET-WEILER D., *Traité de droit civil, La famille, fondation et vie de la famille*, préc., n° 935).

<sup>10</sup> Dictionnaire permanent, *Bioéthique et Biotechnologies*, préc., p. 1274.

<sup>11</sup> GOBERT M., *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, RTD civ. 1992, 489.

lesquelles l'enfant est conçu à partir des ovocytes de la mère intentionnelle que la parentalité est exercée dans les faits par la mère génitrice.

**94 Distinction.** La maternité pour autrui doit être distinguée de la gestation pour autrui<sup>12</sup>. Si la première hypothèse ne pose aucune difficulté d'ordre médical (il s'agit d'une simple insémination naturelle ou artificielle), elle heurte profondément la morale et l'éthique. A l'inverse, le recours à une mère porteuse de second type nécessite un environnement médical lourd, mais semble moins choquante dans la mesure où la mère porteuse n'abandonne pas son enfant biologique, mais le remet à ses parents de conception. Il y a dissociation entre les différents éléments qui forment traditionnellement la maternité. Un impensable conflit vient alors troubler l'évidence de l'adage « *mater semper certa est* ». Qui est la mère ? La gestation pour le compte d'autrui met à mal les fondements traditionnels de la filiation maternelle en raison de l'éclatement de la maternité biologique qu'elle engendre.

Les obstacles juridiques et médicaux n'effraient pas certains couples qui envisagent la maternité de substitution comme une réponse appropriée à leurs difficultés à procréer. Les stratagèmes utilisés sont variés, mais les réponses tant législatives que jurisprudentielles ont été implacables.

## § 2. La réponse du droit face à la maternité de substitution

**95 Assimilation.** Ce n'est que récemment que les progrès scientifiques ont permis l'émergence de la gestation pour le compte d'autrui<sup>13</sup>. Cependant, ni la loi, ni la jurisprudence ne dissocie maternité pour autrui et gestation pour autrui. Ces méthodes de reproduction, pourtant distinctes, ont suscité la même réprobation et ont été condamnées de façon analogue par la loi. L'invalidité des conventions relatives à la maternité de substitution conduit à désigner la mère porteuse comme mère juridique de l'enfant qu'elle en soit ou non la mère génitrice (A). Cette solution, conforme à l'adage « *mater semper*

---

<sup>12</sup> En ce sens, M. GOBERT, art. préc.

<sup>13</sup> En 1985, lors de son intervention au colloque Génétique, procréation et droit, le professeur RUBELLIN-DEVICHI qualifiait l'hypothèse de la gestation pour le compte d'autrui au sens strict de « *futurologie* », *Génétique, procréation et droit*, Actes sud, 1985.

*certa est*», n'a toutefois pas permis d'endiguer le recours à la maternité de substitution (**B**).

### A. Une condamnation implacable : l'invalidité des conventions

**96 Condamnation.** Le droit français a progressivement interdit le recours à la maternité de substitution (**1**). On constate qu'une partie des législations européennes s'est également opposée au développement de cette technique (**2**).

#### 1. La prohibition française

**97 Première décision jurisprudentielle.** Les juridictions françaises ont, semble-t-il, été confrontées, pour la première fois, à la maternité de substitution en 1984. Leur raisonnement s'est avéré humaniste et pragmatique. Saisi d'une demande en adoption plénière par l'épouse de l'homme qui avait reconnu l'enfant, le Tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence a prononcé son adoption simple mieux adaptée aux faits de l'espèce<sup>14</sup>.

**98 Entremise.** S'inspirant des pratiques anglo-saxonnes, ont été créées au début des années 1980 des associations telles que l'Association nationale d'insémination artificielle par substitution, le Centre d'exploration fonctionnel et d'étude de la reproduction (sous la présidence du docteur Sacha Geller), les Cigognes, Alma mater...<sup>15</sup> Ces associations avaient pour vocation de favoriser la conclusion d'accords de maternité pour autrui<sup>16</sup>.

**99 Premières condamnations.** En 1984, le Comité consultatif national d'éthique s'est pour la première fois prononcé contre les maternités de substitution<sup>17</sup>. Dans un second

---

<sup>14</sup> TGI Aix-en-Provence, 5 décembre 1984, JCP éd. G 1986, II, 20561, note BOULANGER F. La sœur de la femme mariée avait assuré la gestation (mère porteuse de premier type) et tous les intéressés habitaient dans la même commune. L'intérêt de l'enfant a été respecté dans la mesure où ce type d'adoption reflétait davantage sa véritable situation familiale et maintenait certains liens à l'égard de sa mère biologique, sœur de la mère intentionnelle.

<sup>15</sup> Dictionnaire permanent, *Bioéthique et biotechnologies*, p. 1273.

<sup>16</sup> IACUB M., *L'empire du ventre*, 2005, Fayard, p. 216 et s. Les mères de substitution n'étaient pas rémunérées, mais « indemnisées » à hauteur de dix salaires minimum interprofessionnels de croissance, soit environ 9000 euros.

<sup>17</sup> Avis n° 3 du 23 octobre 1984. Le Comité consultatif national d'éthique, dans son avis n° 90 du 24 novembre 2005, a, de nouveau, rappelé son hostilité à l'égard de la maternité de substitution.

temps, la jurisprudence a considéré que l'objet de ces associations était illicite<sup>18</sup>. Puis, dans un arrêt du 31 mai 1991, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a condamné les conventions de maternité pour autrui sur le fondement des articles 6, 353 et 1128 du Code civil : « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ». Il y avait en l'espèce détournement de l'institution de l'adoption<sup>19</sup>. Trois années plus tard, la Cour de cassation réaffirma que le contrat par lequel une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient à l'ordre public français<sup>20</sup>.

**100 Interdiction légale.** Les lois de bioéthique ont par la suite consacré la prohibition relative à la maternité de substitution<sup>21</sup>. Selon l'article 16-7 du Code civil, « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* »<sup>22</sup>. Une grande partie de la doctrine était opposée à l'intervention du législateur dans ce domaine si intime, les juridictions ayant réussi à proscrire les maternités de substitution grâce aux dispositions déjà inscrites dans le Code civil. De plus, l'interdiction posée par le législateur est plus générale que la solution qui avait été dégagée par l'Assemblée plénière. Cette dernière ne réprouvait que les procréations pour autrui, n'ayant pas eu encore

---

<sup>18</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 décembre 1989, D. 1990, jur., 273, rapport MASSIP J. Les juridictions administratives s'étaient prononcées également en ce sens, TA Strasbourg, 17 juin 1986, D. 1988, jur., 304, note PLOUVIN J.-Y. ; CE, 22 janvier 1988, D. 1988, IR, 45.

<sup>19</sup> Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, Bull. AP, n° 4 ; D. 1991, jur., 417, rapport CHARTIER Y., note THOUVENIN D. ; JCP éd. G 1991, II, 21752 et JCP éd. N 1992, II, 18, note TERRE F. ; RTD civ. 1991, 517, obs. HUET-WEILLER D. ; Defrénois 1991. 948, obs. MASSIP J. Sur l'impossibilité pour la mère intentionnelle d'adopter l'enfant, v. *infra*, n° 408 et s.

<sup>20</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 juin 1994, D. 1994, jur., 581, note CHARTIER Y. ; JCP éd. G 1995, II, 22362, note RUBELLIN-DEVICHI J.

<sup>21</sup> 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* (JO n°175 du 30 juillet 1994, p. 11059).

<sup>22</sup> Est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende « *le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître* » (Art. 227-12 C. pén.). De la même façon l'entremise entre un couple désireux d'avoir un enfant et la femme qui accepte de le porter en vue de le leur remettre est réprimée. Les peines sont portées à un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. Enfin, les parents intentionnels sont également visés puisque la simulation ou la dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (art. 227-13 C. pén.). Il s'agit des deux volets de la supposition d'enfant de l'ancien Code pénal (PRADEL J. et DANTI-JUAN M., *Droit pénal spécial*, 4<sup>ème</sup> éd., 2007/2008, CUJAS, n° 617). V. par exemple, Cass. crim., 12 janvier 2000, Bull. crim. n° 21 ; D. 2000, IR, 75 ; D. 2001, 2791, note POMART C. ; Dr. pén. 2000, comm. n° 84, note VERON M.

l'occasion de juger d'hypothèse de gestation pour autrui. Or, l'article 16-7 du Code civil condamne pareillement ces deux pratiques.

La solution retenue par le droit français n'est pas isolée en Europe. En effet, une partie des législations européennes a pareillement proscrit le recours à la maternité de substitution.

## 2. Une solution partagée en Europe

**101 Conseil de l'Europe.** Le Conseil de l'Europe ne s'est jamais saisi de cette question. Une proposition de recommandation ainsi qu'un avant-projet de résolution ont été déposés, mais il n'y a jamais été donné suite<sup>23</sup>. Il faut souligner que la question est sensible dans la mesure où il n'existe pas de consensus en Europe sur ce point. D'autres législations européennes condamnent comme la France le recours à la maternité de substitution.

**102 Prohibition des dons d'ovocyte ou d'embryon.** L'interdiction des dons d'ovocyte ou d'embryon a pour conséquence de rendre inenvisageable la réalisation de la gestation pour le compte d'autrui. Par exemple, en Italie, la loi *portant sur les procréations médicalement assistées* proscrit les dons de gamètes exogènes<sup>24</sup>. Le transfert d'ovocyte d'une femme à une autre est logiquement impossible<sup>25</sup>. De même, en Autriche, le transfert d'embryon et, par voie de conséquence, la gestation pour le compte d'autrui sont interdits<sup>26</sup>.

**103 Interdiction expresse.** D'autres États s'opposent formellement à la maternité de substitution. Il s'agit par exemple de la Suisse<sup>27</sup>, de l'Allemagne<sup>28</sup> ou de l'Espagne<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> Proposition de recommandation du 3 mars 2003 *sur les implications sanitaires et sociales de la maternité de substitution*, document n° 9715 ; *Pour une reconnaissance et un encadrement de la maternité de substitution, une alternative à la stérilité*, Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, juillet 2005.

<sup>24</sup> Art. 4, 3, Loi du 19 février 2004, n° 40 « *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* ». Cette législation, d'inspiration catholique, est considérée comme trop restrictive par beaucoup de couples stériles. L'abrogation de certaines de ces dispositions (notamment l'impossibilité de recourir au don exogène) a été soumise, sans résultat, à un référendum le 13 juin 2004. Le quorum devait représenter 50% des électeurs inscrits. Or le taux d'abstention a été particulièrement élevé. La loi du 19 février 2004 n'a pas pu être modifiée par voie référendaire.

<sup>25</sup> Est interdite la publicité portant sur la maternité de substitution. Des amendes allant de 600 000 à 1 million d'euros ainsi qu'une peine de trois mois à deux ans d'emprisonnement sont également prévues par la loi.

<sup>26</sup> Loi *sur la médecine de la reproduction*, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1992.

<sup>27</sup> Art. 119 alinéa 2, lettrine d, Constitution fédérale suisse, adopté par référendum populaire le 17 mai 1992 à 73,8 %. L'article 4 de la loi fédérale du 18 décembre 1998 *sur la procréation médicalement assistée* dispose également que « *le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution sont interdits* ».

L'article 2 de la loi fédérale suisse *sur la procréation médicalement assistée* définit une mère de substitution comme « *une femme qui accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement* ». Le contrat de mère porteuse conclu en Suisse est nul en vertu de l'article 20 du Code des obligations<sup>30</sup>. La législation allemande, à l'instar du droit suisse, définit les mères de substitution<sup>31</sup>. Sur le plan civil, le contrat de mère porteuse serait nul en raison de sa contrariété avec les bonnes mœurs et l'ordre public<sup>32</sup>. En Espagne, un contrat de maternité de substitution est nul de plein droit en vertu de l'article 10 premièrement de la loi du 26 mai 2006 *relative aux techniques de reproduction humaine assistée*<sup>33</sup>.

**104 Conclusion.** Il est donc interdit de recourir à cette technique dans un certain nombre d'États européens. Le contrat de substitution est généralement nul en raison de sa contrariété avec l'ordre public. Nous constaterons, dans des développements ultérieurs, que la filiation maternelle de l'enfant est difficile, voire impossible, à établir à l'égard de la mère intentionnelle (v. *infra*, n<sup>os</sup> 408 et s.). La prohibition de la maternité de substitution permet de ne pas avoir à trancher un potentiel conflit s'agissant de la filiation maternelle de l'enfant. Seule la femme qui en accouche peut faire établir sa maternité. L'interdiction aurait alors dû faire cesser le recours à cette technique en raison de l'impossibilité pour la

---

<sup>28</sup> La loi du 13 décembre 1990 *sur la protection de l'embryon* interdit la maternité de substitution. Ceci découle logiquement de la définition de la maternité posée par le § 1591 du BGB qui consacre l'adage « *mater semper certa est* ».

<sup>29</sup> Loi du 26 mai 2006 *relative aux techniques de reproduction humaine assistée* (BOE n° 126, 27 mai 2006, 19947). Cette loi a confirmé la solution qui avait déjà été retenue par la loi du 22 novembre 1988 *relative aux techniques de procréation médicalement assistée*.

<sup>30</sup> Le même contrat conclu à l'étranger se heurterait à l'ordre public et ne verrait pas ses effets se produire en Suisse (art. 27 de la loi fédérale *sur le droit international privé*) : GRANET F., *L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les États de la CIEC*, disponible sur le site internet de la Commission internationale de l'état civil ([www.ciecl.org/](http://www.ciecl.org/)). En outre, la pratique de la maternité de substitution ainsi que l'entremise sont pénalement réprimées (art. 31, Loi fédérale *sur la procréation médicalement assistée*).

<sup>31</sup> § 13 a, Loi du 13 décembre 1990 préc. : une mère de substitution est une femme, qui, sur la base d'une convention, consent à se faire inséminer artificiellement ou naturellement, de subir une fécondation *in vitro* ou de se faire implanter un embryon qui n'est pas le sien ; de porter l'enfant jusqu'au terme de la grossesse et de le laisser après la naissance à un tiers pour une durée illimitée (adoption ou autre accueil).

<sup>32</sup> § 138 BGB. De plus, l'entremise est passible d'une peine allant jusqu'à trois ans d'emprisonnement si l'infraction est commise de façon commerciale ou professionnelle. Cependant, ni la mère porteuse, ni les parents intentionnels n'encourent de sanction.

<sup>33</sup> En cas d'infraction, une amende allant de 10 000 à 1 million d'euros et la fermeture du centre médical qui aurait procédé à une maternité de substitution sont encourues (art. 26 et 27, loi préc.).

mère intentionnelle de revendiquer une quelconque reconnaissance de son rôle auprès de l'enfant. Néanmoins, certains couples n'hésitent pas à aller chercher par-delà les frontières ce qu'ils ne peuvent obtenir sur leur territoire national.

## B. La qualité juridique de la mère intentionnelle : un tiers pour l'enfant

**105 Constat.** L'interdiction de la maternité de substitution en France ne dissuade pas les couples désireux de recourir à une mère porteuse de se tourner vers des législations plus permissives (1). Ce tourisme procréatif a pour effet de précariser la situation de l'enfant qui en est issu (2).

### 1. Stratégies parentales et tourisme procréatif

**106 Tourisme procréatif et inefficacité de l'interdit français.** En France, seule la maternité pour autrui est en fait pratiquée dans la mesure où elle ne nécessite qu'une insémination artificielle réalisée en dehors de tout processus médical. A l'inverse, la gestation pour le compte d'autrui requiert un encadrement thérapeutique lourd (prélèvement d'ovocytes, fécondation *in vitro*, implantation de l'embryon dans l'utérus de la mère porteuse). Au vu des obstacles mis en place par les législations prohibant la maternité de substitution, le tourisme procréatif semble être la solution de la dernière chance pour les couples désireux d'en bénéficier<sup>34</sup>. En effet, un certain nombre d'États en Europe n'interdit pas le recours à cette technique<sup>35</sup>. Il s'agit du Royaume-Uni, du Danemark, des Pays-Bas, de la Finlande, de l'Estonie, de la Grèce ou de la Belgique<sup>36</sup>. La maternité de substitution est soit expressément autorisée et encadrée ou soit simplement tolérée comme en Belgique ou aux Pays-Bas (v. *infra*, n<sup>os</sup> 134 et s.). Elle peut également être pratiquée dans quelques pays de l'Est<sup>37</sup> (Géorgie, Fédération de Russie, Ukraine<sup>38</sup>),

---

<sup>34</sup> LEMOULAND J.-J., *Le tourisme procréatif*, LPA 28 mars 2001, n° 62, p. 24. Il existe encore des mères porteuses de nationalité française qui consentent à ce que l'insémination soit faite dans un pays autorisant la technique, se font suivre par des gynécologues français et accouchent en France. Les médecins français qui pratiqueraient une maternité de substitution malgré l'interdit risquent d'être condamnés sur le fondement de l'article 227-12 du Code pénal qui punit l'entremise de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende. Lorsque ces faits sont commis de façon habituelle ou à titre lucratif, les peines sont portées au double (art. 227-12 al. 2 C. pén.).

<sup>35</sup> *Mères porteuses, le marché clandestin*, L'Express, 15 septembre 2005.

<sup>36</sup> *Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA*, préc., p. 54 et s.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 54 et s.

dans certains États des États-Unis (comme la Californie<sup>39</sup>), en Inde<sup>40</sup> ou en Israël<sup>41</sup>. Il est très simple d'accéder à des informations sur les cliniques étrangères pratiquant la maternité de substitution comme en témoignent les nombreux sites internet étrangers<sup>42</sup>, dont une partie est même traduite en français<sup>43</sup>. Se développe ainsi un véritable marché mondial de la maternité de substitution<sup>44</sup>.

La prohibition française n'a pas réussi à endiguer le tourisme procréatif. Malgré le refus de reconnaître la validité des conventions de maternité de substitution, les couples français décidant de passer outre l'interdiction se sont multipliés<sup>45</sup>. Ils se heurtent à la loi française lors du retour de l'enfant sur le territoire national et ce, malgré que la convention ait été exécutée conformément à la législation de l'État l'autorisant.

## 2. Précarité de la situation de l'enfant issu d'une maternité de substitution

### **107 Problématique particulière posée par la gestation pour le compte d'autrui.**

Indépendamment des problèmes éthiques qu'elle pose, la gestation pour le compte d'autrui

---

<sup>38</sup> *En Ukraine, des femmes louent leur ventre*, La Croix, 15 avril 2009. Trente à cinquante enfants naîtraient chaque année en Ukraine grâce à une gestation pour le compte d'autrui.

<sup>39</sup> LAROCHE-GISSEROT F., *La gestation pour autrui à l'étranger*, in BLOCH P. et DEPADT-SEBAG V. (Dir.), *L'identité génétique de la personne, entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p. 141. Sur la pratique contractuelle de la maternité de substitution aux États-Unis, v. BELLIVIER F. et NOIVILLE C., *Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ?*, Revue des contrats, 2008, p. 545. V. également, DELAISI DE PARSEVAL G., *Rêver l'enfant d'une autre : l'histoire de la gestation pour autrui*, in FRYDMAN R. Et FLYS-TREVES M. (Dir.), *Rêves de femmes*, Odile Jacob, 2005, p. 211 et IACUB M., *La conception mentale des enfants*, *ibid.*, p. 233.

<sup>40</sup> *Les mères porteuses, un créneau indien*, Le Monde, 5 août 2008 : 3000 cliniques y pratiqueraient la maternité de substitution.

<sup>41</sup> Seule la gestation pour le compte d'autrui est autorisée, pour plus de détails, v. BENSUSHAN A. et G. SCHENKER J., « *Legitimizing surrogacy in Israël* », Human reproduction 1997, vol. 12, n° 8, p. 1832 et s. et « *The right to rent a womb* », Haaretz, 14 juin 2005.

<sup>42</sup> Il suffit de lancer une recherche avec pour mots clefs « *surrogacy* » ou « *surrogate mother* » pour obtenir des dizaines de liens vers des sites proposant cette technique.

<sup>43</sup> À titre d'exemple, Russie : [www.russiansurrogacy.com/](http://www.russiansurrogacy.com/) propose à la fois maternité de substitution et gestation pour le compte d'autrui (entre 20 000 et 25 000 dollars) avec possibilité de choisir la mère porteuse : « *nous pouvons trouver en Russie, une mère porteuse de type mannequin ou exceptionnel, pour un programme de maternité substitutive naturelle. Les couts de maternité de substitution seront bien plus élevés dans ce cas, et un surcout de \$300 a \$1000 sera requis a des fins publicitaires* » (sic) ; Géorgie : [www.surrogacy.ge/index\\_fr.html](http://www.surrogacy.ge/index_fr.html) : propose, avec photo des candidates à l'appui, maternité de substitution ou gestation pour le compte d'autrui (environ 14 000 euros) ; États-Unis : [www.creatingfamilies.com/](http://www.creatingfamilies.com/).

<sup>44</sup> *Les mères porteuses, un créneau indien*, art. préc.

<sup>45</sup> Une centaine de couples se rendrait chaque année à l'étranger pour recourir aux services d'une mère porteuse : ANDRE M., MILON A. et RICHEMONT (de) H., Rapport d'information n° 421 fait au nom de la Commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, 2008, p. 34. Mais ce chiffre est difficilement vérifiable.

suppose le recours à trois personnes distinctes : le couple intentionnel à l'origine des dons de sperme et d'ovocyte et la mère porteuse. Or, toute la difficulté pour le droit est de déterminer qui doit être consacré comme parents juridiques de l'enfant. Si l'établissement de la filiation paternelle n'entraîne pas de complication particulière, celui de la maternité est plus complexe.

**108 Relations entre l'enfant et la mère porteuse.** Seule la filiation maternelle de l'enfant à l'égard de la mère porteuse peut être reconnue en droit français en raison du critère de l'accouchement. Or, dans la plupart des hypothèses, cette femme ne souhaite pas exercer ses droits parentaux. Lorsque la maternité de substitution a lieu à l'étranger, la distance empêche la création d'une relation de type parental entre elle et l'enfant. De plus, certaines législations étrangères ne désignent pas la mère porteuse comme mère juridique de l'enfant<sup>46</sup>. Dans la majorité des cas, l'enfant est donc sans mère légale et se trouve dans l'impossibilité de faire établir sa filiation à l'égard de la mère intentionnelle qui l'élève dans les faits.

**109 Effacement de la mère intentionnelle.** La parentalité que la mère intentionnelle exerce quotidiennement auprès de l'enfant est niée en raison de l'interdiction des conventions de maternité de substitution. En effet, en droit français, la filiation maternelle de l'enfant ne peut être établie à son égard dans la mesure où elle n'en est pas accouchée. La maternité juridique est fondée sur ce seul critère de l'accouchement indépendamment d'une réalité sociale ou génétique (lorsque l'enfant est issu de l'ovocyte de la mère intentionnelle). Le paradoxe de cette situation résulte alors du constat que le tiers ignoré par le droit est celui qui justement exerce une fonction de type parental auprès de l'enfant et peut en être l'auteur biologique : la mère intentionnelle est à l'initiative du projet parental qui a conduit à la naissance d'un enfant qu'elle souhaite élever par la suite. En raison de cette parentalité qu'elle exerce dans les faits, sa négation sur le plan juridique devient contestable.

**110 Insécurité.** A l'heure actuelle, la mère génitrice de l'enfant ne peut prétendre à aucune prérogative. La nouvelle famille doit vivre en marge du droit en redoutant les

---

<sup>46</sup> C'est le cas par exemple en Californie (v. *infra*, n° 409) ou en Grèce (v. *infra*, n°s 415 et s.).

conséquences parfois tragiques d'un défaut de lien de parenté<sup>47</sup>. Quotidiennement, la mère intentionnelle ne peut exercer qu'une parentalité de fait, n'ayant aucune réalité juridique sauf à imaginer une délégation de l'autorité parentale consentie par le père (v. *infra*, n<sup>os</sup> 558 et s.). Mais celle-ci ne recouvre jamais toutes les prérogatives parentales et ne peut s'assimiler au lien de parenté. En cas de décès précoce du père, la mère intentionnelle n'est qu'un tiers à l'égard de l'enfant. Celui-ci ne lui sera confié que si elle est désignée comme tuteur par le père dans un testament ou, à défaut, par le conseil de famille (v. *infra*, n<sup>os</sup> 593 et s.). En cas de séparation du couple, ses droits sont également précaires. Par exemple, la mère intentionnelle ne bénéficie pas automatiquement d'un droit de visite, mais doit apporter la preuve qu'il est dans l'intérêt de l'enfant que leurs relations personnelles soient maintenues (v. *infra*, n<sup>os</sup> 607 et s.). Il n'existe pas non plus de solidarité familiale entre elle et l'enfant : pas d'obligation alimentaire, ni de devoir d'entretien, ni de vocation successorale *ab intestat*. Enfin, l'enfant est plus généralement privé de toute la branche familiale de celle qui l'élève dans les faits<sup>48</sup>. Lorsque la mère intentionnelle n'est pas la mère génitrice de l'enfant, son appréhension par le droit comme un simple tiers coparent peut certes paraître injuste, mais se comprendre dans la mesure où sa volonté n'est consolidée ni par une adoption, ni par un lien biologique à l'égard de l'enfant. Mais, lorsque la mère intentionnelle en est la mère génitrice, cette situation est davantage condamnable.

**111 Vie familiale.** Eu égard à l'évolution actuelle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, on peut s'interroger sur une éventuelle condamnation de la France si les juges européens venaient à être saisis par une mère intentionnelle en raison d'une violation de son droit au respect à une vie familiale. La relation unissant la mère intentionnelle à l'enfant est susceptible d'être protégée par l'article 8 de la Convention. Les juges européens concluraient certainement à l'existence d'une vie familiale en présence de liens personnels effectifs. Or, les autorités étatiques doivent

---

<sup>47</sup> *La " gestation pour le compte d'autrui " en quête de légitimation*, Libération, 19 janvier 2006.

<sup>48</sup> Les parents de la mère intentionnelle ne peuvent pas se prévaloir des dispositions de l'article 371-4 du Code civil qui consacre le droit pour l'enfant de maintenir, sauf motifs graves, des relations personnelles avec ses ascendants. En tant que tiers, ils doivent démontrer que le maintien des relations personnelles est conforme à l'intérêt de l'enfant. Enfin, s'ils lui consentent une donation, l'enfant ne peut pas se prévaloir de l'abattement prévu à l'article 790 B du Code général des impôts. Les frais de mutation à titre gratuit applicables sont ceux en vigueur entre étrangers. L'enfant ne peut ainsi pas profiter des dispositions de l'article 790 G du Code général des impôts.

reconnaître et protéger les liens familiaux *de facto*. Deux situations sont à distinguer. Si la mère intentionnelle n'est pas la mère génétique de l'enfant, il semblerait, au vu de l'arrêt X., Y. et Z. contre Royaume-Uni<sup>49</sup>, que l'État ne puisse être contraint de la reconnaître comme parent légal. Sa relation avec l'enfant doit cependant être protégée. A l'inverse, si la mère intentionnelle est la mère génitrice, la solution pourrait être différente. La relation entre l'enfant et son auteur biologique pourrait être protégée au titre de la vie familiale, à condition toutefois qu'ils cohabitent ou que des liens personnels existent entre eux<sup>50</sup>. En présence d'une relation familiale effective entre l'enfant et la mère génitrice, dans quelle mesure l'État serait-il contraint de la reconnaître comme parent légal de l'enfant, notamment au moyen du prononcé d'une adoption ? Il convient de soulever l'absence de consensus des États européens sur ce point, mais on ne peut définitivement exclure un risque de condamnation de la France.

**112 Légalisation.** L'interdiction de la maternité de substitution n'est pas une solution pleinement satisfaisante. La prohibition française n'a pu empêcher le développement de telles pratiques et il paraît impossible, à l'heure actuelle, de maintenir la négation du rôle de la mère intentionnelle. Or, on ne peut permettre l'établissement d'un lien de droit entre elle et l'enfant, sans par ailleurs admettre la validité du procédé dans certaines situations. L'inverse accélérerait le tourisme procréatif. Autoriser la création d'un lien de parenté entre la mère intentionnelle et l'enfant, tout en maintenant l'interdiction de la maternité de substitution, reviendrait assurément à consacrer la politique du fait accompli. Les couples seraient d'autant plus incités à chercher ailleurs ce qui est interdit en France. Dès lors, seraient privilégiés les couples ayant les moyens financiers de recourir à une mère porteuse

---

<sup>49</sup> CEDH, 22 avril 1997, X., Y. et Z. contre Royaume-Uni, D. 1997, jur., 583, note GRATALOU P. S. ; JCP éd. G 1997, I, 4071, note EVAIN S. ; Dr. fam. 1998, comm. n° 47, note LAMY (de) B. ; GRANET F., *Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les États membres de la CIEC*, Dr. fam. 1998, étude n° 16.

<sup>50</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juin 2004, Lebbink contre Pays-Bas, Dr. fam. 2004, alertes, 5. V. également CEDH, 24 février 2004, Görgülü contre Allemagne, Dr. fam. 2004, n° 48, note MURAT P. (pour une étude plus détaillée de cet arrêt, v. *infra*, n° 263) ; CEDH, 10 janvier 2008, Kearns contre France, RLDC 2008, n° 48, 2955, note LE BOURSICOT M.-C. ; RLDC 2008, n° 46, 2868, note MARRAUD des GROTTES G. ; Dr. fam. 2008, étude n° 14, obs. GOUTTENOIRE A. ; RJPF-2008-4/29, obs. GARE T. ; JCP éd. G 2008, I, 167, note SUDRE F. ; AJ fam. 2008, 78, note CHENEDE F. ; D. 2008, 415, note GUIOMARD P. ; RTD civ. 2008, 252, note MARGUENAUD J.-P. ; RDSS 2008, 353, NEIRINCK C. ; GOUTTENOIRE A., *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dr. fam. 2008, étude n° 14 (pour une étude plus détaillée de cet arrêt, v. *infra*, n°s 249 et s.).

étrangère<sup>51</sup>. Une exacerbation de la concurrence entre les cliniques pratiquant cette technique est à craindre, chacune cherchant à offrir les tarifs les plus avantageux aux couples dont la législation nationale proscrit le recours aux mères porteuses. Cette diminution des tarifs risquerait de se faire aux dépens des conditions de vie des femmes acceptant de porter pour autrui un enfant. « *Il est devenu clair que le très vertueux droit français ne parvient pas et ne parviendra pas à empêcher une pratique qui se répand dans des conditions désastreuses, si bien que, comme à propos de l'avortement, il est devenu évident, pour une partie de l'opinion publique, que mieux vaudrait désormais aménager, et humaniser, la pratique plutôt que de chercher à l'empêcher* »<sup>52</sup>. Sauf à admettre la politique du fait accompli, il nous semble que l'admission de la maternité de substitution apparaît comme un préalable nécessaire à la reconnaissance de l'existence et du rôle de la mère intentionnelle.

**113 Distinction.** Nous avons déjà relevé la nécessité de différencier la maternité pour autrui de la gestation pour autrui. En effet, la première aboutit à l'abandon de l'enfant par sa mère génétique et gestatrice. Il n'y a pas d'éclatement de la maternité. L'autoriser reviendrait à contourner les exigences de l'article 348-5 du Code civil en matière d'adoption qui impose la remise des enfants de moins de deux ans au service de l'aide sociale à l'enfance. Dans cette hypothèse, la mère intentionnelle n'est pas biologiquement liée à l'enfant et son rôle est assimilable à celui de tout tiers coparent qui exerce une fonction de type parental auprès de l'enfant. Seule la gestation pour le compte d'autrui pose le problème de la dissociation entre maternité génétique et gestation et requiert que l'on réfléchisse à la reconnaissance de celle qui est à l'origine de la conception de l'enfant et participe à son éducation. L'existence d'un lien biologique entre l'enfant et la mère intentionnelle nous conduit à envisager l'admission de la gestation pour le compte d'autrui en droit français qui ne peut, à l'heure actuelle, être appréhendée sur le plan juridique que comme un tiers.

---

<sup>51</sup> En effet, il faut compter outre la rémunération de cette dernière, celle de l'organisme chargé de l'entremise et des démarches administratives, ainsi que le coût des déplacements et séjours dans le pays où se déroule la maternité de substitution.

<sup>52</sup> BANDRAC M., *L'inégalité des père et mère face à la transparence des origines*, in BLOCH P. et DEPADT-SEBAG V. (Dir.), *L'identité génétique de la personne, entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p. 61.

## **Section 2 : Réflexions sur une prise compte de la mère intentionnelle : l'inéluctable admission de la gestation pour le compte d'autrui**

**114 Raisonement.** L'admission de la gestation pour le compte d'autrui implique de réfléchir aux rapports que la femme entretient avec son corps et plus généralement aux limites du pouvoir de l'homme sur son enveloppe corporelle. Les juridictions françaises se sont traditionnellement opposées à la maternité de substitution en raison du principe de l'indisponibilité du corps humain (§ 1). L'évolution que connaît ce principe laisse à penser qu'une légalisation de la technique pourrait être envisageable dans un avenir toutefois difficile à évaluer (§ 2).

### **§ 1. Gestation pour autrui et pouvoirs de la personne sur son corps**

**115 Évolution de la perception du corps par le droit.** La gestation pour le compte d'autrui pose le problème de l'instrumentalisation du corps de la femme. Le principe de l'indisponibilité du corps humain lui est généralement opposé. Selon la *summa divisio* du droit romain, reprise par le Code civil de 1804, les choses se distinguent des personnes. Le corps humain a un temps été appréhendé par le droit comme un bien<sup>53</sup>. Sous l'influence de la doctrine chrétienne, il s'est sacralisé. Son assimilation à la personne l'a rendu indisponible : l'homme étant la création de Dieu ; son corps ne peut lui appartenir ; il ne peut en user librement<sup>54</sup>. Le Code civil de 1804 en a fait abstraction. Il a désincarné la personne<sup>55</sup> en n'envisageant que les relations entre les personnes et non celles existant entre l'individu et son corps.

---

<sup>53</sup> En effet, l'esclave est considéré jusqu'en 1848 à la fois comme une personne et comme un bien, v. TERRE F. et SIMLER P., *Droit civil, les biens*, Dalloz, 2006, 7<sup>e</sup> éd., n° 5 ; LABBEE X., *La personne, l'âme et le corps*, LPA 5 décembre 2002, n° 243, p. 5.

<sup>54</sup> MARTIN R., *Personne, corps et volonté*, D. 2000, chron., 505 ; BAUDOUIN J.-L. et LABRUSSE-RIOU C., *Produire l'homme, de quel droit ?*, *Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Presses universitaires de France, 1987, p. 186.

<sup>55</sup> L'illustration la plus flagrante de cette conception était la mort civile. Jusqu'à une loi du 31 mai 1854, la personne condamnée à mort ou à une peine afflictive perdait sa personnalité juridique alors même qu'elle était encore vivante. Le corps ne suffisait pas à lui seul à « faire vivre juridiquement » la personne. La dissociation entre le corps et la personne, voire la négation du corps était totale. La désincarnation subsistait encore dans le Code civil. Par exemple, un individu peut être doté de la personnalité juridique avant sa naissance si cela est dans son intérêt (art. 725 al. 1<sup>er</sup> ; art. 906 al. 1 et 2 C. civ). Ces dispositions sont inspirées de l'adage latin « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ». A l'inverse une personne peut être juridiquement déclarée décédée, alors même que son corps n'a pas été retrouvé (art. 88 al. 1<sup>er</sup> C. civ.).

**116 Dissociation.** Parallèlement, le corps a longtemps été un tout indivisible dont les éléments ou produits étaient difficilement appropriables par autrui. Les progrès scientifiques ont modifié cette apparente cohérence, en permettant de dissocier certaines parties du corps (sang, gamètes, organes...) et en les destinant à un usage thérapeutique. « Dès lors apparaissait une première fissure dans la conception unitaire, mais aussi une première difficulté pour le droit (comment préserver le principe de sacralité du corps, tout en admettant la désacralisation de ses diverses parties ?), et les premières contradictions apparentes (les parties sont-elles pour autant des " objets" ) »<sup>56</sup>. L'usage a ainsi permis le don, voire la vente de certains produits et ainsi un démembrement des différentes parties du corps humain<sup>57</sup>. De même, la disposition du corps après la mort a peu à peu été autorisée<sup>58</sup>. Une loi du 15 novembre 1887 *sur la liberté des funérailles* a ouvert la possibilité pour toute personne âgée de plus de dix-huit ans de donner son corps à la science. Le prélèvement d'éléments du corps à des fins thérapeutiques a aussi progressivement été permis après le décès de la personne<sup>59</sup>. Le prélèvement d'organe sur une personne vivante à quant à lui été strictement encadré par la loi n° 1976-1181 du 22 décembre 1976.

Est ainsi graduellement apparue une réglementation relative à la disposition par l'homme de son corps. Mais il aura fallu attendre la promulgation des lois de bioéthique du 29 juillet 1994 pour que le corps humain bénéficie d'un réel statut<sup>60</sup>.

**117 Appréhension jurisprudentielle de la maternité de substitution.** En l'absence d'un dispositif législatif d'ensemble protégeant le corps humain, les juridictions françaises se sont heurtées à un certain nombre de difficultés lorsqu'elles ont été confrontées à la

---

<sup>56</sup> BAUDOUIN J.-L. et LABRUSSE-RIOU C., *op. cit.*, p. 187.

<sup>57</sup> Il s'agit du lait maternel, des cheveux, des dents... Ces ventes sont aujourd'hui régies par l'article L 1211-8 du Code de la santé publique.

<sup>58</sup> Même si le corps est réifié une fois que la personne est décédée, il conserve une part de sacralité et est à ce titre protégé. Par exemple, l'article 225-7 du Code pénal punit toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

<sup>59</sup> La première loi autorisant le don d'un élément du corps humain a été la loi n° 49-890 du 7 juillet 1949 *permettant la pratique de la greffe de la cornée à l'aide de donneurs d'yeux volontaires* (JO du 8 juillet 1949, p. 6702). Le prélèvement d'organe sur une personne décédée à des fins thérapeutiques ou scientifiques est actuellement régi par les articles L. 1232-1 et suivants du Code de la santé publique.

<sup>60</sup> Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain* ( JO n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11056) 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* (JO n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11059).

maternité de substitution. Des parties du corps humain pouvaient être cédées ou plus généralement données, mais qu'en était-il des fonctions reproductrices de la femme ? C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a dégagé, sur le fondement des articles 6 et 1128 du Code civil, les principes de l'indisponibilité et de l'inviolabilité du corps humain<sup>61</sup> ayant pour vocation de combler le vide législatif<sup>62</sup>.

Afin de vérifier cette solution, il convient de déterminer la nature du lien qui unit l'homme à son propre corps (A) avant de voir dans quelle mesure il peut en disposer (B).

#### A. La nature du lien unissant l'homme à son corps

**118 Termes du débat.** L'homme est-il juridiquement propriétaire de son corps ; peut-il en disposer librement ? La question peut surprendre au regard de la maîtrise innée qu'il a sur son corps. Le droit va-t-il jusqu'à s'immiscer dans l'intimité du rapport que l'individu exerce sur son enveloppe corporelle ? Le débat a longtemps partagé la doctrine juridique et ne semble pas achevé. Deux grands courants de pensée ont essayé de définir ce rapport.

**119 Théorie réelle.** Tentant d'appliquer les concepts du droit des biens au corps humain, la théorie réelle, d'inspiration anglo-saxonne, est minoritaire au sein de la doctrine française. L'homme est propriétaire de son corps qui est alors considéré naturellement et nécessairement comme une chose. Il peut, de ce fait, en disposer librement<sup>63</sup>. La réification est une protection contre les atteintes à l'intégrité corporelle<sup>64</sup>. Il peut être objecté à cette théorie que la propriété est un rapport juridique qui, en tant que tel, suppose une dissociation entre le sujet et l'objet du droit<sup>65</sup>. Or, on ne peut considérer que l'homme est propriétaire de son corps au sens juridique du terme sans bafouer ce postulat<sup>66</sup>. Il y aurait

---

<sup>61</sup> Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, préc.

<sup>62</sup> MATHIEU B., J.-Cl. Administratif, *Droit constitutionnel civil*, fasc. 1449, 1993, n<sup>os</sup> 62 et s.

<sup>63</sup> LEMENNICIER B., *La morale face à l'économie*, éd. Organisation, 2006, spéc. *La question de l'appropriation du corps humain*, p. 34 et s.

<sup>64</sup> En ce sens, BAUD J.-P., *Le corps, personne par destination*, in *Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 11.

<sup>65</sup> PAUL F., *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, LGDJ, n<sup>o</sup> 108.

<sup>66</sup> « L'être humain ne peut se diviser à l'intérieur de soi-même entre un « sujet du droit » et un « objet du droit » sans que son unité la plus radicale soit brisée » (ANDORNO R., *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, 1996, n<sup>o</sup> 161).

alors confusion entre le sujet du droit et son objet<sup>67</sup>. Le droit français consacre ponctuellement cette thèse en autorisant la disposition par l'homme de son corps, de son vivant ou après sa mort<sup>68</sup>. Selon la théorie réelle, la maternité de substitution peut être autorisée dans la mesure où une femme peut décider librement de disposer de son corps et d'assurer la gestation d'un embryon pour le compte d'un autre couple.

**120 Théorie personnelle.** Selon la théorie personnelle, les relations qui existent entre l'individu et son corps doivent être regardées sous l'angle d'un lien naturel qui n'a aucunement besoin d'être reconnu par le droit. « *Le lien juridique lie le sujet à autrui ; il ne le lie pas à son propre corps : cela, la nature l'a déjà fait pour lui* »<sup>69</sup>. Selon cette théorie, le corps ne peut être dissocié de la personne. « *De la naissance à la mort, le corps est assimilé à la personne dont il constitue l'enveloppe* »<sup>70</sup>. Certains auteurs condamnent, cependant, l'assimilation artificielle du corps à la personne : « *le corps appartenant naturellement au domaine de la matière et la personne à celui des abstractions (les sujets de droit), l'assimilation du corps et de la personne ne peut qu'être le résultat d'une fiction juridique : la personne par destination* »<sup>71</sup>. Le corps « *doit être la personne pour garantir l'intégrité et la liberté de l'individu* »<sup>72</sup>. Mais cette fiction disparaît lorsque le droit permet à l'individu de disposer de son corps : mise à disposition de sa force de travail contre revenu au service d'un employeur (dans des conditions parfois périlleuses), vente de certains produits corporels, don d'organes... Or, « *si le corps était la personne, on ne*

---

<sup>67</sup> De plus, laisser à l'homme le pouvoir de disposer librement de son corps peut être dangereux pour lui-même. Les risques de dérive sont importants. On pense, bien entendu, à une exploitation des couches les plus pauvres et les plus vulnérables de la société. *Contra*, v. LEMENNICIER B., *op. cit.*, *Le refus du système de prix et la pénurie des organes à la transplantation*, p. 53 et s.

<sup>68</sup> Le droit français offre même à l'individu le droit de détruire son cadavre, « *droit qui est le critère majeur de la propriété* », depuis la loi du 15 novembre 1887 *sur la crémation*, BAUD J.-P., art. préc., p. 17.

<sup>69</sup> DIJON X., *Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif*, travaux de la faculté de droit de Namur, Société d'études morales et juridiques, Larcier, 1982, n° 916 : « *l'ordre juridique semble donc précédé par un ordre naturel dans lequel la personne humaine est déjà engagée* ». En ce sens également, ANDORNO R., th. préc., n° 163 : « *le droit de propriété ne serait ainsi que le résultat d'une analogie faite à partir du pouvoir que l'homme exerce sur lui même* ».

<sup>70</sup> LABBEE P., *L'articulation du droit des personnes et des choses*, LPA 5 décembre 2002, n° 243, p. 30. LEMENNICIER B., *op. cit.*, p. 37 : « *le corps et la personne ne ferait qu'un. La personnalité de l'individu ne serait pas séparable de son corps ni de ses prolongements (cf. le droit moral de l'auteur)* ». Mais l'auteur critique cette assimilation et considère que les concepts d'intangibilité du corps humain et d'inviolabilité de la personne ont été imposés par les juristes sans véritable explication. Selon lui, cette théorie confond droit et morale (spéc. p. 42 et s.).

<sup>71</sup> BAUD J.-P., art. préc., p. 16. L'auteur transpose les règles concernant les immeubles par destination au corps humain.

<sup>72</sup> BAUD J.-P., art. préc.

*pourrait sans doute pas le vendre mais on ne pourrait pas non plus le donner. (...) La pratique nous démontre le contraire. Il est indispensable de dissocier le corps de la personne »<sup>73</sup>. La théorie juridique revendique une conception personnelle du corps humain, alors que la réalité est toute autre. La multiplication des législations particulières relatives au corps humain met à mal la théorie personnelle majoritairement affirmée. L'homme peut, dans certaines hypothèses, disposer de son corps, ce qui implique nécessairement une dissociation entre l'enveloppe corporelle et la personne. Toutefois, le droit peut limiter la disposition par l'homme de son corps et l'interdiction de la maternité de substitution peut ainsi être justifiée. Quelle que soit la nature juridique du corps et des relations qui existent entre l'homme et son enveloppe corporelle, il convient à présent de s'interroger sur les limites posées à cette disponibilité afin de vérifier dans quelle mesure la gestation pour le compte d'autrui pourrait être admise en droit français.*

#### B. La disposition de son corps par l'homme

**121 Indisponibilité.** Se pose la question du fondement et de la signification du principe de l'indisponibilité du corps humain dégagé par la jurisprudence civile. « *L'indisponibilité est la qualité d'un bien (ou d'un droit) qui ne peut être l'objet d'aucun acte de disposition* », c'est-à-dire d'aucun acte grave qui entame ou engage le patrimoine de la personne<sup>74</sup>. Appliquée au corps humain, cette définition suscite un certain nombre d'interrogations. Elle n'est en effet pas exempte de critiques **(1)** et ce principe tend, par ailleurs, à s'effacer au profit de celui d'extrapatrimonialité du corps humain **(2)**.

##### 1. Critique du principe de l'indisponibilité du corps humain

**122 Critiques.** Le fondement invoqué par l'Assemblée plénière pour asseoir le principe de l'indisponibilité du corps humain, à savoir l'article 1128 du Code civil, soulève certaines incompréhensions et ambiguïtés **(a)**. Par ailleurs, la notion même d'indisponibilité semble inadaptée au corps humain **(b)**.

---

<sup>73</sup> LABBEE P., art. préc.

<sup>74</sup> *Vocabulaire juridique*, préc.

a. *L'article 1128 du Code civil : un fondement contestable*

**123 Fondement.** Le premier avocat général Dontenwille, dans ses conclusions, recommandait l'application de l'article 1128 du Code civil au corps humain : « *appliqué à la lettre, ce vieux texte de notre Code civil, fait barrage à toute "opération de maternité de substitution". Le corps humain ne se prête pas, ne se loue pas, ne se vend pas... C'est net* »<sup>75</sup>. Ce fondement du principe de l'indisponibilité du corps humain est connu dans d'autres États qui ont adopté le Code civil de 1804 à l'instar de la Belgique<sup>76</sup>. Ce point de vue, partagé quasi unanimement par la doctrine française, ne semble pourtant pas sans critique.

**124 Extracommercialité et corps humain.** L'article 1128 du Code civil dispose qu'il « *n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ». Si la majorité des auteurs considèrent que le principe de l'indisponibilité du corps humain se déduit naturellement de l'article 1128 du Code civil, certains conviennent cependant que ce rattachement est quelque peu artificiel. On ne parvient à ce résultat qu'au moyen d'un raisonnement *a contrario* : « *en effet, de ce texte résulte que les actes de disposition ne concernent que les choses qui sont " dans le commerce ". Or, les personnes, par définition, ne sont pas de choses, ni "dans le commerce " ni " hors commerce ". Elles sont donc exclues d'un acte de disposition* »<sup>77</sup>. Le raisonnement peut satisfaire, le corps humain n'étant évidemment pas une chose dans le commerce, il ne peut faire l'objet de convention. Toutefois, le recours à l'article 1128 du Code civil, texte relevant du droit des biens, pour fonder le principe de l'indisponibilité du corps humain traduit la difficulté devant laquelle le juriste se trouve. « *Cette désignation [de chose] nous porte à considérer que la personne humaine, n'étant pas une chose, au moins depuis l'abolition de l'esclavage, ne saurait même, dès le premier terme de la réflexion, relever de l'ensemble des articles évoqués* »<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, préc.

<sup>76</sup> RENCHON J.-L., *Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille*, in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, études présentées par A. WIJFFELS, Bruylant, 2005, p. 269 et s., spéc. p. 275.

<sup>77</sup> ANDORNO R., th. préc., n° 483.

<sup>78</sup> TERRE F. et SIMLER P., *op. cit.*, n° 14. Ces auteurs renvoient aux articles 1128, 1598, 1878 et 2226 du Code civil ayant tous trait au concept de chose hors du commerce. L'article 1128 du Code civil n'a jamais eu vocation à protéger le corps humain. Rappelons qu'il se situe dans le troisième livre du Code civil consacré

**125 Extracommercialité et conventionalité.** Affirmer que le corps humain est hors du commerce revient à supposer qu'il ne peut, en aucun cas, faire l'objet de convention. En effet, en droit des biens, les choses hors du commerce ne peuvent jamais faire l'objet de convention comme certaines choses dangereuses, par exemple l'amiante<sup>79</sup>. Si tel était le cas, une convention portant sur le corps ne pourrait jamais avoir lieu, que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux. Or, le droit le permet en l'encadrant strictement<sup>80</sup>. Par conséquent, la notion est déformée et entre en contradiction avec certaines conventions dont la validité est certaine, telle que le contrat de travail<sup>81</sup> ou celles portant sur des produits ou éléments du corps humain<sup>82</sup>. Il est incohérent d'affirmer d'une part l'extracommercialité du corps et d'autre part, de la bafouer en permettant aux laboratoires pharmaceutiques d'acheter certains produits à des fins purement commerciales. Les concepts du droit de biens ne peuvent s'appliquer au corps humain qu'au prix d'une déformation.

---

aux différentes manières dont on acquiert la propriété. Or, l'homme ne possède pas un véritable droit de propriété sur son corps.

<sup>79</sup> On pourrait rétorquer que le commerce de ces choses est parfois simplement réservé à une catégorie de personnes, comme le commerce de médicaments réservé aux pharmaciens. « *Mais on ne peut plus dire alors que ces choses, même dangereuses, sont hors du commerce* » (TERRE F. et SIMLER P., *op. cit.*, n° 14). Une chose peut être hors du commerce ou non, mais elle ne peut l'être à moitié.

<sup>80</sup> Il serait pertinent de s'interroger sur l'application du principe d'indisponibilité aux éléments et produits lorsqu'ils sont détachés du corps. Une fois séparées, ceux-ci pourraient devenir des choses appartenant au sujet duquel elles auraient été détachées (ANDORNO R., *th. préc.*, n° 168). Si ces produits ou éléments pouvaient alors être qualifiés de choses, on devrait pouvoir invoquer l'article 1128 du Code civil, puisqu'ils tomberaient dans la catégorie des choses hors du commerce. Cependant ce raisonnement ne convainc pas. Au moment où l'individu conclut la convention portant sur le don de son sang, de ses gamètes ou de tout autre produit ou élément, ce dernier n'est pas encore détaché de son support corporel et ne peut, par conséquent, être protégé au titre de l'article 1128 puisqu'il ne peut être encore qualifié de chose (PAUL F., *th. préc.*, n° 116). Le sang, les gamètes, l'organe font alors encore partie de la personne même, et par conséquent sont la personne (sauf à envisager l'existence de chose par anticipation, TERRE F. et SIMLER P., *op. cit.*, n° 14). Dès lors que le détachement est opéré, l'individu n'a plus à être protégé et, le produit ou l'élément issu de son corps ne devient pas une chose hors du commerce, mais tout simplement une chose. Cette chose entre alors dans le circuit économique comme le sang dont les tarifs sont fixés ou le placenta vendu aux entreprises pharmaceutiques... Là encore, l'article 1128 n'a pas vocation à s'appliquer (PAUL F., *th. préc.*, n° 116). Par conséquent, la notion d'extracommercialité qui fonde le principe de l'indisponibilité du corps humain ne peut jamais véritablement s'appliquer au corps humain.

<sup>81</sup> « *Plus encore que la contrainte par corps, qu'on peut analyser, dans une perspective historique, comme le reliquat d'une époque révolue, l'autre institution qui vient mettre en cause le bel ordonnancement théorique selon lequel les âmes maîtrisent la matière, est en effet celle du louage de travail humain : on ne peut louer que ce dont on est propriétaire, mais en accordant la propriété du travail, et plus encore la faculté de travail, on met en danger le principe de l'inaliénabilité de la personne* », XIFARAS M., *La propriété, étude de philosophie du droit*, thèse, Presses universitaires de France, 2004, p. 39.

<sup>82</sup> Par exemple, avant la promulgation des lois de bioéthique, les juridictions civiles avaient jugé que les conventions passées entre les centres d'études et de conservation des œufs et du sperme (CECOS) et les couples demandeurs n'étaient pas contraires à l'article 1128 du Code civil et au principe de l'indisponibilité (TGI Rennes, 30 juin 1993, JCP éd. G 1994, II, 22250, note NEIRINCK C.).

Si l'on considère malgré tout qu'un principe de l'indisponibilité du corps humain peut être déduit de l'article 1128 du Code civil, son étendue n'est pas toujours aisément déterminable.

*b. L'indisponibilité : une notion inadaptée au corps humain*

**126 Constat.** On entend traditionnellement par indisponibilité du corps humain une non-conventionalité absolue. En effet, la jurisprudence et la doctrine ont interprété de façon extensive la portée de l'article 1128 et celle du principe de l'indisponibilité débouchant sur une impossibilité absolue de conclure des conventions relatives au corps humain. Or la réalité est toute différente. Par conséquent, selon quels critères peut-on déroger au principe général de l'indisponibilité du corps humain ?

**127 Acte de disposition et acte d'administration.** Si l'on reprend la définition de l'indisponibilité, c'est-à-dire la qualité d'un bien (ou d'un droit) qui ne peut être l'objet d'aucun acte de disposition, seuls ces actes devraient être interdits. Or, la non-conventionalité générale et absolue relative au corps humain sous entend une indisponibilité plus vaste que celle généralement entendue en droit des biens. Cependant, si l'on s'en tient à cette distinction, il convient de déterminer comment la gestation pour le compte d'autrui pourrait être analysée. Certains auteurs pensent qu'elle relève de la catégorie des actes de disposition, dans la mesure où « *la mise à disposition d'autrui des fonctions reproductives – de la maternité tout court – concerne, en effet, l'être même de la femme et non pas quelque chose qui est dans son avoir* »<sup>83</sup>. Il faut bien distinguer la gestation pour autrui de la maternité pour autrui. Si l'on peut effectivement considérer que le second procédé s'analyse en un acte de disposition (la femme fournit également ses gamètes), peut-on aboutir à la même conclusion s'agissant du premier ? La gestatrice subit, certes, des contraintes considérables, mais en aucun cas elle ne donne un élément de son corps. On pourrait toutefois considérer que la prise de risques par la mère porteuse est telle, que le procédé doit nécessairement être qualifié d'acte de disposition. Une grossesse ou un accouchement entraînant des complications, une fausse couche, peuvent déboucher sur la stérilité de la parturiente. Il y aurait alors atteinte à son « patrimoine reproductif ». On ne

---

<sup>83</sup> ANDORNO R., th. préc., n° 485.

peut que constater que la qualification est délicate, dans la mesure où les notions d'acte d'administration et d'acte de disposition s'adaptent difficilement au corps humain.

**128 Droit réel et droit personnel.** Afin de gagner en cohérence, certains auteurs préfèrent s'appuyer sur une distinction entre droit réel et droit personnel, plutôt que de consacrer une indisponibilité générale sans cesse entamée par le droit. « *Par essence même, le corps est, fait la personne. Dès lors, il est catégoriquement exclu de constituer sur lui un droit réel et, à l'inverse, il est possible de créer un droit personnel dont l'objet consiste en une prestation engageant la personne dans son corps, à condition du moins que cette prestation soit licite* »<sup>84</sup>. Ainsi, la prestation ne doit pas être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs<sup>85</sup>. « *Il est en revanche beaucoup plus discutable, s'il n'est plus question que de la licéité de la prestation personnelle promise, de parler de l'indisponibilité du corps humain, qui est sans rapport avec la question* »<sup>86</sup>.

Aucun droit réel n'est constitué sur le corps de la mère porteuse dans le cadre de la gestation pour le compte d'autrui. En revanche, l'accord lui impose l'exécution d'une prestation personnelle, qui peut être qualifiée d'illicite. A la lumière de ce raisonnement, il semble que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation aurait peut-être dû se référer uniquement à l'article 6 du Code civil (la prestation étant contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs), plutôt que d'appliquer l'article 1128 dans une interprétation extensive<sup>87</sup>. Il est peut-être effectivement plus pertinent de considérer que la gestation pour autrui est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs plutôt qu'au principe de l'indisponibilité du corps humain.

---

<sup>84</sup> FENOUILLET D., J-Cl. Civil Code, Art. 16 à 16-2, *Respect et protection du corps humain*, fasc. 12, 1997, n° 138.

<sup>85</sup> Art. 6 C. civ.

<sup>86</sup> FENOUILLET D., J-Cl. préc., n° 138.

<sup>87</sup> En revanche, il faut peut-être nuancer l'affirmation s'agissant du contrat tendant à la remise de l'enfant à sa naissance aux parents intentionnels. On pourrait considérer qu'il établit un droit réel sur l'enfant et, à ce titre, invoquer le principe de l'indisponibilité du corps humain. Mais là encore ce principe est contredit par le droit français qui autorise le transfert d'embryon, sauf à objecter que celui-ci ne peut s'analyser en une constitution de droit réel sur une personne, dans la mesure où l'embryon n'est pas une personne. Un auteur a cependant évoqué l'éventuelle qualification de l'enfant *in utero* de personne par nature du fait de son « incorporation » dans le corps de sa mère (LABBEE P., art. préc.). En outre, peut-on affirmer qu'un droit réel est véritablement constitué sur l'enfant ? Il ne s'agit pas d'un transfert de propriété. Ici encore, les notions de droit commun sont inadaptées à la problématique.

**129 Conclusion.** « *Le principe de l'inaliénabilité de la personne humaine organise le statut respectif des personnes et des choses, mais ne propose aucun critère de la distinction, aucune définition proprement juridique des unes et des autres. Nous ne savons toujours pas distinguer une personne d'une chose* »<sup>88</sup>. La qualification juridique du corps pose encore des difficultés en raison de sa nature particulière. Le principe de l'indisponibilité du corps humain ne s'adapte qu'imparfaitement au corps humain. « *C'est dans l'imaginaire plutôt que dans les pratiques que s'est épanoui, comme celui de la liberté de la volonté, le principe de l'indisponibilité du corps, aussi faux que le précédent* »<sup>89</sup>. En Belgique, « *les restrictions qui ont été apportées au principe traditionnel de l'indisponibilité du corps humain sont progressivement devenues si nombreuses que la doctrine récente a fini par inverser le principe et préfère soutenir ou affirmer le droit de la personne à disposer librement de soi-même* »<sup>90</sup>. Le propos est peut-être à nuancer s'agissant du droit français. L'homme peut disposer de son corps, mais c'est la loi qui fixe des limites strictes à sa liberté. Le recours au principe de l'indisponibilité du corps humain pour fonder l'interdiction de la gestation pour le compte d'autrui est donc en réalité peu pertinent. En outre, on s'aperçoit qu'il a progressivement laissé la place à celui d'extrapatrimonialité.

## 2. De l'indisponibilité à l'extrapatrimonialité

**130 Abandon progressif.** Le principe de l'indisponibilité n'a pas été explicitement repris par le législateur lors de l'élaboration des lois de bioéthique de 1994. Lui a été substitué celui d'extrapatrimonialité du corps humain<sup>91</sup>. La Cour de cassation semble également avoir abandonné toute référence expresse à ce principe pour condamner le recours à la gestation pour autrui. En effet, dans son arrêt du 9 décembre 2003, la première chambre

---

<sup>88</sup> XIFARAS M., th. préc., p. 35. L'inaliénabilité est une espèce d'indisponibilité, *Vocabulaire juridique*, préc.

<sup>89</sup> GOBERT M., *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, RTD civ. 1992, 489.

<sup>90</sup> RENCHON J.-L., préc., p. 299.

<sup>91</sup> En ce sens également, CHENDEB R., *La convention de mère porteuse*, Defrénois 2008, 291 : « *c'est certainement parce que le principe d'indisponibilité du corps humain s'est avéré irréaliste, vidé de sa substance par le nombre et l'importance de ses exceptions, que le législateur lui a préféré celui de non patrimonialité...* ».

civile de la Haute juridiction déduisait le caractère illicite de ce procédé des « *principes généraux du Code civil et, aujourd'hui, de son article 16-7* »<sup>92</sup>.

**131 Définition.** Est extrapatrimonial ce « *qui ne fait pas partie du patrimoine mais touche à la personne* »<sup>93</sup>. Selon l'article 16-1 alinéa 3 du Code civil « *le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ». Le principe d'extrapatrimonialité n'a vocation à s'appliquer que lorsque le législateur permet à l'homme d'aliéner son corps. L'article 16-5 du Code civil proscrit toutes les conventions conférant une valeur patrimoniale au corps, à ses produits ou éléments. Seules sont permises les prestations corporelles rémunérées « *à condition que le service personnel existe réellement et qu'elles ne dissimulent pas en réalité, sous couvert de rémunération d'un service, la patrimonialisation du corps humain, de ses éléments ou de ses produits* »<sup>94</sup>. Ce principe supporte des exceptions<sup>95</sup> et ne s'impose véritablement qu'à la personne qui décide de céder un élément ou un produit de son corps, puisque sitôt donné l'élément entre dans le circuit économique<sup>96</sup>.

Le glissement de l'indisponibilité vers l'extrapatrimonialité du corps humain traduit la modification de la conception du législateur s'agissant du corps de la personne. Le caractère sacré de l'enveloppe corporelle s'est effacé au profit d'une disponibilité encadrée. Ne sont sanctionnés que les comportements considérés comme heurtant profondément l'ordre public ou les bonnes mœurs. Les autres actes juridiques ayant pour objet le corps humain sont strictement encadrés et soumis dans la majorité des cas au principe de gratuité.

**132 Extrapatrimonialité et gestation pour le compte d'autrui.** Dans les États européens qui autorisent la gestation pour le compte d'autrui, cette dernière obéit au principe de gratuité<sup>97</sup>. Dans l'hypothèse d'une légalisation, serait conforme à l'article 16-5 du Code civil la gestation pour autrui effectuée sans contrepartie financière à condition

---

<sup>92</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 décembre 2003, n° 01-03927, Bull. civ. I, n° 252 ; Dr. fam. 2004, n° 17, note MURAT P. ; JCP éd. G 2004, I, 109, note RUBELLIN-DEVICHI J. ; D. 2004, jur., 1998, note POISSON-DROCOURT E.

<sup>93</sup> *Vocabulaire juridique*, préc.

<sup>94</sup> FENOUILLET D., J-Cl. préc., n°181. On pourra citer, à titre d'exemple, le contrat de travail.

<sup>95</sup> Vente de lait, cheveux...

<sup>96</sup> Par exemple, une loi du 24 janvier 1953 détermine le tarif des cessions de sang.

<sup>97</sup> Comme au Royaume-Uni et en Grèce. La mère porteuse peut cependant recevoir une indemnisation couvrant les frais occasionnés par la grossesse.

toutefois qu'elle ne portent pas atteinte à la dignité de la mère porteuse<sup>98</sup>. Nous avons déjà relevé que l'admission de la gestation pour le compte d'autrui ne se heurte pas à un principe de l'indisponibilité, inadapté au corps humain. De ce fait, on pourrait imaginer qu'elle puisse être autorisée dans de strictes conditions, notamment de gratuité, encadrant ainsi le pouvoir de la femme sur son corps<sup>99</sup>.

## § 2. L'admission strictement encadrée de la gestation pour le compte d'autrui en droit français

133 Droit comparé. Le droit comparé pourrait être source d'inspiration. En effet, l'étude des règles mises en place chez certains de nos voisins européens (A) peut inciter à réfléchir sur le devenir de la prohibition française (B).

### A. Les systèmes européens

134 Plan. Seront successivement envisagées les expériences britannique (1), grecque (2), belge et néerlandaise (3).

#### 1. La pratique de la maternité de substitution au Royaume-Uni

135 Législation. Le recours aux mères porteuses de premier et second type est autorisé au Royaume-Uni depuis 1990<sup>100</sup>. Auparavant, la loi du 15 mars 1985, qui reprenait les propositions faites par la commission Warnock<sup>101</sup>, interdisait l'entremise à titre lucratif et la publicité. La nouvelle législation sur la fertilisation et l'embryologie de novembre 2008 prévoit des amendements à la loi de 1985. Ainsi, les agences mettant en relation les couples et les mères porteuses et facilitant la réalisation du projet de maternité de

---

<sup>98</sup> Art. 16 C. civ. Sur la difficulté de définir cette notion, v. TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n<sup>os</sup> 94 et s. : « l'aventure de la notion juridique de dignité humaine n'est d'ailleurs pas sans danger car le flou qui la caractérise encore aboutit à conférer un blanc-seing au pouvoir judiciaire, et à livrer le droit civil à une notion empreinte de jugements personnels et de conceptions morales souvent bien flottantes ».

<sup>99</sup> En ce sens, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, rapp. préc.

<sup>100</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* ». Cette législation a fait l'objet d'une modification en novembre 2008 (« *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* »). Pour davantage de détails sur les conditions entourant l'élaboration de cette loi, v. CRETNEY S., MASSON J. M. et BAILEY-HARRIS R., *Principles of family law*, Sweet and Maxwell, 7<sup>ème</sup> éd., 2003, spéc. p. 853 et s. ; FLAUSS-DIEM J., *Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre*, RID comp. 1996, 855.

<sup>101</sup> Rapport Warnock (juillet 1984) : « *Report of the Committee of inquiry into human fertilisation and embryology* », La Documentation française, 1985. Dès le début des années 1980, les juges anglais ont été confrontés à la maternité de substitution et notamment avec l'affaire « *Baby Cotton* », A v C (a 1978 case reported at 1985 FLR 445) Re C (1985 FLR 847).

substitution peuvent recevoir en contrepartie un paiement raisonnable et faire de la publicité sur leur activité<sup>102</sup>.

**136 Conditions.** L'enfant doit être biologiquement issu d'au moins l'un des membres du couple bénéficiaire (« *commissioning couple* »)<sup>103</sup>. Peut bénéficier de la technique de la maternité de substitution, tout couple marié, engagé dans un partenariat civil ou vivant une relation durable, quelle que soit son orientation sexuelle<sup>104</sup>. Il ne peut y avoir de rémunération en contrepartie de la gestation ou de la remise de l'enfant<sup>105</sup>. Les établissements de santé pratiquant les maternités de substitution exigent généralement que la mère porteuse ait trente-cinq ans et qu'elle ait déjà eu des enfants<sup>106</sup>. Les couples bénéficiaires et les mères porteuses sont mis en relation par des agences spécialisées comme l'agence COTS.

**137 Pratique.** Il y aurait environ une centaine de couples qui solliciteraient chaque année au Royaume-Uni le recours à une mère porteuse. Cette pratique relativement ancienne permet d'avoir un certain recul sur les motivations des femmes qui se proposent comme mère porteuse ainsi que sur les relations qui peuvent se nouer entre elles et le couple bénéficiaire. Deux études ont été menées<sup>107</sup>, il y a quelques années, au Royaume-Uni, afin de vérifier quel était l'impact réel de cette technique aussi bien pour les mères porteuses que pour les couples qui y ont recours<sup>108</sup>. Il en ressort que 31 % des mères porteuses font partie de l'entourage familial ou amical du couple bénéficiaire<sup>109</sup>. 91 % des mères de

---

<sup>102</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 59.

<sup>103</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 54, (1), (b).

<sup>104</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 54, (2). Dans la dernière hypothèse, il ne doit pas exister d'empêchement à mariage entre les membres du couple.

<sup>105</sup> Les juges doivent s'assurer qu'aucun somme d'argent, ni bénéfice (autre que les frais raisonnablement encourus) n'a été donné ou reçu par le couple en échange du prononcé du transfert des prérogatives parentales, de l'accord de la mère porteuse à ce transfert ou de la remise de l'enfant : « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 54, (8).

<sup>106</sup> *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, rapp. préc., p. 30.

<sup>107</sup> JADVA V., MURRAY C., LYCETT E., MacCALLUM F. et GOLOMBOK S., « *Surrogacy: The experience of commissioning couples* », *Human Reproduction*, Vol. 18, n° 6, 1334-1342, juin 2003 et JADVA V., MURRAY C., LYCETT E., MacCALLUM F. et GOLOMBOK S., « *Surrogacy: the experiences of surrogate mothers* », *Human Reproduction*, Vol. 18, n° 10, 2196-2204, octobre 2003. La première enquête porte sur quarante-deux couples ayant un enfant d'un an né grâce à cette technique et la seconde porte sur trente-quatre femmes ayant donné naissance à un enfant âgé d'un an au jour de l'enquête.

<sup>108</sup> Peu d'études avaient jusqu'alors été menées sur le sujet.

<sup>109</sup> 17 % sont un membre de la famille et 14 % une amie du couple. Dans 62 % des cas, il s'agissait de maternités pour autrui et dans 38 % des cas de gestation pour autrui : JADVA V., MURRAY C., LYCETT E., MacCALLUM F. et GOLOMBOK S., « *Surrogacy: The experience of commissioning couples* », art. préc.

substitution avaient pris cette décision dans le but d'aider un couple ne pouvant avoir d'enfant, 15 % pour le plaisir d'être enceinte et 6 % pour s'accomplir personnellement<sup>110</sup>. Les relations entre les parents intentionnels et la mère de substitution sont majoritairement harmonieuses tout au long de la grossesse<sup>111</sup>. La décision quant au moment où l'enfant sera remis au couple est prise d'un commun accord<sup>112</sup>. Il est intéressant de constater que si 32 % des mères de substitution éprouvent quelques difficultés dans les semaines qui suivent la remise de l'enfant, 94 % n'en ressentent plus un an après<sup>113</sup>. Elles souhaitent cependant majoritairement que l'enfant connaisse les circonstances de sa naissance<sup>114</sup>. Si l'entourage social et familial de la femme émet, dans un premier temps, quelques réserves, il semble par la suite accepter plutôt bien la situation<sup>115</sup>. La seconde enquête conclut à une expérience plutôt positive pour les mères de substitution<sup>116</sup>. En revanche, pour les couples bénéficiaires, la décision de recourir à la maternité de substitution semble plus délicate à prendre dans la mesure où ils ont préalablement subi une longue période de traitement

---

<sup>110</sup> JADVA V., MURRAY C., LYCETT E., MacCALLUM F. et GOLOMBOK S., « *Surrogacy: the experiences of surrogate mothers* », art. préc.

<sup>111</sup> Entre 100 % et 94 % de rapports harmonieux en fonction des différents mois de la grossesse. Les rencontres ont lieu dans 70 % des cas tous les mois : JADVA V., MURRAY C., LYCETT E., MacCALLUM F. et GOLOMBOK S., « *Surrogacy: the experiences of surrogate mothers* », art. préc. Dans environ 90% des cas, les parents commanditaires considèrent que la relation qui les unit à la mère porteuse est harmonieuse : JADVA V., MURRAY C., LYCETT E., MacCALLUM F. et GOLOMBOK S., « *Surrogacy: The experience of commissioning couples* », art. préc. La mère intentionnelle est généralement très impliquée dans la grossesse, contrairement au père, ce qui semble satisfaire la mère porteuse.

<sup>112</sup> Seules 9 % des mères de substitution prennent seules cette décision (qui n'appartient jamais aux parents intentionnels).

<sup>113</sup> 24 % des mères de substitution n'ont pas revu l'enfant durant la première année. A l'inverse, 32 % l'ont vu une fois par mois. 6 % seulement considèrent que les contacts avec l'enfant sont insuffisants. 59 % estiment qu'elles n'ont pas d'obligation particulière vis à vis de celui qu'elles ont mis au monde et aucune d'entre elles ne le considère comme son véritable enfant.

<sup>114</sup> 77 % le souhaitent. Il est à noter que lorsqu'il s'agit de mères de substitution (c'est-à-dire la mère génétique de l'enfant), le pourcentage monte à 90 %. En revanche, 60 % des mères simplement gestatrices le désirent : JADVA V., MURRAY C., LYCETT E., MacCALLUM F. et GOLOMBOK S., « *Surrogacy: the experiences of surrogate mothers* », art. préc. 100 % des couples bénéficiaires avaient l'intention de dévoiler à l'enfant les circonstances de sa naissance : JADVA V., MURRAY C., LYCETT E., MacCALLUM F. et GOLOMBOK S., « *Surrogacy: The experience of commissioning couples* », art. préc. Lorsque la mère porteuse est connue des futurs parents, il y a dans 23 % des cas un accord entre eux afin de lui conférer un statut particulier, comme celui d'une marraine. Mais dans la majorité des situations, la mère porteuse conserve simplement sa place de tante ou d'amie. Lorsque la mère de substitution n'est pas connue des parents, ceux-ci souhaitent à 70 % qu'elle ait des contacts avec l'enfant, à 10 % qu'elle joue un rôle particulier à ses côtés : JADVA V., MURRAY C., LYCETT E., MacCALLUM F. et GOLOMBOK S., « *Surrogacy: The experience of commissioning couples* », art. préc.

<sup>115</sup> Dans 76 % des cas, les membres de la famille ont une attitude positive à l'égard de la femme au jour de l'enquête. Les chiffres sont 88 % s'agissant des amis.

<sup>116</sup> Les auteurs de l'enquête soulèvent, néanmoins, le risque que les réponses soient enjolivées afin de favoriser le développement de cette technique. De plus, l'enquête reposant sur du volontariat, les personnes n'ayant pas souhaité répondre au questionnaire ont pu connaître de plus grandes difficultés.

contre la stérilité, mais l'expérience s'est généralement bien déroulée et reste positive<sup>117</sup>. Le Royaume-Uni dispose d'un certain recul par rapport à la maternité et à la gestation pour le compte d'autrui. Plus récemment, la Grèce a également pris la voie de la légalisation de la technique.

## 2. La législation grecque relative à la maternité de substitution

**138 Conditions.** En Grèce, la loi du 19 décembre 2002 *relative à l'assistance médicale à la reproduction humaine*, entrée en vigueur le 23 décembre 2002 a autorisé la gestation pour le compte d'autrui. Cette loi a été complétée par une loi n° 3305/2005 du 27 janvier 2005 *sur la mise en œuvre des méthodes de reproduction assistée*, entrée en vigueur le 27 février 2005. Selon une interprétation *a contrario* des dispositions du Code civil, il semblerait qu'une maternité pour autrui ne puisse pas être pratiquée en Grèce<sup>118</sup>. La femme qui désire avoir un enfant et la mère porteuse doivent être âgées de moins de cinquante ans<sup>119</sup>. La pratique à des fins lucratives de la gestation pour autrui est interdite<sup>120</sup>. La mère porteuse peut avoir un lien de parenté avec la femme demanderesse<sup>121</sup>, mais dans la majorité des cas, les intéressées n'appartiennent pas à la même famille<sup>122</sup>. La mère porteuse et la femme demanderesse doivent avoir toutes deux leur domicile en Grèce, ceci tendant à limiter le tourisme procréatif<sup>123</sup>. L'accord écrit et sans contrepartie des personnes qui désirent procréer et de la femme qui accouchera est nécessaire. Le consentement du concubin ou du conjoint de la mère porteuse, s'il s'agit d'une femme mariée, est également requis<sup>124</sup>.

---

<sup>117</sup> JADVA V., MURRAY C., LYCETT E., MacCALLUM F. et GOLOMBOK S., « *Surrogacy : The experience of commissioning couples* », art. préc.

<sup>118</sup> En effet, l'article 1458 du Code civil dispose que le transfert dans le corps d'une femme d'ovules fécondés qui lui sont étrangers et la gestation par elle sont permis.

<sup>119</sup> Loi du 27 janvier 2005, préc.

<sup>120</sup> Loi du 27 janvier 2005, préc. Toutefois, il est prévu que le couple demandeur puisse dédommager la mère porteuse pour certains frais découlant de la grossesse : frais médicaux liés à la grossesse ou à l'accouchement, salaires perdus.

<sup>121</sup> V. en ce sens, une décision autorisant la mère de la femme demanderesse à devenir mère porteuse : Tribunal de grande instance de Lefkade, arrêt n° 452/2006.

<sup>122</sup> NAST C., *Établissement de la filiation et maternités de substitution dans certains États de la CIEC*, 7<sup>ème</sup> Congrès de l'Association des officiers de l'état civil, 14 et 15 mai 2007, disponible sur le site internet de la Commission internationale de l'état civil : [www.ciec1.org/](http://www.ciec1.org/).

<sup>123</sup> Art. 8, Loi du 19 décembre 2002, préc.

<sup>124</sup> Art. 1456 (pour le consentement du concubin) et art. 1458 C. civ. grec (pour le consentement du conjoint).

**139 Contrôle judiciaire.** La gestation pour le compte d'autrui n'est possible qu'après autorisation judiciaire accordée avant le transfert des embryons. La femme qui désire procréer peut introduire une requête afin d'obtenir cette autorisation s'il est prouvé que la gestation lui est médicalement impossible et que la mère porteuse est apte à assurer la grossesse<sup>125</sup>.

D'autres États tolèrent l'existence de la maternité de substitution sans avoir mis en place de législation spécifique.

### 3. La tolérance des Pays-Bas et de la Belgique

**140 Distinction.** Dans ces deux États, la maternité de substitution est pratiquée en dehors de tout cadre légal. Aux Pays-Bas, a toutefois été mis en place un certain nombre de règles par l'Association d'obstétrique et de gynécologie ainsi que par le centre médical pratiquant cette technique **(a)**. En Belgique, chaque centre détermine lui-même les conditions relatives aux personnes souhaitant recourir à cette technique **(b)**.

#### *a. Une pratique réglementée par les instances médicales aux Pays-Bas*

**141 Techniques interdites.** Un avis du ministère de la Santé publique, du Bien-être et des Sports est intervenu en 1997 pour proscrire toute gestation pour le compte d'autrui à des fins lucratives<sup>126</sup>. Un couple peut recourir à cette technique lorsque la femme est dans l'impossibilité de mener une grossesse<sup>127</sup>. La gestation pour le compte d'autrui motivée par des raisons de pure convenance est ainsi refusée.

**142 Conditions.** La pratique est organisée par une directive de l'Association néerlandaise d'obstétrique et de gynécologie<sup>128</sup>. Les parents intentionnels doivent trouver par eux-mêmes celle qui accepte de mener à terme la grossesse<sup>129</sup>. Leur aptitude éducative fait l'objet d'une vérification. La femme qui accepte de devenir mère porteuse doit déjà avoir

---

<sup>125</sup> Art. 1458 C. civ. grec.

<sup>126</sup> Circulaire 97-006 VWS, 12 mai 1997.

<sup>127</sup> Règlement du 1<sup>er</sup> avril 1998 *relatif aux établissements qui pratiquent la fécondation in vitro*.

<sup>128</sup> NVOG, n° 18, 1998.

<sup>129</sup> Comité consultatif de Bioéthique de Belgique, avis n° 30 du 5 juillet 2004 *relatif aux gestations pour le compte d'autrui*, p. 7.

eu au moins un enfant et elle ne doit pas présenter de risques de complications durant la grossesse plus élevés que la normale. Elle doit accepter de se soumettre à un certain nombre de règles, comme s'abstenir de consommer de l'alcool, du tabac et des drogues. En outre, la mère porteuse et la mère intentionnelle ne doivent pas être âgées de plus de quarante ans. Chacun des intéressés doit se soumettre à un examen psychologique et médical et un accompagnement psychologique et juridique pendant et après la grossesse est mis en place<sup>130</sup>. Deux embryons peuvent être implantés afin d'éviter dans la mesure du possible les grossesses multiples<sup>131</sup>. Un seul centre pratiquerait la technique la maternité de substitution et imposerait des conditions supplémentaires de résidence et de nationalité des intéressés. Ainsi, on peut constater que la pratique néerlandaise est organisée de façon uniforme malgré une absence de disposition légale. Il semblerait qu'en Belgique, la pratique de la maternité de substitution soit davantage officieuse.

#### *b. Une pratique non réglementée en Belgique*

**143 Absence de réglementation.** Aucune législation ne condamne, ni n'autorise la maternité de substitution. Deux centres de procréation médicalement assistée, sur les dix-huit que compte la Belgique, accepteraient de pratiquer cette technique, mais uniquement pour raisons médicales et sans rémunération. Il y aurait environ une cinquantaine de cas par an. Il n'existe aucune règle générale. Les centres fixent eux-mêmes les conditions qu'ils estiment devoir être remplies. Dans son avis n° 30 du 5 juillet 2004, le Comité consultatif de bioéthique belge s'est prononcé pour un encadrement de la technique par de strictes conditions : refus de la gestation pour le compte d'autrui de convenance, critères de sélection des mères porteuses, limite d'âge et obligation pour la mère porteuse d'être en bonne santé et d'avoir déjà eu des enfants...<sup>132</sup> Les conséquences de cette absence d'encadrement juridique ont malheureusement pu être constatées. Un couple belge dont la femme était stérile, a décidé de profiter du flou juridique qui existe. En l'espèce, il s'agissait d'une maternité pour autrui, l'embryon ayant été conçu avec le sperme du mari et

---

<sup>130</sup> Un formulaire de consentement est signé par le couple et la mère porteuse. Il mentionne le traitement ainsi que les risques qui peuvent en découler. Une consultation avec un juriste est organisée aux fins de les informer des dispositions applicables en matière de filiation. Il doit aussi être trouvé un accord sur les différentes phases de la grossesse.

<sup>131</sup> *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, rapp. préc., p. 27.

<sup>132</sup> Avis n° 30 du 5 juillet 2004 *relatif à la gestation pour autrui*. En revanche, le Comité proposait une interdiction de principe de la gestation pour le compte d'autrui à des fins commerciales.

les ovules de la mère de substitution rencontrée sur un site internet (« *9maan.com* »). La convention prévoyait le versement d'une somme (11 000 euros), dont une partie avait été réglée par le couple à la fécondation de l'embryon. Au cours du septième mois de la grossesse, la mère de substitution a déclaré aux parents intentionnels qu'elle avait perdu le fœtus. En réalité, elle a mené la grossesse à son terme et a « vendu » le nouveau-né à un couple de Néerlandais pour 15 000 euros. Auparavant, elle avait tenté de « revendre » le bébé à un couple d'amis homosexuels pour 10 000 euros. Ceux-ci, choqués par le caractère vénal de la transaction, avaient décliné l'offre. L'affaire a provoqué un scandale<sup>133</sup>. La justice belge a ordonné le retour de l'enfant en Belgique, mais les juridictions néerlandaises ont refusé de confier l'enfant à son père biologique, lui octroyant simplement un droit de visite. L'enfant restera donc aux Pays-Bas avec ses parents adoptifs. Toutefois, la famille est placée sous la surveillance des services de la protection de l'enfance. Une nouvelle affaire a eu un fort retentissement en Belgique à la fin de l'année 2008<sup>134</sup>. Un grand nombre de projets et de propositions de lois encadrant ou au contraire interdisant la maternité de substitution ont été déposés afin d'éviter que ce genre d'affaires sordides ne se reproduisent<sup>135</sup>.

**144 Évolution vers une légalisation.** Les propositions cherchant à autoriser la maternité pour autrui tendent à encadrer strictement cette technique. Elles relèvent en grande partie de la même logique<sup>136</sup>. Différentes propositions de lois ont également été déposées aux fins

---

<sup>133</sup> LAMARCHE M., *Le prix de la filiation ou le prix du bonheur ?*, Dr. fam. 2008, focus, n° 43 ; *Un désert juridique rattrapé par une réalité choquante* et *Un bébé aux enchères*, La libre Belgique, 24 mai 2005 ; *Donna, entre trois mères et trois pères* et *Mère porteuse, un job comme un autre*, La libre Belgique, 25 mai 2005 ; *Une loi qui autorise les mères porteuses* et *Indignation unanime, mais désaccord de principe*, La libre Belgique, 27 mai 2005 ; *Donna, un bébé vendu aux enchères*, Libération, 7 juin 2005 ; *Donna restera aux Pays-Bas*, La libre Belgique, 6 avril 2006.

<sup>134</sup> *Mère porteuse : le parquet de Gand confirme l'enquête*, Le Soir, 4 décembre 2008 ; *Enquête sur une mère porteuse gantoise soupçonnée d'escroquerie*, La libre Belgique, 4 décembre 2008.

<sup>135</sup> Depuis le début de la législature en 2007, pas moins de six propositions de lois ont été déposées.

<sup>136</sup> V. par exemple, proposition de loi *réglementant la maternité de substitution* déposée par M. Patrik Vankrunkelsven le 24 septembre 2007, document législatif n° 4-193/1, proposition de loi *relative à la maternité pour autrui* déposée par M. Philippe Mahoux le 13 mars 2008, document législatif n° 4-633/1. Le recours à une mère porteuse ne pourrait avoir lieu que s'il est médicalement constaté une impossibilité physiologique de mener une grossesse ou l'existence de risques importants pour la mère ou l'enfant. Les différentes propositions prévoient la rédaction d'une convention mentionnant les renseignements relatifs aux parents intentionnels, à la mère porteuse et le cas échéant au mari de cette dernière ainsi que leur accord. Les intéressés devraient également s'accorder sur l'opportunité d'un diagnostic anténatal, sur une éventuelle interruption de grossesse ou césarienne. Aucune contrepartie financière ne pourrait être octroyée à la mère porteuse. Devraient toutefois être pris en charge par le couple bénéficiaire les frais médicaux, juridiques, administratifs consécutifs à la grossesse ou à l'accouchement. Une assurance pourrait également être

d'interdire la maternité de substitution à but lucratif, la publicité ainsi que les intermédiaires, voire la technique même<sup>137</sup>. L'avenir dira quelle solution la Belgique adoptera. Le législateur ne tardera peut-être pas à intervenir au vu de l'émoi suscité dans le pays par les affaires précédemment évoquées.

Les expériences connues par ces États en Europe pourraient être source de réflexion relativement à une évolution du droit français sur cette problématique.

### B. L'élargissement des techniques de procréations médicalement assistées en droit français

**145 Constat.** Un certain nombre de législations étrangères autorise la maternité de substitution, il s'avère donc impossible d'empêcher en fait des couples français d'y recourir. L'absence de cadre juridique peut être gravement préjudiciable pour l'enfant, victime des choix parentaux. Il nous paraît alors préférable de mettre en place des règles afin de faire obstacle à un certain nombre de dérives<sup>138</sup>. A l'image d'autres États européens, pourrait-on permettre qu'il soit fait recours à la gestation pour le compte d'autrui dans des situations légalement déterminées et sous contrôle judiciaire ? Cette admission ne pourrait résulter que d'un strict encadrement permettant de sécuriser au maximum les droits de l'enfant à naître et ceux de la mère porteuse.

---

contractée par le couple couvrant le décès ou l'invalidité permanente dont la mère porteuse pourrait souffrir du fait d'accident, de complication médicale ou de maladie liés à la grossesse ou à l'accouchement. Il est prévu que la mère de substitution remplisse un certain nombre de conditions. Elle devrait être majeure, avoir déjà eu un enfant et présenter un bilan de santé excluant tout risque disproportionné ou pathologie pouvant engendrer des complications pendant une grossesse. Une limite d'âge est également prévue (de trente-six ou quarante-cinq ans). Serait également exigée une condition de nationalité ou tout au moins de résidence en Belgique pour le couple bénéficiaire. Enfin, l'enfant pourrait être adopté par les parents intentionnels.

<sup>137</sup> Proposition de loi *interdisant la maternité de substitution et le recours aux mères porteuses* déposée par Mme Clotilde Nyssens le 4 octobre 2007, document législatif n° 0170/001 ; Proposition de loi *complétant le Code pénal par des dispositions relatives à la commercialisation de la maternité de substitution et à la médiation aux fins de celle-ci* déposée par M. Wouter Beke et consorts le 12 février 2008, document législatif n° 4-555/1 ; Proposition de loi *tendant à réprimer la maternité de substitution à des fins commerciales et la publicité y afférente* déposée par Mmes Myriam Vanlerberghe et Marleen Temmerman le 13 février 2008, document législatif n° 4-557/1 ; Proposition de loi *modifiant le Code pénal en ce qui concerne la maternité de substitution* déposée par Mme Mia De Schamphelaere et consorts le 14 février 2008, document législatif n° 0822/001.

<sup>138</sup> *Contra*, v. HAUSER J., *Prolégomènes sur le rapport du Sénat concernant la maternité pour autrui*, RTD civ. 2008, 468.

**146 Rejet.** L'admission de la gestation pour le compte d'autrui ne peut découler d'une application du droit commun des obligations<sup>139</sup>. En effet, il paraît impensable d'évoquer la notion de contrat alors même que l'objet de celui-ci serait l'enfant ou le corps de la femme. En outre, il a été précédemment démontré que les concepts du droit des biens sont inadaptés au corps humain (voir *supra*, n° 118).

**147 Qualification.** Le recours à une mère porteuse ne pourrait-il pas être analysé comme une technique d'aide médicale à la procréation telle que définie à l'article L 2141-1 du Code de la santé publique<sup>140</sup>? Actuellement, seuls les dons de sperme, d'ovocyte et l'accueil d'embryon sont autorisés (art. L 1244-1 et L. 2141-5 CSP). La fertilité et la maternité supposent la conjonction de deux éléments : les ovocytes, mais également la capacité de porter un enfant. Or, si le don de gamètes féminins est autorisé et réglementé, l'utilisation de l'utérus d'une femme au bénéfice d'une autre est interdite. La gestation pour le compte d'autrui pourrait être considérée non pas comme un contrat portant sur les facultés reproductrices d'une femme, mais plutôt comme une autre technique d'assistance médicale à la procréation. En effet, la grossesse effectuée par la mère porteuse pourrait s'analyser comme le don d'une fonction, la *fonction gestationnelle*. Le droit français n'envisage que les dons d'éléments ou produits du corps humain. Mais, on pourrait concevoir l'existence de cette nouvelle catégorie de don. Il conviendrait alors de lui appliquer les conditions et le régime des aides médicales à la procréation. L'encadrement médical et la vérification des conditions telle qu'opérée par les équipes médicales françaises seraient un gage de sécurisation du processus de gestation pour le compte d'autrui.

**148 Risques.** Les risques spécifiques attachés au processus de la gestation pour le compte d'autrui sont comparables à ceux existant à l'occasion de tout don de sperme ou d'ovocyte. En effet, l'influence du comportement antérieur du donneur sur la santé de l'enfant à naître

---

<sup>139</sup> V. en ce sens également, GAUMONT-PRAT H., *La révision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation : la maternité pour autrui*, RLDC 2008, n° 45, 2825.

<sup>140</sup> V. en ce sens également, GAUMONT-PRAT H., art. préc. *Contra*, v. MIRKOVIC A., *A propos de la maternité pour autrui*, Dr. fam. 2008, études n° 15. D'un point de vue médical, la gestation pour le compte d'autrui se décompose en un prélèvement de gamètes, une fécondation *in vitro* suivie de l'implantation de l'embryon dans l'utérus de la mère porteuse. Or, ces différentes techniques sont autorisées aux termes des dispositions du Code de la santé publique. Le second volet, à savoir la détermination des liens de droit entre l'enfant et le couple, ne relève pas du domaine médical, mais du droit de la filiation.

est inévitable et propre au don. Il y a en la matière un risque que tout couple qui y recourt doit prendre en considération. On peut d'ailleurs estimer qu'ils sont moindres dans le cadre de la gestation pour le compte d'autrui, que ceux se rencontrant lors de l'accueil d'embryon. Une diminution maximum des risques ne peut être obtenue que par l'exigence de conditions strictes. Seront donc envisagées successivement les conditions qui seraient nécessaires à sa mise en œuvre (1), que la procédure qui pourrait être suivie (2).

### 1. Des conditions rigoureuses

**149 Conditions d'ordre général.** Au regard des dispositions actuelles et du principe de non-patrimonialité du corps humain, elle ne pourrait pas être effectuée à titre commercial ou lucratif (art. L 1211-4 CSP)<sup>141</sup>. Toutefois, le principe d'anonymat en vigueur dans le cadre des aides médicales à la procréation hétérologues ne pourrait pas être appliqué en matière de gestation pour le compte d'autrui. En effet, cette technique suppose une relation de confiance entre les différents intéressés. C'est pourquoi il conviendrait que le choix de la mère porteuse et du couple demandeur se fasse d'un commun accord. En outre, il nous paraît important, au regard de l'intérêt de l'enfant, que celle qui en a assuré la gestation ne soit pas effacée de l'histoire familiale de celui-ci<sup>142</sup>.

**150 Conditions relatives à la mère porteuse.** Il semble nécessaire d'exiger que la mère porteuse ait déjà mené une grossesse à terme<sup>143</sup>. Cette obligation serait en conformité avec les dispositions de droit commun selon lesquelles le donneur doit avoir déjà procréé (art. L 1244-2 CSP)<sup>144</sup>. La fixation d'un âge maximum pour la femme qui souhaite être mère

---

<sup>141</sup> Comme en Grèce et au Royaume Uni, le recours à la gestation pour le compte d'autrui ne devrait donner lieu à aucune contrepartie financière autre que celle découlant des frais inhérents à la grossesse, à l'accouchement et aux suites de l'accouchement (v. *supra*, n° 136 et n° 138). La mère porteuse bénéficierait de ses droits pour la sécurité sociale. En ce sens, *ibid.*, p. 77. A l'image d'une proposition de loi belge, il serait intéressant de réfléchir à la souscription d'un contrat d'assurance au profit de la mère porteuse ou d'un bénéficiaire que celle-ci désignerait dans l'hypothèse où la grossesse ou l'accouchement engendrerait des complications (v. *supra*, n° 144).

<sup>142</sup> Cette règle s'explique également par la solution que nous proposons s'agissant de l'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une gestation pour le compte d'autrui. A la naissance, la mère porteuse serait désignée comme la mère juridique de l'enfant conformément au droit commun, la mère intentionnelle pouvant par la suite demander l'adoption de l'enfant. V. *infra*, n°s 433 et s.

<sup>143</sup> En ce sens également, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, rapp. préc., p. 75.

<sup>144</sup> De plus, seule l'expérience d'une maternité déjà vécue permet d'évaluer les incidences psychologiques et physiques pouvant découler de la gestation pour autrui. En effet, les risques physiques inhérents à toute grossesse (malformation, fausse-couche...) ne peuvent être totalement éliminés. Il serait envisageable d'imposer que la future mère porteuse n'ait connu aucune complication durant ses précédentes grossesses. En

porteuse va également dans le sens d'une diminution des risques de complication. En effet, ceux-ci sont en corrélation avec l'âge de la parturiente. Ainsi, il apparaît que le taux de mortalité est huit fois plus élevé à 40 ans qu'entre 20-24 ans<sup>145</sup>. L'âge est également un facteur de risques pour la santé de l'enfant (prématurité, handicap, mortalité...). Par conséquent, il conviendrait peut-être de fixer un âge maximum entre 35 et 40 ans pour celle qui souhaiterait devenir mère porteuse<sup>146</sup>.

A l'image des dispositions prévues pour les donneuses d'ovocyte, il faudrait prévoir que la mère porteuse reçoive une information précise sur les détails pratiques de l'implantation de l'embryon, ainsi que sur les risques et contraintes liés à cette technique lors d'entretiens avec une équipe médicale pluridisciplinaire<sup>147</sup>. La mère porteuse prendrait, seule, toute décision relative à la grossesse : avortement thérapeutique, réduction embryonnaire... Elle devrait cependant s'engager à respecter un certain nombre de contraintes comme l'interdiction de consommer du tabac, de l'alcool ou de la drogue durant tout le déroulement de la gestation à l'instar de ce qui est exigé aux Pays-Bas (v. *supra*, n° 142).

Selon nous, la mère porteuse ne devrait pas faire partie de la famille du couple souhaitant recourir à ses services. En effet, l'existence de lien de parenté ou d'alliance pourrait être source de pressions ou de conflits familiaux<sup>148</sup>. De même, il nous semble que seule la gestation pour le compte d'autrui et non la maternité pour autrui devrait être autorisée<sup>149</sup>.

**151 Conditions relatives au couple bénéficiaire.** Conformément aux conditions de droit commun des procréations médicalement assistées, le recours à la gestation pour le compte d'autrui ne serait ouvert qu'aux couples hétérosexuels, mariés ou justifiant d'une vie commune d'au moins deux ans. En outre, au regard de l'article L 2141-2 du Code de la

---

outre, on ne peut éliminer tout risque pour sa santé et, notamment quant à sa capacité à assumer un jour une nouvelle grossesse. Par conséquent, il apparaît indispensable qu'elle soit déjà mère. D'un point de vue psychologique, la nécessité d'une maternité préalable est également gage de sa connaissance des différentes dimensions de la grossesse ainsi que des bouleversements émotionnels et psychiques qu'elle engendre.

<sup>145</sup> PHILIBERT M., BOISBRAS F., BOUVIER-COLLE M.-H., *Épidémiologie de la mortalité maternelle en France, de 1996 à 2002 : fréquence, facteurs et causes*, Bulletin épidémiologique hebdomadaire, Institut de veille sanitaire, n° 50, Décembre 2006, p. 392.

<sup>146</sup> La limite d'âge est fixée à 35 ans en règle générale au Royaume-Uni (v. *supra*, n° 136) à 40 ans aux Pays-Bas (v. *supra*, n° 142), à 50 ans en Grèce (v. *supra*, n° 138).

<sup>147</sup> Un parallèle pourrait être ainsi fait avec l'article L 1244-7 du Code de la santé publique.

<sup>148</sup> En ce sens également, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, rapp. préc., p. 76.

<sup>149</sup> En ce sens, *ibid.*, p. 75.

santé publique, il conviendrait de n'en autoriser l'accès que dans les hypothèses d'infertilité médicalement constatée.

Dans le cadre de la gestation pour le compte d'autrui, l'embryon peut être conçu avec les gamètes du couple bénéficiaire ou avec celle d'un donneur ou d'une donneuse. Le droit britannique impose que l'enfant soit biologiquement issu de l'un au moins des membres du couple (v. *supra*, n° 136). Dans cette hypothèse, quatre personnes interviennent dans la conception de l'enfant : le couple bénéficiaire, la mère porteuse et le donneur de gamètes. Une autre solution consisterait à imposer que l'enfant soit issu des gamètes de chacun des membres du couple<sup>150</sup>. Cette technique débouchant sur un éclatement de la maternité, il nous semble qu'il conviendrait de limiter la pluralité de donneurs dans l'intérêt de l'enfant à naître. Le cas échéant, il appartiendra au législateur de déterminer si le don de gamètes pourrait être autorisé dans le cadre de la gestation pour le compte d'autrui. Il conviendrait d'appliquer les articles L 2141-4 et suivants du Code de la santé public relatif au devenir des embryons conservés<sup>151</sup>.

Enfin, à l'instar du droit grec, une condition de domicile devrait être requise aux fins de limiter le tourisme procréatif à destination de la France (v. *supra*, n° 138)<sup>152</sup>.

## 2. Une procédure stricte

**152 Mise en relation.** On pourrait imaginer une pratique similaire à celle connue au Royaume-Uni (v. *supra*, n° 136). Des organismes privés délivreraient les informations relatives à la technique de la gestation pour autrui, mais mettraient également en relation les couples qui désirent en bénéficier et les femmes souhaitant devenir mère porteuse. Un peu à l'image des organismes autorisés pour l'adoption, ils pourraient être chargés d'une mission de service public et pourraient être habilités par le ministère de la Santé ou par

---

<sup>150</sup> En ce sens également, CHENDEB R., *La convention de mère porteuse*, art. préc.

<sup>151</sup> Pourraient également être appliquées les dispositions de l'article L 2141-2 du Code de la santé publique : le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation empêcheraient la réalisation de la gestation pour le compte d'autrui.

<sup>152</sup> En ce sens également, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, rapp. préc., p. 76.

l'Agence de biomédecine<sup>153</sup>. Le prélèvement des gamètes, la fécondation *in vitro* et l'implantation de l'embryon dans l'utérus de la mère porteuse pourraient se dérouler au sein des Centres d'étude et de conservation des œufs et du sperme (CECOS) dans la mesure où ceux-ci sont exclusivement habilités à procéder aux activités d'assistance médicale à la procréation (art. L 2142-1-1 CSP).

**153 Examens préalables.** Il existe un risque de transmission de maladie à la mère porteuse par les gamètes du couple bénéficiaire mais également à l'enfant à naître par la mère porteuse durant la grossesse. Par conséquent, il paraît nécessaire d'imposer à chacun d'eux un dépistage des maladies infectieuses à l'image de celui mis en place en matière de don de gamètes<sup>154</sup>.

**154 Contrôles.** Parallèlement aux examens médicaux, plusieurs entretiens pourraient être organisés avec le couple ainsi que la future mère porteuse et son conjoint ou concubin. A l'image de ce que prévoit l'article R 1244-3 du Code de la santé publique, l'équipe médicale devrait être pluridisciplinaire et comprendre un médecin qualifié en psychiatrie ou un psychologue. Ce n'est qu'à l'issue de cette série d'entretiens que les intéressés pourraient saisir le tribunal de grande instance aux fins d'être judiciairement autorisés à bénéficier d'une gestation pour le compte d'autrui. A l'instar de la procédure d'accueil d'un embryon et de celle mise en place en droit grec (v. *supra*, n° 138), le recours à une mère porteuse pourrait être judiciairement autorisé en application de l'article L 2141-6 alinéa 2 du Code de la santé publique. Différentes enquêtes psycho-sociales devraient être effectuées afin de s'assurer des motivations de la mère porteuse, de l'incidence de sa future grossesse sur sa famille et des garanties offertes par le couple demandeur. Il a été proposé

---

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 77 : le rapport préconise que la mise en relation soit effectuée par des associations à but non lucratif agréées par l'Agence de la biomédecine.

<sup>154</sup> Avant tout prélèvement de gamètes, la législation actuelle prévoit que le médecin amené à le réaliser, est tenu de rechercher les antécédents médicaux et chirurgicaux personnels et familiaux du donneur potentiel. Il doit également s'informer de son état de santé en consultant notamment son dossier médical (art. R 1211-13 CSP). En outre, différents examens doivent être pratiqués avant toute insémination ou implantation d'embryon (art. L 1211-6 et R 1211-25 CSP). Sont dépistés le virus du VIH, les hépatites B et C, la syphilis, le cytomégalovirus et les infections par chlamydiae. Des examens supplémentaires ont lieu si le donneur s'est trouvé exposé à des risques d'endémie. Les gamètes ne peuvent également pas être utilisés s'il existe un risque de transmission de la maladie de Creutzfeldt-Jakob ou d'autres encéphalopathies subaiguës spongiformes. Tous ces examens doivent être à nouveau effectués après l'expiration d'un délai de six mois (art. R 1211-26 CSP). En cas de résultats positifs, le don ne peut intervenir. Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes d'une assistance médicale à la procréation sans procéder à ces tests de dépistage est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (art. 511-11 C. pén.).

que le couple bénéficiaire et la femme souhaitant devenir mère porteuse se fasse délivrer un agrément par une commission d'éthique indépendante composée de juristes, de psychanalystes, de médecins et de philosophes<sup>155</sup>. Cette commission, placée sous l'égide de l'Agence de la biomédecine, permettrait d'unifier au plan national l'appréciation des conditions imposées.

Une autre solution serait d'étendre la procédure existante en matière d'accueil d'embryon. Le juge s'assure des conditions d'accueil que le couple demandeur est susceptible d'offrir sur les plans familial, éducatif et psychologique (art. L 2141-6 al. 2 CSP)<sup>156</sup>. Il serait indispensable de procéder à une évaluation du sérieux de la demande parentale ainsi que de celui de la proposition de la future mère porteuse. Par conséquent, ce n'est qu'après vérification des conditions légales et réalisation de différentes investigations que le juge pourrait autoriser le recours à une gestation pour le compte d'autrui.

**155 Responsabilité.** Selon l'article 311-19 du Code civil, aucune action en responsabilité ne peut être engagée à l'encontre du donneur en cas de transmission d'une maladie ou d'un handicap à l'enfant. Il conviendrait qu'il en soit de même à l'égard de la mère porteuse. Toutefois, il serait peut-être opportun de s'interroger sur la possibilité d'engager sa responsabilité en cas de comportement fautif, délibérément risqué (alcoolisme, tabagisme...) et nocif pour l'enfant. Certains auteurs ont déjà pu regretter l'absence de tout recours contre le donneur qui a sciemment tu à l'équipe médicale les tares dont il se savait atteint<sup>157</sup>.

**156 Conclusion.** S'il faisait l'objet d'une réglementation précise, le don de la fonction gestationnelle pourrait trouver sa place au sein des techniques d'aide à la procréation entre le don de gamètes et l'accueil d'embryon. Son introduction en droit français nécessiterait une adaptation du droit en vigueur, mais ne provoquerait pas un bouleversement des dispositions déjà existantes. S'agissant de la filiation de l'enfant né au moyen d'une

---

<sup>155</sup> *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, rapp. préc., p. 76.

<sup>156</sup> Le juge peut ainsi procéder à toute investigation utile. Il semble que cette disposition soit malheureusement rarement mise en œuvre en pratique (avis n° 90 du Conseil consultatif national d'éthique, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation* p. 16). Un peu à l'image de l'agrément délivré par les services de l'aide sociale à l'enfance aux candidats à l'adoption, l'autorisation d'accueil est délivrée pour une durée déterminée de trois ans renouvelable dans les mêmes conditions.

<sup>157</sup> MURAT P. et CIMAR L., J.-Cl. Civil Code, Art. 16 à 16-3, *Respect et protection du corps humain*, fasc. 42, 2007, n° 22. ; TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 979.

gestation pour le compte d'autrui, nous remarquerons également que les dispositions actuelles permettraient de déterminer le sort de cet enfant et de sécuriser sa configuration familiale (v. *infra*, n<sup>os</sup> 423 et s.).



## **Conclusion du Chapitre 2 :**

**157 Constat.** L'interdiction française de la maternité de substitution n'a pas réussi à empêcher le recours à cette pratique. Le développement des nouvelles technologies de l'information a accentué la tentation pour les couples stériles de chercher à l'étranger ce qui est prohibé sur leur territoire national. Le nombre d'enfants nés suite à une gestation pour autrui est difficilement déterminable dans la mesure où ces couples vivent généralement dans le secret. La question de savoir si l'enfant qui en est issu doit supporter les conséquences du choix parental s'est alors posée. Le législateur français ainsi que la jurisprudence ont pris ce parti, en ne permettant pas à la mère intentionnelle d'accéder à la parenté et en la considérant comme un tiers pour l'enfant. La négation de son rôle découle de l'illicéité de la convention de maternité de substitution. La situation qui en résulte est critiquable puisque l'enfant est la victime des circonstances entourant sa naissance, à l'image du sort qui était réservé à l'enfant adultérin avant la réforme achevée par la 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* (v. *supra*, n° 7). L'enfant né d'une maternité de substitution se retrouve dans une position précaire. Cette solution est d'autant plus critiquable lorsque la mère intentionnelle est aussi sa mère génitrice. Elle est alors à la fois coparent et auteur biologique. Sa reconnaissance est subordonnée à l'admission de cette technique en France.

**158 Légalisation.** Autoriser qu'il soit fait recours à la maternité de substitution en France apparaît comme une solution pouvant permettre de limiter le tourisme procréatif. Il convient cependant de distinguer la procréation pour autrui de la gestation pour autrui et de n'autoriser que cette dernière. Le recours à cette technique ne doit être autorisé que dans des conditions rigoureuses et sous le contrôle de l'autorité judiciaire. La gestation pour autrui pourrait alors être assimilée à une technique d'aide médicale à la procréation. Il s'agirait du don d'une fonction, la fonction gestationnelle. Elle devrait être strictement encadrée et subordonnée notamment au principe de gratuité. Une modification de certaines dispositions actuelles serait nécessaire. Il nous semble que ce n'est qu'à cette condition que pourrait être permis la création d'un lien de parenté entre l'enfant et la mère intentionnelle.



## **Conclusion du Titre 1 :**

**159 Unilinéarité et présence du tiers.** Les familles unilinéaires reposent sur l'établissement du lien de filiation à l'égard de l'un seul des parents de l'enfant. L'unilinéarité de la filiation de l'enfant laisse imaginer qu'un tiers puisse jouer un rôle prépondérant auprès de ce celui-ci. Cet adulte, qui lui est juridiquement étranger, peut participer à son éducation en raison de la vie de couple qu'il partage avec son parent. Il peut également être son auteur biologique conformément à la définition que nous avons retenue de la notion de parentalité. Dans son sens large, celle-ci recouvre toutes les composantes de la fonction parentale, y compris la conception de l'enfant, et ne se limite pas à strict rôle éducatif. La réaction du droit face au tiers est variable.

**160 Appréhension du tiers.** Dans certaines hypothèses, l'existence du tiers va être prise en compte. Par exemple, les droits octroyés à l'auteur biologique lui permettent d'influer sur la structure familiale de l'enfant en refusant de faire établir sa paternité ou sa maternité, ou en contestant la filiation mensongère de l'enfant. Le coparent n'est lui que très peu appréhendé par le droit français sauf en matière sociale ou fiscale. A l'inverse, un certain nombre de législation en Europe lui accorde des prérogatives du simple fait de sa vie de couple avec le parent de l'enfant (obligation alimentaire, représentation du parent dans l'exercice des prérogatives parentales, transmission du nom)... Nous ne pensons pas qu'une amélioration des droits du tiers sur ce point soit opportune en droit français. Il nous semble préférable de fonder la reconnaissance juridique de sa parentalité sur un acte exprès de volonté et non sur sa relation de couple avec le parent. Lorsque l'unilinéarité de la parenté de l'enfant découle d'une adoption par une seule personne, le tiers coparent est davantage pris en considération que l'auteur biologique. En effet, à défaut de lien de droit entre lui et l'enfant, le tiers géniteur n'est pas partie prenante au processus d'adoption. L'appréhension du coparent par le droit est, quant à elle, justifiée par le futur rôle qu'il exercera auprès de l'enfant. A ce titre, il peut faire l'objet d'une enquête préalable au prononcé de l'adoption et son consentement est requis lorsqu'il est marié au candidat à l'adoption. L'accord ou l'avis du concubin ou du partenaire enregistré est exigé par certaines législations européennes. Nous pensons qu'il pourrait être opportun, en droit français, de solliciter également le consentement du membre du pacte civil de solidarité

avec lequel l'adoptant est engagé comme cela est préconisé par la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants*. La généralisation de sa prise en compte lors de l'évaluation de l'aptitude à adopter du candidat participerait aussi à une meilleure appréhension de son rôle.

161 **Négation du tiers.** A l'inverse, la parentalité exercée par le tiers dans les faits peut être totalement niée sur le plan juridique. En raison de la prohibition actuelle de la maternité de substitution, la mère génitrice d'un enfant porté par une autre femme ne peut faire reconnaître juridiquement son rôle parental. Elle est un tiers pour l'enfant. Cette situation est source d'insécurité pour l'enfant qui en est issu. Cependant, la reconnaissance de la mère intentionnelle, auteur biologique et coparent, n'est envisageable que si la technique de la gestation pour le compte d'autrui est autorisée en droit français. Son assimilation aux aides médicales à la procréation pourrait résulter de l'admission d'une nouvelle catégorie de don : le don de la fonction gestationnelle. Un strict encadrement du procédé devrait être alors nécessairement mis en place. Les législations grecque et britannique pourraient être sources d'inspiration pour une modification du droit français.

L'unilinéarité de la filiation de l'enfant permet d'envisager une certaine appréhension juridique de l'existence du tiers. Lorsque sa parenté est bilinéaire, la prise en considération de l'existence du tiers s'avère plus délicate.

## **TITRE 2 : PARENTALITÉ ET PARENTÉ BILINÉAIRE**

162 Pluriparentalité. Les familles précédemment évoquées ne bouleversent pas véritablement la vision classique de la famille. En effet, même si un tiers joue un rôle de substitut parental en dehors du cadre de la parenté, l'enfant vit généralement au sein d'une structure biparentale. Mais il existe des hypothèses dans lesquelles l'enfant est entouré d'une pluralité d'adultes. Ces configurations perturbent davantage la conception traditionnelle de la famille. Les réactions du droit face à la présence du tiers sont variables. L'étude de la prise en compte de la parentalité que celui-ci peut exercer nous conduit à distinguer à nouveau la situation du tiers coparent de celle du tiers géniteur<sup>1</sup>. Dans la mesure où la filiation de l'enfant est établie à l'égard de ses deux parents, le rôle du tiers coparent peut sembler davantage résiduel. Même s'il existe des situations dans lesquelles un seul des parents exerce l'autorité parentale, ceux-ci ont en principe vocation à exercer conjointement les prérogatives parentales. En effet, la faveur est donnée par le législateur au principe de coparentalité. Aussi paraît-il normal que le droit ne prenne pas spécifiquement en compte l'existence du tiers. La parentalité du coparent est largement ignorée (**Chapitre 1**). A l'inverse, le tiers géniteur fait l'objet d'un traitement particulier. Le droit tend à occulter son existence en faisant notamment peser le sceau du secret sur les circonstances entourant la conception ou la naissance de l'enfant (**Chapitre 2**).

---

<sup>1</sup> En effet, dans le cadre de cette étude, la notion de parentalité doit être entendue dans son sens le plus large, c'est-à-dire comme incluant l'ensemble des aspects de la fonction parentale qui font qu'un enfant naît et accède au statut d'adulte (v. *supra*, n° 12).



## Chapitre 1 : La parentalité ignorée : parenté bilinéaire et pluriparentalité de fait

**163 Parenté bilinéaire.** Ces hypothèses recouvrent pour leur plus grande part la problématique des familles recomposées. La recomposition familiale « *début* au moment où un adulte, parent d'enfants nés d'un mariage ou d'un concubinage précédent, se remarie ou cohabite avec un nouveau partenaire »<sup>1</sup>. Ces familles ne peuvent être dénombrées que lorsqu'elles reposent sur un mariage ou un remariage. Le premier mariage peut être dissous par le décès du conjoint ou par un divorce. Historiquement, le second mariage survenait après une période de veuvage. Aujourd'hui la tendance s'est inversée et les remariages sont majoritairement le fait de personnes divorcées. En 2006, 19,1 % des hommes et 18 % des femmes se mariant avaient auparavant divorcé<sup>2</sup>. Ce chiffre est en nette augmentation<sup>3</sup>. Les recompositions familiales reposant sur un concubinage ou un pacte civil de solidarité et celles fondées sur le mariage de personnes qui étaient auparavant en union libre ou pacsées restent difficilement quantifiables. « *Le terme de famille recomposée actuellement utilisé ne correspond pas à une catégorie juridique spécifique car la recomposition familiale est un phénomène sociologique* »<sup>4</sup>. La terminologie est variée<sup>5</sup> et recouvre des situations très différentes. C'est pourquoi il vaut mieux raisonner à partir des notions de parenté et de parentalité. Cette approche va également nous permettre d'inclure l'étude d'une nouvelle forme de vie familiale qui ressemble en beaucoup de points aux familles dites recomposées. Il s'agit des situations de coparentalité homosexuelle, c'est-à-dire lorsqu'un couple gay et un couple lesbien décident « d'avoir ensemble » un enfant. Ces familles se démarquent fondamentalement en ce que le père et la mère ne forment pas un couple avant l'arrivée de l'enfant et qu'elles ne débutent pas par un remariage ou par un nouveau concubinage.

---

<sup>1</sup> REBOURG M., *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, th. préc., n° 6. Pour une étude globale de la problématique des recompositions familiales (aspects démographique, sociologique, psychologique et juridique), v. MEULDERS-KLEIN M.-T. et THERY I. (Dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993.

<sup>2</sup> 1,5 % des hommes et 1,6 % des femmes qui se sont remariés en 2006 ont vu leur première union dissoute par le décès de leur conjoint. Chiffres disponibles sur le site internet de l'Institut national d'études démographiques : [www.ined.fr](http://www.ined.fr).

<sup>3</sup> En 1980, on comptait 10,6 % d'hommes et 9,7 % de femmes divorcés avant leur second mariage.

<sup>4</sup> REBOURG M., th. préc. n° 10.

<sup>5</sup> Familles recomposées, secondes familles, foyers recomposés, recompositions familiales...

Toutes ces configurations familiales reposent sur un préalable. La filiation de l'enfant est bilinéaire et celui-ci vit avec au moins un tiers qui peut participer dans les faits à son éducation. Elles recouvrent des situations diverses, mais on peut tenter de les regrouper en deux grandes catégories. D'une part, lorsque le parent qui refait sa vie est seul investi des prérogatives parentales (**Section 1**) et, d'autre part, lorsqu'il les partage avec le second parent de l'enfant (**Section 2**). La place dévolue au coparent est, en effet, souvent fonction de l'exercice conjoint ou non de l'autorité parentale.

### **Section 1 : La parentalité du tiers favorisée par l'exercice unilatéral de l'autorité parentale**

**164 Parenté bilinéaire et exercice unilatéral de l'autorité parentale.** Il s'agit des hypothèses dans lesquelles la filiation de l'enfant est juridiquement établie à l'égard de ses deux parents. Mais, en raison de circonstances particulières, le principe selon lequel les deux parents exercent ensemble l'autorité parentale sur l'enfant, ne trouve pas à s'appliquer. Le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale peut parfois bénéficier d'un certain nombre de prérogatives qui lui permettent d'exercer une parentalité « atténuée ». Seront étudiés le décès, l'absence ou l'incapacité de l'un des parents (§ 1), le retrait de l'autorité parentale (§ 2) et l'exercice unilatéral de l'autorité parentale (§ 3). Dans toutes ces hypothèses, la défaillance du parent de l'enfant peut permettre au tiers d'exercer une véritable parentalité dans les faits.

#### **§ 1. Le décès, l'absence ou l'incapacité d'un des parents**

**165 Plan.** Dans certaines situations, l'un seulement des parents exerce l'autorité parentale alors même que l'autre n'a pas mis en danger l'enfant par son comportement. Seront successivement envisagés le décès (**A**), l'absence ou l'incapacité (**B**) de l'un des père et mère.

##### **A. Le décès de l'un des père et mère**

**166 Moment.** Si dans la majorité des cas, le décès du parent intervient après la naissance et l'établissement de la filiation de l'enfant (**1**), il peut avoir lieu avant la constitution du lien de parenté (**2**).

## 1. Le décès postérieur à l'établissement de la filiation

**167 Veuvage précoce.** A l'heure où les progrès scientifiques repoussent les limites de l'espérance de vie, cette hypothèse de parenté bilinéaire sans coparentalité pourrait sembler marginale. Pourtant, la France se démarque de ses voisins européens et compte un nombre important d'orphelins vivant avec un parent isolé. Cette situation s'explique par différents facteurs : l'espérance de vie des femmes françaises est l'une des plus élevées au monde<sup>6</sup> tandis que, corrélativement, le taux de surmortalité des hommes français de moins de soixante-cinq ans est l'un des plus élevés en Europe<sup>7</sup>. Ce décalage engendre un phénomène important de veuvage pour les femmes françaises. En 1999, il y avait 360 000 veufs précoces, c'est-à-dire des personnes âgées de moins de cinquante-cinq ans au décès de leur conjoint ou concubin(e)<sup>8</sup>. Un quart des veufs précoces avait moins de trente ans lors du décès de l'autre<sup>9</sup>. 90 % des personnes précocement veuves ont eu un enfant avec celui qui est décédé<sup>10</sup>. Ainsi, en 1999, on considérait que 217 000 orphelins vivaient avec le parent survivant au sein d'une famille monoparentale<sup>11</sup>. 40 % des enfants étaient âgés de moins de trois ans au moment du décès de leur parent. Le phénomène n'est donc pas marginal (10 % des familles monoparentales le sont en raison du décès de l'un des parents<sup>12</sup>), même s'il semble largement ignoré. Il n'est pas rare que le parent survivant s'engage dans une nouvelle relation de couple. Ainsi, 18 % des orphelins de père et 31 % des orphelins de mère vivent avec leur parent et son nouveau conjoint ou concubin<sup>13</sup>.

---

<sup>6</sup> En 2007, l'espérance de vie pour une femme française était de 84,5 ans, PISON G., *La population de la France en 2007*, Population et société, n° 443, mars 2008, INED. Les Suissesses, les Espagnoles et les Italiennes partagent avec les Françaises le peloton de tête en Europe.

<sup>7</sup> DELAUNAY-BERDAI I., *Le veuvage précoce en France : les raisons d'un oubli*, Recherches et prévisions, n° 76, juin 2004, p. 107.

<sup>8</sup> 20 % des personnes précocement veuves vivaient en concubinage, *ibid.*

<sup>9</sup> 40 % avait moins de trente-cinq ans.

<sup>10</sup> DELAUNAY-BERDAI I., *Veuvage précoce et différence de genre*, Recherches et prévisions, n° 85, septembre 2006, p. 29.

<sup>11</sup> DELAUNAY-BERDAI I., *Le veuvage précoce en France: les raisons d'un oubli*, art. préc.

<sup>12</sup> CHARDON O., DAGUET F., VIVAS E., *Les familles monoparentales, Des difficultés à travailler et à se loger*, Insee Première n°1195, juin 2008.

<sup>13</sup> MONNIER A. et PENNEC S., *Orphelins et orphelinage*, in LEFEVRE C. et FILHON A. (Dir.), *Histoires de familles, histoires familiales*, les cahiers de l'INED, cahiers n° 156, 2005, p. 367. Ces chiffres varient en fonction de l'âge de l'enfant. A 15 ans, 40 % des orphelins de mères et 21 % des orphelins de père vivent avec un coparent.

Le décès du parent peut survenir avant l'établissement de la filiation entre eux. Il convient dès lors d'envisager les possibilités permettant la création d'un lien de parenté entre l'enfant et son parent prédécédé.

## 2. Le décès antérieur au lien de parenté

**168 Établissement de la filiation de l'enfant après le décès de son auteur.** L'ordonnance de 2005 a codifié la possibilité d'une reconnaissance prénatale de l'enfant dès lors qu'il est conçu. Son efficacité reste néanmoins subordonnée à la naissance. En revanche, la reconnaissance ne peut plus intervenir après le décès du prétendu père. En raison de son caractère éminemment personnel, les héritiers ne peuvent représenter leur auteur. Les reconnaissances prénatales sont également autorisées dans certaines législations européennes comme en Allemagne<sup>14</sup>, en Grèce<sup>15</sup>, en Italie<sup>16</sup>, au Luxembourg<sup>17</sup>, aux Pays-Bas<sup>18</sup>, en Pologne<sup>19</sup> ou en Suisse<sup>20</sup>.

La constatation de l'existence d'une possession d'état permet pareillement l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de celui qui est décédé. Le Code civil prévoit expressément cette hypothèse<sup>21</sup>. Un acte de notoriété constatant la possession d'état peut être délivré dès qu'est prouvée une réunion suffisante de faits au sens de l'article 311-1 du Code civil. La délivrance de l'acte de notoriété doit être demandée dans les cinq années suivant le décès du prétendu parent auprès du juge d'instance<sup>22</sup>.

Enfin, il est possible d'engager une action en recherche de maternité ou de paternité après le décès du prétendu parent. Selon l'article 328 du Code civil, l'action peut être dirigée contre ses héritiers<sup>23</sup>. Une expertise biologique ne peut en principe pas être réalisée sur une

---

<sup>14</sup> § 1594 (4) BGB.

<sup>15</sup> Cette possibilité se déduit de l'article 36 du Code civil grec.

<sup>16</sup> Art. 254 C. civ. italien.

<sup>17</sup> Art. 336 C. civ. luxembourgeois.

<sup>18</sup> Art. 204 BW, livre 1.

<sup>19</sup> Art. 75 KRO.

<sup>20</sup> Art. 11, 2, Ordonnance *sur l'état civil* du 28 avril 2004 suisse.

<sup>21</sup> Art. 317 al. 2 C. civ.

<sup>22</sup> Art. 317 C. civ. La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 a modifié sur ce point l'article 317 du Code civil en mentionnant expressément que le délai courait à compter du décès.

<sup>23</sup> A défaut d'héritiers ou si ceux-ci ont renoncé à la succession, elle l'est contre l'État. Les héritiers qui ont renoncé à la succession sont appelés à l'instance afin de faire valoir leurs droits, art. 328 *in fine* C. civ.

personne décédée sauf si cette dernière y a consenti de son vivant<sup>24</sup>. En pratique, cette impossibilité risque de fortement limiter les chances de succès de l'action<sup>25</sup>. « *L'établissement de la filiation de l'enfant dépend de la seule volonté du défunt, alors même que l'action en recherche de paternité a justement pour but d'établir une filiation contre la volonté* »<sup>26</sup>. Cette solution semble être en contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans l'arrêt Jäggi contre Suisse du 13 juillet 2006, a condamné les autorités suisses pour avoir refusé de procéder à l'exhumation du corps de celui que le requérant désignait comme son père biologique<sup>27</sup>. La révision prochaine des lois de bioéthique pourrait être l'occasion de modifier cette disposition. Allant encore plus loin, certaines législations européennes autorisent l'établissement de la filiation de l'enfant conçu après le décès de son auteur.

**169 Procréation médicalement assistées *post mortem*.** L'enfant peut en raison des circonstances de la vie devenir orphelin. Mais en principe, « *la mort marque la fin de tout : le mort ne peut plus se marier, divorcer, concevoir un enfant...* »<sup>28</sup>. En France, la loi 29 juillet 1994 exige que les deux membres du couple qui souhaitent bénéficier des techniques d'aide à la procréation soient vivants et en âge de procréer<sup>29</sup>. Le décès de l'un d'eux fait obstacle au transfert d'embryon et prive d'effet le consentement à une insémination avec donneur (art. L 2141-2 al. 3 CSP). La prohibition relative à l'insémination *post mortem* a

---

<sup>24</sup> Art. 16-11 C. civ. tel que modifié par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 *relative à la bioéthique*.

<sup>25</sup> Dans un arrêt du 2 avril 2008, la Première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé que l'article 16-11 du Code civil est d'application immédiate ; peu importe que le prétendu parent soit décédé avant son entrée en vigueur. Il a ainsi été refusé qu'une expertise soit ordonnée alors même qu'il existait des prélèvements sanguins et qu'une exhumation n'était de ce fait pas nécessaire. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 avril 2008, Bull. civ. I, n° 391 ; D. 2008, actualité, 1145, obs. GAILLMEISTER I. ; D. 2008, 2121, note BONNET V. ; *ibid.*, 2363, obs. CHAUVIN P. ; Dr. fam. 2008, comm. n° 86, note MURAT P. ; RTD civ. 2008, 464, note HAUSER J. ; AJ fam. 2008, 209, obs. CHENEDE F. ; Defrénois 2008, 1842, MASSIP J. ; JCP éd. G 2008, II, 10132, note BINET J.-R. ; JCP éd. G 2009, I, 102, n° 6, obs. FAVIER Y.

<sup>26</sup> BONNET V., note préc.

<sup>27</sup> En ce sens, BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 276 ; CEDH, 13 juillet 2006, Jäggi contre Suisse, RTD civ. 2006, 727, obs. MARGUENAUD J.-P. ; *ibid.*, 2007, 99, obs. HAUSER J. ; DECAUX E. et TAVERNIER P., *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, JDI (Clunet), 2007, 5, n° 2 ; GOUTTENOIRE A., *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dr. fam. 2008, étude n° 14. La décision a été rendue sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison de l'atteinte au droit au respect de la vie privée du requérant.

<sup>28</sup> NEVEJANS N., *L'établissement et la contestation de liens de famille après la mort*, LPA 10 avril 2000, n° 71, p. 11.

<sup>29</sup> 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*.

été réaffirmée par la loi du 6 août 2004<sup>30</sup>. Certains États européens refusent également la réalisation des techniques d'aide médicale à la procréation après le décès de l'un des membres du couple (Suisse<sup>31</sup>, Italie<sup>32</sup>, Finlande<sup>33</sup>, Danemark<sup>34</sup>). D'autres autorisent cas par cas les procréations médicalement assistées *post mortem* comme l'Allemagne<sup>35</sup> ou le Luxembourg<sup>36</sup>. Quelques législations européennes, comme la Belgique<sup>37</sup>, le Royaume-Uni<sup>38</sup>, l'Espagne<sup>39</sup> ou la Grèce<sup>40</sup>, autorisent explicitement les aides médicales à

---

<sup>30</sup> Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 *relative à la bioéthique*. Avant même l'entrée en vigueur des lois de bioéthique, les juges du fond et la Cour de cassation avaient refusé aux veuves cette possibilité : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 janvier 1996, JCP 1996 éd. G, II, 22666, note NEIRINCK C., confirmant l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse du 18 avril 1994, JCP éd. G 1995, II, 22472, note NEIRINCK C. V. également TGI Rennes, 30 juin 1993, JCP 1994 éd. G, II, 22250, note NEIRINCK C. *Contra* TGI Créteil, 1<sup>er</sup> août 1984, JCP 1984 éd. G, II, 20321, obs. CORONE S. (remise des paillettes de sperme à la veuve) et TGI Angers, 10 novembre 1992, D. 1994, somm. 30, note LABBEE X. (établissement de la filiation légitime d'un enfant né suite à un transfert *post mortem*).

<sup>31</sup> Art. 3, 4<sup>ème</sup> de la loi fédérale *sur la procréation médicalement assistée* du 18 décembre 1998.

<sup>32</sup> Art. 5 de la loi n° 40 du 19 février 2004 *relative aux règles sur les procréations médicalement assistées* (« *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* »).

<sup>33</sup> Art. 6, *Loi sur les traitements de procréation assistée* (1237/2006).

<sup>34</sup> Les documents de travail du Sénat, *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, Législation comparée, 2009, p. 14.

<sup>35</sup> Peut être condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans ou à une amende, quiconque féconde sciemment un ovule avec le sperme d'un homme décédé (§ 4, *Loi sur la protection des embryons* du 13 décembre 1990, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1991). Cependant, le transfert d'embryon n'est pas explicitement prohibé par la loi et il peut être exceptionnellement autorisé dans le cadre d'un projet parental clairement défini. Cette exception s'explique par le fait que l'implantation de l'embryon dans le corps de la femme a pour finalité de sauver une vie, *Assistance médicale à la procréation et protection de l'embryon humain*, Conseil de l'Europe, 1998, p. 44 et *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 1999, p. 44.

<sup>36</sup> Le Luxembourg partage, dans une certaine mesure, cette conception. Il n'existe aucune législation spécifique, mais la Commission consultative nationale d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, dans un avis rendu en 2001, a indiqué que « *l'insémination post mortem et l'implantation d'embryons post mortem peuvent être légitimes dans une optique éthique* ». C'est à l'équipe médicale d'évaluer les conditions dans lesquelles de tels procédés peuvent être autorisés (Commission consultative nationale d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, avis 2001.1, *La procréation médicalement assistée*, p. 104).

<sup>37</sup> Selon l'article 7 de la loi du 17 juillet 2007 *relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*, une convention est rédigée avant tout acte médical entre la ou les personnes souhaitant bénéficier d'une technique d'aide à la reproduction et le centre de fécondation. Il est possible d'implanter des embryons ou des gamètes surnuméraires après le décès de l'un des auteurs du projet à la condition que cela ait été expressément prévu dans la convention. L'implantation ne peut avoir lieu qu'après l'expiration d'un délai de six mois à compter du décès et dans les deux années qui suivent.

<sup>38</sup> Au Royaume-Uni, la personne qui décide de recourir aux techniques d'aide médicale à la procréation doit préciser par écrit quel sort sera réservé à ses gamètes ou aux embryons conçus à partir de ses gamètes si elle vient à décéder. L'homme peut être enregistré comme père de l'enfant lorsque l'insémination artificielle est intervenue après son décès ou lorsque l'embryon a été conçu grâce à ses gamètes avant sa mort, mais implanté après son décès (« *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 39). La mère doit demander que son mari ou son compagnon soit enregistré comme père de l'enfant dans un délai de quarante-deux jours (ou de vingt et un jours en Écosse) à compter de la naissance (« *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 39 (1) (d)). L'homme doit avoir également consenti par écrit à son enregistrement en tant que père de l'enfant à naître suite à l'insémination ou à l'implantation de l'embryon. L'enregistrement est possible quand bien même l'embryon n'aurait pas été conçu à partir des gamètes de l'homme (« *Human Fertilisation*

la procréation réalisées après le décès de l'un des membres du couple. Les conditions y sont très strictes et démontrent une volonté politique de restreindre autant que faire se peut le nombre des candidats potentiels. Le recours à une aide médicale à la procréation *post mortem* pose un grave problème éthique dans la mesure où il s'agit de faire naître délibérément des enfants orphelins de père, ce qui n'est pas sans conséquences pour eux. Cette problématique se pose dans un contexte de grande douleur<sup>41</sup>. Le législateur français a tranché en posant une interdiction de principe. Le débat n'est cependant pas achevé<sup>42</sup>. La souffrance qui se dégage de ces situations conduira certainement à de nouvelles discussions. A ce titre, le rapport fait au nom de la Mission d'information sur la famille et

---

*and Embryology Act 2008* », s. 40 (1) et (2)). Enfin, la législation de 2008 permettant à la partenaire enregistrée de la mère d'être désignée comme le second parent de l'enfant, l'éventualité du décès précoce de celle-ci a été envisagée. Les mêmes conditions sont requises (consentement au transfert de l'embryon après le décès et à l'enregistrement en tant que parent, demande de la mère devant intervenir dans les quarante-deux jours suivant la naissance de l'enfant : « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 46 (1)). Si la mère n'était pas engagée dans un partenariat civil avec sa compagne, celle-ci peut néanmoins être désignée parent de l'enfant à condition toutefois que les conditions de la section 44 soient remplies (v. *infra*, n° 455).

<sup>39</sup> L'insémination *post mortem* est possible, mais ne produit de conséquences sur la filiation de l'enfant à naître qu'à la condition que le mari y ait consenti par testament ou dans un document officiel. A défaut, la filiation paternelle de l'enfant ne peut être établie. On présume que le consentement a été donné lorsque l'épouse a été soumise à un processus de reproduction assistée consistant en un transfert d'embryons initié avant le décès du mari (art. 9, 2, Loi 14/2006 du 26 mai 2006, BOE num. 126, 27 mai 2006, 19947). L'insémination *post mortem* est ouverte aux concubins. Le compagnon doit donner de la même façon son consentement qui servira de titre, en vue de l'établissement de sa paternité (art. 9, 3, Loi préc.). L'insémination doit être réalisée dans le délai imparti par la loi soit dans les douze mois suivant le décès.

<sup>40</sup> En Grèce, les personnes, désirant procréer grâce à des techniques d'assistance médicale, doivent donner leur consentement par écrit. Ce consentement est réputé avoir été révoqué lorsque son auteur est décédé avant le transfert (art. 1456 C. civ., introduit par la loi n° 3089/2002 *sur l'assistance médicale à la reproduction humaine* du 19 décembre 2002, entrée en vigueur le 23 décembre 2002). Par exception et sur autorisation judiciaire, l'insémination artificielle après le décès du mari ou du compagnon stable de la femme est permise, si celui-ci souffrait d'une maladie pouvant affecter sa fertilité ou pouvant impliquer un risque de décès et s'il avait consenti par acte notarié à l'insémination artificielle *post mortem* (art. 1457 C. civ.). L'intervention de l'autorité judiciaire garantit un contrôle cas par cas de l'intérêt de l'enfant à naître et permet de prévenir des abus. En outre, la Grèce impose un double délai : la technique médicale d'aide à la procréation doit être pratiquée après l'expiration d'un délai de six mois suivant le décès, mais avant l'expiration des deux années qui le suivent.

<sup>41</sup> En effet, en cas de décès de son conjoint ou de son compagnon, la femme engagée dans le processus de procréation assistée doit décider du sort des embryons conçus, les termes de l'alternative étant particulièrement douloureux. Il s'agit soit de les détruire, soit de les donner à un autre couple, soit de les destiner à la recherche (art. L 2141-4 CSP).

<sup>42</sup> En 1993, le Comité consultatif national d'éthique avait proposé que le transfert *post mortem* d'embryons soit autorisé en France (Comité consultatif national d'éthique, Avis n° 40 du 17 décembre 1993. Cette solution a été reprise dans l'avis n° 60 du 25 juin 1998). Dans son étude adoptée le 25 novembre 1999, le Conseil d'État avait proposé d'autoriser le transfert d'embryons *post mortem*, mais non l'insémination intraconjugale après le décès du mari (*Les lois de bioéthique : cinq ans après*, préc., p. 44). Ces propositions n'ont pas été reprises par la loi du 6 août 2004.

les droits des enfants préconise l'autorisation du transfert *post mortem* d'embryons conçus avec les gamètes du père<sup>43</sup>.

**170 Adoption post mortem.** Lorsque le futur adoptant a régulièrement recueilli l'enfant à son foyer, une requête peut être présentée en son nom après son décès par son conjoint ou par l'un de ses héritiers<sup>44</sup>. Le décès doit survenir après le placement de l'enfant en vue de son adoption. La poursuite de la procédure n'est donc pas automatique, mais subordonnée à la volonté des héritiers ou du conjoint<sup>45</sup>. Ils ne sont tenus d'aucune obligation. En revanche, si le futur adoptant a déjà déposé une requête en vue de l'adoption, le tribunal n'est pas dessaisi du fait de son décès<sup>46</sup>. L'instance n'est pas interrompue ; le tribunal doit statuer sur l'opportunité de l'adoption projetée<sup>47</sup>, à moins qu'il n'y ait extinction de l'action<sup>48</sup>. L'action peut être poursuivie par tout intéressé, y compris par celui qui fait l'objet de l'adoption<sup>49</sup>. Tel est également le cas en Allemagne, puisque l'adoption peut être prononcée si l'adoptant avait introduit sa demande devant le tribunal des tutelles avant son décès<sup>50</sup>. L'adoption produit les mêmes effets que si elle avait été prononcée avant le décès de l'adoptant. En Suisse, il est aussi prévu que le décès de l'adoptant intervenu après le dépôt de la requête ne fasse pas obstacle au prononcé de l'adoption si toutefois « *la réalisation des autres conditions ne s'en trouve pas compromise* »<sup>51</sup>.

**171 Exercice unilatéral de l'autorité parentale par le survivant.** Selon l'article 373-1 du Code civil, « *si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité* ». Par exception, si l'autorité parentale était exercée unilatéralement par un seul des parents, le juge peut décider qu'à

---

<sup>43</sup> *L'enfant d'abord - 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, rapp. préc., p. 172. L'implantation devrait avoir lieu entre le sixième et le douzième mois suivant le décès. Si elle devait être admise en droit français, l'implantation d'embryons *post mortem* nécessiterait l'instauration d'un délai de réflexion et le consentement éclairé de l'homme à la poursuite du processus après son décès.

<sup>44</sup> Art. 353 al. 3 C. civ.

<sup>45</sup> V. par exemple, CA Paris, 16 janvier 2003, AJ Fam. 2003, 143, obs. F. B. ; RTD civ. 2003, 280, obs. HAUSER J.

<sup>46</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 février 1981, Bull. civ. I, n° 39, p. 31 ; D. 1981, 548, note MASSIP J. ; JCP éd. G 1982, II, 19771, note CHARTIER Y. V. plus récemment, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 mars 2007, n° 04-13925, Bull. civ. I, n° 108 ; Dr. fam. 2007, comm. n° 123, note ESCHYLLE J.-F. ; RJPF-2007-6/39, note GARE T.

<sup>47</sup> V. par exemple, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 juillet 2006, n° 04-10839, Bull. civ. I, n° 384.

<sup>48</sup> V. par exemple, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 février 2006, n° 05-12384., Dr. fam. 2006, comm. n° 205, note MURAT P.

<sup>49</sup> ESCHYLLE J.-F., note préc.

<sup>50</sup> §1753 abs. 2 et 3 BGB.

<sup>51</sup> Art. 268 al. 2 C. civ. suisse.

son décès l'enfant ne sera pas confié au survivant mais à un tiers (v. *infra*, n° 619). Le principe de l'exercice de l'autorité parentale par le parent survivant se retrouve logiquement dans d'autres législations européennes, comme en Allemagne<sup>52</sup>, en Belgique<sup>53</sup>, au Luxembourg<sup>54</sup>, en Espagne<sup>55</sup>, en Grèce<sup>56</sup> ou en Norvège<sup>57</sup>. Il en va de même en Suisse<sup>58</sup>, mais à l'instar de la France, le Code civil suisse prévoit que l'exercice de l'autorité parentale peut ne pas être attribué au survivant. Lorsque les parents de l'enfant ne sont pas mariés, la mère exerce seule les prérogatives parentales. Si elle vient à décéder, l'autorité tutélaire transfère l'autorité parentale au père ou nomme un tuteur à l'enfant, selon ce que l'intérêt du mineur le commande<sup>59</sup>.

Le décès de l'un des parents laisse imaginer la possibilité pour le tiers de créer entre lui et l'enfant un lien de parenté au moyen de l'adoption (v. *infra*, n° 342). L'adoption plénière est envisageable, à condition toutefois qu'elle ne conduise pas à l'exclusion de la branche familiale du parent prédécédé.

Dans toutes les situations précédemment envisagées, le second parent est seul titulaire de l'autorité parentale. Il en est de même si l'autre n'est pas décédé, mais est incapable ou absent.

### B. Le parent absent ou incapable

**172 Absence.** L'absence est « l'état d'une personne dont on ignore si elle est encore en vie, alors qu'aucun événement particulier ne fait présumer le décès »<sup>60</sup>. Il s'agit d'une personne qui n'est pas reparue à son domicile ou à sa résidence, qui n'a plus jamais donné de ses nouvelles et dont on ne sait si elle est vivante ou décédée (art. 112 C. civ.). S'il est saisi, le juge des tutelles peut constater la présomption d'absence. Puis, à l'expiration d'un délai de dix ans, le tribunal de grande instance peut déclarer l'absence<sup>61</sup>. A défaut de

---

<sup>52</sup> §1680 BGB.

<sup>53</sup> Art. 375 C. civ. belge.

<sup>54</sup> Art. 377 C. civ. luxembourgeois.

<sup>55</sup> Art. 169 C. civ. espagnol.

<sup>56</sup> Art. 1510 al. 2 C. civ. grec.

<sup>57</sup> Art. 38, Loi *sur les enfants et les parents* du 7 avril 1981.

<sup>58</sup> Art. 297, 3 et art. 298 (s'agissant des couples non mariés) C. civ. suisse.

<sup>59</sup> Art. 298 C. civ. suisse.

<sup>60</sup> GUINCHARD S. et MONTAGNIER G., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 16<sup>ème</sup> éd., 2007.

<sup>61</sup> Art. 122 C. civ.

constatation préalable, un jugement déclaratif d'absence est rendu si « *la personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans que l'on en ait eu de nouvelles depuis plus de vingt ans* »<sup>62</sup>. Le jugement produit les effets d'un acte de décès<sup>63</sup>. Le droit français prévoit, dans cette hypothèse, que le parent ne peut plus exercer l'autorité parentale sur l'enfant<sup>64</sup>. L'absent reste titulaire de l'autorité parentale, mais il en perd l'exercice. Il ne peut plus consentir au mariage de son enfant mineur<sup>65</sup>, ni à son adoption<sup>66</sup>. L'exercice unilatéral de l'autorité parentale est également prévu en pareilles circonstances dans d'autres législations européennes comme en Suisse, au Luxembourg, en Autriche, en Belgique ou en Grèce par exemple<sup>67</sup>.

**173 Incapacité.** Selon l'article 373 du Code civil, est également privé de l'exercice de l'autorité parentale le parent qui est hors d'état de manifester sa volonté en raison notamment de son incapacité. Ce n'est pas le placement du parent sous une mesure de protection qui le prive automatiquement de ses droits, mais l'impossibilité de manifester sa volonté<sup>68</sup>. La perte de ces prérogatives parentales est donc subordonnée à cette condition supplémentaire<sup>69</sup>. Selon le nouvel article 458 du Code civil tel que modifié en 2007 « *l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée* »<sup>70</sup>. Les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant sont réputés strictement personnels. Par conséquent, dès que le majeur incapable ne peut prendre seul ces décisions en raison de son état de santé, il est privé de l'exercice de l'autorité parentale ainsi que de l'administration des biens de l'enfant<sup>71</sup>. Le juge des tutelles peut déterminer, sur le fondement de l'article 473 du Code civil, quels actes le parent sous tutelle est apte à accomplir.

---

<sup>62</sup> Art. 122 al. 2 C. civ.

<sup>63</sup> Art. 128 C. civ.

<sup>64</sup> Art. 373 C. civ.

<sup>65</sup> Art. 151 C. civ.

<sup>66</sup> Art. 348 C. civ.

<sup>67</sup> Art. 311 C. civ. suisse, art 376 C. civ. luxembourgeois, section 178 (2) ABGB autrichien, art. 375 C. civ. belge, art. 1510 al. 2 C. civ. grec.

<sup>68</sup> En ce sens également, BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 499.

<sup>69</sup> Cette solution se déduit des articles 149 et 348 du Code civil.

<sup>70</sup> Loi n° 308-2007 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (JO n° 56 du 7 mars 2007, p. 4325).

<sup>71</sup> TI Saint-Omer, 3 mai 1989, JCP N 1990, II, 89, note FOSSIER T.

Lorsque le parent est hors d'état de manifester sa volonté, la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale à l'autre parent est de plein droit et ne requiert aucune décision de justice<sup>72</sup>. Dans une telle hypothèse, le parent incapable n'a plus à consentir au mariage ou à l'adoption de l'enfant<sup>73</sup>. D'autres législations européennes envisagent l'hypothèse dans laquelle l'un des parents est dans l'incapacité d'exercer ses prérogatives parentales<sup>74</sup>. En droit allemand, le « *soin parental* » peut être suspendu en cas de limitation ou de perte de la capacité juridique du parent<sup>75</sup>. Il en va de même en Italie<sup>76</sup>, en Suisse (où il s'agit alors d'un retrait de l'autorité parentale)<sup>77</sup>, au Luxembourg<sup>78</sup> ou en Grèce<sup>79</sup>.

Dans un arrêt X. contre Croatie du 17 juillet 2008, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur les droits du parent incapable lors de l'adoption de l'enfant<sup>80</sup>. En l'espèce, la requérante était privée de son droit d'exercer l'autorité parentale en raison de sa maladie. Conformément à la législation croate sur la famille, cette privation de la capacité d'exercice a automatiquement entraîné une déchéance de l'autorité parentale. Mme X. a alors perdu le droit de consentir à l'adoption de son enfant et ne pouvait plus être partie à la procédure d'adoption. La requérante a cependant bénéficié d'un droit de visite qu'elle a exercé fréquemment. L'adoption de l'enfant a été prononcée sans que Mme X. n'ait participé à la procédure ni même qu'elle n'en ait été informée (sous réserve d'un appel téléphonique). Selon la Cour, la privation de la capacité d'exercice ne doit pas entraîner automatiquement l'exclusion du parent de la procédure d'adoption. La requérante aurait dû être en mesure de donner son point de vue sur l'éventuelle adoption pendant la procédure. Ainsi, les juges européens ne semblent pas imposer le consentement du parent, mais son information et le recueil de son avis sur l'adoption projetée.

---

<sup>72</sup> BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 748.

<sup>73</sup> Art. 149 et art. 348 al. 2 C. civ.

<sup>74</sup> Sur les régimes d'incapacité en Europe (conditions d'ouverture, procédure, fonctionnement, cessation de la mesure de protection), v. *Les incapacités des majeurs en Europe*, Tableau réalisé sous la direction de F. GRANET-LAMBRECHTS, 1<sup>ère</sup> partie, AJ fam., juillet-août 2005, 269 et 2<sup>ème</sup> partie, AJ fam., septembre 2005, 315.

<sup>75</sup> § 1673 BGB.

<sup>76</sup> Art. 317 C. civ. italien.

<sup>77</sup> Selon l'article 311 du Code civil suisse, le parent peut se voir retirer l'autorité parentale en cas d'inexpérience, de maladie, d'infirmité ou pour d'autres motifs analogues si cela l'empêche d'exercer correctement l'autorité parentale. V. *infra*, n° 178.

<sup>78</sup> Art. 376 1° du C. civ. luxembourgeois.

<sup>79</sup> Art. 1510 al. 3 C. civ. grec.

<sup>80</sup> CEDH, 17 juillet 2008, X. contre Croatie, Communiqué du Greffier, Dr. fam. 2008, alertes, n° 71.

Dès lors, l'incapacité du parent ne doit pas aboutir à son exclusion de la vie de l'enfant. Par conséquent, la reconnaissance du tiers ne doit pas porter atteinte aux prérogatives parentales dont il dispose. Dans cette hypothèse, l'adoption plénière de l'enfant par le conjoint du parent qui n'est pas incapable est impossible en droit français (v. *infra*, n<sup>os</sup> 340 et s.). S'agissant de l'adoption simple, le consentement du parent incapable est requis, malgré son placement sous mesure de protection, dès lors qu'il est en état de manifester sa volonté (v. *infra*, n<sup>o</sup> 370). Ainsi, en France, la reconnaissance du tiers au moyen de l'adoption est donc subordonnée au respect des droits du parent incapable.

**174 Conclusion.** Malgré la bilinéarité de la filiation de l'enfant, un seul de ses parents exerce l'autorité parentale dans ces différentes hypothèses. Le tiers coparent peut remplir dans les faits une fonction de type parental et se substituer au parent décédé, absent ou incapable. Il peut en aller de même lorsque l'un des parents s'est vu retirer l'autorité parentale.

## **§ 2. Le retrait de l'autorité parentale prononcé à l'encontre d'un des parents**

**175 Le retrait de l'autorité parentale.** L'autorité parentale appartient aux père et mère qui l'exercent en principe conjointement (art. 372 C. civ.). La finalité de la mission parentale est de protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, d'assurer son éducation et de permettre son développement dans le respect dû à sa personne<sup>81</sup>. Plusieurs mécanismes tendent à remédier aux défaillances parentales (assistance éducative, v. *infra*, n<sup>os</sup> 641 et s. ; délégation de l'autorité parentale, v. *infra*, n<sup>os</sup> 629 et s.), ce qui peut aller jusqu'au retrait de l'autorité parentale<sup>82</sup>. Celui-ci n'est pas une simple limitation de son

---

<sup>81</sup> Art. 371-1 C. civ.

<sup>82</sup> Initialement dénommée « *déchéance de la puissance paternelle* », cette mesure existait déjà dans le Code civil de 1804. Étaient déchus les parents coupables d'avoir excité ou favorisé habituellement la débauche de leurs enfants (GOUTTENOIRE A. et FULCHIRON H., Répertoire civil Dalloz, *Autorité parentale*, 2004, spéc. n<sup>o</sup> 334). Considérée alors comme une véritable sanction à l'égard des parents fautifs, la déchéance de la puissance paternelle était une procédure aux effets radicaux. La déchéance portait sur toutes les prérogatives découlant de la puissance paternelle et s'étendait à tous les enfants (NEIRINCK C., J-Cl. Civil Code, Art. 371 à 387, *Autorité parentale*, fasc. 40, 2005, spéc. n<sup>o</sup> 1). Avant la réforme de 1966 relative à l'adoption, même les enfants à naître étaient touchés par la mesure de déchéance de plein droit (TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n<sup>o</sup> 1086). Plusieurs réformes ont tenté d'en modifier les conditions et les effets afin d'inciter les juridictions à la prononcer plus souvent. La loi n<sup>o</sup> 96-604 du 5 juillet 1996 a marqué l'aboutissement de cette évolution en opérant un changement terminologique. La « *déchéance* » a laissé la place au « *retrait* » permettant dès lors de ne plus stigmatiser le comportement parental. Le terme de déchéance est utilisé dans certains droits européens, comme en Italie (« *decadenza* »), au Luxembourg, en Grèce ou en Belgique.

exercice, mais prive de sa titularité<sup>83</sup>. Le parent qui n'exerce pas les prérogatives parentales mais qui en a conservé la titularité peut en être frappé. Le retrait de l'autorité parentale est aujourd'hui perçu comme une mesure de protection de l'enfant prononcée dans des cas extrêmes<sup>84</sup>.

Seront envisagés successivement les motifs du retrait (A), puis ses effets (B).

#### A. Les motifs du retrait

**176 Protection.** Si le retrait de l'autorité parentale peut être prononcé par une juridiction répressive<sup>85</sup> ou par une juridiction civile<sup>86</sup>, il conserve en tout état de cause une nature exclusivement civile<sup>87</sup>. Il n'est pas une peine accessoire, mais une mesure de protection de l'enfant d'ordre purement civil<sup>88</sup>.

**177 Juridiction pénale.** Peuvent se voir retirer l'autorité parentale par les juridictions répressives les père ou mère condamnés comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou d'un délit commis sur la personne de l'enfant ou par l'enfant<sup>89</sup>. Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation. Toutefois, il est dans l'obligation de se prononcer sur l'opportunité du retrait de l'autorité parentale en cas de viol, d'agression ou d'atteinte sexuelle commis par le parent sur la personne de l'enfant<sup>90</sup>. Cette cause de retrait de

---

<sup>83</sup> 241 retraits de l'autorité parentale ont été prononcés en 2003, *Quand la justice se substitue à la famille*, Libération, 22 juillet 2005.

<sup>84</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 avril 1982, D. 1983, jur., 294, note J. M. : « *mais attendu que la Cour d'appel énonce, à bon droit, (...) que la déchéance (...) ne constitue pas une sanction, mais une mesure de protection vis-à-vis d'un enfant...* » et plus récemment, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 mai 2001, n° 99-05015, LPA 13 décembre 2001, n° 248, p. 21, note MASSIP J. Ceci explique que l'irresponsabilité pénalement constatée du parent n'empêche pas son prononcé (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 avril. 1982, préc.).

<sup>85</sup> Art. 378 C. civ.

<sup>86</sup> Art. 378-1 C. civ.

<sup>87</sup> Elle échappe, par conséquent, à la compétence des jurés : Cass. crim. 4 janv. 1985, Bull. crim. n° 322. La Cour d'assise doit statuer contradictoirement, en audience publique et sans l'assistance du jury ; v. pour un exemple plus récent, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 novembre 2007, n° 06-89259.

<sup>88</sup> Cass. crim., 23 septembre 2008, Bull. crim. n° 195 ; RJPF-2008-12/29, note EUDIER F. ; AJ fam. 2009, 32, CHENEDE F. ; Dr. fam. 2009, comm. n° 18, note MURAT P.

<sup>89</sup> Art. 378 al. 1<sup>er</sup> C. civ. Dans la première hypothèse, les parents ont manqué à leur devoir de préserver la sécurité du mineur. Dans la seconde, ils ont en outre failli à leur devoir d'éducation (TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 1084).

<sup>90</sup> Art. 222-31-1 et 227-28-2 C. pén. Si le juge pénal omet de statuer sur ce point, les juridictions civiles peuvent être saisies et prononcer le retrait à partir des mêmes faits, aussi bien sur le fondement de l'article 378 que sur celui de l'article 378-1 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 février 1988, D. 1988. 373, note MASSIP J.).

l'autorité parentale se retrouve dans d'autres législations européennes comme en Belgique<sup>91</sup>, en Grèce<sup>92</sup> ou au Luxembourg<sup>93</sup>.

Le retrait ne doit pas découler de la seule condamnation pénale. En effet, dans l'arrêt Iordache contre la Roumanie, la Cour européenne des droits de l'homme a reproché aux juridictions roumaines de ne pas avoir vérifié *in concreto* l'opportunité de la mesure de retrait de l'autorité parentale<sup>94</sup>. Le requérant s'était vu retirer automatiquement ses droits parentaux au titre d'une peine accessoire à sa privation de liberté. Or, selon la Cour européenne, « *l'application de l'interdiction totale et absolue de l'exercice des droits parentaux, par effet de la loi, sans aucun contrôle par les tribunaux du type d'infraction commise et de l'intérêt des mineurs, ne saurait répondre à une exigence primordiale touchant aux intérêts des enfants et, partant, poursuivre un but légitime, tel que la protection de la santé, de la morale, ou de l'éducation des mineurs* »<sup>95</sup>. En l'espèce, les juges n'avaient invoqué ni manque de soins, ni mauvais traitements et n'avaient pas apprécié la mesure au regard de l'intérêt de l'enfant.

**178 Juridiction civile.** En dehors de toute condamnation pénale, l'autorité parentale peut être retirée au parent si, par ses agissements (mauvais traitements, consommation habituelle et excessive d'alcool ou de stupéfiants, inconduite notoire ou comportement délictueux), il offre un exemple préjudiciable à l'enfant, ou si son comportement abstentionniste (défaut de soins, manque de direction) est nocif à celui-ci<sup>96</sup>. L'autorité parentale peut également être retirée aux parents qui, suite à une mesure d'assistance éducative, se sont abstenus volontairement d'exercer les droits et devoirs subsistants pendant plus de deux ans<sup>97</sup>. Il s'agit dans la majorité des cas de leur droit de visite et de

---

<sup>91</sup> Selon le droit belge (art. 32 de la loi du 8 avril 1965 *sur la protection de la jeunesse*), le parent peut se voir déchu de l'autorité parentale en cas de condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle pour des faits commis sur la personne de l'enfant ou avec son aide .

<sup>92</sup> Selon l'article 1537 du Code civil grec, le parent peut être déchu des soins parentaux, s'il a été condamné en dernier ressort à une peine d'emprisonnement d'au moins un mois pour une infraction ayant trait à la vie, à la santé et à la moralité de l'enfant.

<sup>93</sup> Art. 387-9, 1<sup>o</sup> C. civ. : « *le père ou la mère qui a été condamné à une peine criminelle ou correctionnelle du chef de tous les faits commis sur la personne ou à l'aide d'un de ses enfants ou descendants* ».

<sup>94</sup> CEDH, 14 octobre 2008, Iordache contre Roumanie reprenant la solution déjà dégagée dans l'arrêt Sabou et Pircalab contre Roumanie du 28 septembre 2004 (requête n<sup>o</sup> 46572/99).

<sup>95</sup> CEDH, 14 octobre 2008, Iordache contre Roumanie, § 57.

<sup>96</sup> Art. 378-1 al. 1<sup>er</sup> C. civ.

<sup>97</sup> Art. 378-1 al. 2 C. civ. Selon l'article 375-7 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, « *les père et mère dont l'enfant a donné lieu à une mesure d'assistance éducative, conservent sur lui leur autorité parentale et en exercent tous*

correspondance<sup>98</sup> ou de leur obligation d'entretien<sup>99</sup>. La demande de retrait doit être portée devant le tribunal de grande instance<sup>100</sup>.

Le double « aspect » du comportement du parent (abstentionniste ou abusif) se retrouve dans d'autres législations européennes, par exemple, en Suisse<sup>101</sup>, en Belgique<sup>102</sup>, en Italie<sup>103</sup> et au Luxembourg<sup>104</sup>. Le mariage du parent avec une personne déchue de l'autorité parentale peut aussi être une cause de déchéance<sup>105</sup>.

**179 Mise en danger.** Le juge ne prononce le retrait que si le comportement parental met manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. Ce n'est pas en tant que telle la gravité du comportement du parent qui fonde le retrait, mais la mise en danger de l'enfant du fait de la conduite parentale. Les juges disposent d'un pouvoir souverain s'agissant de l'appréciation de l'opportunité d'une telle mesure. Elle est toujours facultative<sup>106</sup>. Les juges appliquent de façon stricte l'article 378-1 du Code civil et vérifient si les deux conditions sont cumulativement remplies<sup>107</sup>. Les juges du fond exigent une

---

*les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure* ». Sur le caractère volontaire que doit revêtir l'abstention, v. par exemple Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 janvier 1998, Dr. fam. 1998, comm. n° 97, note MURAT P.

<sup>98</sup> Lorsque l'enfant est placé hors du domicile familial à l'occasion d'une mesure d'assistance éducative, ses parents disposent d'un droit de visite et de correspondance conformément à l'article 375-7 alinéa 2 du Code civil.

<sup>99</sup> Selon l'article 375-8 du Code civil, « *les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative continuent d'incomber à ses père et mère...* ».

<sup>100</sup> Art. 1202 CPC.

<sup>101</sup> Il existe deux hypothèses de retrait de l'autorité parentale : le retrait ordinaire prononcé par l'autorité tutélaire de surveillance (art. 311 C. civ.) et le retrait facilité décidé par l'autorité tutélaire « *lorsque les père et mère le demandent pour de justes motifs* » ou « *lorsqu'ils ont donné leur consentement à l'adoption future de l'enfant par des tiers anonymes* » (art. 312 C. civ.). Le retrait ordinaire n'est prononcé que lorsque les autres mesures de protection de l'enfant ont échoué ou paraissent d'emblée insuffisantes. L'autorité parentale est retirée en cas d'inexpérience, de maladie, d'infirmité, d'absence ou pour d'autres motifs analogues empêchant le parent de l'exercer correctement. Il s'agit par conséquent d'hypothèses dans lesquelles « *le comportement du parent n'est pas délibérément fautif* ». A l'inverse, le retrait de l'autorité parentale peut aussi être prononcé lorsque les père et mère ne se sont pas « *souciés sérieusement de l'enfant* » ou qu'ils ont « *manqué gravement à leurs devoirs envers lui* ».

<sup>102</sup> Art. 32, Loi du 8 avril 1965 *sur la protection de la jeunesse*.

<sup>103</sup> Art. 330 C. civ. italien : peut être déchu le parent qui viole ou néglige ses devoirs découlant de l'autorité parentale ou qui abuse de ses pouvoirs. La déchéance n'est prononcée par le tribunal pour mineurs que dans la mesure où le comportement cause un grave préjudice à l'enfant.

<sup>104</sup> Art. 387-9, 2° C. civ. luxembourgeois. Le parent peut être déchu de l'autorité parentale en cas de mauvais traitements, abus d'autorité, inconduite notoire ou négligence grave, mettant en péril la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant.

<sup>105</sup> Art. 32 de la loi belge du 8 avril 1965 *sur la protection de la jeunesse* et art. 387-9, 2° C. civ. luxembourgeois.

<sup>106</sup> A déduire de l'utilisation du verbe pouvoir dans les articles 378 et 378-1 du Code civil.

<sup>107</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 avril 2003, Dr. fam. 2003, comm. n° 143, note MURAT P. ; LPA 29 octobre 2003, n° 216, p. 10, note MASSIP J. ; RJPF-2003-7.8/40, note BLANC A.-M. Un couple, dont la femme ne pouvait

caractérisation précise de ce danger<sup>108</sup> au jour où ils statuent<sup>109</sup>. Un simple risque de danger est insuffisant<sup>110</sup>. Ces strictes conditions s'expliquent par l'étendue des effets du retrait de l'autorité parentale.

### B. Les effets du prononcé du retrait

**180 Perte de l'autorité parentale.** Le retrait ne consiste pas simplement en une limitation à l'exercice des prérogatives des père et mère, mais touche à la racine de l'autorité parentale<sup>111</sup> : son attribution. Lorsqu'il est prononcé à l'encontre d'un seul d'entre eux, l'autre a vocation à exercer seul l'autorité parentale<sup>112</sup>. En Belgique, l'article 34 de la loi du 8 avril 1965 prévoit expressément que l'enfant est confié au parent non déchu, si cela n'est pas contraire à son intérêt.

**181 Détermination des prérogatives retirées.** Que le retrait soit prononcé par une juridiction pénale ou civile, il porte de plein droit sur tous les attributs, personnels et

---

mener une grossesse à terme, a fait appel à une mère porteuse anglaise. Les enfants, conçus avec les gamètes des époux, ont été remis aux parents intentionnels à leur naissance. La filiation des enfants a été établie, conformément au droit anglais, à l'égard du mari et de la mère porteuse. Le père a demandé, quelques années plus tard, que l'autorité parentale soit retirée à la mère porteuse pour manque de soins ou de direction. Si cette condition est caractérisée en l'espèce, la mère porteuse se désintéressant des enfants, force est de constater que les enfants ne sont pas pour autant en danger. La Cour d'appel a constaté que les enfants vivent de façon tout à fait satisfaisante avec les parents intentionnels. Le rejet de la demande paternelle est confirmé par la Cour de cassation, laissant parents intentionnels et enfants dans une impasse juridique. Sur la prohibition touchant les conventions de maternité de substitution, v. *supra*, n<sup>os</sup> 97 et s.

<sup>108</sup> CA Lyon, 22 mai 2001, JCP 2002, II, 10 177, note GARE T. Dans cette espèce, la mère des deux enfants mineurs a demandé à ce que l'autorité parentale soit retirée au père, ce dernier ayant été condamné pour des atteintes sexuelles commises sur la personne de sa nièce alors mineure de quinze ans. La demande de la mère est rejetée (en première instance et en appel) au motif qu'il n'est pas démontré que le comportement du père ait pu mettre en danger les enfants qui ne sont pas des victimes directes. Les juges ont considéré qu'il était dans l'intérêt des deux enfants de maintenir des liens avec leur père. La décision des juges peut paraître choquante, mais est conforme à la lettre du texte. De la même façon, refus de déchoir un père de son autorité parentale alors qu'il avait assassiné sa femme devant sa fille, au motif qu'il n'a jamais maltraité sa fille et que celle-ci était très jeune au moment des faits, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 mars 1980, JCP éd. G 1980, IV, 221.

<sup>109</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 février 2007, n<sup>o</sup> 05-17618, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 64 ; D. 2007, actualité, 732 ; AJ fam. 2007, 189, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2007, comm. n<sup>o</sup> 104, note MURAT P.

<sup>110</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 juillet 1999, Dr. fam. 2000, comm. n<sup>o</sup> 4, note MURAT P. V. également, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 avril 2008, n<sup>o</sup> 06-21405.

<sup>111</sup> CORNU G., *op. cit.*, n<sup>o</sup> 79.

<sup>112</sup> Par analogie avec l'article 380 alinéa 2 (« ... lorsque l'autorité parentale est dévolue à l'un des parents par l'effet du retrait total de l'autorité parentale prononcée contre l'autre ») et l'article 373-1 du Code civil (qui dispose que « si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité »). Si cet autre parent est décédé ou est lui aussi privé de l'exercice de l'autorité parentale, le tribunal doit « soit désigner un tiers auquel l'enfant sera provisoirement confié à charge pour lui de requérir l'organisation de la tutelle, soit confier l'enfant au service départemental de l'aide sociale à l'enfance » (art. 380 al. 1<sup>er</sup> C. civ.).

patrimoniaux, de l'autorité parentale<sup>113</sup>. Par principe, le retrait est total. Le parent perd son droit d'habiter avec l'enfant, son droit de surveillance et d'éducation. Corrélativement, il ne peut plus être tenu pour responsable sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil des dommages causés par l'enfant. De même, il est dépossédé des prérogatives parentales exceptionnelles comme le droit de consentir à l'adoption, au mariage ou à l'émancipation de l'enfant. Si le mineur est émancipé, le parent perd le droit de consentir à son adoption<sup>114</sup>. Sur le plan patrimonial, le parent perd l'administration ainsi que la jouissance légale. Enfin, il est exclu des charges tutélaires (art. 395 C. civ.). L'article 33 de la loi belge du 8 avril 1965 *relative à la protection de la jeunesse* et l'article 387-10 du Code civil luxembourgeois prévoient expressément les effets de la déchéance. Elle porte sur toutes les prérogatives parentales<sup>115</sup>. Toutefois, en Belgique, le parent ne perd pas automatiquement son droit à consentir à l'adoption de l'enfant. En effet, le jugement prononçant la déchéance doit le préciser expressément. Ceci « *garantit, dans la mesure de l'intérêt de l'enfant, le caractère révisable de la mesure de déchéance* »<sup>116</sup>. Cette particularité du droit belge pourrait être source d'inspiration en France. Le caractère révisable du retrait de l'autorité parentale perd de son efficacité dans la mesure où il peut être mis fin au lien de parenté par l'adoption de l'enfant.

**182 Droits maintenus.** Ne subsistent que les attributs attachés à la parenté, le retrait n'emportant aucune conséquence sur le lien de filiation. Ainsi, le parent conserve, en principe, sa vocation successorale sauf s'il est considéré indigne de succéder à l'enfant<sup>117</sup>. A l'inverse, en Belgique et au Luxembourg, le parent déchu est automatiquement exclu de

---

<sup>113</sup> Art. 379 C. civ. Le retrait vise en principe tous les enfants mineurs nés au moment du prononcé du jugement (art. 379 C. civ.). Toutefois, le juge peut décider que le retrait ne s'étend pas à toute la fratrie et ne concerne qu'un (enfant souffre-douleur) ou plusieurs des enfants. Cette possibilité existe également en droit belge. En Grèce, le principe est inversé : selon l'article 1537 du Code civil, la déchéance des soins parentaux ne touche que l'enfant victime du comportement parental, le tribunal pouvant néanmoins retirer à au parent les soins parentaux à l'égard de ses autres enfants en raison des circonstances. En Suisse, les effets du retrait s'étendent aux enfants nés après son prononcé, sauf jugement contraire (art. 311 al. 3 C. civ.).

<sup>114</sup> BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op.cit.*, n° 773.

<sup>115</sup> Exclusion du droit de garde et d'éducation, incapacité de représenter l'enfant, de consentir à ses actes ou d'administrer ses biens, exclusion du droit de jouissance prévu à l'article 384 du Code civil belge et à l'article 384 du Code civil luxembourgeois.

<sup>116</sup> LAMMERANT I., OTTEVAERE A., VERWILGHEN M., *Le nouveau droit fédéral de l'adoption*, RTD fam. 2006, 77. Cette disposition a été introduite par la loi du 24 avril 2003.

<sup>117</sup> Art. 726 et 727 C. civ. Il s'agira de l'hypothèse dans laquelle le retrait de l'autorité parentale a été prononcé sur le fondement de l'article 378 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

la succession de l'enfant prédécédé<sup>118</sup>. L'obligation alimentaire devrait en principe être maintenue puisqu'elle découle aussi du lien de filiation. Le prononcé du retrait emporte dispense du versement de l'obligation alimentaire pour l'enfant, sauf disposition contraire du jugement<sup>119</sup>. Il en va de même en Belgique et au Luxembourg<sup>120</sup>. L'obligation d'entretien devrait aussi survivre au prononcé du retrait<sup>121</sup>. Sont pareillement conservés le droit au respect dû au parent<sup>122</sup>, ainsi que les droits de visite et de correspondance, ce qui peut paraître paradoxal et inopportun, eu égard au comportement parental. Le juge apprécie selon l'intérêt de l'enfant. Cette solution est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans l'arrêt Kutzner contre Allemagne, elle a jugé contraire à l'article 8 de la Convention, l'absence de droit de visite des parents, les enfants ayant été placés en famille d'accueil. L'autorité parentale leur avait été retirée en raison de leur manque de capacités intellectuelles en l'absence de tous mauvais traitements. « *Compte tenu du très jeune âge des enfants, de telles ruptures de contact puis pareilles restrictions des visites ne pouvaient, de l'avis de la Cour, que conduire à une « aliénation » (Entfremdung) croissante des enfants par rapport à leurs parents, mais aussi des enfants entre elles* ». Le maintien du droit de visite, dans l'intérêt de l'enfant, tend à faciliter la réunion de la famille dès qu'un changement de circonstances le permet<sup>123</sup>.

**183 Retrait partiel.** Par exception, le retrait peut n'être que partiel. Le jugement spécifie alors les prérogatives conservées par le parent concerné. Le droit de garde est généralement retiré<sup>124</sup>. Dans l'hypothèse d'un retrait partiel, l'obligation alimentaire garde son caractère de réciprocité.

---

<sup>118</sup> Art. 33, Loi belge du 8 avril 1965, préc., art. 387-10 C. civ. luxembourgeois

<sup>119</sup> Art. 379 al. 2 C. civ.

<sup>120</sup> Art. 33, Loi belge du 8 avril 1965, préc., art. 387-10 C. civ. luxembourgeois

<sup>121</sup> COURBE P., *Droit de la famille*, préc., spéc. n° 1088. L'obligation d'entretien est un effet de la parenté et non de l'autorité parentale dans la mesure où elle ne cesse pas automatiquement à la majorité de l'enfant (art. 371-2 al. 2 C. civ.).

<sup>122</sup> NEIRINCK C., J-Cl., préc., spéc. n° 72.

<sup>123</sup> CEDH, 26 février 2002, Kutzner contre Allemagne, §§ 76 et 79, Europe 2002, n° 205.

<sup>124</sup> Ce qui a pu faire dire à certains auteurs que dans cette hypothèse, il y avait double emploi avec une mesure d'assistance éducative.

**184 Restitution.** Le retrait de l'autorité parentale est une mesure provisoire. Le parent visé peut demander que lui soient restitués les droits dont il a été privé<sup>125</sup>. Cette demande ne peut être formée au plus tôt qu'un an après que la décision de retrait soit devenue irrévocable. Encore faut-il que le parent démontre que des circonstances nouvelles justifient la restitution, par exemple une cure de désintoxication, un suivi psychologique, l'éducation satisfaisante donnée à d'autres enfants nés postérieurement au prononcé du retrait... Dans l'hypothèse d'un rejet, une nouvelle demande peut être formulée à l'issue d'un nouveau délai d'un an. Cependant, aucune demande ne pourrait être reçue si l'enfant a été placé en vue de son adoption avant le dépôt de la requête. Le retrait est alors définitif. Cette solution est justifiée par l'article 352 du Code civil qui empêche toute restitution de l'enfant après son placement en vue de l'adoption<sup>126</sup>. Elle montre combien la décision de retrait peut avoir de graves conséquences et notamment entraîner la disparition du lien de parenté. Hormis cette hypothèse, le tribunal peut prononcer une restitution totale ou partielle. Dans le premier cas, le parent est à nouveau titulaire de l'autorité parentale et retrouve sa vocation à l'exercer, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il peut l'exercer effectivement : il ne dispose que de prérogatives exceptionnelles, c'est-à-dire le droit de consentir au mariage, à l'adoption ou à l'émancipation de l'enfant. Si la restitution est ordonnée par le juge, le ministère public peut toujours requérir une mesure d'assistance éducative facilitant une phase transitoire, la restitution entière des prérogatives parentales n'étant pas nécessairement opportune pour l'enfant<sup>127</sup>.

En Italie, la mesure est également révisable pour les mêmes motifs<sup>128</sup>. Une condition de délai est aussi prévue dans la législation suisse, puisque l'autorité parentale ne peut être rétablie avant un an à compter du retrait<sup>129</sup>. Au Luxembourg, la demande ne peut être formée avant l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du jour où la décision est devenue irrévocable<sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup> Art. 381 al.1<sup>er</sup> C. civ.

<sup>126</sup> TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 1088.

<sup>127</sup> Art. 381 *in fine* C. civ.

<sup>128</sup> Art. 332 C. civ. italien.

<sup>129</sup> Art. 313 C. civ. suisse.

<sup>130</sup> Art. 387-13 C. civ. luxembourgeois.

185 Conclusion. Le retrait total de l'autorité parentale empêche l'exercice plénier des prérogatives parentales. La filiation de l'enfant reste établie à l'égard de ses père et mère, mais seul l'un d'eux est titulaire de l'autorité parentale. Le parent contre lequel la mesure est prononcée peut malgré tout exercer une forme de parentalité. En effet, le maintien des liens de filiation lui permet de bénéficier de certains droits. Le retrait total de l'autorité parentale peut cependant conduire à la fin de la parenté. Il peut être le prélude à l'adoption de l'enfant par un tiers qui exerce dans les faits une fonction de type parental comme le conjoint du parent titulaire de l'autorité parentale. La reconstruction d'une nouvelle cellule familiale est envisageable, du fait de la perte du droit à consentir à l'adoption de l'enfant par le parent visé par le retrait (v. *infra*, n<sup>os</sup> 343 et s.). Or le retrait de l'autorité parentale est en principe une mesure provisoire. La reconnaissance du tiers au moyen de l'adoption plénière de l'enfant de son conjoint peut ainsi aboutir à l'effacement définitif du second parent de l'enfant.

L'autorité parentale peut encore être exercée unilatéralement dans une hypothèse qu'il convient d'envisager à présent.

### **§ 3. L'autorité parentale exercée unilatéralement en raison des circonstances de l'établissement de la filiation ou de la séparation des parents**

186 Démonstration. En France, il n'existe plus de distinction selon que l'enfant est né ou non pendant le mariage de ses parents. L'exercice unilatéral de l'autorité parentale découle de circonstances particulières, indifférentes à leur situation conjugale (A). En Europe, il est encore largement tenu compte de la situation des parents pour déterminer leur vocation à exercer l'autorité parentale (B). En outre, l'orientation sexuelle de l'un des parents a pu avoir, en France comme dans d'autres États européens, une influence sur l'exercice de l'autorité parentale (C).

#### A. L'autorité parentale exercée unilatéralement sur le fondement des articles 372 et 373-2-1 du Code civil

187 Le principe de coparentalité. L'exercice unilatéral de l'autorité parentale est devenu une exception lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard de ses deux parents. Traditionnellement, l'autorité parentale était exercée par le père lorsque les parents étaient mariés et par la mère lorsque les parents ne l'étaient pas. Grâce aux lois du 22 juillet 1987,

du 8 janvier 1993 et du 4 mars 2002, le principe est dorénavant celui de l'exercice conjoint, que les parents soient ou non mariés, qu'ils vivent ensemble ou séparément (v. *infra*, n<sup>os</sup> 203 et s.). Cette volonté de supprimer les discriminations touchant à l'exercice de l'autorité parentale tend à se généraliser dans les législations européennes, même si la France est dorénavant dans le « *peloton de tête* »<sup>131</sup>. Il reste cependant des hypothèses dans lesquelles un seul parent exerce l'autorité parentale alors que l'enfant bénéficie d'une parenté bilinéaire.

**188 Circonstances entourant l'établissement de la filiation de l'enfant.** Selon le second alinéa de l'article 372 du Code civil, « *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* »<sup>132</sup>. L'établissement tardif du second lien de filiation est généralement le fait du père, mais il peut également résulter de l'inaction de la mère<sup>133</sup>. Lorsque le lien de filiation est établi judiciairement, l'autre parent exerce également seul l'autorité parentale<sup>134</sup>. Moins de 4 % des enfants ne sont pas reconnus dans l'année de leur naissance<sup>135</sup>. En outre, 95 % des enfants dont les parents n'étaient pas mariés ensemble au moment de la conception ou de la naissance, sont reconnus par leur mère et 92 % par leur père. L'établissement forcé du lien de filiation est donc devenu une hypothèse marginale. Il n'y aurait qu'environ trois cents actions en recherche de paternité hors mariage par an<sup>136</sup>.

**189 Intérêt de l'enfant.** Après la séparation, l'autorité parentale est en principe toujours exercée conjointement par les parents. Cependant, le juge peut en confier l'exercice à l'un d'eux si cela est dans l'intérêt de l'enfant<sup>137</sup>. Il semble, au vu de la jurisprudence, que les

---

<sup>131</sup> Seule la Belgique prévoit des dispositions similaires depuis 1995, BOULANGER F., *Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002*, D. 2002, chron., 1571.

<sup>132</sup> Si les parents en font ensemble la déclaration devant le greffier en chef du tribunal de grande instance, l'exercice de l'autorité parentale peut être conjoint (art. 372 al. 3 C. civ.). Un procès-verbal est dressé ; une copie en est remise à chacun des parents (art. 1180-1 CPC). Une décision du juge aux affaires familiales peut aboutir au même résultat.

<sup>133</sup> V. par exemple, CA Limoges, 8 septembre 2002, RTD civ. 2005, 116, note HAUSER J.

<sup>134</sup> Art. 372 C. civ.

<sup>135</sup> PISON G., *La population de la France en 2007*, Population et société, n° 443, mars 2008, INED. En 2005, cinq enfants sur six ont été reconnus dès leur naissance par leur père. Cette proportion n'a jamais été si importante depuis trente ans.

<sup>136</sup> COURBE P., *op. cit.*, n° 793.

<sup>137</sup> Art. 373-2-1 C. civ. « *Qu'en se déterminant ainsi, sans relever en quoi l'intérêt de l'enfant commandait que l'autorité parentale fût confiée à un seul des deux parents, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa*

magistrats n'utilisent cette faculté que lorsque le comportement parental nuit gravement au bien-être de l'enfant. L'exercice unilatéral peut être prononcé en cas de désintérêt manifeste<sup>138</sup>, d'entrave à la relation avec l'autre parent<sup>139</sup> ou de comportement agressif ou préjudiciable à l'enfant<sup>140</sup>. Il incombe à celui qui demande l'exercice unilatéral de l'autorité parentale de prouver que l'intérêt de l'enfant le commande, ce que les juges apprécient strictement car cette mesure doit rester exceptionnelle<sup>141</sup>. Il ne peut découler d'un accord des parents : « *si le consensualisme et la coparentalité sont les deux principes fondateurs du droit de l'autorité parentale, la faveur faite au premier ne doit pas contrarier le second* »<sup>142</sup>. Lorsqu'il est admis, l'exercice unilatéral de l'autorité parentale est majoritairement confié à la mère<sup>143</sup>.

---

décision » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 novembre 2006, n° 05-18116). En l'espèce, les juges du fond ont relevé que le père n'a exercé que de façon épisodique son rôle parental, qu'il n'a aucun bail à son nom et n'a pas décrit les conditions dans lesquelles il pourrait prendre contact avec son fils. Les magistrats doivent justifier précisément en quoi l'exercice conjoint de l'autorité parentale est contraire à l'intérêt de l'enfant, ce qu'ils n'ont pas fait en l'espèce.

<sup>138</sup> CA Rennes, 14 mars 2006, Juris-data n° 2006-310514 (le père est parti sans laisser d'adresse et n'a jamais cherché à entrer en contact avec l'enfant) ; CA Caen, 26 janvier 2006, Juris-data n° 2006-297553 (aucune implication du père dans la vie de l'enfant et comportement agressif à l'égard de la mère)

<sup>139</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 janvier 2006, n° 03-14421 (« *la détermination du père à imposer sa propre loi ne pouvait qu'être source d'angoisse pour les enfants et permettait de douter de ses capacités à appréhender les besoins essentiels des enfants dont l'intérêt était de normaliser, malgré la séparation, des relations avec chacun des parents dans le strict respect de la loi et des décisions de justice ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision de confier à la mère l'exercice de l'autorité parentale* ») ; CA Nîmes, 5 avril 2006, Juris-data n° 2006-309673 (père psychologiquement déprimé qui dénigre la mère) ; CA Rennes, 3 juillet 2006, Juris-data n° 2006-325290 (non-représentation de l'enfant par le père qui n'a pas communiqué à la mère son adresse actuelle empêchant ainsi toute relation entre la mère et l'enfant pendant un an)

<sup>140</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 avril 2006, n° 04-16334 (la cour d'appel a souverainement estimé que le père est le seul apte à assurer les conditions matérielles d'existence décentes et à prendre en charge les enfants sur le plan éducatif) ; CA Paris, 15 février 2006, Juris-data n° 2006-296027 (relations très détériorées entre le père et certains de ses enfants. Le père avait également été condamné pénalement en première instance pour agressions sexuelles sur ses deux fils et avait fait appel de la décision) ; CA Nîmes, 5 avril 2006, Juris-data n° 2006-309671 (le père avait exercé des violences sur la mère en présence des enfants, avait également commis des violences verbales à leur encontre et donné une carabine et des cartouches à l'un d'eux).

<sup>141</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 février 2007, n° 06-14643, Bull. civ. I, n° 63 ; AJ fam. 2007, 189 ; Dr. fam. 2007, comm. n° 103, note MURAT P. En l'espèce, le père était accusé par l'enfant d'attouchements sexuels. La Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, a considéré cependant que les propos de l'enfant étaient peu explicites et qu'il n'est pas dans son intérêt d'être totalement coupé de son père qui veut s'investir dans son éducation. V. aussi, CA Bastia, 27 décembre 2006, Juris-data n° 2006-322397 (en l'espèce, le père ne rapportait pas la preuve qu'il était dans l'intérêt des enfants qu'il exerce seul l'autorité parentale, la polémique entre les parents sur le bien-fondé de soins médicaux sur l'un des enfants étant insuffisante pour servir de fondement à sa demande) ; CA Lyon, 28 février 2006, Juris-data n° 2006-302162 (la mère ne rapporte pas la preuve du mal-être de l'enfant après l'exercice de droit de visite chez le père).

<sup>142</sup> BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 514.

<sup>143</sup> CHAUSSEBOURG L. et BAUX D., *L'exercice de l'autorité parentale après le divorce ou la séparation des parents non mariés*, ministère de la Justice, 2007, p. 18. L'autorité parentale est confiée à la mère dans 6 % des cas lorsque les parents n'étaient pas mariés.

**190 Droits du parent n'exerçant pas l'autorité parentale.** Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale conserve un certain nombre de prérogatives. Il doit être informé des choix importants relatifs à l'enfant (art. 373-2-1 al 2 et 3. C. civ.). Il peut saisir le juge aux affaires familiales aux fins de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant<sup>144</sup>. Son consentement est requis en cas de mariage ou d'adoption du mineur. Il dispose également d'un droit de surveillance<sup>145</sup>. Son obligation d'entretien est maintenue. Son consentement est nécessaire à la procédure en changement de nom de l'enfant<sup>146</sup>. En outre, il bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement ainsi qu'un droit de correspondance qui ne peuvent être refusés qu'en cas de motifs graves<sup>147</sup>. Il s'agit d'un droit et non d'un devoir<sup>148</sup>. Les juges retiennent comme motifs graves l'alcoolisme du parent<sup>149</sup>, son désintérêt<sup>150</sup>, son emprisonnement<sup>151</sup>, l'assassinat de la mère par le père en présence des enfants<sup>152</sup>. L'existence de motifs graves suffit à caractériser l'intérêt de l'enfant<sup>153</sup>. En règle générale, les juges préfèrent maintenir les relations entre l'enfant et le parent<sup>154</sup>, quitte à permettre un exercice progressif du droit de visite lorsque celui-ci ne justifie pas de conditions d'accueil

---

<sup>144</sup> Art. 373-2-8 C. civ.

<sup>145</sup> Art. 373-2-1 *in fine*.

<sup>146</sup> CE, 27 juillet 2005, RJPF-2005-11/17, note VALORY S.

<sup>147</sup> Art. 373-2-1 al. 2 C. civ. Ce droit est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale a le droit d'avoir des contacts avec l'enfant. L'État a l'obligation positive de prendre toutes mesures propres à assurer l'exécution de son droit de visite : GOUTTENoire A., *Les droits et obligations découlant de la vie familiale*, in LEMOULAND J.-J. et LUBY M. (Dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, p. 77.

<sup>148</sup> CORPART I., *Les dysfonctionnement de la coparentalité*, AJ fam. 2009, 155.

<sup>149</sup> V. par exemple, CA Rennes, 15 mai 2006, Juris-data n° 2006-316626.

<sup>150</sup> V. par exemple, CA Rennes, 14 mars 2006, Juris-data n° 2006-310514, préc.

<sup>151</sup> V. par exemple, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 mars 2007, n° 06-12655, D. 2007, actualité, 1084 (risque de déstabilisation pour l'enfant, père présenté comme un psychopathe violent) ; CA Nancy, 2 novembre 2007, Juris-data n° 2007-360553 (absence de tout contact entre le père et l'enfant). *Contra*, CA Caen, 26 octobre 2006, Juris-data n° 2006-316576. Parfois, le rejet de la demande du parent peut être justifié par son impossibilité matérielle à supporter les frais découlant de la mise en œuvre de son droit de visite. Ce refus n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention européenne *des droits de l'homme*, le coût des trajets n'ayant pas à être mis à la charge de l'autre parent. (CA Nîmes, 19 avril 2006, Juris-data n° 2006-315150).

<sup>152</sup> V. par exemple, CA Toulouse, 12 décembre 2005, Juris-data n° 2005-296259. V. également, CA Bordeaux, 16 avril 2008, Juris-data n° 2008-362046 (suspicion d'atteinte sexuelle sur l'enfant sans qu'il ne soit démontré que le père en est l'auteur) ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 octobre 2007, Dr. fam. 2007, comm. n° 205, note MURAT P. (père ayant tué ses père et mère, violences pendant le mariage).

<sup>153</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 septembre 2007, JCP éd. G 2008, I, 102, note FAVIER Y.

<sup>154</sup> Selon l'article 373-2-1 alinéa 3 du Code civil, si la continuité et l'effectivité des liens entre l'enfant et son parent l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontre neutre. Cette possibilité a été instaurée par la loi du 5 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance* (Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance*, JO n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215).

satisfaisantes<sup>155</sup>, ou à accorder un droit de visite hors la présence du nouveau concubin<sup>156</sup>. Par conséquent, le parent conserve un certain nombre de prérogatives. En outre, il peut recouvrer l'exercice de l'autorité parentale en cas de décès de l'autre parent<sup>157</sup>. La reconnaissance du tiers coparent doit être conciliée avec l'exercice de ces droits. Elle ne doit pas porter atteinte aux prérogatives du parent n'exerçant pas l'autorité parentale (v. *infra*, n<sup>os</sup> 652 et s.).

Il convient à présent de déterminer dans quelles hypothèses l'autorité parentale est exercée unilatéralement dans quelques législations européennes.

### B. L'exercice unilatéral de l'autorité parentale en Europe

**191 Établissement judiciaire.** Comme en France, l'établissement judiciaire de la filiation fait obstacle à l'exercice conjoint de l'autorité parentale dans certaines législations<sup>158</sup>. Mais d'autres critères peuvent être pris en considération.

**192 Absence de mariage.** Une partie des législations européennes conditionne l'exercice conjoint de l'autorité parentale au mariage des parents au moment de la conception ou de la naissance de l'enfant. A défaut, il est généralement confié à la mère : cela est le cas par exemple, en Suisse<sup>159</sup>, au Luxembourg<sup>160</sup>, au Royaume-Uni<sup>161</sup>, en Pologne<sup>162</sup> ou en Grèce<sup>163</sup>. Toutefois, il est généralement prévu de permettre l'exercice conjoint. Un certain nombre de législations subordonne ainsi l'exercice de l'autorité parentale par les deux parents à une déclaration<sup>164</sup>. Enfin, en Norvège, il n'est pas simplement tenu compte du

---

<sup>155</sup> V. par exemple, CA Caen, 26 janvier 2006, Juris-data n° 2006- 297553, préc.

<sup>156</sup> V. par exemple, CA Rennes, 6 juillet 2006, Juris-data n° 2006-325289. Le tiers peut ainsi influencer sur les modalités de l'exercice du droit de visite du parent.

<sup>157</sup> Art. 373-1 C. civ. Mais le juge peut décider de confier l'enfant à un tiers (art. 373-3 al. 3 C. civ.). V. *infra*, n° 619.

<sup>158</sup> Art. 380 C. civ. luxembourgeois et art. 1515 al. 3 C. civ. grec.

<sup>159</sup> Art. 298 C. civ. suisse.

<sup>160</sup> Toutefois l'article 380 du Code civil luxembourgeois a été jugé contraire à l'article 11 de la Constitution en ce qu'il n'attribue l'autorité parentale qu'à un seul des parents alors même que les deux ont reconnu l'enfant (Cour constitutionnelle, arrêt n° 7/99, 26 mars 1999, Mém. A, 20 avril 1999, n° 41, p. 1087).

<sup>161</sup> « Children Act 1989 », s. 4 (1).

<sup>162</sup> PFEIFER K., *Les particularités du droit de la famille polonais*, in Recherches familiales, *Familles et Europe*, UNAF, n° 5, 2008, p. 95.

<sup>163</sup> Art. 1515 al. 2 C. civ. grec.

<sup>164</sup> Art. 298 a C. civ. suisse, art. 380 C. civ. luxembourgeois, art. 1515 al. 2 C. civ. grec, « *Adoption and Children Act 2002* », Part. 2, s. 111 modifiant « *Children Act 1989* », s. 4. Au Royaume-Uni, la récente réforme entreprise par la loi sur la fertilisation et l'embryologie a modifié les règles relatives à la

mariage des parents, mais de leur cohabitation : s'ils ne sont pas mariés ou n'habitent pas ensemble, la mère exerce seule la responsabilité parentale<sup>165</sup>.

L'octroi des prérogatives parentales au père peut aussi résulter d'une décision judiciaire, comme au Luxembourg<sup>166</sup>, au Royaume-Uni<sup>167</sup> ou en Pologne<sup>168</sup>.

**193 Séparation.** A l'inverse de la France, le principe de la coparentalité ne résiste pas à la rupture des parents dans certains États comme en Italie<sup>169</sup>, au Luxembourg<sup>170</sup>, en Grèce<sup>171</sup> ou en Suisse<sup>172</sup>. Il est toutefois possible pour les parents de s'accorder pour exercer ensemble l'autorité parentale (v. *supra*, n° 203).

**194 Indifférence de la séparation.** En Belgique, l'exercice conjoint de l'autorité parentale perdure malgré la rupture des parents. Cependant, en cas de désaccord sur les décisions importantes touchant à la santé, l'éducation, l'orientation religieuse ou philosophique de l'enfant ou sur les modalités de l'hébergement ou en cas d'accord

---

responsabilité parentale en tirant les conséquences de la possibilité de désigner la compagne de la mère comme second parent de l'enfant. Si le couple était engagé dans un partenariat civil au moment de la conception de l'enfant, la responsabilité parentale appartient alors aux deux parents (« *Children Act 1989* », s. 2 (1A) (a) nouveau tel qu'introduit par « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », *Schedule 6, Part. 1, s. 26*). Il en va de même si la compagne de la mère a été désignée comme le second parent de l'enfant sur le fondement de l'article 43 (v. *infra*, n° 455) et si le couple était engagé dans un partenariat civil à la naissance de l'enfant ou à n'importe quel moment de la période commençant à la conception de l'enfant et se finissant à la naissance. Dans les autres situations, la mère exerce seule la responsabilité parentale. Cependant, si sa compagne a été désignée comme le second parent sur le fondement de l'article 43, elle peut obtenir la responsabilité parentale par une déclaration conjointe avec la mère (« *Children Act 1989* », s. 4ZA nouveau tel qu'introduit par « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », *Schedule 6, Part. 1, s. 27*).

<sup>165</sup> Art. 34, *Loi sur les enfants et les parents* du 8 avril 1981. Néanmoins, ils peuvent déclarer conjointement l'exercer ensemble, leur déclaration doit être inscrite dans le registre national de la population.

<sup>166</sup> Art. 380 al. 2 C. civ. luxembourgeois. La cohabitation des parents est un indice permettant au juge des tutelles d'apprécier l'intérêt de l'enfant. Il peut être saisi par l'un des parents ou par le ministère public.

<sup>167</sup> Le père ou la compagne de la mère peut demander au juge d'ordonner que la responsabilité parentale lui soit attribuée : « *Adoption and Children Act 2002* », *Part. 2, s. 111* modifiant « *Children Act 1989* », s. 4. Le père peut également exercer la responsabilité parentale s'il a été enregistré comme père de l'enfant. Pour ce faire, il doit avoir obtenu l'accord de la mère ou une ordonnance du tribunal lui donnant la responsabilité parentale sur l'enfant (« *Births and Deaths Registration Act 1953* », s. 10 et 10 A).

<sup>168</sup> Le père peut se voir attribuer l'autorité parentale par le juge dans le jugement établissant sa paternité : art. 93 § 2 CFT ; PFEIFER K., art. préc.

<sup>169</sup> A défaut de cohabitation entre les parents de l'enfant né hors mariage, l'exercice de l'autorité parentale revient au parent avec lequel ce dernier vit. S'il ne vit avec aucun d'entre eux, la puissance parentale revient au parent qui l'a en premier reconnu (art. 317 bis C. civ.).

<sup>170</sup> Selon l'article 378 du Code civil, « *si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant* ».

<sup>171</sup> Selon l'article 1513 du Code civil, en cas de divorce ou d'annulation du mariage, le tribunal peut confier l'exercice des soins parentaux à l'un des parents ou aux deux.

<sup>172</sup> Le divorce des père et mère entraîne l'attribution des prérogatives parentales à un seul d'entre eux (art. 133 C. civ.). Cette situation est modifiable en cas de faits nouveaux et dans l'intérêt de l'enfant.

contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge peut confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un d'eux<sup>173</sup>. En France comme en Belgique, la séparation n'implique pas nécessairement la cessation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

**195 Prérogatives conservées.** Des dispositions similaires au droit français se retrouvent dans d'autres États européens. Par exemple, en Belgique, le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale conserve un certain nombre de droits. Le juge précise quelles décisions relatives à l'éducation ne peuvent être prises que moyennant le consentement de chacun des parents<sup>174</sup> et il fixe, sauf motifs graves, les modalités du maintien des relations personnelles avec l'enfant<sup>175</sup>. Le parent conserve un droit de surveillance sur l'éducation et peut obtenir toutes les informations utiles de la part de l'autre. Il peut s'adresser au tribunal de la jeunesse si cela est dans l'intérêt de l'enfant. Au Luxembourg, les articles 378 et 380 du Code civil prévoient expressément le maintien du droit de visite et de surveillance<sup>176</sup>. En Suisse, après divorce des parents, le juge fixe les modalités du maintien des relations personnelles entre l'enfant et le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale, ainsi que la contribution de ce dernier à son entretien<sup>177</sup>. Il prend en compte « *toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant* », l'avis de celui-ci et de ses parents<sup>178</sup>. Par conséquent, le parent n'exerçant pas l'autorité parentale conserve une partie des attributs parentaux. Au Royaume-Uni, le parent qui n'a pas la responsabilité parentale ne bénéficie que de droits réduits. Son consentement n'est requis ni lors de l'adoption, ni lors du mariage de l'enfant. Il ne peut s'opposer au déplacement du mineur hors du territoire national. Subsistent néanmoins les droits et devoirs alimentaires et successoraux découlant du lien de parenté. De la même façon, il peut toujours formuler une requête relative à l'éducation de l'enfant<sup>179</sup>. En Allemagne, le parent n'exerçant pas l'autorité parentale bénéficie en principe d'un droit de visite. La Cour constitutionnelle a pu décider, au nom

---

<sup>173</sup> Art. 374 al. 2 C. civ. belge.

<sup>174</sup> Art. 374 al. 3 C. civ. belge.

<sup>175</sup> Art. 374 al. 4 C. civ. belge.

<sup>176</sup> Selon l'article 380 relatif aux parents non mariés, c'est le juge des tutelles qui peut accorder un droit de visite, d'hébergement et de surveillance à celui qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale.

<sup>177</sup> Art. 133 C. civ. suisse.

<sup>178</sup> Art. 133 al. 2 C. civ. suisse.

<sup>179</sup> « *Children Act 1989* », s. 8.

de l'intérêt de l'enfant, que ce droit ne peut être imposé au parent qui ne souhaite pas l'exercer<sup>180</sup>.

Il convient en dernier lieu de s'interroger sur l'incidence de l'homosexualité de l'un des parents de l'enfant sur l'exercice des prérogatives parentales.

### C. L'influence de l'orientation sexuelle du parent sur l'exercice de l'autorité parentale.

**196 Conseil de l'Europe.** Dès 1981, le Conseil de l'Europe s'est intéressé à la question. Dans la recommandation n° 924 *relative à la discrimination à l'égard des personnes homosexuelles*, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a demandé au Comité des ministres d'inviter les gouvernements des États membres « à assurer que la garde, le droit de visite et l'hébergement des enfants par leurs parents ne soient pas limités pour la seule raison du penchant homosexuel de l'un d'entre eux ». Malgré la louable intention, il ne s'agissait là que d'une timide invitation à agir pour les États parties à la Convention<sup>181</sup>.

**197 France.** A la même époque, les juridictions françaises semblaient plutôt hostiles aux parents homosexuels, leur orientation sexuelle étant un obstacle à l'exercice plénier de leurs prérogatives parentales<sup>182</sup>. Dans les années 1990, la jurisprudence française a évolué<sup>183</sup>. Le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale malgré la séparation des parents, instauré par la loi du 8 janvier 1993, a couramment été appliqué par les magistrats. Une minorité d'arrêts a conféré au parent hétérosexuel l'exercice unilatéral, notamment lorsque l'équilibre psychologique de l'enfant pouvait être affecté par l'exercice conjoint<sup>184</sup>. Enfin, quelques très rares décisions l'ont confié au parent homosexuel<sup>185</sup>.

---

<sup>180</sup> Cour constitutionnelle fédérale, BverfG, 1<sup>er</sup> avril 2008, 1 BvR 1620/04 ; *Le droit de non-visite reconnu*, Libération, 16 avril 2008.

<sup>181</sup> Ceci est à comparer avec l'exhortation faite dans la même recommandation s'agissant des lois pénales sanctionnant les rapports consentants entre adultes homosexuels et l'application du même âge minimal de consentement pour les actes homosexuels et hétérosexuels.

<sup>182</sup> BORRILLO D. et PITOIS-ETIENNE T., *Adoption et homosexualité*, in FRYDMAN R. et FLYS-TREVES M. (Dir.), *Rêves de femmes*, Odile Jacob, 2005, p. 187 ; GOURON-MAZEL A., *Juge de la famille et homosexualité*, Dr. fam. 2002, étude n° 1 ; MECARY C. et DE LA PRADELLE G., *Les droits des homosexuel/les*, Que sais-je ?, Presses universitaires de France, 3<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 52 et s.

<sup>183</sup> MECARY C. et DE LA PRADELLE G., *op. cit.*, p. 51 et s.

<sup>184</sup> GOURON-MAZEL A., art. préc., p. 7.

<sup>185</sup> Sur l'incidence de l'homosexualité du parent sur la fixation de la résidence de l'enfant, v. *infra*, n° 211.

L'homosexualité d'un des parents a pu ainsi peser parfois sur la décision des magistrats français.

**198 Cour européenne des droits de l'homme.** Cette discrimination dans l'exercice des droits du parent homosexuel existait également dans d'autres États européens à l'instar du Portugal, condamné par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt rendu le 21 décembre 1999<sup>186</sup>. En l'espèce, la Cour d'appel de Lisbonne avait décidé de confier l'autorité parentale à l'un des parents en raison de l'homosexualité de l'autre. Selon la Cour européenne, il y a eu une différence de traitement entre le père homosexuel et la mère. Une différence de traitement est « *discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime et s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »<sup>187</sup>. Les juges européens ont considéré que le but poursuivi en l'espèce, c'est-à-dire la protection de la santé et des droits de l'enfant, est légitime. Mais la Cour d'appel de Lisbonne s'est essentiellement déterminée en fonction de l'homosexualité du requérant<sup>188</sup>, ce qui constitue une discrimination injustifiée<sup>189</sup>. Il n'y a donc pas eu de rapport raisonnable de proportionnalité entre le but poursuivi et les moyens employés. L'orientation sexuelle d'un parent ne peut à elle seule fonder une limitation de l'exercice de l'autorité parentale.

**199 Conclusion : exercice unilatéral de l'autorité parentale et tiers.** Dans toutes les situations évoquées, le parent qui exerce seul l'autorité parentale peut refaire sa vie. Un tiers coparent va alors participer à l'éducation de l'enfant. Lorsque l'autre parent est prédécédé ou absent, le conjoint ou compagnon va pouvoir s'y substituer, le nouveau couple formant une famille dans laquelle l'enfant peut s'épanouir. Si l'autre parent est

---

<sup>186</sup> CEDH, 21 décembre 1999, Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal, Dr. fam. 2000, comm. n° 3, note GOUTTENOIRE-CORNUT A. ; JCP éd. G 2000, I, 203, note SUDRE F ; RTD civ. 2000, 313, note HAUSER J.

<sup>187</sup> CEDH, 21 décembre 1999, Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal, § 29.

<sup>188</sup> CEDH, 21 décembre 1999, Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal, § 35 : « *aux yeux de la Cour, ces passages de l'arrêt litigieux, loin de constituer de simples formules maladroites ou malheureuses, comme le soutient le Gouvernement, ou de simples obiter dicta, donnent à penser, bien au contraire, que l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminante dans la décision finale. Cette conclusion est renforcée par le fait que la cour d'appel, lorsqu'elle a statué sur le droit de visite du requérant, a dissuadé ce dernier d'avoir un comportement permettant à l'enfant, lors des périodes de visite, de comprendre que son père vit avec un autre homme* » dans des conditions similaires à celles des conjoints ».

<sup>189</sup> CEDH, 21 décembre 1999, Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal, § 36.

incapable ou s'est vu retirer l'autorité parentale, le risque de conflit est déjà plus important, mais la diminution des droits parentaux découle du comportement ou de l'état de santé du parent. L'existence d'un tiers auprès de l'enfant peut permettre à ce dernier de retrouver un certain équilibre après des moments pénibles à vivre. Le parent privé de ses droits parentaux peut vivre difficilement cette situation. Il peut recouvrer ses prérogatives en cas de circonstances nouvelles justifiant la levée de la mesure d'incapacité ou du retrait de l'autorité parentale. Enfin, si l'exercice unilatéral de l'autorité parentale découle de la séparation du couple parental ou des circonstances entourant l'établissement de la filiation de l'enfant, la rivalité entre le tiers, nouveau conjoint ou compagnon et l'autre parent va être exacerbée. Cette mise à l'écart peut être vécue difficilement et provoquer des conflits. En outre, l'exercice dans les faits d'une parentalité par le tiers ne doit pas porter atteinte aux droits dont le parent est toujours titulaire. Le tiers coparent ne bénéficie pas d'un statut, même si le droit le prend parfois en compte (v. *infra*, n<sup>os</sup> 213 et s.).

Mais la structure familiale de l'enfant peut être encore plus complexe. En effet, la séparation ou l'absence de vie commune des parents n'est pas toujours synonyme d'exercice unilatéral de l'autorité parentale. Or, lorsque les parents exercent ensemble les prérogatives parentales, il est encore plus délicat pour le tiers de trouver sa place au sein de la configuration familiale de l'enfant.

## **Section 2 : La parentalité de tiers confrontée à l'exercice conjoint de l'autorité parentale**

**200 Distinction.** Le postulat est le suivant : la filiation de l'enfant est établie à l'égard de ses deux parents qui exercent conjointement l'autorité parentale. Cependant, deux situations sont à différencier. Le premier peut être qualifié de classique. Les parents de l'enfant se sont séparés et celui-ci vit avec le ou les nouveaux conjoints de ses parents. C'est la décomposition d'une première famille et la reconstruction d'un ou de deux nouveaux couples qui sont à l'origine de la situation de pluriparentalité (§ 1). Le second est plus inédit dans la mesure où c'est la naissance de l'enfant qui engendre la famille pluriparentale. Deux couples homosexuels décident de « faire ensemble » un enfant qu'ils souhaitent élever dans un contexte de pluriparentalité (§ 2).

## § 1. La préexistence d'un couple conjugal

201 Plan. L'enfant a deux parents qui exercent conjointement l'autorité parentale malgré leur séparation. Chacun des parents a pu refaire sa vie et l'enfant est alors entouré de coparents. La situation est particulièrement délicate dans la mesure où chacun de ces tiers entre directement en concurrence avec l'autre parent. Cette recomposition familiale est à apprécier, au regard de la volonté du législateur de favoriser le maintien des relations entre l'enfant et chacun de ses parents (A). En effet, la situation du tiers est largement tributaire de la mise en œuvre du principe de coparentalité (B).

### A. La volonté de favoriser les relations de l'enfant avec ses deux parents

202 Plan. La volonté de favoriser les relations de l'enfant avec ses deux parents se traduit juridiquement par l'émergence du principe de coparentalité, qui a été renforcé par la loi du 4 mars 2002 (1), ainsi que par la possibilité de fixer la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des ses parents (2)

#### 1. L'affirmation du principe de coparentalité

203 Exercice conjoint. L'égalité des filiations suppose une application du principe de coparentalité à tous les enfants, que leurs parents aient été ou non mariés<sup>190</sup>. Les parents divorcés continuent dans 98 % des cas à exercer ensemble l'autorité parentale<sup>191</sup>. A défaut de mariage, la proportion est moins importante : 93 % des couples conservent un exercice conjoint de l'autorité parentale malgré leur séparation<sup>192</sup>. En Belgique et en Italie, la séparation des parents est également sans incidence sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale<sup>193</sup>. Il convient cependant de souligner, qu'en Italie, cette règle ne s'applique qu'en faveur des parents divorcés<sup>194</sup>. Dans d'autres législations européennes, il est prévu que l'exercice de l'autorité parentale appartienne à un seul des parents, mais qu'il puisse

---

<sup>190</sup> VAUVILLE F., *Du principe de coparentalité et de sa mise en œuvre*, in DEKEUWER-DEFOSSEZ F. (Dir.), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, p. 119.

<sup>191</sup> CHAUSSEBOURG L. et BAUX D., *L'exercice de l'autorité parentale après le divorce ou la séparation des parents non mariés*, ministère de la Justice, 2007, p. 18.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>193</sup> Art. 374 C. civ. belge et art. 155 C. civ. italien.

<sup>194</sup> A l'inverse, les parents non mariés ne vivant pas ensemble ne peuvent pas exercer ensemble l'autorité parentale (art. 317 bis C. civ.).

devenir conjoint s'ils s'entendent<sup>195</sup>. Il en va ainsi par exemple en Suisse (depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000)<sup>196</sup>, en Grèce<sup>197</sup> ou au Luxembourg<sup>198</sup>. Le maintien de la coparentalité malgré la séparation des parents est conforme à la Convention internationale *relative aux droits de l'enfant* dont l'article 7 tend à lui garantir le droit d'être élevé par ses deux parents. Selon l'article 18, « *les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement* ».

**204 Relations personnelles avec l'enfant.** Le principe de l'exercice conjoint des prérogatives parentales se double du droit pour l'enfant d'entretenir des relations avec ses deux parents. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant<sup>199</sup>. Le maintien des liens passe également par l'obligation d'informer l'autre parent de tout changement de résidence modifiant les modalités d'exercice de l'autorité parentale. En cas de non-respect de cette obligation, le parent peut être condamné pénalement<sup>200</sup>. La loi fait particulièrement œuvre de pédagogie en la matière et constitue un instrument utile pour le juge aux affaires familiales<sup>201</sup>. Celui-ci « *peut prendre les mesures permettant de*

---

<sup>195</sup> L'autorité parentale n'est exercée conjointement qu'en cas d'accord des parents. Ce présupposé permet d'imaginer des rapports parentaux pacifiés et une mise en place de l'exercice conjoint sans heurt et sans possibilité de blocage de la part de l'un des parents. Ceci va dans le sens de certains auteurs selon lesquels la généralisation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale en France n'était pas opportune. V. par exemple, GAREIL L., *L'exercice de l'autorité parentale*, thèse, LGDJ, 2004.

<sup>196</sup> Art. 133, 3 (en cas de mariage) et art. 298 a C. civ. suisse (en l'absence de mariage), issus de la loi fédérale du 2 juin 1998,

<sup>197</sup> Selon l'article 1510 du Code civil grec, les soins parentaux sont en principe exercés conjointement par les parents. Le maintien de la coparentalité nécessite l'accord des deux parents, la décision du juge étant subordonnée à la désignation du lieu de résidence de l'enfant (art. 1513 C. civ.).

<sup>198</sup> Selon la jurisprudence, le juge des tutelles peut décider d'un exercice conjoint lorsque les parents de l'enfant n'étaient pas mariés. C'est à la condition qu'ils aient conservé de bonnes relations leur permettant de se concerter aussi souvent que nécessaire afin de prendre les décisions relatives à l'enfant (Cour de cassation, 15 mars 2000, 31, 385). L'exercice conjoint de l'autorité parentale est impossible en cas de difficultés relationnelles entre les parents ou si leurs résidences sont trop éloignées. Cette solution devrait pouvoir s'étendre aux couples divorcés, dans la mesure où, selon la jurisprudence, il est de l'intérêt de l'enfant que ses deux parents exercent conjointement l'autorité parentale (Cour de cassation, 11 juillet 2001, 32, 96). A ce titre, la Cour constitutionnelle a déclaré contraires à l'article 10 bis de la Constitution les articles 302 alinéa 1<sup>er</sup> et 378 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil en ce qu'ils n'autorisent pas l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les parents divorcés sur les enfants communs (Cour constitutionnelle, arrêt n° 47/08, 12 décembre 2008, Mém. A, 22 décembre 2008, n° 197, p. 2618).

<sup>199</sup> Art. 373-2 al. 2 C. civ.

<sup>200</sup> Art. 227-6 C. pén.

<sup>201</sup> « *Là où l'action du juge présentait un aspect social et éducatif, elle prend aujourd'hui un caractère légal, dont l'effet sur les mentalités n'est pas négligeable. Dire à des parents que l'autorité parentale n'est pas seulement un ensemble de droits mais aussi de devoirs à l'égard de l'enfant et à l'égard de l'autre parent, devoirs explicitement énoncés par la loi, constitue un levier considérable dans les situations de conflit* », HEBRARD S., *La loi du 4 mars 2002 : regard d'un juge aux affaires familiales*, AJ fam. 2003, 296.

garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents »<sup>202</sup> et notamment faire inscrire sur le passeport des parents l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation de chacun d'eux<sup>203</sup>. L'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers prévoit la possibilité pour le juge d'assortir sa décision d'une astreinte (nouvel article 373-2-6 alinéa 2 C. civ.). Cette disposition, qui existe déjà en droit belge (v. *infra*, n° 209), tendrait sûrement à garantir une meilleure effectivité des décisions judiciaires.

Les dispositions françaises sont en conformité avec l'article 9 (3) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant selon lequel « les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>204</sup>. On retrouve dans d'autres législations européennes cette volonté de maintenir les liens entre l'enfant et ses deux parents comme en Suisse<sup>205</sup>, en Italie<sup>206</sup> ou en Allemagne<sup>207</sup>.

---

<sup>202</sup> Art. 373-2-6 al. 2 C. civ. Le parent qui entrave la relation entre l'enfant et l'autre parent peut également être condamné pénalement pour non-représentation d'enfant (art. 227-5 C. pén.).

<sup>203</sup> Art. 373-2-6 *in fine* C. civ. L'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers prévoit que « la délivrance d'un titre d'identité ou de voyage requiert l'autorisation des deux parents » (nouvel art. 372-3 C. civ.). L'alinéa 3 de l'article 373-2-6 serait aussi modifié : le juge « peut également ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents. La durée de cette mesure doit être déterminée par le juge et ne saurait excéder deux ans. Elle est inscrite au fichier des personnes recherchées à l'initiative du parent le plus diligent ». Enfin, un quatrième alinéa serait inséré : « en cas d'urgence, le procureur de la République peut ordonner à titre provisoire l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents. Il fait inscrire sans délai cette mesure au fichier des personnes recherchées. Il saisit dans les trois jours le juge aux affaires familiales afin que celui-ci statue sur le fondement des dispositions de l'alinéa précédent. Le juge se prononce dans le délai d'un mois à compter de sa saisine, faute de quoi la mesure ordonnée à titre provisoire par le procureur de la République est caduque. La décision du juge est communiquée sans délai au procureur de la République, qui fait radier l'interdiction ordonnée à titre provisoire et, le cas échéant, inscrire l'interdiction ordonnée par le juge » : GEBLER L., *La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques*, AJ fam. 2009, 150.

<sup>204</sup> L'article 23 (3) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 a été rédigé dans des termes identiques. Dans son rapport *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles*, la défenseure des enfants préconise l'insertion d'un nouvel alinéa dans l'article 373-2 inspiré de ces conventions internationales : « l'enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec chacun de ses deux parents. Seuls des motifs graves peuvent faire obstacle à ce droit » (Défenseure des enfants, *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles*, rapport annuel, 2008, p. 94 et s.).

<sup>205</sup> Selon l'article 274 du Code civil suisse, « le père et la mère doivent veiller à ne pas perturber les relations de l'enfant avec l'autre parent et à ne pas rendre l'éducation plus difficile ». Par ailleurs, le parent qui n'a pas la garde (la résidence habituelle) a le droit au maintien de ses relations personnelles avec celui-ci, sauf si l'exercice de ce droit est préjudiciable à l'enfant (art. 273 C. civ.).

**205 Consensus.** Le juge français doit inciter les parents à s'accorder sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale<sup>208</sup>. Il s'efforce de les concilier en cas d'opposition et peut leur proposer une mesure de médiation familiale, aux fins de faciliter la recherche « *d'un exercice consensuel de l'autorité parentale* » (art. 373-2-10 al. 2 C. civ.). C'est dans cette perspective que les accords entre les parents sont recherchés. Ainsi, les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution de chacun au devoir d'entretien peuvent être prévues dans une convention<sup>209</sup>. Le recours à un mécanisme conventionnel permet d'espérer que les devoirs de chacun seront plus facilement respectés que s'ils étaient imposés par le juge. Comme en France, les accords parentaux sont privilégiés en Belgique<sup>210</sup>, en Italie<sup>211</sup> ou en Suisse<sup>212</sup>.

**206 Conclusion.** Le maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale malgré la séparation des parents suppose la survivance du couple parental en dépit de la disparition

---

<sup>206</sup> Le nouvel article 155 du Code civil italien dispose que l'enfant dont les parents viennent de divorcer a le droit de maintenir un rapport équilibré et continu avec chacun d'eux et de recevoir soin, éducation et instruction des deux.

<sup>207</sup> Chacun des parents doit s'abstenir de nuire aux relations entre l'enfant et l'autre parent ou d'entraver gravement son éducation (§ 1684 BGB).

<sup>208</sup> Art. 373-2-10 C. civ.

<sup>209</sup> La possibilité pour les parents de s'accorder existe depuis l'introduction de l'article 376-1 dans le Code civil. La loi du 11 juillet 1975 *relative au divorce* a également inclus dans le Code civil des dispositions permettant de tenir compte des accords parentaux, mais cette fois lors du règlement des conséquences du divorce à l'égard des enfants (Ancien art. 232, ancien art. 290, ancien art. 293 C. civ. V. LAOUENAN O., *Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002*, JCP éd. G 2003, I, 149). La loi du 4 mars 2002 s'inscrit dans ce mouvement en multipliant les hypothèses et en étendant cette faculté à tous les parents, qu'ils soient ou non mariés. Ceci participe d'une tendance générale d'autonomisation de la volonté et de contractualisation du droit de la famille qui se retrouve à la fois sur le plan patrimonial et extrapatrimonial (v. *supra*, n° 6). Les conventions parentales restent cependant largement soumises à l'ordre public. Ainsi, l'article 376 du Code civil dispose qu'aucune renonciation ou cession « *ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous* ». La convention ne peut, par conséquent, porter sur l'existence même des droits, mais uniquement sur leur aménagement, dans la mesure où ils sont indisponibles. « *Que les accords parentaux se multiplient et remplacent des conflits épuisants et néfastes est plutôt a priori bon signe ; mais ces accords ne doivent pas cacher des coups de force d'un parent ou des démissions, sinon le succès d'une des finalités des réformes récentes se construira sur l'échec d'une autre de ses finalités : la faveur faite au consensualisme contrariera le principe de coparentalité. Les juges ont donc raison d'être prudents sur les renonciations d'un des parents à exercer ses prérogatives d'autorité parentale* », MURAT P., *La méfiance des juges face aux accords attribuant exclusivement à un des parents l'exercice de l'autorité parentale*, Dr. fam. 2005, étude n° 101.

<sup>210</sup> Art. 374, § 1 C. civ. belge.

<sup>211</sup> Art. 155 al. 2 C. civ. italien.

<sup>212</sup> Art. 133 (lorsque les parents ont été mariés) et art. 298 a (lorsque les parents n'étaient pas mariés) C. civ. suisse. Le maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale après le divorce des parents ou son attribution conjointe lorsque les parents ne sont pas mariés est soumis à la ratification d'une convention. Celle-ci doit prévoir la contribution de chacun des parents aux frais d'entretien de l'enfant et leur participation à sa prise en charge.

du couple conjugal. Il nécessite une bonne entente des père et mère. En Europe, les législateurs ont tenté par diverses dispositions de rendre effectif le principe de coparentalité. Cependant, même si les procédures de divorce tendent vers une pacification, une part importante des ruptures demeure, dans les premiers temps tout du moins, largement conflictuelle<sup>213</sup>. Ce constat ne facilite pas la mise en œuvre du principe de coparentalité et les difficultés sont accrues en cas de violences conjugales. La prolongation du couple parental peut susciter des difficultés lorsqu'ils ont reconstitué un nouveau foyer. En effet, il est particulièrement délicat pour le beau-parent de trouver une place alors même que la loi s'efforce de maintenir des relations fortes entre l'enfant et ses deux parents. Cela est d'autant plus compliqué lorsque la résidence de l'enfant est fixée en alternance chez ses deux parents.

## 2. La résidence de l'enfant

**207 Fondement.** La loi du 4 mars 2002 a instauré en droit français la possibilité de fixer la résidence de l'enfant en alternance chez chacun de ses parents<sup>214</sup>. L'inscription dans le Code civil de la résidence alternée, « *forme la plus achevée de la coparentalité* »<sup>215</sup>, est une nouveauté<sup>216</sup>. Elle tend à effacer la primauté de la mère dans la fixation de la résidence de l'enfant et à favoriser l'exercice effectif de la coparentalité en maintenant les liens entre

---

<sup>213</sup> En France, sur 155 253 divorces prononcés en 2005, 43 578 l'ont été sur le fondement du divorce pour faute soit un peu moins du tiers des divorces, Annuaire statistique de la Justice, éd. 2007, p. 89, disponible sur [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr).

<sup>214</sup> Avant la loi du 4 mars 2002, la Cour de cassation s'était montrée hostile à ce mode d'hébergement (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 mars 1983, D. 1984, jur., 53, note MOUSSA T. ; JCP éd. G 1984, II, n° 20163, note DEKEUWER A. ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 mai 1984, D. 84, IR, p. 289, obs. BENABENT A. V. également en ce sens la jurisprudence des Cours d'appel qui refusaient par principe l'alternance, GARE T, note sous CA Paris, 10 février 1999, JCP éd. G, II, 10170). L'ancien article 287 du Code civil pouvait être interprété comme imposant au juge de fixer la résidence de l'enfant chez l'un ou l'autre de ses père et mère, empêchant ainsi toute tentative d'alternance. Toutefois, certains magistrats parvenaient à contourner cette interdiction en fixant un large droit de visite et d'hébergement dont les effets étaient voisins (V. CA Paris, 10 février 1999, préc.). Les parents non mariés pouvaient, quant à eux, convenir à l'amiable de mettre en place dans les faits une résidence en alternance (THIZON M., *Pour améliorer encore la coparentalité*, AJ fam. 2003, 302).

<sup>215</sup> GAUTIER P., Rapport d'information n° 388 sur l'activité de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes pour l'année 2005-2006, *Familles monoparentales, familles recomposées : un défi pour la société française*, 2006, p. 129.

<sup>216</sup> Sur le processus qui a conduit à son adoption définitive, v. LEMOULAND J.-J., *La résidence alternée, dix-huit mois plus tard*, RJPF-2003-9/11 ; VAUVILLE F., *Du principe de coparentalité*, LPA 18 octobre 2002, n° 209, p. 4. Il faut néanmoins rappeler que, depuis 1998, le principe de la résidence alternée était inscrit dans le Code civil à l'article 22-1 (modifié par l'ordonnance du 4 juillet 2005), selon lequel l'enfant mineur dont l'un des deux parents acquiert la nationalité française devient français de plein droit s'il a la même résidence habituelle que celui-ci ou s'il réside alternativement avec lui.

l'enfant et chacun de ses parents. La résidence alternée n'est qu'une possibilité pour le juge. Elle semble, cependant, être une priorité dans la mesure où la fixation de la résidence au domicile de l'un seul des parents n'apparaît qu'en seconde position dans l'article 373-2-9 du Code civil<sup>217</sup>. On constate dans l'ensemble, une tendance à un abandon progressif de la fixation de la résidence de l'enfant au domicile de la mère au profit de l'alternance<sup>218</sup>. La résidence alternée a généralement un coût pour les parents dans la mesure où elle nécessite un certain nombre d'aménagements<sup>219</sup>. En 2003, une demande de résidence alternée a été formulée dans 10,3 % des affaires terminées<sup>220</sup> et elle a été ordonnée par le juge dans 8,8 % des cas<sup>221</sup>. Elle est prononcée deux fois moins souvent lorsque les parents de l'enfant n'étaient pas mariés (7 % des cas en l'absence de mariage contre 11,5 % lors des procédures de divorce)<sup>222</sup>. Lorsque le divorce est prononcé pour faute, l'alternance n'est retenue que dans 4 % des affaires<sup>223</sup>.

**208 Mise en œuvre.** Le juge aux affaires familiales peut être saisi par les parents<sup>224</sup>, par l'un d'eux seulement ou par le ministère public<sup>225</sup>. Les parents peuvent la prévoir par convention homologuée par le juge. La majorité des demandes est issue d'un tel accord parental<sup>226</sup>. L'homologation est généralement accordée par les juges qui considèrent qu'ils n'ont pas à intervenir lorsque les parents s'entendent<sup>227</sup>. La convention doit également préciser la contribution de chacun à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. S'il considère

---

<sup>217</sup> MESTROT M., *Aspects consensuels et conflictuels de la résidence alternée dans la loi relative à l'autorité parentale*, LPA 13 août 2004, n° 162, p. 3.

<sup>218</sup> CHAUSSEBOURG L. et BAUX D., *L'exercice de l'autorité parentale après le divorce ou la séparation des parents non mariés*, ministère de la Justice, 2007, p. 22. Sur une étude complète de la résidence alternée (aspects pécuniaires, sentiments des parents, organisation temporelle et spatiale), v. BRUNET F., KERTUDO P. et MALSAN S., *Etude sociologique sur la résidence en alternance des enfants de parents séparés*, CNAF, Dossier d'étude n° 109, 2008.

<sup>219</sup> Ceci se déduit du faible nombre de recours à l'aide juridictionnelle, enquête réalisée par le ministère de la Justice (fin 2003) dont les résultats sont repris dans le rapport d'activité *Familles monoparentales, familles recomposées : un défi pour la société française*, rapp. préc., p. 131.

<sup>220</sup> Il s'agit à la fois des procédures de divorce, des modifications des dispositions de l'après divorce, des demandes de parents naturels, *ibid.*, p. 130. Logiquement, la demande est plus souvent formulée au cours d'une procédure de divorce par consentement mutuel (dans 15,7 % contre 7,3 % dans les autres procédures).

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>222</sup> CHAUSSEBOURG L. et BAUX D., étude préc., p. 42.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>224</sup> Art. 373-2-7 C. civ.

<sup>225</sup> Celui-ci peut être saisi par un tiers, parent ou non (art. 373-2-8 C. civ.).

<sup>226</sup> Dans 80,7 % des cas la demande est conjointe, *Familles monoparentales, familles recomposées : un défi pour la société française*, rapp. préc., p. 130.

<sup>227</sup> HEBRARD S., préc., p. 297.

que cela est dans l'intérêt de l'enfant, le juge peut l'imposer malgré les réticences des parents ou si seulement l'un d'eux en fait la demande<sup>228</sup>. Cette possibilité révèle encore la volonté du législateur d'en faire une priorité et de généraliser un exercice conjoint effectif de l'autorité parentale<sup>229</sup>. En présence d'un tel désaccord, le Code civil prévoit que le juge s'efforce de concilier les parents et qu'il peut leur proposer une mesure de médiation<sup>230</sup>. Dans la majorité des cas, le juge refuse la demande de résidence alternée lorsque les parents ne parviennent pas à un consensus<sup>231</sup>. Lorsqu'il la refuse ou qu'il l'impose aux parents<sup>232</sup>, le juge doit motiver sa décision sous peine de cassation<sup>233</sup>. La loi ne prévoit pas les conditions nécessaires à sa mise en œuvre. L'opportunité d'une telle mesure est donc laissée à l'appréciation souveraine des magistrats<sup>234</sup>. L'intérêt de l'enfant est le principal critère intervenant dans la fixation de ce mode d'hébergement. Ses souhaits sont souvent pris en compte<sup>235</sup>. La proximité entre les résidences des parents est un élément

---

<sup>228</sup> Art. 373-2-9 C. civ. al. 2. V. CA Paris, 13 janvier 2005, Juris-data n° 2005-263410, Dr. fam. 2005, n° 102, obs. MURAT P. (la résidence des enfants est fixée en alternance malgré le refus des parents et les réticences des travailleurs sociaux et du psychiatre, la cour considérant que cet hébergement est la seule façon de maintenir le juste équilibre entre les parents) ; CA Nîmes, 28 novembre 2007, Juris-data n° 2007-353592.

<sup>229</sup> En ce sens, LEMOULAND J.-J., art. préc.

<sup>230</sup> Art. 373-2-10 C. civ. Il semble que la médiation familiale soit peu utilisée (0,4 % des cas de divorces) : CHAUSSEBOURG L. et BAUX D., art. préc., p. 36.

<sup>231</sup> Dans 75 % des cas en 2003, LIENHARD C., *Résidence alternée : première évaluation*, AJ fam. 2004, 182. Afin de s'assurer que, malgré l'absence d'accord, une résidence alternée peut être envisagée à long terme, le juge a la possibilité de la fixer provisoirement. Il doit alors en indiquer la durée (v. par exemple, CA Orléans, 19 juin 2007, Juris-data n° 2007-346117 : résidence en alternance pour une durée de sept mois). A l'issue de cette période d'essai, le juge statue définitivement sur l'opportunité de fixer la résidence de l'enfant en alternance. L'essai n'est pas toujours concluant (v. par exemple, CA Aix-en-Provence, 1<sup>er</sup> décembre 2004, Juris-data n° 2004-261928, Dr. fam. 2005, comm. n° 131, obs. MURAT P. ; CA Aix-en-Provence, 26 octobre 2006, Juris-data n° 2006-323202) mais le juge peut considérer inopportun d'y mettre fin (v. par exemple, CA Aix-en-Provence, 4 août 2006, Juris-data n° 2006-315174 ; CA Toulouse, 27 juin 2006, Juris-data n° 2006-311693 ; CA Aix-en-Provence, 22 mai 2006, Juris-data n° 2006-311400). Le parent qui chercherait manifestement à empêcher le bon déroulement de la résidence alternée à l'essai peut être sanctionné. « *Il court le risque de voir la résidence de l'enfant fixer chez l'autre parent, son attitude pouvant être considérée comme ne respectant pas les droits de ce dernier* » (GOUTTENOIRE-CORNUT A., *La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002*, Dr. fam. 2002, étude n° 24).

<sup>232</sup> V. par exemple, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 février 2006, n° 05-13202, Bull. civ. I, n° 65 ; Dr. fam. 2006, n° 158, commentaire MURAT P.

<sup>233</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 octobre 2006, n° 05-18069. Cette motivation est conforme aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, LEMOULAND J.-J., art. préc. Il ressort de la jurisprudence que les magistrats sont prudents en la matière et qu'ils motivent leurs choix de façon très détaillée (v. par exemple, CA Orléans, 2 mai 2006, Juris-data n° 2006-309717 ; CA Aix-en-Provence, 3 octobre 2006, Juris-data n° 2006-317392).

<sup>234</sup> L'article 373-2-11 du Code civil évoque simplement quelques éléments qui peuvent être pris en considération tels que la pratique antérieure ou les accords que les parents ont pu précédemment conclure, les sentiments de l'enfant, l'aptitude de chaque parent à assumer ses devoirs et à respecter les droits de l'autre, les résultats d'expertise ou les renseignements recueillis lors des éventuelles enquêtes.

<sup>235</sup> V. par exemple, CA Caen, 9 novembre 2006, Juris-data n° 2006-322076 ; CA Aix-en-Provence, 26 octobre 2006, Juris-data n° 2006-323229 ; CA Aix-en-Provence, 4 août 2006, Juris-data n° 2006-315174 ;

important<sup>236</sup>, mais il n'est pas suffisant<sup>237</sup>. La disponibilité des parents ainsi que leur aptitude à dépasser des relations conflictuelles influencent pareillement le juge quant au choix de cette forme d'hébergement<sup>238</sup>. L'âge de l'enfant n'est pas forcément un critère efficient<sup>239</sup>. Plus de la moitié des enfants sont âgés de cinq à dix ans<sup>240</sup>. L'alternance se traduit généralement par une semaine chez le père suivie d'une semaine au domicile de la mère. Mais elle ne suppose pas un partage égal du temps passé chez chacun des parents<sup>241</sup>. Les éléments de l'espèce incitent parfois les juges à faire preuve d'imagination<sup>242</sup>.

La résidence par alternance est une mesure provisoire et comme telle, toujours révisable si les circonstances le justifient. Il peut y être mis fin lorsque le juge considère qu'elle n'est plus dans l'intérêt de l'enfant, par exemple en cas de rapports conflictuels entre les

---

CA Toulouse, 27 juin 2006, Juris-data n° 2006-311693 ; CA Rennes, 20 avril 2006, Juris-data n° 2006-321175. Sur l'audition du mineur par un tiers, v. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 septembre 2007, n° 06-18379, Bull. civ. I, n° 286 ; AJ fam. 2007, 432, note THIERRY J.-B. ; D. 2007, AJ, 2541 ; RTD civ. 2008, 100, obs. HAUSER J. ; GP 16-17 janvier 2008, somm., obs. MASSIP J. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 192, obs. MURAT P. ; JCP éd. G 2008, II, 10026, note ZELCEVIC-DUHAMEL A. ; JCP éd. G 2008, I, 102, n° 6, note BIDEAU C. ; RJPF-2008-1/37, note MULON E. ; GOUTTENOIRE A. et BONFILS P., *Droit de l'enfant*, juin 2007 - juin 2008, D. 2008, 1854.

<sup>236</sup> Pour certains juges, il s'agit d'une « condition indispensable à l'organisation d'une résidence alternée », CA Paris, 20 septembre 2006, Juris-data n° 2006-316504.

<sup>237</sup> V. par exemple, CA Aix-en-Provence, 3 octobre 2006, Juris-data n° 2006-317392 ; CA Rennes, 9 mai 2006, Juris-data n° 2006-299485 ; CA Rennes, 20 avril 2006, Juris-data n° 2006-321175.

<sup>238</sup> V. par exemple, CA Aix-en-Provence, 26 octobre 2006, Juris-data n° 2006-323202, préc. ; CA Nîmes, 3 mai 2006, Juris-data n° 2006-315427 (dégradation des relations entre les parents, communication entre eux insuffisante pour pouvoir mettre en place une résidence en alternance). Mais les relations conflictuelles entre les parents ne sont pas forcément rédhibitoires, v. en ce sens, CA Aix-en-Provence, 3 octobre 2006, Juris-data n° 2006-317392. La résidence alternée est parfois un moyen de pacifier les relations entre les parents, v. CA Bourges, 6 avril 2006, Juris-data n° 2006-311438.

<sup>239</sup> V. par exemple, CA Orléans, 2 mai 2006, préc. (enfants trop jeunes, 3 et 5 ans) ; CA Rennes, 9 mai 2006, Juris-data n° 2006-299485 (résidence alternée refusée en raison du trop jeune âge de l'enfant qui a besoin de stabilité dans ses repères de vie et sur le plan scolaire ainsi que d'un maternage indispensable à 3 ans) ; *Contra*, CA Aix-en-Provence, 13 avril 2006, Juris-data n° 2006-316445 (enfant âgé de 4 ans au moment de la mise en place de la résidence alternée demandée conjointement par les parents) ; CA Caen, 25 janvier 2007, Juris-data n° 2007-328386 (enfant âgé de dix-sept mois), CORDIER M.-T., *Séparation des parents et lieu de vie des enfants, Panorama de jurisprudence- Résidence alternée*, Dr. fam. 2008, étude n° 1.

<sup>240</sup> *La résidence alternée : statistiques*, GP 03 septembre 2005 n° 246, p. 20. C'est à huit ans que la mesure est la plus souvent prononcée (CHAUSSEBOURG L. et BAUX D., art. préc., p. 22 : 17 % des enfants âgés de huit ans en 2006).

<sup>241</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 avril 2007, n° 06-16886, Bull. civ. I, n° 156.

<sup>242</sup> A ainsi pu être mise en place une alternance d'une durée de six semaines chez la mère en France puis six semaines chez le père résidant aux États-Unis ou une alternance d'une année sur deux lorsque les parents vivent dans deux pays différents, Défenseure des enfants, rapport annuel, 2005, La Documentation française, p. 102 ; CA Toulouse, 15 mai 2007, Juris-data n° 2007-341320 (alternance sur une période de vingt-huit jours en raison de la profession du père).

parents<sup>243</sup>, de besoin de stabilité de l'enfant<sup>244</sup>, de déménagement<sup>245</sup> ou si le maintien d'une telle mesure exposerait l'enfant à une tension quasi quotidienne<sup>246</sup>.

**209 Droit comparé.** Ce mode d'hébergement a également été adopté par certains États européens voisins à l'instar de la Belgique<sup>247</sup>, de l'Italie<sup>248</sup>, de la Suisse<sup>249</sup> ou de l'Espagne<sup>250</sup>. La possibilité de recourir à une résidence alternée peut n'être réservée qu'aux parents divorcés (Suisse<sup>251</sup>). A l'instar de la législation française, le juge doit examiner prioritairement cette mesure en Belgique<sup>252</sup> et en Italie<sup>253</sup>. La résidence alternée peut parfois être imposée à l'un des parents. Ainsi, en Belgique, le juge peut fixer la

---

<sup>243</sup> CA Lyon, 6 juin 2006, Juris-data n° 2006-317910 (conflit profond entre les parents dont l'enfant est l'enjeu. Violences physiques pendant le concubinage et après la séparation entraînant la suppression de l'alternance).

<sup>244</sup> CA Lyon, 23 mai 2006, Juris-data n° 2006-317920 (préadolescente dont les résultats scolaires sont en baisse, qui a des problèmes de comportement à l'école et dont le père critique les principes éducatifs de la mère).

<sup>245</sup> CA Bastia, 26 décembre 2006, Juris-data n° 2006-322433.

<sup>246</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 septembre 2007, préc. : absence totale de communication entre les parents.

<sup>247</sup> Loi du 18 juillet 2006 *tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et règlementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant*, entrée en vigueur le 14 septembre 2006.

<sup>248</sup> Loi du 8 février 2006 n° 54 (« *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli* »), Gaz. Uff., 1<sup>er</sup> mars 2006, n° 50.

<sup>249</sup> Le recours à la garde alternée était discuté avant l'entrée en vigueur en 2000 de la loi sur le divorce permettant l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Un large droit de visite (trois ou quatre jours par semaine) pouvait parfois être octroyé conventionnellement à l'un des parents ce qui permettait dans les faits de s'en approcher. Par une décision du 18 mai 2001, le Tribunal fédéral a précisé les contours de cette possibilité. Il a défini la garde alternée comme étant « *la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en mois* ». Elle ne peut être instaurée que sur le fondement de l'article 133 alinéa 3 du Code civil (Message du Conseil fédéral, FF 1996 I 133).

<sup>250</sup> Loi n° 15/2005 du 8 juillet 2005 portant modification du Code civil et du Code de procédure civile en matière de séparation et de divorce, BOE n° 163, 9 juillet 2005, p. 24458. La pratique de la résidence alternée était jusque là admise, mais ne faisait pas l'objet d'une réglementation spécifique. V. CADET F., *La réforme du droit de la famille espagnol par les lois du 1<sup>er</sup> et du 8 juillet 2005 : entre évolution et révolution*, Dr. fam. 2005, études n° 25.

<sup>251</sup> L'article 133 alinéa 3 du Code civil permet aux seuls parents divorcés de déterminer par convention leur participation à la prise en charge de l'enfant et prévoir ainsi une garde alternée.

<sup>252</sup> La loi précise expressément que le juge doit examiner prioritairement la demande d'hébergement égalitaire et ce, même si elle n'émane que de l'un des parents. C'est seulement s'il considère que cette formule n'est pas la plus appropriée qu'il peut décider de choisir un hébergement non égalitaire (art. 374 § 2 al. 3 C. civ.).

<sup>253</sup> Art. 155 al. 2 C. civ. Le juge fixe la garde exclusive chez l'un seul des parents s'il considère que l'alternance est contraire à l'intérêt de l'enfant (art. 155 bis C. civ.). Chacun des parents peut, à tout moment, le saisir en vue d'obtenir la garde exclusive.

résidence en alternance en cas d'accord des parties<sup>254</sup> ou si l'un d'eux la demande<sup>255</sup>. En Espagne, la fixation de la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents peut résulter d'un accord de ceux-ci<sup>256</sup>. Mais la garde conjointe peut aussi être demandée par l'un des parents seulement. Le juge ne peut alors l'accorder que dans des circonstances exceptionnelles et doit obtenir l'avis favorable du procureur. La garde conjointe doit être le seul moyen de protéger suffisamment l'intérêt de l'enfant<sup>257</sup>. A l'inverse, en Suisse, « *l'instauration d'une garde alternée présuppose en tous les cas l'accord des deux parents et ne peut être imposée à l'un d'entre eux contre sa volonté* »<sup>258</sup>. A l'image de la législation française, les éléments qui doivent être pris en considération par le juge ne sont pas précisés dans ces différentes législations européennes. En pratique, on constate qu'ils sont proches de ceux retenus par les magistrats français. En Belgique, le juge doit spécialement motiver sa décision, « *en tenant compte des circonstances concrètes de la cause et de l'intérêt de l'enfant* ». L'intérêt des parents doit également être apprécié<sup>259</sup>. Il a pu être jugé que l'intérêt pour l'enfant d'entretenir une relation équitablement équilibrée avec chacun de ses parents justifiait l'hébergement égalitaire<sup>260</sup>.

---

<sup>254</sup> Comme en France, le tribunal peut inviter les parents à recourir à une mesure de médiation. Il doit tenter de les concilier et, s'il considère qu'un rapprochement est possible, il peut surseoir à statuer pour une durée qui ne doit pas excéder un mois (art. 387 bis C. civ.).

<sup>255</sup> Le législateur belge va beaucoup plus loin que le législateur français en permettant l'exécution effective de la décision malgré la mauvaise volonté des parents. En effet, si l'un des parents refuse d'exécuter la décision relative à l'hébergement de l'enfant ou au droit aux relations personnelles, l'autre peut saisir le juge qui statue toutes affaires cessantes (art. 387 ter C. civ.). Celui-ci dispose d'un certain nombre d'alternatives et peut notamment autoriser le parent victime à recourir à une mesure de contrainte dont il va déterminer la nature et les modalités d'exercice au regard notamment de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, il « *peut prononcer une astreinte tendant à assurer le respect de la décision à intervenir* » (art. 387 ter, § 1 *in fine* C. civ.) ou prévoir la remise du passeport (THEVENET-MONTFROND D., art. préc.). S'il l'estime nécessaire, le juge désigne une personne habilitée pour suivre l'huissier lors de l'exécution de la mesure. La possibilité d'imposer matériellement la décision judiciaire de résidence alternée démontre l'intention du législateur belge d'en favoriser l'application.

<sup>256</sup> Art. 92 al. 5 C. civ. espagnol. Le juge doit requérir l'avis du ministère public auquel il n'est pas lié. Il peut également auditionner l'enfant doué d'un discernement suffisant s'il le juge opportun ou sur demande du procureur, de l'enfant ou des parents.

<sup>257</sup> La résidence en alternance est impossible en cas de violences familiales ou lorsque l'un des parents fait l'objet d'une procédure pénale pour des faits entraînant une atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté, à l'intégrité morale ou à la liberté sexuelle de l'autre parent ou de l'enfant.

<sup>258</sup> Tribunal fédéral, 18 mai 2001, 5C.42/2001; Tribunal fédéral, 29 septembre 2006, 5C.143/2006 (conflit entre les parents qui n'ont pas fait de requête conjointe tendant à la fixation d'une garde alternée et qui sont incapables de coopérer).

<sup>259</sup> Art. 374 § 2 *in fine* C. civ. belge.

<sup>260</sup> Tribunal de la jeunesse de Charleroi, 12 novembre 2003, R. P. n° 36/02. La jurisprudence belge est très partagée sur les éléments devant être pris en considération. Par exemple, les relations conflictuelles entre les parents peuvent soit justifier l'hébergement égalitaire, soit à l'inverse l'empêcher. V. THEVENET-MONTFROND D., *L'hébergement alterné égalitaire des enfants en cas de crise familiale*, RLDC 2008, n° 46, 2862. A entraîné le rejet de la mise en place d'un hébergement égalitaire : la distance

En Suisse, il a été décidé que « *l'admissibilité d'un tel accord doit être appréciée sous l'angle du bien de l'enfant et dépend essentiellement des circonstances du cas particulier, tels que l'âge de l'enfant, la proximité des logements parentaux entre eux et avec l'école, la capacité de coopération des parents* »<sup>261</sup>.

**210 Résidence fixée chez un seul des parents.** Malgré la volonté du législateur de favoriser la résidence en alternance, la résidence de l'enfant est encore dans la majorité des cas fixée chez l'un des parents, en règle générale, la mère<sup>262</sup>. Les juges prennent en considération le seul intérêt de l'enfant apprécié *in concreto*<sup>263</sup>. Ainsi, la stabilité de la situation du parent ou ses meilleures conditions d'accueil<sup>264</sup>, les besoins et l'équilibre actuel de l'enfant<sup>265</sup>, une distance trop importante entre les domiciles des parents<sup>266</sup> ou une mésentente entre eux<sup>267</sup> ont pu, par exemple, fonder la décision des magistrats. L'appartenance du parent à une secte ou à un mouvement religieux ne peut, à elle seule, justifier le refus de fixer la résidence de l'enfant chez lui<sup>268</sup>. Selon l'article 373-2-9 du Code civil, « *lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, le*

---

entre les domiciles des parents, l'indisponibilité de l'un en raison de sa profession ou de son mode de vie, l'impossibilité matérielle de prendre en charge l'enfant...

<sup>261</sup> Tribunal fédéral, 18 mai 2001, préc.

<sup>262</sup> CHAUSSEBOURG L. et BAUX D., art. préc., p. 20 et 42. : le juge fixe dans 84 % des cas la résidence chez la mère lorsque les parents ne sont pas mariés, dans 78,5 % des hypothèses s'ils l'étaient.

<sup>263</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 mars 2007, n° 06-17869, Bull. civ. I, n° 103 ; JCP G 2008, I, 102, n° 5, note FAVIER Y. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 125, note MURAT P.

<sup>264</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 février 2008, n° 06-17006, RJPF-2008-5/34, note CORPART I. (stabilité professionnelle du père) ; CA Aix-en-Provence, 16 novembre 2007, Juris-data n° 2007-327140, CORDIER M.-T., *Panorama de jurisprudence* préc. (mère offrant des conditions d'accueil moins précaires et plus favorables).

<sup>265</sup> CA Aix-en-Provence, 15 juin 2007, Juris-data n° 2007-340467.

<sup>266</sup> CA Aix-en-Provence, 1<sup>er</sup> juin 2007, Juris-data n° 2007-340465 ; CA Bordeaux, 21 mars 2005, Juris-data n° 2005-270230.

<sup>267</sup> CA Caen, 21 décembre 2006, Juris-data n° 2006-328392 ; CA Nîmes, 6 février 2008, Juris-data n° 2008-361472, JCP éd. G 2008, IV, 2535.

<sup>268</sup> CEDH, 16 décembre 2003, arrêt Palau-Martinez contre France, AJ fam. 2004, 62, note PLANA S. ; Dr. fam. 2004, comm. n° 30, note LAMY (de) B. ; D. 2004, 1261 note BOULANGER F. ; RTD civ. 2004, 78, note HAUSER J. ; JCP éd. G 2004, II, 10122, note GOUTTENNOIRE A. Les juges doivent apprécier *in concreto* l'influence de la religion du parent sur l'éducation et la vie quotidienne des enfants. Or, « *la Cour estime dès lors qu'en l'espèce la cour d'appel s'est prononcée in abstracto et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel. Cette motivation, bien que pertinente, n'apparaît pas suffisante aux yeux de la Cour* ». En ce sens également, l'appartenance du parent aux Témoins de Jéhovah ne fait pas obstacle à la fixation d'une résidence en alternance, CA Aix-en-Provence, 13 avril 2006, Juris-data n° 2006-316445. V. également, CEDH, 16 mai 2006, Deschomets contre France, Décision sur la recevabilité, TURPIN F., *La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne sur le droit à la vie familiale*, in TAVERNIER P. (Dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme, La jurisprudence en 2006*, Bruylant, 2007, p. 191.

*juge aux affaires familiales statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent* »<sup>269</sup>. Ce nouvel alinéa, introduit par la loi du 5 mars 2007 *relative à la protection de l'enfance*, entérine une pratique courante des tribunaux qui octroyaient généralement un droit de visite au parent chez lequel l'enfant ne réside pas mais qui exerce l'autorité parentale<sup>270</sup>. Lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, le droit de visite peut être exercé dans un espace de rencontre désigné par le juge. Ce droit ne peut être refusé au parent que pour des motifs graves<sup>271</sup>. S'agissant du parent homosexuel, son droit de visite et d'hébergement a pu parfois être suspendu ou limité en raison de son choix de vie<sup>272</sup>.

**211 Homosexualité du parent.** On peut s'interroger également sur l'incidence de l'homosexualité de l'un des parents sur la détermination de la résidence de l'enfant. L'orientation sexuelle ne doit pas, en tant que telle, être un obstacle à l'exercice des droits parentaux (v. *supra*, n<sup>os</sup> 196 et s.). Il devrait en être de même en matière de résidence de l'enfant<sup>273</sup>. Or, au vu de la jurisprudence, il apparaît que l'homosexualité constitue parfois

---

<sup>269</sup> Le juge ne peut subordonner l'exercice du droit de visite à la volonté des enfants, il doit en fixer les modalités. V. par exemple, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 décembre 2008, AJ fam. 2009, 31, obs. CHENEDE F. ; D. 2009, 20, note EGEA V. ; CHAUVIN P. et CRETON C., *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation*, D. 2009, 747.

<sup>270</sup> BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n<sup>o</sup> 556. Il semble que les juges du fond motivaient et motivent encore parfois leur décision sur le fondement de l'article 373-2-1 du Code civil. V. par exemple, CA Rouen, 22 novembre 2007, Juris-data n<sup>o</sup> 2007-350761 ; CA Paris, 2 avril 2008, Juris-data n<sup>o</sup> 2008-359972.

<sup>271</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 mars 2006, D. 2006, 881, obs. GALLMEISTER I. ; RTD civ. 2006, 300, obs. HAUSER J. ; Dr. fam. 2006, comm. n<sup>o</sup> 157, note MURAT P. ; AJ fam. 2006, 202, obs. CHENEDE F. : « *attendu que le parent qui exerce conjointement l'autorité parentale ne peut se voir refuser un droit de visite et d'hébergement que pour des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

<sup>272</sup> CA Aix-en-Provence, 5 février 2004, Juris-data n<sup>o</sup> 2004-234939 (les droits de visite et d'hébergement du père sont suspendus conformément à la volonté des enfants perturbés par l'homosexualité de leur père et par son autoritarisme.) ; CA Metz, 6 mai 2003, Juris-data n<sup>o</sup> 2003-216406 (« *attendu que dès lors ce qui peut poser problème, vis-à-vis de l'équilibre et de la moralité des enfants nés de son mariage avec Mme B., ce n'est pas en soi le fait que M. B soit homosexuel, mais qu'il vive avec un autre homme à son domicile et qu'il accueille dans ces conditions des enfants encore relativement jeunes et dont les repères ne sont pas définitivement acquis* ». Le droit de visite et d'hébergement du père est suspendu et il ne peut bénéficier que d'un droit de visite hors la présence de son compagnon.) ; CA Nîmes, 19 septembre 2001, préc. *Contra* CA Aix-en-Provence, 30 mars 2004, préc. (l'homosexualité de la mère n'est pas un obstacle au bon déroulement d'un droit de visite et d'hébergement classique) ; CA Besançon, 9 février 2001, préc. ; CA Pau, 19 juin 2000, préc. (l'homosexualité du père ne saurait être constitutive d'un motif grave entraînant le refus d'octroi d'un droit de visite et d'hébergement).

<sup>273</sup> CA Douai, 2 mai 2002, Juris-data n<sup>o</sup> 2002-183444 : « *il convient de rappeler que seul l'intérêt de l'enfant doit présider à la détermination de sa résidence et que le penchant homosexuel de l'un des parents ne doit pas être pris en compte dès l'instant où celui-ci n'entraîne pas de conséquence sur l'équilibre psychologique de l'enfant ; qu'aucune considération morale de principe ne doit servir de critère en la matière dès lors que le comportement du parent gardien n'est pas susceptible d'entraîner des perturbations chez l'enfant et une perte de repères fondamentaux* » : résidence fixée chez la mère indépendamment de son homosexualité.

encore un élément rédhibitoire et ce d'autant plus si ce parent a refait sa vie. La résidence de l'enfant est fréquemment fixée chez l'autre parent qui semble être plus à même d'offrir un environnement épanouissant à l'enfant<sup>274</sup>. Certaines juridictions établissent néanmoins la résidence de l'enfant chez son parent homosexuel. Il s'agit alors quasi exclusivement de la mère<sup>275</sup>. L'homosexualité du parent peut parfois être un élément justifiant l'alternance<sup>276</sup>.

**212 Conclusion.** La résidence en alternance suscite un certain nombre de critiques notamment lorsqu'elle est imposée aux parents ou qu'elle concerne des enfants trop jeunes<sup>277</sup>. Elle peut cependant être une solution satisfaisante pour l'enfant. Elle peut également aider à pacifier les relations entre les ex-conjoints ou concubins dans la mesure où l'enfant est moins l'objet d'un conflit ou d'une rivalité. Bien entendu, cette solution n'est pas idéale et sa généralisation n'est pas appropriée à chaque situation. Mais elle doit, dans la mesure du possible, être privilégiée et on peut constater que les États voisins tendent également à en faire prioritairement le mode d'hébergement consécutif à une séparation, même si elle ne bénéficie encore parfois qu'aux ex-époux.

---

<sup>274</sup> CA Besançon, 8 avril 2005, Juris-data n° 2005-284843 (« *si la vie sentimentale d'un parent ne peut à elle seule motiver la fixation chez l'autre parent de la résidence habituelle de l'enfant, la Cour estime cependant, au vu des constatations de l'enquêteur social (...), que le père, qui a reconstruit une cellule familiale et qui n'est pas moins disponible que la mère, est le plus à même d'apporter à M. le climat d'équilibre et de sérénité dont elle a besoin pour construire sa personnalité* ») ; CA Aix-en-Provence, 30 mars 2004, Juris-data n° 2004-244104 (résidence fixée chez le père âgé de 75 ans, relations difficiles entre la mère et la fille qui refuse la compagne de sa mère.) ; CA Aix-en-Provence, 5 février 2004, Juris-data n° 2004-234939 (résidence fixée chez la mère, les enfants étant perturbés par l'homosexualité du père) ; CA Metz, 6 mai 2003, Juris-data n° 2003-216406 (résidence fixée chez la mère, homosexualité du père) ; CA Nîmes, 19 septembre 2001, Juris-data n° 2001-156960 (« *quant aux relations avec les enfants, le rempart dressé entre eux et le père n'est que la conséquence de l'homosexualité de celui-ci* ») ; CA Besançon, 9 février 2001, Juris-data n° 2001-154457 (résidence fixée chez le père, la mère vit en concubinage homosexuel) ; CA Pau, 19 juin 2000, Juris-data n° 2000-122426 (homosexualité du père, résidence fixée chez la mère).

<sup>275</sup> CA Douai, 2 mai 2002, Juris-data n° 2002-183444, préc. ; CA Nancy, 4 février 2002, Juris-data n° 2002-178587.

<sup>276</sup> CA Bordeaux, 22 janvier 2007, Juris-data n° 2007-325768 : « *il résulte de certaines attestations que la mère partage son logement avec une autre femme et a, avec elle, des relations très proches et caressantes, tendant à la recherche de l'intimité à l'exclusion des tiers, ce qui peut laisser penser malgré ses dénégations à une relation homosexuelle. Si aucune conséquence quant aux qualités humaines et aux qualités de mère ne peuvent être tirées de cette situation, il y a lieu de rechercher, si un jeune garçon, élevé au milieu de l'entente fusionnelle de deux femmes, ne risque pas de manquer une référence virile. En conséquence, il convient, dans son intérêt, malgré son jeune âge, en considération de la relation de qualité nouée par le père avec l'enfant et de la proximité géographique des deux domiciles, distants de vingt kilomètres, de fixer une résidence alternée* ».

<sup>277</sup> *Familles monoparentales, familles recomposées : un défi pour la société française*, rapp. préc., p. 131.

La situation du tiers coparent est largement tributaire des éléments qui viennent d'être envisagés.

### B. La situation du tiers

**213 Relations du tiers conditionnées par la résidence de l'enfant.** Lorsque sa résidence est fixée chez l'un de ses parents, l'enfant va vivre quotidiennement avec le nouveau conjoint ou compagnon. Ce dernier peut s'investir dans son éducation en l'aidant à faire ses devoirs, en allant le chercher à l'école, en signant ses bulletins scolaires. Il peut également contribuer à son entretien. Il est plus présent dans la vie de l'enfant que le second parent. Ceci n'implique cependant pas automatiquement une participation active du tiers dans l'éducation de l'enfant. On remarque que les beaux-pères ont davantage tendance à jouer un rôle de substitut parental que les belles-mères. En effet, ce qui pouvait sembler n'être que de l'ordre du stéréotype se vérifierait encore à l'heure actuelle<sup>278</sup>. La réputation des marâtres a la vie dure ! Ceci s'explique notamment par le fait que lorsque la résidence de l'enfant n'est pas en alternance, elle est encore largement fixée chez la mère. Le beau-père peut apporter un soutien à la fois affectif et financier, même lorsque l'enfant devient adulte. Si la résidence de l'enfant est fixée chez l'un des parents, le conjoint ou compagnon de l'autre n'a alors qu'un rôle plus ponctuel. Il n'intervient dans la vie de l'enfant que lors de l'exercice du droit de visite et d'hébergement du parent. Par ailleurs, il peut voir d'un mauvais œil l'intrusion périodique de l'enfant de l'ancien conjoint dans son nouveau foyer. A l'inverse, si les parents ont opté pour une résidence alternée ou si celle-ci leur a été imposée par le juge, les deux beaux-parents peuvent, s'ils le souhaitent, être impliqués à parts égales dans la vie de l'enfant. La situation est plus équilibrée mais les risques de tension sont multipliés spécialement lorsque les relations entre les parents demeurent conflictuelles.

**214 Appréhension du tiers.** Les revenus du coparent peuvent être pris en considération pour évaluer les facultés contributives de chaque parent lors du calcul du montant de la pension alimentaire due à l'enfant après la séparation. Alors même qu'il n'existe aucune disposition en ce sens, les magistrats tiennent compte des ressources du tiers vivant avec le

---

<sup>278</sup> CADOLLE S., *Le soutien apporté aux jeunes adultes dans les familles recomposées*, Recherches et Prévisions, n° 77, Les solidarités familiales, septembre 2004, CNAF, p. 37 et s.

parent chez lequel l'enfant réside, mais également celles du conjoint ou concubin du parent débiteur de la pension alimentaire<sup>279</sup>.

**215 Prérogatives légales.** Le tiers, parent ou non, peut saisir par simple requête le ministère public afin que celui-ci saisisse le juge aux affaires familiales aux fins pour ce dernier de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant<sup>280</sup>. Cette disposition peut bénéficier au coparent, mais ne lui est pas attribué. Le procureur de la République recueille les renseignements qu'il juge utiles sur l'enfant et sa famille (art. 1179-1 CPC). Cette saisine préalable permet au ministère public de filtrer les demandes. Le tiers peut également demander un droit de visite et d'hébergement ou se voir confier l'enfant dans des circonstances particulières (v. *infra*, n<sup>os</sup> 606 et s.).

Les relations entre l'enfant et le tiers coparent sont influencées par l'application du principe de coparentalité et par la volonté du législateur de maintenir les parents dans leur fonction parentale malgré la séparation du couple. Or, on assiste aujourd'hui au développement de structures familiales qui ne reposent plus sur l'existence préalable d'un couple avant la naissance de l'enfant. Le tiers coparent peut alors être à l'initiative du projet parental et de la naissance, ce qui peut avoir une incidence sur ses rapports avec l'enfant.

## § 2. La coparentalité homosexuelle

**216 Distinction.** Dans les faits, cette configuration familiale se rapproche beaucoup d'une reconstitution familiale classique : deux parents juridiques exercent conjointement l'autorité parentale sur l'enfant et un ou deux tiers ont une fonction de type parental auprès de lui. Pourtant, elle s'en démarque profondément dans la mesure où il n'y a pas eu initialement de couple conjugal. Il ne s'agit donc pas non plus d'une reconstitution familiale homosexuelle dans laquelle un couple homosexuel élève ensemble un enfant issu d'une union hétérosexuelle antérieure. A l'origine de cette famille, il y a un homme et une

---

<sup>279</sup> V. REBOURG M., th. préc., n<sup>o</sup> 287 et s. V. par exemple, Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 22 mars 2005, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 142 ; D. 2005, IR, 1112 ; RLDC 2005, n<sup>o</sup> 16, 665, obs. SCHWING J. (incidence des revenus de la nouvelle épouse du père sur le montant de la pension alimentaire due par la mère).

<sup>280</sup> Art. 373-2-8 C. civ. Sur le fondement de l'article 373-2-13 du Code civil, le tiers peut aussi saisir le ministère public s'agissant de la modification de la convention homologuée (v. *infra*, n<sup>o</sup> 222).

femme, tous deux homosexuels, décidant d'avoir ensemble un enfant, chacun d'eux étant ou non engagé dans une relation de couple<sup>281</sup>. Cette nouvelle appréhension de la conception d'un enfant peut surprendre. Il n'est plus alors le fruit de l'union de ses deux parents (juridiques et biologiques). L'enfant est voulu pour lui-même, par chacun des deux couples. On peut s'interroger sur les raisons qui poussent deux couples à vouloir s'unir « par les liens de l'enfant ». Nous avons déjà évoqué les couples lesbiens qui, grâce au tourisme procréatif, accèdent aux aides médicales à la procréation avec donneur, ouvertes aux femmes célibataires dans certains États européens (v. *supra*, n° 35). Mais l'anonymat parfois imposé ne convient pas toujours à ces démarches parentales. Certains couples souhaitent que l'enfant ait un père qui joue un rôle plus ou moins actif dans sa vie. Par ailleurs, le recours à une mère porteuse étant interdit et l'adoption d'un enfant par un célibataire homosexuel rarement prononcée dans les faits (v. *supra*, n° 79), cette perspective retient donc l'attention des couples gays. Ces familles semblent se développer de plus en plus<sup>282</sup>. Elles ne sont pas une spécificité française. En effet, des couples belges<sup>283</sup>, suisses<sup>284</sup>, italiens<sup>285</sup>, norvégiens<sup>286</sup> ou britanniques (v. *infra*, n° 626) recourent aussi à la coparentalité homosexuelle<sup>287</sup>.

---

<sup>281</sup> DESJEUX C., *Homosexualité et parentalité : du désir d'enfant à sa réalisation*, Recherches et prévisions, n° 93, septembre 2008, CNAF, p. 41.

<sup>282</sup> *Deux hommes, deux femmes et un couffin*, Le Nouvel Observateur, n° 2063, 20 mai 2004 ; *Quand les homos veulent des enfants*, Le Nouvel Observateur, n° 1859, 22 juin 2000 ; *Le pacte d'Agnès et de Didier, trois parents et un couffin*, Le Nouvel Observateur, n° 1859, 22 juin 2000 ; GROSS M., *Réviser l'institution sacrée*, Libération, 25 mai 2004 ; CADORET A., *De la parenté à la parentalité*, in CADORET A., GROSS M., MERCARY C., PERREAU B. (Dir.), *Homoparentalités, Approches scientifiques et politiques*, Presses universitaires de France, 2006, p. 29, spéc. p. 34 et s. ; FINE A., *Pluriparentalités et homoparentalités dans les sociétés occidentales contemporaines*, *op. cit.*, p. 43, spéc. p. 49 ; MAILFERT M., *La famille homoparentale et son rapport à l'extérieur. Une gestion différentielle face à deux types de confrontations sociales : la famille élargie et l'institution scolaire*, *op. cit.*, p. 273, spéc. p. 276. ; GROSS M., *L'homoparentalité*, *préc.*, p. 23 et 71.

<sup>283</sup> [www.homoparentalites.be](http://www.homoparentalites.be).

<sup>284</sup> Il ne semble pas exister beaucoup de sites internet spécifiques en Suisse ([www.360.ch](http://www.360.ch)), mais des couples homosexuels n'hésitent pas à passer des petites annonces sur les sites français ([www.family-gay.forumactif.com](http://www.family-gay.forumactif.com)).

<sup>285</sup> *Après les cathos, les gays sont dans la rue*, Courrier international, 15 juin 2007.

<sup>286</sup> STIKLESTAD S., *Les familles lesbiennes en Norvège*, in *Homoparentalités*, *préc.*, p. 285 et s.

<sup>287</sup> Cette pratique est aussi connue au Québec. CHAMBERLAND L., GAGNE F., PAQUIN J., *L'homoparentalité au Québec : les changements législatifs, et leurs impacts dans la sphère du travail*, in *Homoparentalités*, *préc.*, p. 143.

**217 Rencontre.** On peut se demander comment les futurs parents se rencontrent. Certains d'entre eux sont amis avant de devenir parents<sup>288</sup>, d'autres choisissent le hasard des petites annonces. Quelques sites spécialisés sur Internet permettent la mise en relation entre couples gays et lesbiens, tentés par cette démarche<sup>289</sup>. La recherche d'un futur père ou d'une future mère se rapproche alors très souvent d'une annonce matrimoniale<sup>290</sup>. Ces configurations familiales sont difficilement quantifiables dans la mesure où elles restent le plus souvent hors du droit tant qu'il n'y a pas de conflit entre les parents. Elles sont à la fois classiques et atypiques. L'enfant a une filiation bilinéaire établie à l'égard de chacun des ses parents biologiques qui exercent ensemble l'autorité parentale<sup>291</sup>. Il vit dans une « famille démultipliée », comme tout enfant confronté à une recombinaison familiale. Mais l'homosexualité de ses père et mère a une incidence sur sa situation familiale dans la mesure où il n'est pas le projet d'un seul couple<sup>292</sup>. La conception de l'enfant ne résulte généralement pas de rapports charnels, mais d'une insémination<sup>293</sup>.

---

<sup>288</sup> GRATTON E., *La paternité gaye : expression d'un désir*, in *Homoparentalités*, préc., p. 299, spéc. p. 305 ; STIKLESTAD S., art. préc., spéc. p. 292 : « le choix du père est fréquemment basé sur une amitié étroite entre la mère biologique et le père qui est souvent gay. D'autres lesbiennes ont eu leurs enfants avec des hommes hétérosexuels, certains ayant leurs propres familles. Le bébé n'est habituellement pas le résultat de rapports sexuels ».

<sup>289</sup> Consulter par exemple : <http://homoparentalite.forumactif.net/> ; [www.familygay.org/](http://www.familygay.org/) ; [www.enfants-arcenciel.com](http://www.enfants-arcenciel.com) ; [www.parentalitehomo.com](http://www.parentalitehomo.com)

<sup>290</sup> GRATTON E., préc., p. 305 : « le physique, la personnalité, la culture, les goûts, la richesse et la profession sont autant d'attributs qui participent habituellement du choix conjugal et qui interviennent ici dans le choix parental. Un mécanisme projectif de l'ordre du sentiment amoureux est possible dans le regard porté sur celle qui sera la mère de son enfant ». Parfois même sont précisées les modalités de la prise en charge du futur enfant, les droits de visite, les préférences s'agissant des jours fériés ou des vacances.

<sup>291</sup> V. *contra*, CA Montpellier, 10 février 2004, Juris-data n° 2004-238097, Dr. fam. 2004, comm. n° 221, note MURAT P. : les juges ont rejeté la demande du père tendant à obtenir l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

<sup>292</sup> GRATTON E., *La paternité gaye*, art. préc., p. 301 ; MAILFERT M., *La famille homoparentale et son rapport à l'extérieur*, art. préc. p. 276 : « dans certains cas de coparentalité au sein desquels les pères biologiques et sociaux sont impliqués, il est parfois difficile pour la comère de trouver sa place et d'inscrire sa famille d'origine par rapport à l'enfant ».

<sup>293</sup> Les couples prévoient souvent par convention les modalités relatives à la conception de l'enfant. La convention passée entre les parties est illicite au regard du Code de la santé publique qui réglemente l'accès et les modalités des aides médicales à la procréation. Selon la Cour de cassation, l'illicéité de la convention n'a aucune incidence sur les reconnaissances souscrites par les parents sauf à en contester la véracité (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 mars 1994, D. 1995, jur., 197, note MONTEIRO E. ; *ibid.*, 116, obs. BOURGAULT-COUDEVYLLE D. ; *ibid.*, chron., 275, GRIDEL J.-P. ; LPA 28 décembre 1994, n° 155, p. 24, note DAVERAT X. ; Defrénois 1994, 1095, note MASSIP J.). Dès lors, le juge statue souverainement sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. « En évitant de prendre parti sur le caractère licite ou non de la convention, la Cour de cassation fait prévaloir l'ordre public familial sur l'ordre public conventionnel » (CAYRON J., *Ordre public et validité du contrat : aspects du droit de la famille et du droit des personnes*, RJPf-1999-4/11).

**218 Coparentalité homosexuelle et règles relatives à l'autorité parentale.** La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale facilite les situations de coparentalité homosexuelle. Tout d'abord, la condition de cohabitation nécessaire à l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les parents d'un enfant né hors mariage a été supprimée<sup>294</sup>. En outre, sont également favorisés les accords parentaux qui constituent une pratique courante en cas de projet de coparentalité homosexuelle<sup>295</sup> aux fins d'aménager d'une part, les relations entre chacun des parents et l'enfant (**A**) et, d'autre part, les relations de celui-ci avec les tiers, compagne et compagnon des parents (**B**).

#### A. La validité des conventions parentales

**219 Chartes de coparentalité homosexuelle.** Des exemples de chartes rédigées dans le cadre d'une coparentalité homosexuelle sont disponibles sur Internet. La rédaction d'une convention parentale permet d'envisager les relations futures entre chaque parent et l'enfant et de prévenir des conflits ultérieurs entre des parents qui parfois se connaissent peu<sup>296</sup>. Les parents prévoient précisément les aspects de leur future vie de famille. Tout d'abord, les père et mère peuvent s'engager à reconnaître l'enfant et décider de son nom de famille. L'exercice de l'autorité parentale est généralement conjoint. Sont également déterminés la résidence de l'enfant, le cas échéant, les droits de visite et d'hébergement du parent chez lequel il ne réside pas ou encore les conséquences liées au déménagement de

---

<sup>294</sup> Auparavant, l'autorité parentale était exercée par la mère à moins que les parents n'aient décidé de faire une déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance. Sur demande du père, de la mère ou du ministère public, le juge aux affaires familiales pouvait néanmoins décider de l'exercice en commun. C'est ce qui s'était passé dans l'arrêt du 9 mars 1994 précité. V. également, GROSS M., *op. cit.*, p. 47.

<sup>295</sup> Cela est également le cas en Belgique et en Norvège (STIKLESTAD S., *préc.*, p. 293).

<sup>296</sup> La jurisprudence française a déjà eu à connaître de conflits opposant des parents engagés chacun de leur côté dans une relation homosexuelle. On peut songer à l'arrêt de la Cour de cassation en date du 9 mars 1994 précité. V. également, CA Lyon, 18 avril 2006, Juris-data n° 2006-312130 ; CA Montpellier, 10 février 2004 (*préc.*), Juris-data n° 2004-238097, Dr. fam. 2004, comm. n° 221, note MURAT P. : les circonstances de l'arrêt sont floues. Un couple de femmes a eu recours à un don anonyme de gamètes. Un enfant est né de cette insémination. Il a été reconnu par un homme un an plus tard. Cet homme n'est pas, selon la mère, le père biologique de l'enfant mais le futur père biologique du second enfant qu'elle souhaiterait mettre au monde. Les relations entre les parents se sont détériorées. Le père a demandé à exercer conjointement l'autorité parentale sur l'enfant et à ce que sa résidence soit fixée en alternance. La Cour d'appel, dans un arrêt confirmatif, a rejeté ces demandes ainsi que celle tendant à l'octroi d'un droit de visite au père. Elle a condamné par ailleurs le comportement des parents : « *attendu que le droit de visite et d'hébergement ne peut, de même, être envisagé compte tenu du conflit très important entre les parties et qui n'aurait pour conséquence que de déstabiliser l'enfant dont il est regrettable que des adultes, dans un intérêt personnel et égoïste, aient cru bon de se servir* ».

l'un des parents, la participation financière de chacun à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et les modalités de versement de la contribution, voire même les dernières volontés des parents (notamment le maintien des relations avec la famille et le partenaire du parent prédécédé).

**220 Spécificité.** On constate de prime abord que les conventions rédigées par des parents engagés dans un projet de coparentalité homosexuelle ne se différencient guère de celles pouvant être élaborées par des parents hétérosexuels après séparation (v. *supra*, n° 205). L'originalité de ces accords se situe dans le moment de leur rédaction, puisqu'elle a souvent lieu avant l'insémination, chacun cherchant à protéger au mieux ses futures relations avec l'enfant. Ceci pose la question de la force obligatoire de la convention. La convention bénéficie de la même force qu'un pacte de famille, mais elle ne prend effet qu'à compter de la naissance. Les parents ne peuvent demander l'exécution forcée de l'accord non homologué, puisqu'il ne s'agit que d'un engagement d'honneur<sup>297</sup>. En pratique, la convention peut être homologuée avant la venue au monde de l'enfant, tout en ne prenant effet qu'à compter de sa naissance<sup>298</sup>.

Les conventions parentales envisagent généralement la participation du coparent à l'éducation de l'enfant.

### B. La validité des dispositions concernant les relations entre l'enfant et le tiers

**221 Tiers.** Que les parents soient hétérosexuels ou homosexuels, la situation juridique du compagnon ou de la compagne est similaire<sup>299</sup>. Toutefois, le rapport à l'enfant est différent de celui d'un beau-parent « classique » qui, dans la majorité des cas, s'occupe en fait d'un

---

<sup>297</sup> LAOUENAN O., art. préc., LEROYER A.-M., *Autorité parentale et contrat*, in FENOUILLET D. et DE VAREILLES-SOMMIERES P. (Dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 153.

<sup>298</sup> En ce sens, TGI Lille, 13 février 1998, D. 1999. 177, note LABBEE X., RTD civ. 1999, p. 356, obs. HAUSER J. En l'espèce, le juge aux affaires familiales a confié l'exercice de l'autorité parentale aux deux parents, fixé la résidence de l'enfant à naître et le montant de la pension alimentaire qui lui est due tout en précisant que ces dispositions prendront effet « à compter de sa date effective de naissance ». La possibilité de déterminer avant la naissance les modalités d'exercice de l'autorité parentale « n'est qu'une commodité accordée au couple, qui n'aura pas à se représenter devant le juge à la naissance, rien de plus », LABBEE X., art. préc. Selon le professeur Hauser, cette décision est critiquable en ce sens que le juge décide de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, alors même qu'au jour où il statue, il ne peut apprécier l'intérêt de l'enfant.

<sup>299</sup> Il existe néanmoins une différence notable, puisque le nouveau conjoint du parent peut, sous certaines conditions, adopter l'enfant, v. *infra*, n°s 337 et s. Sur la situation du tiers lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, v. *supra*, n°s 213 et s.

enfant déjà né. Dans le cadre de la coparentalité homosexuelle, l'enfant naît délibérément au sein d'une famille pluriparentale dans laquelle chaque membre veut participer à son éducation. Si dans les familles désunies, chaque parent peut avoir à cœur de maintenir autant que faire se peut ses relations avec l'enfant, dans les familles coparentales homosexuelles, chacun d'eux souhaite en outre protéger son partenaire qu'il considère comme le « parent social » de l'enfant. Il peut être extrêmement difficile pour chacun de trouver sa place. Certains tentent de faire reconnaître officiellement le rôle joué par leur partenaire. Par exemple, les coparents peuvent être les parrains et marraines civils de l'enfant<sup>300</sup>. En Norvège, l'investissement du père dans l'entretien et l'éducation de l'enfant est variable<sup>301</sup> : lorsqu'il est présent, l'enfant peut évoluer dans une famille pluriparentale. La compagne ou le compagnon du parent a généralement participé au projet de coparentalité et joue un rôle actif dans son éducation. Chacun d'eux est qualifié de « parent social ». Il n'a ni droits, ni obligations à l'égard de l'enfant et se situe exclusivement dans un rapport factuel, l'adoption de l'enfant n'étant envisageable que lorsque la filiation est unilinéaire<sup>302</sup>.

**222 Prérogatives légales.** Le Code civil prévoit des moyens d'action pour le tiers. Sous le contrôle du ministère public<sup>303</sup>, il peut demander au juge de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant<sup>304</sup> ou que soit modifiée ou complétée la convention homologuée<sup>305</sup>. Si les partenaires des parents ne peuvent signer la convention rédigée dans le cadre du projet de coparentalité homoparentale, ils peuvent saisir le ministère public s'ils considèrent que cela est dans l'intérêt de l'enfant. En cas de séparation du couple, le juge pourrait accorder au tiers un droit de visite, dans l'intérêt de l'enfant, pour ne pas rompre les relations affectives tissées jusqu'alors (v. *infra*, n<sup>os</sup> 607 et s.).

---

<sup>300</sup> DESJEUX C., art. préc.

<sup>301</sup> STIKLESTAD S., art. préc., p. 292 : « *le fait que les enfants incluent ou non le père biologique dans leur famille dépend du rapport entre chaque père et son enfant. Elle varie du donneur anonyme à la paternité active* ».

<sup>302</sup> L'adoption de l'enfant par le compagnon ou la compagne du parent est possible depuis 2000, STIKLESTAD S., art. préc.

<sup>303</sup> Le tiers peut saisir le ministère public qui peut, à son tour, saisir le juge aux affaires familiales. Cette saisine préalable permet de filtrer les demandes abusives. Le tiers n'est donc pas partie à la procédure.

<sup>304</sup> Art. 373-2-8 C. civ.

<sup>305</sup> Art. 373-2-13 C. civ.

**223 Prise en compte conventionnelle.** Cette pluriparentalité conduit souvent à la rédaction d'une convention prévoyant les rapports des partenaires, et parfois même de leurs parents, avec l'enfant à naître. L'élaboration de la convention organisant la future vie de famille est souvent l'occasion pour les parents d'inclure des dispositions sur les droits<sup>306</sup> ou obligations<sup>307</sup> du tiers à l'égard de l'enfant. Les conventions parentales ont en principe pour but d'aménager les modalités de l'exercice de l'autorité parentale entre les deux parents après leur séparation. Or les partenaires respectifs des parents sont parfois amenés à signer l'accord parental.

**224 Le tiers, partie à la convention parentale ?** L'ordre public tend à s'opposer à ce qu'un tiers soit partie à une telle convention et dispose en quelque sorte ainsi des droits parentaux<sup>308</sup>. Si les parents décident de saisir le juge aux fins d'homologuer la convention, celui-ci s'opposera à l'intervention des tiers. Seuls les père et mère peuvent conclure un tel accord organisant les modalités d'exercice de l'autorité parentale<sup>309</sup>.

**225 Possibilité d'accorder conventionnellement des prérogatives au tiers.** Si les tiers ne peuvent être parties aux accords parentaux, peuvent-ils néanmoins se voir octroyer des droits par les parents en dehors des hypothèses prévues par le Code civil ? N'y a-t-il pas alors cession des droits parentaux au profit du tiers, contraire au principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale<sup>310</sup> ? Il est possible de prévoir dans les accords parentaux les relations de l'enfant avec des tiers, comme les grands-parents. Les conventions en cas de coparentalité homosexuelle n'accordent pas un simple droit de visite aux tiers, mais les envisagent comme de véritables substituts parentaux. Or pour pouvoir confier des droits à un tiers, les parents doivent en principe recourir à une délégation d'autorité parentale, sous le contrôle du juge (v. *infra*, n<sup>os</sup> 558 et s.).

---

<sup>306</sup> On pense à la possibilité de prendre une décision urgente en l'absence du parent comme faire hospitaliser l'enfant, au droit de maintenir des relations personnelles avec lui malgré la séparation ou le décès du parent.

<sup>307</sup> Sont parfois précisés des engagements moraux tels que s'occuper de l'enfant, l'élever, le protéger.

<sup>308</sup> REBOURG M., th. préc., n<sup>o</sup> 37

<sup>309</sup> Art. 373-2-7 C. civ. (« *les parents peuvent saisir le juge...* »); art. 373-2-11 C. civ. (qui évoque les accords antérieurement conclus par « *les parents* »); art. 376-1 C. civ. (« *avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure* »). En ce sens, MALAURIE P. et FULCHIRON H., *op. cit.*, n<sup>o</sup> 1552; GAREIL L., *L'exercice de l'autorité parentale*, th. préc., n<sup>os</sup> 15 et s.; LAOUENAN O., art. préc.

<sup>310</sup> REBOURG M., th. préc., n<sup>o</sup> 36. Selon l'auteur, la réponse est affirmative.

Les dispositions concernant le tiers produisent-elles néanmoins des effets de droit ? On peut tout d'abord songer à les qualifier de mandat (v. *infra*, n<sup>os</sup> 654 et s.). Le mandat ne doit en principe concerner que des actes juridiques usuels et précis. Si le parent permet à son concubin d'accomplir à sa place tous les actes usuels concernant l'enfant ou bien s'il lui concède un mandat général, il y aurait une cession partielle de ses droits parentaux qui serait illicite<sup>311</sup>. On pourrait peut-être également y voir une autorisation pour accomplir des actes matériels concernant l'enfant, comme l'amener à l'école, chez le médecin ou signer ses bulletins scolaires<sup>312</sup>. Tout est fonction de la précision des dispositions insérées dans la convention. Les parents peuvent prévoir une intervention de leur compagnon ou compagne dans la vie de l'enfant à condition que les actes autorisés soient précis, comme chercher l'enfant à la crèche ou l'inscrire à un club de sport. Or dans un certain nombre de conventions, le pouvoir donné aux partenaires est très souvent général et concerne toutes les décisions à prendre, même importantes. Ces dispositions sont, par conséquent, illicites car elles entraînent une cession des droits parentaux.

**226 Engagement du tiers.** Dans la mesure où le tiers coparent ne peut pas être partie à la convention, celle-ci ne peut créer d'obligations à sa charge en raison de l'effet relatif des contrats<sup>313</sup>. Pourtant, il peut arriver que le compagnon ou la compagne des parents prévoit de s'occuper matériellement de l'enfant. Les engagements inscrits dans l'accord parental et portant sur la prise en charge affective et matérielle de l'enfant par le partenaire du parent ne peuvent en principe faire l'objet d'une exécution forcée. Pourrait-on les qualifier de promesse d'exécuter une obligation naturelle ? L'obligation naturelle est « *une obligation dont l'inexécution n'est pas juridiquement sanctionnée et ne contraint qu'en conscience ; son exécution spontanée vaut paiement et n'est pas susceptible de répétition* »<sup>314</sup>. Elle se situe donc entre l'obligation civile, susceptible d'exécution forcée, et le simple devoir moral<sup>315</sup>. Pour qu'il y ait obligation naturelle, il faut que le débiteur se soit considéré

---

<sup>311</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 48.

<sup>312</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 53.

<sup>313</sup> En ce sens également, REBOURG M., th. préc., n<sup>o</sup> 37.

<sup>314</sup> *Lexique termes juridiques*, préc. Le code civil l'évoque à l'article 1235. Sur les fondements possibles de l'obligation naturelle, entre obligation civile imparfaite et devoir moral, v. MAZEAUD H., L et J., par CHABAS F., *Leçons de droit civil*, tome 1, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 12ème éd., 2000. n<sup>os</sup> 360 et s. ; BOUT R., Répertoire civil Dalloz, *Obligation naturelle*, 2008, n<sup>os</sup> 14 et s.

<sup>315</sup> CHABAS F., *op. cit.*, n<sup>o</sup> 359.

comme tenu par cet engagement<sup>316</sup> et ait eu conscience de n'y être tenu que moralement sans qu'il soit possible de l'y contraindre<sup>317</sup>. La jurisprudence tient compte des relations familiales ou sociales unissant les personnes<sup>318</sup>, même en l'absence d'un lien de parenté<sup>319</sup>. Elle étend ainsi parfois les solidarités familiales à des cousins ou des alliés ou même aux concubins, aux personnes divorcées ou aux voisins<sup>320</sup>. La relation affective entre le tiers et l'enfant est protégée au titre de la vie familiale, même en l'absence d'un lien de parenté<sup>321</sup>. Les relations familiales sont empreintes de devoirs de solidarité. Dès lors, une personne qui s'est toujours considérée comme le coparent d'un enfant (et ce dès avant sa naissance, voire sa conception) peut se sentir moralement tenue de participer à son entretien tout en ayant conscience de ne pas être liée à lui par un rapport de filiation. Elle peut être, par conséquent, débitrice d'une obligation naturelle. L'engagement pris doit être suffisamment précis, comme une promesse de participer au paiement des dépenses afférentes à l'éducation et à l'entretien de l'enfant jusqu'à sa majorité.

Selon la Cour de cassation, l'engagement d'exécuter une obligation naturelle en connaissance de cause transforme celle-ci en obligation civile<sup>322</sup>. La Haute juridiction a pu déjà considérer que l'auteur supposé d'un enfant qui s'était engagé par écrit à verser des subsides à son « fils » jusqu'à la fin de ses études était tenu par une obligation civile,

---

<sup>316</sup> « L'obligation naturelle suppose ainsi chez la personne qui accomplit un devoir de conscience, le sentiment impérieux qu'elle devait s'y soumettre, qu'elle était réellement débitrice, qu'elle a voulu se libérer d'une dette véritable, et non pas faire une libéralité », *ibid.*, n° 362.

<sup>317</sup> *Ibid.*

<sup>318</sup> *Ibid.*

<sup>319</sup> CA Paris, 20 avril 1944, DA 1944, 79 (obligation naturelle d'assistance mise à la charge de l'amant à l'égard de l'enfant de sa maîtresse qui n'est pas le sien : « mais considérant que l'engagement pris par G (...) n'a pas pour cause un lien de filiation adultérine, mais l'obligation naturelle dérivant du devoir moral reconnu par G de subvenir aux besoins de l'enfant de sa maîtresse... »).

<sup>320</sup> CHABAS F., *op. cit.*, n° 363, p. 507.

<sup>321</sup> CEDH, 22 avril 1997, X., Y. et Z. contre Royaume-Uni, D. 1997. jur., 583, note GRATALOU P. S. ; JCP éd. G 1997, I, 4071, note EVAIN S. ; Dr. fam. 1998, n° 47, note LAMY (de) B. ; GRANET F., *Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les États membres de la CIEC*, Dr. fam. 1998, étude n° 16. V. *supra*, n° 21.

<sup>322</sup> Un engagement unilatéral de volonté, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 octobre 1995, D. 1996, somm., 120, obs. LIBCHABER R. ; LPA 23 août 1996, n° 102, p. 9, note HOCQUET-BUG S. ; D. 1997. 155, note PIGNARRE G. ; *ibid.*, chron., 85, note MOLFESSIS N. ; RTD civ. 1996. 397, obs. MESTRE J. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 janvier 2005, D. 2005, 1393, note LOISEAU G. ; JCP 2005, II, 10159, note MEKKI M. ; *ibid.*, I, 187, note LE GUIDEC R. ; RTD civ. 2005, 397, obs. MESTRE J. et FAGES B. V. également, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 mai 2006, D. 2006, IR, 1561. En ce sens également, LARROUMET C., *Droit civil, Les obligations, le contrat*, tome III, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 103, p. 85 qui rejette l'idée de contrat en l'absence d'acceptation du créancier.

l'engagement ayant transformé son obligation naturelle en obligation civile<sup>323</sup>. La promesse prise par le tiers de subvenir aux besoins de l'enfant va l'engager<sup>324</sup>. « *Si chacun reste libre de s'acquitter ou non d'un devoir de conscience, la volonté exprimée de l'assumer ne peut en effet être neutre ; et il est alors objectivement opportun que cette volonté change le sort de l'obligation naturelle, la faisant quitter le ressort de la morale pour accéder à la condition de dette civile* »<sup>325</sup>. Il serait dans l'intérêt de l'enfant de retenir cette qualification dans la mesure où sa venue au monde a fait l'objet d'un projet pluriparental auquel le tiers a pu activement prendre une part<sup>326</sup>. De plus, la possibilité de solliciter le tiers qui l'a en partie élevé est une sécurité non négligeable pour l'enfant lorsque ses parents ne pourraient subvenir à ses besoins.

**227 Opposabilité.** Enfin, si l'accord n'engage pas les tiers, il peut néanmoins leur être opposable. Il n'y a pas de difficultés si la signature d'un tiers apparaît dans l'accord. A défaut, il faut que la convention acquière date certaine selon les modalités de l'article 1328 du Code civil<sup>327</sup>.

**228 Conclusion.** Ainsi, en raison de l'absence de prise en compte de leur configuration familiale par le législateur, les couples homosexuels s'engageant dans un projet de coparentalité homosexuelle cherchent à sécuriser leur situation. Les relations de l'enfant avec chacun de ses parents, mais aussi avec ses coparents sont aménagées par voie de convention, dont la licéité suppose qu'elles ne contreviennent pas au principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale.

---

<sup>323</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 octobre 2006, n° 04-14388, Bull. civ. I, n° 428 ; Juris-data n° 2006-035240 ; AJ fam. 2006, 418, obs. CHENEDE F., RJPf-2007-1/36, obs. GARE T. ; Defrénois 2007, 306, obs. MASSIP J., Dr. fam. 2007, comm. n° 3, note MURAT P.

<sup>324</sup> CHABAS F., *op. cit.*, n° 367 : « *si le débiteur d'une obligation naturelle s'engage à l'accomplir, cette promesse est valable et engage civilement son auteur ; il pourra donc être contraint d'exécuter* ».

<sup>325</sup> LOISEAU G., note préc.

<sup>326</sup> La preuve de cet investissement découle de la signature du tiers sur la convention rédigée avant la conception de l'enfant.

<sup>327</sup> En pratique, les conventions sont parfois déposées chez un notaire, ce qui leur donne date certaine à l'égard des tiers.



## **Conclusion du Chapitre 1**

**229 Diversité.** Les situations de pluriparentalité recouvrent des réalités multiples. Si elles se révèlent dans les faits très diverses, elles sont juridiquement proches dans la mesure où l'existence du tiers coparent n'entraîne pas automatiquement de conséquence sur le plan juridique. Le droit n'appréhende pas son rôle qui reste purement factuel. Ces configurations familiales peuvent être systématisées en se fondant sur le critère de l'exercice de l'autorité parentale. Le coparent peut exercer une fonction de type parental auprès de l'enfant et doit composer avec les prérogatives de celui des parents avec lequel il ne vit pas.

**230 Parenté bilinéaire et exercice unilatéral de l'autorité parentale.** Dans certaines circonstances, la filiation de l'enfant peut être établie à l'égard de ses deux parents, mais un seul d'entre eux exerce les prérogatives parentales, par exemple, en cas de retrait de l'autorité parentale, de décès, d'incapacité, d'absence, d'exercice unilatéral de l'autorité parentale. Cette structure familiale permet dans les faits au tiers d'exercer une fonction de type parental auprès de l'enfant. Son intervention ne doit toutefois pas porter atteinte aux droits du parent privé de l'exercice de l'autorité parentale.

**231 Parenté bilinéaire et exercice conjoint de l'autorité parentale.** Cette hypothèse recouvre à la fois certaines situations de recompositions familiales classiques, mais également celles de coparentalité homosexuelle plus originales. Lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement par les parents, le rôle du tiers est subordonné à la mise en œuvre du principe de coparentalité ainsi que de la fixation de la résidence de l'enfant. Dans le cadre des coparentalités homosexuelles, il est fréquent que les relations entre les parents ou entre l'enfant et le tiers soient conventionnellement organisées. La validité de ces conventions est à apprécier au regard des règles relatives à l'autorité parentale.

Ces configurations familiales se forment et évoluent en marge du droit. En effet, il n'existe pas de dispositions s'appliquant automatiquement en cas de pluriparentalité. Il est possible de sécuriser ces relations sur le plan juridique, mais cela nécessite généralement le recours à l'autorité judiciaire. A l'inverse, le tiers auteur biologique est parfois spécifiquement pris

en compte par le droit. Mais, dans ces hypothèses, l'intervention du législateur tend à occulter son existence.

## **Chapitre 2 : La parentalité occultée : l'effacement des origines**

**232 Hypothèses.** Parfois, l'enfant vit dans une configuration familiale semblant de prime abord classique. Il est élevé par ses deux parents juridiques qui exercent conjointement l'autorité parentale. Cependant, il peut ne pas être biologiquement issu de l'un ou l'autre de ses parents voire des deux. La configuration familiale de l'enfant pourrait alors être pluriparentale, ce qui peut être source de conflits, chaque adulte étant tenté de construire une relation exclusive avec l'enfant. La loi intervient pour consacrer les parents juridiques de l'enfant qui ont vocation naturelle à s'occuper de lui. Le législateur est allé plus loin encore en instituant le secret sur les origines de ces enfants, comme si la prédominance du juridique sur le biologique était insuffisante. Il occulte la pluriparentalité qui aurait pu exister. En effet, au regard de la définition de la parentalité que nous avons retenue, l'auteur biologique a exercé une forme de parentalité dans la mesure où il est à l'origine de la conception et de la naissance de l'enfant (v. *supra*, n° 12)<sup>1</sup>. Le secret entourant les circonstances de la conception ou de la naissance en permet l'occultation. L'effacement des origines de l'enfant peut découler de la seule volonté des père et mère de naissance (**Section 1**) ou s'expliquer par la création de liens de parenté à l'égard du couple qui élève l'enfant (**Section 2**).

### **Section 1 : L'effacement des origines par la volonté du tiers géniteur**

**233 Parenté bilinéaire.** Dans la majorité des cas, l'enfant né sous X ou abandonné va faire l'objet d'une adoption plénière par un couple. En France, seules 4 % des adoptions sont prononcées en faveur de personnes célibataires (v. *supra*, n°s 62 et s.). Sa filiation sera donc le plus souvent bilinéaire<sup>2</sup>.

**234 Plan.** Dans ces hypothèses, il y a une renonciation volontaire par le ou les auteurs biologiques à une vie familiale avec l'enfant, donc à l'exercice de toute autre forme de parentalité. La France est l'un des rares pays autorisant une femme à demander le secret

---

<sup>1</sup> L'auteur biologique (ou tiers géniteur) est l'homme ou la femme qui a engendré l'enfant, c'est-à-dire qui lui a donné la vie (*Le Petit Robert*, 2008). Il s'agit de toute personne à l'origine biologique de la conception ou de la naissance de l'enfant.

<sup>2</sup> Dans la plupart des cas seulement : l'enfant a pu ne jamais faire l'objet d'une adoption. Il est alors sans filiation.

sur son identité lors de l'accouchement (§ 1), l'abandon anonyme, qui n'y est plus autorisé, l'est encore dans quelques États européens (§ 2).

## **§ 1. L'accouchement anonyme et les difficultés d'établissement de la filiation paternelle**

**235 Distinction.** L'accouchement anonyme permet d'effacer les origines de l'enfant dans sa branche maternelle (A), ce qui peut engendrer des difficultés pour l'homme désireux d'établir sa paternité. La volonté de la mère influe donc sur l'établissement de la filiation paternelle et, par voie de conséquence, sur l'occultation du père de naissance. Du fait de la volonté maternelle, il peut rester un tiers juridiquement étranger à l'enfant (B).

### A. La demande d'anonymat empêchant l'exercice de toute autre forme de parentalité

**236 Définition.** L'accouchement anonyme « est la possibilité, pour une femme, le plus souvent poussée par la nécessité, d'abandonner son enfant dès la naissance, dans des conditions ne mettant pas la vie de celui-ci en danger »<sup>3</sup>. Les expressions d'accouchement secret et d'accouchement sous X sont aussi utilisées pour évoquer ces situations. Certes, il existe des nuances entre ces trois dénominations, mais elles peuvent être considérées comme des synonymes<sup>4</sup>. Au cours de l'année 2005, 532 enfants nés sous X ont été admis comme pupilles de l'État<sup>5</sup>. Il n'est pas simplement possible pour une femme de se soustraire aux conséquences juridiques de sa maternité en refusant la création d'un lien de parenté entre elle et l'enfant ; elle peut également demander, lors de l'accouchement, que

---

<sup>3</sup> ARDEEFF-GARE I., *L'enfant sans filiation*, thèse, Toulouse, 1999, n° 57, p. 55

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 58 : « à vrai dire, et en dépit de ces différences, il semble que l'on peut considérer ces trois expressions comme synonymes. En effet, chacune d'elle ne fait que révéler un éclairage particulier d'une seule et même situation. L'accouchement est anonyme pour tous ceux qui n'ont pas eu connaissance de l'identité de la mère. En revanche, il est secret pour ceux qui, travailleurs sociaux notamment, auront eu accès à l'identité véritable de la parturiente. Il n'empêche que la situation que désignent ces expressions est profondément unitaire : une femme a, lors de son accouchement, souhaité que son identité ne soit pas révélée, soit en restant anonyme, soit en demandant le secret ».

<sup>5</sup> SALVAGE-GEREST P., *Le rapport de l'Oned sur la situation des pupilles de l'État*, Dr. fam. 2007, étude n° 24. Les femmes qui accouchent secrètement sont généralement dans une situation de grande détresse : « d'un point de vue sociologique, la situation des femmes qui demandent le secret de leur accouchement et leur identité renvoie aujourd'hui essentiellement au manque d'autonomie et aux problèmes associés à la jeunesse et aux difficultés actuelles de l'entrée dans la vie familiale et professionnelle, à la précarité du statut lié à la législation sur l'immigration et à la "double contrainte" des processus d'intégration à l'isolement et aux difficultés matérielles des familles monoparentales, ainsi qu'à la violence conjugale » (LEFAUCHEUR N., Conférence de presse du 14 décembre 2000 sur la réforme de l'accouchement sous X et la création du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles de l'enfant).

son identité reste secrète. Le secret élève alors un obstacle à l'exercice d'une vie familiale. Contrairement à la majorité des États européens (1), l'accouchement sous X est une pratique ancienne en France où il est reconnu en droit (2).

### 1. L'accouchement anonyme en Europe

237 Italie. En Italie, aucune obligation n'est faite à la femme de donner son identité lors de la naissance. L'indication de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant est subordonnée à son consentement<sup>6</sup>. Ainsi, l'Italie ne donne pas plein effet à l'adage « *mater semper certa est* » et permet à la femme, mariée ou non, de se soustraire, par sa seule volonté, aux effets de l'accouchement.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer sur la conformité du droit italien avec la Convention européenne<sup>7</sup>. Mme T., ressortissante bulgare, a accouché de jumeaux en Italie le 7 octobre 2005. Elle a demandé à ce que son nom ne soit pas inscrit sur les actes de naissances des enfants. Le 11 octobre, elle a informé les autorités italiennes qu'elle souhaitait bénéficier de temps pour prendre sa décision de reconnaître ou non les enfants et d'être entendue par le tribunal pour enfants. Elle a également demandé la possibilité de voir les enfants jusqu'à sa décision. Le 2 novembre 2005, le tribunal a déclaré les enfants adoptables, cette décision devenant définitive le 5 décembre en l'absence d'opposition du parquet. La requérante a demandé le 2 décembre à être entendue par le tribunal ainsi que la suspension de l'éventuelle procédure en vue de la déclaration d'adoptabilité des enfants. Le 6 décembre, ces derniers ont été placés dans une famille en vue de leur adoption. Le tribunal pour enfant a jugé la demande de la mère par le sang irrecevable au motif que les enfants avaient été déclarés adoptables. La requérante a demandé à pouvoir les reconnaître en mars 2006<sup>8</sup>. Mme T. a invoqué devant la Cour une violation de l'article 8 de la Convention en raison de l'atteinte portée à sa vie familiale. La

---

<sup>6</sup> Art. 30 et 42, Règlement *relatif à l'état civil*, modifié par le décret n° 396/2000 du 3 novembre 2000. L'indication du nom de l'épouse établit la filiation de l'enfant né en mariage, mais non celle de l'enfant né hors mariage.

<sup>7</sup> CEDH, 13 janvier 2009, Todorova contre Italie, AJ fam. 2009, 82, note CHENEDE F.

<sup>8</sup> En droit italien, seul le parent qui a reconnu l'enfant avant que la décision prononçant l'adoptabilité ne soit définitive peut s'y opposer. A défaut, il ne peut que demander la révocation de la décision à condition toutefois que l'enfant ne soit pas déjà placé en vue de son adoption. En l'espèce, la requérante n'a pas pu demander la révocation dans la mesure où les enfants avaient été placés le 6 décembre 2005.

décision d'adoptabilité des enfants a été rendue vingt-sept jours seulement après son accouchement, ce qui était contraire à la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants*. En outre, elle n'a pas été préalablement entendue par le tribunal pour enfants, alors qu'elle en avait manifesté le souhait. La Cour européenne a considéré que le lien existant entre la requérante et les enfants relevait d'une vie familiale au sens de l'article 8, même si celle-ci n'était pas pleinement établie, mais simplement potentielle : « *la Cour ne saurait pas nier l'intérêt que la requérante a porté à ses enfants et écarter la relation potentielle qui aurait pu se développer entre elle et ses enfants si elle avait eu la possibilité de remettre en question son choix devant le tribunal* »<sup>9</sup>. Les juges européens ont aussi relevé qu'il était capital pour la requérante de pouvoir s'exprimer devant le tribunal et remettre en cause son choix d'abandonner les enfants. En outre, s'il est légitime qu'une procédure relative aux intérêts des enfants soit rapide, prononcer leur adoptabilité seulement vingt-sept jours après l'accouchement, sans que Mme T. n'ait pu être entendue en dépit de sa demande, était inadapté aux faits de l'espèce. La procédure n'a pas permis à la requérante de protéger sa vie privée et familiale. « *L'État avait l'obligation positive de s'assurer que le consentement donné par la requérante à l'abandon de ses enfants avait été éclairé et entouré de garanties adéquates* »<sup>10</sup>. La Cour a donc conclu à l'unanimité à une violation de l'article 8 de la Convention.

**238 Luxembourg.** Au Luxembourg, l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant né hors mariage n'est pas non plus obligatoire<sup>11</sup>. L'accouchement secret a été introduit dans la législation luxembourgeoise en 1975. Il fait régulièrement l'objet de critiques, dans la mesure où l'anonymat de la mère est total. Celle-ci ne peut pas laisser d'informations sur elle ni sur le père. C'est pourquoi la Commission nationale d'éthique du Luxembourg, dans son avis 1/2000, a recommandé le maintien de l'accouchement anonyme, mais avec la possibilité pour l'enfant d'obtenir des informations identifiantes concernant sa mère biologique<sup>12</sup>. Une réforme du droit de la filiation, en cours de préparation, conduira peut-être à un changement sur ce point.

---

<sup>9</sup> CEDH, 13 janvier 2009, Todorova contre Italie, § 54.

<sup>10</sup> CEDH, 13 janvier 2009, Todorova contre Italie, § 82.

<sup>11</sup> Art. 57 al. 9 C. civ. luxembourgeois.

<sup>12</sup> Avis 2000.1 *concernant les problèmes éthiques et juridiques soulevés par la reconnaissance d'un droit de l'enfant à connaître ses origines*, Journal international de bioéthique, 2001, vol. 12, n° 4, p. 89.

**239 Dépénalisation.** En Autriche, la loi du 7 mars 2001 et le décret du 7 juillet 2001 ont dépénalisé cette pratique. La femme ne peut cependant y recourir que lorsqu'elle se trouve dans un état de détresse. Elle doit en justifier lors d'un entretien confidentiel avec le Service de protection de la jeunesse<sup>13</sup>.

**240 Suppression.** L'Espagne a permis l'accouchement dans le secret jusqu'à une décision rendue par le Tribunal suprême le 21 septembre 1999 déclarant inconstitutionnels les articles 47 de la loi *sur l'état civil* et les articles 167 et 182 du règlement du registre civil qui permettaient de porter la mention « *de mère inconnue* » dans l'acte de naissance dans d'autres hypothèses que celles d'enfants trouvés<sup>14</sup>. Cette solution a ensuite été reprise par plusieurs résolutions de la Direction générale des registres<sup>15</sup>. Dorénavant, l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance est obligatoire et suffit à établir la maternité de celle-ci. La possibilité d'accoucher anonymement a depuis lors cessé en Espagne.

**241 Projets de légalisation en Europe.** Différentes propositions de loi sont en cours d'examen en Belgique<sup>16</sup>. Selon l'une d'elles, en date du 6 novembre 2007, toute femme pourrait demander le secret sur son identité. Une fois l'enfant né, le responsable de l'hôpital ne notifierait pas la naissance à l'officier d'état civil, mais à l'administration du registre central des accouchements discrets qui déclarerait la naissance, dans les quinze jours, à l'officier de l'état civil de la commune de naissance de l'enfant. L'identité de la mère ne serait pas divulguée. Un acte de naissance serait alors dressé avec mention en marge qu'il s'agit d'une naissance discrète et sans énonciation du nom de la mère. Par la suite, l'acte de naissance serait transmis au service de la population de la commune du domicile définitif de l'enfant. Malgré un certain nombre de propositions de lois ces dernières années, la Belgique n'autorise toujours pas la demande de secret lors de

---

<sup>13</sup> V. le site internet du Centre de droit privé fondamental de l'Université de Strasbourg : [www.cdpf.u-strasbg.fr](http://www.cdpf.u-strasbg.fr).

<sup>14</sup> Tribunal suprême, 21 septembre 1999, STS 5672/1999.

<sup>15</sup> Résolutions du 12 juillet 2000, 24 octobre 2000 et 17 mars 2001.

<sup>16</sup> Proposition de loi du 3 avril 2008 *modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret*, n° 1030/001 ; proposition de loi du 5 février 2008 *modifiant la réglementation afin de permettre l'accouchement anonyme*, n° 0781/001 ; proposition de loi du 18 janvier 2008 *modifiant le Code civil afin de permettre l'accouchement discret*, n° 0707/001 ; proposition de loi du 6 novembre 2007 *modifiant le Code civil afin de permettre l'accouchement discret*, n° 4-358/1 ; proposition de loi du 10 août 2007 *modifiant le Code civil, la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 et la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, afin de permettre l'accouchement anonyme*, n° 4-152/1.

l'accouchement et les réticences sont encore importantes dans la population. En l'attente d'une loi permettant l'accouchement discret, des femmes de nationalité belge viennent accoucher anonymement dans les hôpitaux français. En Allemagne, plusieurs projets de lois ont également été déposés au Parlement, sans qu'il ne leur ait été donné suite pour le moment<sup>17</sup>.

La problématique de l'accouchement anonyme divise les États européens. Le droit français a subi une évolution originale sur ce point.

## 2. L'accouchement anonyme en France

242 Plan. La tradition de la maternité secrète remonte au XVI<sup>ème</sup> siècle<sup>18</sup>. Mais c'est la loi du 8 janvier 1993 *relative à la famille et aux droits de l'enfant* qui a introduit l'accouchement anonyme dans le Code civil à l'article 341-1, devenu aujourd'hui l'article 326 : « *lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de*

---

<sup>17</sup> On peut notamment citer le projet de loi *sur la réglementation des naissances anonymes* du 23 avril 2002 (disponible sur [www.cdspf.u-strasbg.fr](http://www.cdspf.u-strasbg.fr)). L'accouchement anonyme s'oppose à la Loi fondamentale allemande qui garantit à chacun l'accès à ses origines. V. *infra*, n° 487.

<sup>18</sup> En 1556, Henri II, souhaitant diminuer le nombre d'infanticides et d'avortements courants à l'époque, a instauré une présomption d'infanticide punie de mort (ARDEEFF-GARE I., th. préc., n° 37). Cette répression a incité les sages-femmes à aider les mères qui souhaitaient accoucher secrètement. La pratique clandestine a été officialisée à la fin du XVI<sup>ème</sup> siècle dans les hospices et les hôpitaux généraux (TRILLAT B., *L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration*, in *Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 513, spéc. p. 517). En 1774, le Pape Clément XVI a autorisé les femmes à recourir à la maternité secrète (GRANET-LAMBRECHTS F., J.-Cl. Civil Code, Art. 325, 326 et 328, *Actions relatives à la filiation*, fasc. unique, 2006, n° 45)<sup>18</sup>. La Convention a juridiquement institué cette possibilité par une loi du 28 juin 1793. Mais elle a été appliquée de façon inégale et, par la suite, fortement restreinte (NEIRINCK C., *L'accouchement sous X : le fait et le droit*, JCP éd. G 1996, I, 3922). Au XIX<sup>ème</sup> siècle, la pratique et la jurisprudence ont permis aux médecins et sages-femmes, tenus de déclarer la naissance de l'enfant, de ne pas indiquer le nom de la mère (CARBONNIER J., *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Presses universitaires de France, 2004, n° 489, p. 1052). L'adoption des mineurs étant interdite jusqu'en 1923, ces dispositifs visaient essentiellement à protéger la santé et la vie des enfants ainsi que celles des mères en évitant les infanticides, les expositions d'enfants et les accouchements clandestins. La loi du 7 février 1924 a légalisé la possibilité de ne pas indiquer le nom de la mère dans l'acte de naissance. Le gouvernement de Vichy a ensuite organisé la prise en charge matérielle de la mère désirant accoucher dans le secret (Décret-loi 2 septembre 1941 qui consacre l'accouchement anonyme dit « sous X », DREIFUSS-NETTER F., *L'accouchement sous X*, in *Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 99, spéc. p. 101). Ces dispositions ont été abrogées et reprises par décrets dans les années cinquante (Décrets du 29 novembre 1953 et du 7 janvier 1959). Par la suite, l'article 47 du Code de la famille et de l'aide sociale a posé le principe de la prise en charge gratuite par le service de l'aide sociale à l'enfance<sup>18</sup>. Le secret était alors essentiellement hospitalier et n'empêchait pas l'établissement ultérieurement du lien de filiation.

son identité soit préservé »<sup>19</sup>. L'effacement des origines de l'enfant résulte de la seule volonté de la mère de naissance. Il conviendra donc d'envisager les modalités de la demande de secret et ses conséquences sur la situation juridique de l'enfant (a), mais également de vérifier qu'un certain nombre de garanties sont offertes lors du recueil de la volonté de la femme (b).

a. *La demande de secret et ses conséquences s'agissant de l'enfant*

**243 Objet du secret et modalités de la demande.** « *Le secret ne porte pas sur le fait brut de l'accouchement, ni sur la naissance de l'enfant* »<sup>20</sup>, mais uniquement sur l'admission dans l'établissement de santé de la mère et sur son identité, empêchant ainsi qu'il soit fait un rapprochement entre l'enfant et celle qui en est accouchée. « *La femme, au lieu d'exprimer sa volonté d'abandonner l'enfant après l'accouchement, exprime en amont celle de cacher cet événement. Le secret permet ainsi de dissocier ce qui est normalement lié : l'accouchement occulté et la naissance de l'enfant, seul fait apparent* »<sup>21</sup>. Quel que soit le lieu de l'accouchement, l'anonymat peut être demandé pourvu que la volonté en soit expressément<sup>22</sup> exprimée avant ou lors de l'accouchement et non après la déclaration de la naissance<sup>23</sup>. Ainsi, le refus de communiquer son identité<sup>24</sup> ou la seule remise de l'enfant au service de l'aide sociale<sup>25</sup> ne peut suffire. Un dossier médical et un dossier administratif sont créés ; aucune pièce d'identité n'est exigée ni aucune enquête diligentée<sup>26</sup>.

**244 Acte de naissance.** Après l'accouchement, un acte de naissance est dressé dans lequel il n'est pas fait mention du nom de la mère. L'article 57 du Code civil permet à celui

---

<sup>19</sup> Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (JO n° 156, 6 juillet 2005, p. 11159).

<sup>20</sup> CARBONNIER J., *op. cit.*, n° 489.

<sup>21</sup> NEIRINCK C., *L'adoptabilité de l'enfant né sous X*, RDSS 2005, 1018.

<sup>22</sup> Art. 326 C. civ. : « *lors de l'accouchement, la femme peut demander...* » ; art. L 222-6 CASF. : « *toute femme qui demande...* »

<sup>23</sup> Il peut tout aussi bien s'agir d'un hôpital public que d'un établissement privé où de tout autre endroit où l'on peut accoucher. Cependant, les frais d'accouchement ne sont pris en charge que si l'établissement est conventionné. En ce sens, NEIRINCK C., *préc.*, spéc. p. 150.

<sup>24</sup> En ce sens, HAUSER J. et HUET-WEILLER D., *op. cit.*, n° 777, p. 541.

<sup>25</sup> CA Bordeaux, 14 mai 2003, Juris-data n° 2003-216429 : « *le seul fait d'avoir remis cet enfant au service d'aide sociale ne peut permettre d'affirmer qu'elle désirait tenir son accouchement secret au sens de l'article 341-1c.c., et cela même si dans la rubrique motivation elle a indiqué préférer ne pas le connaître et qu'il ne la connaisse pas* ».

<sup>26</sup> Art L 222-6 al. 4 CASF.

qui déclare l'enfant à ne pas dévoiler l'identité des père et mère biologiques<sup>27</sup>. La femme accouchée est autorisée à indiquer les prénoms qu'elle souhaite donner à l'enfant<sup>28</sup>. L'enfant est ensuite recueilli soit par le service de l'aide sociale à l'enfance et admis comme pupille de l'État à titre provisoire (art. L 224-6 CASF)<sup>29</sup>, soit par un organisme habilité pour l'adoption<sup>30</sup>.

**245 Établissement de la maternité et restitution de l'enfant.** Dans un délai de deux mois, la mère peut revenir sur sa décision et demander la restitution de l'enfant sans aucune formalité<sup>31</sup>. Ce délai se déduit de l'article 351 du Code civil qui interdit le placement en vue de l'adoption de l'enfant sans filiation établie avant l'expiration d'un délai de deux mois. Ce délai était initialement de trois mois<sup>32</sup>. Il a été raccourci par la loi du 5 juillet 1996 pour favoriser l'équilibre de l'enfant en lui offrant dès que possible un environnement affectif stable dans sa nouvelle famille<sup>33</sup>. Si elle demande sa restitution, la mère de naissance doit préalablement reconnaître l'enfant<sup>34</sup> et communiquer sa lettre de rétractation au service de l'aide sociale ; des rencontres entre elle et l'enfant sont organisées afin de leur permettre de s'habituer progressivement l'un à l'autre<sup>35</sup>. Dans le cas contraire, à l'expiration du délai de deux mois, l'enfant est admis définitivement en tant que pupille de l'état ce qui le rend adoptable<sup>36</sup>. Néanmoins, il peut encore être restitué à ses parents tant qu'il n'a pas été placé en vue de son adoption. C'est le placement en vue de l'adoption qui met fin à toute possibilité de restitution ou d'obtention d'informations concernant l'enfant. La restitution n'est plus automatique après l'expiration du délai de deux mois. La décision est prise par le tuteur de l'enfant et nécessite l'accord du conseil de

---

<sup>27</sup> Art. 57 al. 1 C. civ. : « si les père et mère de l'enfant, ou l'un d'eux, ne sont pas désignés à l'officier d'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet ».

<sup>28</sup> Art. 57 al. 2 C. civ.

<sup>29</sup> Un travailleur social vient rencontrer afin d'établir le procès-verbal de recueil par le service de l'aide sociale à l'enfance et lui délivrer un certain nombre d'informations sur les conséquences de sa demande ainsi que sur l'importance pour l'enfant de connaître ses origines (v. *infra*, n° 504).

<sup>30</sup> Sur l'information délivrée à celui qui remet l'enfant, v. art. R 225-25 CASF.

<sup>31</sup> L'aide sociale à l'enfance conserve néanmoins la possibilité d'alerter le juge si elle considère qu'il est risqué pour l'enfant de vivre avec sa mère (ARNAUDIN C., th. préc., spéc. n° 336, p. 218).

<sup>32</sup> Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption (JO n° 12 juillet 1966, p. 5956).

<sup>33</sup> Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption (JO n° 156 du 6 juillet 1996, p. 10208).

<sup>34</sup> La parturiente est informée de la nécessité de reconnaître préalablement l'enfant au moyen du document qui lui est délivré lors de son accouchement ou pendant son séjour dans l'établissement de santé (art. R 147-22 CASF).

<sup>35</sup> ARNAUDIN C., th. préc., spéc. n° 335, p. 219.

<sup>36</sup> Art. L 224-4 CASF. Un recours peut être formé dans les trente jours suivant la date de l'arrêt du président du conseil général devant le tribunal de grande instance (art. L 224-8 CASF). V. *infra*, n° 261 et s.

famille<sup>37</sup>. L'enfant recueilli par un organisme habilité pour l'adoption peut pareillement être repris dans un délai de deux mois<sup>38</sup>. Il convient à présent de s'assurer que des garanties sont mises en place lors du recueil de la volonté de celle qui demande le secret lors de l'accouchement. En effet, selon les termes même de la Cour européenne des droits de l'homme, l'État a l'obligation de s'assurer que le consentement est éclairé et entouré de garanties suffisantes.

*b. Les garanties offertes lors du recueil de la volonté de la femme*

**246 Constat.** Les graves conséquences qui découlent de la demande d'anonymat supposent un consentement éclairé de la femme. En effet, si à partir de sa seule volonté, les origines de l'enfant sont définitivement occultées, il est fondamental de vérifier que le consentement donné est entouré de garanties suffisantes. Or on peut constater qu'il apparaît difficile pour le législateur français de concilier différents intérêts souvent contradictoires. S'assurer du consentement réel de la mère peut être perçu comme une atteinte à sa liberté. Pourtant, quelle est sa liberté en l'absence de consentement éclairé ? Plusieurs situations peuvent plus particulièrement poser des difficultés.

**247 Incapacité.** L'absence de recueil d'information sur l'âge empêche la vérification de la capacité juridique de la parturiente. Se pose alors la question de la validité de la demande de secret formulée par une incapable majeure ou une mineure qui ne peut en principe pas accomplir seule d'actes graves. Une comparaison pourrait être faite avec la reconnaissance<sup>39</sup>. Acte éminemment personnel, ce mode d'établissement du lien de filiation supporte difficilement la représentation ou l'assistance<sup>40</sup>. L'incapable peut, lors

---

<sup>37</sup> Art. L 224-6 *in fine* CASF. En cas de refus, un recours est possible devant le tribunal de grande instance qui apprécie souverainement l'intérêt de l'enfant (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 décembre 1984, Bull. civ. I, n° 334). Aucun délai n'est mentionné pour exercer cette voie de recours ce qui peut être délicat dans la mesure où aucun placement en vue de l'adoption n'est possible tant qu'il n'a pas été statué sur ce recours.

<sup>38</sup> Cependant, le point de départ du délai de reprise est plus difficilement déterminable. Contrairement au procès-verbal de recueil dressé par l'aide sociale à l'enfance, le document délivré au remettant n'a pas date certaine. V. en ce sens, TON NU LAN A., *L'insuffisance de l'information délivrée aux parents de naissance avant le placement de l'enfant en vue de l'adoption*, Dr. fam. 2006, étude n° 11.

<sup>39</sup> En ce sens, NEIRINCK C., art. préc., spéc. p. 150.

<sup>40</sup> V. par exemple, nouvel art. 458 C. civ. entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009 (majeurs sous tutelle ou curatelle). V. cependant en sens contraire, TI Quimperlé, ord. Juge des tutelles, 16 octobre 1999, JCP éd. G 2000, II, 10252, note GARE T. ; RTD civ. 2000, 85, obs. HAUSER J., Defrénois 2000, 668, obs. MASSIP J ; RDSS 2000, 436, obs. MONEGER F. ; RJPF-2000-4/13, note PLAZY J.-M. V. également sur la possibilité d'une représentation conventionnelle au moyen d'un acte authentique, HAUSER J. et HUET-WEILLER D., préc., n° 735, p. 497.

d'un intervalle lucide, reconnaître seul un enfant sans que la validité de l'acte n'en soit affectée<sup>41</sup>. Par analogie, on pourrait ainsi admettre qu'une personne incapable puisse, sans assistance, solliciter le secret lors de l'accouchement<sup>42</sup>. Cependant, les conséquences de la reconnaissance et de l'accouchement secret doivent être différenciées dans la mesure où la reconnaissance est un acte déclaratif qui ne fait que constater la filiation préexistante de l'enfant alors que la demande de secret est un acte abdicatif<sup>43</sup>. Nonobstant, la Cour de cassation n'impose pas l'assistance de la mineure qui demande le secret lors de son accouchement<sup>44</sup>. La Haute juridiction a décidé que dans la mesure où la maternité n'est pas établie, la mère de naissance n'a pu consentir lors de la remise de l'enfant. Dès lors, elle ne peut remettre en cause la validité du procès-verbal en raison du fait qu'elle n'était pas assistée. Cette solution s'explique parce qu'il n'y a pas alors remise de l'enfant, mais recueil<sup>45</sup>. On peut regretter qu'il n'existe pas davantage de garanties lorsque la demande de secret provient d'une mineure<sup>46</sup>, mais cela résulte du fait qu'aucune pièce d'identité n'est requise.

---

<sup>41</sup> Cass. Civ. 22 juin 1813, S. 1813, I, 281, concl. JOUBERT ; Req. 4 novembre 1835, S. 1835, I, 785.

<sup>42</sup> En sens contraire, v. HAUSER J., note préc. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 novembre 1996. Selon l'auteur, rien ne permet d'affirmer en droit des incapacités que cette décision appartient à la seule mineure et ne requiert pas l'assistance de l'un de ses parents.

<sup>43</sup> En ce sens, HAUSER J., note préc. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 novembre 1996. En outre, en cas de non-respect des conditions de forme ou de fond (notamment en cas de vice de consentement), la reconnaissance est annulable dans le délai de droit commun de cinq ans (art. 2224 C. civ.). Or, dans le cadre de l'accouchement secret, la mère ne peut revenir sur sa décision après l'expiration d'un bref délai de deux mois, même si elle n'était pas lucide ou n'a pas compris les conséquences de son acte. Certes la mère peut à tout moment décider de lever le secret sur son identité (art. L 141-2 et s. CASF), mais il n'y a alors aucune conséquence sur la filiation de l'enfant (art. L 147-7 CASF). L'adoption plénière de l'enfant ne peut être remise en cause par la découverte de l'identité de la mère (v. *infra*, n° 274).

<sup>44</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 368; JCP 1997 éd. G, II, 22749, note ARDEEFF I. ; D. 1997, 587, note MASSIP J. ; D. 1997, somm., 161, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; RTD civ. 1997, 98, obs. HAUSER J.

<sup>45</sup> Art. L 224-4 CASF. La distinction entre recueil et remise n'est pas sans conséquence. La remise de l'enfant est un acte juridique auquel le parent qui remet expressément l'enfant est partie. A l'inverse, l'enfant recueilli n'a pas de filiation établie ou connue, ses père ou mère de naissance n'ont donc pas à consentir à sa remise à l'aide sociale et à son adoption. Le procès-verbal de recueil est un « *acte administratif consignait simplement une série de faits (absence de filiation au moment de l'établissement de l'acte, remise d'un enfant, délivrance des informations légales...)* » (MURAT P., Dr. fam. 2004, n° 120, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 avril 2004). A l'inverse, le procès-verbal de remise est un acte juridique unilatéral de renonciation aux droits parentaux auquel le parent est nécessairement partie.

<sup>46</sup> En ce sens également, BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, préc., 2008, n° 143 : « *s'il est certes difficile de concilier le droit à l'anonymat de la mère, qui doit évidemment bénéficier aussi aux mineures, et la protection de ces dernières, il serait toutefois opportun de s'orienter vers une solution intermédiaire qui permettrait à la jeune mère de revenir sur sa décision pendant un délai plus long ou au moins s'assurer qu'elle soit assistée par un adulte à l'instar de ce qui a été mis en place pour l'interruption volontaire de grossesse* ».

**248 Compréhension de la langue.** Il peut également être complexe de s'assurer que les informations relatives à la reprise de l'enfant ont bien été comprises lorsqu'il s'agit d'une femme étrangère et qu'elle ne comprend pas la langue française<sup>47</sup>. Se pose alors la question de la compréhension de la portée de la demande de secret ainsi que des informations délivrées sur la possibilité de reprendre l'enfant, c'est-à-dire de la réalité de la volonté maternelle. En pratique, il est courant qu'un membre du personnel hospitalier serve d'interprète, aucune procédure spécifique n'étant prévue dans les textes. Dans un arrêt du 6 avril 2004, la Cour de cassation a écarté la demande d'annulation du procès-verbal d'admission de l'enfant au service de l'aide sociale fondé sur un prétendu vice du consentement, invoquée par une femme de nationalité irlandaise venue accoucher anonymement en France<sup>48</sup>. Le raisonnement de la Cour est identique à celui qu'elle avait retenu dans son arrêt de 1996 relativement à la demande émise par une femme mineure non assistée. La motivation est d'une logique implacable, même si elle procède d'un mélange des notions de remise et de recueil<sup>49</sup>. Cette confusion ne modifie en rien la solution qui aboutit à des conséquences désastreuses sur le plan humain<sup>50</sup>. Elle tend « à favoriser les adoptants au détriment de la famille biologique »<sup>51</sup>.

**249 Cour européenne des droits de l'homme.** Cette affaire a fait l'objet d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. La requérante a soutenu qu'il y avait eu violation de son droit au respect à la vie privée et familiale en raison de l'excessive

---

<sup>47</sup> Selon l'article 311-14 du Code civil, la filiation de l'enfant est régie par la loi personnelle de sa mère. Or, la majorité des législations européennes impose la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance. La femme étrangère qui accouche en France ne devrait donc pas pouvoir demander l'anonymat. Il est cependant impossible de s'assurer de sa nationalité dans la mesure où aucune pièce d'identité n'est requise et aucune enquête n'est diligentée (Art. L 222-6 CASF). En ce sens également, ARDEEFF-GARE I., th. préc. n° 80, p. 74. Par exemple, entre 50 et 100 femmes belges viendraient chaque année accoucher anonymement dans les cliniques du Nord de la France (*Une loi pour accoucher discrètement*, La libre Belgique, 31 janvier 2007).

<sup>48</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 avril 2004, Bull. civ. I, n° 107 ; Dr. fam. 2004, comm. n° 6, note BICHERON F. ; *ibid.*, comm. n° 72, note GOUTTENNOIRE A. ; *ibid.*, comm. n° 120, note MURAT P. ; JCP éd. G 2004, II, 10045, note GEFROY C. ; RTD civ. 2004, 496 note HAUSER J. ; RDSS 2004, 692, note MONEGER F. ; RJPJF-2004-7.8/32, note TON NU LAN A. ; LPA 7 octobre 2004, p. 12, note MASSIP J.

<sup>49</sup> En ce sens également, le professeur Murat (note préc.) relève que le procès-verbal établi semble confondre recueil et remise.

<sup>50</sup> Pour une critique de l'arrêt, v. notamment MASSIP J., *Droits de la mère de l'enfant en cas d'accouchement anonyme*, LPA 7 octobre 2004, n° 201, p. 12 : « l'arrêt rendu le 6 avril 2004 par la Cour de cassation ne manquera pas de choquer et nous paraît souligner, une fois de plus, la nocivité de notre législation relative à l'accouchement anonyme et aux effets qui s'y attachent ».

<sup>51</sup> BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil, Première année, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Sirey, 15<sup>ème</sup> éd. 2007, n° 1939.

brièveté du délai et de l'ambiguïté de l'information qui lui avait été délivrée. Dans un arrêt du 10 janvier 2008, la Cour a considéré que le lien entre l'enfant et sa mère biologique relève de la vie familiale de cette dernière. Cependant, elle a réaffirmé, à l'unanimité, la compatibilité de l'accouchement sous X avec la Convention<sup>52</sup>. La Cour a estimé que les États disposent d'une marge d'appréciation en raison de l'absence de consensus en matière d'adoption<sup>53</sup> et « *que le délai prévu par la législation française vise à atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisants entre les intérêts en cause* »<sup>54</sup>. De plus, « *les autorités françaises ont fourni en l'espèce à la requérante une information suffisante et détaillée, en la faisant bénéficier d'une assistance linguistique non prévue par les textes et en s'assurant qu'elle soit informée aussi complètement que possible des conséquences de son choix, ainsi que des délais et modalités pour rétracter son consentement* »<sup>55</sup>. Tout en aboutissant à au même résultat<sup>56</sup>, la Cour a condamné implicitement le raisonnement abstrait de la Cour de cassation en vérifiant *in concreto* que l'intéressée avait reçu une information suffisante et dépourvue d'ambiguïté<sup>57</sup>. On peut toutefois souligner que la Cour européenne a relevé que si deux délais étaient mentionnés dans le procès-verbal d'admission (deux et six mois), il ne pouvait y avoir de confusion dans la mesure où le formulaire de consentement à l'adoption indiquait un délai de deux mois. Cependant, ce formulaire se référait à l'article 348-3 du Code civil inapplicable en l'espèce. Ont été confondus le délai de l'article 348-3 du Code civil relatif à la rétractation du consentement parental en cas d'adoption et celui prévu à l'article 351 qui envisage la situation de l'enfant

---

<sup>52</sup> CEDH, 10 janvier 2008, Kearns contre France, RLDC 2008, n° 48, 2965 note LE BOURSICOT M.-C. ; RLDC 2008, n° 46, 2868, note MARRAUD des GROTTES G. ; Dr. fam. 2008, étude n° 14, obs. GOUTTENOIRE A. ; RTD civ. 2008, 285, note HAUSER J. ; RJPF-2008-4/29, obs. GARE T. ; JCP éd. G 2008, I, 167, note SUDRE F. ; AJ fam. 2008, 78, note CHENEDE F. ; D. 2008, 415, note GUIOMARD P. ; RTD civ. 2008, 252, note MARGUENAUD J.-P. ; RDSS 2008, 353, NEIRINCK C. ; GOUTTENOIRE A., *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dr. fam. 2008, étude n° 14. V. également l'arrêt Odièvre contre France, *infra*, n° 491 et s.

<sup>53</sup> Il faut souligner que la Cour européenne des droits de l'homme a analysé la législation française sous l'angle du délai de rétractation en matière d'adoption. En l'espèce, la mère n'a pas pu consentir à l'adoption de l'enfant dans la mesure où sa maternité n'était pas établie. Son consentement n'était pas requis. L'erreur provient des travailleurs sociaux qui ont fait signer à la mère un formulaire dans lequel elle consentait à l'adoption de l'enfant. Elle n'a pas été relevée par les juges européens.

<sup>54</sup> CEDH, 10 janvier 2008, Kearns contre France, § 83. En présence d'intérêts difficilement conciliables, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer. Les juges européens ont tenu compte des arguments avancés par le gouvernement français pour justifier la brièveté du délai de rétractation, à savoir sécuriser la situation de l'enfant et lui assurer des relations affectives stables dans sa nouvelle famille le plus rapidement possible.

<sup>55</sup> CEDH, 10 janvier 2008, Kearns contre France, § 91.

<sup>56</sup> En ce sens également, GOUTTENOIRE A., art. préc.

<sup>57</sup> CHENEDE F., note préc.

sans filiation établie<sup>58</sup>. Conclure à l'absence de tout risque de confusion nous paraît contestable dans la mesure où le document indiquant le délai de deux mois était hors de propos au vu des faits de l'espèce, la mère ne pouvant juridiquement pas consentir à l'adoption. Ce formulaire n'aurait donc pas dû lui être transmis si le droit français avait été correctement appliqué. Seul le procès-verbal d'admission aurait dû lui être communiqué. Celui-ci contenait deux délais, ce qui pouvait légitimement être source d'ambiguïté. Or, dans l'arrêt Todorova contre l'Italie, rendu postérieurement à l'arrêt Kearns, les juges européens ont relevé que « *l'État (a) l'obligation positive de s'assurer que le consentement donné par la requérante à l'abandon de ses enfants (a) été éclairé et entouré de garanties adéquates* »<sup>59</sup>. Il a été proposé que l'aide sociale à l'enfance utilise deux modèles distincts de procès-verbal : l'un de recueil lorsque l'enfant né sous X est recueilli par les services de l'aide sociale et un de remise lorsque l'enfant est remis par ses parents juridiques. « *Ces derniers, seuls, doivent consentir à l'adoption et signer le procès-verbal ; il est, par contre, absurde de demander à la femme qui accouche sous X de consentir à l'adoption et à lui faire signer le procès-verbal, puisqu'elle n'a aucun lien juridique avec l'enfant* »<sup>60</sup>. Cette solution aurait, nous semble-t-il, le mérite de clarifier la situation de l'enfant et de permettre une meilleure information de celle qui accouche sous le secret.

**250 Pistes de réflexion.** Refuser à une mère de naissance qui n'a pas véritablement compris ce à quoi elle s'engageait est condamnable. L'accouchement anonyme est destiné à protéger la mère et l'enfant. Les conséquences qui découlent de la demande de secret, malheureusement nécessaires, conduisent à des situations paradoxales. Il a été suggéré de constater la demande de secret dans un acte écrit<sup>61</sup>. Cependant, au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation, le recueil de l'enfant ne pourrait être remis en cause sur ce fondement. Si l'annulation de la demande de secret aboutissait à la levée de l'anonymat, elle ne produirait aucune conséquence sur le procès-verbal d'admission en raison de l'absence d'établissement de la maternité lors du recueil.

---

<sup>58</sup> Selon cet article, l'enfant dont la filiation n'est pas établie ne peut être placé en vue de son adoption avant l'expiration d'un délai de deux mois à compter de son recueil. Or, c'est le placement en vue de l'adoption qui met fin à toute demande de restitution.

<sup>59</sup> CEDH, 13 janvier 2009, Todorova contre Italie, § 82 (v. *supra*, n° 237).

<sup>60</sup> BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *op. cit.*, n° 2126.

<sup>61</sup> ARDEEFF-GARE I., th. préc., n°s 71 et s.

On pourrait aussi s'interroger sur la possibilité de remettre en cause l'acte administratif de recueil, en raison du non-respect du devoir d'information auquel est tenue l'administration. Cette voie permettrait de contourner l'impossibilité d'invoquer un vice du consentement liée à l'absence de consentement de la mère<sup>62</sup>. Cependant, le délai du recours en excès de pouvoir permettant de remettre en cause le procès-verbal de recueil est de deux mois à compter de la rédaction de l'acte. Par conséquent, cette voie n'offre pas une meilleure alternative que la simple reprise de l'enfant dans la mesure où ces deux possibilités obéissent au même délai.

Il a pu encore être proposé que la mère soit à nouveau consultée à l'expiration du délai de deux mois, afin qu'elle réaffirme sa volonté de maintenir le secret sur son identité. Cette solution présente certains avantages. Elle permettrait de s'assurer du réel consentement de la mère et lui indiquerait formellement la date jusqu'à laquelle elle peut demander la restitution de l'enfant. Une critique peut toutefois lui être opposée. La mise en œuvre d'un tel dispositif supposerait que la parturiente donne son identité ainsi que ses coordonnées au moment de l'accouchement. Or, on peut craindre que certaines donnent de fausses informations ou soient apeurées à l'idée de communiquer des renseignements identifiants alors même qu'elles sollicitent le secret. La mise en œuvre pratique d'un tel dispositif pourrait selon nous s'avérer délicate.

**251 Allongement du délai de rétractation.** Faudrait-il alors ne rendre l'enfant adoptable qu'à l'expiration d'un délai plus long propre à permettre à la mère de réfléchir un tant soit plus sereinement à la portée de son acte, seule solution *a priori* permettant de s'assurer de la volonté de la mère sans être confronté à l'écueil de son absence en tant que partie

---

<sup>62</sup> « La question serait alors de savoir si les défauts de l'obligation d'information légalement prévue constituent l'omission ou le mauvais accomplissement de formes substantielles justifiant l'annulation de l'acte pour vice de forme » (MURAT P., note préc., p. 25). Selon le professeur Murat, il semblerait que la réponse puisse être positive : « il ne semble donc pas irréaliste de soutenir que certains aspects de l'information légale en matière de recueil d'un enfant par le service public de l'Aide sociale présentent ces caractères et puissent en conséquences appartenir à la catégorie des formes substantielles... ». Nous partageons cet avis. L'article L 224-5 du Code de l'action sociale et des familles prévoit expressément que le service de l'aide sociale à l'enfance doit informer le père ou la mère de naissance ou la personne qui remet l'enfant « des délais et conditions suivant lesquels l'enfant pourra être repris par ses père ou mère ». Il doit, de plus, être mentionné dans le procès-verbal que cette information a été délivrée. Pèse donc sur l'administration une obligation qu'elle se doit de remplir. Son non-respect devrait pouvoir entraîner l'annulation du procès-verbal de recueil et également celle des arrêtés d'admission de l'enfant comme pupille de l'État à titre provisoire, puis à titre définitif lorsque la mère se plaint que l'information n'a pas ou a mal été délivrée.

juridique lors du recueil<sup>63</sup> ? On comprend bien que ces situations sont marginales et que l'enfant doit être le plus rapidement possible adopté. Malgré cela, il est dans son intérêt et dans celui de la femme qui en est accouchée, de s'assurer qu'elle avait conscience de l'entière portée de sa demande d'anonymat et des possibilités de reprise. Ne pourrait-on pas imaginer une harmonisation avec le délai prévu à l'alinéa 2 de l'article L 224-6 du Code de l'action sociale et des familles : celui des père et mère qui n'a pas remis l'enfant dispose d'un délai de six mois pour faire connaître son intention de le prendre en charge.

**252 Traduction.** Il serait également envisageable de prévoir la traduction en langues étrangères des documents remis à la femme accouchée lors du recueil de l'enfant par le service de l'aide sociale à l'enfance, ce qui favoriserait une meilleure appréhension des conséquences auxquelles elle s'expose. En toute occurrence, nous pensons qu'une amélioration des garanties apportées lors du recueil de la volonté de la parturiente étrangère pourrait être mise en œuvre.

**253 Conclusion.** En définitive, l'accouchement anonyme permet l'effacement de la mère de naissance, tiers auteur biologique de l'enfant, par sa seule volonté. Il soulève toujours un certain nombre d'interrogations : peut-on encore considérer qu'il prévient les infanticides ? Lorsque l'on compare le nombre de ces crimes en France et dans les pays ne connaissant pas la maternité secrète, on ne peut rejoindre cette conclusion<sup>64</sup>. Pourtant une majorité d'auteurs considère qu'il protège les enfants abandonnés et les femmes qui y recourent, tout en admettant cependant que c'est surtout à celles-ci que le législateur a pensé lorsqu'il a réformé l'accouchement anonyme<sup>65</sup>. L'accouchement secret mérite d'être maintenu dans la mesure où il peut sauver des vies, aussi bien celle de la mère que celle de l'enfant<sup>66</sup>. Cette décision procède de la liberté individuelle de la femme<sup>67</sup>. En revanche, la préservation de l'intérêt de l'enfant passe par le droit pour lui d'accéder à ses originelles

---

<sup>63</sup> Sur la brièveté du délai, MASSIP J., *La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme*, D. 1997, 587.

<sup>64</sup> TRILLAT. B. art. préc, p. 518.

<sup>65</sup> MALLET-BRICOUT B., *Réforme de l'accouchement sous X, quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ?*, JCP éd. G 2002, I, 119, spéc. 486.

<sup>66</sup> Il convient toutefois de vérifier préalablement qu'aucune autre solution n'est envisageable : en aidant, par exemple, la femme à être en règle avec la législation sur l'immigration, à trouver un travail, un domicile, en l'informant de toutes les aides dont elle peut bénéficier.

<sup>67</sup> ABRAVANEL-JOLLY S., *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Doctorat et notariat, Defrénois, 2005, n<sup>os</sup> 437 et 438, p. 121 et 122.

personnelles et aux circonstances de sa naissance (v. *infra*, n<sup>os</sup> 504 et s.). La demande de secret sollicitée produit des conséquences sur la branche familiale paternelle de l'enfant dans la mesure où elle entraîne des difficultés pour le père désireux d'établir sa paternité.

### B. L'établissement de la filiation paternelle compromis par la volonté de la mère

**254 Constat.** En dépit des difficultés, le père biologique peut établir sa paternité à l'égard de l'enfant né sous X et contester le procès-verbal d'admission en tant que pupille de l'État (1). Les solutions françaises doivent être appréciées au regard de la Convention européenne *des droits de l'homme* (2).

#### 1. Les droit du tiers géniteur

**255 Difficultés.** Si la demande d'anonymat ne fait en principe pas obstacle à l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant, les circonstances de la naissance peuvent nuire à l'effectivité de la reconnaissance.

**256 Paternité hors mariage.** La filiation de l'enfant né hors mariage est par nature divisible. L'anonymat lors de l'accouchement n'empêche pas la reconnaissance par le père<sup>68</sup>, le secret découlant de l'accouchement sous X devant être interprété strictement. « *Il en résulte que le secret de l'identité de la mère doit être absolu à l'égard de l'enfant, mais que rien ne nécessite d'opposer ce secret au père, qui doit pouvoir établir librement son lien de filiation s'il le souhaite* »<sup>69</sup>. La reconnaissance peut intervenir avant ou après la

---

<sup>68</sup> *Contra* CA Riom, 16 décembre 1997, D. 1998, somm. 301, obs. BOURGAULT-COUDEVYLLE D. ; JCP éd. G 1998, II, 10147, note GARE T. ; RTD civ. 1998, 891, note MURAT P. ; Dr. fam. 1998, comm. n° 150, note MURAT P. ; D. 1999, somm. 198, note GRANET F. ; JCP éd. G 1999, I, 101, n° 4, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. : « *la reconnaissance effectuée devant notaire est sans effet direct, puisqu'elle concerne l'enfant d'une femme, qui, selon la loi, n'a jamais accouché ; qu'elle est donc privée de toute valeur, l'enfant objet de la reconnaissance n'étant pas né, puisque l'effet juridique de cet acte ne prend corps qu'au jour de la naissance* ». Cet arrêt a été fortement critiqué en doctrine en raison de sa solution inique pour le père, v. notamment GARE T., note préc. ; MURAT P., note préc. : « *le royaume d'Ubu nous est ouvert quand on peut lire - dans la plus pure logique - que la reconnaissance du père est sans effet puisqu'elle porte sur un enfant indéterminé qu'il ne peut pas identifier.* » ; et GRANET F., note préc. : il est « *inadmissible que le véritable père ne puisse, comme tout père naturel, déclarer sa paternité en reconnaissant son enfant, qu'il veut élever* ».

<sup>69</sup> GARE T., note sous CA Riom, 16 décembre 1997, préc. En ce sens également, REVEL J., *Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous x et son père*, D. 2006, chron., 1707.

naissance<sup>70</sup>. Théoriquement, la filiation de l'enfant peut aussi être établie par possession d'état<sup>71</sup>.

**257 Mariage.** Il a fallu également déterminer si l'homme marié peut reconnaître l'enfant lorsque son épouse accouche sous X. La circulaire du 30 juin 2006 a prévu cette possibilité<sup>72</sup>, la paternité du mari pouvant ne pas être établie par l'effet de la loi. Puis la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance a expressément admis que le mari peut reconnaître l'enfant de son épouse lorsque la présomption de paternité est écartée en vertu de l'article 313 du Code civil<sup>73</sup>. Il reste qu'une reconnaissance maritale ne peut être faite avant la naissance de l'enfant.

**258 Mention.** L'efficacité de la reconnaissance est subordonnée à sa mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant, ce qui implique que celui-ci soit d'abord identifié (art. 62 C. civ.). Le père n'est généralement pas en mesure de connaître la date et le lieu de l'accouchement. En découle une impossibilité de mentionner la reconnaissance en marge de l'acte de naissance. Le défaut de transcription de la reconnaissance n'altère en rien sa validité, mais la prive d'efficacité<sup>74</sup>.

**259 Identification.** Pour tenter d'y remédier, la loi du 22 janvier 2002 a introduit l'article 62-1 dans le Code civil<sup>75</sup>. Si la transcription de la reconnaissance s'avère impossible du fait du secret opposé par la mère de naissance sur son identité, le père peut en informer le procureur de la République qui procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance, permettant ainsi l'identification de l'enfant et la mention de la

---

<sup>70</sup> Art. 316 C. civ. Si elle est effectuée après la naissance, elle indique les date et lieu de naissance, le sexe et les prénoms de l'enfant ou, à défaut, tous renseignements utiles sur la naissance. Mais elle ne doit pas mentionner l'identité de la femme accouchée dans l'anonymat (art. 62 al. 2 C. civ.). Si l'officier de l'état civil n'a connaissance du secret de l'accouchement qu'après l'établissement l'acte de reconnaissance, une action en rectification doit être engagée (art. 99 C. civ.).

<sup>71</sup> V. TGI Créteil, 21 février 2002, RTD civ. 2002, 495, note HAUSER J. ; D. 2002. 1710, note GRANET F. (enfant né sous X dont le prétendu père, exécuté trois mois après sa naissance, avait exprimé l'intention de reconnaître son fils).

<sup>72</sup> Circulaire n° CIV/13/06 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, 2.1.1.b.

<sup>73</sup> GARE T., *Réforme de la filiation – A propos de la loi du 16 janvier 2009*, JCP éd. G 2009, act., 59.

<sup>74</sup> La loi ne pose pas comme condition de validité de la reconnaissance sa transcription. Elle peut être faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier d'état civil ou par acte authentique (art 316 C. civ.).

<sup>75</sup> Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État (JO du 23 janvier 2002, p. 1519).

reconnaissance en marge de son acte de naissance<sup>76</sup>. Avant l'introduction de cet article, le parquet, chargé d'une mission de surveillance des actes de l'état civil<sup>77</sup>, pouvait être sollicité par les pères confrontés à la demande de secret. Mais son efficacité n'était que relative.

**260 Illustration jurisprudentielle.** La Cour de cassation a été saisie dans une telle situation, fortement médiatisée. En 1999, à la suite d'une relation adultère, Mme D. s'est trouvée enceinte de M. P. Les amants se sont séparés. Le 13 mars 2000, M. P. a reconnu l'enfant à naître de Mme D. devant l'officier de la commune de Lutterbach. Le 14 mai 2000, elle est accouchée sous X d'un garçon prénommé Benjamin. Le 26 juin, M. P. a averti le procureur de la République de Colmar afin que des démarches soient engagées pour retrouver son enfant<sup>78</sup>. Le 28 septembre, Benjamin a été placé en vue de son adoption. M. P. a demandé le 18 janvier 2001 sa restitution auprès de la cellule d'adoption du Conseil général de Meurthe-et-Moselle qui lui a opposé une fin de non-recevoir en raison du placement de l'enfant au foyer des époux F. en octobre 2000. M. P. a assigné le Préfet de Meurthe-et-Moselle en restitution de son enfant le 20 juillet 2001<sup>79</sup>. Selon la Cour de cassation, *« l'enfant ayant été identifié par M. X... 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*

---

<sup>76</sup> Art. 62-1 C. civ.

<sup>77</sup> En ce sens, BICHERON F., note sous TGI Nancy, 16 mai 2003, AJ fam. 2003, 310, préc. ; MURAT P., note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 avril 2006, préc.

<sup>78</sup> Il lui a été donné comme réponse d'assigner la mère pour obtenir la date et le lieu de l'accouchement. Le 24 février 2001, M. P. a sollicité à nouveau le procureur de la République. Aucune réponse ne lui est alors donnée.

<sup>79</sup> Par deux jugements, le Tribunal de grande instance de Nancy, a refusé de prononcer l'adoption en faveur des époux F., l'estimant contraire à l'intérêt de l'enfant, et a fait droit à la demande de restitution du père (TGI Nancy, 16 mai 2003, D. 2003, jur., 2910, note POISSON-DROCOURT E. ; *ibid.*, somm., 2120, note GRANET-LAMBRECHTS F. ; Dr. fam. 2003, n° 88, note MURAT P. ; AJ fam. 2003, 310, note BICHERON F. ; RTD civ. 2003, 488, note HAUSER J. ; JCP éd. G 2003, I, 148, n° 2, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; LPA 20 mars 2003, n° 57, p. 3, note AUBIN S. ; GP, 31 janvier 2004, n° 31, p. 5, note RABY S. ; D. 2004, 465, note BOURGAULT-COUDEVYLLE D.). Les époux F. ont interjeté appel. La Cour d'appel de Nancy a jugé la reconnaissance anténatale inefficace, la demande de secret s'opposant à l'identification de l'enfant par la seule désignation de la mère (CA Nancy, 23 février 2004, Dr. fam. 2004, comm. n° 48, note MURAT P. ; JCP éd. G 2004, actualité, 437 ; *ibid.*, II, 10073, note GARNIER M. ; *ibid.*, I, 167, n° 10, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. et FAVIER Y. ; D. 2004, jur., 2249, note POISSON-DROCOURT E. ; *ibid.*, 1422, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; RTD civ. 2004, 275, obs. HAUSER J. ; AJ fam. 2004, 242, obs. F. B. ; RJPJF-2004-4/33, Le BOURSICOT M.-C.).

*naturel* »<sup>80</sup>. La lenteur du parquet a empêché l'identification de l'enfant avant son placement en vue de l'adoption<sup>81</sup>. Elle n'a eu lieu qu'au début de l'année suivante, ce qui rendait en principe toute restitution impossible<sup>82</sup>. La Cour de cassation s'est placée au niveau du consentement à l'adoption. La reconnaissance produit ses effets dès que l'enfant est identifié avant que le conseil de famille ne consente à son adoption. Puisque la filiation est établie et connue, c'est au parent de consentir à l'adoption conformément à l'article 348-1 du Code civil. Ce raisonnement peut séduire dans la mesure où il permet d'aboutir à une solution qui nous semble humainement plus juste<sup>83</sup>. Le père a en définitive consenti à l'adoption simple de l'enfant par le couple qui l'avait élevé pendant six années<sup>84</sup>. Cette solution a eu pour avantage de maintenir la parenté de l'enfant à l'égard de son père biologique et de consacrer juridiquement la parentalité exercée dans les faits par les

---

<sup>80</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 avril 2006, n° 05-11285, Bull. civ. I, n° 195 ; Dr. fam. 2006, comm. n° 124, note MURAT P. ; D. 2006, jur., 2294, note POISSON-DROCOURT E. ; *ibid.*, IR, 1065, obs. GALLMEISTER I. ; *ibid.*, chron., 1707, REVEL J. ; D. 2007, chron., 879, SALVAGE-GEREST P. ; *ibid.*, pan., 1460, note GRANET-LAMBRECHTS F. ; JCP éd. G 2006, I, 199, n° 1, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; GP 2006, n° 248, p. 20, note GUITTET F. ; Defrénois 2006, 1127, note MASSIP J. ; RLDC 2006, n° 28, 2097, note LE BOURSICOT M.-C. ; LPA 7 mai 2007, n° 91, p. 7, obs. BOURGAULT-COUDEVYLLÉ D. ; RDSS 2006, 575, note NEIRINCK C. ; RTD civ. 2006, 273, note REMY-CORLAY P. ; *ibid.*, 292, note HAUSER J. ; D. 2006, 2293, note POISSON-DROCOURT E.

<sup>81</sup> POISSON-DROCOURT E., note sous TGI Nancy, 16 mai 2003, préc. En effet, le père l'avait sollicité à peine plus d'un mois après la naissance de Benjamin, soit avant son admission à titre définitif comme pupille de l'État.

<sup>82</sup> Selon l'article 352 du Code civil, le placement en vue de l'adoption fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance. Par conséquent, toute reconnaissance postérieure au placement devrait en principe être privée d'effet. En ce sens, CA Rennes, 1<sup>er</sup> septembre 2003, Juris-data n° 2003-238511 ; CA Grenoble, 9 juillet 2004, Dr. fam. 2004, comm. n° 141, note MURAT P. Selon la Cour d'appel de Grenoble, la reconnaissance n'est pas simplement privée d'efficacité, mais n'est pas valide car souscrite postérieurement au placement en vue de l'adoption. La restitution provisoire de l'enfant n'est d'ailleurs pas opportune, CA Grenoble, ord. 1<sup>er</sup> prés., 11 février 2004, RJPF-2004-7.8/33 ; *Contra*, TGI Grenoble, 22 janvier 2004, Juris-data n° 2004-235203 (restitution de l'enfant reconnu par le père après le placement en vue de l'adoption).

<sup>83</sup> Cependant, plusieurs reproches peuvent être formulés à son encontre. Selon l'article L 224-4, 1° du Code de l'action sociale et des familles, sont admis en qualité de pupille de l'État les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale depuis plus de deux mois. Un pupille de l'État est, du fait de son statut, adoptable et doit faire l'objet d'un projet d'adoption dans les meilleurs délais (art. L 225-1 CASF). C'est au conseil de famille d'y consentir. La filiation de Benjamin était inconnue au moment de son recueil malgré la reconnaissance prénatale de son père. Le conseil de famille devait donc consentir à son adoption. Selon la Cour de cassation, le pouvoir de consentir à l'adoption est transféré au père dès lors que l'enfant est identifié. L'identification ultérieure de Benjamin n'a pu, en principe, modifier son statut de pupille de l'État. Son père n'avait pas à donner son consentement dans la mesure où sa filiation n'était pas connue au jour de son recueil. En outre, le consentement du conseil de famille est nécessairement intervenu avant le placement en vue de l'adoption, soit avant son identification (en ce sens, v. SALVAGE-GEREST P., *Benjamin encore... une indispensable mise au point*, AJ fam. 2005, 18. *Contra*, v. VERDIER P., *L'affaire Benjamin : des effets de la reconnaissance paternelle d'un enfant né sous X*, AJ fam. 2004, 358).

<sup>84</sup> CA Reims, 12 décembre 2006, RTD civ. 2007, 558, note HAUSER J. ; Defrénois 2007, 795, obs. MASSIP J.

adoptants. Un droit de visite a été consenti par ces derniers au père, permettant ainsi l'exercice par lui d'une forme de parentalité. Au vu du faible nombre des naissances sous X, il est matériellement faisable de s'assurer que l'enfant n'a pas été reconnu. Des considérations humaines, qui peuvent être compréhensibles, font que l'enfant n'est parfois pas retrouvé à temps. Toutefois, l'adoption ne doit être qu'une solution subsidiaire.

**261 Annulation.** Le père qui souhaite reprendre son enfant dispose au demeurant d'une autre alternative : il peut demander l'annulation de l'arrêté d'admission de l'enfant en tant que pupille de l'État dans un délai de trente jours à compter de la date de l'arrêté du président du conseil général<sup>85</sup>. Le demandeur doit vouloir assumer la charge de l'enfant qui peut lui être confié, si tel est son intérêt, avec délégation des droits de l'autorité parentale<sup>86</sup>. Mais les modalités pratiques de mise en œuvre de ce recours laissent à douter de son effectivité pour le père par le sang<sup>87</sup>. *« Si un tel recours est envisageable pour la mère qui connaît – au moins approximativement – la date à laquelle l'enfant a été recueilli par le service de l'aide sociale à l'enfance, il s'avère totalement illusoire pour celui qui veut assumer sa paternité car il ignore tout de son enfant : le lieu où il se trouve et la date de sa*

---

<sup>85</sup> Art. L 224-8 CASF. Seul l'arrêté d'admission de l'enfant en tant que pupille de l'état est susceptible de recours. L'organisme habilité pour l'adoption qui recueille l'enfant doit établir un document attestant que le père ou la mère de naissance ou la personne qui le remet a reçu un certain nombre de renseignements notamment sur la portée de leur acte (art. R 225-25 CASF). Il s'agit d'un simple document (dont une copie est délivrée au parent de naissance ou au tiers qui remet l'enfant) et non d'un procès-verbal. Ne faudrait-il pas unifier les pratiques en imposant l'établissement d'un procès-verbal lors du recueil de l'enfant par un tel organisme, lui donnant ainsi date certaine et permettant un recours similaire ? En ce sens, v. TON NU LAN A., *L'insuffisance de l'information délivrée aux parents de naissance avant le placement en vue de l'adoption*, Dr. fam. 2006, étude n° 11.

<sup>86</sup> Art. L 224-8 al. 2 CASF. Si son recours est rejeté, le demandeur peut bénéficier d'un droit de visite.

<sup>87</sup> Le délai court-il à compter de l'arrêté provisoire d'admission ou bien à compter de l'arrêté définitif ? S'il court à partir du premier arrêté, il est englobé dans le délai plus long de deux mois pendant lequel l'enfant peut être repris sans formalité. En revanche, s'il court à compter de l'arrêté définitif, le placement de l'enfant ne devrait pas pouvoir intervenir en principe avant trois mois à compter de son recueil. A l'expiration du délai de deux mois, l'enfant est admis définitivement comme pupille de l'État. Débuterait alors un nouveau délai de trente jours pendant lequel l'enfant ne pourrait être placé en vue de son adoption. Les pratiques observées par les services de l'aide sociale à l'enfance divergent, ce qui est une source d'insécurité juridique. Le délai de recours ne devrait courir qu'à compter de l'arrêté définitif rendant ainsi le placement de l'enfant impossible avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter de son recueil (En ce sens, TON NU LAN A., *Le délai de recours contre l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État*, RJPf-2004-2/11). Par ailleurs, l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État ne fait pas toujours l'objet d'une mesure de publicité générant des difficultés s'agissant du point de départ du délai de recours. Une précision du législateur sur ce point serait la bienvenue.

naissance »<sup>88</sup>. Il faut souligner en dernier lieu que le père ne peut former une tierce opposition contre le jugement d'adoption<sup>89</sup>.

Le père de naissance n'est donc pas entièrement démuné face à la volonté de la mère. Cependant, au vu des obstacles qu'il a à surmonter, on peut s'interroger sur la conformité des droits dont il dispose avec la Convention européenne *des droits de l'homme*.

## 2. Les droits du tiers géniteur et la Convention européenne *des droits de l'homme*

**262 Conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme.** La solution à laquelle aboutit la Cour de cassation, dans son arrêt du 7 avril 2006, au moyen d'un contournement des règles de l'adoption, semble être conforme à la Convention européenne *des droits de l'homme* et la jurisprudence de la Cour européenne<sup>90</sup>. L'adoption constitue une ingérence dans la vie familiale de l'enfant et de ses parents d'origine qui doit être justifiée. « *Or priver d'emblée l'enfant de tout lien avec l'un de ses auteurs qui le réclame constitue une ingérence dans la vie familiale du parent comme de l'enfant, ingérence non justifiée par l'intérêt de l'enfant qui est a priori, sauf circonstances particulières, d'être élevé par sa famille naturelle. Le respect de la vie familiale implique que le droit positif permette qu'une vie familiale ait pu effectivement se développer* »<sup>91</sup>. L'adoption de l'enfant ne fait pas suite à une défaillance parentale, mais résulte du fait que le père n'a jamais été mis en situation de donner effet à sa reconnaissance prénatale et ainsi de s'opposer au projet d'adoption.

**263 Applications jurisprudentielles.** La Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu à se prononcer sur des faits similaires, même s'il ne s'agissait pas, en l'espèce, d'un accouchement anonyme<sup>92</sup>. M. Görgülü est le père d'un enfant, Christofer, né en août 1999 de sa relation avec Mme M. Cette dernière ne l'a pas tenu informé de la naissance de

---

<sup>88</sup> NEIRINCK C., *L'adoptabilité de l'enfant né sous X*, art. préc.

<sup>89</sup> CA Riom, 16 décembre 2003, Dr. fam. 2004, n° 18, note MURAT P. ; AJ fam. 2004, 139, obs. BICHERON F.

<sup>90</sup> GRANET F., note préc. sous CA Riom, 16 décembre 1997. L'auteur considère que la solution qu'avait retenue la Cour d'appel de Riom risquait d'être jugée contraire à l'article 8 de la Convention européenne.

<sup>91</sup> MURAT P., note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 avril 2006, Dr. fam. 2006, 124.

<sup>92</sup> CEDH, 24 février 2004, Görgülü contre Allemagne, Dr. fam. 2004, comm. n° 48, note MURAT P. ; REVEL J., *Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père*, D. 2006, chron., 1707.

Christofer qu'elle a immédiatement donné en adoption. L'enfant est rapidement placé en vue de son adoption dans une famille d'accueil<sup>93</sup>. En octobre, M. Görgülü a appris la naissance de son fils et le consentement de la mère à son adoption. Il a demandé l'adopter lui-même, ce qui lui a été refusé<sup>94</sup>. M. Görgülü a reconnu Christofer à la fin du mois de novembre 1999 et a demandé l'attribution de l'autorité parentale ainsi qu'un droit de visite. Sa demande est reçue par les premiers juges qui ont aménagé une reprise progressive des relations entre le père et le fils. Mais en appel, la Cour de Naumburg a suspendu son droit de visite et lui a refusé l'autorité parentale au motif qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'être séparé de la famille d'accueil avec laquelle il vit depuis presque deux ans. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, il y a eu double violation de l'article 8 de la Convention, s'agissant d'une part du refus d'octroyer au père l'autorité parentale et d'autre part de la suspension de son droit de visite. La Cour européenne rappelle que l'État est tenu à une obligation positive<sup>95</sup>. Ainsi, dès qu'il existe un lien familial entre l'enfant et son parent, l'État a l'obligation de tout mettre en œuvre pour en permettre le développement et doit chercher à les réunir<sup>96</sup>. Par ailleurs, le seul écoulement du temps ne peut déterminer les relations entre les parents naturels et l'enfant<sup>97</sup>. La Cour d'appel n'a envisagé que les effets à court terme de la séparation de l'enfant d'avec sa famille d'accueil, mais n'a pas tenu compte des effets néfastes pour lui à long terme d'être séparé de son père naturel. La solution retenue par les juridictions allemandes empêche toute vie familiale entre eux. Les circonstances de l'espèce ne justifient pas l'ingérence de l'État dans la vie familiale du requérant et la rupture de tout lien entre l'enfant et son père<sup>98</sup>.

Toutefois, dans une hypothèse d'accouchement secret (arrêt Kearns contre France, v. *supra*, n° 249), la Cour européenne a ignoré les droits du père biologique. Ce dernier avait appris tardivement la naissance de l'enfant qu'il a reconnu avant que celui-ci ne fasse

---

<sup>93</sup> L'enfant est né le 25 août 1999 et sa famille d'accueil est venue le chercher à l'hôpital quatre jours plus tard.

<sup>94</sup> On lui a opposé le fait que Mme M. n'avait donné aucune information relative au père de l'enfant.

<sup>95</sup> La notion d'obligation positive suppose « *d'une part, que les juges transforment la formulation négative d'un droit en obligation positive et, d'autre part, qu'ils fondent cette transformation sur la théorie de "l'inhérence" suivant laquelle l'obligation positive dégagée par le juge est inhérente au droit conventionnel, parce que nécessaire à son effectivité* » (VASSEUR-LAMBRY F., *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, th., préc., n° 547).

<sup>96</sup> CEDH, 24 février 2004, Görgülü contre Allemagne, § 45.

<sup>97</sup> CEDH, 24 février 2004, Görgülü contre Allemagne, § 45.

<sup>98</sup> CEDH, 24 février 2004, Görgülü contre Allemagne, § 48.

l'objet d'une adoption plénière. La mère réclamait en outre sa restitution. « *Par conséquent, le père, qui en règle générale, a vocation à paralyser l'adoption que la mère biologique obstinée a voulue, était tout à fait en situation d'empêcher, ici, celle dont la mère biologique repentante ne voulait plus* »<sup>99</sup>. Cependant, la Cour européenne relève que « *dans les circonstances de l'espèce, l'action intentée par le tiers intervenant auprès des autorités irlandaises n'a pas d'incidence sur la conclusion à laquelle la Cour parvient* »<sup>100</sup>. La solution de la Cour est pour le moins surprenante au regard de sa jurisprudence habituelle et de la protection qu'elle accorde en principe au parent biologique dont les droits ont été déniés. La situation dans laquelle se trouve le père de l'enfant né sous X est contestable. Si la demande de secret de la mère n'est pas un empêchement juridique à l'établissement de sa paternité, elle demeure un obstacle factuel à la création du lien de parenté. En guise de conclusion, plusieurs pistes seraient envisageables pour s'assurer que la volonté de la mère ne prive pas arbitrairement l'enfant d'une famille qui le réclame<sup>101</sup>.

**264 Allongement du délai.** La brièveté du délai français semble critiquable en raison de l'ignorance dans laquelle se retrouve l'homme confronté à la demande d'anonymat<sup>102</sup>. La possibilité de recourir à l'aide du procureur de la République devrait faciliter l'identification de l'enfant. On peut néanmoins craindre que de telles situations se reproduisent. « *Le cas où l'accouchement anonyme ne posait pas de problème parce que le géniteur était en réalité inexistant, et le plus souvent totalement ignorant de la gestation et de l'accouchement, risque de devenir fort rare. La réalité est celle du cas jugé, couple irrégulier alternant abandon et reprise de vie commune, naissance dans une période de séparation où la mère qui s'estime abandonnée à ce moment là choisit l'anonymat. Mais*

---

<sup>99</sup> MARGUENAUD J.-P., note sous arrêt Kearns contre France préc.

<sup>100</sup> CEDH, 10 janvier 2008, Kearns contre France, préc., § 84.

<sup>101</sup> On peut par exemple évoquer la situation des grands-parents biologiques de l'enfant qui se trouvent dépourvus de tout droit. Dans un arrêt du 10 avril 2008, la Cour d'appel de Paris a refusé d'octroyer un droit de visite aux grands-parents de l'enfant né sous X. Ils n'ont pu se prévaloir de l'article 371-4 alinéa 2 du Code civil qui permet au juge de donner un droit de visite à tout tiers, parent ou non lorsque cela est dans l'intérêt de l'enfant (v. *infra*, n<sup>os</sup> 608 et s.) : CA Paris, 10 avril 2008, RTD civ. 2008, 466, note HAUSER J. ; AJ fam. 2008, 252, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2008, comm. n<sup>o</sup> 102, note MURAT P. Selon le professeur Hauser, « *il reste que, par une décision unilatérale de la mère, elle aura disposé de la filiation de son enfant et de ses attaches généalogiques. Le prix à payer pour sa liberté et la satisfaction des candidats à l'adoption nous semble tout de même bien lourd, y compris pour l'enfant* ».

<sup>102</sup> En ce sens également, BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n<sup>o</sup> 218.

alors qu'est-ce qui autoriserait dans ce cas, en se fondant sur une fiction, d'exproprier purement et simplement le père de sa paternité dans l'unique but de nourrir le stock des enfants adoptables »<sup>103</sup> ? Le délai durant lequel l'enfant peut être restitué à la demande du père est inadapté. Deux mois ne lui permettent pas d'identifier et de retrouver son enfant. Par conséquent, il serait utile d'allonger ce délai pour l'homme qui peut ignorer où la mère a accouché. Unifier l'ensemble des délais contribuerait à une meilleure lisibilité de la loi ainsi qu'à une information plus éclairée des parents de naissance. Lorsque l'enfant est remis expressément au service de l'aide sociale à l'enfance, l'autre parent à l'égard duquel la filiation de l'enfant est établie peut, dans un délai de six mois, faire connaître son intention de le prendre en charge. N'est-il pas rationnel que le père qui souhaite reprendre l'enfant dont il ignore la date et le lieu de naissance bénéficie du même délai<sup>104</sup> ?

**265 Fichier national des reconnaissances.** L'instauration d'un fichier regroupant les reconnaissances d'enfants permettrait aux services sociaux de s'assurer, avant le placement en vue de l'adoption, que l'enfant n'est pas déjà reconnu<sup>105</sup>. Il semble incongru qu'à l'heure du tout informatique un tel registre n'ait pas déjà été mis en place. « *On imagine l'hypocrisie qui consisterait à imposer au candidat paternel, comme dans un mauvais jeu télévisé, de rechercher l'enfant caché pour pouvoir le reconnaître en lui disant, à la fin de sa quête, à supposer qu'elle réussisse, que finalement il est hors délai parce que l'enfant a été placé en vue de l'adoption* »<sup>106</sup>.

Si l'accouchement secret n'est connu que par très peu de pays européens, l'abandon anonyme, aujourd'hui interdit en France, est en revanche admis dans certains États européens.

---

<sup>103</sup> HAUSER J., note sous TGI Nancy, 16 mai 2003, préc. En ce sens également, MALLET-BRICOURT B., *Réforme de l'accouchement sous X, quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ?*, art. préc.

<sup>104</sup> Dans les espèces précitées, les pères ont reconnu leur enfant après l'expiration du délai de deux mois, mais moins de six mois depuis leur recueil : CA Rennes, 1<sup>er</sup> septembre 2003, préc. (la reconnaissance maternelle est intervenue trois mois après la naissance et la reconnaissance paternelle quinze jours plus tard) ; CA Grenoble, 9 juillet 2004, préc. (la reconnaissance paternelle a eu lieu trois mois après la naissance de l'enfant)

<sup>105</sup> V. par exemple, DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires*, D. 1986, chron., 305, spéc. p. 311.

<sup>106</sup> HAUSER J., note sous TGI Nancy, 16 mai 2003, préc.

## §. 2 L'abandon anonyme

266 Historique. Selon l'ancien article 62, 4° du Code de la famille, le parent ou la personne remettant l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance avait la possibilité de demander expressément le secret de son identité, que la filiation de l'enfant fût ou non établie, pourvu que celui-ci soit âgé de moins d'un an<sup>107</sup>. Les parents pouvaient se rétracter et demander sa restitution dans un délai de deux mois<sup>108</sup>. La loi du 22 janvier 2002 a supprimé cette possibilité<sup>109</sup>. Désormais, dès lors que la naissance est intervenue après la promulgation de la loi, la demande de secret de l'identité des parents n'est plus admise et la mention du nom de la mère sur l'acte de naissance est maintenue<sup>110</sup>.

267 Abandon « sauvage ». Si l'abandon anonyme a été supprimé en France, rien n'empêche cependant l'abandon matériel de l'enfant. Selon l'article 227-1 du Code pénal, le fait de délaisser un mineur de quinze ans dans un lieu quelconque est puni de sept années d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende, sauf si les circonstances du délaissement ont permis d'assurer la santé et la sécurité de celui-ci. Ce n'est pas l'abandon qui est en soi condamnable, mais la mise en danger de l'enfant. Par ailleurs, si le délaissement a entraîné une infirmité permanente ou une mutilation, la peine est portée à vingt ans de réclusion criminelle (art. 227-2 C. pén.). Si la mort de l'enfant s'en est suivie, l'auteur de l'abandon peut être condamné à trente ans de réclusion. L'abandon de l'enfant est une situation marginale en France : seuls huit cas ont été dénombrés en 2005<sup>111</sup>. Toute personne qui trouve un nouveau-né doit le déclarer à l'officier de l'état civil du lieu de la découverte et peut décider de s'en charger. A défaut, doivent être remis à l'officier de l'état civil l'enfant, ses vêtements et effets personnels. Un procès-verbal énonçant la date,

---

<sup>107</sup> Avant la loi du 5 juillet 1996, il n'existait aucune limite d'âge. Pouvaient être donc abandonnés de grands enfants avec les conséquences traumatisantes que l'on peut imaginer.

<sup>108</sup> Ou de six mois pour le parent qui n'avait pas remis l'enfant.

<sup>109</sup> C'est à Saint Vincent de Paul que l'on doit la technique du tour qui permettait aux mères de déposer discrètement leurs enfants dans le mur d'un hospice, organisant ainsi pour la première fois l'abandon des enfants. Une cloche prévenait de la présence du nouveau-né et permettait son recueil. La pratique du tour a été supprimée en France en 1904. Lui a été substitué un bureau ouvert, destiné à humaniser l'abandon de l'enfant, ARDEEFF-GARE I., th. préc., n° 51 et s.

<sup>110</sup> CA Besançon, 25 avril 2003, Juris-data n° 2003-224129.

<sup>111</sup> SALVAGE-GEREST P., *Le rapport de l'Oned sur la situation des pupilles de l'État*, Dr. fam. 2007, étude n° 24.

l'heure, le lieu, les circonstances de la découverte, l'âge apparent et le sexe de l'enfant est dressé<sup>112</sup>.

**268 Droits de celui ayant découvert l'enfant.** La personne qui a trouvé l'enfant a des droits très limités<sup>113</sup>. Si elle décide de le prendre en charge, elle ne peut en règle générale bénéficier d'un certain nombre de dispositions. A ce titre, elle ne semble pas pouvoir demander une délégation de l'autorité parentale dans la mesure où, l'article 377 du Code civil suppose que la filiation de l'enfant soit établie à l'égard d'au moins l'un de ses parents (v. *infra*, n<sup>os</sup> 629 et s.). Il en va de même s'agissant de la possibilité pour un tiers de se voir confier l'enfant sur le fondement de l'article 373-3 du Code civil qui n'est applicable qu'en cas de séparation des parents (v. *infra*, n<sup>os</sup> 618 et s.). Selon l'article 390 alinéa 2 du Code civil, une tutelle doit être ouverte et le conseil de famille désigne librement le tuteur de l'enfant<sup>114</sup>. Sa situation est donc précaire.

**269 Autres États.** Contrairement à la France, l'abandon anonyme d'un enfant est aujourd'hui encore organisé ou toléré dans certains États européens<sup>115</sup> comme l'Allemagne<sup>116</sup>, la Suisse<sup>117</sup> ou l'Autriche<sup>118</sup>. On parle de boîtes, de trappes, de fenêtres, de corbeilles ou de nids à bébés. Il s'agit de pratiques assimilables aux anciens tours français. La volonté de celui qui dépose l'enfant ne peut être véritablement vérifiée. Est simplement organisé l'abandon de l'enfant dans un lieu sécurisé prévu à cet effet.

Des dispositions similaires à celles existantes en droit français en cas d'abandon « sauvage » ont aussi été mises en place. On peut citer à titre d'exemples, l'article 58 des

---

<sup>112</sup> Il contient tous les éléments permettant une identification ultérieure. L'officier de l'état civil rédige également un acte tenant lieu d'acte de naissance. Dans celui-ci figurent, en plus des indications prévues à l'article 34 du Code civil, le sexe de l'enfant, les prénoms et noms qui lui sont donnés, sa date de naissance (fixée d'après son âge apparent) et pour lieu de naissance la commune où il a été découvert. L'acte provisoire et le procès-verbal de découverte sont annulés si l'acte de naissance véritable de l'enfant est découvert, si sa naissance est judiciairement déclarée ou s'il fait l'objet d'une adoption.

<sup>113</sup> V. en ce sens, LAUNOY G., J-Cl. Civil Code, Art. 58, *Actes de l'état civil, Actes de naissance*, fasc. unique, 2007, n° 4.

<sup>114</sup> Art. 404 C. civ.

<sup>115</sup> La pratique est également connue en dehors de l'Europe et notamment au Japon : *Le modèle allemand des boîtes à bébés fait école*, Le Figaro, 18 avril 2007.

<sup>116</sup> Il en existe entre 60 et 70.

<sup>117</sup> Depuis 2001, il existe une « boîte à bébé » en Suisse, dans la commune d'Einsiedeln dans laquelle un enfant aurait été déposé ([www.babyfenster.ch](http://www.babyfenster.ch)). Cette « boîte à bébé » est fortement décrite, v. notamment le communiqué du Département fédéral de justice et police en date du 30 août 2001 ([www.ejpd.admin.ch](http://www.ejpd.admin.ch)).

<sup>118</sup> Décret du 27 juillet 2001 *relatif au « nid à bébé » et à l'accouchement anonyme en Autriche*.

Codes civils belge et luxembourgeois, l'article 38 du Code civil suisse, le § 25 de la loi allemande du 8 août 1957 *sur l'état civil* (PStG) et le § 271 de l'instruction générale *relative à l'état civil*, l'article 24 de la loi grecque 344/1976 *concernant les actes d'état civil*<sup>119</sup>. Aux Pays-Bas, il n'existe pas de dispositions spécifiques. Généralement la personne qui trouve l'enfant en avertit les autorités. Le maire déclare l'enfant et un acte de naissance provisoire est dressé. Il contient le jour et la date de naissance s'ils sont connus ou l'âge apparent de l'enfant et le lieu de sa découverte<sup>120</sup>. Le Roi lui attribue ensuite un nom et un prénom<sup>121</sup>.

**270 Conclusion.** L'effacement des origines de l'enfant abandonné résulte d'une volonté de ses père et mère de naissance (généralement de la mère) de se soustraire à leur parenté ainsi qu'à toute vie familiale. Lorsque l'abandon est anonyme, les origines de l'enfant sont sciemment occultées. A l'inverse, lorsqu'il est « sauvage », il n'y a pas de secret. Il est matériellement difficile de s'assurer de la volonté des père et mère. Le droit intervient pour prendre acte de leur décision. L'effacement des origines de l'enfant n'est pas organisé, mais résulte de l'absence d'information. Aucun obstacle juridique n'empêche celui-ci de tenter de retrouver ses auteurs biologiques. Dans les situations précédemment envisagées, l'occultation des origines découle de la seule volonté parentale indépendamment de la création ou non d'un lien de parenté. Mais il existe des hypothèses dans lesquelles la parenté justifie l'effacement des origines de l'enfant.

## **Section 2 : L'effacement des origines compensé par la parenté**

**271 Plan.** Une fiction est un « *artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), "mensonge de la loi" (et bienfait de celle-ci) consistant à faire "comme si", à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit* »<sup>122</sup>. Le recours à la fiction peut parfois être un mécanisme permettant d'effacer la parentalité des auteurs biologiques. Dans deux situations, la parenté liant l'enfant au couple qui l'élève justifie que ses origines soient occultées afin de favoriser son intégration dans

---

<sup>119</sup> Pour que l'acte ne révèle pas les origines inconnues de l'enfant, des noms et prénoms fictifs sont attribués aux parents.

<sup>120</sup> Art. 19 et 44 du décret *sur l'état civil*.

<sup>121</sup> Art. 7 BW, livre 1.

<sup>122</sup> *Vocabulaire juridique*, préc.

sa nouvelle famille. Il s'agit des hypothèses où l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière (§ 1) et où il est né grâce à une aide médicale à la procréation avec donneur (§ 2).

## **§ 1. L'adoption plénière de l'enfant : la substitution de parenté**

**272 Démonstration.** Que l'identité des père et mère de naissance de l'enfant soit ou non connue, l'adoption plénière entraîne une substitution de parenté. L'enfant cesse d'appartenir à sa famille par le sang pour entrer dans sa famille adoptive (A). Cette substitution s'opère matériellement par la neutralisation de l'acte de naissance originaire de l'enfant (B).

### A. La substitution du lien de parenté : obstacle à la reconnaissance de la parentalité des père et mère par le sang

**273 Substitution.** La négation du caractère pluriparental de la configuration familiale de l'enfant adopté plénièrement date des années trente. L'introduction en droit français de la légitimation adoptive a permis pour la première fois la rupture des liens entre l'enfant et sa famille par le sang<sup>123</sup>. L'adoption plénière, héritière de la légitimation adoptive, a souvent été modifiée depuis, mais ce principe n'a jamais été remis en cause. Aux termes de l'article 356 du Code civil, l'adoption plénière confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation de naissance. Une fois l'adoption prononcée, l'enfant entre définitivement dans sa nouvelle famille où il a les mêmes droits et les mêmes obligations que tout autre enfant<sup>124</sup>. Si sa filiation était établie à l'égard de ses parents de naissance, elle est effacée. A l'inverse, si elle ne l'était pas encore, elle ne peut plus l'être, le placement en vue de l'adoption faisant obstacle à toute reconnaissance et à tout établissement judiciaire ultérieur de la filiation biologique de l'enfant (art. 352 C. civ.). Ceci a pour effet de rendre les père et mère par le sang des tiers juridiquement étrangers à l'enfant.

**274 Rupture des liens avec la famille par le sang en Europe.** Le prononcé de l'adoption entraîne également la rupture des liens avec la famille par le sang en Suisse<sup>125</sup>,

---

<sup>123</sup> Décret-loi du 29 juillet 1930 (NEIRINCK C., J-Cl. Civil Code, Art. 343 à 370-2, *Filiation adoptive*, fasc. n° 10, 2003, n° 7).

<sup>124</sup> Les effets de l'adoption rétroagissent au jour du dépôt de la requête (art. 355 C. civ.).

<sup>125</sup> Art. 267 2° C. civ. suisse. Une fois l'adoption prononcée, l'enfant acquiert le statut juridique d'un enfant de ses parents adoptifs.

en Italie<sup>126</sup>, en Allemagne<sup>127</sup>, en Grèce<sup>128</sup>, au Luxembourg<sup>129</sup>, aux Pays-Bas<sup>130</sup>, en Belgique<sup>131</sup>, au Royaume-Uni<sup>132</sup> ou en Pologne<sup>133</sup>. Ces législations sont conformes à la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants* qui prévoit à son article 11 que « *l'adoption met fin au lien juridique existant entre l'enfant et ses père, mère et famille d'origine* ». Toutefois, le prononcé de l'adoption ne fait pas toujours obstacle à l'établissement ultérieur de la filiation de l'enfant à l'égard de ses auteurs biologiques (v. *supra*, n° 69).

**275 Effets.** Du fait de « *l'adoption, l'enfant devient membre à part entière de la famille de l'adoptant ou des adoptants et a, à l'égard de l'adoptant ou des adoptants et à l'égard de sa ou de leur famille, les mêmes droits et obligations que ceux d'un enfant de l'adoptant ou des adoptants dont la filiation est légalement établie* »<sup>134</sup>. En France, l'effacement des origines de l'enfant passe symboliquement par la modification de son nom<sup>135</sup>, voire même de son prénom<sup>136</sup>. Sa vocation successorale et alimentaire dans sa famille par le sang disparaît.

---

<sup>126</sup> Mais uniquement lorsque l'adoption concerne un enfant déclaré abandonné. Il s'agit des enfants privés de soins matériels et moraux par leur père et mère ou, en cas de décès de ces derniers, par les parents jusqu'au 4<sup>ème</sup> degré (art. 8, loi n° 184 du 4 mai 1983 *sur l'adoption et la garde des mineurs*, modifiée par la loi n° 149 du 28 mars 2001 et la loi n° 476/1998 *sur l'adoption internationale*), des enfants sans filiation paternelle et maternelle établie (art. 11) et des enfants abandonnés, recueillis par une institution publique ou privée (art. 8).

<sup>127</sup> §1755 abs. 1 BGB.

<sup>128</sup> Seule l'adoption plénière est possible en Grèce. La loi réformant l'adoption a achevé le mouvement de rupture des liens entre l'enfant et ses parents de naissance. Ceux-ci ne peuvent désormais plus maintenir des liens avec lui une fois l'adoption prononcée (art. 1561 C. civ. grec). V. également, DELYANNIS I., *Grèce, la réforme de la loi sur l'adoption*, in RUBELLIN-DEVICHI J. (Dir.), *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Association internationale de droit de la famille, Presses Universitaires de Lyon, 1999, p. 235.

<sup>129</sup> La législation luxembourgeoise distingue également l'adoption simple de l'adoption plénière qui seule rompt les liens avec la famille par le sang (art. 368 C. civ.).

<sup>130</sup> Seule l'adoption plénière existe dans la législation néerlandaise. Les liens avec la famille par le sang sont rompus (art. 227 à 230 BW, livre 1).

<sup>131</sup> Art. 356-1 C. civ. belge.

<sup>132</sup> « *Adoption and Children Act 2002* », s. 46 et « *Adoption and Children (Scotland) Act 2007* », s. 28.

<sup>133</sup> Les liens avec la famille par le sang sont rompus (art. 119 et s. KRO). Il existe également une adoption simple maintenant les liens avec la famille par le sang.

<sup>134</sup> Convention européenne *en matière d'adoption des enfants*, révisée le 27 novembre 2008, art. 11

<sup>135</sup> Art. 357 C. civ. Le nom de l'adopté est déterminé conformément à l'article 311-21 du Code civil. Ainsi les adoptants peuvent choisir de conférer à l'adopté le nom de l'épouse, celui du mari ou leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. A défaut d'accord, l'adopté porte le nom du mari.

<sup>136</sup> Art. 357 al. 2 C. civ. Le consentement de l'enfant n'est pas requis.

Les mêmes effets sont prévus dans un grand nombre d'États en Europe. Par exemple, l'adopté acquiert le nom des adoptants en Belgique<sup>137</sup>, en Espagne<sup>138</sup>, en Grèce<sup>139</sup>, en Croatie<sup>140</sup>, en Italie<sup>141</sup>, aux Pays-Bas<sup>142</sup>, en Suisse<sup>143</sup> et au Luxembourg<sup>144</sup>. Dans certaines législations, il peut être autorisé à conserver son nom d'origine ou simplement lui adjoindre celui des adoptants (Pologne<sup>145</sup>, Hongrie<sup>146</sup>, Allemagne<sup>147</sup>). Le prénom de l'adopté peut également être modifié dans certains États européens comme en Allemagne<sup>148</sup>, en Belgique<sup>149</sup>, en Espagne, en Hongrie<sup>150</sup>, en Suisse<sup>151</sup>, au Luxembourg<sup>152</sup>, en Croatie<sup>153</sup> ou en Pologne<sup>154</sup>. En Grèce, le prénom de l'adopté mineur peut être modifié

---

<sup>137</sup> Art. 356-2 C. civ. belge. Il existe des dérogations à ce principe en cas d'adoption de l'enfant du conjoint ou du cohabitant.

<sup>138</sup> Chacun des adoptants transmet à l'enfant le premier de ses noms (art. 109 C. civ. espagnol).

<sup>139</sup> Le nom transmis à l'adopté est celui qui a été choisi par les époux pour tous leurs enfants. A défaut, ils doivent choisir le nom qui lui est dévolu et le préciser à l'officier de l'état civil lors de l'inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil (art. 1564 C. civ. grec). Une fois majeur, l'adopté peut adjoindre le nom qu'il portait avant l'adoption à celui que l'adoptant lui a transmis (art. 1563 C. civ. grec).

<sup>140</sup> Art. 144 OZ (Loi sur la famille, n° 162/99).

<sup>141</sup> L'adopté acquiert le nom du mari (art. 27, Loi sur l'adoption et la garde des enfants n° 184/1983).

<sup>142</sup> L'adopté acquiert le nom de la mère adoptive ou du père adoptif (art. 5 BW, livre 1).

<sup>143</sup> L'adopté acquiert le nom de ses parents adoptifs (art. 267 C. civ. suisse).

<sup>144</sup> L'article 368-1 du Code civil luxembourgeois renvoie à l'article 57. Les adoptants peuvent choisir de transmettre à l'adopté le nom du mari, celui de l'épouse ou leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux et dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. En cas de désaccord, l'enfant porte le nom de l'épouse (ou son premier nom) et le nom de l'époux (ou son premier nom) dans un ordre déterminé par tirage au sort effectué par l'officier de l'état civil.

<sup>145</sup> En principe, l'adopté acquiert celui des noms choisis par les époux au moment du mariage pour leurs enfants communs. Mais le tribunal peut l'autoriser à adjoindre le nom de l'adoptant à son nom de naissance et à ainsi porter un nom composé.

<sup>146</sup> L'adopté prend en principe le nom choisi par les adoptants au moment de l'adoption, mais il peut être autorisé par l'autorité administrative de tutelle à conserver le sien dans des cas exceptionnels : si par exemple, l'enfant est connu sous son nom d'origine ou souhaite conserver le nom de ses parents décédés (art. 53 Csjt).

<sup>147</sup> L'adoption confère en principe à l'adopté le nom de l'adoptant (§1757 abs. 1 BGB). Si l'enfant est adopté par un couple marié, les adoptants choisissent de lui transmettre soit le nom du mari, soit celui de l'épouse par déclaration devant le juge des tutelles. Toutefois, à leur demande, le juge peut autoriser l'enfant à adjoindre le nouveau nom de famille à son ancien nom en cas de motifs graves et pour le bien-être de l'enfant.

<sup>148</sup> § 1757 abs. 4 BGB : la demande doit être formée par les adoptants et le consentement de l'enfant est requis. Le changement de prénom doit être motivé par l'intérêt de l'enfant.

<sup>149</sup> Art. 349-2 C. civ. belge : le consentement de l'adopté au changement de son prénom est requis s'il a plus de douze ans.

<sup>150</sup> Art. 53 Csjt. L'autorité administrative de tutelle peut autoriser le changement de prénom.

<sup>151</sup> Art. 267 3° C. civ. suisse.

<sup>152</sup> Art. 368-1 *in fine* C. civ. luxembourgeois.

<sup>153</sup> Art. 144 OZ.

<sup>154</sup> Art. 122 KRO. La modification du prénom est subordonnée au consentement de l'enfant âgé de plus de treize ans.

s'il est étranger et s'il acquiert la nationalité grecque des adoptants par le prononcé de l'adoption<sup>155</sup>.

**276 Tempéraments.** En France, plusieurs tempéraments au principe de l'effacement des origines de l'enfant témoignent néanmoins d'une survivance de sa pluriparentalité. Tout d'abord, la pertinence du maintien des liens avec la famille par le sang paraît évidente lorsque l'enfant adopté est celui du conjoint. Le droit prend alors parfaitement en compte la situation pluriparentale de l'enfant en faisant coexister le parent par le sang et le parent adoptif (v. *infra*, n<sup>os</sup> 337 et s.). Indépendamment de cette hypothèse, le prononcé de l'adoption n'efface pas les prohibitions à mariage découlant de la filiation originaire de l'enfant<sup>156</sup>. Elles sont cependant surtout symboliques dans la mesure où l'enfant n'est généralement en mesure de connaître l'identité de ses parents par le sang. Enfin, en l'absence de rétroactivité de l'adoption, rien n'empêche qu'un droit de visite soit parfois accordé aux grands-parents par le sang<sup>157</sup> ou qu'une pension d'orphelin soit maintenue<sup>158</sup>. De la même façon, l'enfant devrait pouvoir se prévaloir d'une succession ouverte avant le prononcé de son adoption.

Certains de ces tempéraments existent pareillement en Europe. Les liens de l'enfant sont maintenus à l'égard du parent biologique lorsqu'il est adopté par le conjoint de celui-ci dans un grand nombre de législations, comme dans la législation allemande<sup>159</sup>, grecque<sup>160</sup>, luxembourgeoise<sup>161</sup>, polonaise<sup>162</sup> ou suisse<sup>163</sup>. Les empêchements à mariage sont aussi

---

<sup>155</sup> Art. 8 § 4, Loi 2130/1993.

<sup>156</sup> Ces prohibitions sont prévues aux articles 161 à 164 du Code civil.

<sup>157</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 mai 1986, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 112 ; D. 1986, 496, note MASSIP J. ; RTD civ. 1986, 736, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. CA Pau, 21 avril 1983, D. 1984, 109, note HAUSER J. : « *que la rupture des liens avec la famille par le sang est une fiction juridique destinée habituellement à protéger l'enfant, mais ne peut être valablement et sérieusement invoquée à l'encontre, comme en l'espèce, de l'intérêt de l'enfant* ». Il s'agissait, cependant, dans ces espèces, de l'adoption de l'enfant du conjoint alors que l'autre parent était prédécédé. Par conséquent, la solution est compréhensible en opportunité. La loi n<sup>o</sup> 96-604 du 5 juillet 1996 est venue pallier cette conséquence pour la moins paradoxale privant l'enfant d'une branche de sa parenté dès lors qu'il est adopté par le conjoint de son autre parent. Selon l'article 345-1 du Code civil, cette adoption ne peut être prononcée que lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendant au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant (v. *infra*, n<sup>o</sup> 342).

<sup>158</sup> Cass. soc., 21 juillet 1986, D. 1987, 142, note MASSIP J. ; RTD civ. 1988, 715, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. L'adoption plénière ne peut remettre en cause un droit personnel définitivement acquis avant son prononcé.

<sup>159</sup> § 1755 abs. 2 BGB.

<sup>160</sup> Art. 1562 C. civ. grec.

<sup>161</sup> Art. 368 C. civ. luxembourgeois.

<sup>162</sup> Art. 121 KRO.

maintenus à l'égard de la famille par le sang en Belgique<sup>164</sup>, en Hongrie<sup>165</sup>, au Luxembourg<sup>166</sup>, au Royaume-Uni<sup>167</sup> ou en Suisse<sup>168</sup> par exemple. En Écosse, si les droits de succession et les obligations alimentaires entre la famille par le sang et l'adopté sont supprimés, les droits nobiliaires sont maintenus malgré le prononcé de l'adoption<sup>169</sup>.

**277 Participation du parent de naissance au processus d'adoption.** En France, le consentement des parents de naissance constitue leur seule intervention dans le processus d'adoption de l'enfant et suppose que la filiation de celui-ci soit établie à leur égard. Une fois le consentement recueilli, le parent a vocation à s'effacer. Il n'est pas en mesure de connaître l'identité de l'adoptant. Dans un certain nombre d'États européens, le(s) parent(s) par le sang ont la possibilité de participer davantage au processus d'adoption et notamment en émettant un avis ou en choisissant le(s) adoptant(s) ou en connaissant simplement leur identité. Par exemple, en Belgique, la procédure du consentement en blanc (consentement anonyme) a été supprimée en 2003<sup>170</sup>. Toutefois, tout membre de la famille par le sang de l'enfant dont le consentement est requis peut préciser dans la déclaration ou l'acte de son consentement qu'il entend rester dans l'ignorance de l'identité de l'adoptant ou des adoptants<sup>171</sup>. Il doit alors désigner la personne qui le représentera lors de la procédure. Cette disposition n'existait pas avant la réforme du 24 avril 2003. L'adoption était traditionnellement conçue comme un contrat entre l'adoptant et les parents d'origine. Le consentement de ces derniers était alors donné pour une personne déterminée. Ils peuvent désormais décider de ne pas connaître l'identité de l'adoptant<sup>172</sup>. A défaut, la famille de naissance est impliquée dans le processus d'adoption. En Allemagne, les services d'adoption permettent parfois aux parents par le sang d'émettre des souhaits quant à la

---

<sup>163</sup> Art. 267, 2° C. civ. suisse.

<sup>164</sup> Art. 370 C. civ. belge.

<sup>165</sup> Art. 8 Csjt.

<sup>166</sup> Art. 368 C. civ. luxembourgeois.

<sup>167</sup> Angleterre et Pays de Galles « *Marriage Act 1949* », *Part 1, Schedule 1* et Écosse « *Marriage (Scotland) Act 1977* » s. 2 et *Schedule 1*. Les empêchements à la conclusion d'un partenariat sont également maintenus à l'égard de la famille par le sang : Angleterre et Pays de Galles « *Civil Partnership Act 2004* » *Schedule 1* et Écosse « *Adoption and Children (Scotland) Act 2007* » s. 41 (1) et (2).

<sup>168</sup> Art. 95 C. civ. suisse.

<sup>169</sup> « *Succession (Scotland) Act 1964* », s. 23.

<sup>170</sup> Ancien art. 349 C. civ. belge. Cette procédure, peu utilisée, nécessitait une homologation judiciaire (LAMMERANT I., OTTEVAERE A., VERWILGHEN M., *Le nouveau droit fédéral de l'adoption*, RTD fam. 2006, 77).

<sup>171</sup> Art. 348-9 C. civ. belge.

<sup>172</sup> VAN GYSEL A.-C. (Dir.), *Précis de droit de la famille*, Bruylant, 2004, p. 462.

future famille adoptive de l'enfant (famille nombreuse, vivant en ville, à la campagne...)<sup>173</sup>. Il ne s'agit pas d'une pratique réglementée, mais d'une tolérance à l'égard des parents de naissance. Ces vœux guident les services d'adoption dans leur choix parmi les candidats disponibles.

**278 Adoption ouverte.** Certains ont franchi une étape supplémentaire avec l'adoption ouverte, essentiellement pratiquée dans les États anglo-saxons<sup>174</sup>. Elle se définit « *comme une entorse plus ou moins grande faite au principe de confidentialité* » de l'adoption plénière<sup>175</sup>. Elle peut recouvrir des situations diverses, les échanges entre les parents de naissance et la famille adoptive étant variables. Cela peut aller de la simple communication de renseignements non-identifiants à des rencontres régulières après le prononcé de l'adoption. L'adoption peut également résulter d'un choix mutuel de l'adoptant et des père et mère par le sang<sup>176</sup>. Cette possibilité ne modifie pas la nature de l'adoption qui reste plénière. Les liens de droit sont donc rompus avec la famille par le sang. L'adoption ouverte suppose que les parents de naissance de l'enfant aient consenti à l'adoption<sup>177</sup>. En Allemagne se pratique également une forme d'adoption semi-ouverte (« *halboffene Adoption* ») qui n'est pas réglementée<sup>178</sup>. Il s'agit d'une tolérance des services d'adoption à l'égard des parents de naissance. Ces derniers peuvent souhaiter connaître l'adoptant et maintenir des liens avec l'enfant. Une rencontre est organisée par l'intermédiaire des services d'adoption, mais l'identité de chacun n'est pas révélée. A l'inverse, en Suisse, l'identité des parents adoptifs peut être divulguée aux adoptants, mais à la condition toutefois, qu'ils y aient consenti<sup>179</sup>.

---

<sup>173</sup> WENNER E., *Nouvelles formes d'adoption ouvertes en Allemagne*, in FINE A. et NEIRINCK C. (Dir.), *Parents de sang, Parents adoptifs*, LGDJ, 2000, p. 87.

<sup>174</sup> LAVALLEE C., *Pour une adoption sans rupture du lien de filiation d'origine dans les juridictions de civil law et de common law*, Informations sociales 2008/2, n° 146, p. 132 et s. ; LAROCHE-GISSEROT F., *L'adoption ouverte (open adoption) aux États-Unis : règles, pratiques, avenir en Europe*, RID comp. 1998, 1095.

<sup>175</sup> LAVALLEE C., art. préc. ; HEIFETZ HOLLINGER J., *L'adoption ouverte aux États-Unis*, in FINE A. et NEIRINCK C. (Dir.), *Parents de sang, Parents adoptifs*, LGDJ, 2000, p. 45.

<sup>176</sup> LAROCHE-GISSEROT F., art. préc.

<sup>177</sup> En sont donc exclus les enfants judiciairement déclarés abandonnés ou sans filiation connue. En outre, l'adoption ouverte n'est pas opportune lorsque, par exemple, il a été passé outre au refus du parent de naissance de consentir à l'adoption de l'enfant ou lorsque ceux-ci sont atteints de troubles psychologiques.

<sup>178</sup> WENNER E., *Nouvelles formes d'adoption ouvertes en Allemagne*, in FINE A. et NEIRINCK C. (Dir.), *Parents de sang, Parents adoptifs*, LGDJ, 2000, p. 87 et s.

<sup>179</sup> Art. 268 b C. civ. suisse.

Nonobstant ces tempéraments, l'adoption plénière entraîne la rupture des liens entre l'enfant et sa famille par le sang, dont les membres deviennent juridiquement des tiers pour lui. Cette substitution de parenté s'opère concrètement par la modification de l'état civil de l'adopté.

#### B. La neutralisation de l'acte de naissance de l'enfant : l'effacement matériel de la parenté originaire

**279 Transcription.** Pour parfaire le secret des origines de l'enfant, le jugement d'adoption est transcrit sur les registres de l'état civil de la commune de naissance de l'adopté<sup>180</sup>. Cette transcription lui tient lieu d'acte de naissance. Elle ne mentionne en aucun cas sa filiation originaire. « *La transcription permet ainsi de cacher à tous, y compris à l'adopté, la fiction qui sous-tend cette filiation* »<sup>181</sup>. L'occultation des origines est opérée par la nullité de l'acte de naissance originaire de l'enfant qui doit porter la mention « adoption ». Il n'est cependant pas détruit<sup>182</sup>. Par le biais d'une fiction juridique, l'enfant est considéré comme né de son ou ses parent(s) adoptif(s) et censé n'avoir jamais eu d'autre filiation. Le législateur a souhaité « *débarrasser l'enfant plénièrement adopté de son passé* »<sup>183</sup>. Même majeur, l'adopté ne peut obtenir de copie intégrale de son acte de naissance originaire<sup>184</sup>. Cet effet de l'adoption a pu être jugé contre nature<sup>185</sup>. Les extraits de transcription du jugement d'adoption sont similaires aux extraits d'acte de naissance classiques et il n'est pas fait mention de la nature de la filiation de l'enfant<sup>186</sup>. L'annulation de l'acte de naissance originaire de l'enfant adopté plénièrement et l'absence d'indication relative à sa filiation originaire lors de la transcription du jugement d'adoption ont pour effet de masquer ses origines<sup>187</sup>. L'adopté peut avoir connaissance de l'adoption dont il a fait l'objet en demandant une copie de la transcription du jugement, du jugement ou par

---

<sup>180</sup> La transcription intervient dans les quinze jours de la date à laquelle le jugement d'adoption est passé en force de chose jugée (art. 354 C. civ.).

<sup>181</sup> NEIRINCK C., J-Cl. Civil Code, Art. 343 à 370-2, *Filiation adoptive*, fasc. n° 21, 2003, n° 32. Elle contient ses dates et lieux de naissances, ses noms et prénoms tels qu'ils résultent du jugement d'adoption, les noms, prénoms, date et lieu de naissance, domicile et profession du ou des adoptants.

<sup>182</sup> ARNAUDIN C., th préc., n° 394, p. 271.

<sup>183</sup> HAUSER J. et HUET-WEILLER D., *op. cit.*, n° 966.

<sup>184</sup> NEIRINCK C., J-Cl. préc., n° 33.

<sup>185</sup> CORNU G., *op. cit.*, n° 286.

<sup>186</sup> SALVAGE-GEREST P., Dalloz Action *Droit de la famille*, préc., *Adoption plénière*, n° 221-275.

<sup>187</sup> L'annulation de l'acte de naissance originaire de l'enfant et l'absence de toute indication relative à sa filiation réelle résulte de la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption (JO 12 juillet 1966, p. 5956).

son livret de famille<sup>188</sup>. Le secret ne touche donc pas l'adoption de l'enfant, mais son identité originaire<sup>189</sup>. La loi du 29 juillet 1881 a interdit la divulgation d'informations relatives à la famille par le sang de celui ayant fait l'objet d'une adoption plénière pendant les trente années suivant son décès<sup>190</sup>.

**280 État civil de l'enfant adopté en Europe.** Dans un certain nombre d'États européens, le prononcé de l'adoption d'un enfant ne donne lieu qu'à une mention en marge de son acte de naissance révélant ainsi le nom de ses géniteurs. C'est le cas, par exemple, en Allemagne<sup>191</sup>, en Italie<sup>192</sup>, en Croatie<sup>193</sup>, en Belgique<sup>194</sup> ou aux Pays-Bas<sup>195</sup>. L'accès à cet acte est plus ou moins contrôlé (v. *infra*, n<sup>os</sup> 486 et s.). La négation de la pluriparentalité au moyen de la suppression d'une quelconque référence aux parents de naissance semble plus fréquente, mais obéit à des pratiques diverses. Au Luxembourg, comme en France, le jugement d'adoption est transcrit sur les registres d'état civil du lieu de naissance de l'enfant et cette transcription lui tient lieu d'acte de naissance<sup>196</sup>. En Grèce, l'acte de naissance originaire de l'enfant est annulé par l'officier d'état civil. Son numéro est porté sur un acte d'adoption qui contient les noms et prénoms des adoptants. Il ne doit être mentionné aucune information sur les parents d'origine ou sur les circonstances de la naissance. Le secret sur les origines de l'enfant est absolu dans la mesure où le lieu de naissance est supprimé au profit du lieu de résidence des adoptants au jour de l'adoption<sup>197</sup>. En Pologne, il existe trois types d'adoption: l'adoption simple (qui prend en compte la situation pluriparentale de l'enfant), l'adoption plénière et l'adoption plénière anonyme<sup>198</sup>.

---

<sup>188</sup> SALVAGE-GEREST P., *op. cit.*, n<sup>o</sup> 221-275. Sur l'accès aux origines personnelles de l'adopté, v. *infra*, n<sup>o</sup> 500.

<sup>189</sup> *Ibid.* Toutefois, les personnes ayant été adoptées entre 1939 et 1966 ne peuvent pas bénéficier de cet accès dans la mesure où l'adoption ne faisait alors que l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance pour lesquels les agents de l'état civil avaient interdiction de délivrer des extraits.

<sup>190</sup> SALVAGE-GEREST P., *op. cit.*, n<sup>o</sup> 221-275.

<sup>191</sup> § 300 DA (Instruction générale pour l'état civil). L'adoption est également mentionnée dans les registres de famille des adoptants et des parents biologiques.

<sup>192</sup> Un nouvel acte de naissance n'est pas dressé. Une simple mention est portée sur l'acte de naissance de l'enfant (art. 26 L. Ad.).

<sup>193</sup> Art. 140 OZ.

<sup>194</sup> Art. 1231-19 C. judiciaire ; LAMMERANT I., OTTEVAERE A., VERWILGHEN M., *Le nouveau droit fédéral de l'adoption*, RTD fam. 2006, 77.

<sup>195</sup> Art. 20 et 20 d BW, livre 1.

<sup>196</sup> Art. 1043 CPC luxembourgeois.

<sup>197</sup> Art. 8, L. 2447/1996. L'acte d'adoption est rédigé à partir d'un registre des adoptions tenu par les services de l'état civil où sont inscrits les noms et prénoms de l'adopté et des adoptants.

<sup>198</sup> Dans cette hypothèse, les parents d'origine consentent à l'adoption de leur enfant sans connaître les futurs adoptants (art. 119 KRO).

Dans cette dernière hypothèse, un nouvel acte de naissance est automatiquement rédigé. L'acte originaire n'est pas détruit, mais il porte la mention « *établissement d'un nouvel acte* »<sup>199</sup>. Si l'enfant est adopté selon la forme plénière classique, mention en est simplement portée sur son acte de naissance<sup>200</sup>. Mais les adoptants sont indiqués comme parents de l'enfant sur tous les extraits délivrés à partir de cet acte. De plus, un nouvel acte de naissance, dans lequel ils sont indiqués comme parents, peut être établi s'ils en formulent la demande auprès du tribunal<sup>201</sup>. Au Royaume-Uni<sup>202</sup> et en Hongrie<sup>203</sup>, un nouvel acte de naissance est également rédigé. Il existait jusqu'à peu un système intermédiaire en Suisse. Il n'était pas rédigé de nouvel acte de naissance. L'adoption faisait l'objet d'une simple mention en marge de l'acte. Cependant, pour préserver le secret de l'adoption, l'acte originaire était recouvert d'un feuillet complémentaire qui n'indiquait pas les parents par le sang<sup>204</sup>. Les registres de l'état civil sont aujourd'hui conservés sous format électronique ce qui ne permet plus cette pratique. Dorénavant, l'acte de naissance originaire de l'enfant est supprimé. Un nouvel acte de naissance est établi ne mentionnant comme parents que les adoptants<sup>205</sup>.

**281 Conclusion.** L'adoption plénière de l'enfant entraîne une substitution de parenté avec modification de son état civil. La négation de la pluriparentalité tend à faciliter son intégration au sein de sa nouvelle famille. Néanmoins, au cours des premiers mois de sa vie, il a eu un état civil différent de celui faisant suite au jugement d'adoption. A l'inverse, l'enfant issu d'un don de gamètes a dès l'origine un acte de naissance indiquant comme parents le couple qui en a bénéficié. La fiction remonte alors à la naissance.

---

<sup>199</sup> Il ne peut être divulgué qu'à la demande du tribunal ou de l'adopté devenu majeur (art. 48 et 49 de la loi du 29 septembre 1986 *sur l'établissement des actes*).

<sup>200</sup> Art. 47, Loi du 29 septembre 1986.

<sup>201</sup> L'enfant doit y consentir dès lors qu'il est âgé de treize ans accomplis (art. 49, Loi du 29 septembre 1986).

<sup>202</sup> Cet acte est enregistré dans le registre des adoptions et non dans celui des naissances. « *Adoption and Children (Scotland) Act 2007* », s. 53 et « *Adoption and Children Act 2002* », s. 77. L'acte de naissance originaire est, comme en France, annulé et porte la mention « adopté ».

<sup>203</sup> Art. 73 al. a Ar (Décret du Ministre de l'intérieur n° 6/2003 du 7 mars 2003 *sur la tenue des registres de l'état civil, sur la célébration du mariage et sur le nom*).

<sup>204</sup> Art. 117 OEC.

<sup>205</sup> L'enfant ne peut avoir accès à son ancien acte de naissance. Si l'adoption n'est le fait que d'une seule personne, l'acte de naissance originaire est conservé. Lui est adjoint un feuillet complémentaire mentionnant l'adoption.

## § 2. Le secret dans les procréations médicalement assistées hétérologues empêchant toute forme de pluriparentalité

**282 Techniques.** Selon l'article L 2141-1 du Code de la santé publique, « *l'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel...* ». L'occultation de la pluriparentalité en matière de procréation médicalement assistée peut recouvrir diverses situations. En France, le don de sperme, d'ovocyte et l'accueil d'embryon sont autorisés<sup>206</sup>. Dans cette dernière hypothèse, les parents juridiques de l'enfant ne sont pas ses auteurs biologiques. Bon nombre d'États retiennent des solutions proches, voire identiques<sup>207</sup>. Certains ne permettent que le don de sperme comme l'Autriche, la Croatie, l'Allemagne, la Norvège ou la Suisse. D'autres interdisent l'accueil d'embryon<sup>208</sup>, comme la Slovénie, la Suisse, l'Autriche, le Portugal ou la Suède. Dans ces hypothèses, l'un des parents juridiques de l'enfant est également son auteur biologique. « *Toutes ces combinaisons paraissent proprement inouïes parce que toutes évoquent un ballet de gamètes déconnectés du corps. Mais surtout parce qu'elles mettent en péril l'adéquation entre filiation génétique et filiation sociale* », mais également juridique. « *Ne glisse-t-on pas insensiblement du désir d'enfant au droit à l'enfant ? Le besoin impérieux d'enfanter à tout prix ne relève-t-il pas d'un acharnement procréatif* »<sup>209</sup> ?

**283 Historique.** La première insémination artificielle avec donneur a eu lieu en Angleterre en 1791 et près de cent ans plus tard en France<sup>210</sup>. Depuis 1978, on considère que trois millions d'enfants, dans le monde, auraient été conçus grâce à la technique de la fécondation *in vitro*<sup>211</sup>. En France, plus de 20 000 enfants sont nés grâce à une aide médicale à la procréation en 2006, soit 2,5 % des naissances<sup>212</sup>. Malgré une certaine

---

<sup>206</sup> Cependant les doubles dons de sperme et d'ovocyte sont interdits.

<sup>207</sup> C'est le cas, par exemple, de la Belgique, de l'Estonie, de la Finlande, de la Grèce, du Luxembourg, de Malte, des Pays-Bas, de la Pologne, de l'Espagne et du Royaume-Uni. Seule l'Italie interdit toute procréation hétérologue : *Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA*, préc., p. 33.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>209</sup> MEHL D., *op. cit.*, p 9.

<sup>210</sup> BAYLE B., *L'embryon sur le divan. Psychopathologie de la conception humaine*, Masson, 2003.

<sup>211</sup> *Trois millions d'enfants ont été conçus in vitro dans le monde*, Le Monde, 22 juin 2006.

<sup>212</sup> LA ROCHEBROCHARD (de) E., *200 000 enfants conçus par fécondation in vitro en France depuis 30 ans*, Population et société, n° 451, décembre 2008, INED.

banalisation, le recours aux techniques de procréation médicalement assistée soulève de nombreuses controverses éthiques (accès aux origines, personnalité juridique de l'embryon, atteinte à la dignité humaine, droit de l'enfant...) et particulièrement en cas de don de gamètes (masculin ou féminin), de maternité de substitution ou de transfert d'embryon... 6 % des enfants nés au moyen d'une procréation médicalement assistée ont été conçus grâce à un don de gamètes ou d'embryon<sup>213</sup>.

**284 Spécificité.** Dans les hypothèses évoquées précédemment, le droit est face à une situation préexistante où s'opposent des intérêts contradictoires. Dans le cadre de l'accouchement et de l'abandon anonymes, les parents de naissance ne veulent pas assumer leur parenté. L'anonymat peut alors être regardé comme protecteur de l'intérêt de l'enfant. S'agissant de l'adoption plénière, l'effacement des origines de l'enfant est fait dans l'espoir que sa famille adoptive lui procurera les soins et l'affection qui lui ont jusqu'alors manqué. Il assure également aux adoptants l'impossibilité pour les parents par le sang d'intervenir dans la vie de l'adopté. L'anonymat serait gage de stabilité et de sécurité pour l'enfant et ses nouveaux parents. En matière de don de gamètes, la problématique est toute différente. La loi crée et organise une fiction qui n'a pas pour vocation d'améliorer une situation qui existe déjà. Le secret permet d'occulter les circonstances qui ont présidé la conception de l'enfant. Il empêche l'exercice de toute autre forme de parentalité par le tiers géniteur qui a participé à la conception. L'effacement des origines est compensé par la création de liens de parenté entre l'enfant et le couple qui a eu recours à l'aide médicale à la procréation.

Doivent ainsi être envisagés l'objet du secret dans les procréations médicalement assistées **(A)**, puis l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du couple bénéficiaire du don **(B)**.

A. Le secret dans les procréations médicalement assistées avec donneur :  
l'occultation du tiers

**285 Anonymat du donneur.** Avant même l'élaboration des lois de bioéthique de 1994, l'anonymat et son corollaire, la gratuité, gouvernaient les relations entre donneur et

---

<sup>213</sup> *Ibid.* Il s'agit dans plus de 90 % des cas d'un don de sperme.

receveur de sperme. Dès leur création dans les années soixante-dix, les CECOS ont élaboré une charte éthique s'appuyant sur ces deux grands principes<sup>214</sup>. En effet, le gamète est considéré comme une cellule anodine qui doit être envisagée comme tout autre élément ou produit du corps humain susceptible de faire l'objet d'un don<sup>215</sup>. Les lois de bioéthique ont consacré ce principe qui n'a pas été modifié lors de leur révision. D'autres législations européennes ont posé le principe de l'anonymat du donneur, même si celui-ci n'a pas toujours une portée absolue (v. *infra*, n<sup>os</sup> 514 et s.)<sup>216</sup>. Cela est le cas, par exemple, en Belgique<sup>217</sup>, en Italie<sup>218</sup>, en Croatie, au Danemark, en Estonie, en Grèce, au Luxembourg, en Pologne<sup>219</sup> ou en Slovénie. En Espagne, la loi a pareillement imposé le principe de l'anonymat à l'égard du donneur de gamètes<sup>220</sup>. Les renseignements qui lui sont relatifs sont conservés dans de strictes conditions de confidentialité<sup>221</sup>.

Cependant, de plus en plus de pays reviennent sur ce principe, à l'instar de l'Autriche<sup>222</sup>, de l'Allemagne<sup>223</sup>, de la Suède<sup>224</sup>, de la Norvège<sup>225</sup>, de la Suisse<sup>226</sup> ou du Royaume-Uni<sup>227</sup>.

**286 Dispositions relatives à l'anonymat.** Selon l'article 16-8 du Code civil, « aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un

---

<sup>214</sup> GAUMONT-PRAT H., *Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique*, Dr. fam. 2001, étude n° 2.

<sup>215</sup> MEHL D., *Enfants du don*, Robert Laffont, 2008, spéc. p. 241 et s. et p. 316.

<sup>216</sup> *Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA*, préc., p. 63 et s.

<sup>217</sup> Il résulte de la pratique que les dons de sperme et d'embryons sont soumis au principe d'anonymat. A l'inverse, le don d'ovocyte n'est jamais anonyme.

<sup>218</sup> Loi n° 40 du 19 février 2004 *sur la procréation médicalement assistée*.

<sup>219</sup> Le principe découle du secret médical.

<sup>220</sup> Art. 5, Loi n° 14/2006 *sur les techniques de reproduction humaine assistée* du 26 mai 2006 (BOE n° 126 du 27 mai 2006).

<sup>221</sup> Un certain nombre de données (nom, prénom, nationalité, date de naissance, taille, poids, couleurs des yeux, des cheveux, de la peau, antécédents médicaux personnels et familiaux) sont conservés dans un fichier national ainsi que par l'établissement de santé dans lequel l'assistance médicale à la procréation a été réalisée. Par une décision du 17 juin 1999, le Tribunal constitutionnel a affirmé la constitutionnalité des dispositions relatives à l'anonymat du donneur : Les documents de travail du Sénat, *L'anonymat du don de gamètes*, Législation comparée, 2008, p. 17.

<sup>222</sup> Loi *sur la procréation médicalement assistée* du 14 mai 1992.

<sup>223</sup> La loi ne précise pas à quel régime sont soumis les dons. Cependant, depuis un arrêt de la Cour fédérale constitutionnelle du 31 janvier 1989, on considère que le droit général de libre développement de la personnalité (art. 2, Loi fondamentale) comprend également le droit à la connaissance de ses origines. V. *infra*, n° 516.

<sup>224</sup> Loi n° 1140 du 20 décembre 2004 *sur l'insémination artificielle*, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1985.

<sup>225</sup> Loi du 5 décembre 2003 *relative à l'application de la biotechnologie dans la médecine humaine*.

<sup>226</sup> Art. 119 2 g, Constitution fédérale : « toute personne a accès aux données relatives à son ascendance ».

<sup>227</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of donor information) Regulation Act 2004* », entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2005.

*produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur* ». Cette disposition de portée générale s'applique à tous les dons de produits ou éléments du corps humain. Des dispositions spécifiques à l'assistance médicale à la procréation s'ajoutent à cette règle. Le couple receveur ne peut choisir l'auteur du don<sup>228</sup>. En cas d'accueil d'embryon, le couple receveur et celui dont il est issu ne peuvent connaître leurs identités respectives<sup>229</sup>. Seul tempérament, en cas de nécessité thérapeutique, le médecin de l'enfant né suite à un don peut avoir accès à des informations médicales relatives au(x) tiers donneur(s). Néanmoins, celles-ci ne doivent pas permettre l'identification<sup>230</sup>.

Le respect du principe de l'anonymat est assuré par des dispositions pénales. Le fait de divulguer une information nominative permettant d'identifier le donneur ou le couple receveur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende<sup>231</sup>. Sont généralement invoqués comme arguments en faveur du maintien de l'anonymat la préservation de l'équilibre de la nouvelle structure familiale et les risques de pénurie de dons en cas de levée<sup>232</sup>.

**287 Moyens matériels.** Les locaux des centres de procréation médicalement assistées doivent répondre aux exigences de confidentialité. Pour ce faire, il est prévu que leur configuration soit de nature à préserver l'anonymat des donneurs et des couples receveurs qui ne doivent pas pouvoir se rencontrer. Une pièce doit, par exemple, être spécialement aménagée pour les entretiens préalables aux dons et la mise à disposition des gamètes<sup>233</sup>.

Les deux membres du couple bénéficiaire doivent spécialement consentir à l'aide médicale à la procréation lorsqu'il est fait recours à un tiers donneur. Ils en font déclaration conjointe devant le tribunal de grande instance de leur choix ou devant un notaire. Pour parfaire le secret des origines biologiques de l'enfant, le recueil des consentements doit se faire hors la présence de tiers et seules les personnes qui ont consenti peuvent obtenir une

---

<sup>228</sup> Art. L 1244-7 CSP.

<sup>229</sup> Art. L 2141-6 CSP.

<sup>230</sup> Art. L 1244-6 (don de gamète) et art. L 2141-6 al. 4 (accueil d'embryon) CSP.

<sup>231</sup> Art. 511-10 (don de gamète) et art. 511-25 (accueil d'embryon) C. pén.

<sup>232</sup> Sur l'évolution souhaitable du droit français s'agissant de l'accès aux origines des enfants nés suite à un don de gamètes, v. *infra*, n<sup>os</sup> 521 et s.

<sup>233</sup> Art. R 1244-1 CSP.

copie ou une expédition de l'acte authentique alors dressé<sup>234</sup>. Par conséquent, les personnes susceptibles de savoir qu'un don est à l'origine de la naissance sont peu nombreuses et soumises au secret professionnel, ce qui permet de préserver la confidentialité si telle est la volonté des parents. Si ces derniers souhaitent informer l'enfant des circonstances qui ont entouré sa conception, le secret peut être en partie levé, mais l'anonymat relatif au donneur subsistera. En effet, contrairement à l'accouchement sous X et à l'ancien abandon anonyme qui sont le fruit d'une volonté individuelle, le secret dans les procréations médicalement assistées avec donneur est imposé par la loi, quelle que soit la volonté des intéressés<sup>235</sup>. Il est absolu. L'enfant ne peut jamais connaître la personne dont il est biologiquement pour partie issu.

**288 Données conservées.** L'anonymat ne concerne que les relations entre le donneur et le couple bénéficiaire. L'auteur du don est nécessairement connu et identifié par les CECOS. Un dossier qui lui est relatif est constitué. Il doit contenir : ses antécédents médicaux familiaux et personnels, les résultats aux tests de dépistages, le nombre d'enfants issus du don, son consentement par écrit ainsi que celui de l'autre membre du couple le cas échéant<sup>236</sup>. Le dossier doit être conservé de façon anonyme pendant au moins quarante ans. Son archivage et sa conservation doivent être effectués dans des conditions garantissant la confidentialité. Le donneur doit nécessairement donner son consentement à la conservation du dossier. Seuls les organismes et les établissements agréés peuvent conserver et avoir accès aux dossiers des donneurs. Enfin, doivent également être conservés tout renseignement portant sur l'évolution des grossesses subséquentes au don de gamètes (interruption, date de naissance, état de santé des nouveau-nés et des enfants)<sup>237</sup>.

Il convient dès à présent d'envisager l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du couple bénéficiaire du don, corollaire nécessaire à l'occultation des origines.

---

<sup>234</sup> Art. 1157-2 CPC.

<sup>235</sup> ARNAUDIN C. th. préc., n° 398.

<sup>236</sup> Art. R 1244-5 CSP. En cas de don de sperme, doivent également être indiqués la date des dons, le nombre de paillettes conservées, le nombre de paillettes et la date des mises à disposition. S'il s'agit d'un don d'ovocytes, les données relatives à la date de la ponction ainsi qu'au nombre d'ovocytes sont mentionnées dans le dossier.

<sup>237</sup> Art. R 1244-6 CSP.

B. L'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du couple bénéficiaire du don :  
la parenté censée compenser l'occultation des origines

**289 Établissement de la filiation.** Le gommage des origines est justifié par l'établissement d'une filiation incontestable à l'égard du couple bénéficiaire du don<sup>238</sup>. Conformément au droit commun, la mère est celle qui accouche de l'enfant et ce, même s'il a été fait recours à un don d'ovocyte<sup>239</sup>. S'agissant de la filiation paternelle de l'enfant, le mari de la mère est réputé être le père du fait de l'application de la présomption de paternité<sup>240</sup>. Si le couple n'est pas marié, le concubin doit reconnaître l'enfant. A défaut, sa responsabilité est engagée à l'égard de la mère et de l'enfant<sup>241</sup> et sa paternité est judiciairement déclarée<sup>242</sup>. Le concubin a participé intentionnellement à la conception de l'enfant. Il donne son consentement à l'utilisation de gamètes provenant d'un donneur en toute connaissance de cause. L'enfant naît de sa volonté, le priver ensuite d'un parent pourrait paraître injuste. La reconnaissance ne repose donc pas sur un postulat de vérité biologique, mais sur un acte de volonté<sup>243</sup>. L'action en recherche de paternité obéit à la même logique. Elle ne repose pas sur une preuve biologique, mais sur la volonté du concubin à l'aide médicale à la procréation.

**290 Lacunes.** L'établissement de la filiation paternelle de l'enfant suppose un acte positif. En l'absence de reconnaissance et si la mère décide de ne pas faire déclarer judiciairement la paternité, la filiation de l'enfant né hors mariage peut n'être

---

<sup>238</sup> L'article 311-20 du Code civil n'envisage que la filiation de l'enfant issu d'un don de gamète et n'évoque pas expressément l'hypothèse de l'accueil d'embryon. Pourtant, il serait inopportun de ne pas appliquer les mêmes règles dans ces deux situations. « *En effet le problème posé par le don de gamète ou l'accueil d'embryon est exactement le même : il s'agit d'établir la filiation sur une base volontaire et d'exclure toute référence génétique* » (NEIRINCK C., *Le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée*, LPA 14 décembre 1994, n° 149, p. 54). Dès lors, il convient d'appliquer les dispositions de l'article 311-20 du Code civil à la filiation de l'enfant né suite à un accueil d'embryon.

<sup>239</sup> Sur les modes d'établissement de la filiation maternelle, v. *supra*, n° 41.

<sup>240</sup> Sur la présomption de paternité, v. *supra*, n° 45.

<sup>241</sup> Art. 311-20 C. civ. Cette disposition a pu être qualifiée de « *dénaturation du droit* » dans la mesure où « *elle conduit ici à faire de la reconnaissance un devoir alors que celle-ci est traditionnellement un acte libre et volontaire* », VIGNEAU D., *Les imperfections des lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation*, in *Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, 1997, p. 89 ; en ce sens également, NEIRINCK C., art. préc.

<sup>242</sup> Aucune disposition similaire n'existe s'agissant de la femme. Le législateur a considéré que l'accouchement suffit à désigner la mère et a supposé que celle qui a mis au monde l'enfant ne chercherait pas à se soustraire aux conséquences juridiques de sa maternité. Pourtant rien empêche en droit cette femme à demander le secret lors de son accouchement ou à refuser l'indication de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant. Mais il faut convenir que ces hypothèses sont des cas d'école.

<sup>243</sup> BERNIGAUD S., *Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères*, LPA 3 mai 1995, n° 53, 97.

qu'unilinéaire. De la même façon, si le couple bénéficiaire est marié, il est possible que la filiation paternelle ne soit pas établie. En effet, si le nom du mari n'est pas indiqué en qualité de père dans l'acte de naissance, la présomption de paternité est écartée<sup>244</sup>. Ainsi, l'occultation des origines de l'enfant peut ne pas être compensée par la création d'un double lien de parenté. « *C'est à la volonté du couple de conforter après coup, en droit, l'engagement parental que manifestait son consentement à la procréation assistée que le législateur s'en remet* »<sup>245</sup>.

**291 Contestation de la filiation.** La filiation de l'enfant né grâce à une aide médicale à la procréation avec donneur est en principe incontestable<sup>246</sup>. Ce choix du législateur a pu être critiqué en doctrine. « *Est-il vraiment de l'intérêt de l'enfant que, par exemple, dans un concubinage sa filiation soit définitivement figée à l'égard du concubin "de l'époque" de sa mère* »<sup>247</sup> ?

Malgré l'interdit de principe érigé par les lois de bioéthiques, la filiation de l'enfant peut faire l'objet d'une action en contestation. Tout d'abord, il est possible de la contester si la procréation médicalement assistée est intervenue avant l'entrée en vigueur des lois de bioéthique<sup>248</sup>. Dans cette situation, les règles de droit commun ont vocation à s'appliquer et la reconnaissance peut être contestée en raison de sa non-conformité avec la vérité biologique. Il en va de même lorsque la filiation paternelle est établie du fait de l'application de la présomption de paternité<sup>249</sup>. Cette solution a pu être critiquée dans la

---

<sup>244</sup> Art. 313 C. civ.

<sup>245</sup> VIGNEAU D., art. préc.

<sup>246</sup> Art. 311-20 al. 2 C. civ.

<sup>247</sup> HAUSER J., *Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ?*, D. 1996, chron., 182.

<sup>248</sup> Cass 1<sup>ère</sup> civ., 18 mai 2005, n° 02-16336, Bull. civ. I, n° 211, p. 179 ; D. 2005, 2125, note LEMOULAND J.-J. ; *ibid.* 1147, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; Defrénois 2005, 1493, note MASSIP J. ; AJ fam. 2005, 321, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2005, comm. n° 153, note MURAT P. ; RTD civ. 2005, 583, note HAUSER J. ; CA Aix-en-Provence, 12 mars 2002, D. 2003, 1528, note CADOU E. ; *ibid.*, somm., 211, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; Dr. fam. 2003, comm. n° 100, note MURAT P. Sur l'état du droit avant la promulgation des lois de bioéthique, v. RAYMOND G., *La procréation artificielle et le droit français*, JCP éd. G 1983, I, 3114 ; SERIAUX A., *Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ?*, D. 1985, chron., 53.

<sup>249</sup> Les conditions de l'action en contestation doivent cependant être remplies. V. pour l'ancien droit, CA Versailles, 5 février 1998, D. 1999, somm. 196, obs. GRANET F. ; Dr. fam. 1999, comm. n° 25, note MURAT P. ; pourvoi rejeté par Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 juin 2000, D. 2001, somm., 969, obs. GRANET F., D. 2001, 2798, obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; Dr. fam. 2000, comm. n° 109, note MURAT P. : irrecevabilité de l'action en contestation intentée par la mère en raison de la conformité de la possession d'état avec le titre de naissance de l'enfant.

mesure où elle introduit une forme de discrimination entre les enfants issus d'une procréation médicalement assistée avec donneur<sup>250</sup>.

Indépendamment de cette hypothèse, la filiation de l'enfant ne peut en principe être contestée sauf à démontrer qu'il n'est pas né suite au traitement ou que le consentement a été privé d'effet. C'est le consentement à la procréation médicalement assistée avec donneur qui fait obstacle à toute action en contestation de la filiation<sup>251</sup>. Il n'est pas indispensable de prouver que l'enfant n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation, une simple vraisemblance suffit<sup>252</sup>. La preuve est libre. « *La loi manifeste ainsi clairement que seul mérite d'être valorisé l'engagement parental loyal. En cas de déloyauté, l'interdiction d'ouvrir un contentieux relatif à la filiation perd sa raison d'être* »<sup>253</sup>. Il convient toutefois de souligner que le filtre mis en place par le législateur ne rend pas la filiation de l'enfant incontestable. En effet, il est toujours possible pour les parents de taire l'origine de la conception de l'enfant et de se mettre d'accord pour contester sa filiation<sup>254</sup>. Ainsi, malgré les dispositions strictes du Code civil, la filiation de l'enfant est subordonnée à la volonté du couple bénéficiaire. « *Voulant assurer à l'enfant né d'une procréation médicalement assistée une filiation incontestable, le législateur ne lui a donné qu'un statut précaire, entièrement confié à la volonté de ceux qui ne sont pas ses géniteurs* »<sup>255</sup>. L'occultation du rôle du ou des auteurs biologiques peut dès lors ne pas être compensé par l'établissement de la parenté de l'enfant à l'égard du couple bénéficiaire.

---

<sup>250</sup> « *Pour le dire brutalement, est-il humainement juste et socialement utile qu'en fonction de leur date de conception les enfants nés de PMA aient une filiation dont la résistance à la contestation varie ? Outre la complexité qu'elle entretient en créant un droit à stratification multiple, la solution est particulièrement choquante dans le droit de la famille où l'égalité des personnes devant les situations juridiques est une donnée essentielle : la filiation, élément basique du statut familial, à tout intérêt à ne pas se décliner selon les générations et à afficher au contraire une unité trans-générationnelle* » : MURAT P., note préc., sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 mai 2005.

<sup>251</sup> Art. 311-20 al. 2 C. civ. Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également possible pour chacun des membres du couple bénéficiaire de révoquer par écrit son consentement auprès du médecin chargé de la réaliser.

<sup>252</sup> TGI Paris, 2 septembre 1997, LPA 16 novembre 1998, n° 137, p. 12, note HENAFF G.

<sup>253</sup> VIGNEAU D., art. préc.

<sup>254</sup> Dans la mesure où aucun élément ne permet au juge de savoir que l'enfant est né suite à un don de gamètes, l'action en contestation de la filiation paternelle devrait être recevable. En outre, la preuve biologique de la non-paternité du mari ou du concubin est facilement rapportée. En ce sens également, NEIRINCK C., art. préc.

<sup>255</sup> NEIRINCK C., art. préc.

**292 Critiques.** On peut regretter l'utilisation de la reconnaissance et de la présomption de paternité pour établir une filiation paternelle contraire à la vérité biologique<sup>256</sup>. L'inscription de l'homme en tant que parent grâce à une aide médicale à la procréation avec donneur relève d'une fiction. En outre, le droit commun de la filiation a été déformé pour garantir à l'enfant une parenté en principe incontestable. Le recours à ces modes d'établissement relève surtout d'une volonté de normaliser les relations familiales et de considérer les techniques d'aide à la procréation comme un simple traitement et non comme une véritable « substitution parentale ». Il s'agit évidemment d'un moyen discret de créer un lien de parenté entre l'enfant et l'homme. « *Rien ne doit révéler l'opération médicale initiale : les parents peuvent oublier qu'ils ne sont pas les géniteurs* »<sup>257</sup>. On peut dès lors regretter qu'il existe « *un troisième modèle qui repose en fait sur la volonté tout en portant le masque de la nature* »<sup>258</sup>. Nous pensons que l'adoption de l'enfant par celui qui a consenti à l'aide médicale à la procréation serait davantage conforme à la réalité de la situation. Pourtant, on ne peut que constater que la solution retenue en droit français est largement partagée en Europe.

**293 Europe.** La filiation de l'enfant est pareillement établie à l'égard du couple bénéficiaire. La mère est celle qui, conformément au droit commun, a accouché de l'enfant. Cela est par exemple le cas en Allemagne<sup>259</sup>, en Espagne<sup>260</sup>, en Grèce<sup>261</sup> ou au Royaume-Uni<sup>262</sup>.

**294 Paternité.** Le père est l'homme marié à la mère en Allemagne<sup>263</sup>, en Espagne<sup>264</sup>, en Grèce<sup>265</sup>, au Luxembourg<sup>266</sup>, aux Pays-Bas<sup>267</sup>, au Royaume-Uni<sup>268</sup> ou en Suisse<sup>269</sup>. A

---

<sup>256</sup> Le problème ne se pose pas avec la même acuité s'agissant de la filiation maternelle de l'enfant. Même s'il a été fait recours à un don d'ovocyte, l'accouchement détermine la mère.

<sup>257</sup> NEIRINCK C., art. préc.

<sup>258</sup> MEHL D., *Enfants du don*, préc., p. 299.

<sup>259</sup> § 1591 BGB.

<sup>260</sup> Art. 7 al. 1, Loi du 26 mai 2006 préc.

<sup>261</sup> Art. 1463 C. civ. grec. 6<sup>èmes</sup> journées franco-helléniques (Poitiers-Angoulême-19-21 octobre 1992), RID comp. 1993, 250

<sup>262</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 33.

<sup>263</sup> § 1592 BGB.

<sup>264</sup> Art. 7 al. 1, Loi du 26 mai 2006 préc.

<sup>265</sup> Art. 1465 C. civ. grec.

<sup>266</sup> Art. 312 al. 1 C. civ. luxembourgeois.

<sup>267</sup> Art. 200 al. 3 BW, livre 1.

<sup>268</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 35.

<sup>269</sup> Art 23, Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998.

l'image du droit français, lorsque le couple n'est pas marié, le père est celui qui a reconnu l'enfant ou dont la paternité a judiciairement été déclarée comme en Allemagne<sup>270</sup> ou en Espagne<sup>271</sup>. Parfois, le seul consentement donné à la procréation médicalement assistée établit la filiation paternelle de l'enfant. Il n'y a que dans cette hypothèse que la paternité de l'homme est obligatoirement établie et n'est pas subordonnée à la volonté du couple bénéficiaire après la naissance de l'enfant. Il en va ainsi en Hongrie<sup>272</sup>, en Grèce<sup>273</sup> ou au Royaume-Uni<sup>274</sup>.

**295 Contestation.** En Allemagne<sup>275</sup>, en Croatie<sup>276</sup>, en Espagne<sup>277</sup>, en Belgique<sup>278</sup>, en Grèce<sup>279</sup>, en Hongrie<sup>280</sup>, au Luxembourg<sup>281</sup> ou au Royaume-Uni<sup>282</sup>, dans l'hypothèse d'un don de sperme, la paternité de l'homme ne peut être contestée ni par la mère ni par le père s'ils ont consenti à la procréation médicalement assistée. Elle peut toutefois l'être s'il est

---

<sup>270</sup> § 1592 BGB.

<sup>271</sup> Art. 7 al. 1, Loi du 26 mai 2006 préc.

<sup>272</sup> Le consentement donné par l'homme à la procréation médicalement assistée établit sa paternité que le couple soit ou non marié.

<sup>273</sup> Art. 1475 al. 2 C. civ. grec. Le consentement à l'assistance médicale à la procréation doit être donné par acte notarié. Celui de la mère vaut en outre autorisation à la reconnaissance paternelle. Elle ne peut ainsi pas s'opposer à la reconnaissance paternelle après la naissance de l'enfant. Sur la possibilité pour la mère de s'opposer à la reconnaissance du père dans certaines législations européennes, v. *supra*, n<sup>os</sup> 48 et s.

<sup>274</sup> Est désigné comme père légal de l'enfant l'homme qui a consenti à être le père de tout enfant issu du traitement dont bénéficie la mère (« *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 37 (1) (a)). Celle-ci doit également avoir donné son accord pour que son compagnon soit traité comme le père de l'enfant. En outre, elle ne doit pas avoir donné son accord pour qu'un autre homme ou une femme soit traité comme le second parent de l'enfant (« *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 37 (1) (d)). Les consentements doivent être écrits et signés de la main de l'homme et de la femme et ils ne doivent pas avoir été révoqués. En outre, les membres du couple ne doivent pas être unis par un lien de parenté ou d'alliance à un degré prohibé et l'homme doit être en vie. Si toutes ces conditions sont remplies au moment de l'implantation de l'embryon ou de l'insémination artificielle, l'homme est considéré comme le père légal de l'enfant (« *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 36).

<sup>275</sup> § 1600 abs. 4 BGB. L'enfant peut toutefois la contester dans certaines conditions, par exemple si cela est dans son intérêt lorsqu'il est mineur (§ 1600 a abs. 4 et b abs. 3 BGB). S'il est majeur, l'action doit être engagée dans un délai de deux ans à compter du jour où il a eu connaissance des faits rendant la paternité impossible.

<sup>276</sup> La paternité du mari ne peut être contestée que si celui-ci n'a pas consenti par écrit à la procréation assistée (art. 83 et 84 al. 1 OZ). Le délai est de six mois à compter de la connaissance par le mari du recours à une procréation médicalement assistée avec donneur (et avant les sept ans de l'enfant) ou à compter de la naissance s'il est au courant qu'il a été fait recours à une procréation assistée avec don de gamètes.

<sup>277</sup> Art. 8, Loi du 26 mai 2006 préc.

<sup>278</sup> Art. 318 § 4 C. civ. belge.

<sup>279</sup> Art. 1471 et 1478 C. civ. grec.

<sup>280</sup> Une contestation est cependant recevable si la conception de l'enfant ne résulte pas de la procréation médicalement assistée (art. 36 d et 43 al. 1 Csjt).

<sup>281</sup> Art. 312 al. 3 C. civ. luxembourgeois.

<sup>282</sup> Sauf s'il est prouvé que le mari n'a pas consenti à la procréation médicalement assistée : « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 37, (1).

prouvé que l'enfant n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation en Suisse<sup>283</sup>, en Hongrie<sup>284</sup> ou aux Pays-Bas<sup>285</sup>.

**296 Couples homosexuels.** Certains États en Europe ont ouvert l'accès à l'aide médicale à la procréation avec donneur aux femmes célibataires ou en couple homosexuels. Il leur a donc fallu déterminer quelle devait être la filiation de l'enfant ainsi conçu. Au Royaume-Uni et en Norvège, la filiation de l'enfant peut être établie à l'égard de la compagne de la mère (v. *infra*, n° 455). Dans les autres législations, il n'existe pas de dispositions spécifiques, mais l'adoption de l'enfant du partenaire est permise (v. *infra*, n° 456).

**297 Conclusion.** L'anonymat du donneur de gamètes ou du couple consentant à l'accueil de leur embryon par un autre couple entraîne l'occultation des origines de l'enfant empêchant ainsi l'exercice de toute autre forme de parentalité par le tiers géniteur. Cet effacement est en principe subordonné à l'établissement d'une filiation bilinéaire de l'enfant. Toutefois, on ne peut que constater qu'il existe des failles dans le système mis en place en droit français. Dès lors, le recours à l'adoption serait davantage conforme à la réalité du lien qui unit à l'enfant et l'homme faisant partie du couple bénéficiaire.

---

<sup>283</sup> En outre, l'enfant ne peut pas contester la paternité du mari de sa mère (art. 23 loi préc.).

<sup>284</sup> Art. 36 d et art. 43 al. 1 Csjt.

<sup>285</sup> Art. 200 al. 4 BW, livre 1.



## **Conclusion du Chapitre 2 :**

**298 Occultation des origines.** La pluralité est un élément perturbateur dans une famille communément pensée biparentale. Dans un certain nombre de situations, le droit tend à occulter le tiers empêchant alors toute intrusion de l'auteur biologique dans la vie de l'enfant.

**299 Occultation des origines par la volonté des auteurs biologiques.** L'occultation des origines peut être rendue nécessaire lorsque ce sont les parents de naissance de l'enfant qui souhaitent s'effacer. Il convient alors de s'assurer que telle est réellement leur volonté. La France autorise et organise la possibilité pour une femme de se soustraire aux conséquences de sa maternité. Cette pratique existe également en Italie et au Luxembourg. Les modalités de l'accouchement sous X et de l'adoption subséquente ont parfois pour effet d'empêcher la restitution de l'enfant à la mère de naissance prise de regrets. En outre, la décision de la mère peut priver le père de toute vie familiale avec l'enfant. En effet, s'il peut faire établir sa paternité ou demander l'annulation du procès-verbal d'admission en tant que pupille de l'État, les circonstances particulières entourant la naissance peuvent compromettre la création d'un lien de parenté entre lui et l'enfant. La vérification de la volonté des parents de naissance de l'enfant est plus délicate lorsque celui-ci a été abandonné. Si l'abandon anonyme a disparu de la législation française, d'autres États l'organisent matériellement. En outre, il est toujours possible d'abandonner « sauvagement » l'enfant dans un lieu public. Le droit intervient alors uniquement pour prendre acte de la décision parentale et établir malgré tout l'état civil de l'enfant trouvé.

**300 Occultation des origines et fiction.** L'effacement des origines de l'enfant peut également tendre à faciliter la vie de celui-ci au sein de sa nouvelle famille, comme dans le cadre de l'adoption plénière et des aides médicales à la procréation exogènes. L'adoption plénière de l'enfant entraîne une substitution de sa parenté. Dès son prononcé, l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang pour entrer dans sa famille adoptive. S'agissant des procréations médicalement assistées, l'anonymat du donneur est un principe qui ne supporte aucune exception et qui est partagé par certaines législations en Europe. L'occultation des origines de l'enfant par droit de la famille ne permet pas pour autant de

résoudre toutes les problématiques qui peuvent en découler. Les revendications croissantes touchant à l'accès aux origines en sont le parfait exemple (v. *infra*, n<sup>os</sup> 522 et s.).

## **Conclusion du Titre 2**

**301 Constat.** De plus en plus d'enfants sont aujourd'hui amenés à vivre au sein d'une configuration familiale pluriparentale. Des recompositions familiales aux procréations médicalement assistée avec donneur, ces situations recouvrent des réalités très différentes.

**302 Pluriparentalité et coparent : l'ignorance.** Lorsqu'un tiers intervient dans la vie de l'enfant, le droit tend à ignorer la fonction de type parental qu'il peut jouer auprès de celui-ci. La pluriparentalité s'exerce alors uniquement dans les faits. Le tiers doit trouver sa place dans la structure familiale de l'enfant. Son implication est fonction de l'exercice conjoint ou unilatéral de l'autorité parentale, ainsi que de la fixation de la résidence de l'enfant. Généralement les relations entre le tiers et l'enfant sont grandement factuelles, sans réalité sur le plan juridique. Mais dans certaines configurations familiales, il est fréquent que des conventions soient rédigées afin de préciser le rôle du tiers et les droits qu'il peut avoir sur l'enfant. En effet, les couples s'étant engagés dans un projet de coparentalité homosexuelle ont fréquemment à cœur de sécuriser les relations que l'enfant peut entretenir avec ses coparents et élaborent à cette fin des conventions très précises. Les prérogatives accordées au tiers doivent être analysées au regard des dispositions relatives à l'autorité parentale et ne pas s'assimiler à une cession des droits parentaux.

**303 Pluriparentalité et auteur biologique : l'occultation.** A l'inverse, lorsque le tiers est l'auteur biologique, la loi intervient pour occulter cet aspect de la vie de l'enfant. L'effacement des origines de l'enfant peut reposer sur la volonté des auteurs biologiques. La volonté de ces derniers doit alors être vérifiée afin de s'assurer de la réalité de leur consentement. L'occultation peut également résulter ou être compensée par la création d'un lien de parenté entre l'enfant et le couple qui se chargera de l'élever. Il est alors fait recours à une fiction. L'adoption plénière de l'enfant engendre une substitution de parenté. Les liens qui pouvaient exister entre lui et sa famille par le sang sont rompus au profit de la création de liens de parenté avec sa famille adoptive. Cet effacement des parents par le sang tend à favoriser l'intégration de l'enfant au sein de son nouveau foyer. L'occultation se rencontre également dans le cadre des procréations médicalement assistées. L'anonymat du donneur et l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du couple bénéficiaire

permettent de ne pas stigmatiser cette configuration familiale et d'éviter toute intrusion du tiers.

## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE :

**304 Constat.** On assiste à l'accroissement de formes de vie familiale au sein desquelles l'enfant n'est pas élevé par ses deux parents biologiques et juridiques. La notion de parentalité, entendue dans un sens large, permet d'appréhender toutes les configurations familiales plures dans lesquelles un tiers peut intervenir dans la vie de l'enfant. Elle recouvre alors l'ensemble des composantes de la fonction parentale (conception, éducation, prise en charge matérielle...). Dès lors, deux catégories distinctes de tiers doivent être envisagées : le tiers coparent qui participe dans les faits à l'éducation de l'enfant et le tiers géniteur, ou auteur biologique, grâce auquel l'enfant est né. La réaction du droit face à la présence du tiers est variable, dans la mesure où ces configurations familiales peuvent recouvrir des situations très différentes. La parenté apparaît comme un critère pertinent pour les systématiser. Parfois ces familles s'articulent dans les faits sur un schéma biparental qui bouleverse peu nos repères. A l'inverse, elles peuvent être marquées par la pluralité et devenir alors plus perturbatrices.

**305 Parenté unilinéaire et parentalité du tiers.** L'existence d'un unique lien de filiation entre l'enfant et l'un de ses parents permet d'imaginer une reconnaissance du rôle du tiers. La réaction du droit français face à son existence est variable. En effet, dans le cadre des familles unilinéaires par le sang, c'est essentiellement l'auteur biologique qui est pris en considération. D'une part, il lui est permis de ne pas établir sa maternité ou plus fréquemment sa paternité et de refuser ainsi toute vie familiale. D'autre part, il dispose du droit de contester la filiation mensongère de l'enfant. En cas de succès, l'unilinéarité de la parenté lui permet alors de faire établir la filiation de l'enfant à son égard. Le tiers coparent est peu appréhendé par le droit français dans cette hypothèse. Il peut se prévaloir d'une prise en charge matérielle de l'enfant en droit fiscal ou social, mais le droit civil de la famille tend plutôt à ignorer son existence contrairement à certaines dispositions prévues dans d'autres législations européennes. Nous pensons qu'une modification du droit français ne serait pas opportune dans la mesure où, à notre sens, la reconnaissance du rôle du tiers ne doit pas être automatique, mais doit plutôt reposer sur un acte de volonté.

A l'inverse, lorsque la famille unilinéaire résulte d'une adoption par une seule personne, les droits accordés au tiers géniteur sont inexistantes, dans la mesure où seuls les parents

juridiques de l'enfant doivent consentir à son adoption. Mais la présence d'un tiers vivant avec le futur adoptant peut influencer sur la concrétisation de l'adoption projetée en France comme dans d'autres États européens. Son consentement peut être requis ; sa présence peut être un obstacle au prononcé de l'adoption. En outre, le futur rôle qu'il jouera auprès de l'enfant doit faire l'objet d'un examen spécifique selon les termes mêmes de la Cour européenne des droits de l'homme. Aussi pensons-nous que la systématisation de son évaluation lors du contrôle de l'aptitude à adopter du candidat à l'adoption et la nécessité de recueillir son consentement lorsqu'il est lié à celui-ci par un pacte civil de solidarité participeraient à une meilleure appréhension de son futur rôle.

La parentalité est parfois exercée dans les faits par l'auteur biologique qui ne peut faire établir la filiation de l'enfant à son égard malgré l'unilinéarité de la parenté. En effet, en raison de la prohibition relative à la maternité de substitution, la filiation maternelle de l'enfant ne peut être établie à l'égard de la mère intentionnelle. Or dans le cadre très particulier de la gestation pour le compte d'autrui, l'enfant peut être conçu à partir de ses gamètes. Elle en est alors la mère génitrice et exerce dans les faits une fonction de type parental. L'insécurité qui plane sur la situation familiale de l'enfant est contraire à son intérêt. En effet, en cas de décès du père ou de séparation des parents intentionnels, celle qui l'élève est sans droit et ne peut être considérée que comme un tiers. L'interdiction de la maternité de substitution est un obstacle à la reconnaissance de la parentalité exercée par cette femme. Par conséquent, seule une admission de cette technique permettrait une prise en compte de son rôle parental. Ainsi, et à l'image de certaines législations ou pratiques européennes, le recours à la gestation pour le compte d'autrui pourrait être autorisé et réglementé en droit français. Le régime actuellement applicable aux procréations médicalement assistées avec donneur pourrait être étendu à une nouvelle forme de don : le don de la fonction gestationnelle. La mise en place d'un contrôle judiciaire et de conditions très strictes s'avérerait indispensable. L'expérience d'un certain nombre d'États en Europe permet d'imaginer quelle pourrait être l'évolution du droit français en la matière.

**306 Parenté bilinéaire et parentalité du tiers.** Lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard de ses deux parents, le rôle dévolu au tiers est nécessairement plus restreint. En effet, la conception traditionnelle de la famille repose sur la bilinéarité. La pluralité n'est pas encouragée par le droit. Celui-ci tend soit à l'ignorer, soit à l'occulter. La parentalité

exercée par le tiers coparent n'est pas appréhendée sur le plan juridique. Elle se limite à une sphère strictement largement factuelle. Les relations qu'il peut avoir avec l'enfant sont influencées par l'exercice unilatéral ou conjoint de l'autorité parentale. Dans la première hypothèse, le tiers peut plus facilement exercer une fonction de type parental auprès de l'enfant. En France comme dans d'autres législations européennes, le second parent peut être privé de l'exercice des prérogatives parentales sur différents fondements. La parentalité du tiers ne doit pas alors porter atteinte aux droits conservés par le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale. Les risques de conflits entre le tiers et le parent de l'enfant avec lequel il ne vit pas sont exacerbés lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement. La mise en œuvre du principe de coparentalité conditionne alors les rapports qu'il peut nouer avec l'enfant. En outre, la fixation de la résidence de ce dernier en alternance ou bien chez l'un seul de ses parents influence également dans les faits l'exercice d'une parentalité. Dans la majorité des situations, la fonction de type parental que remplit le tiers reste essentiellement hors du droit. Cependant, il existe des situations dans lesquelles les parents rédigent une convention envisageant les droits et devoirs du tiers à l'égard de l'enfant. Ce besoin de prévoir par écrit les relations du coparent et de l'enfant s'explique par les circonstances ayant présidées la naissance. Il s'agit des hypothèses de coparentalité homosexuelle qui sont pratiquées aussi bien en France que dans d'autres États en Europe. Une convention est fréquemment rédigée. Dans la mesure où ces situations ne sont pas spécifiquement appréhendées par le droit, la validité des conventions est à analyser au regard du droit commun de l'autorité parentale. Aussi des prérogatives peuvent-elles être octroyées au tiers, à condition qu'il ne soit pas porté atteinte au principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale.

A l'inverse, lorsque le tiers est l'auteur biologique, l'ignorance laisse place à l'occultation. L'effacement des origines de l'enfant peut tout d'abord résulter de la volonté de ses père et mère. En France, comme dans quelques législations européennes, il est accordé à la femme le droit de se soustraire aux conséquences juridiques de sa maternité en demandant le secret sur son identité lors de l'accouchement. Le secret rend l'exercice futur de toute vie familiale impossible. Les graves conséquences qui découlent de cet acte de volonté supposent que le recueil du consentement de la mère soit entouré d'un certain nombre de garanties. Or on ne peut que constater que le dispositif mis en place en France présente des

lacunes, notamment lorsque la parturiente est mineure ou ne comprend pas la langue française. En outre, la volonté maternelle influe sur l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant. Sa difficile identification en raison de la méconnaissance de son lieu de naissance, ainsi que la brièveté du délai de restitution peuvent être des obstacles aux droits du père biologique, conditionnant la création d'un lien de parenté entre lui et l'enfant. Des améliorations peuvent également être apportées sur ce point. Lorsque l'enfant fait l'objet d'un abandon, la volonté parentale est difficilement vérifiable. Le droit intervient alors simplement pour prendre acte de la situation et conférer à l'enfant un état civil. Enfin, l'effacement des origines peut résulter d'une fiction et être compensé par l'existence de liens de parenté comme dans le cadre de l'adoption plénière et des procréations médicalement assistées avec donneur. L'adopté quitte sa famille par le sang pour entrer dans son nouveau foyer adoptif. Les liens de parenté qui pouvaient l'unir à ses parents biologiques sont définitivement rompus du fait du prononcé de l'adoption. La substitution de sa parenté produit un grand nombre d'effets et est matérialisée par l'annulation de son acte de naissance originaire. L'anonymat du donneur de gamètes entraîne également l'occultation des origines biologiques et empêche l'exercice de toute autre forme de parentalité de sa part. Cet effacement est compensé, en principe, par l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du couple bénéficiaire. Mais à l'inverse de l'adopté, celui qui est issu d'une aide médicale à la procréation a, dès la naissance, une filiation non conforme à la réalité biologique. L'occultation du donneur est un principe qui ne peut être remis en cause et cela même si les parents le souhaitent. En outre, malgré les modifications apportées au droit commun de la filiation, la parenté de l'enfant peut n'être qu'unilinéaire. En effet, en l'absence d'un acte positif de la part de l'homme et de la femme formant le couple bénéficiaire, l'occultation des origines n'est pas compensée par une parenté bilinéaire. L'adoption de l'enfant par celui qui n'est pas son auteur biologique peut alors apparaître comme une solution alternative et davantage conforme à la réalité de la configuration familiale de l'enfant.

**307 Reconnaissance du rôle du tiers.** Comme cela vient d'être démontré, entre prise en considération partielle et occultation, le droit semble parfois appréhender imparfaitement le rôle du tiers dans la vie de l'enfant. Aucun statut uniforme ne lui est automatiquement dévolu. Cela s'explique par la multiplicité des situations et des configurations familiales

dans lesquelles il peut intervenir. Or il convient de conserver à l'esprit que l'enfant peut être la première victime de la mauvaise prise en compte de sa cellule familiale. Se pose alors la question de savoir comment préserver au mieux les relations qui peuvent ou pourraient l'unir au tiers, auteur biologique ou coparent. La reconnaissance de la parentalité du tiers ne peut résulter que d'un acte de volonté de sa part et de celle des parents de l'enfant. Dans la grande majorité des cas, elle ne peut en outre avoir lieu que sous contrôle judiciaire. Le droit comparé apparaît ici comme un outil indispensable pour suggérer une évolution du droit français vers des solutions mieux conformes à l'intérêt de l'enfant.



SECONDE PARTIE :

LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DU RÔLE DU TIERS :

LA NÉCESSAIRE SUBORDINATION À LA VOLONTÉ



308 **Constat.** La parentalité du tiers reste encore largement dans le domaine du non-droit, qu'il s'agisse du tiers coparent ou du tiers géniteur. Aucun statut ne découle de la simple constatation du rôle qu'il peut jouer dans la vie de l'enfant. Cette absence de prise en compte peut être préjudiciable à l'enfant.

309 **Condition de la reconnaissance du tiers.** Le droit permet néanmoins une reconnaissance du tiers, mais la subordonne à l'expression d'une volonté, que ce soit la sienne et/ou celle du parent, confortée ou non par celle de l'enfant. La parenté peut être une solution tentante pour reconnaître sur le plan juridique ce rôle exercé dans les faits. Néanmoins, elle ne s'avère pas toujours être adaptée à ces configurations familiales (**Titre 1**). Une prise en compte plus souple de cette parentalité en dehors du cadre rigide de la parenté peut aussi être envisagée. Il existe un certain nombre de possibilités en droit français pour reconnaître la parentalité du tiers. Cependant, une étude comparatiste des solutions mises en place dans d'autres législations en Europe montre que l'appréhension juridique du tiers est perfectible (**Titre 2**).



## **TITRE 1 : LA RECONNAISSANCE DU TIERS PAR LA PARENTÉ**

310 Plan. Le recours à la parenté peut sembler être le moyen idéal pour donner une réalité juridique à la parentalité du tiers. Elle inscrit l'enfant dans sa lignée généalogique et lui confère les droits relatifs à l'autorité parentale lui permettant ainsi d'exercer juridiquement une parentalité qui était jusqu'alors cantonnée aux faits. Si la volonté est assez libre s'agissant des filiations de complaisance, l'adoption suppose qu'elle soit davantage encadrée (**Chapitre 1**).

La reconnaissance du tiers au moyen de la parenté résulte de la volonté. Pourtant celle-ci s'avère impuissante pour reconnaître le rôle du tiers dans un certain nombre de configurations familiales hors normes. L'ordre public et le secret peuvent être des obstacles à la création du lien de parenté (**Chapitre 2**).



## **Chapitre 1 : La volonté créatrice : la constitution d'un nouveau lien de parenté**

**311 Démonstration.** La parentalité exercée par le tiers l'est généralement en dehors de tout cadre juridique. L'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et celui qui partage sa vie peut permettre « d'officialiser » le rôle de substitut ou soutien parental qu'il joue. *« Le droit apparaît ici comme un instrument permettant de consacrer des liens affectifs en les transformant en relation de parenté »*<sup>1</sup>.

La création d'un lien de parenté peut découler de l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du tiers. Il s'agira alors d'une filiation mensongère, potentiellement fragile de ce fait. La volonté du tiers est libre aussi bien dans l'établissement que dans la contestation du lien de filiation. **(Section 1)**. L'adoption de l'enfant correspond davantage à la réalité des liens qui les unissent. Plus sécurisante pour l'enfant, cette filiation élective permet une meilleure prise en compte du rôle du tiers, même si elle s'avère parfois inadaptée à certaines situations. La volonté est alors davantage encadrée **(Section 2)**.

### **Section 1 : La filiation de complaisance**

**312 Postulat.** Le tiers peut être envisagé soit comme l'auteur biologique de l'enfant à l'égard duquel la filiation n'est pas établie, soit comme le coparent, c'est-à-dire le tiers qui vit avec le parent de l'enfant. Il ne peut exister bien évidemment de filiation de complaisance que dans cette seconde hypothèse. Lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard de son second parent biologique, sa parenté devient bilinéaire et son statut est définitivement sécurisé. En effet, sa conformité avec la réalité biologique met l'enfant à l'abri de toute contestation future. Une fois la bilinéarité retrouvée, le droit commun relatif à l'autorité parentale s'applique et l'enfant intègre une structure familiale classique. Quels que soient les aléas de la vie de couple de ses parents, son statut juridique ne peut plus être modifié. Le recours à la parenté est en l'occurrence le moyen le plus sûr, le plus efficace et le plus conforme à ce que l'enfant vit.

---

<sup>1</sup> DREIFUSS-NETTER F., *La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers*, RTD civ. 1996, 1.

**313 Plan.** S'agissant du tiers coparent, le recours à la parenté est une solution précaire pour l'enfant dont le statut peut être tributaire des aléas de la vie du couple. L'établissement d'une filiation de complaisance s'avère généralement facile (§ 1) et sa contestation source d'insécurité pour l'enfant (§ 2).

## § 1. La création du lien de parenté par la seule volonté du tiers

**314 Démonstration.** Avant d'envisager les différents modes d'établissement d'une filiation mensongère (B), il convient de déterminer quelle peut être la situation juridique de l'enfant et si l'existence d'une filiation bilinéaire est un obstacle à l'établissement d'un tel lien (A).

### A. Unilinéarité ou bilinéarité de la filiation de l'enfant

**315 Conflit de paternités.** Avant la modification du droit de la filiation entreprise par l'ordonnance du 4 juillet 2005, des conflits de paternités pouvaient survenir. La dualité de la branche paternelle découlait des lacunes de la loi. Selon l'ancien article 334-9 du Code civil interprété *a contrario*, en l'absence de possession d'état conforme au titre d'enfant légitime, une reconnaissance pouvait valablement être faite<sup>2</sup>. Une reconnaissance prénatale contredite par la désignation du mari de la mère par le jeu de la présomption de paternité pouvait également déboucher sur un tel conflit<sup>3</sup>. L'enfant avait alors deux filiations paternelles. Lorsqu'il était saisi, le tribunal tranchait le conflit en faveur de la filiation la plus vraisemblable<sup>4</sup>. A défaut d'éléments suffisants, il avait égard à la possession d'état. Le tribunal pouvait accorder un droit de visite à celui qui s'était cru le père, dans l'intérêt du mineur<sup>5</sup>. La paternité de celui qui avait succombé était rétroactivement annulée, mais l'exercice d'une parentalité très réduite était maintenu à travers ce droit de visite. « *La vérité n'exclut pas la délicatesse et la famille est aussi un lien d'affection* »<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juin 1976, D. 1976, 593, note RAYNAUD P. ; JCP éd. G 1976, II, 18494, note CORNU G. ; Defrénois 1976, 1124, note MASSIP J. ; RTD civ. 1976, 340, obs. NERSON R. et 1977, 752, obs. NERSON R. et RUBELLIN-DEVICHI J. ; GP 1976, 2, 708, note VIATTE J.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 1994, D. 1995, jur., 601, note MIRABAIL S. ; *ibid.*, somm., 115, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; RTD civ. 1994, 576, obs. HAUSER J.

<sup>4</sup> Ancien article 311-12 C. civ.

<sup>5</sup> Ancien article 311-13 C. civ. Le droit de visite était accordé à celui « *qui élevait en fait l'enfant mineur* ».

<sup>6</sup> CORNU G., *op. cit.*, n° 211.

L'application du droit allemand de la filiation pouvait également aboutir à une pluralité de pères (ancien § 1600-0 BGB, modifié par la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 1998). La Cour de cassation française, dans un arrêt du 28 mars 2006<sup>7</sup>, a considéré que ces règles n'étaient pas contraires à l'ordre public international français.

**316 Modifications apportées par la réforme du droit de la filiation.** La loi habilitant le gouvernement à réformer le droit de la famille par voie d'ordonnance lui enjoignait de préserver les enfants des conflits de filiations. En abrogeant l'article 334-9 du Code civil, l'ordonnance du 4 juillet 2005 a mis fin à une catégorie de conflits. Dorénavant, selon l'article 320 du Code civil, « *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* ». A également été abrogé l'article 311-12 du Code civil. Par ailleurs, si une reconnaissance contredit la filiation établie préalablement, l'officier de l'état civil la reçoit à titre conservatoire, mais elle ne pourra être mentionnée en marge de l'acte de naissance qu'à la condition que la filiation soit contestée avec succès<sup>8</sup>. Grâce au critère objectif de la chronologie, il ne devait, en principe, plus exister de conflit de paternités.

Néanmoins, lors de la ratification de l'ordonnance, la Commission des lois du Sénat a voulu faire primer la présomption de paternité du mari dans l'hypothèse où l'enfant aurait été reconnu anténatalement. En vertu du principe chronologique, la reconnaissance prénatale doit prévaloir. L'initiative des sénateurs a été consacrée dans la loi du 16 janvier 2009 portant ratification de l'ordonnance<sup>9</sup>. Le nouvel article 336-1 du Code civil prévoit que l'officier de l'état civil doit mentionner dans l'acte de naissance les informations fournies par le déclarant et non celles contenues dans la reconnaissance prénatale. Il doit, dans un second temps, avertir le procureur de la République afin que ce dernier saisisse le tribunal de grande instance aux fins de trancher le conflit opposant la reconnaissance prénatale et la désignation d'un autre homme que son auteur par le jeu de la présomption

---

<sup>7</sup> RJPF-2006-9/42, note GARE T.

<sup>8</sup> Circulaire n° CIV/13/06 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, p. 35.

<sup>9</sup> 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, JO n° 0015 du 18 janvier 2009, p. 1062.

de paternité. Le tribunal détermine la filiation la plus vraisemblable<sup>10</sup>. La loi de ratification donne ainsi priorité au mari de la mère, celui-ci n'ayant plus à engager l'action, et non au principe chronologique posé par l'ordonnance. Les termes généraux de l'article 336-1 laissent entendre que cet article s'applique également aux conflits de paternités opposant une reconnaissance prénatale et une reconnaissance concurrente effectuée dans l'acte de naissance de l'enfant<sup>11</sup>. Il convient cependant de relever qu'il est rare en pratique que l'officier de l'état civil soit informé de l'existence d'une reconnaissance prénatale au moment de la déclaration de la naissance de l'enfant.

**317 Conclusion.** Par conséquent, malgré la volonté initiée par l'ordonnance de prévenir les conflits de filiations, l'introduction du nouvel article 336-1 par la loi de ratification tend à engendrer à nouveau des conflits de paternités. De ce fait, une filiation de complaisance peut intervenir que la filiation de l'enfant soit unilinéaire ou bilinéaire.

#### B. Diversité des modes d'établissement d'une filiation de complaisance

**318 Présomption de paternité.** Une filiation de complaisance peut tout d'abord être établie par le jeu de la présomption de paternité : le mari est désigné comme le père dans l'acte de naissance à condition que l'enfant n'ait pas été conçu durant une période de séparation légale des époux (art. 313 C. civ.). Si elle n'est pas contredite par une reconnaissance prénatale, la désignation du mari de la mère comme père de l'enfant ne fait l'objet d'aucune vérification relativement à sa véracité et établit la paternité.

**319 Possession d'état.** La possession d'état peut également permettre l'établissement de la filiation de l'enfant à condition qu'elle soit constatée par acte de notoriété<sup>12</sup>. En tant que vérité sociologique et affective, la possession d'état peut être le reflet de la relation de type parental unissant l'enfant et le tiers. L'expertise biologique n'est pas de droit dans une

---

<sup>10</sup> VIAL G., *Réforme de la filiation : les surprises du projet de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005*, Dr. fam. 2008, étude n° 5.

<sup>11</sup> GARE T., *Réforme de la filiation- A propos de la loi du 16 janvier 2009*, JCP éd. G 2009, act., 59 ; MIGNOT A., *Nul – même le législateur – n'est censé ignorer la loi... A propos du projet de loi de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme du droit de la filiation*, JCP éd. G 2008, actualité, 478.

<sup>12</sup> Art. 317 C. civ.

action en constatation de possession d'état<sup>13</sup>. Toutefois, la filiation qu'elle établit ne doit pas être manifestement impossible : a pu ainsi être jugée inopérante la possession d'état alléguée par le concubin transsexuel de la mère aux motifs qu'elle était « *contredite par les conditions mêmes de la naissance de l'enfant et par l'impossibilité physiologique pour l'appelant, compte tenu de son état, de procréer* »<sup>14</sup>. La solution retenue par la Cour d'appel peut surprendre dans la mesure où il est étonnant de lier les circonstances entourant la naissance de l'enfant et le fondement de la possession d'état, à savoir la vérité sociologique, affective<sup>15</sup>. Cette solution marque la suprématie du biologique sur le sociologique<sup>16</sup>. Cependant, la possession d'état peut permettre l'établissement d'une filiation ne reposant pas sur la vérité biologique et ainsi supplanter cette dernière<sup>17</sup>.

**320 Reconnaissance.** Plus fréquemment, le tiers reconnaît mensongèrement l'enfant. En France, il n'existe pas de difficulté particulière à reconnaître un enfant pour celui qui n'en est pas l'auteur biologique. En effet, si la reconnaissance est un aveu de paternité ou de maternité, il n'existe pas de contrôle *a priori* de sa véracité<sup>18</sup>. Cette absence de contrôle permet l'établissement de filiations mensongères. « *Les "reconnaisances de complaisance" constituent une sorte de coutume qui relève de l'exception culturelle française* »<sup>19</sup>. Témoignant de la relative bienveillance accordée aux filiations mensongères, la Cour de cassation considère que les reconnaissances de complaisance ne constituent pas un faux pénalement punissable<sup>20</sup>. Une reconnaissance contraire à la vérité biologique peut parfois même être prévue par la loi. Dans le cadre des procréations médicalement assistées

---

<sup>13</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 décembre 2005, D. 2006, pan., 1141, obs. GRANET-LAMBRECHTS F., Dr. fam. 2006, comm. n° 26, note MURAT P., RTD civ. 2006, 98, obs. HAUSER J.

<sup>14</sup> CA Aix-en-Provence, 12 mars 2002, D. 2003, 1528, note CADOU E. ; *ibid.*, somm. 211, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; Dr. fam. 2003, comm. n° 100, note MURAT P.

<sup>15</sup> En ce sens également, MAUGER-VIELPEAU L., *Le transsexualisme et le Code civil*, Dr. fam. 2005, étude n° 18 : « *cette motivation peut laisser dubitatif car, aujourd'hui, la possession d'état correspond à une vérité sociologique, apte à rendre inutile toute recherche de vérité biologique* ».

<sup>16</sup> CADOU E., art. préc.

<sup>17</sup> V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 mai 2000, Dr. fam. 2002, comm. n° 19, note OUDIN M.

<sup>18</sup> Rép. min. n° 16532 : JO Assemblée Nationale Q, 1<sup>er</sup> sept. 2003, p. 6820 ; Rép. min. n° 32121 : JO Sénat Q, 5 juillet. 2001, p. 2252 ; Rép. min. n° 36075 : JO Assemblée Nationale Q, 31 janv. 2000, p. 732.

<sup>19</sup> MALAURIE P. et FULCHIRON H., *op. cit.*, n° 1182.

<sup>20</sup> Cass. crim., 8 mars 1988, JCP éd. G 1989, II, 21162, obs. JEANDIDIER W. Toutefois, l'auteur de la reconnaissance mensongère peut être condamné pour aide à l'entrée et au séjour irréguliers, Cass. crim. 7 janvier 2009, AJ fam. 2009, 132, obs. CHENEDE F. : « *les reconnaissances de paternité de complaisance effectuées par le prévenu au profit de mineurs haïtiens visaient à apporter à ces derniers une aide directe destinée à faciliter leur entrée ou leur séjour irréguliers en France, au sens de l'article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* ».

avec tiers donneur, la paternité du concubin est établie au moyen d'une reconnaissance (v. *supra*, n<sup>os</sup> 289 et s.). A défaut, sa paternité est judiciairement déclarée, sauf à démontrer que l'enfant n'est pas né suite au traitement ou que son consentement a été privé d'effet<sup>21</sup>. Selon l'expression d'un auteur, « *c'est la volonté à l'état pur qui est fondatrice de la filiation* »<sup>22</sup>. Néanmoins, cette situation ne peut pas être assimilée à proprement parlé à une reconnaissance de complaisance dans la mesure où contrairement au tiers, le concubin s'engage *ab initio* dans ce projet parental<sup>23</sup>.

La reconnaissance de l'enfant par le coparent semble donc relativement aisée. Cependant, l'officier de l'état civil peut refuser de dresser l'acte lorsque des indices intrinsèques démontrent son caractère mensonger, illicite ou frauduleux. Cela est le cas, par exemple, lorsque la différence d'âge entre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant est inférieure à douze années ou si les pièces produites font apparaître un lien de parenté à un degré prohibé<sup>24</sup>.

**321 Reconnaissance mensongère en Europe.** Les autres pays européens sont moins coutumiers que la France des filiations mensongères. Toutefois, certaines dispositions pourraient les faciliter et notamment lorsque la reconnaissance nécessite l'accord de la mère (v. *supra*, n<sup>os</sup> 47 et s.). Le consentement maternel, censé protéger l'enfant des reconnaissances de complaisance, peut lui permettre de favoriser son nouveau conjoint ou compagnon en faisant obstacle à la volonté du père par le sang. La nécessité du consentement maternel permet, à la différence du droit français, d'éviter les reconnaissances par vengeance après la séparation du couple. Mais en cas de complicité, la mère pourrait empêcher l'établissement de la paternité du père biologique et favoriser son nouveau compagnon.

---

<sup>21</sup> Art. 311-20 C. civ.

<sup>22</sup> HAUSER J., note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 mai 2005, RTD civ. 2005, 583, préc.

<sup>23</sup> Néanmoins, on peut regretter l'utilisation d'une telle reconnaissance dans cette hypothèse. Il serait plus opportun qu'il soit fait recours à une adoption qui reflèterait davantage le caractère électif de la démarche et de ce lien de filiation hors norme (v. *supra*, n<sup>o</sup> 292).

<sup>24</sup> Instruction générale *relative à l'état civil*, n<sup>o</sup> 95. En dehors de ces hypothèses, l'officier d'état peut avertir le parquet de ses doutes. La reconnaissance est annulable sur le fondement de l'article 336 du Code civil selon lequel le ministère public peut engager une action en contestation de la filiation si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude.

322 Filiation mensongère et exercice de l'autorité parentale. Une fois le lien de filiation établi, l'autorité parentale est en principe exercée conjointement par les deux parents ; peu importe la vérité biologique. Cependant, si la filiation de l'enfant est établie à l'égard de l'un plus d'un an après sa naissance, alors même qu'elle a déjà été établie à l'égard de l'autre, ce dernier est seul investi des prérogatives parentales. Une déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance leur permet de les exercer ensemble (art. 372 C. civ.).

Si la filiation de l'enfant peut facilement être établie envers le tiers qui n'est pas son auteur biologique, cette situation ne lui est pas favorable en raison de sa grande précarité.

## **§ 2. La contestation de la parenté par le parent complaisant ou manipulateur**

323 Problématique. « *Mais si le pari a échoué et une fois que le couple n'a plus aucune chance, il semble tout naturel aux deux époux ou aux deux concubins de revenir à la situation antérieure comme si rien ne s'était passé, puisqu'au fond, la filiation mensongère n'avait d'intérêt que dans le cadre d'une union qui n'existe plus* »<sup>25</sup>. En effet, il est parfois tentant pour le couple séparé de remettre en cause le lien de filiation établi par complaisance. Cette possibilité est source d'insécurité pour l'enfant qui peut changer de filiation au gré des relations amoureuses de son parent **(A)**. Toutefois, des mécanismes correcteurs ont été mis en place afin de sécuriser sa situation **(B)**.

### A. La possibilité de contester la filiation de complaisance : l'annulation du lien de filiation par la volonté parentale

324 Constat. L'initiative de l'action en contestation du lien de filiation après la rupture du couple est généralement le fait du compagnon qui a sciemment établi une paternité mensongère<sup>26</sup> ou celui de la mère complice ou manipulatrice **(1)**. Le succès de l'action est subordonné à la seule preuve de la non-conformité de la filiation avec la réalité biologique **(2)**.

---

<sup>25</sup> DREIFUSS-NETTER F., art. préc., p. 12

<sup>26</sup> V. par exemple, CA Nancy, 16 février 2007, Juris-data n° 2007-339776 (application de l'ancien droit)

## 1. L'ouverture de l'action en contestation au parent complaisant ou manipulateur

**325 Conditions.** Même avec l'accord de la mère, l'auteur de la reconnaissance ne peut pas simplement se rétracter<sup>27</sup>, mais lorsqu'elle n'est pas conforme à la vérité biologique, il peut engager une action en contestation de la filiation établie. Avant l'ordonnance de 2005, la reconnaissance pouvait être contestée par tout intéressé pendant trente ans<sup>28</sup>. En cas de possession d'état concordante ayant duré au moins dix ans, l'action n'était ouverte qu'à l'enfant, l'autre parent ou les prétendus parents véritables<sup>29</sup>. L'auteur de la reconnaissance ne pouvait dès lors plus la contester. L'action en désaveu n'était, quant à elle, ouverte qu'au mari de la mère. La réforme est venue unifier les conditions des actions en contestation de paternité poursuivant ainsi le travail d'égalisation conduit par le législateur français depuis un certain nombre d'années. Dès lors, quel que soit son mode d'établissement, une filiation de complaisance peut être contestée dans un délai de dix ans par tout intéressé (art. 334 C. civ.) ou de cinq années à compter du jour où la possession d'état corroborant le titre a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté. Dans cette seconde hypothèse, l'action est ouverte à chacun des père et mère (art. 333 C. civ.). Elle est également ouverte au prétendu parent véritable (v. *supra*, n<sup>os</sup> 50 et s.).

**326 Droit de contester une filiation mensongère et Convention européenne des droits de l'homme.** L'ouverture en droit français de l'action en contestation de la filiation mensongère au parent complaisant ou manipulateur est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans son arrêt Mizzi contre Malte, la Cour a rappelé qu'une « *situation dans laquelle une présomption légale peut prévaloir sur la réalité biologique ne saurait être compatible avec l'obligation de garantir le "respect" effectif de la vie privée et familiale, même eu égard à la marge d'appréciation dont jouissent les États* »<sup>30</sup>. En l'espèce, le requérant reprochait à la législation maltaise de ne pas lui avoir permis de contester sa paternité établie à l'égard de l'enfant né de son

---

<sup>27</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 juin 1992, JCP éd. G 1992, IV, 1379, Bull. civ. I, n° 183 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 juillet 1995, Bull. civ. I, n° 292 ; RTD civ. 1995, 872, note HAUSER J., D. 1996, somm., 152, obs. GRANET-LAMBRECHTS F., Defrénois 1996, 722, note MASSIP J.

<sup>28</sup> Ancien article 339 C. civ.

<sup>29</sup> Ancien art. 339 al. 3 C. civ.

<sup>30</sup> CEDH, 12 janvier 2006, Mizzi contre Malte, § 113, Recueil des arrêts et jugements 2006-I.

épouse pendant leur mariage<sup>31</sup>. Or, selon des examens sanguins pratiqués à l'étranger, il était apparu que l'enfant n'était pas issu du mari. Selon les juges européens, « *le fait que le requérant n'a jamais été autorisé à contester sa paternité vis-à-vis de Y n'est pas proportionné aux buts légitimes poursuivis. Il s'ensuit qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre l'intérêt général de la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit du requérant à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques* »<sup>32</sup>. A l'unanimité, la Cour a logiquement conclu à la violation de l'article 8 de la Convention, en ce qu'il protège la vie privée du requérant. Ainsi, on peut déduire de cet arrêt que celui à l'égard duquel la filiation est mensongèrement établie doit bénéficier de la possibilité de la contester, et ce d'autant plus lorsqu'il existe une preuve biologique de sa non-paternité. Cette solution a été réaffirmée dans l'arrêt Paulik contre la Slovaquie du 10 octobre 2006<sup>33</sup>. Nonobstant une preuve de sa non-paternité tirée d'une analyse de l'ADN, le requérant ne pouvait plus contester la filiation de l'enfant en raison de l'autorité de la chose jugée attachée à la décision judiciaire qui l'en avait déclaré le père<sup>34</sup>. L'homme a soulevé que la décision de justice avait été prise sur le fondement de preuves découlant de l'état des connaissances scientifiques de l'époque<sup>35</sup> et demandait un nouvel examen de sa situation à la lumière de ces éléments, ce qui lui a été refusé. Selon la Cour, l'impossibilité de contester sa paternité est contraire à l'article 8 de la Convention<sup>36</sup>. La France ne risque-t-elle pas une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point ? En effet, une filiation judiciairement établie en France ne pourrait pas non plus faire l'objet d'une contestation en raison de l'autorité de la chose jugée<sup>37</sup>. On peut alors s'interroger avec un

---

<sup>31</sup> A l'époque des faits, le mari ne pouvait désavouer l'enfant que s'il pouvait invoquer une impossibilité physique de cohabitation, une séparation légale au cours de la période de conception ou bien l'adultère de l'épouse à condition que la naissance lui ait été dissimulée.

<sup>32</sup> CEDH, 12 janvier 2006, Mizzi contre Malte, § 114.

<sup>33</sup> CEDH, 10 octobre 2006, Paulik contre Slovaquie, RLDC 2007, n° 38, 2533 obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ F.

<sup>34</sup> En 2004, le requérant, l'enfant devenu majeur et la mère se sont volontairement soumis à un test ADN duquel il est ressorti qu'il ne pouvait être le père de l'enfant.

<sup>35</sup> La paternité a judiciairement été déclarée en 1970.

<sup>36</sup> Les juges européens ont apprécié les différents intérêts en présence et ont relevé l'âge de celle dont la filiation était contestée (40 ans), son indépendance financière, ainsi que son absence d'opposition à la demande du requérant. La protection des droits de cette dernière a, du fait de ces circonstances, perdu beaucoup d'importance d'après la Cour (CEDH, 10 octobre 2006, Paulik contre Slovaquie, préc., § 46). La solution aurait certainement été différente s'il s'était agi d'un enfant mineur.

<sup>37</sup> Selon l'article 595 du Code de procédure civile, le recours en révision n'est ouvert que si la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ; si, depuis le jugement, il a été

auteur sur la possibilité « qu'à terme cette décision ouvre la voie à une réflexion sur l'extension possible à la matière civile, ou à certaines matières civiles, du recours en révision en matière pénale fondé sur la découverte d'un " fait nouveau ou élément inconnu de la juridiction au jour du procès" »<sup>38</sup>.

Enfin, dans l'arrêt Kroon du 27 octobre 1994, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné les Pays-Bas en raison de l'impossibilité pour la mère de contester la filiation de l'enfant né pendant le mariage<sup>39</sup>. L'ancienne législation néerlandaise n'ouvrait l'action qu'au mari, l'épouse ne pouvant renverser la présomption de paternité que dans l'hypothèse où l'enfant était né plus de 306 jours après la dissolution du mariage. En l'espèce, la naissance de l'enfant était intervenue pendant le mariage. Seul le père pouvait donc contester la filiation.

Par conséquent, l'ouverture de l'action en contestation de la filiation aux parents de l'enfant en droit français est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

**327 Contestation de la filiation mensongère par les parents en Europe<sup>40</sup>**. Il est possible pour l'auteur de la reconnaissance ou pour le mari de contester la paternité en Allemagne<sup>41</sup>, en Norvège<sup>42</sup>, en Finlande<sup>43</sup>, au Luxembourg<sup>44</sup> ou en Italie<sup>45</sup>. L'action est également ouverte à la mère. Dans d'autres États, les possibilités d'action des parents sont limitées. Ainsi, en Angleterre et au Pays de Galles, la reconnaissance peut être révoquée

---

recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie ; s'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ou s'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement. Ces cas d'ouverture n'auraient pu s'appliquer dans une hypothèse similaire au cas d'espèce.

<sup>38</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ F., art. préc.

<sup>39</sup> CEDH, 27 octobre 1994, Kroon contre Pays-Bas, Série A, n° 297-C.

<sup>40</sup> Sur les conditions générales de l'action en contestation et le droit d'agir du prétendu parent véritable, v. *supra*, n° 49 et s.

<sup>41</sup> L'action est également ouverte à l'enfant et à son prétendu parent véritable, mais à la condition qu'il n'existe pas entre l'enfant et le père légal de « relations socio-familiales » (Loi du 23 avril 2004 réformant le droit de la filiation). V. FRANK R., *Observations comparatives sur la contestation de paternité*, art. préc.

<sup>42</sup> § 6, *Loi sur les enfants et les parents*.

<sup>43</sup> L'enfant est également titulaire de l'action : LANCIN B., J-Cl. Droit comparé, Finlande, n° 53.

<sup>44</sup> Art. 312 al. 2 et 3 (contestation de la filiation de l'enfant né pendant le mariage) et art. 339 al. 4 (contestation de la filiation de l'enfant né hors mariage) C. civ. luxembourgeois.

<sup>45</sup> Art. 244 al. 1 (contestation de la filiation de l'enfant né pendant le mariage) et art. 263 (contestation de la filiation de l'enfant né hors mariage) C. civ. italien.

par le père s'il obtient le consentement de la mère et s'il apporte la preuve de sa non-paternité<sup>46</sup>. Elle peut cependant être judiciairement annulée<sup>47</sup>. En Grèce, la reconnaissance ne peut pas être contestée par son auteur ou par la mère<sup>48</sup>, alors que le mari peut contester sa paternité<sup>49</sup>. Le droit suisse limite également le droit d'action du parent complaisant. La reconnaissance n'est contestable que si son auteur l'a faite en se croyant menacé (ou en croyant menacé l'un de ses proches) par un danger grave et imminent ou en pensant à tort qu'il était le père de l'enfant<sup>50</sup>. Par conséquent, celui qui souscrit sciemment et en dehors de toute contrainte une reconnaissance mensongère ne peut pas la remettre en cause. L'action reste néanmoins ouverte à la mère<sup>51</sup>. A l'inverse, seul le mari, et non la mère, peut contester la filiation de l'enfant né dans le mariage<sup>52</sup>. Dans le prolongement de l'arrêt Kroon, cette solution pourrait faire l'objet d'une condamnation de la part de la Cour européenne des droits de l'homme. En Belgique, l'auteur de la reconnaissance et ceux qui ont donné le consentement requis à l'article 329 bis du Code civil ne peuvent la contester que s'ils parviennent à prouver que leur consentement a été vicié<sup>53</sup>.

La contestation du lien de parenté repose sur la seule preuve du caractère mensonger de la filiation.

## 2. L'annulation du lien de filiation

**328 Preuve.** Dans les hypothèses où la filiation peut être contestée, le droit français laisse une large part à la vérité biologique. La preuve du caractère mensonger de la filiation se

---

<sup>46</sup> « *Births and Deaths Registration Act 1953* », s. 29.

<sup>47</sup> Seule cette voie est ouverte en Écosse : « *Registration of Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965* », s. 18 et 18 a.

<sup>48</sup> L'action n'est ouverte qu'à l'enfant, ses grands-parents (art. 1477 C. civ. grec) ainsi qu'au prétendu parent véritable (Cour de Cassation, arrêt n° 58/2001).

<sup>49</sup> Art. 1470 C. civ. grec.

<sup>50</sup> Art. 260 a, 2° C. civ. suisse.

<sup>51</sup> Art. 260 a, 1° C. civ. suisse : elle est également ouverte à tout intéressé. La preuve à apporter est classiquement celle de la non-paternité de l'auteur de la reconnaissance. Cependant, par faveur pour la mère, celle-ci n'a à la fournir que si la cohabitation entre elle et l'auteur de la reconnaissance pendant la période de conception est vraisemblable (art. 260 b, 2° C. civ.). L'enfant bénéficie également de cette inversion de la charge de la preuve de la non-paternité de l'auteur de la reconnaissance.

<sup>52</sup> Art. 256 C. civ. suisse. L'enfant peut également la contester à la condition que la vie commune des époux ait pris fin pendant sa minorité.

<sup>53</sup> Art. 330 § 1 C. civ. belge. Sur le consentement de l'autre parent requis dans certaines législations européennes, v. *supra*, n°s 47 et s.

fait par tous moyens<sup>54</sup> et notamment grâce à une expertise biologique. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2000, elle est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder<sup>55</sup>.

Indépendamment d'une expertise biologique, les juges peuvent également prendre en considération un faisceau de présomptions<sup>56</sup>. Le simple aveu du caractère mensonger de la reconnaissance peut également fonder son annulation comme dans l'hypothèse d'une contestation de la reconnaissance effectuée par le compagnon transsexuel de la mère de l'enfant<sup>57</sup>.

**329 Effets de la contestation.** L'annulation de la filiation mensongère entraîne une modification du nom de l'enfant si celui-ci portait celui de l'ancien parent complaisant<sup>58</sup>. Le nom qui lui est dévolu peut être, selon son intérêt, soit celui de sa mère, soit celui de son autre parent si une nouvelle filiation a été établie<sup>59</sup>. Un droit de visite peut être accordé

---

<sup>54</sup> Art. 310-3 al. 2 C. civ.

<sup>55</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 mars 2000, n° 98-12806, Bull. civ. I, n° 103 ; JCP éd. G 2000, II, 10409, concl. PETIT C. et note MONSALLIER-SAINT MLEUX M.-C. ; JCP éd. G 2001, I, 332, note FAVIER Y. ; Dr. fam. 2000, n° 72, note MURAT P. ; D. 2000, 731, note GARE T. ; D. 2001, somm., 976, 1<sup>ère</sup> espèce, obs. GRANET F. ; Defrénois 2000, 769, obs. MASSIP J. ; RTD civ. 2000, 304, obs. HAUSER J. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 mai 2000, JCP éd. G 2000, II, 10410, note GARE T. ; Dr. fam. 2000, n° 108, note MURAT P. ; D. 2001, somm., 976, 2<sup>ème</sup> espèce, obs. GRANET F. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 mai 2001, n° 99-21830 : Bull. civ. I, n° 152 ; JCP éd. G 2001, II, 10605, concl. SAINTE-ROSE J. et note ARNAUDIN C. ; Dr. fam. 2001, n° 93, note MURAT P. ; D. 2002, 1588, note COCTEAU-SENN D. ; *ibid.*, somm., 2018, obs. GRANET F. ; RTD civ. 2001, 572, obs. HAUSER J. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 septembre 2003, D. 2004, 659, 1<sup>ère</sup> espèce, note MASSIP J. ; *ibid.*, somm., 1419, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 décembre 2003, 17 février 2004 et 30 mars 2004 : Dr. fam. 2004, n° 96, note MURAT P. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 mai 2004, D. 2005, 1766, note MIRABAIL S.

<sup>56</sup> CA Toulouse, 15 mars 2005, Juris-data n° 2005-272788 : en l'espèce l'inexactitude de la reconnaissance a pu être déduite du brusque départ de la mère quatre mois après la naissance de l'enfant et de son emménagement immédiat chez un autre homme avec lequel elle a eu un enfant juste un an après la naissance du premier, de son absence lors de la procédure, de sa demande de saisie des rémunérations de l'auteur de la reconnaissance pour l'entretien de l'enfant, alors même que celui-ci ne l'a pas revu depuis de nombreuses années.

<sup>57</sup> CA Aix-en-Provence, 12 mars 2002, préc., v. *supra*, n° 319. L'action avait été engagée par la mère après la séparation du couple. Son ancien compagnon a obtenu un droit de visite et d'hébergement. Il a formé ensuite un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel qui a été rejeté par la Première chambre civile de la Cour de Cassation : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 mai 2005, n° 02-16336, Bull. civ. I, n° 211 ; D. 2005, 2125, note LEMOULAND J.-J. ; *ibid.*, 1147, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; Defrénois 2005, 1493, note MASSIP J. ; AJ fam. 2005, 321, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2005, comm. n° 153, note MURAT P. ; RTD civ. 2005, 583, note HAUSER J.

<sup>58</sup> Il n'y a que dans l'hypothèse où l'enfant est majeur que son consentement au changement de nom est requis (art. 61-3 *in fine*).

<sup>59</sup> CA Caen, 26 février 2004, Juris-data n° 2004-254908 : après l'annulation de la reconnaissance paternelle mensongère, le nom dévolu à l'enfant est celui de sa mère et non celui de son père (dont la paternité a été déclarée par le même jugement) dans la mesure où celui-ci le connaît peu.

à l'auteur de la reconnaissance (v. *infra*, n<sup>os</sup> 608 et s.)<sup>60</sup>. Le juge en fixe les modalités. Enfin, la responsabilité civile de l'auteur de la reconnaissance mensongère ne peut plus être recherchée en raison du comportement de l'enfant<sup>61</sup>.

Exception faite de certaines législations européennes, contester une filiation de complaisance paraît pour le moins aisé. C'est pour cela qu'ont été imaginés différents mécanismes afin de dissuader ou d'empêcher de telles actions.

### B. Les dispositions tendant à sécuriser le lien de filiation : l'encadrement de la volonté parentale

**330 Rôle consolidateur de la possession d'état.** La possession d'état peut jouer un rôle consolidateur du lien de filiation mensonger. En effet, il apparaît parfois préférable de maintenir une parenté reposant sur une vérité affective, à défaut d'être conforme à la réalité biologique. Ainsi, selon l'article 333 du Code civil, la filiation de l'enfant ne peut plus être contestée lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance (si celle-ci a été faite ultérieurement). La possession d'état joue également un rôle consolidateur en Belgique<sup>62</sup>, en Allemagne<sup>63</sup>, au Luxembourg<sup>64</sup> ou en Espagne<sup>65</sup>.

**331 Délais de prescription.** La brièveté des délais de prescription est également un frein à l'exercice tardif d'une action en contestation de la filiation. Avant la réforme entreprise par l'ordonnance du 4 juillet 2005, la contestation de la filiation naturelle se prescrivait dans un délai de trente ans<sup>66</sup>. L'action en désaveu devait, elle, être engagée par le mari de la mère dans les six mois à compter du jour où il était supposé être informé de sa

---

<sup>60</sup> Art. 337 C. civ. V. par exemple, CA Caen, 26 février 2004, préc. ; CA Agen, 6 avril 2006, préc., CA Aix-en-Provence, 12 mars 2002, préc.

<sup>61</sup> Cass. crim., 8 décembre 2004, Dr. fam. 2005, comm. n° 50, note MURAT P.

<sup>62</sup> Art. 318 § 1 (contestation de la présomption de paternité du mari) et art. 330 (contestation de la reconnaissance) C. civ. belge.

<sup>63</sup> La filiation paternelle de l'enfant ne peut être contestée s'il existe entre lui et son père une relation « *socio-familiale* » (§ 1600 BGB).

<sup>64</sup> L'auteur de la reconnaissance ne peut plus la contester si l'enfant a, à son égard, une possession d'état continue de plus de trois ans (art. 339 al. 4 C. civ. ).

<sup>65</sup> Depuis une décision du Tribunal suprême, les actions en contestation de paternité sont soumises à l'absence de possession d'état entre l'enfant et son père légal : FRANK R., *Observations comparatives sur la contestation de paternité*, art. préc.

<sup>66</sup> Ancien art. 311-7 C. civ.

non-paternité<sup>67</sup>. Par ailleurs, l'action en contestation de paternité aux fins de légitimation était strictement encadrée et ne pouvait plus être engagée après l'expiration d'un délai de six mois à compter du mariage et, dans tous les cas, si l'enfant avait plus de sept ans<sup>68</sup>. Enfin, en l'absence d'une possession d'état conforme au titre d'enfant légitime, une action en contestation de la paternité du mari pouvait être introduite sur le fondement de l'article 322 alinéa 2 du Code civil interprété *a contrario* dans un délai de trente ans<sup>69</sup>. Les délais étaient, par conséquent, divers et variés : du plus bref (six mois) au plus long (trente ans), la filiation de l'enfant n'était pas également sécurisée. Désormais, toute action en contestation de paternité se prescrit en dix ans à compter de la naissance ou de la reconnaissance (art 321 C. civ.). Le délai est réduit à cinq ans lorsque le titre est corroboré par une possession d'état (art. 333 C. civ.). Le point de départ de l'action est alors la cessation de la possession d'état ou le décès du parent dont le lien de filiation est contesté. Ces dispositions permettent de sécuriser le lien de filiation de l'enfant lorsqu'il n'est pas conforme à la réalité biologique.

**332 Brièveté des délais dans certaines législations européennes.** D'autres États ont aussi enfermé les actions en contestation dans de courts délais. Certaines ne distinguent plus, comme la France, selon que l'enfant est né en ou hors mariage. En Suisse, par exemple, le mari ou l'auteur de la reconnaissance doit intenter l'action au plus tard un an après avoir connu la naissance et le fait qu'il n'en est pas le père ou qu'un tiers ait cohabité avec la mère à l'époque de la conception. En tout état de cause, il doit agir dans les cinq années suivant la naissance<sup>70</sup>. En Belgique, l'action en contestation est également soumise à un bref délai d'un an dont le point de départ est la découverte des faits rendant la paternité improbable<sup>71</sup>. En Allemagne, la contestation ne peut avoir lieu que durant les

---

<sup>67</sup> C'est-à-dire dans les six mois qui suivent la naissance de l'enfant s'il était sur les lieux, son retour ou la découverte de la fraude si la naissance lui avait été cachée (anciens art. 312, 314, 316 et 325 C. civ.).

<sup>68</sup> Ancien art. 318 C. civ.

<sup>69</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 février 1985 (deux arrêts), Bull. civ. I, n° 76 ; GAJC, n° 40-41 ; D. 1985, 265, note CORNU G. ; JCP éd. G 1985, II, 20460, note FORTIS-MONJAL E. et PAIRE G. ; Defrénois 1985, 1283, note GRIMALDI M. Dans le même sens, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 mai 1985, Bull. civ. I, n° 152.

<sup>70</sup> Art. 256 c (contestation de la paternité du mari) et art. 260 c C.civ. suisse (contestation de la reconnaissance). Les actions peuvent néanmoins être engagées après l'expiration du délai « *lorsque de justes motifs rendent le retard excusable* » (art. 256 c, 3° et 260 c, 3° C. civ.).

<sup>71</sup> Art. 318 (contestation de la filiation de l'enfant né pendant le mariage) et art. 330 (contestation de la filiation de l'enfant né hors mariage) C. civ. belge.

deux années de la découverte des faits contredisant la paternité<sup>72</sup>. En Finlande, l'action se prescrit par cinq années suivant la naissance ou la reconnaissance<sup>73</sup>.

D'autres législations continuent de traiter différemment la contestation de la filiation de l'enfant né dans le mariage de celle de l'enfant né hors mariage, l'action en contestation de la paternité du mari étant généralement plus rapidement prescrite. En Grèce, la présomption de paternité peut être combattue par le mari dans l'année qui suit la découverte de la naissance ou des circonstances rendant sa paternité douteuse<sup>74</sup> et par la mère, dans l'année qui suit la naissance ou dans les six mois suivant la dissolution ou l'annulation du mariage<sup>75</sup>. La reconnaissance ne peut être contestée ni par le père, ni par la mère (v. *supra*, n° 327). En Italie, l'action en contestation de la paternité du mari ne peut être exercée par lui que dans un délai d'un an à compter de la découverte de la naissance ou des circonstances rendant douteuse sa paternité<sup>76</sup>. Le délai est plus bref s'agissant de la mère puisqu'elle doit engager son action dans les six mois qui suivent la naissance<sup>77</sup>. Enfin, au Luxembourg, l'action en contestation de la paternité du mari doit être engagée dans les six mois qui suivent la naissance de l'enfant ou sa découverte si elle a été cachée au mari ou à compter de son retour s'il n'était pas présent<sup>78</sup>. Lorsque la reconnaissance est contestée par son auteur, celui-ci doit engager l'action avant que l'enfant ait atteint l'âge de six ans<sup>79</sup>.

**333 Compatibilité des délais brefs avec la Convention européenne des droits de l'homme.** La Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu à juger que « *l'institution de délais pour l'engagement d'une action en désaveu se justifiait par le souci de garantir*

---

<sup>72</sup> § 1600 BGB.

<sup>73</sup> Sauf empêchement grave ou légitime, LANCIN B., J-Cl. préc., n°s 53 et s.

<sup>74</sup> En cas de décès, le père ou la mère du mari peut contester sa paternité dans l'année suivant la découverte du décès ou de la naissance (art. 1470 C. civ. grec). L'action lui est fermée dès lors que cinq années se sont écoulées depuis l'accouchement ou si le mari a reconnu que l'enfant est issu de lui ou s'il a consenti à l'insémination artificielle de son épouse (Art. 1471 § 2 C. civ. grec).

<sup>75</sup> Elle doit alors justifier d'un motif grave l'ayant empêchée d'exercer son action pendant le mariage (art. 1470 C. civ.).

<sup>76</sup> Art. 244 C. civ. italien. A l'inverse, l'action en contestation de la reconnaissance est imprescriptible et ouverte à tout intéressé (Art. 263 et 264 C. civ. italien).

<sup>77</sup> L'enfant peut également agir. Le délai de prescription de l'action est d'alors un an à compter de sa majorité ou à compter de la découverte des faits qui rendent douteuse la paternité du mari.

<sup>78</sup> Art. 316 C. civ. luxembourgeois.

<sup>79</sup> Art. 339 al. 4 C. civ. luxembourgeois.

la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l'enfant »<sup>80</sup>. Toutefois, les juges européens ont condamné la Russie dans un arrêt du 25 novembre 2005 en raison du point de départ du bref délai de l'action en contestation. Le requérant avait eu des doutes sur sa paternité après l'expiration du délai lui permettant de désavouer l'enfant de son épouse. Selon le droit russe applicable à l'époque, le mari ne pouvait contester sa paternité que dans un délai d'un an à compter du jour où il connaissait ou aurait dû connaître son inscription en tant que père de l'enfant dans le registre des naissances<sup>81</sup>. Or, en l'espèce, la découverte des éléments laissant supposer sa non-paternité est intervenue plus de deux années après son enregistrement. Au vu des preuves biologiques dont le requérant se prévalait, les juridictions russes ont constaté qu'il ne pouvait être le père génétique de l'enfant, mais ont rejeté sa demande en raison de la forclusion de l'action. Selon la Cour européenne, il y a eu violation du droit au respect de la vie privée du requérant et ce malgré la marge d'appréciation laissée aux États en la matière<sup>82</sup>.

Si les États peuvent, dans l'intérêt de l'enfant, prévoir un bref délai de prescription, encore faut-il que le parent manipulé ait été véritablement en mesure de contester la filiation. Le point de départ du délai doit commencer à courir à compter de la connaissance par l'homme des faits rendant sa paternité douteuse. En effet, il s'agit de la seule solution permettant l'effectivité du droit d'agir en contestation. Au regard de cette jurisprudence, on peut s'interroger sur la conformité du droit français avec la jurisprudence de la Cour européenne<sup>83</sup>. En effet, le délai de l'action en contestation de la filiation de l'enfant ne court pas à compter de la connaissance par le père des faits rendant sa paternité douteuse, mais de l'établissement de la filiation de l'enfant (art. 321 C. civ.). Si le titre est conforté par une possession d'état, le point de départ du délai de cinq ans est la cessation de la possession d'état ou le décès du parent dont le lien de filiation est contesté (art. 333 C. civ.). Le droit français risque-t-il subir la censure des juges européens ? Dans la première hypothèse, le délai prévu par le Code civil paraît suffisamment long pour permettre à

---

<sup>80</sup> CEDH, 28 novembre 1984, Rasmussen contre Danemark, § 41, BERGER V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 10<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 148.

<sup>81</sup> Selon le Code de la famille, entré en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> mars 1996, l'action en contestation n'est plus soumise à un délai, ce qui tend à privilégier la vérité biologique.

<sup>82</sup> CEDH, 24 novembre 2005, Shofman contre Russie, requête n° 74826/01, § 45.

<sup>83</sup> GOUTTENOIRE A., *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dr. fam. 2008, étude n° 14.

l'homme de contester sa paternité. Dans la seconde, le délai ne commence à courir qu'à compter de la cessation de la possession d'état. Or, on peut supposer que celle-ci intervient lorsque les doutes sur la paternité sont apparus. Toutefois, aucune action en contestation n'est plus recevable lorsque la possession d'état a duré cinq années depuis la naissance ou la reconnaissance<sup>84</sup>. Le second alinéa de l'article 333 du Code civil pourrait fonder une condamnation de la Cour européenne en raison de la brièveté de ce délai dont le point de départ ne débute pas à la connaissance des faits rendant la paternité douteuse. Une modification du droit français pourrait être nécessaire s'agissant du point de départ de la computation des délais de prescription<sup>85</sup>.

Le rôle consolidateur de la possession d'état et la brièveté des délais de prescription sont ainsi des mécanismes pouvant limiter l'insécurité attachée à la filiation mensongère de l'enfant. La responsabilité du demandeur à l'action peut être retenue ce qui constitue également un garde-fou à l'action en contestation de la filiation. L'auteur qui a sciemment souscrit une reconnaissance mensongère et qui en conteste la véracité peut voir sa responsabilité engagée<sup>86</sup>, sauf si la mère l'a manipulé en lui faisant croire qu'il en était le père<sup>87</sup>. Dans cette hypothèse, celle-ci peut être condamnée à lui verser, ainsi qu'à l'enfant<sup>88</sup>, des dommages et intérêts en réparation du préjudice moral subi<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> L'action en contestation est cependant ouverte au ministère public.

<sup>85</sup> Il a également été proposé que l'action en contestation soit ouverte à l'enfant après sa majorité (FULCHIRON H., *Toute vérité est-elle bonne à dire ?*, D. 2008, chron. 3035) : « à lui d'apprécier son intérêt et d'exercer en quelque sorte un droit à ne plus être juridiquement rattaché à un homme auquel ne l'unissent plus ni les liens du sang, ni les liens de l'affection. Pas de vérité biologique, plus de vérité sociologique, une volonté contraire de l'intéressé = plus de lien juridique. On retrouve l'équation posée par la Cour européenne des droits de l'homme ».

<sup>86</sup> Le fondement de la responsabilité de l'auteur de la reconnaissance mensongère semble incertain même si la jurisprudence semble davantage se tourner vers une responsabilité contractuelle : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 juillet 1987, Bull. civ. I, n° 246 ; Defrénois 1988, 313, note MASSIP J. ; D. 1988, jur., 225, note MASSIP J. ; GP 1987, 2, pan., 267 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 décembre 1988, Bull. civ. I, n° 348 ; GP 1989, 1, somm., p. 17 ; D. 1988, IR, 301 ; Defrénois 1989, 309, obs. MASSIP J. ; D. 1989, 317, note MASSIP J. ; CA Paris, 17 mars 2005, Juris-data n° 2005-268752. *Contra* CA Paris, 12 décembre 2002, Juris-data n° 197168 (réparation du préjudice moral et matériel de l'enfant dont la filiation a été contestée après douze années sur le fondement de l'article 1382 du Code civil) ; CA Aix-en-Provence, 17 novembre 2005, Juris-data n° 2005-291253 (le préjudice moral et successoral de l'enfant qui a cru pendant dix années que le mari de sa mère était son père, alors que son véritable père est décédé, doit être réparé par l'auteur de la reconnaissance et par la mère complice sur le fondement de l'article 1382 du Code civil). V. également, MELIN P., *Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile*, GP 20 avril 2002, n° 110, p. 2.

<sup>87</sup> CA Rennes, 16 janvier 2007, Juris-data n° 2007-338541.

<sup>88</sup> CA Toulouse, 15 mars 2005, Juris-data n° 2005-272788 ; CA Nancy, 26 février 2007, JCP éd. G 2008, IV, 1270 ; RTD civ. 2008, 283, note HAUSER J.

<sup>89</sup> CA Caen, 26 février 2004, préc.

**334 Conclusion.** Le recours à une filiation mensongère est une mauvaise solution. Elle « montre la limite inhérente aux familles recomposées : ce sont des groupes fondés sur une communauté de vie et non sur une communauté générationnelle »<sup>90</sup>. L'enfant est totalement tributaire de l'avenir du nouveau couple, même si l'ordonnance de 2005 est venue sécuriser le lien de filiation. « Que survienne une fêlure dans le couple et c'est lui qui en fera les frais. Plus qu'une imperfection du droit de la filiation, ne s'agit-il pas plutôt d'une des tendances les plus regrettables de notre société où l'enfant est roi... tant qu'il n'entrave pas l'épanouissement personnel de ses parents »<sup>91</sup> ? Le recours à l'adoption peut être un moyen plus efficace de pérenniser cette relation factuelle et davantage conforme à une réalité affective.

## **Section 2 : L'adoption de l'enfant**

**335 Démonstration.** L'adoption de l'enfant par le coparent est une solution préférable à l'établissement d'une filiation de complaisance, même si elle s'avère parfois inadaptée aux configurations familiales plurales. La faveur est généralement donnée aux couples mariés laissant subsister l'image stable et rassurante attachée au mariage (§ 1). L'adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire reste théoriquement envisageable même si les dispositions qui lui sont relatives sont davantage contraignantes (§ 2).

### **§ 1. L'adoption de l'enfant du conjoint**

**336 Plan.** Le droit français connaît deux sortes d'adoption auxquelles on peut songer dans le cadre d'une recomposition familiale fondée sur un nouveau mariage : l'adoption plénière et l'adoption simple. Dans les deux hypothèses, l'adoption repose sur plusieurs actes de volonté : celui du futur adoptant, celui du ou des parents de l'enfant, ainsi que celui de l'enfant âgé de plus de treize ans<sup>92</sup>. Ainsi, contrairement aux filiations de complaisance, le

---

<sup>90</sup> HENNERON S., *La notion de famille en droit positif français*, th. préc., n° 354.

<sup>91</sup> DREIFUSS-NETTER, art. préc., p. 28.

<sup>92</sup> Art. 345 (adoption plénière) et art. 360 C. civ. (adoption simple). Sur l'impossibilité pour le majeur protégé de consentir à son adoption, v. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 octobre 2008, n° 07-16.094, Dr. fam. 2008, comm. n° 173, note MURAT P. ; RJPf-2008-12/13, note LE BOURSICOT M.-C. ; JCP éd. G, 2008, 615, obs. FAVIER Y. Selon l'article 458 du Code civil tel qu'issu de la loi du 5 mars 2007, le consentement donné à sa propre adoption ne supporte ni assistance, ni représentation. « Cette disposition (...) s'inscrit à contresens de l'objectif protecteur de l'adoption et de la loi elle-même » : GRANET-LAMBRECHTS F., *Droit de la filiation* (février 2008 – décembre 2008), D. 2009, 773. En ce sens également, SALVAGE-GEREST P., *Les*

lien de parenté ne résulte pas de la seule volonté du coparent. Si l'adoption plénière conduit à l'intégration irrévocable de l'enfant au sein du nouveau foyer (A), l'adoption simple permet, quant à elle, une prise en compte du caractère plural de sa vie familiale (B).

#### A. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint

**337 Évolution.** Le Code civil français prévoit explicitement l'adoption plénière de l'enfant du conjoint depuis une loi du 22 décembre 1976<sup>93</sup>. Elle était alors possible même lorsque la filiation était établie à l'égard des deux parents<sup>94</sup>. En raison d'un contentieux important<sup>95</sup>, la loi du 8 janvier 1993 a supprimé la possibilité d'adopter plénièrement l'enfant dont la parenté est bilinéaire<sup>96</sup>. Une loi du 5 juillet 1996 a, par la suite, permis l'adoption de l'enfant du conjoint dans deux autres situations, étendant ainsi son champ d'application<sup>97</sup>. Les différentes modifications apportées à l'article 345-1 du Code civil ont cherché à limiter l'éviction d'une branche familiale de l'enfant tout en permettant, lorsque cela est opportun, une prise en compte de la parentalité exercée dans les faits par le nouveau conjoint du parent. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est également possible dans d'autres législations européennes comme au Luxembourg<sup>98</sup>, en Pologne<sup>99</sup>, en Allemagne<sup>100</sup>, en Grèce<sup>101</sup>, au Royaume-Uni<sup>102</sup>, en Belgique<sup>103</sup>, en Espagne<sup>104</sup>, en Suisse<sup>105</sup> ou aux Pays-Bas<sup>106</sup>.

---

*actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle*, Dr. fam. 2009, étude n° 17.

<sup>93</sup> Loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976 *modifiant certaines dispositions concernant l'adoption* (JO du 23 décembre 1976, p. 7364).

<sup>94</sup> La loi du 11 juillet 1966 avait admis l'adoption de l'enfant du conjoint, considérée comme un cas particulier d'adoption par une seule personne. Mais le maintien des liens avec le parent, conjoint de l'adoptant, n'avait pas envisagé ce qui suscitait un grand nombre de difficultés. Pour pallier la rupture du lien de parenté, les magistrats prononçaient alors soit l'adoption simple de l'enfant, soit l'adoption plénière par le couple, SALVAGE-GEREST P., *L'adoption plénière de l'enfant du conjoint après la loi du 22 décembre 1976*, JCP éd. G 1982, I, 3071.

<sup>95</sup> NEIRINCK C., J-Cl. Civil Code, Art. 343 à 370-2, *Filiation adoptive*, fasc. 20, 2003, n°s 10 et s.

<sup>96</sup> Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 *modifiant le Code civil et relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales* (JO n° 7 du 9 janvier 1993, p. 495).

<sup>97</sup> Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 *relative à l'adoption* (JO n° 156 du 6 juillet 1996, p. 10208).

<sup>98</sup> Art. 367 et s. C. civ. luxembourgeois.

<sup>99</sup> Art. 116 KRO.

<sup>100</sup> § 1741 abs. 2 BGB.

<sup>101</sup> Art. 1544 C. civ. grec.

<sup>102</sup> « *Adoption and Children Act 2002* », s. 51 et « *Adoption and Children (Scotland) Act 2007* », s. 30 (3). Les adoptions par les beaux-parents (« *step-parent* ») sont majoritairement le fait des beaux-pères (96% des cas). Toutefois, seule une minorité de familles recomposées utilisent l'adoption pour régulariser leur position. CRETNEY S, MASSON J. et BAILEY-HARRIS R., *Principles of family law*, préc., n° 23-054, p. 842.

**338 Plan.** Le mariage du parent de l'enfant peut être l'occasion pour celui-ci de reconstruire une nouvelle cellule familiale que le prononcé de l'adoption va parachever **(1)**. Mais une fois la rupture du couple consommée, la question du devenir du lien adoptif se pose **(2)**.

### 1. Le prononcé de l'adoption

**339 Spécificité.** L'adoption de l'enfant du conjoint bénéficie d'un statut dérogatoire du droit commun. D'une part, tous les enfants ne peuvent en faire l'objet **(a)**, d'autre part, elle bénéficie de dispositions spécifiques facilitant son prononcé **(b)**.

#### *a. Conditions tenant à la situation familiale de l'enfant : la limitation de la volonté*

**340 Précautions.** L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est assortie d'un certain nombre de restrictions en raison de son irrévocabilité et en ce qu'elle supprime une partie de la parenté originaire de l'enfant. Cela transparaît notamment des trois hypothèses dans lesquelles elle est autorisée.

**341 Parenté unilinéaire.** L'enfant peut être adopté lorsque sa filiation n'est établie qu'à l'égard du conjoint du futur adoptant. Il n'est pas alors privé d'une branche de sa parenté du fait de l'adoption, mais acquiert une filiation bilinéaire grâce à la reconstruction d'un nouveau foyer familial. « *Dans le creux de cette structure unilinéaire, l'adoption plénière trouve, sans léser quiconque, sa place compensatrice* »<sup>107</sup>.

**342 Prédécès d'un des parents.** L'adoption plénière peut être prononcée lorsque l'autre parent est décédé et n'a pas laissé d'ascendant au premier degré ou si ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant<sup>108</sup>. En cas de décès, seul le parent survivant a le

---

<sup>103</sup> Art. 345 et s. C. civ. belge.

<sup>104</sup> Art. 178 al. 1 C. civ. espagnol.

<sup>105</sup> Art. 264 a, 3 C. civ. suisse.

<sup>106</sup> Art. 227 BW, livre 1.

<sup>107</sup> CORNU G., *op. cit.*, n° 279.

<sup>108</sup> CA Rennes, 28 septembre 2000, Juris-data n° 2000-136517: les grands-parents qui n'ont pas souhaité s'occuper de leur petite-fille durant la maladie mortelle de leur fils (provoquant alors son placement provisoire auprès de l'aide sociale), qui, après le décès de leur fils, n'ont entrepris aucune démarche pour maintenir des relations avec leurs petits-enfants et qui, enfin, n'ont exercé qu'une fois le droit d'accueil qui

droit de consentir à l'adoption. La prise en compte des ascendants du parent prédécédé permet de neutraliser la volonté éventuelle du parent de couper les liens entre l'enfant et ses grands-parents, en le rattachant définitivement à son nouveau foyer. Cette disposition est donc un garde-fou opportun à son pouvoir sur la parenté de l'enfant. Seuls les ascendants au premier degré bénéficient de cette protection. Aussi la famille élargie de l'enfant (oncle, tante, cousin...) ne peut-elle pas s'opposer à son adoption par le nouveau conjoint. La reconnaissance de la parentalité du coparent ne devrait pas s'effectuer au mépris des liens que l'enfant peut avoir avec sa famille par le sang. Son adoption plénière entraîne la fin de ses liens affectifs, mais aussi successoraux, avec la famille de son auteur prédécédé.

**343 Retrait de l'autorité parentale.** L'adoption est également autorisée lorsque l'autre parent s'est vu retirer totalement l'autorité parentale. Cette mesure le prive de son droit à consentir à l'adoption<sup>109</sup>. Le prononcé de l'adoption est jugé conforme à l'intérêt de l'enfant, puisque le parent a, par son comportement, mis en danger sa santé, sa sécurité ou sa moralité (v. *supra*, n<sup>os</sup> 175 et s.). Son insertion définitive dans la nouvelle famille constituée par l'autre parent et son conjoint semble alors être un gage de sécurité et d'épanouissement. Le simple désintéret<sup>110</sup> ou la renonciation volontaire aux droits parentaux<sup>111</sup> ne peuvent être assimilés à un retrait de l'autorité parentale. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est possible que dans des cas limitativement prévus par la loi et un accord de volonté des parents serait insuffisant à en permettre le prononcé.

**344 Critique.** Cette dernière hypothèse paraît cependant discutable. L'adoption plénière rompt de façon irrévocable les liens avec le parent contre lequel le retrait de l'autorité

---

leur avait été octroyé, se sont manifestement désintéressés de leurs petits-enfants. V. également CA Paris, 29 septembre 1998, Juris-data n° 1998-023117.

<sup>109</sup> Le consentement du parent privé de ses droits parentaux n'est pas non plus requis en Espagne (art. 177 C. civ.).

<sup>110</sup> CA Paris, 10 mai 2007, Juris-data n° 2007-333566 : le père n'a aucun contact avec sa fille depuis trois ans, n'a pas donné sa nouvelle adresse suite à son déménagement et ne contribue pas à son entretien. Cependant, seule l'adoption simple de l'enfant par le nouveau conjoint de la mère est prononcée.

<sup>111</sup> CA Paris, 22 mai 2001, Juris-data n° 2001-149447 : en l'espèce, la mère, de nationalité brésilienne, avait, expressément et par acte notarié, abandonné l'enfant et consenti à son adoption par la nouvelle épouse du père ce qui ne peut être assimilé à un retrait total de l'autorité parentale.

parentale a été prononcé, alors même que cette mesure est provisoire<sup>112</sup>. En Belgique, le jugement de déchéance de l'autorité parentale doit préciser expressément que le parent perd son droit de consentir à l'adoption de l'enfant. Ce dispositif permet de respecter le caractère révocable de la mesure (v. *supra*, n° 181)<sup>113</sup>. Nous pensons qu'il conviendrait de s'inspirer de cette disposition en droit français. Le juge pourrait ainsi, au vu de la situation d'espèce et de l'intérêt de l'enfant, décider si le parent doit ou non perdre son droit de consentir à l'adoption. Tout au moins, ne vaudrait-il pas plutôt prononcer une adoption simple ? Celle-ci ménagerait une reprise éventuelle des relations entre l'enfant et son parent dans l'hypothèse où celui-ci recouvrerait ses prérogatives parentales. Mais surtout, cette solution protégerait les droits de toute la branche dont l'enfant est privé par le prononcé de l'adoption plénière. En effet, on peut regretter qu'il ne faille pas vérifier pareillement la présence d'ascendants au premier degré dans cette situation. L'enfant peut être injustement privé d'une partie de sa famille. Les grands-parents par le sang peuvent simplement bénéficier d'un droit de visite sur le fondement de l'article 371-4 alinéa 2 du Code civil<sup>114</sup>. La loi du 5 mars 2007 a modifié cet article et désormais, seul l'intérêt de l'enfant peut y faire obstacle<sup>115</sup>. Mais ceci apparaît comme une faible consolation, au regard de la perte d'un petit-enfant<sup>116</sup>. En outre, le droit de visite peut s'assimiler à une remise en cause de la spécificité de l'adoption plénière à savoir, la rupture irrévocable des liens avec la famille par le sang de l'enfant. Une ouverture des conditions de recevabilité de la tierce opposition de la famille élargie pourrait être aussi un moyen d'éviter les conséquences parfois contestables de l'adoption de l'enfant du conjoint<sup>117</sup>. L'adoption

---

<sup>112</sup> En ce sens, CORNU G., *op. cit.*, n° 279, p. 436. Le parent peut demander à ce que ses droits lui soient restitués un an après que la décision de retrait soit devenue irrévocable (art. 381 al. 1<sup>er</sup> C. civ.). V. *supra*, n°s 184 et s.

<sup>113</sup> Art. 33, Loi de protection de la jeunesse, tel que modifié par la loi du 24 avril 2003.

<sup>114</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 mai 1986, Bull. civ. I, n° 112 ; D. 1986, 496, note MASSIP J. ; RTD civ. 1986, 736, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 juillet 1987, Bull. civ. I, n° 235 ; D. 1987, IR, 191 ; Defrénois 1988, 319 MASSIP J. ; CA Aix-en-Provence, 7 janvier 1994, Juris-data n° 1994-049375 (droit de visite et d'hébergement accordé aux parents du père décédé).

<sup>115</sup> Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance* (JO n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215). L'ancien article 371-4 du Code civil prévoyait que seuls des motifs graves pouvaient y faire obstacle.

<sup>116</sup> En ce sens également, v. GALLIARD C., *Adoption plénière, adoption simple, essai sur la dualité de l'institution*, thèse, 2003, n° 162 : « en effet, on recherche en vain la raison pour laquelle le législateur a distingué le cas où le parent autre que le conjoint de l'adoptant a fait l'objet d'un retrait de l'autorité parentale de celui qui vise son décès. L'a-t-il fait à titre de sanction ? Si tel est le cas, la solution ne peut être défendue. Le fait que le parent se soit vu retirer ses droits d'autorité parentale n'implique pas en effet que les grands-parents aient démérité ».

<sup>117</sup> Selon l'article 353-2 du Code civil, « la tierce opposition à l'encontre du jugement d'adoption n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants ». La recevabilité de la tierce opposition ne

plénière de l'enfant du conjoint lorsque l'autre parent s'est vu retirer l'autorité parentale n'est pas une solution permettant de prendre en compte la structure familiale pluriparentale de l'enfant. Une modification tendant à améliorer les droits du parent mais aussi ceux des grands-parents de l'enfant nous paraît indispensable.

**345 Protection des droits de l'auteur biologique.** En l'absence d'un lien de filiation, les juges cherchent à ne pas priver injustement l'enfant de son second parent par le sang. Celui-ci peut former une tierce opposition à l'encontre de la décision prononçant l'adoption plénière de l'enfant en cas de dol ou de fraude imputable à l'adoptant<sup>118</sup>. Parfois même, les juges refusent de prononcer l'adoption plénière en prévision d'un établissement ultérieur<sup>119</sup>.

**346 Législations européennes.** On ne retrouve guère de protection similaire dans les législations étrangères qui ne semblent imposer que le consentement des parents. En Belgique, la loi du 27 décembre 2004 a supprimé le recueil du consentement à l'adoption des grands-parents de l'adopté<sup>120</sup>. La doctrine belge s'interroge néanmoins sur l'opportunité du maintien de cet avis dans le cadre particulier de l'adoption intrafamiliale,

---

se confond pas avec le bien fondé de la demande d'adoption (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 février 2008, n° 06-20054, Bull. civ. I, n° 46 ; RJPf-2008-5/35, note GARE T.). A pu être considéré comme constitutif d'un dol, le fait de dissimuler au tribunal l'existence des grands-parents souhaitant maintenir des liens d'affection avec l'enfant (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mars 1989, D. 1989. 477, note HAUSER J. ; GP 1990, 1, 131, note MASSIP J.). Dans le même sens, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 novembre 2008, n° 07-20.426, Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 698 du 15 mars 2009, n° 380 ; RTD civ. 2009, 107, note HAUSER J. : l'omission par les adoptants d'informer le tribunal d'un fait déterminant constitué par le maintien des liens affectifs et relationnels existant entre l'enfant, sa grand-mère maternelle et son époux, et ses deux autres soeurs est constitutive d'une réticence dolosive. En effet, ces éléments pouvaient conduire le tribunal à prononcer une adoption simple afin de ne pas rompre les liens affectif et patrimonial avec la famille maternelle. La preuve de ce type de comportement est néanmoins très difficile à apporter. Cette condition restrictive limite de façon importante les possibilités de recours de la famille par le sang de l'enfant contre la rupture irrévocable des liens qui les unissent. V. en ce sens, GALLIARD C., th. préc., n<sup>os</sup> 183 et s.

<sup>118</sup> Art. 353-2 C. civ. V. par exemple, CA Rennes, 18 mars 1999, Juris-data n° 1999-044122 : est constitutif d'un comportement dolosif le fait pour l'adoptant d'avoir sciemment caché au tribunal que l'enfant et son père biologique ont noué des liens affectifs réels (contacts suivis, participation à l'entretien de l'enfant pendant une courte période...). Par ailleurs, le père biologique n'avait pas été mis au courant de la procédure d'adoption plénière. Enfin, le mari de la mère avait déjà adopté simplement la fillette et la demande d'adoption plénière apparaissait plutôt comme une volonté de supprimer tout contact entre le père biologique et l'enfant et d'éviter une reconnaissance paternelle ultérieure.

<sup>119</sup> CA Amiens, 22 septembre 2004, Dr. fam, comm. n° 128, note MURAT P. Les juges du fond ont également appuyé leur décision sur la brièveté de l'union de la mère et de son nouveau conjoint.

<sup>120</sup> Auparavant, dans toute procédure d'adoption, le procureur du roi devait obligatoirement obtenir l'avis des grands-parents par le sang. La loi du 24 avril 2003 a permis aux parents par le sang de s'opposer au recueil de l'avis de leurs propres parents, grands-parents de l'enfant. Toute mention relative au recueil de l'avis des ascendants a été abrogée en 2004.

ce qui permettrait de préserver les relations entre l'enfant et ses grands-parents<sup>121</sup>. Toutefois, le tribunal ne peut prononcer l'adoption à laquelle le parent s'est opposé que si celui-ci s'est désintéressé de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité. Pour le vérifier, le tribunal ordonne une enquête sociale approfondie<sup>122</sup>. En Allemagne, le tribunal peut passer outre le refus du père qui n'exerce pas l'autorité parentale si l'absence de prononcé de l'adoption cause un avantage disproportionné à l'enfant. La situation est appréciée au regard du comportement du père à l'égard de l'enfant depuis la naissance et de l'intensité de leur relation<sup>123</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu à juger de l'hypothèse particulière de l'adoption de l'enfant du conjoint dans un arrêt Söderbäck contre Suède du 28 octobre 1998<sup>124</sup>. Le requérant reprochait aux juridictions suédoises d'avoir prononcé l'adoption de sa fille par le nouveau conjoint de la mère, alors même qu'il s'était opposé à ce projet. Selon la Cour, « *eu égard à la manière dont les juridictions internes ont apprécié l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi qu'au caractère limité des liens existant entre M. et le requérant pendant la période considérée, la Cour est convaincue que la décision n'a pas outrepassé la marge d'appréciation. Étant donné les buts recherchés par la décision d'autoriser l'adoption, on ne saurait dire que les conséquences néfastes de cette mesure sur les relations unissant le requérant et l'enfant étaient disproportionnées* »<sup>125</sup>. La parenté de l'enfant est supprimée à l'égard de son père au profit des relations factuelles de type parental existant entre lui et le conjoint de la mère<sup>126</sup>. Cette solution est contestable en ce qu'elle porte atteinte aux droits du père et n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, le père n'avait pas eu de comportement gravement préjudiciable à l'égard de

---

<sup>121</sup> LAMMERANT I., OTTEVAERE A., VERWILGHEN M., *Le nouveau droit fédéral de l'adoption*, RTD fam. 2006, 77.

<sup>122</sup> Art. 348-11 C. civ. belge (applicable également à l'adoption simple).

<sup>123</sup> § 1748 abs. 4 BGB. V. Cour constitutionnelle fédérale, BverfG, 29 novembre 2005, BvR 1444/01 (adoption de l'enfant par le mari de la mère malgré l'opposition du père).

<sup>124</sup> CEDH, 28 octobre 1998, Söderbäck contre Suède, RTD civ. 1999, 501, obs. MARGUENAUD J.-P. ; SUDRE F., *op. cit.*, n° 233.

<sup>125</sup> CEDH, 28 octobre 1998, Söderbäck contre Suède, § 34.

<sup>126</sup> CEDH, 28 octobre 1998, Söderbäck contre Suède, §§ 32-33 : Le requérant n'avait eu que peu de contact avec l'enfant depuis la naissance. Cela était dû à des problèmes personnels et à l'opposition de la mère. En outre, la Cour relève que l'enfant vivant avec le mari de la mère depuis ses huit mois : « *ce dernier avait participé à l'éducation de M., qui le considérait comme son père (paragraphe 14 ci-dessus). Ainsi, lorsque le tribunal de district autorisa l'adoption en décembre 1989, il existait des liens familiaux de facto entre le père adoptif et la mère depuis cinq ans et demi, jusqu'à leur mariage en janvier 1989, et entre lui et M. depuis six ans et demi. L'adoption consolida et officialisa ces liens (paragraphe 14 ci-dessus)* ».

l'enfant et souhaitait avoir des contacts plus fréquents avec sa fille. L'adoption est approuvée par les juges européens, alors même que la législation suédoise n'assortit d'aucune limitation l'adoption de l'enfant du conjoint. On ne peut que reprocher à cette décision de prendre en compte la parentalité du coparent au mépris de la parenté de l'enfant et des droits du parent qui n'est pas le conjoint de l'adoptant.

**347 Adoption de l'enfant adoptif du conjoint.** On peut s'interroger sur la possibilité d'adopter plénièrement l'enfant adoptif du conjoint<sup>127</sup>. En vertu de l'article 346 du Code civil, nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par des époux. Deux hypothèses bien différentes sont à distinguer : soit l'enfant a été précédemment adopté par une seule personne, soit par un couple marié.

**348 Adoption par une seule personne.** Si l'enfant a fait l'objet d'une adoption par un seul adoptant (v. *supra*, n<sup>os</sup> 62 et s.), le conjoint de celui-ci peut-il par la suite l'adopter ? Il ne devrait pas y avoir de distinction entre les enfants en fonction de la nature de leur lien de filiation dans la mesure où l'adoption projetée est conforme à leur intérêt. Deux hypothèses peuvent se présenter<sup>128</sup> : soit il peut s'agir de l'adoption par une personne mariée d'un enfant que son conjoint souhaite ultérieurement adopter à son tour<sup>129</sup> ; soit de l'adoption de l'enfant que l'époux ou l'épouse a adopté avant le mariage. Il paraîtrait curieux que le conjoint ne puisse pas adopter l'enfant que l'autre a précédemment adopté alors même que l'adoption est réservée aux couples mariés. En effet, rien ne vient contredire la prescription de l'article 346 du Code civil qui n'impose pas la simultanéité<sup>130</sup>. Si un couple marié peut adopter un enfant, peu importe finalement que le mariage ait eu lieu avant ou après la première adoption, pourvu qu'il ait eu lieu lorsque la seconde est demandée. « *Le texte précise "si ce n'est par deux époux", mais n'ajoute pas "ensemble" et on pourrait fort bien estimer qu'il existe deux formes d'adoption par deux époux, l'une concomitante, visée par l'article 343 du Code civil et une autre, successive, dont l'article 346, alinéa 2, in fine, du Code civil nous en donne un exemple après décès d'un*

---

<sup>127</sup> HAUSER J. et DELMAS-SAINT-HILAIRE P., *Deux exercices d'exégèse sur l'adoption*, Defrénois 2000, 1009.

<sup>128</sup> HAUSER J. et DELMAS-SAINT-HILAIRE P., art. préc., p. 1017.

<sup>129</sup> Sur le consentement du conjoint à l'adoption d'un enfant par son époux ou son épouse, v. *supra*, n<sup>o</sup> 72

<sup>130</sup> SALVAGE-GEREST P., art. préc.

*adoptant* »<sup>131</sup>. Aussi nous semble-t-il que l'adoption de l'enfant que le conjoint a précédemment adopté devrait être autorisée.

**349 Adoption par un couple marié.** Si l'enfant a fait l'objet d'une adoption conjointe, le nouveau conjoint de son parent peut-il l'adopter ? Le second alinéa de l'article 346 du Code civil autorise l'adoption lorsque l'autre parent est décédé. En revanche, si la « reconstitution familiale » fait suite à la séparation des parents, l'adoption ne peut être prononcée en raison du principe de l'irrévocabilité<sup>132</sup>. L'adoption de l'enfant par le nouveau conjoint devrait être également permise lorsque l'autre adoptant s'est vu retirer ses prérogatives parentales incluant son droit de consentir à l'adoption (deuxième hypothèse de l'article 345-1 du Code civil). Néanmoins, le principe d'irrévocabilité serait alors fortement atteint. Comme nous l'avons déjà précédemment expliqué, il ne serait pas opportun d'autoriser l'adoption dans une telle hypothèse en raison du caractère provisoire de cette mesure. Une adoption simple serait, nous semble-t-il, davantage indiquée.

**350 Adoption de l'enfant adoptif du conjoint en Europe.** En Grèce, le Code civil prévoit explicitement l'adoption de l'enfant par le conjoint de celui qui l'a adopté en premier<sup>133</sup>. Au Luxembourg, l'article 367-3 du Code civil renvoie à l'article 349 qui reprend les dispositions de l'article 346 du Code civil français. En cas de décès de l'un des adoptants, le conjoint peut adopter plénièrement l'enfant adoptif du survivant<sup>134</sup>. En Belgique, l'enfant adopté simplement ou en la forme plénière peut, quel que soit son âge, faire l'objet d'une seconde adoption (plénière ou simple) de la part du nouveau conjoint de son parent adoptif dans plusieurs situations : si l'autre adoptant est décédé, si l'adoption simple antérieure a été révoquée à l'égard de l'autre adoptant ou si des motifs très graves commandent qu'une nouvelle adoption soit prononcée à la requête du ministère public (art. 347-2 C. civ.). Les autres conditions relatives à l'adoption doivent par ailleurs être remplies. Cet article n'envisage pas l'hypothèse d'une adoption successive par des époux, mais uniquement l'adoption par le nouveau conjoint de l'enfant que le parent a adopté avec une autre personne. Le Code civil espagnol envisage, quant à lui, les différentes situations.

---

<sup>131</sup> HAUSER J. et DELMAS-SAINT-HILAIRE P., art. préc., p. 1019. Selon ces auteurs, au plan des principes, rien ne s'oppose à l'adoption par le conjoint dans ce type d'hypothèses.

<sup>132</sup> SALVAGE-GEREST P., art. préc.,

<sup>133</sup> Art. 1545 C. civ.

<sup>134</sup> Art. 349 C. civ. luxembourgeois .

Personne ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par des époux conjointement ou successivement. En outre, le mariage célébré postérieurement à l'adoption permet au conjoint d'adopter les enfants de l'autre. Enfin, en cas de décès de l'adoptant ou de privation des prérogatives parentales<sup>135</sup>, une nouvelle adoption est également possible<sup>136</sup>.

Si l'adoption de l'enfant du conjoint ne peut être prononcée que dans certaines hypothèses, elle bénéficie, en revanche, d'un nombre de dispositions dérogatoires qui tendent à faciliter son prononcé.

*b. Dispositions spécifiques à l'adoption de l'enfant du conjoint :  
une solution favorisée*

**351 Assouplissement.** Parallèlement à ces limitations qui sont de nécessaires garanties, on ne peut que constater la faveur dont bénéficie l'adoption plénière de l'enfant du conjoint en droit français. Ceci résulte de diverses dispositions tendant à en faciliter le prononcé. Par exemple, la condition d'âge est supprimée sous réserve toutefois que le jeune âge du futur adoptant ne soit pas contraire à l'intérêt de l'enfant<sup>137</sup>. La différence d'âge entre eux ne doit être que de dix ans (elle est de quinze ans en principe) et l'adoption peut être prononcée lorsque la différence d'âge est inférieure en cas de justes motifs<sup>138</sup>. L'adoptant n'a pas à être en possession d'un agrément<sup>139</sup>. Il n'existe pas de condition s'agissant de la durée du mariage.

**352 Application du droit commun.** Nonobstant ces assouplissements, certaines conditions générales de l'adoption plénière sont maintenues. L'adopté doit être âgé de moins de quinze ans<sup>140</sup>. De même, si l'adoptant a par ailleurs des descendants, le tribunal

---

<sup>135</sup> Art. 179 C. civ. espagnol.

<sup>136</sup> Art. 175 al. 4 C. civ. espagnol.

<sup>137</sup> Art. 343-2 C. civ. L'âge requis pour adopter est en principe de vingt-huit ans (art. 343-1 C. civ.). Pour illustration, v. CA Agen, 2 mars 2000, Juris-data n° 2000-112738 (« en dépit de son âge relativement jeune (25 ans), C. P., qui assume à l'heure actuelle sans difficulté la grande famille qui lui est advenue de son épouse, est jugé comme ayant la maturité d'un homme de trente ans... »).

<sup>138</sup> Art. 344 C. civ.

<sup>139</sup> Art. 353-1 C. civ.

<sup>140</sup> TGI Paris, 7 février 2001, Juris-data n° 2001-153488 (refus de prononcer l'adoption plénière l'adopté étant âgé de soixante et un ans au jour du dépôt de la requête).

doit vérifier que l'adoption n'est pas de nature à perturber la vie familiale<sup>141</sup>. L'enfant doit également avoir été recueilli au foyer de l'adoptant depuis au moins six mois<sup>142</sup>. Cette condition se comprend dans la mesure où l'adoption doit favoriser l'intégration de l'enfant au sein du nouveau foyer. Il est donc logique d'exiger qu'il vive déjà avec son parent et le nouveau conjoint de celui-ci.

**353 Europe.** La faveur française à l'égard de ce type d'adoption est également partagée par une partie des législations européennes<sup>143</sup>. En Grèce, par exemple, la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté doit en principe être de dix-huit ans. Elle est abaissée à quinze ans lorsqu'il s'agit de l'adoption de l'enfant du conjoint<sup>144</sup>. Au Luxembourg, la différence d'âge est de dix ans au lieu de quinze<sup>145</sup>. Mais il n'y a pas de dérogation s'agissant de l'âge de l'adopté qui doit être inférieur à seize ans. En Belgique, l'écart d'âge est de dix ans (et non de quinze) et l'adoptant doit être âgé d'au moins dix-huit ans (et non de vingt-cinq ans)<sup>146</sup>. Le contrôle de l'aptitude de l'adoptant peut ne pas être requis comme en Espagne ou en Belgique<sup>147</sup>. La condition tenant à la durée de recueil de l'enfant peut également être réduite, à l'instar des législations néerlandaise<sup>148</sup> et anglaise<sup>149</sup>. Mais ce n'est pas toujours le cas : en Suisse par exemple, il n'existe pas de régime dérogatoire. Contrairement à la France, le mariage entre l'adoptant et le parent de l'enfant doit durer depuis au moins cinq

---

<sup>141</sup> Art. 353 al. 2 C. civ. Le terme « descendants » englobe les enfants adoptifs de l'adoptant. En ce sens, v. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 novembre 2005, Dr. fam. 2006, comm. n° 51, note MURAT P. Il s'agissait, en l'espèce, d'une opposition formée par la fille adoptive contre l'adoption simple de l'enfant de la nouvelle épouse du père. L'article 353 alinéa 2 est également applicable à l'adoption simple par renvoi de l'article 361 du Code civil.

<sup>142</sup> Art. 345 C. civ.

<sup>143</sup> Il en va de même dans la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants*, révisée le 27 novembre 2008, qui prévoit une dérogation à la condition d'âge minimum ou à l'écart d'âge entre l'adoptant et l'adopté lorsque l'adoption est le fait du conjoint ou du partenaire enregistré du parent de l'enfant (art. 9 § 2).

<sup>144</sup> Art. 1544 C. civ. grec.

<sup>145</sup> Art. 367-1 C. civ. luxembourgeois.

<sup>146</sup> Art. 345 C. civ. belge.

<sup>147</sup> Art. 176 al. 2, 2° C. civ. espagnol. On retrouve une disposition similaire en Belgique. Selon l'article 346-2 du Code civil, l'enquête sociale n'est pas obligatoire lorsque l'adoptant souhaite adopter l'enfant de son conjoint. Cette disposition a pu être critiquée en doctrine (LAMMERANT I., OTTEVAERE A., VERWILGHEN M., art. préc.).

<sup>148</sup> En principe, le futur adoptant doit avoir élevé et entretenu l'enfant depuis au moins trois ans. S'il s'agit du conjoint ou du partenaire du parent, le délai est réduit à un an. Il est même supprimé dès lors que l'enfant est né de la relation de la mère et de sa partenaire (art. 227 et 228 BW, livre 1).

<sup>149</sup> En principe, l'enfant ne peut être adopté que s'il a vécu douze mois dans sa future famille. Ce délai est porté à treize semaines si l'adoption projetée est du fait du nouveau conjoint du parent (« *Adoption and Children Act 2002* », s. 42 (3))

années<sup>150</sup>. Cette disposition permet de s'assurer de la stabilité de l'union entre le parent et son nouveau conjoint et aussi de vérifier que l'adoption projetée est conforme à l'intérêt de l'enfant au vu des relations qu'il a pu nouer avec son beau-parent.

**354 Effets.** Selon l'article 356 du Code civil, l'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine. Il cesse d'appartenir à sa famille par le sang (v. *supra*, n<sup>os</sup> 273 et s.). Si sa parenté était unilinéaire avant l'adoption, l'établissement ultérieur d'un lien de filiation à l'égard de son autre parent par le sang est impossible. Par exception, sa filiation reste établie à l'égard du conjoint de l'adoptant<sup>151</sup>. Seule une branche est substituée, ce qui s'explique par la finalité d'une telle adoption : l'intégration de l'enfant au sein du nouveau foyer formé par l'un de ses parents. Pour le reste, l'adoption produit les mêmes effets qu'une adoption par deux époux<sup>152</sup>, de sorte que l'autorité parentale est exercée conjointement et n'appartient donc pas au seul adoptant. Il en va de même en Grèce où les conjoints exercent ensemble les soins parentaux (art. 1566 C. civ.). On retrouve une disposition similaire en Belgique (art. 356-1 al. 3 C. civ.). L'adopté devient héritier réservataire de l'adoptant et a dans sa famille les mêmes droits et les mêmes obligations que tout autre enfant (art. 358 C. civ.). Le maintien des liens entre l'enfant et le parent conjoint de l'adoptant se retrouve dans toutes les législations européennes<sup>153</sup> ainsi qu'à l'article 11 § 2 de la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants* révisée le 27 novembre 2008. L'adopté prend le nom de l'adoptant (art. 357 C. civ.). Au Luxembourg, l'enfant adopté par le conjoint de son parent conserve son nom<sup>154</sup>. En Belgique, le nom de l'adopté n'est pas non plus modifié lorsqu'il est adopté par l'épouse du parent<sup>155</sup>. Si l'enfant est adopté par le cohabitant ou le conjoint du même sexe que son parent, l'adoptant et ce dernier font devant le tribunal une déclaration commune précisant lequel de leur nom l'enfant portera.

---

<sup>150</sup> Art. 264 a al. 3 C. civ. suisse.

<sup>151</sup> Art. 356 al. 2 C. civ.

<sup>152</sup> Ce qui sous-entend, selon certains auteurs, une novation du lien qui unit l'enfant au parent conjoint. (SALVAGE-GEREST P., art. préc.) ou à l'inverse, pour d'autres, l'existence d'une filiation mixte (DREIFUSS-NETTER, art. préc., p. 9).

<sup>153</sup> Art. 267, 2 C. civ. suisse ; art. 368 C. civ. luxembourgeois ; art. 1562 C. civ. grec ; art. 356-1 al. 3 C. civ. belge ; art. 178 C. civ. espagnol ; § 1754 abs. 3 BGB.

<sup>154</sup> Art. 368-1 al. 2 C. civ. luxembourgeois.

<sup>155</sup> Art. 356-2 C. civ. belge.

**355 Conclusion.** L'adoption plénière de l'enfant par le conjoint de son parent bouleverse profondément sa structure familiale. Ses effets sont radicaux. Le prononcé de l'adoption plénière efface le caractère pluriparental de la configuration familiale de l'enfant en rompant les liens entre celui-ci et une partie de sa famille par le sang. On peut s'interroger sur l'avenir du lien adoptif en cas de rupture du nouveau couple.

## 2. Le devenir du lien adoptif en cas de séparation du couple

**356 Séparation et exercice de l'autorité parentale.** En cas de séparation du couple, les règles de droit commun relatives à l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés s'appliquent (v. *supra*, n<sup>os</sup> 203 et s.). Par conséquent, chacun d'entre eux continue à l'exercer conjointement avec l'autre. La résidence de l'enfant est fixée chez l'un d'eux ou en alternance à leurs deux foyers (v. *supra*, n<sup>os</sup> 207 et s.). En France, le parent par le sang n'est pas par principe privilégié contrairement au droit grec. L'article 1567 du Code civil grec prévoit qu'en cas de divorce, annulation du mariage ou cessation de la vie commune, l'exercice des soins parentaux appartient exclusivement au parent par le sang, sauf si le tribunal en décide autrement. Il doit alors justifier l'existence d'un motif grave. Cette solution apparaît opportune au vu de la situation complexe découlant de l'adoption de l'enfant du conjoint et pourrait être source d'inspiration pour la France.

**357 Démonstration.** À l'occasion de la rupture, le parent adoptif peut parfois chercher à se séparer aussi de l'enfant en supprimant le lien adoptif qui les unit. Cela est impossible en France en raison du principe de l'irrévocabilité de l'adoption plénière (a). Dans certaines législations européennes, la révocation de l'adoption est envisageable à certaines conditions (b). Il ne s'agit pas de dispositions spécifiques à l'adoption de l'enfant du conjoint, mais du droit commun de l'adoption plénière.

### *a. L'irrévocabilité de l'adoption plénière en droit français : la volonté impuissante*

**358 Irrévocabilité.** Depuis la loi du 11 juillet 1966, l'adoption plénière est irrévocable à compter du moment où la décision acquiert force de chose jugée<sup>156</sup>. L'irrévocabilité se justifie en partie par le fait que l'adoption plénière rompt définitivement les liens entre

---

<sup>156</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mars 1989, Juris-data n° 1989-001304.

l'enfant et sa famille par le sang. Or, revenir sur l'adoption laisserait l'enfant sans filiation sauf à faire renaître les liens avec les parents par le sang, comme cela est le cas dans d'autres législations en Europe (v. *infra*, n° 363). Elle trouve également sa source dans la publicité de l'adoption plénière. La transcription du jugement sert d'acte d'état civil à l'adopté, effaçant ainsi toute référence à sa filiation originaire (v. *supra*, n°s 279 et s.). « Non seulement dans l'adoption plénière, la filiation d'origine est rompue, mais encore sa publicité permet de la faire disparaître et de masquer la fiction qui a présidé à l'établissement de la filiation de remplacement. L'acte de naissance d'origine est annulé et ne permet plus l'établissement d'extraits ou de copies »<sup>157</sup>. Cette modification de l'état civil de l'enfant impose l'irrévocabilité de l'adoption plénière, même lorsqu'elle est le fait du conjoint du parent.

Une action ne peut pas non plus être engagée sur le fondement des articles 1109 et 1110 du Code civil, le jugement d'adoption purgeant les vices dont pouvait être atteint le consentement de l'adoptant<sup>158</sup>. De même, l'adoptant ne peut supprimer la filiation adoptive de l'enfant en consentant à son adoption<sup>159</sup>. L'adoption de l'enfant par le conjoint ne connaît ici aucune dérogation au régime de droit commun. L'adoption ne peut être remise en cause que par les voies de recours ordinaires (appel, pourvoi en cassation, tierce opposition). Toutefois, l'adoptant peut se voir retirer l'autorité parentale lorsque les conditions du retrait sont réunies<sup>160</sup>.

**359 Décès de l'adoptant.** Aux termes de l'article 346, si l'adoptant vient à décéder, une nouvelle adoption est possible. La demande ne peut émaner que du nouveau conjoint du parent de l'enfant. Cette exception n'est pas considérée comme une véritable atteinte au principe de l'irrévocabilité dans la mesure où elle est subordonnée à un fait juridique<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> NEIRINCK C., art. préc., p. 1080.

<sup>158</sup> CORNU G., *op. cit.*, n° 286.

<sup>159</sup> CAA Bordeaux, 17 novembre 1997, Juris-data n° 1997-051014 ; Dr. fam. 1998, comm. n° 84, note MURAT P.

<sup>160</sup> Le retrait de l'autorité parentale n'a pas pour effet de supprimer le lien de parenté sauf si l'autre parent de l'enfant est décédé et qu'aucun autre membre de la famille ne peut le recueillir. Dans cette hypothèse, l'enfant est confié au service de l'aide sociale à l'enfance et devient alors immédiatement adoptable. V. en ce sens, NEIRINCK C., art. préc., p. 1079.

<sup>161</sup> NEIRINCK C., J-Cl. Civil Code, Art. 343 à 370-2, *Filiation adoptive*, fasc. 21, n° 87.

**360 Adoption simple de l'enfant adopté plénièrement.** L'adoption simple de l'enfant adopté plénièrement est envisageable s'il est justifié de motifs graves<sup>162</sup>. Cette disposition pourrait-elle s'appliquer à l'hypothèse étudiée ? La seconde adoption a pour vocation de trouver une solution à un constat d'échec, sans remettre pour autant en cause le principe d'irrévocabilité de l'adoption plénière. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint produit les effets d'une adoption par deux époux, ce qui implique qu'une fois prononcée, elle obéit aux dispositions du droit commun de l'adoption. L'article 359 du Code civil devrait donc pouvoir s'appliquer dans une telle situation (v. *infra*, n° 371).

**361 Irrévocabilité de l'adoption plénière en Europe.** L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est irrévocable en Pologne<sup>163</sup>, au Luxembourg<sup>164</sup>, en Belgique<sup>165</sup> ou en Espagne<sup>166</sup>. En Suisse, l'adoption ne peut pas être révoquée, mais contrairement au droit français, elle peut être annulée pour défaut de consentement<sup>167</sup> ou lorsqu'elle est entachée d'autres vices d'un caractère grave<sup>168</sup>. L'action doit être intentée dans les six mois de la découverte du vice et en tout état de cause dans les deux ans suivant l'adoption<sup>169</sup>.

En revanche, l'adoption plénière peut être révoquée dans certaines législations européennes.

*b. La révocabilité de l'adoption plénière en Europe : la volonté à l'origine de la suppression de la parenté*

**362 Convention européenne en matière d'adoption des enfants.** La Convention européenne, telle que modifiée le 27 novembre 2008, autorise les États parties à prévoir la révocation de l'adoption par une décision de l'autorité compétente. L'intérêt supérieur de

---

<sup>162</sup> V. par exemple, CA Paris, 25 mars 2004 (absence de relations nécessaires au maintien de liens affectifs depuis presque trois années et absence de projet futur), AJ fam. 2004, 280, obs. BICHERON F.

<sup>163</sup> Art. 125 KRO.

<sup>164</sup> Art. 368-3 C. civ. luxembourgeois.

<sup>165</sup> Art 356-4 C. civ. belge. Néanmoins, elle peut être révisée en cas d'enlèvement, de vente ou de traite d'enfant (art. 351 C. civ. belge).

<sup>166</sup> Art. 180 C. civ. espagnol. Son extinction est toutefois possible dans des cas restrictifs.

<sup>167</sup> Art. 269 e C. civ. suisse.

<sup>168</sup> Art. 269 a C. civ. suisse. L'action est ouverte à tout intéressé, mais elle ne peut plus être engagée « *si le vice a entre-temps été écarté ou s'il ne concerne que des prescriptions de procédure* ».

<sup>169</sup> Art. 269 b C. civ. suisse

l'enfant doit primer sur toute autre considération<sup>170</sup>. Si l'adopté est mineur, la révocation ne peut intervenir que pour motif grave.

**363 Révocabilité sous conditions.** En Allemagne, la personne dont le consentement était vicié peut demander la révocation de l'adoption dans un délai d'un an<sup>171</sup> et au maximum dans les trois ans qui suivent le prononcé de l'adoption<sup>172</sup>. La révocation peut également avoir lieu pour motif grave lorsqu'elle est dans l'intérêt de l'enfant<sup>173</sup>. La demande n'est alors soumise à aucune condition de délai. Aux Pays-Bas, l'adoption est judiciairement révocable, mais uniquement à la demande de l'adopté majeur. La révocation ne peut intervenir au plus tôt que deux ans après la majorité de celui-ci et au plus tard dans les cinq années suivant cette majorité<sup>174</sup>. Elle ne peut être prononcée que si elle est dans l'intérêt évident de l'adopté et si le juge est intimement convaincu de son caractère raisonnable. En Grèce, en plus des voies de recours habituelles<sup>175</sup>, l'adoption peut être dissoute par décision du tribunal : à la demande de l'adopté<sup>176</sup> si l'adoptant a été déchu de ses droits parentaux ou à la demande de ce dernier si l'adopté a commis une faute justifiant son exhérédation<sup>177</sup>. Plus surprenant, l'adoption peut être rompue d'un commun accord entre l'adoptant et l'adopté qui doit alors être majeur<sup>178</sup>. L'adoption doit avoir duré au moins un an et les parties donnent leur consentement en personne devant le tribunal (statuant de façon gracieuse) au cours de deux audiences espacées d'au moins six mois<sup>179</sup>. La rupture de l'adoption ne produit d'effet que pour l'avenir et les liens avec la famille par le sang renaissent<sup>180</sup>. L'enfant ne se trouve donc pas dépourvu de filiation. En Hongrie, la révocation peut également faire suite à un accord des parties. L'autorité administrative de tutelle doit néanmoins vérifier qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public et qu'elle est

---

<sup>170</sup> Convention européenne *en matière d'adoption des enfants*, art. 14.

<sup>171</sup> Le point de départ du délai varie en fonction du motif pour lequel la révocation est demandée (§ 1752 BGB).

<sup>172</sup> § 1760 à 1762 BGB.

<sup>173</sup> § 1763 BGB.

<sup>174</sup> Art. 231 BW, livre 1.

<sup>175</sup> Art. 1570 C. civ. grec : appel ou tierce opposition (pour les personnes non parties à l'instance) lorsque les conditions de l'adoption n'étaient pas remplies ou en cas de vice du consentement.

<sup>176</sup> Il doit être âgé de plus de douze ans (art. 1572 C. civ. grec).

<sup>177</sup> Art. 1571 C. civ.

<sup>178</sup> Art. 1573 C. civ. grec.

<sup>179</sup> Si deux ans se sont écoulés entre les deux audiences, l'accord des parties n'est plus valable.

<sup>180</sup> Art. 1575 C. civ. grec.

nécessaire pour l'adopté lorsqu'il est mineur<sup>181</sup>. Une révocation judiciaire est aussi possible si le comportement de l'adoptant ou de l'adopté rend impossible le maintien de l'adoption<sup>182</sup>.

**364 Réflexion sur l'évolution du droit français.** L'irrévocabilité de l'adoption plénière semble protéger l'enfant. Elle met celui-ci juridiquement à l'abri des aléas de la vie de couple de son parent, en consacrant définitivement un lien de parenté avec l'adoptant. Cependant, ne serait-il pas parfois moralement plus opportun de supprimer le lien adoptif lorsque l'adoptant se désintéresse totalement de l'enfant de son ex-conjoint? S'il est judicieux de protéger la situation familiale de l'enfant en la détachant de la conjugalité de son parent, exclure en toute hypothèse une remise en cause du lien de parenté peut parfois être inopportune. Un comportement de l'adoptant préjudiciable à l'enfant devrait, sous certaines conditions, pouvoir fonder une révocation de l'adoption. La France pourrait s'inspirer des dispositions des législations étrangères qui prennent en compte l'intérêt de l'enfant, en mettant fin à l'adoption lorsque des circonstances d'une exceptionnelle gravité le commandent. L'irrévocabilité de l'adoption plénière est justifiable et compréhensible lorsque l'enfant a été adopté par une personne seule ou par un couple marié et qu'il n'existe ainsi plus de lien entre lui et sa famille par le sang. Supprimer l'adoption reviendrait à priver l'enfant de toute filiation et de tout moyen de subsistance (l'obligation alimentaire cesserait alors de plein droit). Mais lorsque l'enfant a été adopté par le conjoint de son parent, les liens sont maintenus à l'égard de ce parent. En tout état de cause, revenir sur le principe de l'irrévocabilité de l'adoption plénière nécessiterait d'en modifier la publicité<sup>183</sup>. Cependant, serait-il possible de remettre en cause ce principe uniquement dans le cadre de l'adoption de l'enfant du conjoint? La réponse nous semble négative. Il paraîtrait inopportun de rendre l'adoption plénière révocable dans la seule hypothèse de

---

<sup>181</sup> Art. 56 Csjt. C'est cette même autorité administrative qui prononce l'adoption et non un magistrat.

<sup>182</sup> Art. 57 Csjt. Après le décès de l'adoptant, la révocation peut également être prononcée afin de restaurer les liens de parenté entre l'adopté et sa famille par le sang. Mais cette possibilité n'intéresse pas l'adoption par le conjoint étant donné que les liens de parenté sont maintenus entre le parent et l'enfant.

<sup>183</sup> NEIRINCK C., art. préc., p. 1082. Cette modification de la publicité de l'adoption plénière est, indépendamment de la question relative à son irrévocabilité, à souhaiter afin de respecter davantage les origines de l'enfant qui en fait l'objet. Si le système de publicité de l'adoption plénière devait être modifié, il ne faudrait toutefois pas que la nature de la filiation de l'enfant puisse être divulguée aux tiers (V. SALVAGE-GEREST P., *op. cit.*, n° 221-275). La possibilité pour l'adopté d'accéder à ses origines ne doit pas aboutir à une atteinte à sa vie privée, dans la mesure où il peut préférer qu'une telle information ne soit pas rendue publique.

l'adoption de l'enfant du conjoint. Le droit relatif à l'adoption plénière perdrait en cohérence. La question est en fait de savoir si l'intérêt de l'enfant requiert que sa situation soit sécurisée par le prononcé d'une adoption plénière au moment de la recomposition familiale ? Ne convient-il pas plutôt de s'interroger en amont, sur l'opportunité du prononcé de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint ?

**365 Conclusion.** L'adoption plénière de l'enfant du conjoint permet si cela est dans l'intérêt de l'enfant, la prise en compte du tiers coparent. Il s'agit d'une solution adéquate lorsque la filiation est unilinéaire ou lorsque son l'autre parent est décédé sans laisser d'ascendants au premier degré ou si ces derniers sont indifférents au sort de l'enfant. Cependant, on peut regretter l'éviction de la famille par le sang lorsque la parenté de l'enfant est bilinéaire. Cette solution ne respecte pas le caractère plural de sa configuration familiale. D'autre part, si la situation de l'enfant ne doit pas être soumise aux aléas de la vie de couple de son parent, l'impossibilité de remettre en cause l'adoption, même dans les cas les plus graves peut, dans certaines situations, paraître contraire à l'intérêt de l'adopté<sup>184</sup>. Des modifications pourraient être entreprises en droit français. Ainsi, la présence d'ascendants au premier degré devrait être vérifiée lorsque l'autorité parentale a été retirée à l'autre parent. En l'absence d'une telle évolution, l'adoption simple de l'enfant du conjoint semble offrir une solution plus souple permettant l'entrée en parenté sans évincer une branche de la famille par le sang de l'enfant et qui, contrairement à l'adoption plénière peut sous certaines conditions être révoquée.

#### B. L'adoption simple de l'enfant du conjoint

**366 Spécificité.** L'adoption simple est souvent considérée comme une adoption de seconde zone, inférieure à l'adoption plénière<sup>185</sup> et anachronique<sup>186</sup>. Pourtant, elle est empreinte de modernité. Elle permet une véritable prise en compte de la pluriparentalité dans les situations où l'enfant est pris en charge matériellement et/ou affectivement par

---

<sup>184</sup> En ce sens également, v. MASSIP J., *Les nouvelles règles de l'adoption*, Defrénois 1997, 193.

<sup>185</sup> Ceci s'explique par le fait que les adoptants souhaitent généralement que les liens entre l'enfant et sa famille par le sang soient définitivement coupés.

<sup>186</sup> NEIRINCK C., J-Cl. Civil Code, Art. 343 à 370-2, *Adoption simple*, fasc. 30, 2003, n° 2.

plusieurs adultes. Elle peut être une solution opportune en cas de reconstitution familiale. En 2006, plus de 7800 adoptions simples ont été prononcées<sup>187</sup>.

Il faut préalablement souligner que selon l'article 1173 du Code de procédure civile, le tribunal saisi d'une requête en adoption plénière peut prononcer une adoption simple, avec l'accord de l'adoptant<sup>188</sup>. Cette faculté offerte au juge est régulièrement utilisée en matière d'adoption de l'enfant du conjoint, dès lors qu'il est constaté que celle-ci est plus conforme à l'intérêt de l'enfant. Peu de législations européennes connaissent une institution similaire qui permet l'établissement d'un lien de parenté à l'égard de l'adoptant, tout en maintenant les liens avec la famille par le sang. Cela est cependant le cas en Italie<sup>189</sup>, au Luxembourg<sup>190</sup>, en Belgique<sup>191</sup> ou en Pologne<sup>192</sup>.

Doit être envisagé le prononcé de l'adoption simple (1), puis le devenir du lien adoptif en cas de séparation du couple (2).

#### 1. Le prononcé de l'adoption simple

**367 Plan.** Les conditions de l'adoption simple de l'enfant du conjoint sont en partie dérogatoires du droit commun (a). Par ailleurs, ses effets permettent une prise en compte de la structure familiale plurale de l'enfant (b).

##### *a. Les conditions relatives à l'adoption simple de l'enfant du conjoint*

**368 Dérogations.** Tout comme l'adoption plénière, l'adoption simple de l'enfant du conjoint a la faveur du législateur. Le Code civil n'envisage en détail que ses effets et renvoie pour la plupart de ses conditions aux articles relatifs à l'adoption plénière :

---

<sup>187</sup> *Rapport sur l'adoption*, rapp. préc., p. 147. La grande majorité des adoptions est prononcée à l'égard d'un majeur.

<sup>188</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 mars 2005, AJ fam. 2005, 191, obs. CHENEDE F. ; Defrénois 2005, 1356, note MASSIP J. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 novembre 2008, n° 07-20.426, Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 698 du 15 mars 2009, n° 380.

<sup>189</sup> Art. 44 à 57, *Loi relative à l'adoption*.

<sup>190</sup> Art. 358 C. civ. luxembourgeois.

<sup>191</sup> Art. 353-9 C. civ. belge.

<sup>192</sup> Art. 124, *Loi du 25 février 1964*.

différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté<sup>193</sup>, absence de durée minimum du mariage, vérification de l'absence de contrariété avec la vie familiale en présence de descendants<sup>194</sup>, absence de durée minimale du mariage<sup>195</sup>. A l'inverse de l'adoption plénière, aucune limite d'âge n'est fixée pour l'adopté. Le consentement de l'enfant âgé de plus de treize ans est requis<sup>196</sup>. Dans les législations européennes qui la connaissent, il peut exister des dérogations au droit commun. Au Luxembourg, aucune condition d'âge n'est exigée pour l'adoptant<sup>197</sup> et la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté doit être de dix et non de quinze ans<sup>198</sup>. Le même écart est nécessaire en Belgique<sup>199</sup>.

**369 Situation familiale de l'enfant et consentement parental.** L'adoption simple de l'enfant du conjoint n'est pas soumise aux mêmes restrictions que l'adoption plénière dans la mesure où ses effets sont moins radicaux. Si la parenté de l'enfant est unilinéaire, le consentement de son seul parent suffit<sup>200</sup>. Si la filiation de l'enfant est bilinéaire, les deux parents doivent consentir à son adoption<sup>201</sup>. Lorsque le parent s'est manifestement

---

<sup>193</sup> Ainsi, par renvoi aux articles 343-2 et 344, la limite d'âge de l'adoptant est supprimée et l'adoption est permise lorsque la différence d'âge entre lui et l'adopté n'est que de dix ans. Le tribunal peut prononcer l'adoption alors même que la différence d'âge n'est pas atteinte, s'il existe de justes motifs (V. pour illustration, CA Paris, 14 février 2008, Juris-data n° 2008-360045 ; CA Aix-en-Provence, 14 avril 1995, Juris-data n° 1995-047057). Les juges sont néanmoins vigilants à ce qu'il n'y ait pas de détournement de l'adoption.

<sup>194</sup> Les juges du fond apprécient souverainement si l'adoption projetée est de nature à compromettre la vie familiale. L'opposition des enfants du premier lit de l'adoptant n'entraîne pas automatiquement le rejet du projet d'adoption surtout si ces derniers sont majeurs, ne viennent plus au foyer de l'adoptant et « *qu'aucune vie familiale n'existe plus depuis des lustres entre le demandeur et ses enfants* » (CA Nancy, 28 juin 2002, Juris-data 2002-194210, Dr. fam. 2003, comm. n° 116, note MURAT P.) ou si l'adoption n'est pas de nature à brouiller les repères familiaux (CA Paris, 19 juin 2008, Juris-data n° 2008-000727). L'atteinte à leurs droits successoraux est cependant prise en considération par les juges (CA Aix-en-Provence, 13 février 1997, Juris-data n° 1997-041817 ; CA Douai, 19 juin 2008, Juris-data n° 2008-000515 : démarche incomprise et considérée comme violente par la fille de l'adoptant). A l'inverse, elle peut être refusée même si les enfants du premier lit sont adultes et ne vivent plus au foyer : « *l'absence de relation de l'adoptant avec sa fille à l'égard de laquelle celui-ci affiche une évidente indifférence montre que l'adoption sollicitée ne révèle pas une volonté d'élargir un cercle de famille déjà uni dans l'affection* » (CA Paris, 27 février 2003, Juris-data n° 2003-204961, Dr. fam. 2003, comm. n° 116, note MURAT P.)

<sup>195</sup> Sur la mise en place d'un délai de « mise à l'épreuve » pendant lequel le tiers se serait occupé de l'enfant, v. EUDIER F., Dossier *L'adoption simple, Introduction*, AJ fam. 2008, 452.

<sup>196</sup> Art. 360 C. civ. Sur le consentement de l'incapable majeur à son adoption par l'épouse de son père, v. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 octobre 2008, n° 07-16.094, préc.

<sup>197</sup> En principe, il doit être âgé de plus de vingt-cinq ans (art. 344 C. civ. luxembourgeois).

<sup>198</sup> Le tribunal peut prononcer l'adoption lorsque l'adoptant n'a pas dix ans de plus que l'adopté s'il existe de justes motifs (art. 346 C. civ. luxembourgeois).

<sup>199</sup> Art. 345 C. civ. belge.

<sup>200</sup> Art. 348 et 348-1 C. civ.

<sup>201</sup> Art. 348 C. civ. Son consentement n'est cependant pas requis lorsque ses droits parentaux lui ont été retirés (art. 379 C. civ.).

désintéressé de l'enfant au risque d'en compromettre la santé et la moralité, le tribunal peut prononcer l'adoption malgré son refus jugé abusif<sup>202</sup>. Cela est le cas par exemple lorsque le parent n'a jamais ou rarement versé la pension alimentaire, lorsqu'il n'a jamais exercé son droit de visite<sup>203</sup> ou a laissé l'enfant dans un état d'abandon matériel et affectif<sup>204</sup>. « *Un tel désintéret serait de nature à compromettre la santé ou la moralité du futur adopté, si celui-ci n'avait trouvé, grâce au remariage de l'autre parent, une cellule familiale équilibrante* »<sup>205</sup>. Une disposition similaire existe en droit luxembourgeois<sup>206</sup>, en droit belge<sup>207</sup> et en droit italien<sup>208</sup>. Lorsque l'autre parent est décédé ou s'est vu retirer ses droits parentaux, seul le consentement du parent, conjoint de l'adoptant, est requis.

**370 Consentement du parent incapable.** La mise sous tutelle du parent n'empêche pas le prononcé de l'adoption simple de l'enfant par le conjoint de l'autre. Une incertitude peut exister quant au consentement de l'incapable. Aux termes du second alinéa de l'article 348 du Code civil, le consentement de l'autre parent suffit si l'un des deux est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Cet article n'a vocation à s'appliquer que lorsque le parent est inapte à consentir. La simple ouverture d'une mesure de protection n'entraîne pas automatiquement la suppression du droit à consentir à l'adoption de l'enfant<sup>209</sup>. Le juge des tutelles détermine, sur le fondement de l'article 473 du Code civil, les actes que le parent sous tutelle peut faire seul ou avec l'assistance du tuteur. Toutefois, selon l'article 458 du Code civil, tel que modifié par la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la

---

<sup>202</sup> Art. 348-6 C. civ. Le désintéret doit être volontaire, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 juillet 1989, JCP 1990, II, 21443, note SALVAGE-GEREST P. Ces conditions sont cumulatives, v. par exemple, CA Riom, 6 mars 2007, Juris-data n° 2007-334971, JCP éd. G 2008, IV, 1607.

<sup>203</sup> CA Paris, 23 janvier 1987, Juris-data n° 1987-020265 ; CA Besançon, 14 janvier 1988, Juris-data n° 1988-044711 ; CA Bourges, 11 décembre 1996, Juris-data n° 1996-048611 ; CA Amiens, 9 mars 2005, Dr. fam. 2006, comm. n° 53, obs. MURAT P. : refus sans motif du père qui n'a répondu qu'après une sommation interpellative. Aucun droit de visite n'avait été fixé en sa faveur lors du jugement de divorce, ni aucune contribution à l'entretien de l'enfant. Le père n'a jamais cherché à modifier cette situation.

<sup>204</sup> CA Paris 10 mai 2007, préc (le père n'a pas donné signe de vie depuis trois ans, ne verse plus de pension alimentaire caractérisant l'abandon matériel de l'enfant et « *a abandonné toute conduite éducative et morale de sa fille* »).

<sup>205</sup> NEIRINCK C., J-Cl. préc., n° 28.

<sup>206</sup> Art. 354 al. 1 C. civ. luxembourgeois.

<sup>207</sup> Art. 348-11 C. civ. belge.

<sup>208</sup> Art. 46, Loi relative à l'adoption.

<sup>209</sup> Pour illustration, v. CA Nîmes, 7 décembre 2004, Dr. fam. 2005, comm. n° 154, note MURAT P. En l'espèce, le juge des tutelles avait autorisé la mère, avec l'assistance de son tuteur, à donner ou refuser son consentement à l'adoption simple de son enfant par la nouvelle épouse du père. *Contra*, v. NEIRINCK C., J-Cl. préc., n° 15 : l'auteur considère que le consentement de l'autre parent suffit dès lors que l'autre fait l'objet d'une mesure de protection, curatelle ou tutelle.

*protection juridique des majeurs*, l'accomplissement des actes de nature strictement personnelle ne peut donner lieu à assistance ou à représentation. Le droit de consentir à l'adoption de l'enfant est réputé comme tel par le second alinéa dudit article. Le parent doit donc désormais y consentir seul. Le prononcé de l'adoption simple ne prive pas le parent incapable de ses droits et devoirs à l'égard de l'enfant dans la mesure où celui-ci n'avait déjà plus vocation à exercer l'autorité parentale (v. *supra*, n° 173). En tout état de cause, une fois le consentement donné, celui-ci ne peut être remis en cause sur le fondement d'un vice du consentement<sup>210</sup>.

**371 Adoption simple de l'enfant adoptif du conjoint.** Une limite est apportée à l'adoption simple lorsqu'il s'agit de l'enfant adoptif d'un couple séparé. En effet, dans cette hypothèse, l'article 346 du Code civil s'oppose au prononcé de l'adoption au motif que « *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par des époux* ». L'adoption de l'enfant par le conjoint n'est autorisée qu'en cas de prédécès de l'autre adoptant<sup>211</sup>. L'article 360 du Code civil apporte un tempérament à ce principe et permet l'adoption simple de l'enfant adopté plénièrement lorsqu'il est justifié de motifs graves. Au vu de la jurisprudence, on constate que cette exception est rarement mise en œuvre, les magistrats étant particulièrement exigeants en la matière. N'est pas jugé comme motif grave le fait que le père adoptif n'ait payé que de façon irrégulière la pension alimentaire à laquelle il était tenu et ce même si l'époux de la mère a élevé l'enfant comme s'il était le sien et a comblé les carences financières du père<sup>212</sup>. A l'inverse, l'adoption par le nouveau conjoint a pu être prononcée lorsque les adoptés ont très peu connu le premier adoptant et que le nouveau conjoint s'est toujours comporté comme leur père<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 novembre 2001 : RTD civ. 2002, 82, obs. HAUSER J. ; Dr. fam. 2002, comm. n° 57, note MURAT P. ; AJ fam. 2002, 63 ; RJPF-2002-2/19, note BLANC A.-M. La contestation du consentement donné ne peut se faire qu'au moyen des voies de recours ouvertes contre le jugement d'adoption et ce même si le parent n'a pas compris la portée de son consentement.

<sup>211</sup> Art. 361 renvoyant à l'art. 346 al. 2 C. civ.

<sup>212</sup> TGI Paris, 15 mars 2000, D. 2001, somm., 2799, obs. HENNERON S.

<sup>213</sup> CA Poitiers, 29 mai 2001, D. 2002, somm., 1874, obs. HENNERON S. : les époux ont divorcé peu de temps après l'arrivée des enfants à leur foyer et ont passé un accord selon lequel le père adoptif renonçait à ses droits de visite et d'hébergement en contrepartie de l'absence de versement de pensions alimentaires. Le père adoptif s'est conformé à cet accord et s'est totalement effacé de la vie des enfants. Selon les juges, « *la situation de ces deux enfants était donc considérée comme très particulière et le temps qui s'est écoulé depuis lors confirme les éléments spécifiques. M. B. a rempli pleinement son rôle de père auprès des enfants et M. C. s'est totalement effacé de leur vie, conformément à l'accord qu'il avait conclu avec leur mère. En l'espèce, les décisions de justice doivent être prises en fonction de l'intérêt des enfants. Manifestement, le*

**372 Adoption de l'enfant adoptif du conjoint en Europe.** L'adoption simple de l'enfant adoptif du conjoint est autorisée en Italie<sup>214</sup>. Au Luxembourg, elle n'est en principe permise que lorsque l'autre parent est décédé et que l'adoptant est le nouveau conjoint du parent survivant<sup>215</sup>. Cependant, un arrêt de la Cour constitutionnelle en date du 7 janvier 2005 a déclaré contraire à l'article 10 bis de la Constitution l'article 349 du Code civil « *en ce qu'il limite la possibilité de l'adoption simple d'un enfant plénièrement adopté aux seules hypothèses de la mort de l'un ou des deux adoptants* »<sup>216</sup>. En Belgique, une personne déjà adoptée simplement ou plénièrement peut, quel que soit son âge, faire l'objet d'une seconde adoption (simple ou plénière) par le nouveau conjoint ou cohabitant de son parent adoptif<sup>217</sup>. Toutefois, elle n'est possible que dans trois situations : en cas de décès de l'un des adoptants, de révocation de la première adoption simple à l'égard de l'un d'eux ou de motifs très graves commandant qu'une nouvelle adoption soit prononcée à la requête du ministère public.

#### *b. Les effets de l'adoption simple de l'enfant du conjoint*

**373 Cumul.** L'adoption simple confère à l'adopté une filiation adoptive qui s'ajoute à sa filiation originaire. Si la filiation de l'enfant n'est pas établie au moment du prononcé de l'adoption, rien ne s'oppose à ce qu'elle le soit par la suite sans que cela ait une incidence sur les effets de l'adoption<sup>218</sup>. Symbole de cette double appartenance familiale, la loi prévoit, pareillement à l'adoption plénière, des empêchements à mariage dans les deux

---

*contexte de ce dossier permet de considérer qu'il existe des motifs graves justifiant le prononcé de l'adoption simple par M. B... »* Il semble que cette solution soit essentiellement inspirée par des considérations pragmatiques et d'opportunité.

<sup>214</sup> Art. 44 al. 1 b, Loi n° 184 du 4 mai 1983 sur l'adoption et la garde des mineurs.

<sup>215</sup> Art. 349 C. civ. luxembourgeois.

<sup>216</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 25/05, 7 janvier 2005, Mém. A, 26 janvier 2005, n° 8, p. 74 : en l'espèce, il ne s'agissait pas d'une adoption de l'enfant du conjoint. Le père biologique d'un enfant sollicitait l'adoption simple de celui-ci qui avait été plénièrement adopté par un couple. Le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a saisi la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle tendant à savoir s'il n'y avait pas discrimination entre l'enfant adopté plénièrement et l'enfant légitime auquel il est en principe assimilé (selon l'article 368 du Code civil luxembourgeois). Selon la Cour, « *considérant cependant que dans le cas d'une adoption plénière, irrévocable, effaçant tout lien de parenté antérieur de l'adopté et assimilant celui-ci à l'enfant légitime, la loi, en n'admettant comme seule exception à la prohibition édictée que la mort de l'un ou des deux parents adoptifs sans prévoir d'autres causes graves anéantissant l'objectif de la prohibition et pouvant justifier une seconde adoption dans l'intérêt de l'enfant, crée une disproportion entre la situation de l'enfant plénièrement adopté et celle de l'enfant légitime qui peut bénéficier d'une adoption* ».

<sup>217</sup> Art. 347-2 C. civ. belge.

<sup>218</sup> Art. 369 C. civ.

familles de l'enfant<sup>219</sup>. Comme il demeure dans sa famille par le sang, l'adopté y conserve tous ses droits, alimentaires comme successoraux<sup>220</sup>. L'adopté succède à la fois à ses parents par le sang et à son parent adoptif<sup>221</sup>. Néanmoins, il ne bénéficie pas de la qualité d'héritier réservataire dans la succession des ascendants de l'adoptant<sup>222</sup>. Les deux familles de l'enfant ne se confondent pas. Par exemple, si l'adopté décède sans laisser de postérité, les biens qu'il a reçus à titre gratuit par sa famille par le sang y retournent. Il en va de même pour ceux donnés par l'adoptant<sup>223</sup>. Le parent de naissance n'est débiteur de l'obligation alimentaire que si l'adoptant ne peut y subvenir<sup>224</sup>. Les recours alimentaires de l'adopté sont donc alternatifs. Il existe une disposition similaire dans d'autres législations européennes<sup>225</sup>. En Belgique, dans la mesure où il est possible d'adopter l'enfant adoptif du conjoint, la loi prévoit la conciliation des effets des deux adoptions. Si une adoption simple est prononcée après une adoption plénière, seuls subsistent les effets de la première qui n'entrent pas en opposition avec ceux de la nouvelle adoption<sup>226</sup>. Si deux adoptions simples sont successivement prononcées, les effets de la première cessent de plein droit<sup>227</sup>. Sont seulement maintenus les empêchements à mariage. Dans les deux hypothèses, les effets de la première adoption cessent également à l'égard de l'adoptant qui n'est pas le conjoint ou le cohabitant de l'adoptant.

**374 Nom de l'adopté.** Au lieu d'une substitution, on assiste donc à un cumul de parenté. Le nom de l'adopté simple est le plus révélateur de cette double appartenance familiale puisque le nom de l'adoptant doit être adjoint à celui qu'il portait jusqu'alors<sup>228</sup>. Le consentement de l'enfant de plus de treize ans n'est pas requis dans la mesure où le

---

<sup>219</sup> Art. 364 et 366 C. civ.

<sup>220</sup> Art. 364 et 367 C. civ.

<sup>221</sup> L'adopté perd le bénéfice de l'action en retranchement prévue à l'article 1527 alinéa 2 du Code civil. Pour un exemple récent, v. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 février 2009, AJ fam. 2009, 179, note BICHERON F.

<sup>222</sup> Art. 368 al. 2 C. civ.

<sup>223</sup> Autre faveur faite à l'adoption simple de l'enfant du conjoint, l'article 786 du Code général des impôts prévoit l'application de l'abattement de 151 950 euros s'agissant des droits de mutation à titre gratuit, lorsque l'adopté est un enfant issu d'un premier mariage du conjoint de l'adoptant.

<sup>224</sup> Art. 367 C. civ. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 mai 2007, AJ fam. 2007, 312, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 173, note MURAT P. La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance* (JO n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215) a modifié l'article 367 du Code civil, mais non sur ce point.

<sup>225</sup> Art. 362 al. 3 C. civ. luxembourgeois et art. 353-14 al. 3 C. civ. belge.

<sup>226</sup> Art. 353-18 al. 2 C. civ. belge.

<sup>227</sup> Art. 353-18 al. 1 C. civ. belge.

<sup>228</sup> CHENEDE F., *Les effets de l'adoption simple sur le nom de l'adopté et sur l'autorité parentale*, AJ fam. 2008, 456.

changement de nom résulte de l'établissement d'un lien de filiation (art. 61-3 al. 1 C. civ.). L'adopté peut ne porter que le nom de l'adoptant si celui-ci en fait la demande, mais son consentement doit alors être recueilli s'il a plus de treize ans<sup>229</sup>. Le port du double nom peut être une solution inopportune lorsque l'enfant est adopté par l'épouse de son père. Le nom de cette dernière est adjoint au sien, alors même que du fait du mariage, elle porte généralement celui de son mari<sup>230</sup>. Le législateur belge a trouvé une solution intermédiaire, puisque le nom de l'adopté n'est pas modifié dans cette hypothèse<sup>231</sup>. Plus radicalement, au Luxembourg, lorsque l'adoption est le fait du conjoint du parent, l'adopté garde son nom<sup>232</sup>. Ce n'est que sur demande que le tribunal peut conférer le nom de l'adoptant et/ou celui de son conjoint à l'enfant. Il nous semble qu'il serait utile que la France s'inspire de ces dispositions.

**375 Limites.** L'intégration de l'enfant dans la famille de l'adoptant n'est pas aussi complète qu'en matière d'adoption plénière. La loi ne prévoit ni obligation alimentaire à l'encontre des ascendants de l'adoptant, ni réserve héréditaire dans leur succession. Les empêchements à mariage ne visent que le conjoint de l'adoptant, celui de l'adopté, les descendants (adoptifs ou par le sang) de l'un et de l'autre (art. 366 C. civ.). Certains auteurs nuancent cette affirmation et considèrent que dans le cas particulier de l'adoption de l'enfant du conjoint, l'adopté doit être assimilé à tout autre enfant du couple et traité de la même façon dès lors que la loi n'en dispose pas autrement<sup>233</sup>. En droit luxembourgeois ou belge, l'adopté n'est pas non plus héritier réservataire des ascendants de l'adoptant<sup>234</sup> et

---

<sup>229</sup> La modification du nom de l'adopté s'étend à ses enfants mineurs nés avant l'adoption sans que leur consentement ne soit requis s'ils avaient moins de treize ans au moment du jugement, v. par exemple, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 octobre 2008, n° 07-16067 ; 07-18811 (pourvois joints), Dr. fam. 2009, comm. n° 6, note MURAT P.

<sup>230</sup> Sur la coexistence de cette solution avec l'article 61-3 du Code civil en cas d'adoption d'une personne majeure, v. SALVAGE-GEREST P., Dalloz action *Droit de la famille*, préc., *Adoption simple*, n° 222-47. La Cour de cassation considèrerait traditionnellement que le second alinéa de l'article 61-3 du Code civil ne s'appliquait pas à l'adoption simple de l'enfant majeur (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 février 2005, D. 2006, pan., 1139, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; AJ fam. 2005, 153, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2005, 361, HAUSER J. ; Dr. fam. 2005, comm. n° 72, note MURAT P. ; Defrénois 2005, 1057, obs. MASSIP J.). Toutefois, certains auteurs ont déduit d'un arrêt du 11 juillet 2006 que la Haute juridiction était revenue sur cette solution (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 juillet 2006, n° 03-14747, Bull. civ. I, n° 383 ; AJ fam. 2006, 373, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2006, 735 obs. HAUSER J. ; Defrénois 2006, 1780, note MASSIP J.). Un tel revirement de jurisprudence serait à saluer.

<sup>231</sup> Art. 353-4 C. civ. belge. L'article 353-3 du Code civil envisage la possibilité pour l'adopté âgé de plus de dix-huit ans de ne pas voir son nom modifié.

<sup>232</sup> Art. 359 C. civ. luxembourgeois.

<sup>233</sup> NEIRINCK C., J-Cl. préc., *Adoption simple*, n° 79.

<sup>234</sup> Art. 363 C. civ. luxembourgeois et art. 353-15 C. civ. belge.

l'obligation alimentaire ne vise que l'adoptant, l'adopté et ses descendants<sup>235</sup>. Enfin, les empêchements à mariage recouvrent les mêmes hypothèses qu'en droit français<sup>236</sup>. Le Code civil belge prévoit le maintien des empêchements à mariage à l'égard de l'ancien conjoint ou cohabitant de l'adoptant ou de l'adopté en cas de séparation. En Italie, l'adoption ne crée aucun lien entre l'adopté et la famille de l'adoptant ni réciproquement entre l'adoptant et la famille de l'adopté<sup>237</sup>.

**376 Autorité parentale.** En principe, le prononcé de l'adoption simple confère à l'adoptant l'autorité parentale qu'il exerce seul sur l'enfant<sup>238</sup>. Cependant, dans le cas particulier de l'adoption de l'enfant du conjoint, le parent par le sang, conjoint de l'adoptant, conserve l'exercice exclusif de l'autorité parentale quand bien même l'adoptant en devient titulaire. Cette disposition a pour vocation de ne pas priver le parent par le sang de ses prérogatives parentales lorsqu'il consent à l'adoption de l'enfant par son conjoint. Néanmoins, elle prive l'adoptant d'un droit que lui confère en principe automatiquement l'adoption. Pour pallier cette anomalie, la loi du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale* est venue modifier le second alinéa de l'article 365 du Code civil. Désormais, il est prévu une déclaration devant le greffier en chef du tribunal de grande instance permettant l'exercice conjoint de l'autorité parentale. A défaut, l'adoptant est titulaire de l'autorité parentale, mais n'a vocation à l'exercer qu'en cas de décès ou d'empêchement de son conjoint<sup>239</sup>. Lorsque la parenté de l'enfant est bilinéaire, des difficultés peuvent survenir et notamment au regard de l'exercice de l'autorité parentale. En effet, le parent par le sang de l'enfant perd l'exercice de l'autorité parentale. Nonobstant, le tribunal peut lui accorder un droit de visite sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil. Au Luxembourg, en Italie et en Belgique, l'adoptant est en principe seul investi des droits d'autorité parentale. Mais lorsqu'il est marié au parent de l'adopté, l'autorité parentale est exercée conjointement sans qu'aucune déclaration ne soit nécessaire<sup>240</sup>.

---

<sup>235</sup> Art. 362 C. civ. luxembourgeois et art. 353-14 C. civ. belge.

<sup>236</sup> Art. 361-1 C. civ. luxembourgeois et art. 353-13 C. civ. belge.

<sup>237</sup> Art. 300 C. civ. italien.

<sup>238</sup> Art. 365 C. civ.

<sup>239</sup> En vertu de l'article 373-1 du Code civil.

<sup>240</sup> Art. 360 al. 2 C. civ. luxembourgeois, art. 48 L. Ad. italienne et art. 353-9 C. civ. belge.

**377 Conclusion.** De part ses effets plus atténués que ceux découlant d'une adoption plénière, l'adoption simple semble mieux adaptée aux situations de pluriparentalité. Elle est souvent choisie par les juges lorsque l'adoption plénière est inopportune ou lorsque ses conditions ne sont pas remplies. La configuration pluriparentale de la famille de l'enfant peut ainsi émerger juridiquement, chacun des parents bénéficiant d'une place dans sa parenté. L'enfant a deux types de parentés qui coexistent, l'une par le sang, l'autre adoptive. Il est d'ailleurs intéressant de constater que dans la loi, les parents par le sang de l'enfant sont toujours nommés père et mère. L'inscription de l'enfant dans la parenté de l'adoptant ainsi que le port du nom qui en découle peut parfois paraître en inadéquation avec la relation simplement affective<sup>241</sup>, surtout lorsque l'adoption projetée a principalement un but successoral. Or, la stabilité de la nouvelle « famille » n'est pas assurée et la création d'un lien adoptif peut engendrer un certain nombre de difficultés après une séparation.

## 2. Le devenir de l'adoption simple en cas de séparation

**378 Plan.** En cas de séparation, l'exercice conjoint de l'autorité parentale est maintenu et la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un de ses parents ou en alternance chez chacun d'eux (v. *supra*, n<sup>os</sup> 201 et s.). A la différence de l'adoption plénière (v. *supra*, n<sup>o</sup> 358), l'adoption simple est révocable en droit français **(a)** comme dans d'autres législations européennes **(b)**.

### *a. La révocation de l'adoption simple en droit français : la volonté encadrée*

**379 Conditions.** L'adoption simple offre moins de sécurité à l'enfant. Cependant, la révocation n'est autorisée qu'en cas de motifs graves traduisant un échec de l'adoption<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> En ce sens, MARTIAL A., *Les familles recomposées : le point de vue de l'ethnologue*, AJ fam. 2007, Dossier *Les familles recomposées*, n<sup>o</sup> 7-8, 27.

<sup>242</sup> V. cependant, CA Aix-en-Provence, 5 mars 2002, Juris-data n<sup>o</sup> 2002-194932, Dr. fam. 2003, comm. n<sup>o</sup> 117, note GAILLARD C. La Cour d'appel, à la demande de l'adoptant, infirme le jugement prononçant l'adoption simple de l'enfant par le conjoint de la mère aux motifs que ces derniers ont rompu leur vie conjugale et que l'adoptant « *n'est plus en mesure d'assurer auprès de l'enfant le rôle parental, lié à son union avec la mère, qui motivait sa demande d'adoption* ». La décision est conforme à l'intérêt de l'enfant, mais on peut s'interroger sur la voie utilisée pour refuser la création du lien adoptif : « *elle apparaît en effet contraire à la fonction classique de l'appel qui est de réparer les erreurs intellectuelles des premiers juges et non de faire évoluer leur décision en fonction de changements de circonstances postérieurs au jugement de première instance* » (GAILLARD C., note préc.).

Par conséquent, il est dans l'intérêt de l'enfant que le lien l'unissant à l'adoptant soit supprimé. Selon l'article 370 alinéa premier du Code civil, « *s'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, à la demande de l'adoptant ou de l'adopté, ou lorsque ce dernier est mineur, à celle du ministère public* »<sup>243</sup>. Cette faculté est également ouverte aux parents par le sang de l'enfant encore mineur ainsi qu'aux autres membres de sa famille par le sang jusqu'au quatrième degré inclus. Ce dispositif permet aux proches de l'enfant de mettre fin à une situation de souffrance pour lui, alors même que l'adoptant ne souhaite pas rompre le lien adoptif ou reste inactif. Lorsqu'elle émane de l'adoptant, la demande de révocation n'est recevable que si l'adopté est âgé de plus de quinze ans. « *Cette limite s'explique par le souci de protéger les jeunes adoptés contre le découragement et des démissions parentales intempestives lorsqu'il faut affronter les prémices de l'adolescence* »<sup>244</sup>. Néanmoins, il est difficilement concevable, à l'heure actuelle, que l'adopté puisse, à quinze ans, s'assumer financièrement après la cessation de l'obligation d'entretien<sup>245</sup>. La révocation n'a pas d'effet rétroactif, elle fait cesser pour l'avenir les effets de l'adoption simple (art. 370-2 C. civ.).

**380 Illustrations jurisprudentielles.** Les raisons invoquées doivent être suffisamment caractérisées<sup>246</sup> et ne pas être le fait, direct ou indirect, de l'adoptant<sup>247</sup>. Ont été considérés comme des motifs graves les relations sexuelles entre le fils de l'adoptant et son épouse (mère adoptive) causant le suicide du père<sup>248</sup>. En revanche et c'est à saluer, le divorce des parents n'est pas considéré en principe comme un motif grave justifiant la révocation de

---

<sup>243</sup> Les héritiers de l'adoptant et de l'adopté peuvent également demander la révocation de l'adoption simple dès lors que l'action avait été intentée avant son décès, Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29 juin 1989, JCP éd. G 1990, II, 21547, note CHARLES M.-N. ; D. 1990, jur., 182, note LESCA C.

<sup>244</sup> NEIRINCK C., J-Cl. préc., n° 109.

<sup>245</sup> NEIRINCK C., *L'irrévocabilité de l'adoption en question*, RDSS, 2006, 1074.

<sup>246</sup> V. par exemple dans le cadre d'une adoption simple de l'enfant du conjoint, CA Orléans, 26 septembre 2006, Juris-data n° 2006-330501 : « *attendu que le lien de filiation adoptive ne peut être anéanti par des conflits, des susceptibilités ou des humeurs constituant les aléas que la vie en commun peut faire naître dans toute famille, a fortiori lorsque certains membres de celle-ci exercent des fonctions dans une entreprise familiale ; que dès lors, la cessation dans ces circonstances, de toutes relations entre l'adopté et l'adoptant, durant les dernières années de la vie de ce dernier, ne constitue pas un motif grave au sens de l'article 370 du Code civil, de nature à justifier la révocation de l'adoption* ».

<sup>247</sup> Par exemple, les comportements délictueux (fugue, vols, violences verbales et physiques sur l'adoptant, vandalisme) ne suffisent pas à justifier la révocation de l'adoption simple dans la mesure où ils peuvent s'expliquer par des modifications importantes de leurs conditions de vie (déménagement, nouvel emploi du père...). V. par exemple, CA Poitiers, 7 février 2007, AJ fam. 2007, 322, note CHENEDE F.

<sup>248</sup> CA Grenoble, 15 décembre 2004, Dr. fam. 2005, comm. n° 129, obs. LARRIBAU-TERNEYRE V.

l'adoption simple des enfants<sup>249</sup>. L'adoption simple est également révocable dans d'autres législations européennes.

*b. La révocabilité de l'adoption simple en droit comparé : des conditions proches du droit français*

**381 Conditions.** En Italie, l'adoption est également révocable par décision de justice. La demande peut être formulée par l'adoptant (mais uniquement si l'adopté a plus de quatorze ans) ou par l'adopté. Elle n'est possible qu'en cas d'indignité, soit dans des cas encore plus restrictifs qu'en France : si l'un d'eux est coupable de tentative d'homicide ou d'un délit punissable d'au moins trois années d'emprisonnement sur l'autre, son conjoint, ses ascendants ou ses descendants<sup>250</sup>. Le ministère public peut également demander la révocation de l'adoption en cas de violation des devoirs qui incombent à l'adoptant<sup>251</sup>. Le cas échéant, mention est portée sur l'acte de naissance de l'adopté<sup>252</sup>. Au Luxembourg, l'adoption simple peut aussi être révoquée judiciairement à la demande de l'adoptant, de l'adopté ou du ministère public<sup>253</sup>. Elle n'est prononcée que s'il existe des motifs très graves (fautes graves, circonstances rendant impossible le maintien de l'adoption comme une aversion profonde de l'adopté envers ses parents adoptifs). Les juges apprécient souverainement l'existence de tels motifs et prennent surtout en considération l'intérêt de l'adopté. La révocation de l'adoption n'emporte pas suppression de tous les liens existants entre l'adoptant et l'adopté<sup>254</sup>. Sont maintenus les prohibitions à mariage<sup>255</sup>, les obligations

---

<sup>249</sup> CA Douai, 27 mai 2002, Juris-data n° 2002-2029 : en l'espèce, trois ans après la célébration de son mariage, un homme a adopté les cinq enfants nés d'une précédente union de son épouse. Après le prononcé du divorce, il demande la révocation des cinq adoptions dans le but d'échapper au versement des pensions alimentaires. Il invoque le divorce ainsi que l'absence de contacts. Selon la Cour, l'espacement des contacts résulte du déménagement de l'adoptant qui lui est donc imputable et d'une simple mésentente ne caractérisant pas un motif de révocation. De plus, « *l'adoption constitue un engagement grave et sérieux, que M. D. a antérieurement saisi la Cour d'Appel afin de voir constater sa volonté ferme d'adopter et que le divorce de M. D d'avec la mère des enfants, qui entraîne pour lui l'obligation de payer des pensions alimentaires pour ceux-ci, ne justifie aucunement que soit prononcée la révocation de l'adoption* ». V. cependant *contra*, CA Limoges, 26 novembre 1992, D. 94, 207, note BERRY B. : toutefois, la révocation de l'adoption n'a pas été seulement motivée par le divorce de l'adoptant et du parent de l'adopté. Les juges ont relevé la mésentente profonde des parents, le désintérêt de l'adoptante pour les enfants de son conjoint, ainsi que la brièveté de l'adoption (un an).

<sup>250</sup> Art. 51 et 52, L. Ad. Si l'adoptant décède du fait de l'adopté, celui-ci et ses descendants sont exclus de sa succession (art. 54).

<sup>251</sup> Art. 53, Loi préc.

<sup>252</sup> Art. 314 C. civ. italien.

<sup>253</sup> Lorsque l'adopté est âgé de moins de quinze ans (art. 366 C. civ. luxembourgeois).

<sup>254</sup> Art. 366 C. civ. luxembourgeois.

<sup>255</sup> Art. 361-1 C. civ. luxembourgeois.

alimentaires<sup>256</sup>, les droits de succession de l'adopté à l'égard de l'adoptant<sup>257</sup>, ainsi que les dispositions relatives au retour des biens de l'adoptant en cas de décès de l'adopté<sup>258</sup>. Enfin en Belgique, l'adoption peut pareillement être révoquée pour motifs très graves à la demande de l'adoptant, de l'adopté ou du procureur du Roi<sup>259</sup>. La révocation ne vaut que pour l'avenir et seuls les empêchements à mariage sont maintenus<sup>260</sup>. Les père et mère de naissance ou l'un d'eux seulement peuvent demander le rétablissement de leur autorité parentale sur l'enfant<sup>261</sup>.

**382 Conclusion.** Le maintien de l'enfant dans sa famille par le sang nous fait privilégier cette alternative à l'adoption plénière. Le cumul de parenté permet de mieux appréhender sa configuration familiale. En outre, l'existence d'une révocabilité encadrée peut s'avérer être une protection opportune pour l'enfant. L'adoption simple permet la sécurisation de la configuration familiale de l'enfant lorsque l'autre parent est décédé, absent, incapable ou s'est vu retirer ses droits parentaux. Dans les autres situations, elle peut être une solution satisfaisante, mais la prudence doit gouverner son prononcé afin que l'enfant ne devienne pas la victime d'un conflit parental<sup>262</sup>. Le prononcé d'une telle adoption empêche l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents par le sang et l'on peut craindre une mise à l'écart de l'autre parent et de son éventuel conjoint ou concubin. La prise en compte de la parentalité du tiers ne doit pas s'opérer au mépris des droits du parent par le sang qui n'est pas le conjoint de l'adoptant. Mais le nécessaire consentement de ce dernier à l'adoption projetée laisse présumer des relations consensuelles entre les différents intéressés. Il n'y a finalement que dans l'hypothèse où le juge, sur le fondement de l'article 348-6 du Code civil, passe outre au refus du parent par le sang que des risques de tension

---

<sup>256</sup> Art. 362 C. civ. luxembourgeois.

<sup>257</sup> Art. 363 C. civ. luxembourgeois.

<sup>258</sup> Art. 364 C. civ. luxembourgeois.

<sup>259</sup> Art. 354-1 C. civ. belge.

<sup>260</sup> Art. 354-3 C. civ. belge.

<sup>261</sup> Art. 354-2 C. civ. belge. Cette possibilité leur est également ouverte lorsque l'adoptant est décédé (art. 353-10 C. civ. belge).

<sup>262</sup> Il convient de garder à l'esprit que malgré le nécessaire consentement de l'adopté de plus de treize ans, son adhésion totale et éclairée au projet n'est pas garantie. En effet, dans le cadre d'un contexte familial particulier, l'enfant ou le jeune adulte n'est pas forcément en mesure de comprendre la portée de l'adoption ou de s'y opposer. On ne peut nier la pression, volontaire ou non, du parent qui souhaite reconstituer une « véritable famille » au moyen de l'adoption de l'enfant par son conjoint. Le lien juridique qui va lier l'enfant à l'adoptant est particulièrement fort et lourd de conséquences.

sont réels. Mais le désintérêt du parent est alors tel que l'adoption apparaît comme pleinement conforme à l'intérêt de l'enfant.

L'existence d'un mariage entre le parent et le tiers favorise le prononcé de l'adoption par le nouveau conjoint. Les législateurs européens tendent dans leur majorité à privilégier l'intégration de l'enfant dans le nouveau foyer par le recours à l'adoption, qu'elle soit simple ou plénière. Il convient maintenant de s'interroger sur le sort réservé aux recompositions familiales fondées sur un simple concubinage ou sur un partenariat enregistré.

## § 2. L'adoption de l'enfant du partenaire ou du concubin

383 Plan. L'adoption de l'enfant du partenaire ou du concubin n'est pas facilitée en droit français. Si l'adoption plénière est à exclure définitivement **(A)**, l'adoption simple n'apparaît pas à l'heure actuelle comme une solution adaptée à la prise en compte de la parentalité du tiers **(B)**.

### A. L'inopportunité du prononcé de l'adoption plénière

384 Droit commun. L'adoption plénière de l'enfant du partenaire ou du concubin ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique en droit français. Elle obéit au régime de droit commun. Par conséquent, il n'y a pas de dérogation s'agissant de l'âge de l'adoptant, de la différence d'âge entre lui et l'enfant de son partenaire, de l'obtention préalable d'un agrément, de la remise de l'enfant de moins de deux ans au service de l'aide sociale à l'enfance. Si la filiation de l'enfant est bilinéaire, chacun de ses parents doit consentir à l'adoption. S'il estime abusif le refus de consentement de l'un ou des deux parents, le tribunal peut malgré tout prononcer l'adoption<sup>263</sup>. En cas de décès de l'un, d'impossibilité de manifester sa volonté ou de retrait total de l'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit. Il en va de même lorsque la filiation de l'enfant n'est établie qu'à l'égard de l'un de ses auteurs.

385 Effets. Le prononcé de l'adoption met fin à tout lien de filiation entre les parents par le sang et l'enfant. Le parent, partenaire ou concubin de l'adoptant, doit donc renoncer au

---

<sup>263</sup> Art. 348-6 C. civ.

lien juridique qui l'unit à son enfant et se trouve dans la situation de l'adoptant avant le prononcé de l'adoption : il devient un tiers pour l'adopté. Le sacrifice est tel que l'on comprend bien que cette adoption soit totalement contraire à l'intérêt de l'enfant et à celui de son parent par le sang<sup>264</sup>. La substitution de parenté engendrée par l'adoption plénière ne permet pas une prise en compte de la réalité familiale (v. *supra*, n<sup>os</sup> 273 et s.). Cette différence de régime reposant sur l'existence ou non d'un mariage est justifiée par le fait que l'institution matrimoniale paraît encore garantir une plus grande stabilité face au concubinage et au pacte civil de solidarité. « *L'adoption de l'enfant du partenaire semble ainsi requérir l'engagement préalable du nouveau partenaire du parent à l'égard de celui-ci* »<sup>265</sup>.

**386 Droit comparé.** La position française est partagée puisqu'un certain nombre de législations ne laisse subsister le lien entre l'enfant et son parent d'origine que lorsque ce dernier est marié à l'adoptant comme en Italie ou en Irlande. En Suisse, seule l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est prévue. L'adoption plénière de l'enfant peut être prononcée en faveur du concubin mais comme en France, elle entraîne la rupture des liens avec le parent d'origine. La question s'est alors posée de savoir s'il fallait étendre les effets de l'adoption plénière par un époux de l'enfant de l'autre aux situations de concubinage. En 2000, un homme a sollicité l'adoption plénière de la fille majeure et handicapée de sa concubine<sup>266</sup>. L'adoption a été prononcée en 2001 par la Cour de justice du Canton de Genève entraînant la suppression de la filiation maternelle de l'adoptée. Le couple de concubins a sollicité son rétablissement, ce qui leur a été refusé<sup>267</sup>. Suite à un recours formé contre la décision de refus, le tribunal administratif a ordonné en 2002 le rétablissement de la filiation maternelle<sup>268</sup>. Le Tribunal fédéral suisse, dans un arrêt du 28

---

<sup>264</sup> On peut par ailleurs douter qu'un tribunal autorise une telle adoption.

<sup>265</sup> GAILLARD C., *Adoption simple, adoption plénière: essai sur la dualité de l'institution*, th. préc., p. 119.

<sup>266</sup> Si la filiation de la fille de la concubine était bilinéaire, son père était décédé. Celle-ci considérait le compagnon de sa mère comme son père dans la mesure où il lui apportait soutien affectif et matériel. En Suisse, l'adoption plénière d'une personne majeure est autorisée si l'adoptant n'a pas de descendant et notamment si l'adopté « *souffre d'une infirmité physique ou mentale nécessitant une aide permanente et que les parents adoptifs lui ont fourni des soins pendant au moins cinq ans* » (art. 266 C. civ.).

<sup>267</sup> La demande en rétablissement de la filiation maternelle a été rejetée successivement par la direction cantonale de l'état civil, par le président du Département genevois de la justice dont la décision a été contestée devant le tribunal administratif.

<sup>268</sup> Le tribunal administratif avait accepté de maintenir les liens entre la mère et l'enfant malgré son adoption par le concubin, considérant la législation suisse contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

mai 2003 a considéré que les articles 267 et 267 a du Code civil excluent l'hypothèse de l'adoption de l'enfant par le concubin du parent<sup>269</sup>. Ce type d'adoption ne peut être envisagé que comme le fait d'une personne seule et entraîne donc la suppression des liens entre l'enfant et son parent par le sang. Cependant, la Cour européenne dans un arrêt rendu le 13 décembre 2007 a condamné cette solution<sup>270</sup>. Dans un premier temps, la Cour a considéré qu'il existe entre les trois requérants un « *lien familial de facto* » confirmant ainsi son interprétation extensive de la notion de vie familiale (v. *supra*, n° 21)<sup>271</sup>. Les juges européens ont ensuite soulevé que l'argument « *selon lequel l'institution du mariage garantit à la personne adoptée une stabilité accrue par rapport à l'adoption par un couple de concubins n'est plus forcément pertinent de nos jours* »<sup>272</sup>. En outre, selon la Cour, la suppression de la filiation maternelle de l'adoptée constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale des requérants<sup>273</sup>. Or, cette ingérence doit, classiquement, être prévue par la loi, poursuivre un but légitime au regard de l'article 8 § 2 et être nécessaire dans une société démocratique. Si la rupture du lien de filiation entre l'adoptée et sa mère est prévue par le second alinéa de l'article 267 du Code civil, celle-ci ne semble pas nécessaire dans une société démocratique. La Cour européenne des droits de l'homme distingue en l'espèce l'adoption de l'enfant de l'adoption d'une personne majeure handicapée. « *Le « respect » de la vie familiale des requérants aurait exigé la prise en compte des réalités, tant biologiques que sociales, pour éviter une application mécanique et aveugle des dispositions de la loi à cette situation très particulière, pour laquelle elles n'étaient manifestement pas prévues. L'absence de cette prise en compte a heurté de front*

---

<sup>269</sup> Tribunal fédéral, 28 mai 2003, 5A.16/2002.

<sup>270</sup> CEDH, 13 décembre 2007, Emonet et autres contre Suisse, RTD civ. 2008, 255, obs. MARGUENAUD J.-P. ; *ibid.*, 272, obs. HAUSER J. ; JCP éd. G 2008, I, 110, n° 9, obs. SUDRE F. ; Dr. fam. 2008, alerte n° 4, BRUGGEMAN M. ; Clunet 2008, chron., n° 5, note A. J. ; AJ fam. 2008, 76, note CHENEDE F. ; BOULANGER F., *Réflexions sur la requête en adoption de couples de concubins (étude prospective)*, Dr. fam. 2008, étude n° 20.

<sup>271</sup> CEDH 13 décembre 2007, Emonet et autres contre Suisse, § 37. La Cour rappelle que l'article 8 a vocation à protéger les rapports entre parents et enfant adulte s'il est démontré « *l'existence d'éléments supplémentaires de dépendance, autres que les liens affectifs normaux* » (§ 35).

<sup>272</sup> CEDH 13 décembre 2007, Emonet et autres contre Suisse, § 81. Le Gouvernement suisse soulevait, qu'en se mariant les requérants auraient obtenu le résultat qu'ils souhaitaient. Selon la Cour, il n'appartient pas aux autorités nationales « *de se substituer aux personnes intéressées dans leur prise de décision sur la forme de vie commune qu'elles souhaitent adopter* ».

<sup>273</sup> CEDH 13 décembre 2007, Emonet et autres contre Suisse, § 70.

les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne »<sup>274</sup>. Elle conclut donc à une violation de l'article 8 de la convention.

**387 Admission dans quelques législations européennes.** Quelques pays européens ont pris en compte la demande des couples non mariés. C'est notamment le cas des Pays-Bas<sup>275</sup>, du Danemark<sup>276</sup> et de la Belgique<sup>277</sup>. L'autorité parentale est alors exercée conjointement par l'adoptant et son cohabitant, parent de l'enfant. En Espagne et au Portugal, l'adoption peut également être prononcée en faveur du concubin sans que le lien de filiation ne soit supprimé à l'égard du parent concubin<sup>278</sup>. L'adoption peut parfois être autorisée tout en produisant des conséquences sur les liens de filiation antérieurement établis, comme en Autriche<sup>279</sup>. Au Royaume-Uni, l'enfant peut être adopté par le partenaire ou la personne qui cohabite de façon durable avec le parent<sup>280</sup>. Selon la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants*, l'adoption rompt en principe les liens entre l'enfant ses parents de naissance. Néanmoins, aux termes de l'article 11 § 2, « le conjoint, le partenaire enregistré ou le concubin de l'adoptant conserve ses droits et obligations envers l'enfant adopté si celui-ci est son enfant, à moins que la législation n'y déroge ».

**388 Réflexion sur une évolution du droit français.** La législation doit-elle être modifiée afin de permettre l'adoption plénière de l'enfant du concubin ou du partenaire membre d'un pacte civil de solidarité ? Certains auteurs pensent qu'une telle solution serait préférable aux reconnaissances de complaisance, source d'insécurité pour l'enfant<sup>281</sup>. Néanmoins, l'adoption plénière ne permet pas une véritable prise en compte de la pluriparentalité. Elle empêche tout établissement ultérieur d'un lien de filiation à l'égard

---

<sup>274</sup> CEDH 13 décembre 2007, Emonet et autres contre Suisse, § 86.

<sup>275</sup> POUSSON-PETIT J., *Chronique de droit des personnes et de la famille en droit néerlandais et luxembourgeois*, Dr. fam. 2004, chron., n° 2.

<sup>276</sup> SOISSON J., *Les enfants de concubins, aspects de droit comparé*, in *Des concubinages* (droit interne, droit international, droit comparé), Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Litec, 2002, p. 393.

<sup>277</sup> Art. 356-1 al. 3 C. civ. belge.

<sup>278</sup> Institut suisse de droit comparé, *L'adoption et le concubinat dans divers pays européens*, disponible sur le site Internet de l'institut : <http://isdc.ch/>

<sup>279</sup> *Ibid.* Seules les effets extrapatrimoniaux de la filiation disparaissent et uniquement à l'égard du parent du même sexe que l'adoptant.

<sup>280</sup> « *Adoption and Children Act 2002* », s. 51 et « *Adoption and Children (Scotland) Act 2007* », s. 30 (3).

<sup>281</sup> Audition du professeur F. GRANET, *L'enfant d'abord - 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, rapp. préc.

du second parent par le sang ou évince toute une branche de la famille de naissance de l'adopté. De plus, son irrévocabilité peut parfois être défavorable à l'enfant après la séparation du couple<sup>282</sup>. Elle n'est pas la solution la mieux adaptée à la configuration familiale de l'enfant.

La France risque-t-elle une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme ? Tout d'abord, la jurisprudence de la Cour n'a-t-elle vocation à s'appliquer qu'à l'hypothèse particulière de l'adoption d'une personne majeure incapable ou handicapée. Or, le droit français ne permet que l'adoption plénière de l'enfant de moins de quinze ans. Par ailleurs, la législation française connaît l'adoption simple qui, de par sa nature, permet le maintien de l'adopté dans sa famille par le sang, mais ne l'empêche pas d'acquérir des droits quasi-identiques à ceux découlant de l'adoption plénière, sous réserve cependant d'une intégration moins forte de l'adopté simple dans la famille de l'adoptant. Par conséquent, n'est-il pas plus pertinent de recourir dans cette hypothèse à l'adoption simple plutôt que de modifier les conditions relatives à l'adoption plénière ? La solution de la Cour européenne des droits de l'homme serait-elle la même si la législation française était contestée ? On peut, semble-t-il, répondre négativement dans la mesure où elle offre une solution alternative<sup>283</sup>. Enfin, la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants* prévoit la possibilité pour les États parties de refuser le maintien des liens entre l'enfant et son parent par le sang dans cette hypothèse. Cependant, à l'heure actuelle, l'adoption simple du mineur est une réponse inadéquate en l'absence de mariage entre celui qui la sollicite et le parent de l'enfant. Si l'adoption plénière de l'enfant du concubin n'offre pas une solution satisfaisante aux recompositions familiales non fondées sur le mariage, il apparaît que l'adoption simple est également inadéquate à ces situations.

### B. L'inadaptation actuelle de l'adoption simple en France

**389 Démonstration.** Les familles recomposées françaises qui n'ont pas fait le choix du mariage sont donc obligées de se tourner vers l'adoption simple pour contourner les effets

---

<sup>282</sup> Audition du professeur A. GOUTTENOIRE, *ibid.* C'est à cet avis que s'est rangé la Mission d'information rejetant le recours à l'adoption plénière dans ce cas de figure : « *il faut en effet éviter que l'enfant soit "encombré" définitivement d'une filiation qui n'aurait été que fugace et qui deviendrait ensuite dépourvue de toute signification* » (rapport, p. 257).

<sup>283</sup> En ce sens également, CHENEDE F., art. préc.

excessifs de l'adoption plénière de l'enfant du partenaire. Mais là encore, le législateur témoigne d'une faveur envers le mariage, puisqu'aucune disposition spécifique ne vient déroger au droit commun. Elle demeure davantage envisageable que l'adoption plénière en raison de la moindre radicalité de ses effets. La parenté de l'enfant n'est pas supprimée au profit de sa filiation adoptive. Toutefois, le prononcé de l'adoption simple entraîne le transfert des prérogatives parentales à l'adoptant, ce qui tend à démontrer l'inadaptation actuelle de l'institution française aux configurations familiales plurales (1). En revanche, le recours à l'adoption simple pourrait être facilité si l'exercice de l'autorité parentale était partagé entre l'adoptant et le parent par le sang dont il est le partenaire (2).

### 1. Exercice exclusif de l'autorité parentale par l'adoptant

**390 Autorité parentale.** Le prononcé de l'adoption simple entraîne des difficultés importantes s'agissant de l'autorité parentale, l'adoptant exerçant seul les prérogatives parentales. Se pose alors la question de la nature des droits restant au parent par le sang, concubin ou partenaire de l'adoptant. Celui-ci conserve-t-il la titularité de l'autorité parentale, mais non son exercice, ou s'en voit-il totalement privé, sa seule parenté résistant au prononcé de l'adoption ? Un droit de visite peut lui être accordé sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil. Ce droit ne découle pas de la titularité de l'autorité parentale, tout tiers pouvant en bénéficier, sous réserve de la seule condition de l'intérêt de l'enfant. Sont également maintenus les droits de succession ainsi que l'obligation alimentaire qui résultent, non de l'autorité parentale, mais du lien de parenté qui survit malgré l'adoption. Le parent de naissance n'est toutefois tenu à l'obligation alimentaire que si l'adoptant ne peut y subvenir (v. *supra*, n° 373). L'article 365 du Code civil prévoit que seul l'adoptant est investi du droit de consentir au mariage de l'adopté. La perte de cette prérogative parentale milite dans le sens d'une perte totale de l'autorité parentale par le parent par le sang. Cependant, selon certains auteurs, l'enfant ne peut se passer du consentement du parent par le sang si l'adoption simple est transformée en adoption plénière<sup>284</sup>. La survivance du droit de consentir à l'adoption de l'enfant démontrerait que le parent par le sang conserve la titularité de l'autorité parentale même si ses droits sont fortement amoindris du fait de l'adoption. Il bénéficierait alors d'un statut préférable à celui du

---

<sup>284</sup> SALVAGE-GEREST P., *Dalloz action préc.*, n° 222.61.

parent déclaré absent ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté (v. *supra*, n<sup>os</sup> 172 et s.)<sup>285</sup>, mais moins avantageux que celui du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale, dans la mesure où ce dernier jouit en outre d'un droit de surveillance (v. *supra*, n<sup>o</sup> 190). De ce fait, le parent par le sang qui a consenti à l'adoption de l'enfant par son partenaire ou concubin se trouve dans une situation précaire face à l'adoptant. En cas de séparation du couple, les difficultés sont exacerbées. Le parent n'est pas un tiers à l'égard de l'enfant. Néanmoins, ses droits sont fortement limités par le prononcé de l'adoption. La résidence de l'enfant peut ne pas être fixée à son domicile. Il ne peut plus être associé aux choix relatifs à son éducation, ses loisirs ou à sa religion<sup>286</sup>. En cas de mésentente entre l'adoptant et son ancien partenaire, la situation peut devenir dramatique pour l'enfant, même si la révocation de l'adoption simple pourrait être demandée par le parent par le sang, sous réserve de l'existence de motifs graves (v. *supra*, n<sup>o</sup> 379).

**391 Illustrations jurisprudentielles.** Il semble que l'adoption simple par le concubin du parent soit rarement prononcée et ceci peut se comprendre au vu des difficultés qui viennent d'être exposées<sup>287</sup>. Il convient toutefois d'évoquer un étonnant arrêt de la Cour d'appel de Papeete autorisant l'adoption simple de l'enfant précédemment adopté plénièrement par la concubine et qui précise que l'autorité parentale sera exercée conjointement<sup>288</sup>. Il n'est pas fait mention d'une quelconque délégation de l'autorité parentale, mais simplement d'un exercice conjoint.

**392 Délégation de l'autorité parentale.** Depuis la réforme de l'autorité parentale de 2002, tout parent peut consentir une délégation « partage » de l'autorité parentale à un tiers (v. *infra*, n<sup>os</sup> 557 et s.). Ce n'est donc que depuis quelques années que l'adoption simple de

---

<sup>285</sup> Celui-ci conserve la titularité de l'autorité parentale, mais il en perd l'exercice ainsi que les droits de consentir à l'adoption ou au mariage de l'enfant.

<sup>286</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 mai 1977 : RTD civ. 1977, 548, obs. RAYNAUD P., RTD civ. 1978, 339, obs. NERSON R., JCP éd. G 1978, II, 18833, note CARBONNIER J. et TGI Paris, 27 juin 2001, D. 2003, 655, note DESNOYER C. ; *ibid.*, 1941, note LEMOULAND J.-J. ; JCP éd. G 2002, I, 19, 101, note RUBELLIN-DEVICHI J. ; Dr. fam. 2001, comm. n<sup>o</sup> 116, MURAT P. ; RTD civ. 2002, 84, obs. HAUSER J. ; RDSS 2002, 121, note MONEGER F.

<sup>287</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 mai 1977, préc.

<sup>288</sup> CA Papeete, 15 décembre 2005, Juris-data n<sup>o</sup> 2005-299274 : « *au demeurant, l'intérêt incontestable de l'enfant est de pouvoir bénéficier d'une paternité effective pour qu'elle puisse continuer à grandir et à s'épanouir dans une ambiance de sécurité affective. Ainsi la demande de M. M. apparaît parfaitement justifiée au seul regard de l'intérêt de l'enfant, qui pourra disposer d'une filiation paternelle lui faisant défaut et de consacrer des liens d'affection existant entre l'enfant et son père. Enfin, il y a lieu de dire qu'en accord avec les parties, l'autorité parentale sera exercée conjointement par M. M. et Mme T.* ».

l'enfant du partenaire serait théoriquement davantage envisageable. L'adoptant pourrait-il déléguer tout ou partie de ses prérogatives parentales à son partenaire ou concubin, parent par le sang de l'enfant ? Le recours de l'autorité judiciaire serait nécessaire et rien ne garantirait au parent par le sang que l'adoptant y consente ou qu'il ne change pas d'avis par la suite<sup>289</sup>. Cependant, cette solution permettrait de contrecarrer les effets de l'adoption simple s'agissant de l'autorité parentale.

La Cour de cassation s'est opposée à la demande de délégation de l'autorité parentale subséquente à l'adoption simple de l'enfant par la partenaire de la mère dans plusieurs arrêts rendus le 20 février 2007 (v. *infra*, n<sup>os</sup> 447 et s.). Il semble qu'à l'heure actuelle ce type d'adoption soit essentiellement sollicité par des couples homosexuels qui ne peuvent ni se marier (et donc adopter ensemble), ni avoir recours à une aide médicale à la procréation hétérologue en France. L'adoption simple se présente alors comme le seul moyen pour créer un double lien de parenté à l'égard de l'enfant. De par sa généralité, la solution retenue par la Haute juridiction apparaît comme une opposition de principe à toute adoption simple de l'enfant du partenaire ou du concubin, quelle que soit l'orientation sexuelle du couple. Ces arrêts rendus par la Cour de cassation démontrent que la parenté ne peut en toute circonstance permettre de consacrer juridiquement la parentalité du tiers coparent. Ne faudrait-il pas dès lors réfléchir à la possibilité d'autoriser dans la loi française un exercice conjoint de l'autorité parentale à l'instar des dispositions mises en place dans le cadre de l'adoption par le conjoint ?

## 2. Vers un partage des prérogatives parentales

**393 Constat.** Il serait pertinent de s'interroger sur la possibilité de partager les prérogatives parentales dans d'autres hypothèses que celle de l'adoption de l'enfant du conjoint. En effet, l'adoption simple est une solution préférable à l'établissement d'une filiation de complaisance. Or, la perte de l'exercice de l'autorité parentale pour le parent par le sang n'incite pas les couples à se tourner vers elle. Soit il s'agit d'un couple hétérosexuel et il est plus facile pour le tiers de reconnaître mensongèrement l'enfant ; soit

---

<sup>289</sup> Sur le fondement de l'article 377 du Code civil, le parent par le sang pourrait théoriquement solliciter seul le prononcé d'une délégation de l'autorité parentale. Cependant les conditions en sont strictes : désintérêt manifeste du parent ou impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale. Il faut en outre que le demandeur ait recueilli l'enfant. Sur la délégation forcée de l'autorité parentale, v. *infra*, n<sup>os</sup> 629 et s.

le couple est composé de personnes du même sexe et le partenaire ou le compagnon du parent reste dans un rôle purement factuel, sans autre solution qu'une délégation « partage » de l'autorité parentale (v. *infra*, n<sup>os</sup> 441 et s.). Permettre l'exercice conjoint de l'autorité parentale pourrait être conforme à l'intérêt de l'enfant. Seraient ainsi atténuées les conséquences de l'adoption simple, notamment en cas de rupture du nouveau couple.

**394 Réflexion sur une modification du droit français.** Autoriser l'exercice en commun de l'autorité parentale permettrait au parent par le sang (concubin ou partenaire de l'adoptant) de ne pas perdre ses prérogatives pendant et après la vie de couple. Cette solution serait opportune lorsque la filiation de l'enfant est unilinéaire. L'adoption simple et l'exercice conjoint de l'autorité parentale permettraient au coparent d'accéder à la parenté, tout en ménageant la possibilité d'établir le cas échéant la filiation de l'enfant à l'égard de son second auteur biologique. En cas de parenté bilinéaire, la situation serait plus complexe en raison des risques de conflits avec le second parent par le sang, mais resterait théoriquement possible.

**395 Concubinage.** Pourrait-il y avoir exercice en commun de l'autorité parentale lorsque l'adoptant vit en concubinage avec le parent de naissance à l'image de ce que prévoit l'article 365 du Code civil ? Le mariage tisse des liens de droit entre les membres de la famille de l'époux et celle de l'autre conjoint. Même s'il n'est plus obligatoirement synonyme de stabilité, le mariage reste fondateur des liens d'alliance. Une dérogation à l'article 365 du Code civil en cas de concubinage ne peut être justifiée que par des considérations pratiques. L'adoption ferait naître un lien de droit entre l'enfant et l'adoptant, alors qu'il n'en existe aucun entre ce dernier et son concubin<sup>290</sup>.

**396 Pacte civil de solidarité.** Une solution intermédiaire serait de permettre le partage des prérogatives parentales entre les membres d'un pacte civil de solidarité lorsque l'un adopte l'enfant de l'autre. En effet, les partenaires sont juridiquement liés, même si leur mode de conjugalité semble plus fragile, du fait notamment de la possibilité de rupture unilatérale. L'évolution du pacte civil de solidarité tend à un rapprochement de plus en

---

<sup>290</sup> En ce sens également, Audition du professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Familles monoparentales, familles recomposées : un défi pour la société française*, rapp. préc., p. 154. L'auteur considère qu'il serait paradoxal d'instituer un lien de droit entre le beau-parent et le bel-enfant alors qu'il n'existe pas de lien de droit entre le beau-parent et le parent.

plus prononcé avec le mariage<sup>291</sup>. Sans qu'il ne produise en tant que tel d'effet direct sur la filiation de l'enfant, le pacte pourrait fonder un exercice conjoint de l'autorité parentale<sup>292</sup>. Ce partage pourrait nécessiter une déclaration conjointe auprès du tribunal de grande instance comme dans le cadre de l'adoption par le conjoint. Il nous semble qu'il ne serait pas opportun que le partage soit automatique à l'instar de ce qui existe en Belgique. En effet, le Code civil belge prévoit explicitement l'adoption de l'enfant du cohabitant et précise que l'autorité parentale est alors exercée conjointement<sup>293</sup>. Ce partage des prérogatives parentales se fait automatiquement, sans qu'il soit nécessaire de faire une déclaration quelconque.

**397 Conclusion.** Le maintien des prérogatives parentales du parent partenaire de l'adoptant sécuriserait la situation de l'enfant pendant et après la vie de couple. La nécessité d'un pacte civil de solidarité entre le parent et l'adoptant serait gage d'une certaine stabilité et justifierait le partage de l'autorité parentale. A défaut d'un exercice conjoint de l'autorité parentale, l'adoption simple de l'enfant mineur n'est pas une solution adaptée à la prise en compte juridique du rôle parental exercé par le coparent auprès de l'enfant. Une fois la majorité acquise, elle se révèle être efficace. Toutefois, selon l'article 786 du Code général des impôts, l'adoption simple ne permet pas de bénéficier de droit de mutation à titre gratuit. Il n'est pas tenu compte du lien de parenté qui en résulte, les droits de succession applicables étant ceux prévus entre personnes non parentes. Il existe des exceptions à ce principe, notamment, en cas d'adoption simple de l'enfant issu d'un premier lit du conjoint de l'adoptant ou si l'adopté a reçu de l'adoptant des secours et des soins non interrompus, soit dans sa minorité et pendant cinq ans au moins, soit dans sa

---

<sup>291</sup> V. notamment : loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 *portant réforme des successions et des libéralités* ; loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs* (notamment nouvel art. 453 C. civ.) ; loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 *en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*. V. *supra*, n° 3.

<sup>292</sup> L'admission expresse de l'adoption simple par le partenaire du parent nécessiterait une modification de l'article 348-5 du Code civil relatif à la remise des enfants de moins de deux ans au service de l'aide sociale à l'enfance (en ce sens également, EUDIER F., Dossier *L'adoption simple, Introduction*, AJ fam. 2008, 452).

<sup>293</sup> Art. 353-9 C. civ. belge. Les cohabitants sont « *deux personnes ayant fait une déclaration de cohabitation légale ou deux personnes de sexe différent qui vivent ensemble de façon permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption, pour autant qu'elles ne soient pas unies par un lien de parenté ou d'alliance entraînant une prohibition de mariage dont elles ne peuvent être dispensées par le Roi* » (art. 343 C. civ.).

minorité et sa majorité et pendant dix ans au moins<sup>294</sup>. Le régime fiscal des transmissions en ligne direct est alors applicable. Une modification de l'article 786 du Code général des impôts serait opportune en cas de partage des prérogatives parentales dans le cadre de l'adoption simple de l'enfant mineur par le partenaire de son parent.

---

<sup>294</sup> SAUVAGE F., *Adoptions simples et successions complexes*, AJ fam. 2008, 457. Cependant, dans ce dernier cas de figure, la preuve peut être difficile à apporter : « *l'adoptant doit avoir en principe assuré la totalité des frais d'éducation et d'entretien de l'adopté pendant le délai prévu. Cette preuve doit être fournie dans les formes compatibles avec la procédure écrite au moyen de documents tels que quittances, factures, lettres missives et papiers domestiques. Le témoignage est, en principe, exclu, même sous forme d'attestation ou de témoignage de notoriété* » (Rép. ministérielle, 16 août 2008, JO Assemblée Nationale 19 août 2008, p. 7101).

## **Conclusion du Chapitre 1 :**

**398 Constat.** L'intérêt de l'enfant commande la sécurisation de sa situation familiale par la reconnaissance du rôle du tiers. La parenté peut apparaître comme une solution permettant la prise en considération de la parentalité exercée dans les faits par le coparent. Elle suppose un acte de volonté du tiers conforté ou non par celle du ou des parents de l'enfant. Mais la liberté n'est pas totale en la matière. En effet, cette volonté est certes créatrice du lien de parenté, mais elle est encadrée par le législateur.

**399 Filiation de complaisance.** L'établissement d'une filiation de complaisance est relativement aisé. En l'absence de contrôle *a priori* de sa conformité avec la vérité biologique, cette filiation repose sur la seule volonté du tiers. Il s'agit d'une spécificité française même si, dans les autres législations européennes, aucune disposition ne vient matériellement les empêcher. Cependant, la facilité avec laquelle il est possible de contester une telle filiation est contraire à l'intérêt de l'enfant, dans la mesure où sa parenté est soumise aux aléas de la vie de couple de son parent.

**400 Prononcé d'une adoption.** L'adoption de l'enfant apparaît de prime abord comme une solution préférable. D'une part, elle ne repose pas sur un postulat de vérité biologique et d'autre part sa remise en cause est plus difficile, voire impossible. La volonté du tiers est à l'initiative de l'adoption, mais elle doit être confortée par celle du ou des parents ainsi que par celle de l'enfant dès lors qu'il est âgé de plus de treize ans. En outre, son prononcé repose sur un contrôle judiciaire de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, la volonté du tiers au moment de la création du lien de parenté est nécessaire mais non suffisante. Le législateur distingue l'adoption de l'enfant du conjoint de celle du concubin ou de la concubine du parent. Un certain nombre de dispositions tend à favoriser la première en France comme dans une grande partie des législations européennes. Lorsque l'adoption est plénière, l'éviction de l'une des branches de la famille par le sang suppose que la volonté soit restreinte. De ce fait, tous les enfants ne peuvent en faire l'objet. A l'inverse d'un certain nombre de législations européennes, l'adoption plénière ne peut jamais être révoquée en France. La volonté de l'adoptant est impuissante pour détruire le lien de parenté qui l'unit à l'enfant contrairement aux pouvoirs dont il dispose dans le cadre de l'action aux fins de

contestation d'une filiation mensongère. Cette solution est rassurante et met l'enfant à l'abri des aléas de la vie de couple de son parent. En effet, l'adoption simple nous paraît être une solution mieux adaptée à la configuration familiale plurale de l'enfant. Ce type d'adoption est connu dans peu de législations européennes. En maintenant l'enfant dans sa famille par le sang, l'adoption simple permet un cumul de parenté. Elle offre une véritable place au coparent sans pour autant priver l'enfant d'une partie de son ascendance. L'adoption simple bénéficie également d'un certain nombre de dispositions dérogatoires au droit commun lorsqu'elle est sollicitée par le conjoint du parent. Contrairement à l'adoption plénière, elle peut être prononcée à l'égard de tout enfant, à condition qu'elle soit conforme à l'intérêt de ce dernier et que son ou ses parents y consentent. En outre, sa révocabilité très encadrée offre une sécurité supplémentaire pour l'enfant.

A l'inverse, si le couple n'est pas marié, l'adoption de l'enfant par le coparent n'est pas une solution satisfaisante. En opérant une substitution de parenté, l'adoption plénière a pour effet de faire du parent un tiers pour l'enfant. Cette solution n'est pas partagée en Europe, un certain nombre de législations autorisant la survivance du lien de parenté. L'adoption simple, quant à elle, permet le maintien des liens à l'égard du parent par le sang, mais pose des difficultés s'agissant de l'autorité parentale. Son exercice est en effet confié au seul adoptant, privant ainsi le parent d'un grand nombre de ses prérogatives. Ainsi, les volontés du tiers et du parent ne suffisent pas, en l'état actuel du droit, pour reconnaître la parentalité du coparent par ce moyen. La possibilité de rendre conjoint l'exercice de l'autorité parentale dans cette hypothèse permettrait de favoriser cette solution aux filiations de complaisance.

**401 Limites.** La création d'un lien de parenté entre le tiers et l'enfant peut être bénéfique pour ce dernier (intégration au sein d'une nouvelle famille, droits alimentaires et successoraux...) et notamment lorsque sa parenté est unilinéaire. Toutefois, la parenté peut traduire la réalité de la relation affective existant entre le tiers et l'enfant : « *la parentalité ne devrait se métamorphoser en parenté que si l'intéressé a acquis aux yeux de tous et au premier chef aux yeux de l'enfant, la stature et la permanence de parent* »<sup>1</sup>. Par ailleurs, le

---

<sup>1</sup> MALAURIE P. et FULCHIRON H., *op. cit.*, n° 1431.

recours à la parenté est refusé dans un certain nombre de situations. La volonté est alors entravée.



## **Chapitre 2 : La volonté entravée : les obstacles à la création du lien de parenté**

**402 Obstacles.** La parenté peut sembler une solution satisfaisante pour sécuriser la configuration familiale de l'enfant en consacrant juridiquement la parentalité exercée dans les faits par le tiers. Cependant, en présence de situations perturbatrices de l'ordre juridique, l'établissement d'un lien de filiation devient impossible. La parenté repose traditionnellement sur certains postulats. Si la vérité biologique n'en fait pas partie (comme nous l'avons précédemment constaté avec les filiations de complaisance), des considérations d'ordre public sous tendent et préservent la notion de parenté. Ceci nous conduira à envisager les contours de l'ordre public familial (**Section 1**). Le secret entourant les circonstances de la conception ou de la naissance de l'enfant peut aussi constituer un obstacle à la création du lien de parenté (**Section 2**).

### **Section 1 : L'ordre public comme obstacle à la parenté**

**403 Définition.** Souvent qualifié de notion à contenu variable, l'ordre public peut être défini comme une « *norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement ni dans leurs conventions ; norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle)* »<sup>1</sup>.

**404 Droit de la famille.** Traditionnellement il s'imposait avec force en droit de la famille, son domaine de prédilection. Un modèle impératif fondé sur le mariage a longtemps été privilégié par le législateur. Poussé par la montée des comportements individualistes, le droit de la famille a petit à petit fait place aux accords de volonté (v. *supra*, n° 6). Si les accords sont acceptés, voire recherchés, ils restent néanmoins toujours soumis à l'homologation du juge illustrant ainsi la persistance de l'ordre public familial. Le seul

---

<sup>1</sup> *Vocabulaire juridique*, préc.

consensualisme est insuffisant à créer une situation juridique<sup>2</sup>. L'ordre public a évolué : de la protection d'un modèle unique, il s'est peu à peu effacé pour laisser place au pluralisme et à la liberté individuelle<sup>3</sup>. En droit de la filiation, l'ordre public s'est déplacé de la défense de la primauté de la filiation légitime à celle du principe d'égalité des filiations (v. *supra*, n° 7). Dorénavant, l'ordre public familial semble parfois être davantage de protection que de direction<sup>4</sup>.

**405 Sources supranationales.** L'ordre public puise également ses sources dans le droit européen et notamment dans la Convention européenne *des droits de l'homme* telle qu'interprétée par les juges européens. La Convention apparaît comme le socle d'un ordre public européen transcendant les législations nationales<sup>5</sup>. Les États membres conservent néanmoins, grâce à la notion de « marge d'appréciation », la possibilité de faire primer l'ordre public interne sur l'ordre public européen sous réserve toutefois que la mesure en question soit prévue par la loi, qu'elle poursuive un but légitime et soit nécessaire dans une société démocratique<sup>6</sup>. « *On est ainsi en face d'une hiérarchie organisée des ordres publics entre normes internationales et normes internes* »<sup>7</sup>.

**406 Plan.** Malgré une apparence de recul, l'ordre public demeure en droit de la famille, mais ne sont prohibés que certains agissements. L'ordre public intervient pour imposer les exigences de la société française quant aux fondements et aux contours de la notion de filiation. Celle-ci suppose la différenciation sexuelle des parents qui, en outre, ne doivent pas être unis par un lien de parenté ou d'alliance à un degré prohibé. Ces présupposés découlent logiquement des conditions nécessaires à la perpétuation pérenne de l'espèce humaine. Par ailleurs, la filiation maternelle de l'enfant est établie à l'égard de la femme qui en est accouchée. L'accouchement, critère de détermination de la maternité, est

---

<sup>2</sup> V. *supra*, n° 205.

<sup>3</sup> Par exemple, la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 a créé le pacte civil de solidarité et a inséré dans le Code civil une définition du concubinage témoignant de la diversification des formes de vie de couple et de la place réservée à la volonté (JO n° 265 du 16 novembre 1999, p. 16959).

<sup>4</sup> BENABENT A., *L'ordre public et la famille*, in REVET T. (Dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 30.

<sup>5</sup> A ce titre, l'évolution du droit de la filiation s'agissant paternité est conforme à celle entreprise par la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir privilégier la vérité biologique et l'accès aux origines (v. *supra*, n° 326).

<sup>6</sup> V. par exemple s'agissant de la problématique de l'accouchement sous X, n° 249 et n° 490 et s.

<sup>7</sup> HAUSER J. et LEMOULAND J.-J., Répertoire civil Dalloz, *Ordre public et bonnes mœurs*, 2004, n° 11.

également tiré de la biologie. S'agissant de la reconnaissance du tiers, les postulats sont des obstacles à l'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une maternité de substitution ou vivant au sein d'un couple homosexuel. Dans quelle mesure l'interdit est-il un frein au développement de comportements jugés répréhensibles ? La prohibition relative à la maternité de substitution n'a, par exemple, pas eu l'effet escompté dans la mesure où le tourisme procréatif s'est développé. L'impact de l'interdit est minime lorsque les individus n'hésitent pas à franchir les frontières pour satisfaire leur désir d'enfant. Opposer l'ordre public à ces situations pour refuser de leur donner une reconnaissance juridique est source d'insécurité pour l'enfant. Sa configuration familiale peut être détruite par un décès ou une séparation. De plus, le principe d'égalité des filiations peut conduire à s'interroger sur le maintien de ces obstacles. Ces enfants sont-ils victimes de discrimination ? Faut-il accepter de consolider juridiquement des situations factuelles illicites au nom de l'intérêt de l'enfant<sup>8</sup> ? Au regard de l'égalité des filiations et de l'intérêt de l'enfant, il convient de s'interroger sur l'opportunité de la négation du rôle de la mère intentionnelle qui s'est tournée vers la technique de la maternité de substitution (§ 1) et du refus opposé à l'« homoparenté » (§ 2).

### **§ 1. L'enfant né d'une convention de maternité de substitution**

407 Démonstration. L'article 16-7 du Code civil français interdit toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte. Cette prohibition n'empêche pas le recours à ce type de technique dans les États qui l'autorisent. Se pose alors le problème des conséquences de ce procédé illicite sur le lien de filiation de l'enfant. Selon l'adage « *mater semper certa est* », le droit français reconnaît comme mère juridique la femme qui en est accouchée, c'est-à-dire la mère porteuse. Néanmoins, les couples ayant bénéficié d'une maternité de substitution ont de façon récurrente demandé que la filiation maternelle de l'enfant soit établie à l'égard de la mère intentionnelle. Si le droit français proscrie de façon stricte tout établissement de la maternité dans le cadre d'une gestation pour le compte d'autrui (A), quelques États en Europe permettent le rattachement de l'enfant à ses parents intentionnels (B). Il convient de distinguer ici la technique de la maternité de substitution (v. *supra*, n<sup>os</sup> 88 et s.) des effets qui pourraient en découler s'agissant de la

---

<sup>8</sup> KESSLER G., *La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant*, Dr. fam. 2005, études n° 16.

filiation de l'enfant qui en est issu. En effet, s'il est évident qu'une convention passée à l'étranger est nulle en France, en raison de sa contrariété avec l'ordre public, l'intérêt de l'enfant peut conduire à s'interroger sur la pertinence de l'interdit français d'établir sa filiation à l'égard de la mère intentionnelle (C).

#### A. L'impossibilité d'établir tout lien de filiation à l'égard de la mère intentionnelle

**408 Adoption.** Par son célèbre arrêt du 31 mai 1991, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a refusé l'adoption plénière de l'enfant né d'une convention de maternité pour autrui par la mère intentionnelle aux motifs que l'adoption « *n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption* »<sup>9</sup>. Cette solution n'a depuis lors jamais été démentie<sup>10</sup>. L'adoption simple par la mère intentionnelle de l'enfant de son époux a pareillement été refusée par la Première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 29 juin 1994<sup>11</sup>. « *L'illicéité de l'objet et de la cause de la convention rejaillit sur l'adoption parce que celle-ci est subordonnée à la finalité*

---

<sup>9</sup> Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, Bull. AP, n° 4 ; D. 1991, jur., 417, rapport CHARTIER Y., note THOUVENIN D. ; JCP éd. G 1991, II, 21752 et JCP éd. N 1992, II, 18, note TERRE F. ; RTD civ. 1991, 517, obs. HUET-WEILLER D. ; Defrénois 1991, 948, obs. MASSIP J

<sup>10</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 décembre 2003, n° 01-03927, Bull. civ. I, n° 252 ; Dr. fam. 2004, comm. n° 17, note MURAT P. ; Defrénois 2004, 592, obs. MASSIP J. ; JCP éd. G 2004, I, 109, n° 3, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; D. 2004, 1998, note POISSON-DROCOURT E. La demande d'adoption plénière par l'épouse de l'enfant du père a pu parfois conduire à émettre des doutes sur la sincérité de la reconnaissance souscrite par le mari et déclencher vainement une action du ministère public, v. par exemple, CA Versailles, 17 mai 2001, Juris-data n° 2001-180852

<sup>11</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 juin 1994, Bull. civ. I, n° 226 ; D. 1994, jur., 581, note CHARTIER Y. ; JCP éd. G 1995, II, 22362, note RUBELLIN-DEVICHI J. En appel, les juges du fond avaient été sensibles à la délicate situation dans laquelle se trouvait l'enfant en raison du divorce prononcé entre les parents intentionnels. La mère de substitution avait été inséminée artificiellement avec le sperme du mari. La filiation de l'enfant avait été établie à l'égard du père intentionnel et de la mère porteuse. Par la suite, l'épouse a quitté le domicile conjugal avec l'enfant sur laquelle elle n'avait aucun droit. L'adoption à laquelle la mère de l'enfant avait consentie avait donc été prononcée. Selon la Cour d'appel, « *il est du devoir de la société de protéger l'enfant contre les erreurs des adultes (...) l'adoption est conforme à l'intérêt de la jeune S, qui vit depuis sa naissance auprès de Mme X* ». Toute solution contraire priverait injustement la mère intentionnelle de tout droit sur l'enfant, alors même que le père intentionnel pourrait exercer ses droits de père.

*d'ensemble illicite, et non plus la finalité ordinaire de l'adoption qui est avant tout de donner une famille à un enfant qui n'en a pas* »<sup>12</sup>.

**409 Reconnaissance maternelle.** La filiation de l'enfant à l'égard de la mère intentionnelle a parfois été établie au moyen d'une reconnaissance, annulée par la suite<sup>13</sup>. Alors que dans les affaires précédemment évoquées, il s'agissait de procréation pour autrui, la Cour d'appel de Rennes s'est prononcée en 2002 dans une espèce où la mère intentionnelle était également la mère génitrice des enfants<sup>14</sup> : les reconnaissances maternelles ont été annulées dans la mesure où les contrats portant sur une gestation pour le compte d'autrui sont nuls en France, que la maternité découle de l'accouchement et que le procédé utilisé par les parents intentionnels et les reconnaissances subséquentes violent les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes<sup>15</sup>. L'annulation a eu pour effet de priver les fillettes d'une filiation maternelle conforme à la réalité sociologique et génétique. Un des commentateurs de cette décision a dénoncé le caractère inique du résultat auquel sont parvenus les magistrats<sup>16</sup>. Mais les juridictions françaises se trouvent face à deux intérêts fondamentalement opposés : le respect de l'ordre public (puisque'il ne fait aucun doute que le contrat conclu à titre onéreux et grâce à l'entremise d'un tiers en Californie se heurte à l'ordre public français) et l'intérêt de l'enfant à voir sa configuration familiale sécurisée.

**410 Possession d'état.** Sans plus de succès, l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de la mère intentionnelle a également été sollicité au moyen de la constatation

---

<sup>12</sup> MURAT P., *Rattachement familial de l'enfant et contrat*, in FENOUILLET D. et DE VAREILLES-SOMMIERES P. (Dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 133.

<sup>13</sup> Dans un arrêt du 8 novembre 2001, la Cour d'appel de Paris a statué en ce sens relevant l'indisponibilité des actions relatives à la filiation et la nullité de toute autorisation par la mère biologique à une reconnaissance fictive, même si ce consentement est valable selon le droit congolais.

<sup>14</sup> CA Rennes, 4 juillet 2002, Dr. fam. 2002, n° 142, note MURAT P. ; D. 2002, jur., 2902, note GRANET F. ; JCP éd. G 2003, I, 101, note RUBELLIN-DEVICHI J.

<sup>15</sup> « *Ce processus constituant un détournement des règles de la filiation maternelle et ayant pour objet d'éviter de procéder à une adoption prohibée, cette institution n'ayant pas pour finalité de créer des enfants abandonnés mais de donner une famille à des enfants qui n'en ont pas* ».

<sup>16</sup> RUBELLIN-DEVICHI J., note préc. : « *les juges ont porté directement atteinte à l'intérêt des enfants, en les privant de leur filiation maternelle génétique, sans bénéfice pour personne* ». D'autres auteurs ont suggéré que la voie de l'adoption soit désormais ouverte à la mère intentionnelle, puisque de telles situations sont malheureusement inévitables, GRANET F., note préc. ; MURAT P., note préc. : « *lutter contre un contrat dégradant pour la condition humaine est une chose ; prohiber l'adoption – même simple – entre l'enfant et celle qui l'élève alors même qu'elle peut être la génitrice est autre chose. Il y a sans doute un mépris excessif pour l'intérêt de l'enfant dans ce second parti* ».

d'une possession d'état. Le Tribunal de grande instance de Lille, dans un jugement du 22 mars 2007, a rejeté une telle demande : la possession d'état est viciée, dans la mesure où elle découle d'une convention de maternité de substitution dont la nullité d'ordre public est incontestable en droit français<sup>17</sup>. Avant cette décision, quelques auteurs s'étaient prononcés en faveur de la validité de la possession d'état à l'égard de la mère intentionnelle, seule solution permettant à leur sens de sortir de l'impasse à laquelle aboutissent les solutions posées par la Cour de cassation en matière d'adoption<sup>18</sup>. Cependant, « *lorsqu'il s'agit d'établir la filiation en l'absence de titre préalable, la possession d'état est alors avant tout une présomption simple du lien biologique : le comportement apparent laisse simplement présumer l'engendrement. Donc, si le juge a connaissance de la contrariété entre l'apparence et la biologie, la possession d'état devient une notion inopérante pour établir la filiation* »<sup>19</sup>. De plus, autoriser une telle prise en compte mettrait les juges face au fait accompli et accentuerait le tourisme procréatif en la matière.

**411 Inscription de la mère intentionnelle comme mère légale dans l'acte de naissance étranger de l'enfant.** Une interrogation demeurerait s'agissant de l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant par l'indication du nom de la mère intentionnelle dans l'acte de naissance établi à l'étranger. La Cour de cassation a rejeté cette possibilité aux motifs que « *les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une*

---

<sup>17</sup> TGI Lille, 22 mars 2007, D. 2007, 1251, note LABBEE X., RTD civ. 2007, 556, note HAUSER J. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 122, note MURAT P. La circulaire d'application de l'ordonnance de 2005 rappelle que la possession d'état doit être exempte de vice, c'est-à-dire qu'elle doit être paisible, publique, continue et non équivoque (Circulaire n° CIV/13/06 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation). S'agissant de ce dernier caractère, la circulaire précise qu'il peut « *notamment résulter d'une fraude ou d'une violation de la loi. Il peut en être ainsi lorsque la possession d'état est invoquée pour contourner les règles régissant l'adoption, l'interdiction d'établir la filiation incestueuse ou la gestation pour le compte d'autrui* » (art. 2.3.2). Cette définition ne correspond pas à celle que l'on enseigne traditionnellement, à savoir que les faits constitutifs de la possession d'état doivent indiquer le lien de filiation (CORNU G., *op. cit.*, n° 205). Ainsi, il peut y avoir équivocité lorsque plusieurs possessions d'état se sont succédées (CARBONNIER J., *op. cit.*, préc., n° 454, p. 958. V. également Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 juin 1987, D. 1987, 613, note MASSIP J. ; Defrénois 1987, 1401, note MASSIP J.) ou lorsqu'elles sont concurrentes (MALAURIE P. et FULCHIRON H., *op. cit.*, n° 1005. En ce sens également, LABBEE X., note préc.). Selon le professeur Murat, la possession d'état serait viciée en raison de son caractère non paisible (MURAT P., note préc.). C'est néanmoins sur le fondement de cette définition que le ministère public a invoqué la nullité de la possession d'état. Le Tribunal de grande instance de Lille s'est gardé de se prononcer directement sur ce caractère préférant se fonder sur le principe selon lequel la fraude corrompt tout.

<sup>18</sup> V. par exemple, HAUSER J., note préc. ; CORNU G., *op. cit.*, n° 300.

<sup>19</sup> MURAT P., note préc. V. également, CA Aix-en-Provence, 12 mars 2002, préc. (v. *supra*, n° 319) : selon la Cour d'appel, la possession d'état invoquée par le compagnon transsexuel de la mère était « *contredite par les conditions mêmes de la naissance de l'enfant et par l'impossibilité physiologique pour l'appelant, compte tenu de son état, de procréer* ».

convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions »<sup>20</sup>. Les actes de naissance californiens désignant la mère intentionnelle comme mère légale ne peuvent donc être transcrits en France sauf à porter atteinte à la prohibition de la maternité de substitution, disposition d'ordre public<sup>21</sup>. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur le fond, mais uniquement sur la procédure laissant les juges de la cour d'appel de renvoi décider de l'opportunité de l'annulation de la transcription. Le cas échéant, cette solution aura pour effet d'empêcher les parents intentionnels d'utiliser les actes d'état civil des enfants, mais ne remettra en cause ni le jugement californien, ni les actes de naissance américains des enfants<sup>22</sup>.

**412 Vie familiale.** Cette solution retenue par la Cour de cassation est-elle contraire à la Convention européenne des droits de l'homme ? Dans un arrêt Wagner contre Luxembourg, la Cour européenne des droits a condamné le Luxembourg pour avoir refusé de donner effet à l'adoption prononcée au Pérou en raison de l'interdiction pour une personne seule d'adopter un enfant en droit luxembourgeois. Il a été jugé que le refus d'exequatur de la décision péruvienne avait porté atteinte à la vie familiale des requérants, dans la mesure où l'enfant vivait au domicile de l'adoptant depuis le prononcé de

---

<sup>20</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 décembre 2008, n° 07-20.468, JCP éd. G, janvier 2009, act., p. 10, obs. BRUSORIO-AILLAUD M. ; *ibid.*, II, 10020, note MIRKOVIC A. ; *ibid.*, II, 10021, note D'AVOUT L. ; GP 3 janvier 2009, n° 3, p. 18, note WEISS-GOUT B. ; D. 2009, AJ, 166, note EGEA V. ; AJ fam. 2009, 81, obs. CHENEDE F. ; *ibid.*, 340, note BRUNET L. ; D. 2009, 332, concl. SARCELET D. ; Dr. fam. 2009, comm. n° 15, MURAT P. ; RTD civ. 2009, 106, note HAUSER J. V. *contra*, CA Paris, 25 octobre 2007, D. 2007, AJ., 2953, obs. LUXEMBOURG F. ; AJ fam. 2007, 478, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2008, 93, note HAUSER J. ; BANDRAC M., DELAISI DE PARCEVAL G., DEPADT-SEBAG V., *Mère porteuse : transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres français*, D. 2008, chron., 434 ; *ibid.*, 1435, obs. GAUMONT-PRAT H. ; Dr. fam. 2008, alerte 87, LAMARCHE M. ; RJPF-2008-2/12, BOURSICOT M.-C. ; GP 2008, n° 29, p. 20, note GEOUFFRE DE LA PRADELLE G. ; Defrénois 2008, 291, note CHENDEB R. ; JDI 2008, 145, note CUNIBERTI G. ; GRANET-LAMBRECHTS F., *Droit de la filiation* (avril 2007- février 2008), D. 2008, 1371 ; COURBE P. et JAULT-SESEKE F., *Droit international privé* (janvier 2007- mars 2008), D. 2008, 1507 ; JCP éd. G 2009, I, 102, n° 10, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; BELLIVIER F. et NOIVILLE C., *Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ?*, Revue des contrats 2008, 545 ; GAUMONT-PRAT H., *La révision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation, : la maternité pour autrui*, RLDC 2008, n° 45, 2825 ; *L'affaire du couple ayant eu recours à une mère porteuse ira en Cassation*, Libération, 19 novembre 2007 ; *L'imbroglio judiciaire*, L'Express, 25 mai 2006.

<sup>21</sup> Par conséquent, le ministère public est recevable dans sa demande d'annulation des transcription. En effet, sur le fondement de l'article 423 du Code de procédure civile, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci.

<sup>22</sup> En principe, lorsque la maternité de substitution a lieu à l'étranger, les faits ne peuvent pas tomber sous le coup de l'article 227-13 du Code pénal. Le Tribunal de grande instance de Créteil a prononcé un non-lieu dans cette même espèce, au motif que les faits s'étaient, en totalité, déroulés sur le territoire américain conformément à la législation en vigueur (TGI Créteil, 30 septembre 2004, D. 2004, jur., 476, note DEPADT-SEBAG V.).

l'adoption<sup>23</sup>. « *Le droit au respect de la vie familiale implique la reconnaissance du lien juridique créé à l'étranger, à moins que l'État requis puisse justifier de la nécessité de s'y opposer* »<sup>24</sup>. Les juges européens ont vérifié *in concreto* les faits de l'espèce et ont relevé que la requérante pouvait légitimement s'attendre à la reconnaissance du jugement étranger. Dès lors, dans la mesure où le droit français condamne sans ambiguïté le recours à la maternité de substitution et que l'établissement de la filiation maternelle des enfants qui en sont issus à l'égard de la mère intentionnelle est régulièrement refusé quel qu'en soit le mode, une condamnation s'agissant du refus de transcription des actes de naissance paraît peu probable. La maternité de la mère intentionnelle ne résultait pas d'une adoption, mais de l'indication de son nom dans l'acte de naissance alors même qu'elle n'était pas accouchée des enfants. Dans son arrêt Wagner, la Cour a relevé qu'un grand nombre d'États en Europe autorisent l'adoption par une personne célibataire, ce qui n'est pas le cas s'agissant de la maternité de substitution, ni de l'établissement de la maternité de la femme qui n'est pas accouchée de l'enfant par sa désignation dans l'acte de naissance. La grande majorité des législations européennes retient le critère de l'accouchement pour désigner la mère<sup>25</sup>. Cependant, il n'est sûr que la France ne soit pas condamnée si la Cour européenne était saisie par un couple dont les gamètes auraient permis la conception de l'enfant. En effet, eu égard à l'importance reconnue par les juges européens à la vérité biologique, une condamnation serait peut-être encourue si la mère intentionnelle était la mère génitrice de l'enfant (v. *supra*, n° 111).

**413 Conclusion.** On constate ainsi à nouveau la difficulté d'autoriser la création d'un lien de parenté entre l'enfant et la mère intentionnelle tout en maintenant la prohibition de la gestation pour le compte d'autrui. « *Tout cela n'est que bricolage juridique faute de se prononcer sur le maintien du principe lui-même de l'interdiction de la gestation pour d'autrui* »<sup>26</sup>. Permettre l'établissement d'un lien de filiation sans modification de la loi n'est pas une solution juridiquement satisfaisante. Il est impossible de dissocier les

---

<sup>23</sup> CEDH, 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg (v. *supra*, n° 65), § 133 : « *les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention* ».

<sup>24</sup> COURBE P. et JAULT-SESEKE F., art. préc.

<sup>25</sup> Seule la Grèce autorise ce mode d'établissement lorsqu'il est fait recours à une gestation pour autrui.

<sup>26</sup> HAUSER J., note préc. Selon l'auteur, l'admission de la gestation pour autrui consacrerait « *la quasi-disparition de l'ordre public dans un domaine où il a longtemps régné en maître* ».

circonstances de la naissance de l'enfant de la demande de la mère intentionnelle. La législation française n'envisage jamais directement la filiation de l'enfant né suite à une telle convention puisqu'elle a pris le soin d'interdire expressément le procédé<sup>27</sup>. La prohibition de la maternité de substitution empêche l'établissement de la filiation maternelle quel qu'en soit le mode. Dans l'impossibilité d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de la mère intentionnelle, les parents qui ont recours à la gestation pour le compte d'autrui vivent dans la clandestinité et dans la peur que soient découvertes les circonstances de la naissance<sup>28</sup>. Les difficultés sont accrues lors de la séparation du couple. À défaut de parenté, la mère intentionnelle ne peut exercer l'autorité parentale sur l'enfant, mais la résidence de celui-ci peut être fixée à son domicile (v. *infra*, n° 622). C'est pourquoi nous nous sommes déjà prononcée pour une admission en droit français de la gestation pour autrui. Une étude comparatiste va nous permettre, à présent, d'examiner les réactions d'autres législations face à la filiation de l'enfant issu d'une maternité de substitution. Ces solutions pourraient être source d'inspiration dans l'éventualité d'une suppression de la prohibition de la gestation pour autrui.

#### B. Les solutions des législations étrangères

**414 Démonstration.** Il résulte du recours à la technique de la maternité de substitution la problématique de la détermination de la filiation de l'enfant qui en est issu. Les législations étrangères qui les autorisent reposent sur des logiques bien opposées : de l'établissement de la filiation maternelle à l'égard de la mère intentionnelle **(1)**, à celui de la maternité de la mère porteuse **(2)**. Les autres États européens qui permettent le recours à la gestation pour le compte d'autrui comme la Belgique ou les Pays-Bas n'ont pas mis en place de législation relative à la filiation de l'enfant. Les couples qui ont alors utilisé les services d'une mère porteuse peuvent demander l'adoption de l'enfant, conformément au droit

---

<sup>27</sup> *Contra*, v. LABBEE X., « l'enfant peut-il être victime d'une convention qu'il n'a pas souscrite ? Est-il bien certain que, puisque la convention est frauduleuse, la filiation de l'enfant qui en est issu soit également frauduleuse ? Le Tribunal de Lille l'affirme. N'est-ce pas discutable ? L'enfant n'a rien demandé et n'est responsable de rien. S'il faut étendre les effets de la nullité de la convention à la filiation de l'enfant, on aurait bien aimé que le législateur le dise à l'instar de ce qu'il a fait pour l'enfant incestueux. Or il ne l'a pas dit. Quant à la Cour de Cassation, elle ne s'est prononcée que sur la question de l'adoption et c'est tout ». Selon l'auteur, il conviendrait d'admettre l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant au moyen d'une possession d'état constatée.

<sup>28</sup> *Procès pour mère porteuse ?*, L'Express, 4 octobre 2004 ; *Mères porteuses, le marché clandestin*, L'Express, 15 septembre 2005, préc.

commun de l'adoption<sup>29</sup>. Contrairement aux législations grecque et britannique, il n'existe pas de disposition spécifique.

#### 1. Le droit grec : le déclin de l'adage « *mater semper certa est* »

**415 Dérogation.** La loi grecque du 19 novembre 2002 *sur l'assistance médicale à la procréation humaine* autorisant les gestations pour le compte d'autrui a profondément modifié la traditionnelle acception de la maternité communément admise jusque-là en Europe<sup>30</sup>.

Si la gestation est assumée par une autre femme, la mère de l'enfant est présumée être la femme qui a obtenu l'autorisation judiciaire de recourir à une mère porteuse<sup>31</sup>. Il est à noter qu'en principe le recours à la gestation pour le compte d'autrui n'est possible que si la mère porteuse et la mère intentionnelle ont leur domicile en Grèce<sup>32</sup>, mais la loi ne fait mention d'aucune condition de nationalité. Si une femme de nationalité étrangère a obtenu judiciairement l'autorisation de recourir à une mère porteuse, la maternité de l'enfant est établie selon la loi applicable à l'issue du conflit de lois. S'il s'agit de la loi nationale de la femme étrangère et si cette loi interdit les maternités de substitution, sa maternité ne peut être établie à l'égard de l'enfant. A l'inverse, si la loi applicable est celle du lieu de résidence de l'enfant, la filiation maternelle de ce dernier peut être établie à l'égard de la mère intentionnelle, même si sa loi nationale prohibe le recours aux mères porteuses<sup>33</sup>. Selon l'article 311-14 du Code civil français, la filiation de l'enfant est régie par la loi

---

<sup>29</sup> En Belgique, peu de décisions ont été rendues. On peut, à titre d'exemple, citer celles du Tribunal de la jeunesse de Bruxelles du 23 mars 1993 ou du 4 juin 1996 prononçant l'adoption de l'enfant en faveur du couple ou celle du Tribunal de la jeunesse de Turnhout du 4 octobre 2001, R. W. 2001, n° 6 du 6 octobre 2001 : VARONE F. et SCHIFFINO N., *Politique de la procréation médicalement assistée en Belgique : un paradis bioéthique ?*, in VARONE F. et SCHIFFINO N. (Dir.), *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, BRUYLANT, 2003, p. 25. V. cependant *supra*, l'affaire Donna dans laquelle le père biologique n'a pu obtenir la garde de l'enfant qui a été adopté par couple néerlandais et ne bénéficie que d'un droit de visite, n° 143.

<sup>30</sup> Loi n° 3089 du 19 décembre 2002 *sur l'assistance médicale à la procréation humaine*, entrée en vigueur le 23 décembre 2002, complétée par la loi n° 3305 du 27 janvier 2005 *sur la mise en œuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée*, entrée en vigueur le 27 février 2005.

<sup>31</sup> L'inscription du nom de la mère intentionnelle en tant que mère juridique de l'enfant sur les actes d'état civil est également une pratique courante dans certains États des États-Unis d'Amérique, comme la Californie (v. par exemple, CA Paris, 25 octobre 2007, préc.).

<sup>32</sup> Article 8, La loi n° 3089/2002 *sur l'assistance médicale à la reproduction humaine*

<sup>33</sup> NAST C., *Établissement de la filiation et maternités de substitution dans certains États membres de la CIEC*, 7<sup>ème</sup> Congrès de l'Association des officiers de l'état civil, 14 et 15 mai 2007, disponible sur le site internet de la Commission internationale de l'état civil (<http://www.ciecl.org/index.htm>).

personnelle de la mère au jour de la naissance. Par conséquent, si une française résidant en Grèce a judiciairement été autorisée à recourir à une mère porteuse, la filiation de l'enfant qui en est issu ne peut pas être établie à son égard. La mère de cet enfant est nécessairement celle qui en est accouchée.

La maternité peut être contestée au moyen d'une action qui doit être exercée dans un délai de six mois à compter de la naissance par la mère présumée ou par la femme gestatrice. Doit être apportée la preuve que l'enfant est issu biologiquement de la femme qui l'a porté. Une fois la décision judiciaire devenue irrévocable, l'enfant a rétroactivement pour mère légale la gestatrice<sup>34</sup>.

**416 Filiation paternelle.** S'agissant de la filiation paternelle de l'enfant, elle est établie à l'égard du mari de la mère, si celle-ci est mariée, conformément au droit commun<sup>35</sup>. Si le couple n'est pas marié, le consentement du concubin à la maternité de substitution vaut reconnaissance<sup>36</sup>.

**417 Critiques.** On ne peut que s'opposer à l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant au moyen de l'indication de la mère intentionnelle dans son acte de naissance. Priver la mère porteuse *ab initio* de tout droit sur le futur enfant dont elle va accoucher est peu respectueux de ses intérêts et occulte les circonstances qui ont entouré la naissance de l'enfant. Ce système ne préserve pas véritablement les droits de la mère porteuse. En effet, comment celle-ci pourrait donner un consentement éclairé avant même que ne débute la grossesse ? D'autres États ont admis la gestation pour autrui, tout en maintenant l'adage « *mater semper certa est* ». La mère porteuse est désignée comme mère juridique de l'enfant, solution qui nous paraît davantage conforme à l'intérêt de l'enfant et à celui de la mère porteuse.

---

<sup>34</sup> Art. 1464 C. civ. grec

<sup>35</sup> Il s'agit d'une application classique de la présomption de paternité (art. 1465 C. civ. grec), v. *supra*, n<sup>os</sup> 45 et s.

<sup>36</sup> Art. 1475 C. civ. grec.

## 2. Le droit britannique : le maintien du critère de l'accouchement et le renoncement par la mère porteuse aux prérogatives parentales

**418 Filiation.** La législation britannique (« *Human fertilisation and Embryology Act* ») ne relève pas de la même logique que le droit grec. Est déclarée mère légale de l'enfant la femme qui en a assuré la gestation. La filiation paternelle est établie selon que la mère porteuse est ou non mariée au moment de la conception de l'enfant. Dans cette seconde hypothèse, c'est son mari (et non le père intentionnel même si l'enfant a été conçu à partir de ses gamètes) qui est considéré comme le père légal de l'enfant, sauf à démontrer qu'il n'a pas donné son consentement à l'implantation de l'embryon ou l'insémination<sup>37</sup>. En raison de pratiques divergentes, le nom du père intentionnel peut être parfois inscrit sur l'acte de naissance de l'enfant<sup>38</sup>.

**419 Renonciation par la mère porteuse à ses droits parentaux et prononcé d'une ordonnance parentale (« *parental order* »).** Le couple bénéficiaire peut solliciter le prononcé d'une ordonnance parentale (« *parental order* »), c'est-à-dire une décision par laquelle les droits parentaux leur sont conférés<sup>39</sup>. Cette décision leur permet d'exercer les prérogatives parentales sur l'enfant. Il y aurait environ quarante demandes de ce type par an au Royaume-Uni<sup>40</sup>. La mère porteuse doit donner un consentement libre et éclairé au transfert des prérogatives parentales<sup>41</sup>. Le consentement est inefficace s'il intervient moins de six semaines après la naissance de l'enfant<sup>42</sup>. La demande doit être effectuée dans les six mois qui suivent la naissance<sup>43</sup> et à condition que l'enfant vive auprès du couple bénéficiaire<sup>44</sup>. L'un ou l'autre des membres du couple doit résider sur le territoire anglais<sup>45</sup>. Lorsque le couple n'y réside pas, l'ordonnance parentale ne peut pas être sollicitée. Le cas

---

<sup>37</sup> « *Human fertilisation and embryology Act 2008* », s 35. V. par exemple, G, Re [2007] EWHC 2814 (Fam) (28 November 2007).

<sup>38</sup> NAST C., art. préc. : soit le nom du mari de la mère porteuse est indiqué dans l'acte, soit celui de l'homme commanditaire.

<sup>39</sup> Peuvent solliciter une telle décision un couple marié, un couple engagé dans un partenariat enregistré ou deux personnes vivant ensemble de façon durable et dont l'union ne serait pas prohibée en raison d'un empêchement à mariage (« *Human fertilisation and embryology Act 2008* », s 54, (2)).

<sup>40</sup> CRETNEY S., MASSON J. M. et BAILEY-HARRIS R., *Principles of family law*, préc., p. 855.

<sup>41</sup> « *Human fertilisation and embryology Act 2008* », s 54, (6).

<sup>42</sup> « *Human fertilisation and embryology Act 2008* », s 54, (7).

<sup>43</sup> « *Human fertilisation and embryology Act 2008* », s 54, (3).

<sup>44</sup> « *Human fertilisation and embryology Act 2008* », s 54, (4), (a). Les époux doivent, tous les deux, être âgés d'au moins dix-huit ans au moment où la demande d'ordonnance est acceptée (s 54, (5)).

<sup>45</sup> « *Human fertilisation and embryology Act 2008* », s 54, (4), (b).

s'est d'ailleurs posé dernièrement en jurisprudence<sup>46</sup>. En 2005, un couple de ressortissant turcs domicilié en Turquie, M. et Mme G., a conclu un arrangement de procréation et de gestation pour autrui avec une mère porteuse britannique, Mme J. L'enfant, né en septembre 2006, est remis à M. et Mme G. qui s'en sont occupés depuis lors sur le territoire de la Grande-Bretagne. Dans l'acte de naissance de l'enfant a été désignée comme mère, Mme J. et comme père, M. G. Les parents intentionnels ont sollicité une ordonnance parentale. Comme ils n'étaient pas résidents britanniques, ils ne pouvaient pas en bénéficier<sup>47</sup>. Dès lors, la Haute Cour de Justice a tenté de trouver une solution à ce casse-tête juridique en recherchant la solution légale qui faciliterait l'adoption de l'enfant par les requérants dans leur pays<sup>48</sup>. Les juges ont envisagé, pour les écarter, les différentes possibilités qui s'offraient à eux : ordonnance de résidence (« *residence order* », v. *infra*, n<sup>os</sup> 624 et s.), droit de garde spécial (« *special guardianship order* », v. *infra*, n<sup>o</sup> 637) ou adoption (« *convention adoption order* »)<sup>49</sup>. C'est sur le fondement de la législation de 2002 (« *Adoption and Children Act* » de 2002, s. 84) qu'une solution a été trouvée. La Haute Cour de Justice peut octroyer la responsabilité parentale sur l'enfant aux personnes ayant l'intention de l'adopter conformément aux dispositions d'un pays étranger<sup>50</sup>. Cette décision, reconnue en Turquie, a pour effet de faire cesser la responsabilité parentale à l'égard d'autres personnes (en l'espèce la mère porteuse) et est apparue aux yeux des magistrats comme l'issue la plus favorable pour l'enfant<sup>51</sup>.

Une fois le transfert des prérogatives parentales opéré, un nouvel acte de naissance est établi. Sur cet acte, la femme qui a bénéficié de l'ordonnance parentale est inscrite en tant

---

<sup>46</sup> Décision de la Haute Cour de Justice du 28 novembre 2007, préc.

<sup>47</sup> Les juges ont considéré que le très court séjour du couple pour faciliter l'arrangement et prendre soin de l'enfant ne pouvait être assimilé à une domiciliation.

<sup>48</sup> Au vu des auditions, il semblerait que des ordonnances parentales aient déjà été prononcés alors même que la condition relative au domicile n'était pas remplie. Selon les magistrats, de telles décisions ne sont pas conformes à la législation : *Surrogacy loophole that let 20 babies be taken abroad*, *The Guardian*, 5 décembre 2007.

<sup>49</sup> Les deux premières options ont été rejetées, dans la mesure où la mère porteuse aurait toujours été la mère légale de l'enfant et serait restée titulaire de la responsabilité parentale. L'adoption devait, par ailleurs, être exclue notamment en raison de l'absence de domicile au Royaume-Uni des futurs adoptants.

<sup>50</sup> Aucune condition relative au domicile ou à une résidence au Royaume-Uni n'est exigée. L'enfant doit simplement avoir vécu pendant dix semaines avec les personnes souhaitant en bénéficier. Tout enfant né sur le territoire britannique ne peut être déplacé dans un État étranger sans décision de justice (sauf si ses parents en ont juridiquement le droit, ce qui n'était pas le cas en l'espèce).

<sup>51</sup> Depuis cette décision, l'association qui s'était chargée d'aider les parents intentionnels turcs dans leurs démarches, refuse d'offrir ses services aux couples non-britanniques : [www.surrogacy.org.uk/sur-world.htm](http://www.surrogacy.org.uk/sur-world.htm).

que mère. L'acte de naissance originaire de l'enfant est annulé. Si les conditions de l'ordonnance parentale ne sont pas remplies<sup>52</sup>, le couple bénéficiaire peut solliciter l'adoption de l'enfant. Toutefois, cette procédure est plus lourde<sup>53</sup>. A défaut, ils peuvent demander à ce que la résidence de l'enfant leur soit confiée au fin de sécuriser sa situation (v. *infra*, n<sup>os</sup> 624 et s.).

**420 Avantages.** La législation britannique semble plus protectrice des droits de la femme qui a assuré la gestation de l'enfant, puisque c'est après la naissance qu'elle décide de renoncer à ses droits parentaux. On peut donc espérer que son consentement soit davantage éclairé. L'acte de naissance originaire est annulé mais n'est pas détruit, ce qui permet à l'enfant, une fois sa majorité acquise, d'en obtenir une copie indiquant le nom de celle qui en est accouchée. Cependant, certaines difficultés subsistent, par exemple en cas de refus de la mère porteuse de confier l'enfant aux parents intentionnels.

**421 Refus de la mère porteuse de confier l'enfant aux parents intentionnels.** L'accord relatif à la maternité de substitution ne lie pas la mère porteuse et celle-ci peut décider à tout moment de ne pas confier l'enfant aux parents intentionnels<sup>54</sup>. Un accord amiable peut alors être trouvé<sup>55</sup> ou, à défaut, une intervention judiciaire est nécessaire. Dans une affaire récente, il a été jugé que l'enfant devait être confié au père biologique et à son épouse. En l'espèce, M et Mme J. avait eu recours aux services de Mme P. qui était mariée. Celle-ci leur avait fait croire qu'elle avait fait une fausse-couche. Ce n'est que quelques mois après la naissance que le couple a appris que Mme P. leur avait menti et qu'un enfant était né. Il est apparu lors des enquêtes ordonnées en première instance que Mme P. n'avait jamais eu l'intention de remettre l'enfant aux parents intentionnels. Son mari ayant subi une vasectomie, le couple était dans l'incapacité de procréer. Mme P. a alors proposé ses services en tant que mère porteuse afin de satisfaire son désir d'enfant. Nonobstant le fait

---

<sup>52</sup> Tel est le cas si la mère porteuse ne renonce pas à ses prérogatives parentales, si le délai est expiré, si l'enfant n'est conçu avec aucun gamète du couple...

<sup>53</sup> Intervention des autorités locales devant notifier le projet, investigations portant sur le projet d'adoption ainsi que sur le bien-être de l'enfant, incertitude quant à la décision des juges (il est nécessairement dans l'intérêt de l'enfant que l'adoption soit prononcée, les juges se sentant généralement tenus par le fait accompli), CRETNEY S., MASSON J. M. et BAILEY-HARRIS R., *op. cit.*, p. 862.

<sup>54</sup> « *Surrogacy Arrangements Act 1985* », s. 1 A.

<sup>55</sup> *White surrogate mother breaks silence on bearing Asian baby*, The Times, 24 février 2008. Dans cette affaire, qui s'est déroulée en 2007, les enfants ont été remis aux parents intentionnels après un arrangement à l'amiable.

qu'elle et son mari se soient bien occupés du garçon pendant ses dix-huit premiers mois, celui-ci a été judiciairement confié à son père biologique et à son épouse en première instance<sup>56</sup>. Le juge, Mr Justice Coleridge, s'est en grande partie fondé sur l'attitude déloyale de la mère porteuse pour déterminer lequel des deux couples étaient le mieux à même de s'occuper du jeune garçon. Mme P. a fait appel de cette décision et a conservé la garde de l'enfant jusqu'à ce que la Cour d'appel se prononce définitivement et rejette sa demande<sup>57</sup>. Elle et son mari bénéficient toutefois d'un droit de visite régulier. Ce n'était pas la première fois que Mme P. usait de ce stratagème pour avoir un nouvel enfant. Elle avait de la même façon caché à un autre couple la naissance d'une petite fille, âgée de presque quatre ans au moment de la découverte<sup>58</sup>. Le père biologique de l'enfant et son épouse n'ont pas sollicité d'ordonnance parentale, mais un simple droit de visite. Un accord amiable a, par la suite, été trouvé entre les parents intentionnels et la mère porteuse, celle-ci s'engageant le moment opportun, à informer l'enfant de l'existence de son père biologique et à permettre des rencontres entre eux. Suite à cette affaire, le juge ayant rendu en première instance la décision relative aux époux J. a demandé instamment aux agences s'occupant de la maternité de substitution de redoubler de vigilance et s'est interrogé sur la possibilité de créer une autorité centrale, chargée de surveiller les accords de maternité de substitution<sup>59</sup>. Ces situations semblent néanmoins marginales. Il peut également arriver que les parents intentionnels abandonnent l'enfant<sup>60</sup>.

**422 Absence de renonciation par la mère porteuse à ses droits parentaux.** Il est possible que la mère porteuse remette l'enfant aux parents intentionnels, mais ne renonce pas à ses droits parentaux. Elle reste la mère juridique de l'enfant et est titulaire de l'autorité parentale, alors même que celui-ci est élevé par les parents intentionnels. La Cour de cassation a eu à juger d'une telle affaire dont les conséquences étaient pour le moins aberrantes<sup>61</sup>: un couple de Français, dont la femme n'était pas stérile mais ne

---

<sup>56</sup> Re S (Surrogacy: Residence) Coleridge J. ; Family Division; 10 juillet 2007, Fam. Law 2007, 1135 ; *Surrogate mother kept money and the children*, The Times, 31 octobre 2007.

<sup>57</sup> N (a child), Re V [2007] EWCA Civ 1053 (25 July 2007).

<sup>58</sup> C'est la plus âgée des enfants de Mme P. qui a fait éclater au grand jour la tromperie de sa mère.

<sup>59</sup> *Judge warns agencies after surrogate mother dupes couples to keep babies*, The Guardian, 31 octobre 2007.

<sup>60</sup> *June, mère porteuse, veut récupérer sa fille*, Le Parisien, 15 décembre 2004.

<sup>61</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 avril 2003, Dr. fam. 2003, comm. n° 143, note MURAT P. ; LPA 29 octobre 2003, n° 216, p. 10, note MASSIP J. ; RJPF-2003-7.8/40, note BLANC A.-M.

pouvait mener à terme une grossesse, a décidé de traverser la Manche pour bénéficier des services d'une mère porteuse anglaise. Des jumeaux, nés en septembre 1997, sont remis au couple. Conformément au droit anglais, leur filiation est établie à l'égard du père intentionnel et de la mère porteuse. De retour en France, les enfants sont élevés par les époux, sans que leur mère juridique ne les revoie ni ne demande de leurs nouvelles. Le père a introduit en 2000 une action en retrait de l'autorité parentale à l'encontre de la mère anglaise, cette dernière consentant à la procédure. Le tribunal de grande instance, confirmé par la Cour d'appel de Rouen, a rejeté la demande. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que les conditions d'application de l'article 378-1 du Code civil n'étaient pas remplies en l'espèce. Le retrait total de l'autorité parentale peut être prononcé si le parent se comporte de façon répréhensible. En l'espèce, le comportement maternel pouvait s'analyser en un « *défaut de soins ou manque de direction* »<sup>62</sup>. Mais ce n'est qu'à la condition que ce comportement « *mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant* ». Or, comme il a pu être constaté en l'espèce, les enfants ne sont manifestement pas mis en danger par le défaut de soin<sup>63</sup>. Cette solution est logique et reprend la jurisprudence constante en la matière. Ce n'est pas en tant que tel le comportement parental qui justifie la demande, mais les conséquences que celui-ci pourrait avoir sur les enfants (v. *supra*, n° 179). La solution aurait été identique s'il n'avait pas été fait recours à une mère porteuse<sup>64</sup>. La portée de cette décision aurait, en l'espèce, été essentiellement symbolique. Certes, le consentement de la mère juridique à l'adoption des enfants n'aurait plus été requis. Mais, étant donné que celle-ci avait consenti à la demande de retrait, on ne voit pas très bien pour quelle raison elle aurait opposé un refus à leur adoption par l'épouse du père. Cette solution est cruelle pour la mère intentionnelle dont les ovocytes ont permis la conception des enfants. C'est notamment parce qu'elle se substitue parfaitement à leur mère juridique et que les enfants ne semblent pas souffrir de cette situation que la mesure de retrait ne peut être prononcée<sup>65</sup>. Selon les termes d'un auteur commentant l'arrêt, « *l'affaire illustre l'impasse juridique dans laquelle se trouvent,*

---

<sup>62</sup> Art. 378-1 al. 1<sup>er</sup> C. civ.

<sup>63</sup> « *Mais qu'il n'était pas démontré en l'espèce que ce défaut d'intérêt ait mis manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité des deux enfants* ».

<sup>64</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 juillet 1999, Dr. fam. 2000, comm. n° 4, note MURAT P.

<sup>65</sup> Une enquête, diligentée par les gendarmes, « *démontrait au contraire que les mineurs évoluaient tout à fait favorablement, qu'ils paraissaient en bonne santé morale et physique et qu'un retrait d'autorité parentale n'était donc pas justifié* ».

en France, les parents qui ont recours aux services d'une mère porteuse »<sup>66</sup>. Les enfants bénéficient d'une filiation bilinéaire et chacun de leurs parents est titulaire de l'autorité parentale<sup>67</sup>. Cependant, la mère juridique des enfants ne l'exerce pas, alors même que la mère intentionnelle, qui ne peut se prévaloir d'une quelconque prérogative parentale, exerce une véritable parentalité dans les faits. Une délégation de l'autorité parentale pourrait être envisagée (v. *infra*, n<sup>os</sup> 558 et s.), mais cette solution ne serait qu'imparfaite. C'est pour cette raison qu'il convient de s'interroger sur l'opportunité de permettre la création d'un lien de parenté entre la mère intentionnelle et l'enfant qu'elle élève dans les faits.

### C. La création d'un lien de parenté entre l'enfant et la mère intentionnelle dans l'hypothèse d'une admission de la gestation pour le compte d'autrui en droit français

**423 Raisonement.** L'opinion de la société française semble avoir évolué s'agissant de la maternité de substitution puisqu'aujourd'hui, 53% des Français y seraient favorables et l'assimilent aux autres techniques de procréation médicalement assistée<sup>68</sup>. Par ailleurs, il devient urgent de clarifier la situation juridique de l'enfant tant à l'égard de celle qui l'a mis au monde que de celle qui partage dans les faits les prérogatives parentales avec le père. Nous nous sommes déjà prononcée pour une évolution tendant à l'admission de la gestation pour le compte d'autrui en droit français (v. *supra*, n<sup>os</sup> 145 et s.). Elle pourrait résulter d'un élargissement des techniques d'aide médicale à la procréation. En l'absence d'une légalisation, il paraît impossible d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de la mère intentionnelle, dans la mesure où les circonstances entourant la naissance de l'enfant ne peuvent être dissociées de la création du lien de parenté. Mais si une telle modification de la loi française était entreprise, il conviendrait de déterminer la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse. Plusieurs solutions sont envisageables, mais un certain nombre d'entre elles doit être rejeté (1). La position retenue par le Royaume-Uni semble la plus respectueuse des droits de la mère porteuse et de l'enfant. Elle pourrait être source d'inspiration en France. En effet, doit être désignée à la naissance comme la mère juridique

---

<sup>66</sup> MASSIP J., note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 avril 2003, préc.

<sup>67</sup> Les deux parents juridiques des enfants sont titulaires de l'autorité parentale qu'ils exercent en principe conjointement (art. 372 C. civ.).

<sup>68</sup> LABBEE X., note sous TGI Lille, 22 mars 2007, art. préc.

de l'enfant celle qui en est accouchée (2), tout en permettant par la suite le prononcé de son adoption par la mère intentionnelle (3).

### 1. L'inopportunité d'un certain nombre de solutions

**424 Indication du nom de la mère intentionnelle dans l'acte de naissance.** A l'instar de la législation grecque, on pourrait imaginer que la mère intentionnelle soit inscrite comme mère légale dans l'acte de naissance de l'enfant. Mais nous avons déjà soulevé l'absence de garanties relativement aux droits de la mère porteuse et l'occultation des origines de l'enfant (v. *supra*, n° 417).

**425 Adoption plénière prénatale.** Plusieurs reproches peuvent être formulés à l'encontre d'une adoption prénatale par les parents intentionnels qui modifierait profondément la nature de l'adoption. Admettre l'adoption d'un embryon ne reviendrait-il pas alors à opérer un véritable détournement de l'institution ? L'adoption ne peut porter que sur un enfant, c'est-à-dire qu'elle ne peut avoir lieu qu'après sa naissance. Selon l'article 4 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993, les autorités compétentes de l'État d'origine doivent s'assurer que le consentement de la mère n'a été donné qu'après la naissance de l'enfant<sup>69</sup>. A défaut, l'adoption ne peut en principe avoir lieu. La Convention européenne *relative à l'adoption des enfants* telle que révisée en novembre 2008 prévoit pareillement que le consentement de la mère n'est valable que s'il est donné après la naissance. De plus, les États membres doivent prévoir un délai qui ne doit pas être inférieur à six semaines et durant lequel le consentement ne peut intervenir. A défaut d'un tel délai, le consentement ne peut être donné que si la mère a « *pu se remettre suffisamment des suites de l'accouchement* »<sup>70</sup>. Il faut également souligner que seuls les parents légaux de l'enfant peuvent consentir à l'adoption de l'enfant. Or, la mère porteuse devrait donner son consentement, alors même que sa maternité ne serait pas établie. De plus, il ne peut en principe y avoir d'accord entre les futurs adoptants et les parents de naissance. L'enfant de moins de deux ans doit avoir été remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un

---

<sup>69</sup> Convention de La Haye du 29 mai 1993 *sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*.

<sup>70</sup> Convention européenne *en matière d'adoption des enfants*, révisée le 27 novembre 2008, art. 5 § 5. En l'absence de délai exprès, c'est l'autorité compétente qui détermine le moment où le consentement de la mère peut intervenir.

organisme autorisé pour l'adoption (art. 348-5 C. civ.). A défaut, le consentement des parents par le sang est privé d'effet. Cette disposition tend à lutter contre les trafics d'enfants adoptables. Si l'adoption avait lieu avant la naissance de l'enfant, comment s'assurer que celui-ci est bien issu d'une maternité de substitution et qu'il ne s'agit pas d'un abandon ne respectant pas les règles légales de l'adoption ? Par ailleurs, l'adoption plénière n'est ouverte qu'aux couples mariés. Les couples de concubins en seraient donc exclus. Enfin, le prononcé de l'adoption plénière empêcherait l'enfant d'accéder à ses origines et de connaître les circonstances de sa naissance. Si l'adoption prénatale peut être une solution rassurante pour les parents intentionnels, elle pourrait entraîner une faille dans la lutte contre le trafic d'enfants adoptables et doit donc être exclue. Une telle solution supposerait une importante modification du droit de l'adoption alors même qu'elle ne concernerait qu'un très faible nombre d'enfants.

**426 Mode spécifique d'établissement de la filiation.** Le rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires sociales et de la commission de Lois du Sénat préconise un autre moyen pour établir la filiation de l'enfant<sup>71</sup>. Il est proposé qu'à la naissance la mère porteuse dispose d'un délai de trois jours pour décider d'être la mère légale de l'enfant. Si elle n'émettait pas ce souhait, la filiation de l'enfant serait établie à l'égard des parents intentionnels par leur inscription dans les registres de l'état civil en exécution de la décision de justice autorisant le transfert d'embryons.

Plusieurs critiques peuvent être formulées à l'encontre de ce choix. Tout d'abord, il nous semble que le délai de trois jours, correspondant au délai légal de déclaration de la naissance, est très bref. Il n'est pas sûr qu'il permette à la mère porteuse de consentir de façon éclairée à la décision et serait en contrariété avec les Conventions précitées. On peut le comparer au délai six semaines imposé au Royaume-Uni (v. *supra*, n° 420). En outre, il s'agirait d'un nouveau mode d'établissement de la filiation. L'inscription du nom de l'homme non-marié dans l'acte de naissance de l'enfant ne permet jamais l'établissement de sa paternité. Même dans le cadre des procréations médicalement assistées avec donneur, la paternité suppose un comportement positif de l'homme. A défaut, une action judiciaire doit être engagée. Son seul consentement à l'assistance médicale à la procréation est

---

<sup>71</sup> *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, rapp. préc., p. 79.

insuffisant pour établir sa paternité. Quant à la paternité de l'homme marié, c'est l'existence du mariage qui permet de donner effet à l'indication de son nom dans l'acte de naissance, au moyen de l'application de la présomption de paternité. Il s'agirait donc d'un nouveau mode d'établissement de la filiation paternelle. S'agissant de la filiation maternelle, il est pour le moins incongru de permettre une telle disposition de l'état civil de l'enfant. Si la mère porteuse souhaite être sa mère légale, elle le devient ; à défaut ce sera la femme ayant obtenu l'autorisation judiciaire. « *Quel redoutable pouvoir ! Jusqu'ici, la mère pouvait seulement renoncer à sa maternité par exemple en abandonnant son enfant ou en accouchant sous X, mais pas décider de la transmettre ou non, en plongeant dans le bonheur ou au contraire, dans le désespoir une mère " intentionnelle ", subordonnée à sa volonté...* »<sup>72</sup>. Le cas échéant, l'inscription de la mère intentionnelle en tant que mère légale dans l'acte de naissance découlerait de l'autorisation judiciaire de transfert d'embryon qui devrait être présentée à l'officier de l'état civil. Ce mode d'établissement de la filiation est également inconnu du droit français. On ne peut que reprocher à cette solution de ne pas sécuriser la situation juridique de l'enfant, dans la mesure où il est impossible de prévoir quel sera son état civil avant l'expiration du délai de trois jours suivant sa naissance. En outre, il nous semble qu'elle brouille profondément les repères traditionnels du droit positif de la filiation et de l'adoption. Dans l'hypothèse où la mère porteuse souhaiterait être la mère légale, sa volonté primerait sur la décision judiciaire qui aurait, le cas contraire, permis d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de celle en faveur de laquelle elle aurait été rendue. Il serait inopportun de mettre en place un système dans lequel une décision de justice fondant l'établissement de la filiation d'un enfant pourrait être contrariée par une simple volonté individuelle.

Les solutions proposées ne sont pas exemptes de critiques. L'étude de la législation britannique nous fait privilégier le maintien du critère de l'accouchement pour désigner la mère de l'enfant né suite à une gestation pour le compte d'autrui.

---

<sup>72</sup> LARRIBAU-TERNEYRE V., « *Qui est la mère ?* », Dr. fam. 2008, repère n° 8.

## 2. L'établissement de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui

**427 Plan.** Si le critère de l'accouchement n'est pas à l'abri de tout reproche **(a)**, son maintien semble néanmoins préférable dans l'hypothèse de la gestation pour le compte d'autrui. Doivent être envisagées les modalités pratiques de l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse **(b)**.

### *a. Réflexions sur le maintien du critère de l'accouchement dans la détermination et l'établissement de la maternité*

**428 « Mater semper certa est ».** Selon cet adage, c'est l'accouchement qui désigne la mère<sup>73</sup>. Par conséquent, en cas de maternité de substitution, la filiation maternelle de l'enfant ne peut être établie qu'à l'égard de la mère porteuse, quand bien même l'embryon aurait été conçu avec les gamètes de la mère intentionnelle. Le critère de l'accouchement a fait l'objet de critiques, dans la mesure où il peut paraître anachronique au regard du développement des techniques d'assistance médicale à la procréation<sup>74</sup>. Il est peut-être en effet excessif d'affirmer que l'accouchement désigne automatiquement et à lui seul la mère juridique d'un enfant. Le postulat selon lequel l'accouchement fait la mère appelle en effet plusieurs remarques.

**429 Reconnaissance progressive.** Avant l'ordonnance du 4 juillet 2005, la filiation maternelle de l'enfant né hors mariage supposait une reconnaissance au même titre que la filiation paternelle<sup>75</sup>. Cette nécessité venait contredire l'adage « *mater semper certa est* » (v. *supra*, n° 41). En effet, dans l'esprit de l'arrêt Marckx, la simple indication de son nom

---

<sup>73</sup> Cependant, la loi du 20 novembre 2007 *relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile* a instauré un nouveau critère de détermination de la maternité non fondé sur l'accouchement (TERRE F., *Les chemins de la vérité. Sur les tests ADN*, JCP éd. G 2008, I, 100). Sous réserve de la parution du décret d'application, la preuve de la filiation maternelle du demandeur à l'obtention d'un visa devrait pouvoir être faite au moyen d'une identification par empreintes génétiques (art. L 111-6 al. 1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile). Cette preuve n'est cependant requise qu'en l'absence d'acte de l'état civil ou en cas de doute sérieux sur son authenticité qui n'aurait pu être levé par l'existence d'une possession d'état. La maternité est alors fondée sur la réalité génétique.

<sup>74</sup> BANDRAC M., *Réflexions sur la maternité*, Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p. 30 : « *s'il en résulte que la preuve de l'accouchement est de nature à établir la maternité, il n'en résulte aucunement que ce fait soit l'essence même du lien, et l'on ne saurait sérieusement soutenir que les rédacteurs du Code civil aient entendu trancher en réglant la preuve comme ils l'ont fait, un problème de fond dont ils n'avaient pas la moindre idée* ».

<sup>75</sup> Par exception à ce principe, la filiation maternelle se trouvait établie par la désignation d'une femme mariée en qualité de mère dans les cas où la présomption de paternité était écartée (anciens art. 313 al. 1, 313-1 et 313-2 C. civ.).

dans l'acte de naissance aurait dû suffire à établir sa maternité. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a entendu mettre en conformité le droit de la filiation avec cette jurisprudence en permettant l'établissement de la filiation maternelle par la simple indication du nom de la mère dans l'acte de naissance. Néanmoins, le fait brut de l'accouchement n'établit pas en lui-même la maternité de la femme. Il doit être conforté par un acte de volonté. L'ordonnance de 2005 a certes facilité l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de celle qui vient d'en accoucher en donnant plein effet à l'indication de son nom dans l'acte de naissance. Mais cet établissement repose sur sa volonté présumée, tacite. A défaut d'une telle inscription, une reconnaissance, manifestation expresse de sa volonté, est nécessaire.

**430 Accouchement sous X.** Si l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant peut se faire par la simple désignation du nom de la mère dans l'acte de naissance, cette désignation n'est pas obligatoire en droit français contrairement à la majorité des législations européennes (v. *supra*, n° 42). La mère peut toujours décider de se soustraire aux conséquences juridiques de sa maternité en demandant le secret sur son identité lors de l'accouchement. Dans une telle hypothèse, la filiation maternelle de l'enfant n'est pas établie à son égard. L'accouchement ne suffit alors pas à faire la mère. Cependant, la récente abrogation de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous X (v. *infra*, n° 473 et s.) a modifié cette appréhension. Si l'enfant parvient à identifier la mère et rapporter la preuve qu'il est celui dont la mère prétendue est accouchée, la maternité de celle-ci peut être établie malgré la demande de secret (art. 325 C. civ.).

**431 Filiation et vérité biologique.** Il peut être reproché au critère de l'accouchement de ne pas toujours permettre de déterminer quelle est la mère génétique de l'enfant<sup>76</sup>. Cependant, le droit français n'a jamais totalement réduit la filiation à une donnée purement génétique. La réforme entreprise par l'ordonnance va également dans ce sens en enfermant

---

<sup>76</sup> Cela a pu faire dire à un auteur qu' « *au demeurant, à moins de prétendre que la conception génétique n'est que pour la paternité – ce qui serait une discrimination injustifiée – il ne paraît guère admissible de cantonner la fonction de mère à celle de gestatrice* » : RUBELLIN-DEVICHI J., note sous CA Rennes, 4 juillet 2002, préc. Il est vrai que la vérité biologique est prépondérante s'agissant de l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant. La possibilité de recourir, de droit, à l'expertise biologique, en est la parfaite illustration.

l'action en contestation de la filiation dans un court délai lorsque le titre est conforté par une possession d'état. La réalité sociologique et affective prend alors le pas sur la vérité purement génétique. En outre, dans le cadre de la gestation pour le compte d'autrui, si la mère intentionnelle est bien à l'origine du don d'ovocyte (elle est de ce fait la mère génétique de l'enfant), la grossesse réalisée par la mère porteuse a une incidence sur le développement de l'enfant. Chacune de ces femmes participe à sa naissance. Les recherches médicales ne permettent pas à l'heure actuelle de déterminer avec certitude l'importance de la vie intra-utérine. Du point de vue sensoriel, elle semble être déterminante même si son influence exacte est encore difficilement évaluable. Les connaissances en cette matière évoluent rapidement et il est difficile d'affirmer de façon certaine que la gestation pour le compte d'autrui n'est qu'un simple « portage »<sup>77</sup>. Par exemple, il y a quelques années des chercheurs français ont découvert que le génome de la mère, via la sérotonine qu'elle produit durant la grossesse, aurait une influence dans le développement neurologique de l'embryon et du fœtus<sup>78</sup>. « *On connaît l'importance de ces relations faites de sensations communiquées de l'une à l'autre, conscientes et inconscientes, qui ne peuvent pas ne pas jouer un rôle dans le développement. Mais on ne connaît pas vraiment, sinon par des conjectures plus ou moins hasardeuses, quels sont dans le détail les voies de communication et les mécanismes par lesquels cette symbiose mère-fœtus agit sur l'affectivité et, plus généralement sur la personnalité du futur enfant* »<sup>79</sup>. La gestation et la transmission du patrimoine génétique sont les deux aspects de la maternité biologique<sup>80</sup>. Dès lors, il paraît impossible d'effacer celle qui a porté et mis au monde l'enfant.

**432 Conclusion.** Le critère de l'accouchement peut souffrir d'un certain nombre de critiques. D'une part, il n'a pas toujours été suffisant pour établir la maternité de celle qui est accouchée de l'enfant et doit encore aujourd'hui être conforté par un acte positif. D'autre part, la femme a la possibilité de se soustraire aux conséquences juridiques de l'accouchement en demandant le secret sur son identité. Cependant, l'adage « *mater*

---

<sup>77</sup> *Le développement cérébral du fœtus est sous la dépendance du génome maternel*, Le Monde, 19 décembre 2006.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> ATLAN H., *L'utérus artificiel*, Seuil, 2005, p. 117.

<sup>80</sup> *Vocabulaire juridique*, préc.

*semper certa est* » permet de dégager un critère fiable de détermination de la maternité. Par ailleurs, dissocier l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant de l'accouchement reviendrait à bouleverser entièrement le travail d'harmonisation accompli par l'ordonnance du 4 juillet 2005 et il conviendrait alors d'instaurer un régime dérogatoire spécifique à l'enfant né d'une mère porteuse. Or, modifier les règles relatives à la filiation dans cette hypothèse serait regrettable dans la mesure où peu d'enfants seraient concernés par cette disposition. De plus, elle risquerait de remettre en cause le principe selon lequel la mère de l'enfant est celle qui en est accouchée dans le cadre des procréations médicalement assistées avec don d'ovocyte. En outre, cette solution ne serait pas entièrement satisfaisante pour l'enfant. L'inscription en tant que mère du nom de la mère intentionnelle dans l'acte de naissance ne reflète pas sa véritable histoire et l'empêche d'accéder à ses origines. Enfin, la suppression de ce critère supposerait le renoncement par la mère porteuse à ses prérogatives parentales dès le début du processus de maternité de substitution, ce à quoi nous nous sommes déjà opposée. Par conséquent, la mère porteuse doit être désignée comme la mère légale de l'enfant à la naissance<sup>81</sup>. L'accouchement s'avère être un critère pertinent dans la détermination de la maternité et il convient de le maintenir dans le cadre de la gestation pour le compte d'autrui.

*b. Établissement des filiations maternelle et paternelle de l'enfant né suite à une gestation pour le compte d'autrui*

**433 Filiation maternelle.** On pourrait imaginer qu'à la naissance de l'enfant, la filiation maternelle soit établie à l'égard de la mère porteuse, que ce soit par l'indication de son nom dans l'acte de naissance ou, plus marginalement, par une reconnaissance. Conformément au droit commun, l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant à l'égard de la femme qui l'a mis au monde ne pourrait être obligatoire. Il paraît difficile d'empêcher la mère porteuse d'accoucher dans le secret, dans la mesure où rien ne la distingue de toute autre parturiente. Toutefois, la probabilité que la mère porteuse demande le secret lors de l'accouchement est infime au regard du faible nombre d'accouchements sous X ayant lieu chaque année en France. En outre, l'homme dont la paternité aurait été

---

<sup>81</sup> En ce sens, v. *Proposition pour un « livre blanc » sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation*, Comité d'experts sur le droit de la famille, Conseil de l'Europe, 2001, n<sup>os</sup> 13 et 14.

établie pourrait bénéficier de l'application de l'article 62-1 du Code civil (v. *supra*, n° 259).

**434 Filiation paternelle.** L'établissement de la filiation maternelle de l'enfant à l'égard de la mère porteuse pourrait avoir une incidence sur sa filiation paternelle. En effet, des difficultés pourraient survenir si la mère porteuse était mariée. L'indication de son nom dans l'acte de naissance, désigne, par le jeu de la présomption de paternité, son mari comme le père. Deux possibilités peuvent alors être envisagées. L'admission de la gestation pour le compte d'autrui pourrait nécessiter l'introduction d'un nouveau cas légal d'exclusion de la présomption de paternité du mari de la mère. A défaut d'une modification de la loi en ce sens, on pourrait imaginer bloquer les effets de la présomption de paternité par une reconnaissance prénatale de la part de l'homme commanditaire. Toutefois, la faveur donnée au mari de la mère par la loi de ratification de l'ordonnance entraînerait un conflit de paternités que le juge aurait la charge de trancher (v. *supra*, n° 316). Le père intentionnel étant le père biologique de l'enfant, sa paternité devrait facilement être établie après recours à une expertise biologique. En raison du conflit d'intérêt, un administrateur *ad hoc* pourrait être désigné à l'enfant<sup>82</sup>.

En tout état de cause, l'établissement de la filiation paternelle devrait obéir aux règles applicables dans le cadre des procréations médicalement assistées. Conformément à l'article 311-20 du Code civil, l'absence de reconnaissance engagerait la responsabilité de l'homme qui aurait consenti au protocole médical et sa paternité pourrait être judiciairement déclarée (v. *supra*, n°s 289 et s.). L'obligation de reconnaître l'enfant reposerait cette fois sur la vérité biologique. Elle permettrait également que l'enfant ne soit pas dépourvu de toute filiation, dans l'hypothèse d'un refus par la mère porteuse d'être indiquée en tant que mère dans l'acte de naissance de l'enfant. Les risques d'abandon seraient ainsi limités. Une action en contestation de la reconnaissance pourrait être engagée, selon les règles du droit commun, si la preuve était apportée que le consentement a été privé d'effet ou que l'enfant n'est pas issu du protocole médical. L'application des règles spécifiques relatives aux procréations médicalement assistées permettrait de trouver des solutions aux situations de maternité de substitution.

---

<sup>82</sup> Art. 388-2 C. civ.

**435 Résolution des conflits potentiels.** Une fois la filiation paternelle de l'enfant établie, le père exercerait en principe l'autorité parentale conjointement avec la mère porteuse. En cas de refus de celle-ci de confier l'enfant aux parents intentionnels, le père pourrait, conformément au droit commun, saisir le juge aux affaires familiales afin de demander l'exercice unilatéral de l'autorité parentale ou que la résidence de l'enfant soit fixée à son domicile. La présence d'un magistrat devrait garantir le respect de l'intérêt de l'enfant. Il pourrait refuser l'exercice unilatéral de l'autorité parentale sur l'enfant par le père ou le changement de résidence s'il considère que la mère porteuse, mère légale de l'enfant, doit être protégée dans l'exercice de ses prérogatives parentales. A l'inverse, le juge pourrait autoriser, voire imposer des visites entre le père, la mère intentionnelle et l'enfant, si la mère porteuse refusait tout contact. Ces rencontres pourraient être organisées dans des lieux neutres à l'image des pratiques existantes en droit commun en cas de conflit entre les parents de l'enfant. Le recours à la médiation familiale, favorisée par la loi de 2002 relative à l'autorité parentale, pourrait trouver en la matière un nouveau domaine d'application. Le recours à l'autorité judiciaire permettrait ainsi une adaptabilité du droit à des situations pouvant être vécues très différemment dans les faits.

Après avoir envisagé l'établissement de la filiation à l'égard de la mère porteuse et du père intentionnel, il convient de s'interroger sur la possibilité de créer un lien de parenté entre l'enfant et la mère intentionnelle. L'adoption simple paraît être une solution permettant de prendre en compte la configuration plurale des origines de l'enfant.

### 3. Le recours à l'adoption de l'enfant par la mère intentionnelle

**436 Adoption simple.** L'ouverture de la voie de l'adoption semble être la solution la plus conforme aux intérêts en présence<sup>83</sup>. Le recours à l'adoption simple par la mère intentionnelle respecterait la structure plurale de la famille de l'enfant. Elle permettrait de ne pas occulter la mère porteuse et tout en consacrant comme parents légaux les parents intentionnels, qui exerceraient seuls les prérogatives parentales.

---

<sup>83</sup> V. en ce sens, MASSIP J., note préc. et MURAT P., note préc. L'auteur s'interroge par ailleurs sur la compatibilité de la solution française avec la Convention européenne *des droits de l'Homme*.

**437 Inopportunité de l'adoption plénière.** L'adoption plénière est certes plus sécurisante pour la mère intentionnelle, dans la mesure où elle la consacre en tant que parent et efface définitivement la mère porteuse de la généalogie de l'enfant. Cependant, si l'on en comprend bien l'avantage pour elle, cela nécessiterait de modifier cette institution. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est possible que lorsque sa filiation est unilinéaire, lorsque l'autre parent est décédé et n'a pas laissé d'ascendant au premier degré ou si ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant ou lorsque l'autre parent s'est vu totalement retirer l'autorité parentale (v. *supra*, n<sup>os</sup> 340 et s.). Sauf à créer une nouvelle hypothèse d'adoption de l'enfant du conjoint, le prononcé de l'adoption supposerait qu'une mesure de retrait de l'autorité parentale ait été prononcée à l'encontre de la mère porteuse. Or, les conditions d'un tel retrait sont strictes (v. *supra*, n<sup>os</sup> 176 et s.). Il apparaît contestable de permettre l'adoption de l'enfant par la mère intentionnelle, alors même que la mère porteuse serait toujours en vie ou n'aurait pas eu de comportement répréhensible à l'encontre de l'enfant. De plus, nous nous sommes déjà opposée à la possibilité d'adopter plénièrement l'enfant lorsque sa parenté est bilinéaire. Par conséquent, élargir davantage ces situations et ce, même dans l'hypothèse très marginale de la gestation pour le compte d'autrui, nous paraît être en contradiction avec l'intérêt de l'enfant.

Toutefois, si la mère porteuse ne souhaitait pas être désignée comme mère juridique, rien n'empêcherait alors la mère intentionnelle de demander l'adoption plénière de l'enfant. Cependant, l'adoption plénière ne serait possible qu'en cas de mariage du couple bénéficiaire puisqu'à défaut, les liens entre l'enfant et le père seraient définitivement rompus.

**438 Modalités.** A l'image de la législation britannique, on pourrait imaginer qu'à l'issue d'un délai de six semaines à compter de la naissance, une demande d'adoption simple puisse être introduite par la mère intentionnelle devant le tribunal de grande instance. La création d'un lien de droit entre l'enfant et celle-ci serait soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Une difficulté pourrait survenir si la mère porteuse ou le père intentionnel refusaient de donner leur consentement à l'adoption. Il serait possible de passer outre à leur refus si cette décision s'avérait contraire à l'intérêt de l'enfant. En effet, lorsque le parent s'est manifestement désintéressé de l'enfant, au risque d'en compromettre la santé et la moralité, le tribunal peut prononcer l'adoption malgré son refus jugé alors

abusif (art. 348-6 C. civ.). Il a même déjà été jugé dans une affaire similaire<sup>84</sup>, que les conditions de l'article 348-6 du Code civil n'avaient pas à être vérifiées, dans la mesure où « *la naissance de l'enfant a bien été voulue et organisée dans la perspective de lui donner le statut d'enfant commun. Le mari s'est donc implicitement, mais nécessairement engagé à donner le consentement nécessaire pour que son épouse puisse en devenir la mère par adoption* »<sup>85</sup>. L'adoption simple de l'enfant par l'ex-épouse a donc été prononcée.

En cas de refus du juge de prononcer l'adoption, la mère intentionnelle pourrait bénéficier d'une reconnaissance juridique de la parentalité de fait qu'elle a exercée ou qu'elle souhaiterait légitimement continuer à exercer après la séparation du couple ou le décès du père par exemple (v. *infra*, n<sup>os</sup> 668 et s.).

**439 Adoption et indisponibilité de l'état des personnes.** La jurisprudence a régulièrement opposé à la constitution d'un lien de parenté entre l'enfant et la mère intentionnelle le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Cependant, l'adoption plénière ou simple, qu'elle soit ou non prononcée suite à une gestation pour autrui, entraîne nécessairement une modification de l'état de l'enfant. Si l'adoption de l'enfant issu d'une mère porteuse peut être refusée en raison de la contrariété de la convention avec l'ordre public français, invoquer une atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes paraît moins pertinent. De ce fait, il nous semble que si le droit français légalisait la pratique de la gestation pour le compte d'autrui, l'adoption simple de l'enfant par la mère intentionnelle pourrait être prononcée sans qu'une disponibilité de l'état de l'enfant ne puisse être invoquée.

**440 Conclusion.** Seul le juge peut être le garant des droits de l'enfant et du respect des règles françaises. Le contrôle judiciaire opéré au moment de l'adoption simple permettrait de limiter le tourisme procréatif dans la mesure où le prononcé serait subordonné au respect de l'ordre public français. Nous sommes consciente des critiques pouvant être adressées contre la solution que nous retenons. Le recours à une mère porteuse effectué à

---

<sup>84</sup> Un couple marié dont l'épouse était stérile a décidé de recourir aux services d'une femme qui après insémination avec le sperme du mari, devait porter l'embryon ainsi conçu afin de le leur remettre après la naissance. Après séparation du couple, l'ex-épouse a sollicité l'adoption de l'enfant, demande à laquelle s'est opposé le père.

<sup>85</sup> CA Poitiers, 22 janvier 1992, JCP 1992, IV, 1446.

l'étranger en application de règles contraires au droit français empêcherait la création de tout lien de parenté entre l'enfant et la mère intentionnelle. De même, la situation de la mère intentionnelle qui ne serait pas la mère gestatrice ne serait pas réglée. Cependant, comme nous l'avons déjà évoqué, celle-ci devrait davantage être considérée comme un coparent pour l'enfant. Une reconnaissance de sa parentalité pourrait être envisageable permettant une sécurisation de la configuration familiale de l'enfant malgré l'impossible recours à la parenté (v. *infra*, n<sup>os</sup> 532 et s.). La voie de l'adoption simple permettrait de redonner à celle-ci ses lettres de noblesse en réaffirmant la place de parent. « *Il est dommage que, dans l'opinion commune et en droit même, l'adoption simple soit le parent pauvre de la plénière. Si les mentalités parentales évoluaient, son essor aplanirait beaucoup de difficultés, car, si elle offre un foyer chaleureux et de premier rang, et supplante le lien du sang, elle ne l'élimine pas. Ce respect ouvre son champ de compatibilité avec d'autres conceptions* »<sup>86</sup>. L'adoption simple, en préservant la structure familiale plurale de l'enfant, permet de prendre en compte l'évolution du principe de la connaissance par l'enfant de ses origines. Par ailleurs, nous nous sommes déjà prononcée pour la mise en place d'un exercice conjoint de l'autorité parentale entre les membres d'un pacte civil de solidarité en cas d'adoption simple par l'un de l'enfant de l'autre (v. *supra*, n<sup>os</sup> 394 et s.). Si cette solution était adoptée, tout couple marié ou pacsé ayant eu recours à une mère porteuse pourrait bénéficier de l'exercice conjoint des prérogatives parentales.

A défaut d'une admission en droit français de la gestation pour le compte d'autrui, il apparaît impossible de créer un lien de parenté entre l'enfant qui en est issu et la mère intentionnelle quand bien même il serait issu de ses gamètes. L'impossibilité de dissocier les circonstances de la naissance de l'établissement la filiation est un obstacle à la reconnaissance de la parentalité que cette femme exerce en fait au moyen de la parenté. Dans l'attente d'une modification de la législation française sur ce point, d'autres solutions doivent être trouvées. A l'image de l'enfant né d'une mère porteuse, la situation de l'enfant vivant au sein d'une « famille homosexuelle » pose également des difficultés, dans la mesure où il s'avère impossible de créer un lien de filiation entre l'enfant et le concubin ou partenaire de son parent.

---

<sup>86</sup> CORNU G, *op. cit.*, n° 275.

## § 2. L'enfant vivant au sein d'un couple homosexuel

**441 Situations.** L'enfant peut être issu d'une union hétérosexuelle antérieure, avoir été adopté par un seul des membres du couple (v. *supra*, n<sup>os</sup> 79 et s.) ou conçu dans le cadre d'un projet de coparentalité homosexuelle (v. *supra*, n<sup>os</sup> 216 et s.). Enfin, il a précédemment été évoqué la possibilité pour les femmes célibataires ou en couple lesbien d'accéder aux procréations médicalement assistées dans certaines législations européennes (v. *supra*, n<sup>o</sup> 35). S'agissant des couples homosexuels masculins, le recours à une maternité pour autrui est une solution marginale, mais envisageable. Les demandes touchant à la reconnaissance de la fonction de type parental exercée dans les faits par le tiers coparent sont récurrentes<sup>87</sup>. La création d'un lien de parenté entre l'enfant et le concubin ou le partenaire du parent a régulièrement été refusée par les juridictions françaises (A), mais on peut constater qu'un accueil plus favorable est réservé à ces demandes dans certaines législations étrangères (B).

### A. L'intransigeance du droit français

**442 Exclusion des modes d'établissement de la filiation.** Le recours à une reconnaissance ou à une possession d'état peut être immédiatement exclu. Envisageables lorsque la parenté est unilinéaire, ces modes sont à écarter dans cette situation particulière. L'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de son parent empêche (sauf hypothèse de conflit de paternités) l'établissement, au moyen de ces modes, d'un second lien à l'égard d'une personne du même sexe<sup>88</sup>. Seule l'adoption est alors concevable.

**443 Adoption.** L'adoption de l'enfant du partenaire ou concubin n'est en règle générale demandée que lorsque sa filiation est unilinéaire, c'est-à-dire lorsqu'il a été conçu suite à un don anonyme de gamètes ou à une convention de maternité de substitution ou lorsqu'il a été adopté par une personne célibataire. En raison du refus opposé par la jurisprudence française à la célébration des mariages entre personnes de même sexe<sup>89</sup>, l'adoption plénière

---

<sup>87</sup> V. par exemple, MECARY C., *Homoparentalité : protection de l'enfant*, AJ fam. 2006, 398.

<sup>88</sup> En outre, la possession d'état ne peut permettre l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du coparent homosexuel, en raison d'une impossibilité biologique flagrante. En ce sens également, MILLET F., *L'homoparentalité : essai d'une approche juridique*, Defrénois 2005, 743.

<sup>89</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 mars 2007, n<sup>o</sup> 05-16627, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 113 ; D. 2007, 935, note GALLMEISTER I. ; *ibid.*, 1389, rapport PLUYETTE G., note AGOSTINI E. ; Dr. fam. 2007, n<sup>o</sup> 76, note AZAVANT M. ;

est irréalisable en ce qu'elle supprimerait tout lien de droit entre le parent par le sang et l'enfant. Le défaut de mariage entre les concubins ou partenaires a également posé des difficultés s'agissant du prononcé d'une adoption simple. Statuant en opportunité, les juges du fond français ont connu de profondes divergences (1) jusqu'à ce que la Cour de cassation se prononce explicitement sur une telle demande (2).

### 1. Des juridictions du fond partagées

**444 Prononcé d'une adoption simple.** Quelques décisions de juridictions du fond ont autorisé l'adoption par la concubine des enfants de sa compagne. La première affaire engagée devant les juridictions françaises date du début des années 2000 : Melle P. et Melle B. vivent en couple. Melle P. a mis au monde trois enfants (en 1994, 1997 et 1998) issus d'un don de sperme effectué à l'étranger. Melle P. les a reconnus à la naissance. Sa compagne a sollicité auprès du Tribunal de grande instance de Paris l'adoption simple des enfants qui est prononcée par un jugement du 27 juin 2001<sup>90</sup>. Cette adoption ayant pour effet de priver le parent d'origine de l'exercice de l'autorité parentale, Melle B. a formé alors une demande de délégation de l'autorité parentale en faveur de Melle P. à laquelle il est fait droit sur le fondement de l'article 377 du Code civil<sup>91</sup>. L'autorité parentale est donc déléguée à la mère biologique des enfants et selon l'article 377-1 alinéa 2 du Code civil, son exercice est partagé relativement aux décisions relatives aux besoins d'éducation de l'enfant. D'autres décisions ont été par la suite rendues dans le même sens, la possibilité de délégation de l'autorité parentale introduite par la loi du 4 mars 2002 (v. *infra*, n<sup>os</sup> 558 et s.) incitant les juges à accueillir les demandes, malgré l'opposition du ministère public<sup>92</sup>.

---

Defrénois 2007, 781, note MASSIP J. ; FULCHIRON H., *Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel*, D. 2007, chron., 1375.

<sup>90</sup> TGI Paris, 27 juin 2001, D. 2003, 655, note DESNOYER C. ; *ibid.*, 1941, note LEMOULAND J.-J. ; JCP éd. G 2002, I, 19, 101, note RUBELLIN-DEVICHI J. ; Dr. fam. 2001, comm. n° 116, MURAT P. ; RTD civ. 2002, 84, obs. HAUSER J. ; RDSS 2002, 121, note MONEGER F.

<sup>91</sup> TGI Paris, 2 juillet 2004, AJ fam. 2004, 361, CHENEDE F. ; Dr. fam. 2005, n° 21, note MURAT P.

<sup>92</sup> CA Bourges, 13 avril 2006, Juris-data n° 2006-322674 : « que certes Mme H par le fait de l'adoption de son fils par Mme M va se voir privée de l'exercice de son autorité parentale ; que pour autant ainsi que l'ont très pertinemment relevé les premiers juges elle conservera ses droits et devoirs résultant de la filiation naturelle en application de l'article 364 du code civil et que l'attribution de l'autorité parentale à l'adoptante, dès lors que cette dernière présente toutes garanties de prise en charge matérielle et affective de l'enfant, ne sont pas contraires à son intérêt, étant rappelé qu'il est loisible à Mme H de solliciter un partage ou une délégation d'autorité parentale désormais admise par la jurisprudence » ; CA Amiens, 14 février 2007, Juris-data n° 2007-325132, Dr. fam. 2007, comm. n° 80, note MURAT P. ; RTD civ. 2008, 97, note

**445 Refus de prononcer une adoption simple.** D'autres juridictions ont à l'inverse refusé de faire droit à de telles demandes. Cela a été notamment le cas de la Cour d'appel de Riom dans un arrêt du 27 juin 2006<sup>93</sup>. Mme B. a sollicité auprès du Tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand l'adoption simple de l'enfant de sa partenaire, Mme V. L'adoption est prononcée le 24 mars 2006<sup>94</sup>. Le procureur de la République a interjeté appel. La Cour a infirmé le jugement. Les conditions de l'adoption sont effectivement remplies dans les faits et l'homosexualité ne constitue pas en tant que telle un empêchement légal à la demande. Toutefois, l'adoption projetée est contraire à l'intérêt de l'enfant, en raison du transfert des prérogatives parentales au seul adoptant. L'adoption doit représenter pour l'enfant un intérêt « *d'ordre matériel, psychologique ou moral* ». Or, en l'espèce, son prononcé n'aurait pas eu d'incidence sur ses conditions de vie. A l'inverse, elle aurait privé Mme V. de ses droits parentaux alors même qu'elle « *présente toute aptitude pour exercer l'autorité parentale sur son fils et ne manifeste pas de rejet à cet égard* » et qu'aucun élément ne permet de craindre son décès précoce. Le transfert des prérogatives parentales pourrait avoir pour effet de créer une grave confusion et perturber l'enfant. Enfin, Mmes B. et V. ne pouvaient se prévaloir d'un exercice concurrent de l'autorité parentale, dans la mesure où cette faveur n'est accordée que si l'adoptant et le parent sont mariés, ce qui n'est pas le cas lorsqu'ils sont unis par un pacte civil de solidarité<sup>95</sup>. En effet, le Tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand avait admis l'exercice conjoint de l'autorité parentale par Mmes B. et V. en raison du lien juridique que le pacte civil de solidarité créait entre elles : « *l'adoptant pacsé doit être assimilé à un conjoint au sens de l'article 365 du Code civil et comme tel a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, de telle sorte qu'il n'y aurait pas dépouillement en*

---

HAUSER J. : « *que l'adoption sollicitée est conforme à l'intérêt d'un parent supplémentaire conformément à la réalité du cadre familial dans lequel il évolue, puisque, comme cela résulte des attestations produites, il est élevé au sein du foyer stable composé de Dominique B. et de Camille A., lesquelles ont formé le projet de l'élever ensemble et pourvoient conjointement à ses besoins affectifs et éducatifs, et est intégré à la famille de Camille A., d'autre part par le bénéfice qu'il tirera de sa double vocation successorale* ».

<sup>93</sup> CA Riom, 27 juin 2006, Juris-data n° 2006-315630 ; Dr. famille 2006, comm. n° 204, note MURAT P. ; GP 15-16 septembre 2006, p. 8, note MECARY C. ; RJPF-2006 9/41, note MECARY C.

<sup>94</sup> TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, AJ fam. 2006, 245, obs. CHENEDE F.

<sup>95</sup> En ce sens, Conseil constitutionnel, 9 novembre 1999, JO 16 novembre 1999 : le pacte civil de solidarité « *est sans incidence sur les autres titres du Livre 1<sup>er</sup> du Code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation, à la filiation adoptive et à l'autorité parentale, ensemble de dispositions dont les conditions d'application ne sont pas modifiées par la loi déferée* ». Par conséquent, seule une modification de la loi autoriserait la prise en compte du pacte civil de solidarité pour permettre une attribution commune des prérogatives parentales.

*l'espèce de l'autorité parentale, Mmes B. et V. pouvant être considérées comme investies conjointement de l'autorité parentale et de son exercice à l'égard de l'enfant.* » La Cour d'appel de Riom n'a pas retenu une telle interprétation de la loi et a refusé l'assimilation des partenaires aux conjoints.

**446 Refus d'exequatur.** La Cour d'appel de Paris a, dans un arrêt du 9 octobre 2008, refusé l'exequatur du jugement américain prononçant l'adoption d'un enfant par la partenaire de sa mère<sup>96</sup>. En l'espèce, Mme X. et Mme Y. ont conclu en 2002 un partenariat enregistré. En mars 1999, Mme Y. a donné naissance à un enfant grâce à une aide médicale à la procréation avec donneur. Mme X., de nationalité française, a sollicité son adoption devant les juridictions de l'État de Géorgie qui ont fait droit à sa demande en juin de la même année. En 2006, Mme X. a assigné le ministère public français aux fins d'obtenir l'exequatur du jugement d'adoption. Selon le droit de l'État de Géorgie, l'adoption ne rompt pas les liens entre la mère biologique et l'enfant. Or selon l'article 370-5 du Code civil, *« l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. A défaut, elle produit les effets de l'adoption simple »*. L'adoption ne pouvait dès lors produire en France que les effets d'une adoption simple. Conformément à l'article 365 du Code civil, le prononcé d'une telle adoption aurait pour conséquence de priver la mère de l'exercice de l'autorité parentale au profit de l'adoptante. Les juges ont donc considéré que cette solution ne serait pas conforme à l'intérêt de l'enfant et que l'exequatur de l'adoption serait contraire à l'ordre public international français. Comme l'a soulevé un auteur, le refus d'exequatur peut avoir des conséquences dommageables pour l'enfant, puisqu'il ne peut pas se prévaloir en France d'une obligation alimentaire à l'encontre de Mme X., de droits dans sa succession et qu'il lui est impossible d'acquérir la nationalité française sur le fondement de l'article 21-12 du Code civil<sup>97</sup>. Cette solution retenue par la Cour d'appel de Paris peut paraître sévère dans la mesure où il ne s'agissait que de laisser

---

<sup>96</sup> CA Paris, 9 octobre 2008, AJ fam. 2008, 475, obs. CHENEDE F. ; confirmant TGI Paris, 23 mai 2007, GP 2007, n° 249, p. 10, note GEOUFFRE DE LA PRADELLE G.

<sup>97</sup> GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., art. préc.

produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude aux États-Unis<sup>98</sup>. Mais cet arrêt se situe dans la droite ligne de l'actuelle jurisprudence de la Cour de cassation.

Dans son ensemble, la jurisprudence était donc relativement partagée sur cette question, les juges du fond ne sachant pas toujours comment réagir face à cette parentalité du coparent, dont la reconnaissance était demandée via la parenté.

## 2. Un refus opposé par la Cour de cassation

**447 Volonté de la mère de continuer à participer à l'éducation de l'enfant.** Par deux arrêts de principe rendus le 20 février 2007, la Haute juridiction s'est opposée à la création d'une famille homoparentale fondée sur la parenté<sup>99</sup>. Cassant un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bourges le 13 avril 2006, la Cour de cassation a censuré la violation de l'article 365 du Code civil aux motifs que « *cette adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits* ». L'adoption simple entraîne en effet l'exercice de l'autorité parentale par le seul adoptant et prive la mère d'une grande partie de ses droits (v. *supra*, n° 391). Or, selon la Cour, la volonté de la mère de continuer à élever l'enfant est un obstacle au prononcé de l'adoption. Le maintien de l'exercice de l'autorité parentale par elle doit primer sur la création d'un nouveau lien de parenté. La reconnaissance de la parentalité que la partenaire exerce dans les faits ne peut se faire au moyen de la parenté. Cette solution a par la suite été réaffirmée<sup>100</sup>.

**448 Refus d'une délégation de l'autorité parentale subséquente.** Le second arrêt, rendu par la Cour de cassation le 20 février 2007 (aboutissant au rejet du pourvoi formé

---

<sup>98</sup> En outre, le refus d'exequatur pourrait justifier une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt Wagner contre Luxembourg, les juges européens ont condamné le refus des autorités luxembourgeoises de reconnaître l'adoption prononcée valablement à l'étranger aux motifs que l'adoption par une personne célibataire est interdite en droit luxembourgeois, CEDH, 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg, préc. V. *supra*, n° 65.

<sup>99</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 février 2007 (2 arrêts), n<sup>os</sup> 04-15676 et 06-15647, Bull. civ. I, n° 70 et n° 71; Dr. fam. 2007, comm. n° 80, note MURAT P.; D. 2007, 721, note DELAPORTE-CARRE C.; *ibid.*, chron., 891, obs. CHAUVIN P.; *ibid.*, jur. 1047, note VIGNEAU D.; *ibid.*, pan. 1460, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. et *ibid.*, pan. 1561, obs. LEMOULAND J.-J. et VIGNEAU D.; AJ fam. 2007, 182, note CHENEDE F.; RTD civ. 2007, 325, obs. HAUSER J.; GAJC, n° 53-55.

<sup>100</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 février 2008, n° 07-12948, Defrénois 2008, 1119, note MASSIP J.; Dr. fam. 2008, comm. n° 59, obs. MURAT P. : l'« *adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits* ».

contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 mai 2004), complète cette solution. La Cour de cassation a apprécié l'opportunité d'une demande de délégation partielle de l'autorité parentale suite au prononcé de l'adoption simple de l'enfant. Une délégation partielle de l'autorité parentale aurait effectivement permis de parvenir à un rééquilibrage des droits parentaux entre l'adoptante et la mère en permettant le partage de l'exercice d'une partie des prérogatives parentales. Cependant, selon la Haute juridiction, la délégation est « *antinomique et contradictoire* », avec l'adoption. « *On aperçoit bien dans ces conditions que la double opération – transfert de la filiation par adoption simple compensé par une rectification des effets pervers en matière d'autorité parentale grâce à la délégation-partage – relève de l'acrobatie juridique et que les effets ordinaires de l'adoption simple sont actuellement inadaptés aux finalités poursuivies par les couples homosexuels* »<sup>101</sup>.

**449 Carence du parent.** Dans un arrêt du 19 décembre 2007<sup>102</sup>, la Cour de cassation a affiné son raisonnement : l'adoption doit être refusée lorsque la mère de l'enfant présente toute aptitude à exercer l'autorité parentale et qu'elle ne manifeste aucun rejet à son égard. Par conséquent, si la mère de naissance était dans l'incapacité de prendre les décisions relatives à l'enfant ou s'en était désintéressée et ne souhaitait plus participer à son éducation, la solution aurait peut-être été différente. Il semblerait que dans une telle situation l'adoption aurait pu être prononcée au profit de la partenaire. L'adjonction d'un lien de parenté serait dans ces conditions profitable à l'enfant. L'adoption simple telle qu'elle est ainsi envisagée par la Cour de cassation relève donc d'une logique substitutive et non additive : l'enfant peut avoir certes, deux parents juridiques si seul l'adoptant s'occupe de lui dans les faits. La Cour de cassation aurait pu retenir une autre solution et permettre qu'une délégation de l'autorité parentale soit prononcée suite à l'adoption de l'enfant par la partenaire. Il y aurait eu véritablement adjonction d'un parent : l'adoptante et la mère de naissance auraient été les parents juridiques de l'enfant et auraient exercé conjointement un certain nombre de prérogatives parentales tout en continuant à l'élever

---

<sup>101</sup> MURAT P., Dr. fam. 2007, comm. n° 80, note préc.

<sup>102</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 décembre 2007, Bull. civ. I, n° 392 ; D. 2008, 291, obs. LUXEMBOURG F. ; *ibid.*, 1028, note MAUGER-VIELPEAU L. ; *ibid.*, 1460, obs. GRANET-LAMBRECHETS F. et *ibid.*, 1561 obs. LEMOULAND J.-J. et VIGNEAU D. ; AJ fam. 2008, 75, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2008, comm. n° 28, note MURAT P. ; GP 2008, n° 208, p. 20, note X. ; RTD civ. 2008, 287, note HAUSER J.

ensemble dans les faits. Cependant, selon la Haute juridiction, ce n'est que lorsque le parent ne veut ou ne peut s'occuper de l'enfant que l'adoption peut être envisagée.

**450 Inapplicabilité de l'article 365 du Code civil.** Dans cet arrêt, la Cour de cassation a également refusé que les partenaires puissent bénéficier de la dérogation de l'article 365 du Code civil. Celui-ci permet le partage des prérogatives parentales lorsque l'adoption est prononcée au profit du conjoint du parent (v. *supra*, n° 376). Les conjoints étant, en l'état actuel de la législation française, des personnes unies par les liens du mariage, les partenaires ne peuvent y être assimilés et ce même s'ils vivent en union stable et continue. Selon la Cour, cette solution n'est pas contraire aux articles 8 et 14 de la Convention.

**451 L'ordre public comme obstacle à la parenté.** L'impossibilité de recourir aux modes classiques d'établissement de la filiation découle du caractère mono-sexué du couple parental, le ou la partenaire du parent ne pouvant effectuer une reconnaissance de complaisance. Indépendamment de cette évidence, l'impossibilité pour le partenaire d'adopter l'enfant de l'autre découle-t-il de l'orientation sexuelle du couple ? Si l'on s'en tient aux motifs des décisions de la Cour de cassation, l'orientation sexuelle du couple n'a aucune incidence sur le refus de prononcer l'adoption de l'enfant. Cette prudence rédactionnelle de la Haute juridiction s'explique par la volonté de ne pas s'attirer les foudres de la Cour européenne des droits de l'homme. Une autre solution aurait pu être jugée contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne. Néanmoins, en se fondant sur l'impossibilité d'assimiler les partenaires aux conjoints (ce qui leur permettraient de bénéficier du partage des prérogatives parentales prévues à l'article 365 du Code) et sur le refus d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe, la Cour de cassation exclut les couples homosexuels de la faculté de construire une cellule familiale stable au moyen de la parenté. Si les mêmes arguments peuvent être opposés aux couples de sexe différent, il leur est toujours envisageable de se marier et d'adopter ensuite l'enfant de l'autre. Seuls les couples homosexuels se trouvent donc définitivement dans l'incapacité d'adopter l'enfant de leur partenaire ou concubin, ce qui découle indirectement, mais indiscutablement de leur orientation sexuelle. C'est par conséquent leur comportement en tant que couple qui les empêche par ricochet de recourir à la parenté pour reconnaître juridiquement la parentalité exercée dans les faits par celui ou celle qui partage la vie du parent. S'agissant de l'impossibilité pour les couples homosexuels de se marier, la Cour de cassation n'a pas

expressément soulevé que l'union de deux hommes est contraire à l'ordre public<sup>103</sup>. Il nous semble cependant qu'il faut encore y voir une prudence rédactionnelle. En droit français, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme et il s'agit bien d'une prescription d'ordre public.

**452 Conclusion.** Aucune délégation partielle de l'autorité parentale subséquente à l'adoption n'est possible et les partenaires ne peuvent se prévaloir du partage des prérogatives parentales prévu à l'article 365 du Code civil. Par conséquent, l'adoption de l'enfant par la partenaire de la mère doit être refusée en ce qu'elle transfère les droits relatifs à l'autorité parentale au seul adoptant, dès lors que le parent de l'enfant souhaite toujours s'occuper de son éducation et qu'il a la capacité de continuer à exercer l'autorité parentale sur l'enfant<sup>104</sup>. Cette solution est conforme à l'intérêt de l'enfant, dans la mesure où le droit français ne privilégie pas le parent de l'enfant après le prononcé de l'adoption. L'utilisation de la délégation de l'autorité parentale dans cette hypothèse apparaît davantage comme un « bricolage » permettant de tempérer les effets de l'adoption simple. Par ailleurs, elle ne protège pas l'enfant en cas de séparation conflictuelle du couple, puisqu'il s'agit d'une mesure provisoire à laquelle il peut être mis fin. Le refus des juridictions françaises d'admettre indirectement la famille constituée d'un couple homosexuel et d'un enfant n'est pas une solution unanimement partagée. En effet, certains États accueillent favorablement ce type de demandes.

#### B. La bilinéarité autorisée par certaines législations étrangères

**453 Plan.** La compagne de la mère peut dans certaines circonstances être désignée comme le second parent de l'enfant (1). Mais dans la majorité des hypothèses, c'est

---

<sup>103</sup> Dans son arrêt du 13 mars 2007, la Haute juridiction a considéré que l'action du ministère public, fondée sur l'article 423 du Code de procédure civile, est recevable dans la mesure où celui-ci peut contester le mariage célébré au mépris de son opposition.

<sup>104</sup> Il est surprenant de constater que la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur le caractère illicite de la procréation médicalement assistée grâce à laquelle les enfants sont nés. L'accès aux aides médicales à la procréation aux femmes célibataires ou en couple homosexuel est fermé en droit français, mais ouvert dans un certain nombre de législations européennes (v. *supra*, n° 35), développant ainsi un tourisme procréatif en Europe. Or, eu égard au raisonnement tenu par la Haute juridiction dans les hypothèses de maternité de substitution (v. *supra*, n° 408), on aurait pu penser que l'adoption serait refusée en ce qu'elle n'est que l'ultime phase d'un processus d'ensemble dont l'illicéité en France est incontestable (v. en ce sens, DESNOYER C., note préc. ; MURAT P., note préc. Dr. fam. 2001, comm. n° 116).

l'adoption, davantage conforme à la réalité de la structure familiale dans laquelle évolue l'enfant, qui permet au tiers d'accéder à la parenté (2).

1. La désignation de la compagne de la mère comme second parent de l'enfant

**454 Québec.** Le recours aux procréations médicalement assistées est ouvert aux couples lesbiens. La filiation de l'enfant issu d'un don de sperme peut être établie à l'égard des deux femmes qui ont participé au projet parental<sup>105</sup>. Elles peuvent être toutes deux indiquées en tant que mères dans l'acte de naissance de l'enfant. Il s'agit d'une hypothèse peu fréquente de « comaternité » existant indépendamment de toute décision judiciaire. Selon l'article 538-3 du Code civil québécois, « *l'enfant, issu par procréation assistée d'un projet parental entre époux ou conjoints unis civilement, qui est né pendant leur union ou dans les 300 jours après sa dissolution ou son annulation est présumé avoir pour autre parent le conjoint de la femme qui lui a donné naissance* »<sup>106</sup>. La filiation de l'enfant ne peut être contestée, sauf si la personne mariée ou unie civilement à la femme qui a donné naissance à l'enfant parvient à prouver qu'il n'y avait pas de projet parental commun ou que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée. Enfin, le Code civil québécois prévoit que « *lorsque les parents sont tous deux de sexe féminin, les droits et obligations que la loi attribue au père, là où ils se distinguent de ceux de la mère, sont attribués à celle des deux mères qui n'a pas donné naissance à l'enfant* »<sup>107</sup>.

**455 Europe.** Deux États européens se sont inspirés du droit québécois. Ainsi, la Norvège vient récemment de modifier sa législation afin d'autoriser l'accès aux procréations médicalement assistées aux couples de femmes. L'épouse ou la partenaire de la mère à la naissance est désignée comme le second parent de l'enfant, à condition qu'elles aient

---

<sup>105</sup> *L'enfant d'abord - 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, rapp. préc., p. 167.

<sup>106</sup> Selon l'alinéa 2 du même article, la présomption est écartée si l'enfant naît plus de 300 jours après le jugement prononçant la séparation de corps des époux, à moins qu'il y ait eu reprise volontaire de la vie commune avant la naissance. En outre, la présomption ne s'applique pas à l'égard de l'ancien conjoint de la mère si l'enfant naît dans les 300 jours suivant la fin de l'union, mais après le nouveau mariage ou la nouvelle union civile de la mère.

<sup>107</sup> Art. 539-1 C. civ. québécois.

toutes deux donné leur consentement au traitement<sup>108</sup>. Dans cette hypothèse, l'enfant ne peut pas avoir de père légal<sup>109</sup>.

Au Royaume-Uni, la nouvelle loi relative aux procréations médicalement assistée (« *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* ») est venue modifier certaines dispositions. Il est dorénavant prévu que si la mère est engagée dans un partenariat civil avec une autre femme au moment de l'assistance médicale à la procréation, sa partenaire est considérée comme le second parent de l'enfant, à moins qu'il ne soit démontré qu'elle n'a pas consenti au traitement<sup>110</sup>. Si le couple n'est pas engagé dans un partenariat, il est également possible pour la compagne de la mère d'être ainsi désignée, mais plusieurs conditions doivent alors être remplies<sup>111</sup>. Tout d'abord, la compagne doit être en vie au moment de la mise en œuvre du protocole médical. Cette dernière et la femme qui bénéficie de l'aide médicale à la procréation doivent toutes deux avoir consenti à ce qu'elle soit traitée comme le second parent de l'enfant<sup>112</sup>. Leurs consentements, donnés par écrit et signés de leur main, ne doivent pas avoir été révoqués. En outre, la femme bénéficiaire ne doit pas avoir par la suite consenti à ce qu'une autre femme ou qu'un homme soit désigné comme le second parent. Enfin, la femme bénéficiaire et sa compagne ne doivent pas être unies par un lien de parenté ou d'alliance à un degré prohibé. A l'instar de la législation norvégienne, dès lors qu'une femme est désignée comme le second parent de l'enfant, la filiation de ce dernier ne peut plus être établie à l'égard d'un homme<sup>113</sup>. Il faut toutefois souligner que ces dispositions permettant à la compagne de la mère de devenir le second parent de l'enfant, ne peuvent empêcher l'application de la présomption de paternité. Ainsi, l'enfant né pendant le mariage a obligatoirement pour parents les époux.

L'admission de l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de deux femmes en dehors de toute décision judiciaire bouleverse profondément la vision traditionnelle de la parenté. L'adoption de l'enfant par la compagne ou le compagnon du parent est davantage

---

<sup>108</sup> Section 3 et 4, Chapitre 2 de l'acte n° 7 du 8 avril 1981 *sur les enfants et les parents* tel que modifié par la loi n° 53 du 27 juin 2008 *modifiant la loi sur le mariage, la loi sur les parents et les enfants, la loi sur l'adoption et la loi sur les biotechnologies*.

<sup>109</sup> Section 4 bis, loi préc.

<sup>110</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 42.

<sup>111</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 43 et 44.

<sup>112</sup> Sur l'exercice de l'autorité parentale, v. *supra*, n° 192.

<sup>113</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 45.

conforme à la réalité du lien qui unit l'enfant à son coparent. En outre, l'adoption permet de reconnaître le coparent dans les hypothèses où il n'a pas été fait recours à une aide médicale à la procréation.

## 2. L'adoption de l'enfant du partenaire ou du conjoint

**456 L'adoption de l'enfant dans quelques législations européennes.** Un certain nombre d'États autorise l'adoption de l'enfant du partenaire, concubin ou conjoint homosexuel. En Belgique et en Espagne, le mariage entre personnes de même sexe tout comme l'adoption de l'enfant du conjoint sont autorisés. L'adoption par le cohabitant légal de même sexe est également possible en Belgique (art. 343 C. civ.) Aux Pays-Bas, le partenaire enregistré ou l'époux du parent légal peut adopter l'enfant de l'autre, mais il existe des différences entre les couples. Lorsque l'enfant a été conçu au moyen d'un don de gamètes masculins, l'épouse ou la partenaire enregistrée de la mère légale peut adopter l'enfant sans qu'ait besoin d'être respectée la condition d'accueil d'au moins un an de l'enfant au foyer<sup>114</sup>. Il peut donc en faire l'objet dès sa naissance. A l'inverse, s'il s'agit d'un couple d'hommes, l'adoption de l'enfant de l'autre, abandonné par la mère, ne peut être prononcée que s'il a été élevé pendant une année au sein du couple. Dans les pays réservant le mariage aux personnes de sexe différent, mais organisant un partenariat enregistré, l'adoption de l'enfant du partenaire peut être permise. En Allemagne, une loi du 15 décembre 2004 a autorisé l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe. En Angleterre et aux Pays de Galle ainsi qu'au Danemark, il existe des dispositions similaires permettant au partenaire d'adopter l'enfant de l'autre<sup>115</sup>. Une réforme est en cours en ce sens en Finlande : fin 2008, le gouvernement a présenté un projet de loi devant le Parlement afin d'autoriser l'adoption de l'enfant du partenaire dans les couples homosexuels.

**457 Réflexion sur une évolution du droit français.** On pourrait imaginer que l'adoption simple de l'enfant du partenaire soit autorisée. L'adoption « *se distingue de la filiation classique parce que, sexuellement neutre, elle est indifférente à l'engendrement. Si on veut*

---

<sup>114</sup> Loi du 21 décembre 2000, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2001, POUSSON-PETIT J., *Chronique de droit des personnes et de la famille en droit néerlandais et luxembourgeois*, Dr. 2004, chron., n° 2.

<sup>115</sup> *Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA*, préc., p. 52.

être plus précis on peut affirmer que l'adoption met de manière incontestable l'adoptant en place de parent et l'adopté en place de fils. Mais elle ne transforme pas l'adoptant en père ou en mère »<sup>116</sup>. De ce fait, l'adoption permet de distinguer le parent par le sang du parent adoptif et n'inscrit pas le couple homosexuel comme celui dont l'enfant est biologiquement issu. « *Le lien adoptif est un lien exclusivement juridique, abstrait et donc asexué* »<sup>117</sup>. Dans la mesure où l'adoption simple autorise le cumul de parenté, il paraîtrait délicat de la refuser au seul motif de l'orientation sexuelle du couple<sup>118</sup>. Le recours à l'adoption simple, lorsque la parenté de l'enfant est unilinéaire, pourrait être une solution qui sécuriserait sa relation avec le tiers. Elle ne l'enfermerait pas dans une filiation mono-sexuée, puisqu'elle n'empêcherait pas l'établissement ultérieur de la filiation de l'enfant à l'égard de son second parent par le sang. « *L'adoption simple de l'enfant du partenaire homosexuel revient à tenir compte d'une réalité sur laquelle le juge n'a aucune emprise : l'enfant est biologiquement celui d'un des deux partenaires ; il restera vraisemblablement avec une filiation unilinéaire ; il sera éduqué quotidiennement au foyer commun et le partenaire non parent aura forcément une influence éducative* »<sup>119</sup>. Admettre l'adoption simple de l'enfant par le partenaire du parent ne modifierait pas profondément la notion de parenté. En effet, l'adoption simple ne remet pas en cause la conception sexuée de la filiation. Il importe toutefois de garder à l'esprit que l'adoption à tout prix n'est pas satisfaisante. Une fois le couple séparé, ce lien de parenté nouvellement créé peut être pesant pour l'enfant, surtout s'il devient l'objet du conflit entre l'adoptant et son parent de naissance. Si l'adoption simple est une solution rassurante et valorisante pour le coparent, il est difficile de savoir par avance quels en seront les bénéfices et inconvénients pour l'enfant à l'avenir<sup>120</sup>. Mais certaines situations peuvent justifier le recours à

---

<sup>116</sup> NEIRINCK C., *Homoparentalité et adoption*, in Études offertes à Pierre Catala, *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2001, p. 353.

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> En ce sens, MURAT P., note sous TGI Paris, 27 juin 2001, Dr. fam. 2001, comm. n° 116. De plus, selon l'auteur « *du fait de la présence et de l'intégration de l'enfant au foyer du candidat à l'adoption, on ne peut guère prétendre que l'adoption sollicitée ne répond pas aux finalités de l'institution* » sauf à considérer que l'adoption n'est que l'ultime phase d'un montage illicite lorsqu'il aura été fait recours à une technique de procréation médicalement assistée interdite en France. Il ne faudrait effectivement pas que cette admission débouche sur un accroissement du tourisme procréatif et que les magistrats soient tenus par le fait accompli. Nonobstant et même si on peut le déplorer, quelles que soient les circonstances entourant la conception de l'enfant, le droit ne peut empêcher l'existence de la relation parentale factuelle qui l'unit au tiers.

<sup>119</sup> MURAT P., note préc.

<sup>120</sup> MURAT P., Dr. fam. 2007, comm. n° 80, note préc. : « *la séparation risque alors d'aviver un fossé entre le parent par le sang, prompt à revendiquer l'exclusivité des droits sur l'enfant, et le parent adoptif qui, une*

l'adoption. On peut notamment penser à la maladie du parent ou à l'exercice d'une profession à risque, c'est-à-dire dès lors qu'un décès précoce peut être craint ou lorsque la filiation de l'enfant est unilinéaire. Il serait alors sûrement dans l'intérêt de l'enfant que soit consolidée par le droit la relation qui l'unit au tiers. Il conviendrait de s'en remettre à la sagesse des magistrats pour déterminer la solution qui lui serait la plus propice. Quelle que soit l'orientation sexuelle du couple, la parenté n'est pas adaptée à toutes les configurations familiales, mais elle peut être dans l'intérêt de l'enfant. Nous avons déjà indiqué que nous sommes favorables au partage des prérogatives parentales lorsque l'enfant a été adopté par le membre du pacte civil de solidarité avec lequel son parent est engagé (v. *supra*, n° 396). Il serait opportun, si cette modification devait avoir lieu, que le partage soit possible, quelle que soit l'orientation sexuelle du couple.

**458 Conclusion.** En l'absence d'une modification législative autorisant l'exercice conjoint de l'autorité parentale entre les membres d'un pacte civil de solidarité lorsque l'un adopte l'enfant de l'autre, l'adoption simple ne permet la reconnaissance de la parentalité que le coparent exerce dans les faits auprès de l'enfant, que le couple soit hétérosexuel ou homosexuel. Il existe également des obstacles à la création d'un lien de parenté entre le tiers et l'enfant lorsque les circonstances entourant la conception ou la naissance de ce dernier sont placées sous le sceau du secret.

## **Section 2 : Le secret comme obstacle à la parenté**

**459 Secret et parenté.** « *La notion de secret se définit de manière négative : il constitue une obligation de non-révélation* »<sup>121</sup>. Dans la mesure où le secret empêche la divulgation de l'identité de l'auteur biologique de l'enfant, il paraît impossible que la filiation de celui-ci puisse être établie à son égard. Nous avons précédemment démontré que l'existence du secret empêche jusqu'à l'existence même de toute relation de type parental entre l'enfant et le tiers géniteur dans des situations telles que l'accouchement anonyme ou les procréations médicalement assistées hétérologues ( v. *supra*, n°s 232 et s.). Mais le secret est également un obstacle à la création d'un lien parenté entre l'enfant et son auteur

---

*fois la distance prise, ne sera sans doute pas plus empressé que bien des parents par le sang de contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant... Est-il alors bon, pour cette hypothèse de séparation, d'enfermer définitivement l'enfant dans un lien de filiation atypique qui risque de devenir plus pesant que bénéfique » ?*

<sup>121</sup> DARTIGUELONGUE J.-P., *Le secret dans les relations juridiques*, thèse, Bordeaux, 1968, n° 2, p. 10.

biologique. La prise en compte de la pluralité est refusée par le système juridique français en raison notamment de la préservation de la paix des familles.

**460 Ordre public ou impérativité.** Ces dispositions sont-elles d'ordre public ou sont-elles simplement impératives ? La notion d'ordre public est sous-tendue par celle de l'intérêt général<sup>122</sup>. Or, le secret touchant l'accouchement anonyme et les procréations médicalement assistées avec donneur n'ont finalement vocation qu'à protéger des intérêts particuliers. S'agissant de l'accouchement sous X, le secret repose sur la liberté individuelle de la femme. Son maintien des années après l'accouchement permet à la mère de ne pas être rattrapée par son passé et de construire une nouvelle page de sa vie, sans crainte d'avoir à justifier son acte auprès de son actuelle famille. Dans le cadre des procréations médicalement assistées, le secret garantit aux parents qu'ils ne seront jamais inquiétés dans l'exercice de leurs prérogatives parentales par le donneur ou la donneuse et à ces derniers de n'être jamais tenus à une quelconque obligation à l'égard de l'enfant issu du don. Le secret est également supposé offrir à l'enfant une structure familiale traditionnelle dans laquelle il peut s'épanouir. Si la protection de ces intérêts peut être justifiée, il semblerait néanmoins que ceux-ci ne soient que particuliers. Il ne s'agit donc que de dispositions impératives ne relevant pas de la notion d'ordre public.

**461 Plan.** Le secret tend à diminuer les possibilités pour l'enfant né sous X de voir sa filiation établie à l'égard de celle qui en est accouchée (§ 2) et va à l'encontre de la création de tout lien de parenté entre l'enfant issu d'un don de gamètes et son auteur (§ 1).

### **§ 1. L'impossibilité d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de l'auteur du don de gamète**

**462 Anonymat et parenté.** Le secret entourant les origines de l'enfant issu d'un don a également des incidences sur sa filiation. D'une part, celle-ci est en principe établie à l'égard du couple qui a bénéficié de l'aide médicale à la procréation (v. *supra*, n<sup>os</sup> 289 et s.) et d'autre part, l'anonymat du donneur, obstacle factuel à sa reconnaissance juridique en tant que parent, est relayé par le droit. Le secret vise alors à protéger les parents infertiles,

---

<sup>122</sup> HAUSER J. et LEMOULAND J.-J., Répertoire Dalloz de droit civil, *Ordre public et bonnes mœurs*, spéc. n<sup>os</sup> 2 et 14.

le tiers apparaissant « *comme une menace pour l'équilibre de la famille* »<sup>123</sup>. La protection offerte par l'anonymat est complétée par l'instauration d'une fin de non-recevoir à l'établissement judiciaire de la filiation ainsi que par l'impossibilité de l'établir volontairement. Il s'agit de la conséquence du secret sur le plan juridique. Cette interdiction peut être opposée aussi bien à l'enfant qu'au donneur.

**463 Filiation.** Selon l'article 311-19 du Code civil, « *en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* ». La généralité de la disposition interdit l'établissement de la filiation, quel qu'en soit le mode. La reconnaissance de l'enfant par l'auteur du don est, par conséquent, nulle et l'action en recherche de maternité ou plus fréquemment de paternité est ainsi irrecevable. Le secret entourant l'identité du donneur et l'interdiction posée par le Code civil garantit au couple une « *parenté inattaquable* »<sup>124</sup>, la filiation de l'enfant ne pouvant ainsi être établie à l'égard du tiers géniteur. L'article 311-19 du Code civil consolide la filiation de l'enfant à l'égard du couple bénéficiaire par une « *négation radicale de la vérité biologique* »<sup>125</sup>. « *Le droit de la filiation commence par une contre-vérité gardée par un interdit* », contredisant ainsi « *l'un des piliers majeurs de la filiation charnelle* »<sup>126</sup>.

**464 Détermination du tiers donneur.** Le tiers donneur est celui qui a anonymement consenti à offrir ses gamètes à un couple infertile souhaitant concevoir un enfant au moyen d'une technique d'aide médicale à la procréation. Aussi a-t-il été jugé que ne peut y être assimilé l'homme qui a entretenu des relations intimes avec la mère de l'enfant conçu par fécondation *in vitro* grâce à son sperme. La preuve des relations pendant la période légale de conception ainsi que celle de l'accord du couple à l'aide médicale à la procréation empêchent de pouvoir le considérer comme un tiers donneur anonyme au sens des lois de bioéthique<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> ABRAVANEL-JOLLY S, *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Thèse, Defrénois, 2005, n° 455.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> CORNU G., *op. cit.*, n° 302.

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> CA Paris, 5 mai 1998, D. 2000, somm., 160, obs. GRANET F. : en l'espèce la mère avait engagé une action à fin de subsides après sa séparation avec son compagnon.

**465 Réflexion sur une modification du droit.** Cette impossibilité doit-elle être nécessairement maintenue ? A l'heure actuelle, elle est essentiellement symbolique dans la mesure où l'enfant se trouve dans l'incapacité d'identifier l'auteur du don. Dans l'hypothèse où l'enfant pourrait accéder à ses origines personnelles (v. *infra*, n<sup>os</sup> 525 et s.), l'établissement de sa filiation à l'égard du couple bénéficiaire empêcherait toute action en recherche de paternité (v. *supra*, n<sup>os</sup> 289 et s.)<sup>128</sup>. L'article 311-20 du Code civil prévoit que le consentement donné à une aide médicale à la procréation hétérologue interdit toute action aux fins de contestation de la filiation à moins que ne soit apportée la preuve que l'enfant n'en est pas issu ou que le consentement a été privé d'effet. Même si l'enfant était en mesure de connaître l'identité de l'auteur du don, l'établissement de sa filiation à l'égard de chacun des membres du couple est un obstacle à la création d'un lien de parenté<sup>129</sup>. Cette disposition répond davantage aux attentes des parents de l'enfant dans leur besoin de consécration d'une parenté exclusive. Son existence a pu faire dire à un auteur que « *tout le droit de la PMA consacre le mensonge en interdisant dans la PMA assistée avec tiers donneur l'établissement du lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* »<sup>130</sup>.

**466 Europe.** Dans la grande majorité des législations européennes, aucun lien de parenté ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant qui en est issu. En Grèce, il existe pareillement une fin de non-recevoir<sup>131</sup>. Le second alinéa de l'article 1479 du Code civil prohibe tout établissement judiciaire de la paternité du donneur quand bien même son identité serait connue. Mais aucune disposition n'interdit l'établissement volontaire de la filiation de l'enfant à l'égard du donneur. Au Royaume-Uni, l'homme qui a consenti au don de ses gamètes ne peut jamais être désigné comme père de l'enfant<sup>132</sup>. De même, la donneuse d'ovocyte ne peut, en principe, pas être considérée comme la mère légale de

---

<sup>128</sup> La maternité de la femme qui a bénéficié d'un don d'ovocyte est inattaquable en raison de son accouchement. En effet, dans la mesure où le droit français retient ce critère pour désigner la mère de l'enfant, la donneuse d'ovocyte ne pourrait voir sa maternité établie à l'égard de l'enfant issu du don.

<sup>129</sup> Toutefois, l'établissement de la filiation paternelle suppose un comportement positif du couple bénéficiaire. En l'absence de reconnaissance volontaire et si la mère n'engage pas une action judiciaire, la filiation de l'enfant peut n'être qu'unilinéaire (v. *supra*, n<sup>o</sup> 290). Il n'y aurait que dans cette hypothèse que la filiation de l'enfant pourrait être établie à l'égard du donneur.

<sup>130</sup> LABBEE X., note sous TGI Lille, 22 mars 2007, préc., D. 2007, 1251.

<sup>131</sup> Loi n<sup>o</sup> 3089 du 19 décembre 2002 *sur l'assistance à la procréation humaine*.

<sup>132</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 41, (1).

l'enfant dans la mesure où elle n'est pas accouchée<sup>133</sup>. La filiation de l'enfant ne peut également pas être établie à l'égard du donneur de sperme en Autriche, en Islande, en Slovaquie<sup>134</sup> ou au Danemark<sup>135</sup>. A l'inverse, en Allemagne, rien n'interdit en théorie l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du donneur. En effet, l'enfant peut contester la paternité du mari de la mère dans un délai de deux ans à compter du moment où il a eu connaissance des faits rendant la paternité douteuse (§ 1600 a abs. 4 et b abs. 3 BGB). De plus, depuis une décision de la Cour constitutionnelle allemande de 1989, l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation peut demander à ce que lui soit communiqué l'identité du donneur (v. *infra*, n° 516). Il pourrait ensuite engager une action en recherche de paternité. Cependant, aucun tribunal allemand n'a jamais reconnu la paternité d'un donneur<sup>136</sup>.

**467 Conclusion.** L'impossibilité d'établir la filiation de l'enfant à l'égard du donneur de gamètes est, nous semble-t-il, à approuver. Le recours à la parenté est inadapté au rapport que pourrait entretenir l'auteur du don et l'enfant. En effet, sa prise en compte est antinomique avec le caractère exclusif attaché à la filiation qui doit être réservée au couple qui a formé le projet parental. Cependant, il serait peut-être pertinent de réfléchir à l'exercice d'un droit d'accès aux origines pour l'enfant issu d'une aide médicale à la procréation hétérologue (v. *infra*, n° 521 et s.).

## § 2. L'évolution de la situation de l'enfant né sous X

**468 Démonstration.** Le droit empêche l'exercice de toute autre forme de parentalité par la femme qui a demandé le secret lors de son accouchement en organisant le secret sur les origines de l'enfant. L'enfant né sous X peut avoir fait l'objet d'une adoption plénière. Le prononcé de cette adoption ainsi que l'absence d'informations relatives à ses parents de naissance sont des obstacles à l'établissement ultérieur de sa filiation maternelle à l'égard

---

<sup>133</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* », s. 47. Il existe toutefois des exceptions à ce principe. Elle peut être désignée comme parent de l'enfant si elle était engagée dans un partenariat enregistré avec la mère au moment de la mise en œuvre de l'aide médicale à la procréation, si elle et la mère ont consenti à ce qu'elle soit traitée comme le second parent de l'enfant ou si elle doit être considérée comme tel du fait du prononcé d'une adoption.

<sup>134</sup> *Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA*, préc., p. 79 et s.

<sup>135</sup> *L'anonymat du don de gamètes*, Les documents de travail du Sénat, préc., p. 15.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 12.

de celle qui l'a mis au monde (A). La situation de l'enfant né sous X vient toutefois d'être modifiée en raison de la suppression de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité (B). A l'inverse de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée exogène, il peut théoriquement faire établir sa filiation maternelle à l'égard de celle qui en est accouchée.

A. Les obstacles découlant du prononcé de l'adoption plénière de l'enfant et du défaut d'accès aux informations relatives à l'enfant

**469 Plan.** Les circonstances de la naissance de l'enfant et l'absence, en règle générale, d'informations identifiantes (2) conjugués à sa fréquente adoption plénière (1) sont autant d'obstacles à l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant.

1. Le prononcé de l'adoption plénière : obstacle juridique à l'établissement de la filiation maternelle

**470 Impossibilité d'établir la filiation de l'enfant adopté plénièrement à l'égard de ses parents par le sang.** L'enfant né sous X a vocation à faire l'objet d'un projet d'adoption dès qu'il est admis en tant que pupille de l'État<sup>137</sup>. Or, l'adoption plénière de l'enfant met fin à toute possibilité d'établissement ultérieur de sa filiation à l'égard de ses parents par le sang. Les pays autorisant l'accouchement sous X connaissent un dispositif similaire. Selon l'article 368-2 du Code civil luxembourgeois, la filiation volontairement ou judiciairement établie postérieurement au dépôt de la requête en adoption plénière reste sans effet, à moins que la demande en adoption ne soit retirée ou rejetée. Il en est de même en droit italien ; l'adoption plénière interdit l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents par le sang. De plus, la rédaction d'un nouvel acte de naissance peut tenir l'enfant dans l'ignorance de son passé et des circonstances qui ont entouré sa naissance (v. *supra*, n° 279). L'occultation des origines découlant de l'adoption plénière s'ajoute alors au secret demandé par la femme lors de son accouchement.

---

<sup>137</sup> Une fois l'enfant admis définitivement comme pupille de l'État, celui-ci fait en principe rapidement l'objet d'une adoption. Sur l'ensemble des enfants de moins d'un an admis comme pupille de l'État en 2005, près de 70 % ont fait l'objet d'un placement en vue de l'adoption ou ont été adoptés au 31 décembre 2005, (SALVAGE-GEREST P., *Le rapport de l'Oned sur la situation des pupilles de l'État*, Dr. fam. 2007, étude n° 24 : « les raisons pour lesquelles un nombre non négligeable d'enfants ne sont pas placés en vue de l'adoption dès que la loi le permet ne sont pas connues précisément. Celle qui vient le plus vite à l'esprit est qu'il s'agit d'enfants "à particularité" plus difficilement susceptibles d'être confiés à des adoptants »).

## 2. Le manque d'information : obstacle factuel à l'établissement de la filiation maternelle

**471 Identification de la mère.** Même si l'enfant n'a pas fait l'objet d'une adoption plénière, il peut être impossible pour lui d'engager une action en recherche de maternité dans la mesure où il ne dispose généralement pas d'informations identifiantes sur la femme qui en est accouchée. Si la preuve de la maternité de la femme contre laquelle l'action est dirigée peut être facilement apportée au moyen d'une expertise biologique, l'enfant est quoiqu'il en soit dans la plus grande difficulté de préalablement l'identifier.

**472 Informations pouvant être laissées par la mère.** Lors du recueil de l'enfant par le service de l'aide sociale à l'enfance, la femme est informée de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. A cette fin, elle est invitée à laisser, si elle le désire, des « *renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité* » (v. *infra*, n<sup>os</sup> 504 et s.). Elle est aussi renseignée sur la possibilité pour elle de lever à tout moment le secret ou de compléter les renseignements qu'elle a consentis à donner au moment de la naissance de l'enfant.

Ce n'est donc que dans l'hypothèse où la femme accepte de laisser des informations identifiantes qu'elle peut être inquiétée. Dans cette hypothèse et s'il n'a pas été adopté plénièrement, l'enfant peut engager une action judiciaire en recherche de maternité si celle-ci n'est pas encore prescrite<sup>138</sup>. Depuis 1993, l'établissement de la maternité de la mère ayant accouché sous X était empêché au moyen d'une fin de non-recevoir. Or, le droit français vient d'être modifié sur ce point.

### B. La suppression de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité

**473 Accouchement sous X et établissement de la maternité.** L'article 325 du Code civil dans son ancienne version instaurait une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité lorsque la femme avait demandé le secret sur son admission et sur son identité lors de l'accouchement. Selon un auteur, il s'agissait là « *d'un verrouillage intégral de la filiation* »<sup>139</sup>. Ce n'était que dans l'hypothèse où la femme avait expressément demandé le

<sup>138</sup> GRANET-LAMBRECHTS F., *Droit de la filiation* (avril 2007- février 2008), D. 2008, 1371.

<sup>139</sup> CORNU G., *op. cit.*, n° 226.

secret sur son identité et sur son admission que la fin de non-recevoir avait vocation à empêcher l'action en recherche de maternité<sup>140</sup>. Cette fin de non-recevoir a été instituée par la loi du 8 janvier 1993 qui, paradoxalement tendait à l'objectif inverse, c'est-à-dire faciliter l'établissement de la filiation de l'enfant<sup>141</sup>. Seul l'établissement judiciaire de la filiation maternelle était visé par la fin de non-recevoir. En effet, rien n'empêchait la femme de reconnaître l'enfant avant son placement en vue d'une adoption. Par conséquent, du fait de la demande de secret, « *l'enfant (perdait) le droit de retrouver sa mère* »<sup>142</sup>. La loi de 1993 avait ainsi clairement favorisé les droits de la mère biologique sur ceux de l'enfant né sous X<sup>143</sup>. Avant l'introduction de la fin de non-recevoir dans le Code civil, l'enfant rencontrait de très grandes difficultés relatives notamment à l'identification de celle qui en était accouchée, mais il n'était pas légalement empêché d'exercer une action en recherche de maternité. « *Le législateur tendait à gérer l'accouchement sous X comme un simple fait auquel il n'accordait en droit aucune incidence sur l'établissement de la filiation* »<sup>144</sup>. La loi de 1993 a modifié cette appréhension de l'accouchement sous X et a dressé un nouvel obstacle à l'action en recherche de maternité<sup>145</sup>.

**474 Suppression de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité.** La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance de 2005 a supprimé la fin de non-recevoir prévue à l'article 325 du Code civil<sup>146</sup>. Lors des travaux parlementaires, il a été rappelé que cette modification ne remet pas en cause la possibilité pour la femme de demander la préservation du secret de son admission à la maternité et de son identité<sup>147</sup>. La contrariété

---

<sup>140</sup> Si celle-ci s'était contentée de s'opposer à l'indication de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant, l'enfant pouvait engager l'action et faire déclarer en tant que mère légale la femme qui l'avait mis au monde. Il devait cependant apporter la preuve de l'accouchement et de son identité en tant qu'enfant qui en est issu (art. 325 C. civ.).

<sup>141</sup> DUARD-BERTON C., *L'ordre public dans le droit de la famille*, thèse, 2004, n° 330.

<sup>142</sup> CORNU G., *op. cit.*, n° 226.

<sup>143</sup> DUARD-BERTON C., *th. préc.*, n° 332.

<sup>144</sup> *Ibid.*, n° 335.

<sup>145</sup> L'action en constatation de possession d'état était-elle également bloquée par le jeu de la fin de non-recevoir ? L'hypothèse semblait plus que marginale et nécessitait une connaissance par l'enfant de l'identité de sa mère de naissance, qu'il n'ait pas fait l'objet d'une adoption et qu'il existe une possession d'état au sens de l'article 311-1 du Code civil. Si ces conditions étaient réunies, rien n'empêchait juridiquement l'enfant de faire constater sa possession d'état. L'article 326 du Code civil n'était visé que par l'article 325 relatif à la recherche de maternité. Mais ce cas d'école ne s'est jamais posé en jurisprudence.

<sup>146</sup> *Loi 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*, article 1<sup>er</sup>, II, 7°.

<sup>147</sup> RICHEMONT (de) H., Rapport n° 145 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale du Sénat sur le projet de loi

de la fin de non-recevoir de l'accouchement sous X à la Convention européenne des droits de l'homme a régulièrement été soulevée. Elle introduisait une discrimination entre la femme et l'homme, celui-ci ne pouvant jamais se soustraire aux conséquences de sa paternité<sup>148</sup>. Les législations européennes autorisant l'accouchement sous X, à savoir le Luxembourg et l'Italie, n'envisagent pas la demande de secret comme un empêchement à l'action en recherche de maternité. La position française était donc unique en Europe et cette suppression met la France à l'abri de tout risque de condamnation par la Cour européenne<sup>149</sup>.

**475 Critique.** La fin de non-recevoir n'avait toutefois vocation à jouer que dans des situations hautement marginales. Elle avait une portée essentiellement symbolique<sup>150</sup>. En effet, le préalable nécessaire à l'action en recherche de maternité était la connaissance par l'enfant de l'identité de sa prétendue mère. Ce n'était donc que dans l'hypothèse où le secret demandé sur l'accouchement avait été éventé que l'enfant pouvait introduire une telle action. Second obstacle, indépendamment de l'existence ou non de cette fin de non-recevoir, l'adoption plénière de l'enfant empêche tout établissement ultérieur d'un lien de filiation à l'égard de ses parents de naissance. Ce n'est donc que si l'enfant n'a pas été adopté que la suppression de la fin de non-recevoir engendre un risque pour la mère de faire l'objet d'une action en recherche de maternité. Il convient néanmoins de s'interroger sur la coexistence de l'abrogation de la fin de non-recevoir avec la loi du 22 janvier 2002 *relative à l'accès aux origines personnelles et instituant le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles* (v. *infra*, n° 505). Nous pensons que la suppression de la fin de non-recevoir n'est pas opportune eu égard à l'évolution du droit pour l'enfant d'accéder à ses origines. La mère peut décider de ne pas communiquer son identité du fait de la possibilité pour l'enfant de faire établir sa filiation maternelle à son égard. L'effet pervers de la suppression pourrait inciter les mères à ne laisser aucune information si elles étaient

---

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, 2007.

<sup>148</sup> GRANET-LAMBRECHTS F., *L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'état civil dans les États de la CIEC*, RTD eur. 1997, 653.

<sup>149</sup> Il convient cependant de nuancer cet argument au regard de la bienveillance de la Cour européenne des droits de l'homme pour l'accouchement sous X. V. l'arrêt Kearns contre France préc. (v. *supra*, n°s 249 et s.) et l'arrêt Odièvre contre France (v. *infra*, n°s 492 et s.).

<sup>150</sup> En ce sens, GRANET F., *La maternité en questions : état d'alerte*, D. 2001, 3138. Selon l'auteur, cette fin de non-recevoir avait pris tout son intérêt grâce à l'amélioration de l'accès aux origines de l'enfant né sous X.

amenées à considérer que la loi ne les protège plus suffisamment. Dès lors, la suppression de cette fin de non-recevoir peut porter préjudice au développement du droit de l'enfant à accéder à ses origines personnelles<sup>151</sup>.

**476 Conclusion.** Malgré l'abrogation de la fin de non-recevoir de l'article 325 du Code civil, l'adoption plénière de l'enfant et la grande difficulté pour lui d'identifier celle qui l'a mis au monde sont autant d'obstacles à une action en recherche de maternité. Cependant, cette suppression pourrait devenir un frein à la connaissance des origines biologiques de l'enfant né sous X.

---

<sup>151</sup> En ce sens également, MIGNOT A., *Nul – même le législateur – n'est censé ignorer la loi... A propos du projet de loi de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme du droit de la filiation*, JCP éd. G 2008, act., 478.



## **Conclusion du Chapitre 2**

**477 Parenté et ordre public.** L'ordre public familial s'oppose à la reconnaissance juridique de certaines configurations familiales au moyen de la parenté. Au regard des réponses apportées par nos voisins européens à ces problématiques, il conviendrait peut être de réfléchir à une évolution du droit français. La parenté ne permet pas de traduire juridiquement la fonction de type parental du tiers dans différentes situations. La volonté est alors entravée pour reconnaître cette parentalité exercée dans les faits. L'enfant né d'une maternité de substitution est dans l'incapacité de faire établir sa filiation maternelle à l'égard de la mère intentionnelle, quand bien même celle-ci en serait la mère génitrice. Les juges ont refusé l'établissement de la maternité de la mère intentionnelle par quelque moyen que ce soit. Nous avons déjà pu proposer une évolution du droit français tendant à l'admission de la gestation pour le compte d'autrui. Si une telle modification était opérée, il conviendrait de déterminer quelle serait la filiation de l'enfant qui en serait issu. Le recours à la parenté est également exclu pour le coparent homosexuel. Si les juges du fond ont parfois été partagés, la Cour de cassation a, par plusieurs arrêts de principe, refusé que soit prononcée l'adoption simple de l'enfant par la compagne de la mère, en raison du transfert de ses prérogatives parentales à l'adoptante. A l'inverse de la France, certaines législations en Europe autorisent la création d'un lien de parenté entre l'enfant et le coparent homosexuel. Nous avons déjà proposé que soit autorisé l'exercice conjoint des prérogatives parentales en cas d'adoption simple de l'enfant par le membre du pacte civil de solidarité avec lequel le parent est engagé. Si cette modification était entreprise, il conviendrait qu'elle bénéficie à tout couple dans cette situation, quelle qu'en soit l'orientation sexuelle. Le recours à la parenté pourrait s'avérer être opportun dans un certain nombre de situations (maladie du parent, risque de décès précoce, filiation unilinéaire...).

Autoriser l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant né d'une gestation pour le compte d'autrui ou permettre l'adoption de l'enfant du partenaire homosexuel marquerait-il la fin de l'ordre public en droit de la famille ? On constate la diminution de son emprise en la matière depuis quelques années. Mais ne faudrait-il pas voir plutôt une transformation de l'objectif qui lui est assigné ? Après avoir favorisé l'égalité des filiations, l'ordre public pourrait devenir le garant de la protection de l'enfant, l'intérêt de

celui-ci résidant alors dans la sécurisation de sa situation juridique à l'égard de ceux qui l'élèvent. L'intérêt de l'enfant doit être considéré *in concreto* et non *in abstracto*. C'est pourquoi, nous pensons que le recours à l'autorité judiciaire est, dans toutes ces hypothèses, une nécessité. L'adoption simple, institution à la nature ambivalente, permettrait dans la majorité des situations une prise en compte adéquate de la configuration familiale plurale de l'enfant. Mais en l'absence d'une telle évolution du droit français, la parentalité exercée dans les faits par le tiers ne peut être reconnue grâce à la parenté.

**478 Parenté et anonymat.** Le recours à la parenté est également entravé lorsque l'enfant est né sous X ou est issu d'une procréation médicalement assistée avec donneur. Le droit français avait érigé dans ces deux circonstances des fins de non-recevoir empêchant ainsi l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de celle qui a demandé le secret lors de son accouchement ou de celui qui a procédé au don de gamètes. Le secret était ainsi garanti. La récente suppression de la fin de non-recevoir à l'accouchement sous X est critiquable. Elle est en contradiction avec l'évolution du droit pour l'enfant d'accéder à ses origines. L'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du couple bénéficiaire ainsi que l'anonymat du donneur, paralyse tout établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de celui qui a consenti le don de gamètes. L'interdiction mise en place est donc essentiellement symbolique. Nous pensons toutefois qu'elle doit être maintenue. La parenté n'apparaît pas comme une solution opportune pour prendre en compte l'existence de celui qui est intervenu dans la conception de l'enfant ou de la femme qui en est accouchée sous le secret. D'autres moyens doivent être recherchés pour appréhender ce tiers si particulier.

En l'état actuel du droit, la parenté ne permet pas la reconnaissance du rôle du tiers dans différentes hypothèses. C'est pourquoi, dans l'attente d'une modification du droit français, il convient de réfléchir à une reconnaissance du tiers sans qu'il soit fait recours à la parenté.

## **Conclusion du Titre 1 :**

**479 La volonté créatrice.** La parenté peut sembler un moyen efficace pour reconnaître juridiquement l'existence du tiers. Elle suppose la volonté de celui-ci, confortée ou non par celle du parent, voire de l'enfant. Le coparent dispose d'une grande liberté dans le cadre des filiations mensongères, aussi bien lors de l'établissement du lien de filiation qu'au moment de sa contestation. Les législateurs français et européens ont tenté de mettre en place différents mécanismes afin de limiter le pouvoir de la volonté sur la filiation de l'enfant. Si l'établissement d'une filiation de complaisance est à réprocher en raison de sa trop grande précarité, l'adoption peut mieux refléter le lien d'affection qui unit l'enfant à celui qui l'élève dans les faits. La volonté est alors davantage encadrée dans la mesure où l'adoption doit être conforme à l'intérêt de l'enfant. Il faut distinguer l'adoption de l'enfant du conjoint de celle de l'enfant du partenaire ou du compagnon. La première bénéficie d'un certain nombre de dispositions dérogatoires du droit commun en France comme dans une grande partie des législations européennes. L'adoption simple doit être privilégiée, en ce qu'elle appréhende mieux la configuration familiale plurale de l'enfant : elle ne le prive pas de l'une de ses branches et ses effets sont moins contraignants que ceux de l'adoption plénière. Mais le recours à l'adoption est inadapté en l'absence de mariage entre le parent et celui qui la demande. L'adoption plénière est à exclure dans la mesure où elle rompt définitivement les liens entre l'enfant et son parent, qui devient alors un simple tiers. L'adoption simple pourrait être plus appropriée. Mais en l'état actuel du droit français elle est refusée par la jurisprudence, en raison du transfert des prérogatives parentales qu'elle opère au profit de l'adoptant. Nous proposons de permettre l'exercice conjoint de l'autorité parentale lorsque le parent et le tiers sont engagés dans un pacte civil de solidarité, à l'image de ce qui est prévu lorsque l'adoption est sollicitée par le conjoint du parent. Cette solution, préférable aux filiations de complaisance, permettrait une prise en compte de la parentalité du tiers lorsque cela est dans l'intérêt de l'enfant.

**480 La volonté entravée.** Le droit s'oppose parfois à l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et le tiers, qu'il s'agisse de son auteur biologique ou de son coparent. La volonté ne permet alors pas la reconnaissance du tiers par ce moyen. L'ordre public peut être un obstacle à la création du lien de parenté. Il est impossible pour l'enfant

né d'une maternité de substitution de jouir d'une filiation maternelle à l'égard de la mère intentionnelle, quand bien même elle en serait la mère génitrice, en raison de l'impossibilité de dissocier les circonstances de sa naissance de l'établissement de sa filiation. La légalisation de la gestation pour le compte d'autrui en droit français est un préalable à la prise en compte de la parentalité de la mère intentionnelle au moyen de la parenté. Le recours à la parenté est également impossible pour sécuriser les relations entre l'enfant et son coparent homosexuel. Si, comme nous le proposons, le partage de l'autorité parentale était autorisé lorsque l'enfant est adopté par le partenaire du parent, l'orientation sexuelle du couple ne devrait pas être un obstacle. Une autre solution serait discriminatoire au regard de la Convention européenne *des droits de l'homme*.

Mais c'est parfois le secret entourant les circonstances de la naissance de l'enfant qui est un obstacle à la reconnaissance du tiers au moyen de la parenté. L'interdiction d'établir la filiation de l'enfant à l'égard du donneur de gamètes a une portée essentiellement symbolique. Nous pensons cependant qu'elle doit être maintenue dans la mesure où la parenté est inadaptée à la prise en compte de ce tiers si particulier. Une évolution de l'accès aux origines personnelles de l'enfant issu d'une aide médicale à la procréation hétérologue nous paraît plus opportune. C'est pour cette raison qu'il nous semble que la fin de non-recevoir de l'article 325 du Code civil n'aurait pas dû être abrogée. L'adoption plénière de l'enfant et le manque d'informations identifiantes restent cependant des obstacles à l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de celle qui en est accouchée. La suppression de cette fin de non-recevoir peut devenir un frein à l'accès aux origines personnelles par l'enfant.

La parenté n'apparaît ainsi pas toujours comme une solution adaptée à la prise en considération du tiers. Si elle est opportune dans un certain nombre d'hypothèses (filiation unilinéaire, décès, absence, incapacité du second parent), ses effets sont parfois excessifs. En outre, en l'état actuel des textes, la création d'un tel lien est rendue impossible dans un nombre non négligeable d'hypothèses. Il conviendrait peut-être de réfléchir à l'amélioration des solutions retenues par le droit français dans l'intérêt de l'enfant qui peut être victime de discrimination ou dont la négation de la configuration familiale est source d'insécurité. On ne peut nier que de telles modifications supposeraient un changement des contours de la notion d'ordre public. En tout état de cause, en l'état actuel des textes, la

parenté est inadaptée à la prise en compte du tiers par le droit. C'est pour cela qu'il pourrait être pertinent de s'interroger sur l'appréhension juridique de la parentalité qu'il exerce par des mécanismes plus souples.



## TITRE 2 : LA RECONNAISSANCE DU TIERS SANS RECOURS À LA PARENTÉ

**481 Raisonement.** Une situation peut d'ores et déjà être exclue : celle du débiteur de subsides<sup>1</sup>. La question aurait pu être posée au regard de la définition que nous avons retenue de la parentalité, nourrir l'enfant en étant l'une des composantes (v. *supra*, n° 12). Toutefois, avant le prononcé du jugement, cet homme n'exerce aucune fonction de type parental auprès de l'enfant. C'est sa condamnation à verser des subsides qui engendre une forme de parentalité limitée toutefois à un strict aspect alimentaire. En outre, son obligation découle d'une décision judiciaire prononcée contre sa volonté. Cette hypothèse ne sera donc pas envisagée comme une reconnaissance de la parentalité d'un tiers.

Nous avons pu précédemment constater que la parenté ne s'adapte pas toujours aux configurations familiales. Par ses conditions ou ses effets, elle paraît parfois en décalage avec la réalité de la relation existant entre l'enfant et le tiers. Le rôle joué par ce dernier peut être appréhendé différemment. Il existe un certain nombre de dispositions relatives au tiers en droit français. Néanmoins, elles s'avèrent souvent éparses et lacunaires. S'agissant de l'auteur biologique, la situation de l'enfant né sous X est à distinguer de celle de l'enfant issu d'une aide médicale à la procréation hétérologue. Si le droit français a progressivement tenu compte des revendications des enfants adoptés ou pupilles de l'État, il n'en est rien pour ceux nés grâce à une procréation médicalement assistée. L'accès à leurs origines personnelles est refusé. Il conviendra alors d'apprécier l'état actuel du droit français et de voir quelles pourraient être les améliorations apportées à la prise en compte de celui qui a contribué anonymement à la conception de l'enfant (**Chapitre 1**). La reconnaissance sur le plan juridique du coparent peut se faire par différents moyens. Mais une étude comparatiste du sort qui lui est réservé dans les autres législations européennes

---

<sup>1</sup> L'action à fins de subsides est l'action par laquelle l'enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations sexuelles avec la mère pendant la période légale de conception (art. 342 et s. C. civ.). Les droits suisse et allemand avaient créé des actions relevant du même esprit aux effets purement alimentaires. Elles ont été abrogées respectivement en 1976 et 1969 (MALAURIE P. et FULCHIRON H., *op. cit.*, n° 1362). En droit belge, il existe une action en réclamation d'une pension pour l'entretien, l'éducation et la formation adéquate dont le régime, dont les effets sont proches du droit français.

permet d'imaginer une évolution du droit français tendant à une meilleure sécurisation de la configuration familiale de l'enfant (**Chapitre 2**).

## **Chapitre 1 : La volonté comme fondement de la reconnaissance du rôle du tiers géniteur**

**482 Occultation des origines.** *« Même si elle peut en certains cas revêtir des formes obsessionnelles, la quête des origines est une étape naturelle et nécessaire dans le processus de construction de la personnalité de chacun »*<sup>1</sup>. Or, la loi intervient dans différentes hypothèses pour masquer les racines biologiques de certains enfants : en cas d'accouchement sous X, d'abandon avec demande de secret (jusqu'à la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002), de naissance grâce à un don de gamètes ou d'embryon. Les origines de l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière peuvent également être difficilement accessibles. Cet effacement des père et mère de naissance au profit des parents juridiques de l'enfant résulte de la volonté des différents adultes concernés. Le secret et l'anonymat permettent aux parents par le sang de disparaître de la vie de l'enfant. Il garantit au couple qui a bénéficié d'un don de gamètes ou de l'adoption de jouir d'une certaine « normalité », ainsi que l'assurance qu'aucun tiers ne viendra interférer dans leur vie familiale ou leur disputer des droits sur l'enfant. Mais il peut y avoir des divergences entre les intérêts des parents au moment de la conception ou de la naissance de l'enfant et les attentes de ce dernier une fois adulte. Celui-ci peut souhaiter connaître l'identité du tiers géniteur. Le tiers géniteur ou auteur biologique est l'homme ou la femme qui a engendré l'enfant, c'est-à-dire qui lui a donné la vie<sup>2</sup>. La reconnaissance du rôle de ce tiers passe par une amélioration de l'accès aux origines personnelles. En effet, s'il n'a pas vocation à exercer une fonction de type parentale auprès de l'enfant, il paraît difficile d'occulter son rôle lors de la conception ou la naissance en raison de la définition retenue de la parentalité dans cette étude. La prise en considération de ce tiers passe ainsi par la possibilité pour l'enfant d'accéder à ses origines biologiques.

**483 Démonstration.** Il convient de distinguer ces diverses situations. L'enfant qui, à sa naissance ou par la suite, a été abandonné (anonymement ou non) a vécu une situation

---

<sup>1</sup> Avis n° 90 du Comité consultatif national d'éthique, 2005, p. 6.

<sup>2</sup> Dictionnaire *Le Petit Robert*, préc. L'auteur biologique est celui qui est à l'origine biologique de la naissance de l'enfant. Par conséquent, nous utiliserons ces deux expressions comme synonymes. Le tiers géniteur est fréquemment nommé parent par le sang ou parent de naissance lorsque l'enfant a été adopté ou pupille de l'Etat.

traumatisante. En revanche, celui qui est né à la suite d'une procréation médicalement assistée avec donneur a été ardemment voulu et espéré par le couple bénéficiaire. Les circonstances entourant la naissance ou l'enfance sont donc distinctes. Toutefois, si les hypothèses sont radicalement différentes, la quête identitaire est semblable : connaître le géniteur, l'origine, les motivations qui ont présidé au don ou à l'abandon<sup>3</sup>. L'enfant né d'une aide médicale à la procréation n'a certes pas eu à subir la souffrance de la rupture, mais une partie de ses origines lui reste inconnue. En ce qui concerne l'accès aux origines, la France a choisi de dissocier le cas de l'enfant pupille de l'État ou qui a fait l'objet d'une adoption (**Section 1**) de celui qui est issu d'une aide médicale à la procréation avec donneur (**Section 2**).

### **Section 1 : La reconnaissance de l'accès aux origines personnelles de l'enfant adopté ou ayant eu la qualité de pupille de l'État**

**484 Évolution progressive.** La question de l'accès aux origines de ces enfants s'est posée en premier en raison du développement plus récent des techniques d'aide médicale à la procréation hétérologue. Il convient de s'attacher à comprendre comment cette problématique a émergé et a progressivement été prise en considération. En effet, le regard posé sur le secret et l'anonymat a évolué. Conçu initialement comme un moyen de protéger les parents de naissance et par ricochet l'enfant, le secret des origines est peu à peu apparu comme une atteinte, injustifiée pour certains, aux droits de l'enfant. Dès les années 1980, quelques associations ont commencé à militer en faveur du droit pour les pupilles de l'État à accéder à leurs origines et à l'identité de leurs parents de naissance<sup>4</sup>. A la même période, des textes internationaux ont fait mention de l'importance pour l'enfant de connaître ses origines. Par exemple, l'article 7 de la Convention internationale *relative aux droits de l'enfant* du 20 novembre 1989 énonce que, dans la mesure du possible, l'enfant a le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Cette disposition ne se réfère pas expressément à l'abandon anonyme et à l'accouchement secret, mais davantage aux pratiques de certains États dont l'état civil n'est qu'imparfaitement organisé. Ainsi, il y

---

<sup>3</sup> En ce sens, LABRUSSE-RIOU C., *Difficultés, contradictions et apories du droit de la bioéthique*, in Études offertes à Pierre Catala, *Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Litec, 1999, p. 275.

<sup>4</sup> LE BOURSICOT M.-C., Lamy *Droit des personnes et de la famille, L'accès aux origines personnelles*, n° 436-10.

aurait encore près de 30 % d'enfants dont la naissance ne serait pas déclarée<sup>5</sup>. Cet article tend également à lutter contre le trafic d'enfants et les adoptions irrégulières. Toutefois, cette première affirmation d'un droit à la connaissance des parents a pu servir de fondement aux revendications pour l'accès aux origines personnelles. La Convention internationale de La Haye du 29 mai 1993 *sur la protection des enfants et la coopération en matière internationale* dispose également que « *les autorités compétentes d'un État contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille* »<sup>6</sup>. Cet impératif est cependant fortement atténué puisque, si les autorités compétentes doivent assurer l'accès à ces informations pour l'enfant ou son représentant légal, ce n'est que dans la mesure permise par la loi de l'État. Par conséquent, l'enfant ne peut en bénéficier que dans l'hypothèse où sa législation nationale l'y autorise. Pourtant, l'obligation pour les États contractants de conserver toute information relative aux origines de l'enfant est affirmée. Ces timides avancées démontrent que cette problématique tend de plus en plus à être prise en considération par les États. Sera envisagé l'état du droit en Europe (§ 1) avant d'examiner la législation française (§ 2).

## **§ 1. L'appréhension du droit à la connaissance des origines des enfants adoptés ou nés sous le secret en Europe : la prise en compte de la volonté de l'enfant**

**485 Plan.** Dans leur majorité, les États européens organisent aujourd'hui l'accès aux origines de l'enfant (A), ce qui a conduit la Cour européenne des droits de l'homme à consacrer un droit à la connaissance des origines personnelles (B).

### A. L'accès aux origines de l'enfant adopté en Europe

**486 Consultation de l'acte de naissance.** La possibilité d'accéder à l'identité de l'auteur biologique semble faire l'objet d'un consensus en Europe. Les pratiques sont toutefois diverses. Certains États n'ont pas mis en place de législation spécifique et la connaissance de l'identité des père et mère de naissance se fait au moyen de l'obtention d'une copie

---

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Art. 30, Convention de La Haye du 29 mai 1993 *sur la protection des enfants et la coopération en matière internationale*.

intégrale de l'acte de naissance de l'enfant. Seuls la France, le Luxembourg et l'Italie permettent à la mère de naissance de refuser que son nom soit inscrit dans l'acte de naissance. Par conséquent, dans les autres États européens, l'enfant peut obtenir son identité, sauf hypothèse d'abandon « sauvage ». Il en va ainsi en Espagne<sup>7</sup>. Aux Pays-Bas, il n'existe pas non plus de législation particulière sur ce point, mais dans un arrêt du 15 avril 1994, la Cour suprême a reconnu le droit pour l'enfant de connaître l'identité de ses parents biologiques<sup>8</sup>. En principe, l'acte de naissance de l'enfant mentionne le nom des parents par le sang. L'adopté peut y avoir accès en demandant une copie de l'acte. Il n'y a que dans l'hypothèse où l'enfant a été trouvé que ces informations n'y figurent pas. Le jugement d'adoption reprend également l'identité des parents par le sang. En Pologne, l'adopté a accès à l'identité de ses parents de naissance au moyen de la consultation de son acte de naissance originaire<sup>9</sup>. Il n'est cependant accessible qu'à sa majorité. Au Luxembourg, l'adopté peut avoir accès à ses origines en demandant une copie de tous les actes le concernant<sup>10</sup>.

**487 Organisation d'un droit à l'accès aux origines personnelles.** D'autres États ont organisé l'accès à l'identité des parents de naissance. Les modalités de communication peuvent être différentes. En Allemagne, depuis un arrêt du 31 janvier 1989, la Cour constitutionnelle a reconnu le droit pour toute personne de connaître ses origines<sup>11</sup>. En conséquence, il est prévu que l'adopté puisse accéder à ses origines dès l'âge de seize ans<sup>12</sup>. En revanche, certains États n'autorisent la communication des renseignements identifiants qu'une fois que l'adopté est majeur comme en Grèce<sup>13</sup> ou en Écosse<sup>14</sup>. En

---

<sup>7</sup> Art. 21 et 22 RRC 1986 (Règlement *du registre civil*).

<sup>8</sup> Cour suprême, arrêt Valkenhorst, 15 avril 1994, cité dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003, Odièvre contre France, v. *infra*, n° 491.

<sup>9</sup> Art. 48 al. 4 PASC (Loi du 29 septembre 1986 *sur l'établissement des actes*).

<sup>10</sup> Art. 45 al. 3 C. civ.

<sup>11</sup> Cour constitutionnelle fédérale, BverfG, 31 janvier 1989, FamRZ 1989, p. 255 ; FRANK R., *La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille*, RID comp. 1993, 637. V. également *infra*, n° 516.

<sup>12</sup> § 61 abs. 2 PStG (loi *relative à l'état civil*).

<sup>13</sup> Art. 1559 § 2 C. civ. grec. L'adopté majeur est en droit d'obtenir des informations sur l'identité de ses parents biologiques auprès de ses parents adoptifs et des autorités compétentes. A cette fin, il peut consulter les données le concernant dans les registres des adoptions.

<sup>14</sup> « *Adoption and Children Act (Scotland) 2007* », s. 55. Dès l'âge de seize ans (âge de la majorité), celui qui a fait l'objet d'une adoption peut obtenir la communication de l'identité de ses parents de naissance. Pour ce faire, il s'adresse à l'Officier Général de l'état civil (« *Registrar General* ») qui lui donne directement l'information ou lui conseille de s'adresser à un service spécialisé (« *Adoption Agency* »).

Angleterre et au Pays de Galles, l'Officier Général de l'état civil doit communiquer les actes demandés par l'adopté âgé de dix-huit ans ou plus<sup>15</sup>. Depuis 1975, toute personne adoptée doit être informée de l'adoption dont il a fait l'objet<sup>16</sup>. Il y a approximativement 4000 demandes par an tendant à connaître l'identité des parents de naissance. Environ 12% de l'ensemble des personnes adoptées de plus de dix-huit ans ont formulé une telle demande<sup>17</sup>. A également été mis en place depuis 1991 un fichier contenant les demandes de contacts émanant des adoptés majeurs, des parents par le sang ou de leurs alliés<sup>18</sup>. En Italie, l'identité des parents de naissance est aussi communiquée à la demande de l'adopté âgé de plus de vingt-cinq ans. Dès sa majorité, il peut obtenir des informations identifiantes s'il justifie de motifs graves relativement à sa santé psychique ou physique. Doit être saisi à cette fin le tribunal des mineurs de son lieu de résidence qui examine alors la situation *in concreto*<sup>19</sup>. Celui-ci peut auditionner toute personne<sup>20</sup>. Il n'est pas fait droit à la demande dans trois hypothèses : si la mère n'a pas reconnu l'enfant, lorsque l'un des parents biologique a refusé de figurer dans l'acte de naissance ou s'il a demandé le secret sur son identité lorsqu'il a confié l'enfant en vue de son adoption<sup>21</sup>. En Belgique, l'enfant peut connaître l'identité de ses parents de naissance en demandant une copie de son acte de naissance qui mentionne sa filiation originaire<sup>22</sup>. En outre, depuis plusieurs années, les organismes agréés pour l'adoption communiquent à l'adopté les informations qu'ils ont leur possession, lui offrent un soutien psychologique et le guident dans ses démarches<sup>23</sup>. Enfin, toute autorité compétente doit conserver les informations relatives aux origines de l'adopté (identité des parents de naissance, données médicales, familiales...) et garantir leur accès à celui-ci tout en lui délivrant les conseils appropriés (art. 368-6 C. civ.).

---

<sup>15</sup> « *Adoption Act 2002* », *Schedule 2*. Si l'adoption a été prononcée avant 1975, un entretien préalable avec l'Officier Général de l'état civil, l'autorité locale ou le service ayant servi d'intermédiaire à l'adoption est nécessaire.

<sup>16</sup> SHENFIELD F., art. préc., p.114.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p.115.

<sup>18</sup> GRANET F., *Confidentialité, secret ou anonymat autour d'une naissance : de quelques aspects des droits européens*, AJ fam. 2003, 95. Depuis le 30 décembre 2005, date d'entrée en vigueur de la loi de 2002 (« *Adoption and Children Act 2002* »), il est possible pour ces mêmes personnes de signifier leur refus d'être contactées.

<sup>19</sup> Art. 28, 5, L. Ad. (Loi n° 184 sur l'adoption et la garde des mineurs du 4 mai 1983)

<sup>20</sup> Art. 28, 6, L. Ad.

<sup>21</sup> Art. 28, 7, L. Ad.

<sup>22</sup> Art. 45 C. civ. L'adoption est portée en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

<sup>23</sup> LAMMERANT I., OTTEVAERE A., VERWILGHEN M., *Le nouveau droit fédéral de l'adoption*, RTD fam. 2006, 77.

Certaines législations permettent à l'enfant de formuler une demande d'accès à ses origines pendant sa minorité, mais subordonnent la consultation à des circonstances particulières, comme en Croatie<sup>24</sup> ou en Suisse<sup>25</sup>.

**488 Information.** Quelques États tentent d'avertir les parents par le sang de la demande de l'adopté. Par exemple, en Hongrie, l'adopté peut avoir accès à l'identité des ses parents de naissance en s'adressant à l'autorité administrative de tutelle. Celle-ci doit, dans la mesure du possible, consulter ces derniers. Lorsque l'adopté est mineur, l'adoptant ou le représentant légal de l'enfant doit également être consulté. Il peut ne pas être donné suite à cette demande si elle s'avère contraire à l'intérêt de l'enfant<sup>26</sup>. En Suisse, les parents de naissance doivent en principe être informés de la demande d'accès aux origines. S'ils refusent de rencontrer l'adopté, ce dernier en est avisé, ainsi que des droits de ses père et mère par le sang<sup>27</sup>.

**489 Accès aux origines de l'enfant né sous X en Italie et au Luxembourg.** Les législations européennes autorisant et encadrant l'accouchement X semblent moins enclines à reconnaître un tel droit à l'enfant qui en est issu. Au Luxembourg, si rien n'empêche juridiquement l'établissement de la filiation maternelle de celui qui naît sous X, il n'existe toutefois pas de droit à la connaissance de l'identité de la mère de naissance. En Italie, l'autorisation judiciaire ne peut pas bénéficier à l'enfant né sous le secret dans la mesure où sa mère de naissance ne l'a pas reconnu.

Ainsi, dans leur ensemble, les États européens favorisent l'accès aux origines des enfants ayant fait l'objet d'une adoption en leur permettant d'obtenir des renseignements relatifs à leurs auteurs biologiques. Il serait donc intéressant de s'interroger sur la position du Conseil de l'Europe sur ce point. Bien que la Convention européenne *des droits de*

---

<sup>24</sup> Art. 141 OZ. L'adopté peut être autorisé par le Centre d'aide sociale à prendre connaissance de son dossier. Mais la consultation par le mineur n'est possible que si cela est dans son intérêt.

<sup>25</sup> L'adopté peut obtenir communication de l'identité de ses parents de naissance à partir de l'âge de dix-huit ans. Avant sa majorité, il ne peut y avoir accès que s'il justifie d'un intérêt légitime (art. 268 c 1 C. civ. suisse). Par un arrêt du 4 mars 2002, le Tribunal fédéral avait anticipé la modification des dispositions du Code civil en affirmant le droit absolu pour toute personne adoptée de connaître l'identité de ses parents de naissance : Tribunal fédéral, 4 mars 2002, 1P.460/2001. V. également GRANET F., art. préc.

<sup>26</sup> Art. 53/A Csjt.

<sup>27</sup> Art. 268 c 2 C. civ. suisse.

*l'homme* ne le mentionne pas, les juges européens ont reconnu l'existence d'un droit à la connaissance des origines personnelles.

### B. L'appréhension du droit à la connaissance des origines par la Cour européenne des droits de l'homme

**490 Démonstration.** Aucun article de la Convention européenne *des droits de l'homme* n'évoque directement la problématique de la connaissance des origines personnelles. Dans une recommandation du 26 janvier 2000, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a instamment invité les États membres « à assurer le droit de l'enfant adopté de connaître ses origines au plus tard à sa majorité et à éliminer de leur législation nationale toute disposition contraire »<sup>28</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a, quant à elle, reconnu l'existence d'un droit à la connaissance des origines **(1)**. Toutefois, il apparaît que celui-ci doit être concilié avec les autres impératifs protégés par la Convention **(2)**.

#### 1. La reconnaissance d'un droit à la connaissance des origines

**491 Accès aux origines et respect dû à la vie privée.** L'article 8, en tant qu'il a vocation à protéger la vie privée et familiale, sert de fondement aux demandes d'accès aux origines personnelles. Selon la Cour, tout individu a « *un intérêt primordial, protégé par la Convention, à recevoir les renseignements qu'il (lui) faut pour connaître et comprendre (son) enfance et (ses) années de formation* »<sup>29</sup>. « *L'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur* »<sup>30</sup>. La connaissance des origines est, de ce fait, un élément important, constitutif de l'identité personnelle de celui qui est en quête de son passé<sup>31</sup>. Cependant, la Cour européenne a déjà eu l'occasion de juger qu'il ne peut y avoir de vie familiale lorsqu'il n'existe que des liens de sang entre l'enfant et ses père ou mère de naissance. Cette notion suppose des liens personnels étroits entre les intéressés, même s'ils ne cohabitent pas<sup>32</sup>. Par conséquent, les origines d'une personne doivent être

---

<sup>28</sup> Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, recommandation 1443 (2000) du 26 janvier 2000, *Pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale*, 5, vii.

<sup>29</sup> CEDH, 7 juillet 1989, Gaskin contre Royaume-Uni, § 49, GACEDH, p. 423 et s.

<sup>30</sup> CEDH, 6 février 2001, Bensaid contre Royaume-Uni, § 47, Recueil des arrêts et décisions 2001-I.

<sup>31</sup> CEDH, 7 février 2002, Mikulić contre Croatie, §§ 54 et 64, JCP éd. G 2002, I, 157, n° 13, obs. SUDRE F.

<sup>32</sup> CEDH, 27 octobre 1994, Kroon et autres contre Pays-Bas, § 30, Série A, n° 297-C.

qualifiées d'éléments de sa vie privée, mais non de sa vie familiale<sup>33</sup>. Ainsi l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Odièvre contre France du 13 février 2003<sup>34</sup>.

**492 Illustration jurisprudentielle : l'arrêt Odièvre contre France.** Pascale Odièvre est née le 23 mars 1965 à Paris. Sa mère de naissance a demandé le secret sur son identité lors de l'accouchement et l'a abandonnée au service de l'assistance publique. L'enfant a été immatriculé en tant que pupille de l'État le 1<sup>er</sup> juillet 1965 et a fait l'objet d'une adoption plénière par le couple Odièvre le 10 janvier 1969. En décembre 1990, Pascale Odièvre a pris connaissance de son dossier de pupille de l'État auprès du service de l'aide sociale à l'enfance du département de la Seine. Elle a alors obtenu des informations non identifiantes sur ses père et mère de naissance et a appris qu'elle faisait partie d'une fratrie<sup>35</sup>. Elle a souhaité obtenir la levée du secret sur l'identité de ses parents biologiques ainsi que sur celle de ses frères. A cette fin, elle a saisi le Tribunal de grande instance de Paris qui, le 27 janvier 1998, a rejeté sa demande, sans même l'examiner au fond et l'a invitée à se tourner éventuellement vers les juridictions administratives. L'affaire a alors été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>36</sup>. Plusieurs arguments ont été évoqués devant les juges européens dont le défaut d'épuisement des voies de recours internes, qui a été écarté par la Cour<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Pour une critique de cette solution, v. l'opinion des juges dissidents sous l'arrêt Odièvre contre France du 13 février 2003.

<sup>34</sup> CEDH, 13 février 2003, Odièvre contre France, D. 2003, chron., 1240, note MALLET-BRICOUT B. ; RTD civ. 2003, 375, obs. MARGUENAUD J.-P. ; AJ fam. 2003, 86, LE BOURSICOT M.-C. ; JCP 2003, II, 10049, note GOUTTENOIRE-CORNUT A. et SUDRE F. ; *ibid.*, I, 120, note MALAURIE P. ; GP 2005, n° 18, p. 11, note ROYANT S. ; ROY O., LPA 11 juin 2003, n° 116, p. 11 ; ROY O., LPA 3 octobre 2002, n° 198, p. 6 ; RTD civ. 2003, 276, obs. HAUSER J. ; GACEDH, p. 418 et s.

<sup>35</sup> Étaient précisées les circonstances de sa naissance et de son abandon, ainsi que des renseignements relatifs au physique et à la santé de ses parents de naissance. Elle a appris qu'elle est issue d'une relation adultérine, son père de naissance étant marié avec une autre femme avec laquelle il avait déjà eu une fille. Ses parents vivaient maritalement depuis sept années et avaient eu avant elle un garçon âgé à sa naissance de vingt et un mois. Étaient également détaillées leurs conditions de vie et de ressources ainsi que leur signalement.

<sup>36</sup> Pascale Odièvre a saisi la Commission européenne des droits de l'homme le 12 mars 1998. Sa requête est déclarée recevable le 16 octobre 2001 par la Troisième chambre de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'est ensuite dessaisie au profit de la Grande chambre en juin 2002.

<sup>37</sup> Le gouvernement français a soulevé l'exception de non-épuisement des voies de recours en alléguant que l'avis négatif de la Commission d'accès aux documents administratifs aurait dû faire l'objet d'un recours devant les juridictions administratives. Or, Pascale Odièvre a saisi directement la Cour européenne des droits de l'homme. Les juges européens ont rejeté l'argument du gouvernement, au motif que la saisine du tribunal administratif était vaine. En effet, selon la jurisprudence constante des juridictions administratives, en

**493 Vie privée.** La requérante souhaitait simplement connaître l'identité de ses parents de naissance et de sa fratrie, de sorte que l'affaire devait être envisagée sous l'angle de la protection de sa vie privée. « *La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention qui trouve ainsi à s'appliquer en l'espèce* »<sup>38</sup>. La Cour déduit de l'article 8 de la Convention un droit à la connaissance des origines personnelles. Cette solution a, par la suite, été confirmée dans l'arrêt Jäggi contre Suisse du 13 juillet 2006 (v. *supra*, n° 168)<sup>39</sup>. Sur le fondement de l'article 8 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné le refus des juridictions suisses d'autoriser M. Jäggi à effectuer un prélèvement ADN sur une personne défunte. Le requérant avait sollicité l'exhumation du corps de celui qu'il pensait être son père biologique. La Cour rappelle qu'« *en tout état de cause, le droit de connaître son ascendance se trouve dans le champ d'application de la notion de "vie privée", qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle dont l'identité des géniteurs fait partie* ». Les juridictions suisses ont donc excédé leur marge d'appréciation. Ainsi, il existe un droit à la connaissance de ses origines personnelles garanti par la Convention européenne *des droits de l'homme*.

**494 Obligation positive.** L'article 8 de la Convention impose en principe aux États contractants l'obligation négative de ne pas s'ingérer arbitrairement dans la vie privée des individus. Mais en découle également une obligation positive de respecter effectivement cette vie privée<sup>40</sup>. En présence d'une obligation positive à la charge de l'État, le contrôle opéré par les juges est assoupli<sup>41</sup>. En l'espèce, la requérante reprochait à la France de ne pas avoir respecté sa vie privée, puisque l'établissement de sa filiation maternelle est empêché par la fin de non-recevoir de l'ancien article 341-1 du Code civil (alors en vigueur) et surtout parce qu'il lui est impossible de connaître l'identité de sa mère de

---

présence d'une demande expresse de secret par les parents de naissance de l'enfant, aucune information identifiante ne peut être communiquée au demandeur.

<sup>38</sup> CEDH, Odièvre contre France, § 29.

<sup>39</sup> CEDH, 13 juillet 2006, Jäggi contre Suisse, RTD civ. 2006, 727, obs. MARGUENAUD J.-P. ; *ibid.*, 2007, 99, obs. HAUSER J. ; DECAUX E. et TAVERNIER P., *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, JDI (Clunet), 2007, n° 2, 5 ; GOUTTENOIRE A., *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dr. fam. 2008, étude n° 14.

<sup>40</sup> CEDH, Odièvre contre France, § 40. Sur la notion d'obligation positive, v. *supra*, n° 263.

<sup>41</sup> GOUTTENOIRE-CORNUT A. et SUDRE F., note préc.

naissance<sup>42</sup>. L'article 8 de la Convention interprété de façon extensive consacre ainsi un droit à la connaissance des origines<sup>43</sup>. Mais il s'agit d'un droit inefficace en pratique<sup>44</sup>, en raison de sa nécessaire conciliation avec les autres droits protégés par la Convention européenne.

## 2. La conciliation du droit à la connaissance des origines avec les autres droits protégés par la Convention européenne *des droits de l'homme*

**495 Conciliation.** Si l'accès aux renseignements relatifs à la naissance ou l'enfance de l'intéressé est une considération primordiale, il doit toutefois s'articuler avec le droit au secret ou à l'anonymat. En effet, la véritable problématique est de déterminer si « *le droit de savoir signifie (...) l'obligation de divulguer* »<sup>45</sup>. L'article 8 de la Convention tend aussi bien à protéger la vie privée de l'enfant, que celle de sa mère de naissance qui a souhaité conserver l'anonymat. La confidentialité de certaines données peut être nécessaire pour la protection des tiers ou l'obtention de renseignements dignes de foi<sup>46</sup>. Dès lors, la volonté du ou des parents de naissance est également à prendre en considération. Doit donc être trouvé un compromis entre le droit à la connaissance des origines de l'enfant et le droit au respect de la vie privée du ou des parents de naissance qui ont demandé l'anonymat. Selon le dossier de pupille de l'État de Pascale Odièvre, sa mère de naissance n'est jamais allée la voir à la maternité et s'en est séparée avec une parfaite indifférence. Il existait donc en l'espèce deux intérêts difficilement conciliables<sup>47</sup>. En outre, selon la Cour européenne des droits de l'homme, d'autres intérêts doivent être pris en considération. Le droit au respect de la vie privée et familiale pour l'ensemble des personnes concernées (parents adoptifs, père de naissance, autres membres de la famille biologique) doit aussi être protégé et une

---

<sup>42</sup> Selon certains auteurs, il était inutile de recourir à la technique des obligations positives dans la mesure où « *c'est le droit interne qui, organisant le système de l'accouchement anonyme, fournit à la mère biologique les moyens de porter atteinte au droit de la requérante* » (GOUTTENOIRE-CORNUT A. et SUDRE F., note préc.).

<sup>43</sup> CEDH, Odièvre contre France, § 44

<sup>44</sup> En ce sens également, MALLET-BRICOUD, note préc.

<sup>45</sup> CEDH, Odièvre contre France, § 45.

<sup>46</sup> CEDH, Gaskin contre Royaume-Uni, préc., § 49.

<sup>47</sup> Il faut relever qu'il n'est pas tenu compte de la condition d'enfant de la requérante lors de la demande de secret par sa mère biologique. En effet, la Cour la considère comme une adulte qui ne peut bénéficier de la position privilégiée dont profitent en principe les enfants. De ce fait, le droit au respect de la vie de Mme Odièvre doit être évalué sur un pied d'égalité avec celui de sa mère de naissance : CEDH, Odièvre contre France, § 44 : « *la Cour se trouve en l'espèce en présence de deux intérêts privés difficilement conciliables, qui touchent d'ailleurs non une adulte et une enfant, mais deux adultes jouissant chacune de l'autonomie de sa volonté* ».

levée non consensuelle du secret pourrait avoir des conséquences néfastes<sup>48</sup>. Enfin, il ne faut pas négliger l'intérêt général qui tend à protéger la santé de la femme qui accouche et celle de son enfant et qui vise également à éviter les avortements clandestins ou les abandons sauvages.

**496 Absence de violation du droit au respect de la vie privée.** La Cour européenne des droits de l'homme s'est livrée à un examen des différents intérêts en présence et par dix voix contre sept, a considéré qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 8 de la Convention. D'une part, la requérante a pu obtenir des informations non identifiantes relatives à ses parents de naissance lui permettant de retracer en partie son histoire personnelle sans porter atteinte aux droits des tiers. Dès lors « *faudrait-il en déduire que la possibilité pour l'individu né sous X de connaître quelques éléments de son histoire personnelle est suffisante pour affirmer qu'il a eu accès à ses origines ?* »<sup>49</sup> Il y aurait de ce fait un droit à la connaissance des circonstances entourant la naissance, l'abandon ou l'enfance de l'individu et non un droit à connaître l'identité de ses père et mère de naissance. D'autre part, le droit français a évolué en organisant la réversibilité du secret. La loi du 22 janvier 2002 a également créé le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, organe indépendant chargé de faciliter la recherche des origines. Dans la mesure où cette loi est d'application immédiate, la requérante peut saisir le Conseil national et obtenir la levée du secret si sa mère de naissance y consent, même si les chances de succès d'une telle demande apparaissent peu probables<sup>50</sup>. De ce fait, « *la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs* »<sup>51</sup>.

**497 Absence de discrimination.** Selon la Cour européenne des droits de l'homme, il n'y a pas non plus de violation de l'article 14 de la Convention combiné à l'article 8. La requérante arguait d'une discrimination fondée sur la naissance en raison du secret qui

---

<sup>48</sup> CEDH, Odièvre contre France, § 44. L'allusion aux parents adoptifs de Mme Odièvre est cependant inopportune, dans la mesure où rien ne permet d'affirmer qu'ils se sont opposés aux démarches de leur fille adoptive.

<sup>49</sup> MALLET-BRICOUT B., note préc.

<sup>50</sup> CEDH, Odièvre contre France, § 49.

<sup>51</sup> CEDH, Odièvre contre France, § 49.

avait été demandé par sa mère biologique lors de l'accouchement. Conformément à l'article 14 de la Convention, il ne peut y avoir de traitement différent entre des personnes placées dans des situations comparables, sauf s'il existe une justification objective et raisonnable<sup>52</sup>. La Cour européenne considère que Pascale Odièvre ne peut se prévaloir d'une discrimination dans la mesure où elle bénéficie d'une filiation à l'égard de ses parents adoptifs et qu'elle dispose à ce titre de droits patrimoniaux et successoraux. De plus, elle ne peut se comparer aux autres enfants de sa mère de naissance, puisque la filiation maternelle de ces derniers est établie. Par conséquent, elle ne se trouve pas dans une situation comparable à ceux-ci<sup>53</sup>. On peut toutefois s'interroger sur la solution que la Cour de Strasbourg aurait été conduite à donner si elle avait été saisie par une personne sans filiation, faute d'avoir été adoptée.

**498 Critiques.** Si la requérante dispose bien d'un droit aux origines personnelles, celui-ci se heurte à d'autres intérêts. On peut néanmoins s'étonner de la forte marge d'appréciation laissée à la France, s'agissant d'une problématique aussi délicate. La législation française est largement minoritaire en Europe (v. *supra*, n<sup>os</sup> 237 et s.). Pourtant les juges en déduisent l'absence d'un consensus<sup>54</sup>. En principe, plus la position de l'État concerné est isolée, plus sa marge d'appréciation est faible. « *Or, en l'occurrence, la spécificité française a été au contraire considérée comme une marque de la diversité des systèmes et traditions juridiques face à laquelle il faut reconnaître à l'État dissident une "certaine" et salvatrice marge d'appréciation* »<sup>55</sup>. Selon les juges minoritaires, la connaissance des origines fait partie du « *noyau dur du droit au respect de la vie privée* »<sup>56</sup>, de sorte qu'« *un examen d'autant plus soutenu s'impose pour peser les intérêts en présence* ». La Cour

---

<sup>52</sup> CEDH, 21 décembre 1999, Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal, préc., § 26.

<sup>53</sup> CEDH, Odièvre contre France, § 56.

<sup>54</sup> GOUTTENOIRE-CORNUT A. et SUDRE F., note préc.

<sup>55</sup> MARGUENAUD J.-P., obs. préc. Selon l'opinion dissidente commune des juges WILDHABER, BRATZA, BONELLO, LOUCAIDES, CABRAL BARRETO, TULKENS, PELLONPÄÄ, (n<sup>o</sup> 16), « *dans ces conditions, en se fondant sur la prétendue diversité des systèmes et des traditions juridiques (prenant même en compte des projets de lois qui sont seulement envisagés) pour encadrer la marge d'appréciation et valider ainsi, au regard de la Convention, le droit absolu de la mère de garder secrète son identité, la majorité prend l'argument du consensus européen à rebours et le vide complètement de sa substance. Plutôt que de permettre une évolution dans le sens du développement des droits garantis par la Convention, au départ de ce qui est accepté dans une large majorité de pays, le recours à l'interprétation consensuelle, fondée sur la pratique quasi isolée d'un pays (paragraphe 47 de l'arrêt), sert à justifier une limitation des droits* ».

<sup>56</sup> Opinion dissidente commune des juges WILDHABER, BRATZA, BONELLO, LOUCAIDES, CABRAL BARRETO, TULKENS, PELLONPÄÄ, préc., n<sup>o</sup> 11.

approuve la loi du 22 janvier 2002, alors même que la révélation des origines de l'enfant reste entièrement soumise à la volonté du tiers auteur biologique, sans qu'un quelconque contrôle quant à la légitimité de sa volonté ne puisse être opéré par un organe indépendant. L'intérêt de la mère, auquel est joint l'intérêt général, prime sur celui de la requérante en quête de ses origines. La Cour a ainsi admis la possibilité pour une femme de demander le secret lors de son accouchement et l'incapacité subséquente pour l'enfant d'accéder à ses origines. Il n'est pas mis à la charge de l'État une obligation de divulguer l'identité des parents de naissance. Cette décision a été largement critiquée par la doctrine française<sup>57</sup> et pose plusieurs problèmes, notamment celui de la différence de traitement entre l'homme et la femme. En effet, dans l'arrêt Mikulic contre Croatie, la Cour de Strasbourg a fait prévaloir le droit au respect de la vie privée de l'enfant sur l'intérêt du père biologique et est passé outre son refus de se soumettre à une expertise biologique<sup>58</sup>.

On ne peut que déceler l'embarras de la juridiction européenne et la division des juges, l'arrêt n'ayant été rendu qu'à une faible majorité<sup>59</sup>. Selon un auteur, une grande partie des juges majoritaires est issu des pays de l'Est, traditionnellement « anti-IVG »<sup>60</sup>. Il est vrai que le parallèle entre l'accouchement sous X et la nécessité de prévenir les avortements semble avoir été une considération primordiale pour les juges majoritaires<sup>61</sup>. La Cour ne remet pas en question le système français de l'accouchement sous X jugé conforme au

---

<sup>57</sup> HAUSER J., obs. préc., MALLET-BRICOUT B., note préc. ; MARGUENAUD J.-P., obs. préc. selon lequel « *le raisonnement suivi pour la justifier pourrait presque être qualifié d'affligeant* » ; ROY O., note préc.

<sup>58</sup> En ce sens également, MARGUENAUD J.-P., note préc. ; CEDH, Mikulic contre Croatie, préc., § 64 : « *un système tel que celui de la Croatie, qui ne prévoit pas de moyens de contraindre le père prétendu à se conformer à un ordre du tribunal lui enjoignant de se soumettre à des tests ADN, peut en principe être jugé compatible avec les obligations découlant de l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'État. La Cour estime toutefois que, dans le cadre d'un tel système, les intérêts de la personne qui cherche à déterminer sa filiation doivent être défendus lorsque la paternité ne peut être établie au moyen de tests ADN. L'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction d'un tribunal n'est conforme au principe de proportionnalité que si le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité. Or aucune procédure de ce type n'était prévue en l'espèce (voir, mutatis mutandis, Gaskin précité, p. 20, § 49)* ».

<sup>59</sup> MALLET-BRICOUT B., note préc.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> V. par exemple l'opinion de M. le juge RESS et M. le juge KÜRIS et celle de Mme la juge GREVE selon laquelle « *il serait à l'évidence inhumain d'invoquer les droits de l'homme pour contraindre une femme dans cette situation à choisir entre un avortement et un accouchement clandestin, solutions qui comportent toujours un risque potentiel pour la santé de la mère et/ou de l'enfant et, au pire, un danger pour la vie, et/ou peuvent conduire à la naissance d'un bébé mort* ».

droit au respect de la vie<sup>62</sup>. La solution s'explique en partie par l'évolution du droit français en la matière et par les possibilités qu'il offre aujourd'hui à ceux qui recherchent leurs origines. Selon les juges européens, la France « *tente ainsi d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause* »<sup>63</sup>. La Cour décerne « *un brevet de conventionalité* » à la nouvelle loi française<sup>64</sup>, sans pour autant sanctionner le droit antérieur qui a pourtant porté préjudice à la requérante<sup>65</sup>. Il convient dès lors d'analyser le dispositif mis en place progressivement par la France.

## **§ 2. La connaissance des origines personnelles en droit français : la subordination de la volonté de l'enfant à celle du tiers géniteur**

499 Plan. La reconnaissance du rôle du tiers géniteur passe par l'accès aux origines personnelles de l'enfant. Or, on assiste depuis quelques années à une médiatisation de cette problématique<sup>66</sup>. Le législateur a dû tenir compte de ces revendications<sup>67</sup>. Il a dans un premier temps aménagé la possibilité pour les parents de naissance de laisser des renseignements et organisé la réversibilité du secret **(A)**. A également été créé un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles destiné à faciliter les recherches des personnes en quête de leurs origines **(B)**.

---

<sup>62</sup> CEDH, Odièvre contre France, § 45 : « *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* ». Or cette prise en compte peut s'avérer paradoxale, dans la mesure où il n'est pas démontré que la possibilité pour une femme de demander le secret lors de l'accouchement diminue le nombre d'avortements, d'infanticides ou d'abandons clandestins. De plus, il existe d'autres solutions telles que la prise en charge des femmes en situation de détresse ou la possibilité de confier l'enfant en vue de son adoption. Il aurait mieux fallu que la Cour fonde sa décision sur le droit à la santé de l'enfant plutôt que sur le droit à la vie, en ce sens GOUTTENOIRE-CORNUT A. et SUDRE F., note préc.

<sup>63</sup> CEDH, Odièvre contre France, § 49.

<sup>64</sup> MARGUENAUD J.-P., obs. préc.

<sup>65</sup> Opinion dissidente commune des juges WILDHABER, BRATZA, BONELLO, LOUCAIDES, CABRAL BARRETO, TULKENS, PELLONPÄÄ, préc., n° 20 : « *... la majorité ne prend pas en compte la situation de celle-ci avant l'adoption de la loi du 22 janvier 2002 et de l'impossibilité qui existait pour elle, jusqu'à ce moment, de formuler quelque demande que ce soit* ».

<sup>66</sup> V. par exemple, LAURENT-MERLE I., *La connaissance de ses origines familiales depuis la loi du 5 juillet 1996*, D. 1998, chron., 373 ; ROY O., *Filiation légale et réalités familiales : accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant*, LPA 12 juin 1998, n° 70, p. 13 ; GAUMONT-PRAT H. et SUREAU C., *Anonymat ou secret : quelle vérité pour la connaissance de ses origines ?*, RLDC 2006, n° 26, 2001.

<sup>67</sup> VERDIER P., *Loi, vérité et filiation : le droit peut-il organiser le déni de l'origine ?*, in LE GALL D. et BETTAHAR Y. (Dir.), *La pluriparentalité*, Presses universitaires de France, 2001, p. 125.

## A. La prise en considération progressive de l'importance de la connaissance des origines personnelles

**500 Accès aux origines de l'adopté.** L'adopté ne peut obtenir la communication de son acte de naissance originaire qui est considéré comme nul<sup>68</sup>. Mais il peut demander une copie intégrale de son acte de naissance qui porte en principe la transcription du jugement d'adoption (v. *supra*, n° 279). Il peut également consulter le dossier de procédure<sup>69</sup>. Les difficultés surviennent lorsque les parents de naissance ont souhaité garder l'anonymat et sollicité le secret sur leur identité au moment de la naissance de l'enfant ou de sa remise aux services sociaux. L'accès à l'identité de l'auteur biologique est alors entravé par le secret. Dans ces circonstances, la connaissance des origines doit s'articuler avec cette liberté légalement reconnue.

**501 Consultation du dossier personnel.** La loi du 17 juillet 1978 a permis à l'ancien pupille d'avoir accès aux documents administratifs le concernant et d'obtenir des renseignements non identifiants sur ses père et mère de naissance. Tout pupille pouvait ainsi solliciter la consultation de son dossier auprès du service de l'aide sociale à l'enfance de son département de naissance, les renseignements ne pouvant cependant pas lui être transmis lorsqu'une demande expresse de secret avait été formulée. En cas de doute sur la volonté des parents de naissance, la situation était favorable au pupille qui pouvait accéder à son dossier<sup>70</sup>. Depuis le vote de la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 *relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État*, certaines juridictions administratives et la Commission d'accès aux documents administratifs se sont déclarées incompétentes pour les demandes d'accès aux origines et renvoient au Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (v. *infra*, n°s 505 et s.)<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> BONFILS P et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 163.

<sup>69</sup> Il doit y être autorisé par le juge et justifié d'un intérêt légitime (art. 29 CPC). Le dossier contient la copie de la requête aux fins d'adoption ainsi que des informations sur son état civil primitif (LAURENT-MERLE I., art. préc.).

<sup>70</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal* (JO du 18 juillet 1978, p. 2851). V. GRENIER S., *Le régime de la communication des dossiers personnels des enfants remis en vue d'adoption*, RDSS 2001, 13. V. par exemple CAA Nancy, 31 janvier 2005, n° 02NC01365.

<sup>71</sup> V. par exemple, CAA Lyon, 14 octobre 2003, n° 01LY01083 ; avis de la Commission d'accès aux documents administratifs du 11 juillet 2002, n° 20022412, présidente de l'association Les nids de Paris ; V. également le rapport d'activité de l'année 2002 de la Commission, p. 3 et s.

**502 Limitation et réversibilité du secret.** La consultation de son dossier par le pupille de l'État peut s'avérer inefficace si celui-ci ne contient pas d'informations sur ses origines. C'est pourquoi le législateur a également tenté de limiter l'occultation totale des origines de l'enfant en permettant aux parents de naissance de laisser des informations non-identifiantes ou de lever le secret sur leur identité. La loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 a limité la possibilité pour les parents d'abandonner anonymement leur enfant en exigeant que celui-ci soit âgé de moins d'un an (v. *supra*, n° 266). De plus, le secret n'a plus porté sur l'état civil de l'enfant, mais uniquement sur l'identité des auteurs biologiques. Ainsi, les autres éléments de son acte de naissance, tels que sa date et son lieu de naissance n'ont plus fait l'objet de modifications. En outre, la demande de secret ne pouvait découler que d'une déclaration expresse. La loi du 22 janvier 2002 a, par la suite, modifié les dispositions applicables à l'enfant abandonné en supprimant la possibilité pour les parents de naissance de demander le secret sur leur identité. Le législateur a aussi tenté de lutter contre la culture du secret en instaurant sa réversibilité<sup>72</sup>.

**503 Recueil d'informations.** La loi de 1996 a également légalisé la pratique de certains services sociaux visant à recueillir des renseignements sur les père et mère de naissance. Dès lors, ont pu être laissées des informations non-identifiantes relatives à leur aspect physique, leur nationalité, leur profession...<sup>73</sup>. Cette volonté de lutter contre les dossiers vides s'est poursuivie avec la loi du 22 janvier 2002 qui a expressément précisé les renseignements pouvant être laissés : informations concernant leur santé, les origines de l'enfant ou les circonstances ayant conduit à sa remise au service de l'aide sociale à l'enfance<sup>74</sup>.

**504 Enfants nés sous X.** Outre les dispositions de droit commun, l'enfant né sous X est visé par un certain nombre de règles spécifiques tendant à améliorer sa situation. Les apports de la loi du 22 janvier 2002 sont substantiels sur ce point. Il n'était pas alors question de remettre en cause la possibilité pour une femme de se soustraire aux

---

<sup>72</sup> La loi du 5 juillet 1996 a prévu pour la première fois la possibilité pour les parents de naissance de lever le secret sur les origines de l'enfant en communiquant leur identité au service l'ayant recueilli (art. 62 Code de la famille et de l'aide sociale). V. LE BOURSICOT M.-C., Lamy *Droit des personnes et de la famille*, préc., n° 436-10.

<sup>73</sup> Ancien art. 62, 4° Code de la famille et de l'aide sociale. V. également LAURENT-MERLE I., art. préc.

<sup>74</sup> Art. L 224-5 CASF.

conséquences juridiques de sa maternité, mais de tenter de mettre en place une solution de compromis. Si l'on constate que des avancées ont été réalisées, la décision de la levée du secret revient toujours à celle qui a demandé l'anonymat lors de son accouchement. En effet, ont principalement été modifiées les dispositions relatives aux informations que doit recevoir la parturiente. La femme qui accouche sous X est informée de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. La loi tend ainsi à éviter que l'enfant ne soit confronté à un dossier vide de tout renseignement sur son passé. A cet effet, la femme est invitée à laisser des informations auxquelles celui-ci pourra accéder ultérieurement. Il n'y a par conséquent aucune contrainte ; il ne s'agit que d'une invitation<sup>75</sup>. Elle est aussi avertie de la possibilité de lever à tout moment le secret de son identité et qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que conformément à l'article L. 147-6 du Code de l'action sociale et des familles. Ces éléments non-identifiants ont pu être évoqués comme donnant « *l'illusion de satisfaire les besoins de connaissance de ses origines de l'enfant abandonné* »<sup>76</sup>. La loi du 22 janvier 2002 n'est pas allée aussi loin que l'espéraient les associations revendiquant l'accès aux origines personnelles des enfants nés sous X. Le demandeur était confronté à une pluralité d'interlocuteurs, aux pratiques disparates d'une région ou d'une époque à l'autre. De surcroît, il devait mener l'enquête par ses propres moyens. Pour pallier ces obstacles et permettre la rationalisation des recherches a parallèlement été créé le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles.

#### B. Le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles

**505 Présentation.** L'opportunité de la création d'un organisme chargé de conserver des données relatives aux origines des enfants nés sous X ou abandonnés et de faciliter l'accès à celles-ci a fait l'objet d'un certain nombre de rapports et de réflexions au début des

---

<sup>75</sup> L'article L 222-6 du Code de l'action sociale et des familles distingue deux catégories de données traitées différemment : d'une part, des renseignements relatifs à sa santé, celle du père, aux origines de l'enfant ainsi qu'aux circonstances de la naissance, d'autre part, l'identité sous pli fermé de celle qui a demandé le secret. Si elle a refusé de laisser son nom à la naissance, il est porté à sa connaissance qu'elle peut le faire à tout moment. De la même façon, elle conserve la possibilité de compléter les renseignements qu'elle a confiés. Aucune pièce d'identité n'est demandée, aucune enquête diligentée conformément à l'article L 222-6 du Code de l'action sociale et des familles. La véracité des renseignements laissés est de ce fait invérifiable.

<sup>76</sup> NEIRINCK C., J-Cl. Civil Code, Art. 343 à 370-2, *Filiation adoptive*, fasc. n° 21, 2003, n° 29.

années 1990<sup>77</sup>. Pourtant, il aura fallu attendre la loi du 22 janvier 2002 pour que le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles soit institué auprès du ministère chargé des Affaires sociales<sup>78</sup>. Paradoxalement, la nouvelle loi ne définit pas son objet, à savoir les origines. Il s'agit d'une donnée purement factuelle et non juridique. Les textes évoquent les père et mère ou parents de naissance de l'enfant, par opposition à ses parents juridiques, les adoptants. L'accès aux origines ne peut produire aucun effet sur la filiation ou sur l'état civil du demandeur (art. L 147-7 CASF)<sup>79</sup>. Par ailleurs, il ne crée aucune obligation, ni aucun droit « *au profit ou à la charge de qui que ce soit* ».

**506 Demande.** Seules les personnes ayant fait l'objet d'une adoption ou ayant eu la qualité de pupilles de l'État peuvent saisir le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles<sup>80</sup>. Les père et mère biologiques ou leur parentèle ne peuvent demander à ce que leur soit communiquée l'identité de l'enfant. Toutefois, le Conseil national est habilité à recevoir les autorisations de levée du secret par les père et mère de naissance, les déclarations d'identité formulées par les ascendants, descendants et collatéraux privilégiés des parents de naissance, ainsi que les demandes des père et mère de naissance souhaitant savoir si l'enfant les recherche (art. L 147-2 CASF). Aucune enquête n'est ensuite menée pour trouver l'enfant. La déclaration de levée du secret ou d'identité n'est communiquée à

---

<sup>77</sup> Rapport du Conseil d'État, *Statut et protection de l'enfant*, La Documentation française, 1991 ; PASCAL P., Rapport du groupe de travail sur l'accès des pupilles et anciens pupilles de l'État, adoptés ou non, à leurs origines, 1996 ; FABIUS L. et BRET J.-P., *Droits de l'enfant, de nouveaux espaces à conquérir*, rapport parlementaire n° 871, 1998 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ 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*, La Documentation française, 1999.

<sup>78</sup> Sur la création du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, v. GRANET F., *La maternité en questions : état d'alerte*, D. 2001, 3138 ; BELLIVIER F., *Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État*, RTD civ. 2002, 368 ; ARDEEFF I., *Pour le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles et le maintien de l'accouchement sous X*, D. 2001, 868 ; NEIRINCK C., *La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupille de l'État : la découverte de la face cachée de la lune*, RDSS 2002, 189 ; VERDIER P., *La loi du 22 janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance des origines ?*, AJ fam. 2003, 92.

<sup>79</sup> L'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du parent de naissance est en théorie possible à condition qu'il n'ait pas été adopté et que l'action ne soit pas prescrite. En outre, la suppression de la fin de non-recevoir de l'action en recherche de maternité (v. *supra*, n°s 473 et s.) a pour effet de permettre l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant contre la volonté de la mère à partir des informations communiquées par le Conseil national.

<sup>80</sup> La requête est formée par une personne majeure dans la majorité des cas (2% des demandes sont le fait de mineurs). Les demandeurs sont majoritairement des femmes (plus de 64 % des demandes) âgées de 30 à 39 ans : Rapport d'activité du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, 2006-2007, Annexe 2.

l'enfant que si celui-ci fait lui-même une demande d'accès à ses origines<sup>81</sup>. Lui seul peut avoir l'initiative d'un rapprochement avec ses parents de naissance.

**507 Recherche.** Pour satisfaire les demandes d'accès aux origines qui lui sont adressées, le Conseil national doit rechercher l'identité des père et mère de naissance. Il a pour ce faire accès à un certain nombre d'informations<sup>82</sup>. Si la mère de naissance a demandé le secret lors de son accouchement, mais a laissé son identité sous pli fermé, celui-ci est ouvert et il est procédé à sa recherche afin de connaître sa volonté. Lorsqu'il l'a localisé, le Conseil prend contact avec le parent de naissance<sup>83</sup>. Ne pouvant vérifier la vérité biologique, il doit s'en tenir aux déclarations de celui qui a fait l'objet de la recherche. Une fois le dossier instruit, le Conseil informe le demandeur du résultat de ses investigations et procède à la clôture, provisoire ou définitive, du dossier. La durée moyenne d'instruction est variable : elle peut durer jusqu'à deux ans pour les dossiers les plus compliqués<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Art. L 147-3 al. 2 CASF. A l'inverse, la législation québécoise prévoit la réciprocité : l'initiative de la demande appartient aussi bien aux parents de naissance qu'à l'enfant (LE BOURSICOT M.-C., Lamy *Droit des personnes et de la famille*, préc., n° 436-50). Un tel système serait-il transposable en France ? Il aurait l'avantage de permettre à l'enfant de connaître les circonstances de sa naissance alors même que ses parents adoptifs se seraient refusés à lui en parler. En outre, on ne peut nier qu'un certain nombre de femmes recherchent l'enfant dont elles ont accouché secrètement (NEIRINCK C., *La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupille de l'État : la découverte de la face cachée de la lune ?*, art. préc.). Cependant, il convient de maintenir la solution actuelle, l'enfant pouvant ne pas vouloir ou ne pas être prêt à découvrir ses origines.

<sup>82</sup> Art. L 147-5 CASF. Le Conseil national peut obtenir copie de tout renseignement utile auprès des services du département ou de l'organisme autorisé qui a servi d'intermédiaire à l'adoption (art. L 147-5 al. 2 CASF). Le procureur de la République lui transmet toutes les informations figurant dans l'acte de naissance originaire de l'enfant ayant été adopté plénièrement (art. L 147-8 al. 1 CASF). L'établissement de santé dans lequel l'enfant est né peut aussi être sollicité aux fins de fournir l'identité de la mère de naissance ou les circonstances de l'accouchement. Le secrétaire du Conseil national peut également être autorisé par le ministère public à accéder aux actes de naissance des parents de naissance. Enfin, en 2003, un accord a été conclu entre le secrétaire générale du Conseil et le Répertoire national inter-régimes de l'assurance maladie lui permettant de se faire transmettre la dernière adresse à laquelle les parents de naissance se sont fait verser leurs prestations sociales. Il a été proposé de permettre au Conseil national d'accéder aux données de l'Institut national de la statistique et des études économiques (*Sylvie Salama, une nouvelle secrétaire générale au Conseil national pour l'accès aux origines personnelles*, article disponible sur le site internet du ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité : [www.travail-solidarite.gouv.fr](http://www.travail-solidarite.gouv.fr)).

<sup>83</sup> En tant que loi de procédure, la loi du 22 janvier 2002 a été d'application immédiate. De ce fait, peuvent être approchées par le Conseil pour l'accès aux origines personnelles des femmes ayant accouché sous X avant son entrée en vigueur. Certaines d'entre elles sont indignées lorsqu'un membre du Conseil tente de prendre contact, dans la mesure où il leur avait été assuré à l'époque qu'aucune investigation ne pourrait être menée relativement à leur identité (LE BOURSICOT M.-C., *L'accès aux origines personnelles*, RLDC 2004, n° 5, 213). Si une telle réaction est compréhensible, la levée du secret repose encore entièrement sur leur volonté. Du reste, le rapprochement effectué par les membres du Conseil s'effectue en toute discrétion, ce qui garantit que son entourage ne sera pas informé de la recherche dont elle fait l'objet.

<sup>84</sup> Rapport d'activité du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, préc., p. 4.

**508 Communication des renseignements.** La communication peut avoir lieu dans plusieurs situations : si le secret a été expressément levé au moyen d'une déclaration spontanée ou auprès d'un chargé de mission du Conseil national (ou l'un de ses représentants départementaux) ou si, après avoir été consultés, le ou les parents de naissance n'ont pas expressément émis la volonté de maintenir le secret (art. L 147-6 CASF)<sup>85</sup>. Une rencontre peut être organisée<sup>86</sup>. A défaut de pouvoir communiquer au demandeur l'identité de ses parents biologiques, le Conseil lui transmet les informations non identifiantes qu'il a pu collecter<sup>87</sup>. Le Conseil d'État est seul compétent pour connaître en premier et dernier ressort des recours formés contre les décisions du Conseil national. Peu de décisions ont été en la matière, mais elles illustrent la complexité de la problématique de l'accès aux origines et la difficile conciliation d'intérêts contradictoires<sup>88</sup>.

Au 31 décembre 2008, 2895 dossiers ont été définitivement clos<sup>89</sup>. 50 % des mères de naissance ont pu être identifiées et localisées<sup>90</sup>. On constate que 53 % d'entre elles ont accepté de lever le secret sur leur identité après avoir été contactées<sup>91</sup>. Ce chiffre, en nette progression depuis l'entrée en vigueur de la loi, est porteur d'espoir pour tous ceux qui se lancent dans la recherche de leurs origines<sup>92</sup>. Il est intéressant de constater que même si certaines mères de naissance ont refusé de lever le secret, 17 d'entre elles ont accepté un échange de courriers et 18 une rencontre anonyme. Il y a encore peu de levées spontanées du secret : 198 parents de naissance (dont trois pères seulement) ont pris cette initiative.

---

<sup>85</sup> La loi ne prévoit pas la possibilité pour les parents de naissance de s'opposer spontanément à la divulgation de leur identité après leur décès, mais la question leur est automatiquement posée lorsqu'une demande d'accès aux origines a été introduite de leur vivant.

<sup>86</sup> Art. R 147-17 CASF. Elle peut se dérouler en présence du chargé de mission du Conseil national ou de son correspondant départemental qui s'est employé à prendre contact avec le parent de naissance. Mais il peut être décidé que la rencontre aura lieu hors sa présence. Le rapprochement peut également se faire au moyen de conversations téléphoniques ou d'échanges de courriers.

<sup>87</sup> Art. L 147-6 *in fine* CASF. Le président du conseil général est également tenu de transmettre au demandeur son dossier de pupille de l'État sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978, à condition toutefois que soient occultées toutes les informations portant atteinte au secret de l'identité du ou des parents de naissance (art. 6, Loi du 17 juillet 1978 préc.). Les déclarations spontanées de la parentèle ne sont communiquées au demandeur que dans l'hypothèse où le secret est levé ou si le ou les parents de naissance sont décédés sans s'y être opposés

<sup>88</sup> V. par exemple, CE, juge des référés, 25 octobre 2007, Juris-data n° 2007-072551, Dr. fam. 2008, comm. n° 6, note MURAT P. ; RFDA 2008, 328, note LE BOT O.

<sup>89</sup> Chiffres disponibles sur le site internet du ministère chargé de la Famille ([www.travail-solidarite.gouv.fr](http://www.travail-solidarite.gouv.fr)).

<sup>90</sup> Rapport d'activité du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, préc., p. 5.

<sup>91</sup> LE BOURSICOT M.-C., *Lamy Droit des personnes et de la famille*, préc., n° 436-55.

<sup>92</sup> En 2004, seules 38% des personnes contactées acceptaient de communiquer leur identité.

Ceci a donné lieu à la clôture de 14 dossiers après croisement avec les fichiers de demandeurs<sup>93</sup>. Seules 70 déclarations d'identité provenant de la parentèle sont intervenues.

**509 Amélioration.** Le système français peut faire l'objet de critiques, en raison de l'omnipotence de la volonté de l'auteur biologique. Le Comité des droits de l'enfant de l'Organisation des Nations Unies a pris acte des avancées opérées par la loi de 2002. Il s'est dit toutefois préoccupé par le fait que la France ne respecte pas pleinement les dispositions de l'article 7 de la Convention internationale *relatives aux droits de l'enfant*. Le droit pour la mère de dissimuler son identité n'est pas conforme à la Convention<sup>94</sup>. Il a été proposé d'autoriser le Conseil national à révéler l'identité des parents de naissance dans des hypothèses strictement définies<sup>95</sup>, voire d'imposer à la mère de décliner son identité qui serait révélée à l'enfant à sa majorité<sup>96</sup>. Ces solutions auraient l'avantage de ne plus laisser à celle qui accouche sous X un droit discrétionnaire sur l'accès aux origines de l'enfant. Mais on pourrait craindre un important contentieux en cas d'application rétroactive puisqu'à l'époque où le ou les parents de naissance ont abandonné leur enfant sous le secret, le droit à l'anonymat était garanti. En revanche, il serait pertinent de réfléchir sur l'opportunité de mettre en place un système pour l'avenir qui satisferait davantage un droit à la connaissance des origines personnelles. Il nous semble qu'il suffirait de prévoir que lorsque le manque de renseignements identifiants met manifestement en danger la santé physique ou psychologique de celui qui recherche ses origines, le Conseil national peut passer outre au refus des parents de naissance s'il le

---

<sup>93</sup> Rapport d'activité du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, préc., p. 16.

<sup>94</sup> BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 151. En ce sens également, la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants* prévoit que lorsque les parents de naissance de l'adopté « ont le droit de ne pas divulguer leur identité, une autorité compétente doit avoir la possibilité, dans la mesure où la loi le permet, de déterminer s'il convient d'écarter ce droit et de communiquer des informations sur l'identité, au regard des circonstances et des droits respectifs de l'enfant et de ses parents d'origine » (art. 22 § 3).

<sup>95</sup> MARGUENAUD J.-P., note sous l'arrêt Odièvre contre France préc. Cette solution avait également été évoquée par certains juges de la Cour européenne des droits de l'homme dans leur opinion dissidente, relativement à l'arrêt Odièvre contre France (Opinion dissidente des juges minoritaires préc., n° 18) : « dans l'hypothèse du maintien de l'accouchement sous X, un tel organe indépendant serait amené à décider, au terme d'un débat contradictoire et sur la base de tous les éléments de fait et de droit de l'affaire, si l'accès à l'information peut ou ne peut pas être donné, éventuellement à certaines conditions ou selon certaines modalités. Dans la situation présente, 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 concurrents, une préférence aveugle est inévitablement donnée aux seuls intérêts de la mère. Sans une pesée des intérêts en présence et sans aucune possibilité de recours, la requérante s'est vu opposer un refus absolu et définitif ». V. *supra*, n° 498.

<sup>96</sup> Proposition de loi n° 109 *visant à instaurer un accouchement dans la confidentialité*, déposée au Sénat le 21 novembre 2008. Durant la minorité de l'enfant, la communication de l'identité de sa mère de naissance serait soumise à l'accord de celle-ci.

considère abusif. Une information en ce sens devrait être délivrée aux femmes souhaitant accoucher sous le secret. On ne peut toutefois pas savoir si la mise en place d'un tel système risquerait de provoquer davantage d'abandons sauvages ou d'accouchements clandestins. De plus, la suppression de la fin de non-recevoir de l'article 325 du Code civil (v. *supra*, n<sup>os</sup> 473 et s.) risque d'être un frein à une telle évolution, le secret protégeant aujourd'hui la femme d'une éventuelle action en recherche de maternité.

**510 Conclusion.** Dans son ensemble, la création du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles constitue une avancée pour les personnes recherchant leurs origines. Il n'est pas exempt de critiques dans la mesure où il subordonne la connaissance des origines de l'enfant à la volonté de ses auteurs biologiques. A aussi été pointé son manque de moyens financiers et humains<sup>97</sup>. De plus, le dispositif mis en place par la loi du 22 janvier 2002 est réservé aux personnes qui ont eu la qualité de pupilles de l'État ou qui ont fait l'objet d'une adoption. Or, l'État organise aussi le secret sur les origines biologiques des enfants nés grâce à une procréation médicalement assistée avec don de gamètes.

## **Section 2 : L'accès aux origines personnelles des enfants nés grâce à un don de gamètes**

**511 Apport du droit comparé.** En France, l'enfant né grâce à une procréation médicalement assistée avec tiers donneur ne peut accéder à ses origines biologiques. Il apparaît qu'en Europe, le principe de l'anonymat n'est pas retenu par l'ensemble des législations (§ 1), ce qui peut conduire à une réflexion sur une évolution du droit français (§ 2).

### **§ 1. L'accès aux origines personnelles des enfants nés grâce à un don de gamètes en Europe**

**512 Sources supranationales.** Aucune convention internationale ne mentionne expressément l'existence d'un droit à accéder aux origines personnelles pour les enfants conçus grâce à un don de gamètes. Toutefois, selon le Comité des droits de l'enfant, mis en place en vertu de l'article 43 de la Convention internationale *des droits de l'enfant*, les États

---

<sup>97</sup> Question orale sans débat n° 1078S de M. Alain Milon, JO Sénat du 08/06/2006, p. 1578.

signataires qui maintiennent le secret sur les origines de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée hétérologue méconnaissent l'article 7 de la Convention<sup>98</sup>.

Au niveau européen, la Commission européenne des droits de l'homme a considéré qu'il n'y a pas de vie familiale entre un donneur de sperme et l'enfant issu du don dans la mesure où il n'existe pas entre eux de relations personnelles<sup>99</sup>. Les juges de Strasbourg n'ont encore jamais été confrontés à une demande d'accès aux origines formulée par une personne née grâce à un don de gamètes. Mais un droit à la connaissance des origines ne pourrait se fonder que sur le droit au respect de la vie privée. En effet, le recours à la notion de vie familiale ne peut intervenir que s'il existe des liens personnels étroits entre l'enfant et son auteur biologique (v. *supra*, n° 491).

**513 Diversité des solutions retenues en Europe.** On constate que contrairement à l'accès aux origines de l'enfant adopté, la situation de l'enfant issu d'un don de gamètes fait moins l'objet d'un consensus dans les législations européennes. Certains États, à l'instar de la France, refusent encore que l'identité du tiers géniteur puisse être communiquée (A). D'autres garantissent à l'enfant un droit à la connaissance de ses origines (B).

#### A. L'impossibilité pour l'enfant d'accéder à l'identité du tiers géniteur

**514 Anonymat.** Le principe de l'anonymat du donneur est partagé par les législations italienne<sup>100</sup>, croate, slovène, polonaise ou estonienne (v. *supra*, n° 285). En Grèce, l'anonymat du donneur est aussi le principe. Toutefois, l'enfant peut obtenir des informations à caractère médical anonymes, s'il justifie de raisons liées à sa santé. La communication de ces renseignements relève de la compétence de l'Autorité responsable de la protection des données à caractère personnel<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> MARGUENAUD J.-P., note sous l'arrêt Odièvre contre France préc.

<sup>99</sup> Décision de la Commission européenne, requête n° 16944/90, J. R. M. contre Pays-Bas, 8 février 1993, Décisions et rapports 74, p. 121.

<sup>100</sup> Loi n° 40 du 19 février 2004 *sur la procréation médicalement assistée*.

<sup>101</sup> Art. 7, Loi 2472/1997 *relative à la protection des individus à l'égard du traitement des données à caractère personnel* ; art. 1460 C. civ. grec.

**515 Relativité de l'anonymat.** Une partie des législations européennes retient le principe de l'anonymat du donneur. Cependant, dans les faits, celui-ci connaît des tempéraments en raison du lieu où le don a été réalisé ou de sa nature (gamètes masculins ou féminins). Au Danemark, le principe de l'anonymat a été posé par la loi *sur la fécondation artificielle* de 2006. Néanmoins, dans la mesure où cette législation ne s'applique qu'aux actes effectués par des médecins, l'identité du donneur peut être connue lorsque l'aide médicale à la procréation a été réalisée par une sage-femme<sup>102</sup>. Le Luxembourg n'a pas légiféré sur ce point et applique la loi du pays dans lequel le couple bénéficiaire a eu recours à la procréation médicalement assistée hétérologue. Si celui-ci impose l'anonymat, l'enfant ne peut pas accéder à des informations identifiantes sur le donneur<sup>103</sup>. En Belgique, il n'existe pas de législation spécifique et l'anonymat découle des pratiques des centres médicaux. Il convient d'opérer une distinction entre les dons. En effet, si l'anonymat est le principe s'agissant du don de sperme, la règle est inverse lorsque l'enfant est né grâce à un ovocyte d'une donneuse. La solution s'explique par la pratique répandue en Belgique du don direct. Il est courant que la donneuse et le couple bénéficiaire se connaissent avant la mise en œuvre de l'aide médicale à la procréation. Dans certains États, la levée de l'anonymat est prévue dans des circonstances exceptionnelles. En Espagne par exemple, l'enfant ne peut accéder qu'à des renseignements non-identifiants sur le donneur<sup>104</sup>, la loi du 26 mai 2006 *relative aux techniques de reproduction médicalement assistée* ayant posé le principe de l'anonymat<sup>105</sup>. Mais l'identité du donneur peut être révélée lorsque la vie ou la santé de

---

<sup>102</sup> Il existe quelques cliniques dirigées par des sages-femmes qui ne sont ainsi pas soumises au principe de l'anonymat (*L'anonymat du don de gamètes*, Les documents de travail du Sénat, préc., p. 16). Le Comité national d'éthique danois s'est déjà prononcé pour une levée de l'anonymat lors de l'élaboration de la loi *relative à la fécondation artificielle*. Une proposition de résolution en ce sens a été déposée en février 2007 devant le Folketing. Il n'y a pas été donné suite pour l'instant.

<sup>103</sup> En 2001, la Commission nationale d'éthique a recommandé que soient conservées par une autorité administrative ou judiciaire des informations (identifiantes ou non) en cas de procréation médicalement assistée et que soient déterminées les modalités d'accessibilité de ces renseignements. Il a été proposé par une majorité de treize membres sur quinze que l'enfant puisse se voir transmettre l'identité du donneur ou de la donneuse, si ce dernier ou cette dernière y avait préalablement consenti : Avis 2000.1 : *Les problèmes éthiques et juridiques soulevés par la reconnaissance d'un droit de l'enfant à connaître ses parents biologiques* et avis 2001.1 : *La procréation médicalement assistée*, disponibles sur le site internet de la Commission nationale d'éthique ([www.cne.public.lu](http://www.cne.public.lu)). La Commission nationale d'éthique ne s'est depuis lors plus prononcée sur ce point.

<sup>104</sup> GRANET F., *Confidentialité, secret ou anonymat autour d'une naissance : de quelques aspects des droits européens*, AJ fam. 2003, 95.

<sup>105</sup> Loi n° 14/2006 *sur les techniques de reproduction humaine assistée* du 26 mai 2006 (BOE n° 126 du 27 mai 2006).

l'enfant sont en danger et que la levée du secret apparaît nécessaire ou si une procédure pénale l'exige<sup>106</sup>.

Même si une grande partie de ces législations a érigé en principe l'anonymat du donneur de gamètes, on ne peut que constater que peu d'entre elles lui donne véritablement effet. A l'inverse, d'autres législations en Europe ont clairement mis en place un système garantissant la transparence. Entre ces deux conceptions, il existe celle retenue par l'Islande. La révélation de l'identité du donneur est laissée à la volonté de celui-ci. Par conséquent, aucune donnée n'est transmise à l'enfant, s'il a choisi de rester anonyme<sup>107</sup>. Il convient, dès à présent, d'envisager les modalités de l'accès aux origines personnelles des enfants issus d'un don dans les législations qui l'autorisent.

### B. L'accès aux origines personnelles en Europe

**516 Fondement.** Les pays nordiques font figure de précurseurs en la matière. Dès 1985, la Suède a levé l'anonymat des donneurs<sup>108</sup>. Les législations norvégienne et finlandaise ont elles été modifiées respectivement en 2003<sup>109</sup> et en 2006<sup>110</sup>. D'autres États, comme la Suisse<sup>111</sup> ou les Pays-Bas<sup>112</sup>, ont modifiée leur législation à la fin des années 1990 ou au début des années 2000. Le droit britannique a, quant à lui, beaucoup évolué. Dans un premier temps, la loi a permis à l'enfant d'avoir accès à des informations non-identifiantes

---

<sup>106</sup> *L'anonymat du don de gamètes*, préc., p. 18.

<sup>107</sup> *Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA*, préc., p. 68.

<sup>108</sup> Loi n° 1140 du 20 décembre 1984 *sur l'insémination artificielle*, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> mars 1985. Ce droit a également été reconnu aux enfants nés d'un don d'ovocyte à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2003 : *L'anonymat du don de gamètes*, préc., p. 29. Ce principe a été réaffirmé dans la loi *sur l'intégrité génétique* de 2006.

<sup>109</sup> Loi n° 100 du 5 décembre 2003 *sur la biotechnologie dans la médecine humaine* entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005 a interdit tout don anonyme de sperme (les dons d'ovocyte et d'embryon sont interdits). La loi n'étant pas rétroactive, seuls les donneurs qui ont offert leurs gamètes avant cette date peuvent être identifiés.

<sup>110</sup> *Loi sur les traitements de procréation assistée*, n° 1237/2006.

<sup>111</sup> Il est inscrit dans la Constitution fédérale suisse que « toute personne a accès aux données relatives à son ascendance » (art. 119 g, Constitution fédérale du 18 avril 1999).

<sup>112</sup> Loi du 25 avril 2002 *sur les règles relatives à la conservation, à la gestion et à la diffusion des informations relatives aux donneurs en cas de procréation médicalement assistée*. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, les Pays-Bas avaient instauré un système dans lequel le donneur pouvait choisir de lever ou non le secret sur son identité. Dans l'hypothèse où le donneur acceptait de révéler son identité à l'enfant, les informations le concernant étaient conservées par un notaire. Les parents de l'enfant disposaient alors d'une alternative : soit ils transmettaient au notaire une copie de l'acte de naissance de l'enfant sur lequel étaient inscrits les renseignements communiqués par le donneur ; soit ils s'abstenaient de le faire et l'anonymat du donneur ne pouvait alors plus être levé. Le cas échéant, l'enfant pouvait obtenir communication des informations dès l'âge de seize ans : *L'anonymat du don de gamètes*, préc., p. 23. La nouvelle législation ne s'applique qu'aux dons réalisés depuis le 1<sup>er</sup> juin 2004.

sur le donneur à sa majorité. A cette fin, un registre a été créé en 1991<sup>113</sup>. Parallèlement, le don direct était possible. Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2005, les dons ne peuvent plus être anonymes<sup>114</sup>. L'accès aux origines de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée avec donneur a encore été modifié en novembre 2008. Si en Allemagne, la législation *sur la protection de l'embryon* n'envisage pas la problématique de l'accès aux origines personnelles, l'enfant peut connaître l'identité du donneur de sperme<sup>115</sup> depuis un arrêt de la Cour fédérale constitutionnelle du 31 janvier 1989<sup>116</sup>. Il s'agit d'un droit de portée générale. Mais, en l'absence d'une législation l'organisant, il semble qu'il soit rarement mis en œuvre. L'anonymat est considéré comme contraire à la dignité de l'enfant, mais aussi à celle du donneur<sup>117</sup>, ce dernier ne devant pas être appréhendé comme « *un instrument, un simple fournisseur de matière première* »<sup>118</sup>.

**517 Conditions.** L'accès par l'enfant à ses origines est généralement subordonné à une condition d'âge. Certains États exigent qu'il ait atteint une maturité nécessaire comme la Suède ou distinguent selon les informations transmises. Ainsi, aux Pays-Bas, il peut accéder aux données non identifiantes dès l'âge de douze ans et à l'identité du donneur à partir de seize ans<sup>119</sup>. Au Royaume-Uni, l'accès aux informations identifiantes ne peut

---

<sup>113</sup> SHENFIELD F., *Don de gamètes et d'embryons, l'anonymat du don en question, la position britannique*, in TEBOUL G. (Dir.), *Procréation et droits de l'enfant*, Bruylant, 2004, p. 109 et s., spéc. p. 111. Les premières communications d'informations devraient intervenir courant 2009 dans la mesure où les enfants pouvant bénéficier de cette législation atteignent seulement l'âge de la majorité.

<sup>114</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of donor information) Regulations 2004* ». La loi n'étant pas rétroactive, ne pourront en bénéficier que les enfants nés d'une aide médicale à la procréation hétérologue après cette date (soit courant 2023).

<sup>115</sup> Le don d'ovocyte est interdit depuis la loi du 13 décembre 1990 *relative à la protection de l'embryon*

<sup>116</sup> BverfG, 31 janv. 1989, FamRZ 1989, p. 255 ; FRANK R., *La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille*, RID comp. 1993, 637. Cette décision concernait la contestation d'une filiation légitime mensongère, mais elle peut être étendue aux hypothèses d'insémination artificielle hétérologue (*Réponses au questionnaire*, préc., p. 64).

<sup>117</sup> Le respect de la dignité de l'être humain est prévu par l'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale. L'anonymat est également contraire à l'article 2 alinéa 1 de la Loi fondamentale dans la mesure où il porte atteinte au droit au libre épanouissement de la personnalité de l'individu : FURKEL F., *Le droit de l'enfant à connaître ses origines : variations comparatistes*, in *Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, 1997, p. 55.

<sup>118</sup> *Ibid.* Cette conception est aux antipodes de celle adoptée par le droit français. En effet, en France, le recours à un tiers donneur s'analyse comme un traitement médical palliatif de la stérilité du couple bénéficiaire. Il y a dissociation entre le donneur et le gamète qui n'est pas perçu comme un élément du patrimoine génétique de l'enfant, mais comme une cellule ne portant en elle aucune potentialité particulière.

<sup>119</sup> Les parents peuvent obtenir communication des données non identifiantes jusqu'aux douze ans de l'enfant. Seul le médecin traitant de l'enfant a accès aux renseignements d'ordre médical.

avoir lieu qu'à compter de la majorité de l'intéressé<sup>120</sup>, ce dernier pouvant, dès seize ans, obtenir des données non-identifiantes<sup>121</sup>. Enfin, certains États requièrent la majorité de l'enfant, comme la Norvège ou la Finlande. Toutefois, en Suisse, si la majorité de l'enfant est exigée, celui-ci peut obtenir les informations relatives au donneur quel que soit son âge s'il justifie d'un intérêt légitime.

L'information de l'enfant quant aux circonstances de sa conception relève généralement de la seule volonté de ses parents juridiques, qui peuvent décider de les lui taire. C'est pourquoi, il est projeté de modifier la législation suédoise afin d'inciter davantage les parents à informer l'enfant. Au Royaume-Uni, il a été proposé de mentionner dans l'acte de naissance de l'enfant qu'il a été conçu au moyen d'une procréation médicalement assistée hétérologue<sup>122</sup>.

**518 Informations obtenues.** Les informations pouvant être communiquées sont diverses. Il peut s'agir de la seule identité du donneur, comme en Finlande<sup>123</sup>, en Norvège<sup>124</sup> ou en Allemagne<sup>125</sup>. A l'inverse, le demandeur peut accéder à un grand nombre d'informations dans certains États. Il en va ainsi aux Pays-Bas<sup>126</sup> ou en Suisse<sup>127</sup>. Au Royaume-Uni, les

---

<sup>120</sup> Sont communiqués à l'enfant les renseignements qui sont transmis au demandeur lorsque le don a été réalisé entre 1991 et 2005 ainsi que les nom, prénom, date et lieu de naissance et adresse du donneur au moment du don.

<sup>121</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* », s. 31 ZA (4) tel qu'introduit par le « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* ».

<sup>122</sup> *A right to know - biological origins of IVF children to be stated on birth certificates*, The Guardian, 1<sup>er</sup> août 2007 reprenant les conclusions d'un rapport parlementaire.

<sup>123</sup> Le registre des dons de gamètes et d'embryons, conservé par l'Autorité nationale pour les affaires médico-légales, contient l'identité du ou des donneurs de sperme, d'ovocyte ou d'embryon (section 22 de la loi préc.). La personne issue d'un don de gamètes ou d'embryon peut obtenir une copie du consentement au traitement, ainsi que l'identité du donneur (Loi préc., s. 23 (1) et s. 16 (2)).

<sup>124</sup> § 2-7, Loi n° 100 du 5 décembre 2003 *sur la biotechnologie dans la médecine humaine*. Un registre contenant l'identité du donneur a également été créé. Le donneur doit consentir par écrit à l'utilisation de ses gamètes ainsi qu'à l'enregistrement de son identité dans le registre (§ 2-9, Loi préc.).

<sup>125</sup> Les modalités pratiques ne sont de l'accès aux origines ne sont pas réglementés. Les médecins sont dans l'obligation de conserver des informations identifiantes qu'ils doivent communiquer à l'enfant s'il en fait la demande. Selon les directives de l'Ordre fédéral des médecins sur la procréation médicalement assistée, les données doivent être conservées pendant trente ans (*L'anonymat du don de gamètes*, préc., p. 12).

<sup>126</sup> Un grand nombre d'informations sur le donneur est recueilli par la Fondation pour l'enregistrement des donneurs qui se charge de leur conservation : renseignements à caractère médical susceptibles d'être importants pour le développement de l'enfant, caractéristiques physiques, formation, profession, origines sociales, nom de famille, prénom, date de naissance, lieu de résidence... Le donneur doit aussi faire une courte description de lui-même.

<sup>127</sup> Divers renseignements sur le donneur doivent être recueillis : nom, prénom, date et lieu de naissance, domicile, lieu d'origine ou nationalité, profession, formation, date du don de sperme, résultats des examens médicaux, renseignements sur l'aspect physique du donneur (art. 24 et 25, Loi du 18 décembre 1998 *sur la procréation médicalement assistée*). D'autres informations, comme des photographies, peuvent être

informations recueillies sur le donneur sont également très variées<sup>128</sup>. Mais, l'innovation apportée par la nouvelle législation réside dans la possibilité pour le demandeur d'obtenir des informations non-identifiantes sur les autres personnes issues du même auteur biologique (nombre, sexe, année de naissance)<sup>129</sup>. Il lui est aussi possible d'obtenir, sous certaines conditions, leur identité<sup>130</sup>. Lorsque les informations contenues dans le registre montrent que deux personnes sont génétiquement liées, celles-ci peuvent connaître l'identité de l'autre si chacune d'elles y a consenti, si elles sont âgées de dix-huit ans et si un accompagnement psychologique leur a été proposé afin de les sensibiliser aux implications de leur demande. La nouvelle législation prévoit également la création d'un registre pour les contacts volontaires dont l'objet est de permettre aux personnes qui le souhaitent, d'obtenir des informations sur les personnes issues du même auteur biologique lorsque le don a été réalisé avant 1991<sup>131</sup>. Enfin, le demandeur peut former une requête aux fins de savoir si la personne avec laquelle il souhaite s'engager dans un partenariat civil, se

---

conservées, sur demande du donneur (art. 17, Ordonnance *sur la procréation médicalement assistée* du 4 décembre 2000). La conservation des données est assurée par l'Office fédéral de l'état civil pendant quatre-vingt ans.

<sup>128</sup> Le registre mis en place en 1991 contient un grand nombre d'informations. A ce titre, peuvent être communiquées au demandeur des caractéristiques physiques comme la taille, le poids, l'appartenance ethnique, la couleur des yeux, des cheveux et de la peau du donneur. Il peut aussi être informé de l'année et du pays de naissance du donneur, de son appartenance religieuse, de sa profession, de ses centres d'intérêts ou de l'existence d'autres enfants. Enfin, le donneur doit se décrire de façon brève et peut laisser d'autres éléments qu'il souhaiterait transmettre à l'enfant. Depuis 2004, sont aussi susceptibles d'être transmises à l'enfant des informations relatives à l'appartenance ethnique de parents du donneur, à l'éventuelle adoption de ce dernier, à sa situation familiale, au nombre et au sexe de ses enfants ainsi qu'à ses antécédents médicaux (*L'anonymat du don de gamètes*, préc., p. 26). Depuis 2008, sont rassemblés dans un registre unique tous les renseignements contenus dans le registre mis en place en 1991, les informations identifiantes recueillies depuis le 1<sup>er</sup> avril 2005 ainsi que toutes les données obtenues par l'Autorité pour la fertilisation et l'embryologie humaine sur le fondement de la législation de 2008 (« *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* », s. 31 tel que modifiée par le « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* »).

<sup>129</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* », s. 31 ZA (2) (b) tel qu'introduit par le « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* ».

<sup>130</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* », s. 31 ZE tel qu'introduit par le « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* ».

<sup>131</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* », s. 31 ZF tel qu'introduit par le « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* ». L'Autorité dispose pour se faire d'une importante marge de manœuvre, notamment s'agissant de l'organisation ou de la conservation du registre, des critères permettant aux personnes d'y figurer. La loi prévoit aussi que l'enregistrement du demandeur dans le registre peut être payant et que des tests ADN peuvent être mis en œuvre si les demandeurs le souhaitent. Enfin, l'Autorité peut décider de confier la création et l'organisation du registre à une autre personne qu'elle pourra aider financièrement (s. 31 ZG).

marier ou avoir des relations sexuelles lui est génétiquement liée<sup>132</sup>. La législation britannique sur l'accès aux origines personnelles est ainsi la plus aboutie en Europe.

**519 Information du donneur.** Les droits du donneur de gamètes sont parfois pris en considération par certaines législations. Un consensus peut même être recherché. Ainsi, aux Pays-Bas, il est prévu que la Fondation le contacte et obtienne son accord avant de communiquer à l'enfant les renseignements qu'elle détient. A défaut, les arguments de chacune des parties sont appréciés, sachant que l'intérêt de l'enfant prime<sup>133</sup>. En Suisse, il est informé, dans la mesure du possible, de la demande de l'enfant et du fait que son identité va lui être communiquée. Dans le délai imparti, il doit décider s'il consent à rencontrer le demandeur. En cas de refus, l'enfant en est avisé et il est informé des droits du donneur. Si l'intéressé maintient sa demande, les informations lui sont communiquées<sup>134</sup>. Enfin, au Royaume-Uni, l'Autorité doit en principe l'avertir qu'une demande a été formulée, mais elle ne doit pas révéler l'identité du demandeur ou donner une information qui lui serait relative<sup>135</sup>. En outre, le donneur peut introduire une requête aux fins d'obtenir des informations sur les enfants issus de ses dons (nombre, sexe, année de naissance)<sup>136</sup>.

**520 Conclusion.** Malgré l'absence de consensus des États européens sur ce point, de plus en plus de législations prennent en considération ou sont sensibilisées à la problématique de l'accès aux origines de l'enfant né grâce à un don de gamètes. En effet, il paraît illusoire de vouloir maintenir une totale opacité sur l'identité du tiers géniteur. Il convient dès lors d'envisager quelle pourrait être l'évolution du droit français sur la connaissance des origines de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée avec donneur.

---

<sup>132</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* », s. 31 ZB tel qu'introduit par le « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* ».

<sup>133</sup> *L'anonymat du don de gamètes*, préc., p. 22.

<sup>134</sup> La communication de l'identité du donneur à l'enfant doit en principe se faire en présence d'un psychologue (art. 23 ord. préc.).

<sup>135</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* », s. 31 ZC tel qu'introduit par le « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* ».

<sup>136</sup> « *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* », s. 31 ZD tel qu'introduit par le « *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* ». Ces renseignements ne lui seront toutefois pas communiqués s'il apparaît qu'ils pourraient, au vu des circonstances de l'espèce, permettre l'identification des personnes issues du don. Les conditions de la demande et la réponse qui lui est apportée sont strictement prévues dans la loi.

## § 2. L'évolution du droit français reposant sur les volontés de l'enfant, de ses parents et du tiers géniteur

521 Raisonement. L'anonymat imposé par le droit français a été critiqué dès la promulgation de lois de bioéthique et a régulièrement fait l'objet de vives polémiques dans la société<sup>137</sup>. C'est pourquoi une réflexion doit être menée sur les modifications qui pourraient être apportées à ce principe. Il faut avant tout replacer les termes du débat et rappeler que la quête des origines doit être distinguée de l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du donneur ou de la donneuse. Les parents juridiques de ces enfants sont les membres du couple qui a bénéficié du don de gamètes ou d'embryon. Il est hors de propos de remettre en cause la filiation de l'enfant à leur égard, mais simplement de permettre à celui qui en éprouve le besoin, d'avoir accès à cette partie de ses origines biologiques. Il ne s'agit que d'éléments factuels qui ne peuvent avoir d'incidence sur son état. « *Ne pourrait-on distinguer, dans le droit de la filiation, le "parent" de l'auteur en accordant à l'un et à l'autre des prérogatives différentes* »<sup>138</sup> ? Seront d'abord envisagés les arguments militant en faveur d'une modification du droit français sur ce point **(A)** avant d'évoquer quelles pourraient être les modalités d'un tel système **(B)**.

### A. Raisons justifiant une modification du droit français

522 Évolution de la perception du don. À leur création, dans les années 1970, il était évident pour les CECOS que l'anonymat devait s'imposer à l'instar de la pratique existante pour les dons d'organes ou de sang. Du point de vue des couples receveurs, l'anonymat était également préféré puisqu'il leur permettait de faire comme si le don n'avait pas eu lieu, comme si l'enfant était né de leurs gamètes respectifs. Différentes enquêtes ont été menées ces dernières années afin de mieux connaître l'opinion des donneurs, des receveurs, ainsi que des enfants. Il est apparu que plus de la majorité des couples bénéficiaires ne désiraient pas que leur soient communiquées des informations sur la

---

<sup>137</sup> V. notamment NICOLAS-MAGUIN M.-F., *L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines*, D. 1995, 75 ; RAYMOND G., *L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des « lois bioéthiques »)*, JCP éd. G, 1994, I, 3796.

<sup>138</sup> LABBEE X., *L'enfant, le parent et l'auteur*, D. 1998, jur., 213.

donneuse d'ovocytes<sup>139</sup>. Un sondage réalisé en 2006 par la fédération française des CECOS montre que si 90 % des couples souhaitaient le maintien de la règle de l'anonymat, seul un quart d'entre eux n'aurait pas eu recours à un don de gamètes si la législation avait été modifiée sur ce point<sup>140</sup>. En outre, il ne faut pas négliger qu'un certain nombre de couples choisissent de partir à l'étranger afin de bénéficier d'un don direct, c'est-à-dire un don qui n'est pas anonyme<sup>141</sup>. S'agissant des donneurs, il semble qu'une seule étude ait été menée en 1980 relativement aux dons de sperme. Ses résultats étaient contrastés<sup>142</sup>.

Les principaux intéressés par cette problématique commencent seulement à prendre la parole<sup>143</sup>. Cela s'explique par le fait que les enfants issus d'un don atteignent aujourd'hui un âge où ils sont en mesure de témoigner<sup>144</sup>. Il ressort de ces témoignages que les personnes nées grâce à un don, éprouvent des sentiments ambigus à l'égard du donneur. Certains souhaitent le connaître, d'autres simplement obtenir des informations non-identifiantes sur lui et ses motivations. Enfin, la révélation du moindre renseignement est totalement rejetée par une partie d'entre eux. Leurs attentes face à l'inconnu qui est à l'origine de leur conception ne sont pas toujours très claires. Ces réactions se comprennent tout à fait au regard de l'individualité et du parcours de chacun, des circonstances dans lesquelles ils ont été informés du don, ainsi que de leurs rapports avec leurs parents et notamment avec celui d'entre eux qui dû faire face à sa stérilité<sup>145</sup>.

S'il apparaît clairement qu'il n'existe pas encore de consensus, la question se pose de façon récurrente à l'heure actuelle. Il semble qu'une très grande majorité des parents qui

---

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 319 : une étude a été menée à Caen en 1995 sur dix-neuf mères ayant eu recours à un don, une autre à l'hôpital Antoine-Béclère en 2001 auprès de soixante couples qui avaient bénéficié d'un don d'ovocytes.

<sup>140</sup> Le sondage a été réalisé auprès de mille soixante-huit personnes en attente de don, en cours d'aide médicale à la procréation ou venues pour un deuxième enfant (*Ibid.*, p. 319).

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 272.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 320 : certains donneurs auraient aimé connaître le nombre d'enfant issu de leur don ou souhaiteraient rencontrer les enfants. Plusieurs d'entre eux continuaient à penser aux enfants qui avaient pu naître grâce à leurs gamètes.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 241 et s. ; KERMALVEZEN A, *Né de spermatozoïde inconnu*, Presses de la renaissance, 2008 ; CLEMENT J.-L., *Mon père, c'est mon père : L'histoire singulière des enfants conçus par insémination artificielle avec donneur*, L'Harmattan, 2006.

<sup>144</sup> Les enfants nés suite à un don d'ovocyte sont encore plus jeunes, dans la mesure où la technique est plus récente et il ne semble pas qu'il y ait déjà eu des témoignages.

<sup>145</sup> Il ressort des témoignages qu'une partie importante de ces enfants issus d'un don de sperme a connu des relations délicates, voire conflictuelles avec leur père.

ont recours à un don de gamètes tait à leur enfant les conditions de sa conception<sup>146</sup>. Les donneurs comme les couples receveurs ont une perception ambivalente de l'autre : gratitude, culpabilité, curiosité ou rejet. Mais il semblerait que les mentalités changent et que l'anonymat ne soit plus considéré comme la seule solution envisageable. Les revendications des enfants nés sous X et la médiatisation de leur combat contribuent à cette évolution. Si les hypothèses sont différentes, il n'empêche que les couples qui sollicitent un don de gamètes sont touchés par la colère et la frustration de ces enfants et sont sensibilisés aux problématiques touchant à la quête des origines. Le secret a selon eux d'autant moins de raisons d'exister qu'à la différence de l'accouchement sous X, l'enfant est ardemment désiré et né grâce à un acte de générosité<sup>147</sup>.

**523 Un secret difficile à contenir.** De plus, il peut s'avérer difficile de cacher les circonstances de la conception de l'enfant dans la mesure où les couples qui se lancent dans un processus d'aide médicale à la procréation en parlent généralement aux membres de leur famille ou à leurs amis. La peur que l'enfant apprenne par un proche l'existence du don amène parfois les parents à l'en informer le plus tôt possible afin d'éviter tout traumatisme. Il n'est pas rare que l'enfant apprenne les circonstances de sa conception au moment du divorce du couple bénéficiaire ou du décès de l'un d'eux. Une épouse a ainsi pu révéler brutalement à sa famille et à ses enfants qu'ils étaient nés grâce à un don de sperme afin de se venger de son mari volage<sup>148</sup>. Selon un dernier argument, certes plus anecdotique, il est aujourd'hui relativement aisé de recourir à un test d'identification génétique pratiqué à l'étranger dans des conditions moins restrictives qu'en droit français ce qui permet de lever les doutes<sup>149</sup>.

Une évolution du droit français pourrait être souhaitable et l'évolution des mentalités permet de l'envisager à plus ou moins long terme. « *Une société qui refuse à l'enfant abandonné, ou à l'enfant de la PMA, la possibilité de connaître ses origines ne révèle-t-elle pas par là même une espèce de sentiment de honte ou de culpabilité, que l'on trouve également dans la prohibition de l'établissement de la filiation incestueuse ? Une*

---

<sup>146</sup> MEHL D., *op. cit.*, notamment p. 247

<sup>147</sup> *Ibid.*, notamment p. 324.

<sup>148</sup> CA Metz, 7 septembre 2004, Juris-data n° 2004-268321.

<sup>149</sup> Avis du Comité consultatif national d'éthique, n° 90, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, 2005, p. 4.

*société qui reconnaît à l'enfant abandonné, ou à l'enfant de la PMA, le droit de connaître ses origines ne prône-t-elle pas la vérité ? Le temps n'est-il pas venu de reconnaître la complexité des rapports nés de la procréation médicalement assistée, plutôt que de les masquer »<sup>150</sup> ?*

B. Permettre et encadrer l'accès aux origines personnelles de l'enfant né suite à une procréation médicalement assistée avec tiers donneur

**524 Assouplissement du droit positif.** Certains auteurs militent pour une plus grande souplesse. « *Que le système juridique en vigueur cesse de protéger seulement les pratiques majoritaires et aménage des espaces de liberté pour des demandes plus marginales mais non moins légitimes* »<sup>151</sup>. En effet, revenir totalement sur le système de l'anonymat paraît dangereux et inadapté face à des situations qui peuvent être vécues différemment. La carence du droit français est de ne pas autoriser une appréhension plus souple de l'auteur biologique. Il ne peut y avoir de solution de principe dans une matière aussi délicate. Or, si le système mis en place pour l'accès aux origines des enfants ayant fait l'objet d'une adoption ou ayant eu la qualité de pupilles de l'État est perfectible, il apparaît comme une réponse susceptible de concilier des intérêts divergents. Par conséquent, il pourrait servir de support à l'admission d'un droit encadré pour les enfants issus d'un don d'accéder à leurs origines.

**525 Incidence d'une levée de l'anonymat sur le nombre de dons.** On oppose souvent au droit à l'accès des origines des enfants nés d'une procréation médicalement assistée avec donneur le risque de raréfaction des dons qu'il engendrerait. Un tel danger est effectivement réel. On peut à ce titre se tourner vers l'expérience des États ayant levé l'anonymat pour s'apercevoir qu'une nette diminution des dons de gamètes a pu en résulter parfois, mais pas toujours<sup>152</sup>. Néanmoins, cet argument est-il pertinent ? En effet mettre en balance le droit pour un enfant de connaître ses origines génétiques et le risque probable de baisse du nombre de dons semble incongru. Il faut s'attacher prioritairement à l'intérêt de

---

<sup>150</sup> LABBEE X., *L'enfant, le parent et l'auteur*, art. préc.

<sup>151</sup> MEHL D., *op. cit.*, p. 337.

<sup>152</sup> Sur l'expérience néerlandaise, v. *L'anonymat du don de gamètes*, préc., p. 23. À l'inverse, au Royaume-Uni, davantage d'hommes ont accepté de faire un don après l'entrée en vigueur de la législation relative à la levée de l'anonymat (*ibid.*, p. 27).

l'enfant issu de l'aide médicale à la procréation<sup>153</sup>. Peuvent être invoqués certains arguments comme la sérénité ou la « normalité » que le secret peut lui apporter, mais alléguer une pénurie de dons pour refuser une levée même partielle de l'anonymat nous paraît déplacé. Il a déjà été proposé l'instauration d'un système de « *double guichet* » permettant aux donneurs et aux couples receveurs de s'inscrire dans une démarche non anonyme<sup>154</sup>. Les couples pourraient choisir entre un don pour lequel la levée de l'anonymat serait autorisée et un autre dont l'anonymat ne pourrait pas être levé. Si cette solution peut de prime abord apparaître satisfaisante, elle fige pour l'avenir et avant même la conception de l'enfant, l'accès que celui-ci aura à ses origines. C'est pourquoi, il nous semble plus opportun de développer le système actuellement mis en place dans le cadre de l'accouchement sous X.

**526 Sensibilisation.** Il convient dans un premier temps d'apporter une meilleure information aux donneurs ou donneuses tout comme aux couples receveurs. A l'instar de ce qui est prévu à l'article L 222-6 du Code de l'action sociale et des familles, il serait essentiel de porter à leur connaissance l'importance de l'accès aux origines dans la construction identitaire de toute personne. Ceci aurait peut-être le mérite d'inciter davantage les couples bénéficiaires à faire part à l'enfant des circonstances de sa conception. Le couple devrait être informé que la parenté de l'enfant ne pourrait pas être remise en question en tout état de cause, que l'accès aux origines est distincte de la filiation et que l'auteur biologique ne pourrait en aucun cas revendiquer des prérogatives parentales à l'égard de l'enfant. Toutefois, il ne faut pas ignorer qu'autoriser l'accès aux origines risque d'inciter les parents à ne pas révéler les circonstances de la conception<sup>155</sup>. Parallèlement, l'auteur biologique devrait être assuré que le fait de laisser des renseignements, identifiants ou non, ne pourrait être assimilé à un engagement de type parental à l'égard de l'enfant. Il conviendrait de lui rappeler qu'il ne pourrait être inquiété

---

<sup>153</sup> En ce sens également, SHENFIELD F., art. préc., p. 116, rapportant les conclusions de l'autorité pour la fertilisation et l'embryologie humaine (« *Human Fertilisation and Embryology Authority* »).

<sup>154</sup> Proposition de loi n° 3225 *relative à la possibilité de lever l'anonymat des donneurs de gamètes du 28 juin 2006*.

<sup>155</sup> Dans la mesure où la filiation est établie à l'égard du couple bénéficiaire selon les règles du droit commun, il paraît impensable de faire figurer une telle information dans son acte de naissance. Le mode de conception de l'enfant n'a en définitive, aucune incidence, sur son état civil. Il ne s'agit que d'un élément factuel. Seule une information délivrée aux couples bénéficiaires peut les sensibiliser sur l'importance pour toute personne de connaître ses origines biologiques et laisser espérer une évolution des mentalités.

par des revendications d'ordre patrimonial de la part de l'enfant issu du don ainsi que des prescriptions de l'article 311-19 du Code civil (v. *supra*, n° 463). Une fois cette information délivrée, il conviendrait de permettre au donneur de laisser des renseignements d'ordre personnel auxquels l'enfant pourrait accéder.

**527 Possibilité de laisser des informations.** Dans un second temps, l'auteur biologique devrait avoir la possibilité de laisser des renseignements, à l'image des pratiques suisses et néerlandaises (v. *supra*, n° 518). Pourraient ainsi figurer dans le dossier sa date de naissance, son origine ou lieu de naissance, sa profession ou formation, sa situation familiale... Il serait peut-être opportun qu'il puisse laisser une lettre relatant son parcours face au don, ses motivations, des photographies... Les informations seraient collectées par le CECOS et transmises au Centre national pour l'accès aux origines personnelles qui serait chargé de leur conservation. L'élargissement des compétences du Conseil national aux enfants nés grâce à un don permettrait ainsi aux CECOS de ne plus avoir à prendre en charge la conservation des données relatives au don.

**528 Demande d'accès à ses origines par l'enfant.** L'enfant pourrait, à l'instar de celui né sous X, saisir le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles aux fins d'obtenir la communication des renseignements laissés par le donneur ou la donneuse. Le même protocole pourrait être suivi, à savoir la localisation de l'auteur du don, sa consultation aux fins de savoir quelle est son intention face à la demande de l'enfant, la communication de son identité ou d'informations non-identifiantes et, le cas échéant, l'organisation d'une rencontre entre le tiers géniteur et l'enfant issu de la procréation médicalement assistée (v. *supra*, n° 505 et s.).

**529 Conclusion.** L'accès à des informations non-identifiantes ou la levée de l'anonymat, lorsque le donneur y consent, serait un premier pas vers l'amélioration des droits des enfants issu d'une aide médicale à procréation hétérologue. Il paraît peu probable que la France puisse continuer à maintenir une totale opacité sur les origines des enfants nés grâce à une procréation médicalement assistée hétérologue. Cette solution permettrait de s'adapter davantage aux différentes situations. Elle laisserait en outre l'initiative de la recherche à l'enfant issu du don. Il serait possible d'aller plus loin en s'inspirant de l'expérience d'autres législations en Europe. Ainsi, à l'image du droit néerlandais, on

pourrait imaginer que lorsque le donneur refuse de révéler son identité, ses arguments et ceux de l'enfant soient appréciés et que l'intérêt de celui-ci prime lors de la prise de décision. La possibilité pour l'enfant d'obtenir des informations identifiantes ou non sur les personnes issues du même donneur mise en place au Royaume-Uni nous paraît également digne d'intérêt (v. *supra*, n° 518). Ces propositions tendent à une meilleure effectivité d'un droit à la connaissance des origines personnelles.

## **Conclusion du Chapitre 1 :**

**530 Reconnaissance progressive de l'auteur biologique.** La définition de la parentalité retenue dans cette étude conduit à s'interroger sur les modalités de la reconnaissance de l'auteur biologique. Celle-ci passe par une amélioration des droits de l'enfant. La connaissance des origines personnelles apparaît de plus en plus comme un droit fondamental de la personne humaine. L'évolution des mentalités, la multiplication des revendications, la prise en compte croissante de cette problématique par les conventions internationales et les législations européennes ont obligé la France à modifier les modalités d'accès aux origines des enfants ayant fait l'objet d'une adoption ou ayant eu la qualité de pupille de l'État. La création du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles a permis à la France de satisfaire aux exigences posées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit d'une avancée incontestable pour les personnes en quête de leur identité. Le système mis en place mériterait cependant d'être amélioré, afin de ne plus laisser l'entière décision de la levée du secret à l'auteur biologique.

**531 Le cas particulier de l'enfant né d'une aide médicale à la procréation avec don de gamètes.** Le sort réservé aux enfants issus d'une procréation médicalement assistée hétérologue est radicalement différent. Les situations ne sont pas comparables, mais il demeure que l'accès à leurs origines biologiques est également empêché par le droit. Si une grande partie des législations européennes garantit l'accès à des informations non-identifiantes ou à l'identité de l'auteur du don, la France refuse encore de lever le secret sur les circonstances de la conception. Il convient alors de réfléchir à la possibilité pour ces enfants d'accéder aussi à leurs origines. Si une levée automatique du secret sur l'identité du donneur est à proscrire en raison de la diversité des situations et des ressentis, un accès souple et modulable doit être autorisé et organisé. Une extension des attributions du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles pourrait selon nous être une solution permettant la connaissance de tout ou partie de leurs origines biologiques pour les personnes nées grâce à un don de gamètes. De cette façon, le Conseil serait compétent pour répondre à la demande de tout enfant pour lequel l'État a sciemment organisé l'effacement des origines biologiques.

La prise en considération du tiers géniteur nous conduit à nous interroger sur celle du tiers qui participe dans les faits à l'éducation et à la prise en charge matérielle de l'enfant, alors même qu'aucun lien de sang n'existe entre eux. Cette parentalité peut, dans une certaine mesure, être juridiquement appréhendée, mais il conviendra ici encore de s'interroger sur une possible évolution du droit français.

## **Chapitre 2 : La volonté comme fondement de la reconnaissance du rôle du tiers coparent**

**532 Démonstration.** Le droit français prévoit un certain nombre de dispositions permettant de prendre en compte le tiers coparent hors du cadre de la parenté. Mais ces solutions ne s'inscrivent pas dans une démarche d'ensemble et manquent de lisibilité (**Section 1**). Il convient donc de s'interroger sur la mise en place de mécanismes mieux adaptés aux situations envisagées. Le droit comparé apparaît ici comme une source pertinente d'inspiration (**Section 2**).

### **Section 1 : Des solutions diverses et manquant de lisibilité**

**533 Reconnaissance juridique du tiers et volonté.** La prise en considération du tiers n'est en rien automatique. Elle ne repose pas sur un exercice purement factuel des attributs parentaux. La volonté et le contrôle du juge sont généralement à l'origine de la reconnaissance du coparent sur le plan juridique. La législation française envisage la place et les droits du tiers de différentes façons : soit les droits du tiers sont conditionnés par la volonté du ou des parents de l'enfant (§ 1), soit elle lui permet de bénéficier d'un certain nombre de prérogatives indépendamment du consentement parental (§ 2).

#### **§ 1. L'octroi de prérogatives par la volonté commune des parents et du tiers**

**534 Diversité.** Le ou les parents de l'enfant peuvent à leur initiative décider de transférer au tiers tout ou partie de leurs prérogatives parentales (**sous-paragraphe 1**), de les partager avec lui (**sous-paragraphe 2**) ou de lui confier l'enfant après le décès du dernier d'entre eux (**sous-paragraphe 3**).

##### ***Sous-paragraphe 1. Le transfert volontaire des prérogatives parentales au tiers***

**535 Plan.** Lorsqu'il est confronté à des difficultés, le parent peut souhaiter transférer ses droits à un tiers qu'il choisit pour accomplir à sa place les actes relatifs à l'enfant (**A**). Cette exception au principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale n'est pas une innovation récente. Le transfert volontaire des prérogatives parentales au tiers était déjà connu au XIX<sup>ème</sup> siècle dans une version plus aboutie que l'actuelle délégation de l'autorité parentale (**B**).

## A. La délégation volontaire de l'autorité parentale

**536 Rénovation.** L'autorité parentale ne peut en principe faire l'objet d'aucune renonciation ou cession (art. 376 C. civ.). Néanmoins, sous le contrôle du juge, les parents ont la possibilité de transférer ou de partager leurs prérogatives parentales avec un tiers<sup>1</sup>. La délégation de l'autorité parentale a été entièrement réformée par la loi du 4 mars 2002 sous l'impulsion notamment du Rapport Dekeuwer-Défossez<sup>2</sup>. Avant la réforme de 2002, la délégation était soumise à une stricte condition de remise de l'enfant au tiers délégataire. Cette exigence a été supprimée afin de faciliter son utilisation dans les familles recomposées. Dans cette hypothèse, l'enfant vit déjà avec le tiers et son parent et il ne peut de ce fait lui être remis. La limite d'âge de seize ans a également été supprimée. La loi du 4 mars 2002 a pareillement abrogé la possibilité pour le tuteur de l'enfant de présenter une telle demande.

**537 Une requête parentale.** La requête est formée conjointement lorsque les parents exercent ensemble l'autorité parentale. Dans la mesure où il s'agit d'une décision grave, la délégation suppose l'accord des deux parents en tant qu'ils exercent les prérogatives parentales. Si l'autorité parentale n'est exercée que par l'un des parents, celui-ci peut saisir seul le juge aux affaires familiales d'une requête aux fins de délégation de l'autorité parentale<sup>3</sup>. Dans cette hypothèse, le juge aux affaires familiales doit s'assurer que la demande est portée à la connaissance de l'autre. Les deux parents doivent être appelés à l'instance. Le juge peut prononcer la mesure malgré le refus, s'il considère que la délégation est conforme à l'intérêt de l'enfant<sup>4</sup>.

**538 Circonstances particulières.** La délégation volontaire doit être justifiée par circonstances particulières (art. 377 C. civ.) Il doit être démontré que le transfert des prérogatives parentales est indispensable. Cela peut recouvrir une grande variété de

---

<sup>1</sup> Art. 377 et 377-1 C. civ. La délégation de l'autorité parentale est apparue en droit français dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et a été introduite dans le Code civil par la loi du 4 juin 1970.

<sup>2</sup> La section relative à la délégation de l'autorité parentale a été entièrement refondue par cette réforme. Deux hypothèses n'y ont cependant pas été insérées : la délégation de l'autorité parentale au profit du service de l'aide sociale à l'enfance, de l'établissement ou du particulier qui a recueilli l'enfant ou à qui ce dernier a été confié (art. 350 al. 5 C. civ.) et celle en faveur du demandeur à l'annulation de l'arrêté d'admission de l'enfant en tant que pupille de l'État (v. *supra*, n° 261).

<sup>3</sup> V. NEIRINCK C., J-Cl. Civil Code, Art. 371 à 387, *Autorité parentale*, fasc. 30, 2004, n° 10 et s. ; REBOURG M., th. préc., n° 60 et s.

<sup>4</sup> BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 752.

situations comme une hospitalisation, une incarcération, un voyage de longue durée ... Le tiers a vocation à se substituer au parent pendant cette période d'incapacité factuelle. Une délégation volontaire a pu également être prévue en vue de la future adoption de l'enfant par le tiers délégataire<sup>5</sup>.

**539 Procédure.** Le juge aux affaires familiales du lieu de résidence du mineur est saisi par voie de requête. La constitution d'avocat n'est pas obligatoire<sup>6</sup>. Le ministère public doit être présent à l'instance<sup>7</sup>. La délégation de l'autorité parentale se fait au moyen d'une convention soumise à l'homologation du juge qui vérifie le consentement des parents ainsi que la légalité de la demande<sup>8</sup>. Il lui revient aussi de s'assurer que le tiers désigné est capable d'assumer sa nouvelle attribution<sup>9</sup>. Il apprécie également l'opportunité de la demande au regard de l'intérêt de l'enfant. La délégation ne peut résulter que d'une décision judiciaire. La nature de la procédure reste encore incertaine, même si certaines de ses caractéristiques tendent à laisser penser une nature plutôt gracieuse (audience en chambre du conseil, présence du ministère public, absence de représentation obligatoire, absence de litige...) <sup>10</sup>. Certaines juridictions se sont d'ailleurs prononcées en ce sens<sup>11</sup>.

**540 Désignation du délégataire.** Selon l'article 377 du Code civil, il peut s'agir d'un membre de la famille<sup>12</sup> ou d'un proche digne de confiance tel qu'un beau-parent<sup>13</sup>. Celui

---

<sup>5</sup> CA Papeete, 10 avril 2008, Juris-data n° 2008-361742, JCP éd. G 2008, IV, 2695. En l'espèce, les parents ont sollicité conjointement une délégation de l'autorité parentale en faveur de la future adoptante de l'enfant. Les juges du fond n'ont pas motivé leur décision par l'existence de circonstances particulières justifiant la délégation, mais par les qualités éducatives du tiers délégataire (desir d'enfant, projet éducatif, résultat des investigations psychologique et sociale) et par la stabilité du couple qu'elle forme avec sa compagne depuis vingt-cinq ans.

<sup>6</sup> Art. 1203 CPC.

<sup>7</sup> Art. 1208 CPC.

<sup>8</sup> TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 1079 ; NEIRINCK C., J-Cl. préc., n° 3.

<sup>9</sup> TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 1079.

<sup>10</sup> Si la procédure de la délégation de l'autorité parentale a des affinités avec la procédure gracieuse, le législateur ne s'est pas prononcé sur ce point. Elle conserve donc son autonomie (LE NINIVIN D. et DESDEVISES Y., J-Cl. Procédure civile, fasc. 116, *Matière et procédure gracieuses*, 2002, n° 144). Dans le sens également d'une incertitude s'agissant de la nature de la procédure, LARRIBAU-TERNEYRE V., Répertoire de procédure civile Dalloz, *Autorité parentale*, 2005, n° 303. V. cependant *contra*, NEIRINCK C., J-Cl. préc., n° 66 : « *bien que le Code de procédure civile ne le précise pas, la délégation de droit commun relève de la procédure gracieuse. Elle l'est toujours lorsque le juge aux affaires familiales est saisi par les titulaires de l'autorité parentale. Il n'y a en l'espèce aucun litige mais, en raison du caractère d'ordre public de l'autorité parentale, le juge doit entériner l'accord des parents et du délégataire : cette situation correspond à la définition même de la procédure gracieuse (CPC, art. 25) ».*

<sup>11</sup> V. par exemple, CA Lyon, 24 janvier 2006, Juris-data n° 2006-297381.

<sup>12</sup> Les liens de parenté ou d'alliance font présumer la relation d'attachement et la proximité entre le membre de la famille et l'enfant.

qui n'est pas uni à l'enfant par un lien familial doit satisfaire à deux conditions cumulatives : être digne de confiance au sens entendu traditionnellement en matière d'assistance éducative<sup>14</sup> et proche de l'enfant. La proximité peut résulter d'une cohabitation, de relations étroites, d'un lien d'affection<sup>15</sup>. Le juge apprécie souverainement si le tiers répond à ces critères. Mais il ne peut désigner une personne autre que celle choisie par les parents : il statuerait alors *ultra petita*<sup>16</sup>. Si le juge considère néanmoins que le tiers n'est pas apte à prendre en charge l'enfant, il peut refuser d'homologuer la convention.

**541 Contrôle judiciaire.** Le juge aux affaires familiales doit en outre s'assurer que la délégation sollicitée est conforme à l'intérêt de l'enfant. Pour ce faire, il peut auditionner une personne dont l'avis lui paraît utile<sup>17</sup>. Il procède à toute investigation opportune relativement à la personnalité et aux conditions de vie du mineur et de ses parents (au moyen notamment d'une enquête sociale, d'examens médicaux, d'expertises psychiatriques et psychologiques)<sup>18</sup>. Le juge peut demander au bâtonnier de désigner un conseil pour l'enfant capable de discernement<sup>19</sup>. Le procureur de la République doit, quant à lui, recueillir tous renseignements utiles sur la situation familiale et la moralité des parents<sup>20</sup>.

**542 Étendue des droits transférés au tiers.** La délégation de l'autorité parentale peut être partielle ou totale. Le juge peut-il discrétionnairement octroyer une délégation partielle de l'autorité parentale alors même que le(s) parent(s) souhaite(nt) qu'elle soit totale ? Selon certains auteurs, le juge aux affaires familiales est tenu par la volonté des parties et il ne peut modifier l'objet de la demande. « *La délégation de l'autorité parentale suppose une décision judiciaire ; mais son fondement reste la volonté parentale* »<sup>21</sup>. L'étendue des droits pouvant être transférés par le délégant au délégataire n'est pas envisagée par la loi.

---

<sup>13</sup> L'enfant peut également être confié au service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

<sup>14</sup> En ce sens, AUTEM D., Lamy *Droit des personnes et de la famille*, DEKEUWER-DEFOSSEZ F. et MARRAUD des GROTTES G. (Dir.), *Délégation de l'autorité parentale*, n° 456-39. La qualité de tiers digne de confiance suppose soit un lien d'affection, soit une qualité professionnelle.

<sup>15</sup> AUTEM D., *La nouvelle physionomie de la délégation de l'autorité parentale*, RJPF-2003-6-1/11.

<sup>16</sup> NEIRINCK C., J-Cl. préc., n° 16: « *en effet, il est demandé au tribunal d'homologuer un pacte qui implique un accord entre les parents et le délégataire* »

<sup>17</sup> Art. 1208 CPC.

<sup>18</sup> Art. 1183 CPC auquel renvoie l'article 1205 du CPC.

<sup>19</sup> Art. 1186 CPC.

<sup>20</sup> Art. 1206 CPC.

<sup>21</sup> TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 1079.

L'article 377-1 du Code civil prévoit simplement que « *la délégation, totale ou partielle, de l'autorité parentale résultera du jugement rendu par le juge aux affaires familiales* ». Cette imprécision du texte permet au juge d'apprécier *in concreto* les prérogatives devant faire l'objet du transfert. Les droits de consentir au mariage ou à l'émancipation de l'enfant peuvent être délégués au tiers. Toutefois, le droit de consentir à l'adoption de l'enfant ne peut jamais être délégué<sup>22</sup>. Quel que soient les droits faisant l'objet de la délégation, les parents peuvent toujours bénéficier d'un droit de visite et d'hébergement. Ils restent tenus par leur obligation d'entretien<sup>23</sup>.

**543 Fin ou transfert de la délégation de l'autorité parentale.** La délégation de l'autorité parentale peut judiciairement prendre fin ou être transférée (art. 377-2 C. civ.). Le transfert permet de désigner un nouveau délégataire lorsque par exemple celui qui s'est vu déléguer l'autorité parentale n'est plus en mesure d'exercer son rôle auprès de l'enfant (maladie, décès, incapacité...)<sup>24</sup>. La fin de la mesure doit être justifiée par des circonstances nouvelles ce qui tend à limiter les demandes parentales motivées par un simple changement d'avis. L'exigence de circonstances nouvelles apparaît comme un critère objectif permettant d'apprécier l'évolution de la situation au regard de l'intérêt de l'enfant. L'établissement d'un second lien de filiation en cas de parenté unilinéaire<sup>25</sup> ou le fait pour l'un des parents de recouvrer l'exercice de l'autorité parentale devraient pouvoir justifier la cessation de la délégation. La majorité de l'enfant entraîne également la cessation de la délégation corrélativement à celle de l'autorité parentale.

**544 Statistiques.** La réforme du 4 mars 2002 avait pour objectif de faciliter l'utilisation la délégation de l'autorité parentale. Or, il semblerait qu'elle n'ait pas totalement atteint le résultat escompté. En 2002, environ 3000 demandes de délégation (volontaire ou forcée) ont été soumises aux juges du fond. Trois ans après, ce chiffre est passé à 3500<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Art. 377-3 C. civ.

<sup>23</sup> BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 766.

<sup>24</sup> Sur la procédure à suivre dans le cadre de l'action en transfert, v. Lamy, *Droit des personnes et de la famille*, n° 456-85 et s.

<sup>25</sup> V. en ce sens, CA Chambéry, 19 mars 1996, JCP éd. G 1996, IV, 2574, RDSS 1997, 636, obs. MONEGER F.

<sup>26</sup> *Annuaire statistique de la Justice*, éd. 2007, p. 49 et 85.

545 **Le transfert volontaire des prérogatives parentales en Grèce.** D'autres législations en Europe permettent la délégation volontaire des droits parentaux. Par exemple, il est prévu en droit grec la possibilité pour les parents de déléguer judiciairement l'exercice des soins parentaux à un tiers. Pour ce faire, ils doivent désigner la personne qui accepte de se charger des prérogatives parentales qui leur sont retirées<sup>27</sup>. Le retrait demandé par les parents nécessite l'existence d'un motif grave. Le tribunal peut confier les droits retirés à la personne qu'ils ont désignée ou à une autre. Doivent être indiquées dans le jugement les modalités de l'exercice des soins parentaux. A défaut, sont applicables les règles relatives à la tutelle. La mesure est révocable en cas de changement de circonstances et l'exercice des soins parentaux peut être restitué aux parents<sup>28</sup>. Une forme de délégation-transfert de l'autorité parentale est ainsi pratiquée en Grèce.

La délégation volontaire de l'autorité parentale telle que pratiquée aujourd'hui en France peut être comparée à une ancienne institution aujourd'hui disparue : la tutelle officieuse.

#### B. L'ancienne tutelle officieuse

546 **Contrat de bienfaisance.** Le Code civil de 1804 prévoyait une alternative à l'adoption dont les conditions restrictives empêchaient son prononcé au bénéfice d'un enfant : la tutelle officieuse. « *On donne ce nom à un contrat de bienfaisance par lequel une personne se charge d'élever gratuitement un enfant, et de le mettre en état de gagner sa vie* »<sup>29</sup>. Cette institution inconnue de l'ancien droit était une innovation des rédacteurs du Code civil<sup>30</sup>. « *Portée sur les fonts baptismaux avec l'enthousiasme de ceux qui exaltent une naissance nouvelle, la tutelle officieuse peut tirer gloire de belles intentions* »<sup>31</sup>. La loi l'instituant a été votée le 2 germinal de l'an II, promulguée le 12, puis insérée dans le Code civil aux articles 361 et suivants<sup>32</sup>. Seront exposés ses conditions **(1)**, ses effets **(2)** avant d'envisager la tutelle officieuse telle qu'elle est encore pratiquée en droit belge **(3)**.

---

<sup>27</sup> Art. 1535 C. civ. grec.

<sup>28</sup> Art. 1536 C. civ. grec.

<sup>29</sup> DALLOZ D. et DALLOZ A., *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Tome 3, 1846, p. 332 et s., spéc. n° 229.

<sup>30</sup> ZACHARIAE C. S., revu et augmenté par AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français*, Tome 2, 2<sup>ème</sup> éd, 1850, p. 341.

<sup>31</sup> VIDAL M., *Une tentative législative infructueuse : la tutelle officieuse*, Rev. hist. droit 2006, 437.

<sup>32</sup> Un titre VIII au sein du Livre I<sup>er</sup> était consacré à l'adoption et à la tutelle officieuse.

## 1. Les conditions

**547 Conditions relatives au tuteur officieux.** Comme l'adoption, la tutelle officieuse était réservée aux personnes âgées de plus de cinquante ans, sans enfant, ni descendant légitime. En cas de mariage, celui qui souhaitait devenir tuteur officieux devait nécessairement obtenir le consentement de son conjoint<sup>33</sup>. En outre, il devait être apte à exercer une tutelle ordinaire<sup>34</sup>. L'enfant déjà soumis à la tutelle d'un époux pouvait faire l'objet d'une tutelle officieuse par le conjoint de son tuteur<sup>35</sup>.

**548 Consentement parental.** Devaient être recueillis les consentements des père et mère de l'enfant de moins de quinze ans<sup>36</sup>, de l'un d'eux en cas de prédécès de l'un ou d'impossibilité de manifester sa volonté. A défaut, celui du conseil de famille était requis. Si l'enfant n'avait pas de parents connus, le consentement des administrateurs de l'hospice qui l'avait recueilli ou de la municipalité de son lieu de résidence devait être obtenu<sup>37</sup>.

**549 Procédure.** Il s'agissait d'un véritable contrat passé devant le juge de paix du domicile de l'enfant qui n'avait pas à être judiciairement homologué. Il prenait la forme d'un procès-verbal constatant les demandes et les consentements des parents de l'enfant. Il était signé par le tuteur (la signature des parents ne semblait pas nécessaire dans la mesure où leurs consentements étaient annexés au procès-verbal)<sup>38</sup>. La tutelle officieuse n'avait pas à être inscrite sur les registres de l'état civil<sup>39</sup>.

## 2. Les effets

**550 Objet.** La tutelle officieuse consistait pour une personne à prendre en charge un enfant et à s'engager à l'établir. Selon l'ancien article 363 du Code civil dans sa rédaction de 1804, la tutelle officieuse emportait « *l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever, de le mettre en état de gagner sa vie* ». En ce sens, elle se rapproche de la « *kafala* » du droit

---

<sup>33</sup> Ancien art. 362 C. civ.

<sup>34</sup> Les femmes, traditionnellement incapables de gérer la tutelle de droit commun, n'étaient pas frappées d'incapacité s'agissant de la tutelle testamentaire, ZACHARIAE C. S., AUBRY C. et RAU C., *op. cit.*, p. 341.

<sup>35</sup> ZACHARIAE C. S., AUBRY C. et RAU C., *op. cit.*, p. 341.

<sup>36</sup> Ancien art. 363 C. civ.

<sup>37</sup> Ancien art. 361 C. civ.

<sup>38</sup> DALLOZ D. et DALLOZ A., *op. cit.*, n° 234.

<sup>39</sup> VIDAL M., art. préc., p. 440.

musulman qui « permet à une personne, le *kafil* (au pluriel *Koufala*) de s'engager à entretenir bénévolement un enfant mineur, le *makfoul*, à l'éduquer et à le protéger comme un père le ferait de son fils »<sup>40</sup>. A l'instar de la tutelle officieuse à sa création, elle permet de contourner dans une certaine mesure la prohibition de l'adoption<sup>41</sup>.

**551 Droits et devoirs du tuteur officieux.** Le tuteur officieux disposait des mêmes droits et était tenu par les mêmes obligations que le tuteur ordinaire<sup>42</sup>. L'administration des biens de l'enfant lui revenait. Il ne pouvait imputer les dépenses relatives à l'éducation sur les revenus de l'enfant et ce, même si celui-ci disposait d'un patrimoine important. La tutelle était donc à titre gratuit. Le tuteur devait rendre compte de sa gestion à la fin de la mesure<sup>43</sup>. Les droits relatifs à la personne de l'enfant lui étaient également transmis. La tutelle ne mettait pas fin à la puissance paternelle. Seuls les droits du père ou de la mère ne portant pas atteinte à ceux du tuteur étaient maintenus : devoir d'obéissance et de respect de l'enfant envers ses parents, droit de correction, droit de consentir aux actes de la vie civile, jouissance des biens de l'enfant<sup>44</sup>. Les obligations imposées par loi quant aux droits et devoirs du tuteur pouvaient être modifiées par stipulation contractuelle. Nonobstant ce possible aménagement, le tuteur ne pouvait pas se décharger de son obligation alimentaire à l'égard du pupille dans la mesure où il s'agissait du principal effet de la tutelle officieuse<sup>45</sup>.

**552 Adoption.** Qualifiée de « commencement d'adoption »<sup>46</sup>, la tutelle officieuse était également un moyen pour le tuteur d'adopter son pupille<sup>47</sup>. Il pouvait exprimer par testament authentique ou olographe sa volonté d'adopter l'enfant, dans l'hypothèse où il viendrait à mourir avant la majorité de celui-ci<sup>48</sup>. Toutefois, la disposition testamentaire ne

---

<sup>40</sup> BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 372. La *kafala* ne rompt pas les liens avec la famille par le sang de l'enfant, mais peut parfois produire des effets sur le nom de l'enfant et lui ouvre des droits de succession.

<sup>41</sup> Sur les effets de la *kafala* et sa réception en droit français, *ibid.*, n°s 373 et s.

<sup>42</sup> VIDAL M., art. préc., p. 440.

<sup>43</sup> Ancien art. 370 C. civ.

<sup>44</sup> DALLOZ D. et DALLOZ A., *op. cit.*, n° 235.

<sup>45</sup> *Ibid.*, n° 237.

<sup>46</sup> Intervention du Conseiller d'État BERLIER, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc., p. 476.

<sup>47</sup> Sous réserve du consentement du pupille qui pouvait refuser le bénéfice de l'adoption (ancien art. 368 C. civ). Le tuteur pouvait révoquer l'adoption testamentaire.

<sup>48</sup> Ancien art. 366 C. civ.

pouvait avoir lieu qu'après l'expiration d'un délai de cinq années révolues depuis la tutelle et ne produisait ses effets qu'en l'absence d'enfants légitimes du tuteur. Le prononcé de l'adoption nécessitait également que les soins eussent duré au moins six années. Cette forme d'adoption se distinguait de celle prévue en droit commun dans la mesure elle était faite au profit d'un mineur et que le tuteur n'avait pas à obtenir le consentement de son conjoint. Elle devait être judiciairement homologuée et inscrite dans les registres de l'état civil<sup>49</sup>. Ces dérogations s'expliquaient par le fait que l'adoption n'avait d'effet qu'après la mort<sup>50</sup>. Réserve étant faite pour ces dispositions particulières, l'adoption testamentaire devait obéir aux mêmes conditions et produisait les mêmes effets qu'une adoption ordinaire.

Une fois sa majorité acquise, le pupille pouvait aussi requérir lui-même son adoption par le tuteur. Si dans les trois mois suivant sa majorité, le tuteur lui opposait un refus ou s'il en était involontairement empêché<sup>51</sup>, il pouvait être condamné à indemniser le jeune majeur. L'indemnisation n'était due que si le pupille n'était pas en mesure de gagner sa vie et consistait à lui verser des « *secours propres à lui procurer un métier* »<sup>52</sup>.

**553 Fin de la tutelle officieuse.** La tutelle prenait fin avec le décès du tuteur. Cependant, ses obligations passaient à ses héritiers. Selon les propos de Cambacérès, « *la loi ne doit pas livrer un enfant à la misère parce que celui qui en a pris soin meurt avant le temps où il aurait pu l'adopter* »<sup>53</sup>. Si durant la minorité du pupille le tuteur venait à mourir avant l'expiration du délai de cinq ans ou sans l'avoir adopté, la succession était tenue de fournir à l'enfant des moyens de subsistance jusqu'à sa majorité<sup>54</sup>. Il en était ainsi quand bien même le tuteur avait fait son pupille légataire d'une part importante de son patrimoine<sup>55</sup>.

---

<sup>49</sup> ZACHARIAE C. S., AUBRY C. et RAU C., préc., p. 340.

<sup>50</sup> DALLOZ D. et DALLOZ A., *op. cit.*, n° 241.

<sup>51</sup> ZACHARIAE C. S., AUBRY C. et RAU C., *op. cit.*, p. 342.

<sup>52</sup> Ancien art. 369 C. civ. Toutefois, les parties pouvaient contractuellement modifier les modalités de cette indemnité. Selon certains auteurs, le délai de trois mois ne jouait pas contre le pupille, l'action se prescrivait selon le droit commun par trente années. DALLOZ D. et DALLOZ A., *op. cit.*, n° 251 : « *la loi a voulu dire seulement que le tuteur ne pourrait être actionné utilement avant l'expiration de ces trois mois ; aussi porte-t-il que le tuteur ne pourra être condamné qu'après les trois mois, mais il ne dit pas qu'il ne pourra plus l'être, ce délai une fois écoulé* ».

<sup>53</sup> *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 10<sup>ème</sup>, 1827, p. 386.

<sup>54</sup> La quotité de cette obligation alimentaire pouvait, soit être déterminée par une convention formelle, soit être réglée à l'amiable entre les représentants du tuteur et ceux du pupille ou judiciairement en cas de contestation (ancien art. 367 C. civ.).

<sup>55</sup> ZACHARIAE C. S., AUBRY C. et RAU C., *op. cit.*, p. 342.

Selon certains auteurs, la tutelle officieuse pouvait également prendre fin en cas de motifs graves à l'initiative des père et mère de l'enfant ou, à défaut, de proches parents<sup>56</sup>.

**554 De multiples modifications.** Son usage n'était que peu fréquent, voire rarissime<sup>57</sup>. La précision des dispositions qui lui étaient relatives en serait la cause : « *elle refroidissait l'élan de la bienfaisance généreuse, elle semait de craintes et d'appréhensions le chemin dans lequel l'homme a besoin d'entrer sans efforts et sans préoccupations ; en un mot, elle affaiblissait dans sa base le monument qu'elle s'efforçait d'élever* »<sup>58</sup>. Une loi du 24 juillet 1889 créa trois nouveaux cas d'ouverture<sup>59</sup>, en allégea les conditions<sup>60</sup> et en modifia les effets. A notamment été supprimée la possibilité pour l'enfant de réclamer une indemnité au tuteur ou à ses héritiers. Puis, une loi du 27 juin 1904 a tenté de faciliter le recours à la tutelle officieuse en faveur des pupilles de l'Assistance publique. Au fil des réformes, la tutelle officieuse est devenue moins une phase préparatoire à l'adoption qu'une mesure de protection des enfants. Elle n'a cependant pas rencontré le succès escompté<sup>61</sup>. Devenant totalement inutile après la loi du 19 juin 1923 autorisant l'adoption des mineurs, elle a été supprimée par une loi du 23 juillet 1925.

La tutelle officieuse est encore pratiquée en Belgique.

### 3. La tutelle officieuse du droit belge

**555 Conditions et pratique.** L'ancienne tutelle officieuse française a survécu en droit belge. Les articles 475 bis et suivants du Code civil envisagent ses conditions et régime. Certaines dispositions ont été modifiées par une loi du 31 mars 1987. Le tuteur doit être âgé d'au moins vingt-cinq ans. La tutelle résulte d'une convention constatée par acte

---

<sup>56</sup> DALLOZ D. et DALLOZ A., *op. cit.*, n° 238 : « *mais s'il ne s'agissait que d'exigences touchant à la personne de l'enfant, qui ont si souvent leur principe dans la tendresse exagérée des parents, ou bien si le débat ne s'élevait que sur la prééminence entre divers modes d'éducation, ou enfin sur le choix d'un état à donner à l'enfant, il nous semble que la prétention des parents devrait être repoussée* ».

<sup>57</sup> VIDAL M., art. préc., p. 441 et s.

<sup>58</sup> DALLOZ D. et DALLOZ A., *op. cit.*, n° 229.

<sup>59</sup> D'une part, toute personne pouvait solliciter que lui soit confiés les droits dont le père était déchu. D'autre part, la personne chez laquelle les administrations hospitalières ou le directeur de l'Assistance publique de Paris avaient placé l'enfant, pouvait requérir l'ouverture d'une tutelle officieuse dès lors qu'il en avait pris soin pendant trois années. Enfin, en cas de délégation judiciaire des prérogatives parentales, la personne qui avait recueilli et qui s'était vu conférer l'exercice de la puissance paternelle pouvait également devenir le tuteur officieux de l'enfant s'il s'en était occupé pendant trois ans, VIDAL M., art. préc., p. 445.

<sup>60</sup> Les conditions tenant à l'âge et à la situation familiale du tuteur ont été supprimées.

<sup>61</sup> VIDAL M., art. préc., p. 449.

authentique par le juge de paix de la résidence du mineur ou par un notaire et est entérinée par le tribunal de la jeunesse à la requête du tuteur. Celui-ci acquiert l'administration, mais non la jouissance, des biens de l'enfant et exerce le droit de garde si l'enfant a sa résidence habituelle à son domicile<sup>62</sup>. A été maintenue la possibilité de faire condamner le tuteur au versement d'une indemnité en faveur du pupille si celui-ci ne se trouve pas en état de gagner sa vie à sa majorité. De même, la succession du tuteur officieux est tenue de fournir des subsides à l'enfant durant sa minorité<sup>63</sup>. La tutelle officieuse cesse par le décès du tuteur, la majorité du pupille ou par une décision du tribunal de la jeunesse à la demande du tuteur, des personnes ayant donné leur accord à la mesure ou du procureur du Roi. Lorsque le tribunal fait droit à la demande et met fin à la tutelle, il lui est possible de supprimer ou réduire l'obligation du tuteur d'entretenir l'enfant et de le mettre en état de gagner sa vie<sup>64</sup>. Il semble qu'en Belgique, la tutelle officieuse soit essentiellement utilisée dans le cadre de l'assistance éducative.

**556 Conclusion.** Cette ancienne institution du droit français semble davantage adaptée à notre époque qu'à celle qui l'a vue naître. Dans son principe, elle apparaît comme une solution reflétant la prise en charge factuelle de l'enfant par le tiers. Contrairement à l'actuelle délégation de l'autorité parentale, l'ancienne tutelle officieuse ne donnait pas simplement lieu à un transfert de certaines prérogatives parentales, mais s'analysait comme un véritable engagement que le tiers pouvait prendre à l'égard de l'enfant. Plus qu'une reconnaissance juridique du rôle du tiers, elle était davantage sécurisante pour l'enfant qui se voyait assuré d'être nourri et entretenu jusqu'à sa majorité. Certains aspects de la tutelle officieuse pourraient servir de support dans la construction de nouvelles solutions permettant la reconnaissance de la parentalité du coparent (v. *infra*, n<sup>os</sup> 668 et s.).

Participant à la volonté de démocratiser la délégation de l'autorité parentale, la loi du 4 mars 2002 a créé une forme novatrice spécialement intéressante dans les configurations familiales plurales. Celle-ci a pour vocation de faciliter la parentalité exercée par le tiers dans les faits en partageant l'exercice des attributs de l'autorité parentale. Le délégataire peut ainsi disposer de prérogatives sans que les parents ne soient destitués de leurs droits.

---

<sup>62</sup> Art. 475 quater C. civ. belge.

<sup>63</sup> Art. 475 quinquies C. civ. belge.

<sup>64</sup> Art. 475 sexies C. civ. belge.

## *Sous-paragraphe 2. Le partage des prérogatives parentales*

**557 Démonstration.** La possibilité pour le tiers d'exercer en droit un certain nombre de prérogatives parentales apparaît comme une solution facilitant sur le plan juridique son rôle factuel auprès de l'enfant. Le droit français permet, depuis la loi du 4 mars 2002, un exercice partagé de l'autorité parentale entre le(s) parent(s) et le tiers qui s'occupe de l'enfant. Cette forme de délégation volontaire de l'autorité parentale nécessite le recours à l'autorité judiciaire **(A)**. Les législations européennes connaissent, avec des modalités différentes, le partage des prérogatives parentales entre le tiers et le parent de l'enfant **(B)**.

### A. La délégation « partage » de l'autorité parentale

**558 Raisonnement.** Selon l'article 377-1 du Code civil, tout ou partie de l'exercice de autorité parentale peut être partagé entre le père et la mère ou l'un d'eux et le délégataire<sup>65</sup>. La délégation « partage » doit obéir à de strictes conditions **(1)** en raison des effets qu'elle produit **(2)**. En tant qu'exception au principe selon lequel les parents de l'enfant exercent l'autorité parentale, cette mesure est nécessairement temporaire **(3)**. L'utilisation qui en est faite depuis sa création en 2002 incite enfin à s'interroger sur son devenir **(4)**.

#### 1. Conditions particulières de la délégation « partage »

**559 De strictes conditions.** La délégation « partage » doit être justifiée au regard de l'intérêt de l'enfant **(a)** et requiert le consentement des deux parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale **(b)**. Même si elle tend à faciliter la collaboration entre le tiers et le(s) parent(s), elle ne suppose pas l'existence d'une vie commune entre le délégant et le délégataire **(c)**. Il n'est en outre pas possible de la solliciter dans certaines situations. Elle ne peut en effet être prononcée au profit du parent de l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple **(d)**.

---

<sup>65</sup> L'article 377-1 du Code civil évoque le tiers délégataire. Il semblerait donc qu'elle ne soit possible qu'à l'égard d'un seul délégataire. Cette limitation est souhaitable.

*a. Une délégation justifiée par des circonstances particulières et par l'intérêt de l'enfant*

**560 Conditions cumulatives.** La délégation « partage » doit être justifiée « pour les besoins d'éducation de l'enfant » (art. 377-1 C. civ.). L'appréciation des besoins se fait *in concreto*. La délégation doit en outre satisfaire aux conditions de droit commun, c'est-à-dire être rendue nécessaire par certaines circonstances (v. *supra*, n° 538). Dans un arrêt du 24 février 2006, la Cour de cassation a fait droit pour la première fois à une demande émanant d'un couple homosexuel et a ainsi pu préciser les conditions de ce type de délégation<sup>66</sup>.

**561 Illustration jurisprudentielle.** Mme X. a eu deux enfants dont la filiation paternelle n'a pas été établie. Elle vit une relation stable avec Mme Y. depuis 1989 (un pacte civil de solidarité a été conclu en 1999). Elle a sollicité au profit de sa compagne une délégation et un partage de l'autorité parentale. La Cour d'appel d'Angers y a fait droit par un arrêt rendu le 11 juin 2004. Un pourvoi a été formé par le Procureur général près la Cour d'appel. Le parquet a, notamment, soulevé que les juges du fond n'avaient pas précisément caractérisé l'existence de circonstances « *avérées et prévisibles* » empêchant la mère des enfants d'exercer son autorité parentale. Selon la Cour de cassation, « *l'article 377, alinéa 1er, du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* »<sup>67</sup>. Les juges du fond ont relevé que les enfants sont épanouis, équilibrés et heureux et que le couple de Mmes X. et Y. est stable depuis de nombreuses années<sup>68</sup>. Par ailleurs, l'absence de filiation paternelle et les risques d'accidents auxquels est soumis Mme X. de par sa profession constituent les circonstances exigées par l'article

---

<sup>66</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 février 2006, Bull. civ. I, n° 101 ; AJ fam. 2006, 159, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2006, comm. n° 89, obs. MURAT P. ; D. 2006, jur., 897, note VIGNEAU D. ; *ibid.*, pan., 1148, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; *ibid.*, IR, 670, obs. GALLMEISTER I. ; *ibid.*, Point de vue, 876, FULCHIRON H. ; RTD civ. 2006, 297, obs. HAUSER J. ; RJPF-2006-4/32, obs. MULON E. ; RDSS 2006, 578, note NEIRINCK C. ; JCP 2006, I, 199, n° 16, obs. REBOURG M. ; BOURGAULT-COUDEVYILLE D., RLDC 2006, n° 27, 2056.

<sup>67</sup> En évoquant l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour de cassation semble faire référence à la Convention de New York *relative aux droits de l'enfant* du 26 janvier 1990 dont l'article 3-1 est d'application directe depuis un arrêt du 18 mai 2005 (v. *supra*, n° 9).

<sup>68</sup> Les enfants bénéficient « *de l'amour, du respect, de l'autorité et de la sérénité nécessaires à leur développement* ».

377 du Code civil. Il est ainsi dans l'intérêt des enfants que l'autorité parentale soit partiellement déléguée à Mme Y<sup>69</sup>. La Cour de cassation pose ici clairement les deux conditions indispensables au prononcé d'une délégation : elle doit être nécessaire au vu des circonstances et conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. En contrôlant de façon extrêmement précise la motivation des juges du fond, eu égard aux éléments de l'espèce, la Haute juridiction souligne que la délégation « partage » doit remplir les conditions de droit commun de la délégation de l'autorité parentale et qu'elle ne peut être permise que dans des circonstances particulières. Ces critères d'appréciation démontrent le caractère exceptionnel de la mesure, même si elle n'a pas pour effet de priver le parent délégant de l'exercice de ses prérogatives parentales.

**562 Réflexion sur la suppression de la condition tenant aux circonstances particulières.** Il a été soutenu que subordonner la délégation « partage » à l'existence de circonstances particulières est inadapté à sa finalité : faciliter la prise en charge quotidienne de l'enfant par le tiers sans destituer le parent de l'exercice de l'autorité parentale<sup>70</sup>. Aussi a-t-il été souhaité que la condition tenant aux circonstances visée à l'article 377 soit spécifiquement appréciée<sup>71</sup>. Il est vrai que, dans la mesure où la délégation ne prive pas le parent délégant de ses droits, le contrôle judiciaire de sa justification, eu égard aux besoins éducatifs de l'enfant, pourrait être un filtre suffisant. Au vu de la jurisprudence, on peut cependant remarquer que les juges du fond sont moins exigeants même s'ils vérifient dans chaque cas d'espèce les circonstances invoquées au soutien de la demande. L'absence récurrente du parent à son domicile pour des raisons professionnelles peut ainsi justifier le partage de certaines prérogatives parentales avec le tiers permettant à celui-ci de s'occuper de l'enfant pendant l'éloignement du parent<sup>72</sup>. Mais cela n'est pas toujours le cas. En ce sens, le Tribunal de grande instance de Paris a refusé de faire droit à une demande de

---

<sup>69</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 février 2006 : « que l'absence de filiation paternelle laissait craindre qu'en cas d'événement accidentel plaçant la mère, astreinte professionnellement à de longs trajets quotidiens, dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, Mme Y... ne se heurtât à une impossibilité juridique de tenir le rôle éducatif qu'elle avait toujours eu aux yeux de Camille et de Lou ».

<sup>70</sup> Serait-il opportun que la délégation « partage » existe de façon autonome et que le parent puisse s'affranchir de la preuve de l'existence de difficultés pour lui à exercer son autorité parentale ? V. notamment en ce sens, GOUTTENOIRE A. et FULCHIRON H., Répertoire civil Dalloz, *Autorité parentale*, préc., n° 286.

<sup>71</sup> En ce sens, GOUTTENOIRE A., Dalloz *Action Droit de la famille*, préc., n° 232.341.

<sup>72</sup> V. en ce sens, TGI Lille, 11 décembre 2007, Juris-data 2007-362403 ; AJ fam. 2008, 119, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2008, 290, obs. HAUSER J. ; JCP éd. G 2009, I, 102, n° 8, obs. GOUTTENOIRE A.

délégation « partage » alors même que la mère, journaliste, fait de fréquents voyages à l'étranger<sup>73</sup>. La maladie du parent peut également justifier la délégation « partage »<sup>74</sup>. De même, les risques d'indisponibilité de la mère et la mise en place d'une résidence alternée ont pu être pris en considération<sup>75</sup>. Selon les juges, l'ex-compagne de la mère doit être en mesure de prendre toutes les décisions nécessaires à l'intérêt de l'enfant lorsque ce dernier est à son domicile ou lorsqu'ils partent en vacances ensemble, notamment à l'étranger.

Ces circonstances sont particulières, sans pour autant être exceptionnelles<sup>76</sup>. L'appréciation des conditions particulières justifiant la délégation semble donc amoindrie lorsqu'une délégation « partage » est sollicitée. « *Une telle formulation légale paraît donc ne pas avoir d'autre utilité que de créer une obligation processuelle et de rappeler – ce qui n'a vraiment rien d'original en la matière – que l'intérêt de l'enfant est la mesure de la décision* »<sup>77</sup>. Il ne semble donc pas pour l'heure opportun de modifier cette condition. Le partage des prérogatives parentales avec un tiers n'ayant aucun lien de droit avec l'enfant doit être justifié par des circonstances particulières et notamment lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement par les parents. Cela s'explique par le caractère exclusif de l'autorité parentale. Le pouvoir d'appréciation des magistrats permet de s'assurer que la mesure est adaptée à la situation familiale et à l'intérêt de l'enfant.

**563 Couples homosexuels.** En supprimant la condition tenant à la remise de l'enfant, le législateur n'imaginait pas que la délégation « partage » de l'autorité parentale serait prononcée majoritairement au profit des compagnes homosexuelles des mères<sup>78</sup>. Cette

---

<sup>73</sup> TGI Paris, 2 avril 2004, AJ fam. 2004, 453, obs. CHENEDE F. ; JCP éd. G, 2005, I, 116, n° 5, RUBELLIN-DEVICHI J.

<sup>74</sup> CA Lyon 24 janvier 2006, préc. : la mère de l'enfant était atteinte d'un diabète insulinodépendant engendrant parfois de longues hospitalisations. V. également, TGI Nice, 8 juillet 2003, AJ fam. 2004, 453, obs. CHENEDE F.

<sup>75</sup> TGI Lille, 18 décembre 2007, Juris-data n° 2007-355272, Dr. fam. 2008, comm. n° 58, note MURAT P. ; JCP éd. G 2009, I, 102, n° 8, obs. GOUTTENOIRE A.

<sup>76</sup> V. en ce sens, VIGNEAU D., note préc. : « *dans notre société où dominent la rareté et la mobilité du travail, l'éloignement professionnel n'a vraiment plus rien d'exceptionnel. Quant à l'éventualité d'un événement accidentel, elle est hélas le lot de chacun* ».

<sup>77</sup> MURAT P., note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 février 2006, préc.

<sup>78</sup> Sur une délégation de l'autorité parentale demandé par le compagnon de l'adoptant, v. TGI Grenoble, 28 janvier 2008, AJ fam. 2008, 476, note CHENEDE F. En l'espèce, M. X. a adopté seul un enfant en 2007. Son compagnon, M. Y. a demandé une délégation « partage » de l'autorité parentale quelque mois après le prononcé de l'adoption. Le juge aux affaires familiales de Grenoble a fait droit à sa demande en relevant qu'il est « *de l'intérêt de l'enfant que M. Y. qui élève, de fait, l'enfant avec M. X. puisse participer aux décisions relatives à l'enfant* ».

mesure était en principe destinée aux familles recomposées « classiques »<sup>79</sup>. A l'heure actuelle, elle est dans une large proportion sollicitée par des couples homosexuels désireux de voir juridiquement consacré le rôle parental que l'un exerce auprès de l'enfant de l'autre. Il s'agit pour eux de l'unique solution permettant de reconnaître la prise en charge factuelle du coparent homosexuel. Ceci a pu faire dire à un auteur que « *lorsqu'une forteresse est inaccessible par la porte, il reste à tenter une incursion par les fenêtres* »<sup>80</sup>. Les couples hétérosexuels se tournent davantage vers les filiations de complaisance ou l'adoption qui permettent de constituer plus solidement et plus facilement une cellule familiale. En fondant l'opportunité du prononcé de la délégation sur la seule considération de l'intérêt de l'enfant sans se référer à l'orientation sexuelle du délégant et du délégataire, la Cour de cassation a reconnu sur le plan juridique ce que certains appellent l'« homoparentalité ». L'identité de sexe n'est pas un obstacle à la délégation « partage ». Dans son arrêt du 24 février 2006, la Cour de cassation s'est expressément saisie de la question en soulevant d'office ce moyen. Le paroxysme de la consécration des liens existant entre l'enfant et la partenaire de la mère a été atteint par un jugement du Tribunal de grande instance de Lille du 12 décembre 2007 qui a admis une délégation croisée de l'autorité parentale<sup>81</sup>. Chacune des femmes formant le couple avait eu recours à une insémination artificielle avec donneur en Belgique<sup>82</sup>. En 1998, un garçon est né suivi en

---

<sup>79</sup> V. cependant, CA Nîmes, 15 juin 2005, Juris-data n° 2005-282297 : les prérogatives parentales sont partagées entre la mère et son mari qui s'occupe depuis dix ans des enfants que celle-ci a eu avec un autre homme. Il apparaît que « *sa fermeté, les liens affectifs noués avec les enfants et le couple parental stable qu'il forme avec Mme B ont permis aux enfants de se structurer et d'avoir des repères* ». Le père des enfants n'a exercé qu'une fois son droit de visite depuis sa séparation avec la mère. En outre, il ne les a jamais traités de la même façon que ses enfants légitimes provoquant chez eux des troubles psychologiques. L'exercice de l'autorité parentale est alors confié à la mère qui la partage avec son mari. Aucun droit de visite n'est accordé au père.

<sup>80</sup> VIGNEAU D., note préc.

<sup>81</sup> TGI Lille, 11 décembre 2007, préc.

<sup>82</sup> Il convient de souligner que dans les différentes décisions rendues, il n'a jamais été soulevé les circonstances illicites ayant conduit à la conception de l'enfant. Un certain nombre de couples homosexuels a eu recours à une aide médicale à la procréation avec tiers donneur, interdite sur le territoire français (TGI Lille, 18 décembre 2007, préc. ; TGI Lille, 11 décembre 2007, préc. ; TGI Paris, 2 juillet 2004, préc...). « *L'interprétation extensive des articles 377 et 377-1 du Code civil par la Cour de cassation ne risque-t-elle pas de ruiner indirectement les prévisions du législateur en donnant plein effet à des situations éventuellement construites sur des pratiques illicites ? La délégation de l'autorité parentale ne sera-t-elle pas perçue comme un moyen de contourner la loi, voire un encouragement à le faire ?* » (VIGNEAU D., note préc. ; en ce sens également, COURBE P., *op. cit.*, n°1080). L'absence de prise en compte du caractère illicite de l'aide médicale à la procréation peut s'expliquer par le fait qu'il s'agit d'une demande de reconnaissance d'une parentalité exercée quotidiennement auprès de l'enfant. Par ailleurs, le caractère provisoire de la mesure et sa conformité avec l'intérêt de l'enfant peuvent également justifier la bienveillance de la Cour de cassation et des juges du fond.

2003 par une fille. A par la suite été sollicitée une délégation de l'autorité parentale en faveur de chacune des concubines sur l'enfant de l'autre. Le Tribunal a fait droit aux deux demandes donnant ainsi un support juridique aux relations de type parental qu'elles entretiennent dans les faits avec l'enfant de l'autre. Il a été toutefois interjeté appel contre cette décision. Dans un arrêt du 11 décembre 2008, la Cour d'appel de Douai a infirmé le jugement aux motifs qu'aucune circonstance particulière ne justifiait le partage des prérogatives parentales<sup>83</sup>.

Outre la nécessité d'être justifiée par des circonstances particulières et être conforme à l'intérêt de l'enfant, la délégation « partage » suppose le consentement des deux parents lorsqu'ils exercent ensemble l'autorité parentale.

*b. L'accord de l'autre parent en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale*

**564 Protection des droits de l'autre parent.** Même s'il est prévu par la loi qu'elle peut être demandée par un seul des parents, la délégation « partage » requiert obligatoirement le consentement de l'autre en tant qu'il exerce l'autorité parentale. Cette disposition a vocation à empêcher l'un des parents de partager l'exercice de l'autorité parentale avec son nouveau conjoint ou concubin en s'affranchissant de l'accord du second parent. La demande peut n'émaner que de l'un des parents dans les hypothèses de parenté unilinéaire, de décès, d'absence, d'incapacité<sup>84</sup>, de retrait ou d'exercice unilatéral de l'autorité parentale. Dans cette dernière hypothèse, le délégataire doit prévenir l'autre parent conformément à l'article 373-2-1 *in fine* qui impose son information quant à tout choix concernant la vie de l'enfant. De plus, les père et mère doivent tous deux être appelés à l'instance<sup>85</sup>.

**565 Interrogation.** L'exigence de l'accord de l'autre parent est à saluer dans la mesure où le partage de certaines prérogatives parentales suppose un consensus. Comment imaginer qu'une délégation soit efficace et conforme à l'intérêt de l'enfant si l'un de ses

---

<sup>83</sup> CA Douai, 11 décembre 2008, *Un couple homosexuel se voit refuser l'autorité parentale*, Le Monde, 12 décembre 2008.

<sup>84</sup> Le parent incapable n'est privé de l'exercice de l'autorité parentale que lorsqu'il est hors d'état de manifester sa volonté (v. *supra*, n° 173).

<sup>85</sup> Art. 377 C. civ.

parents s'y oppose ? Cependant, ne pas imposer le consentement du parent qui est provisoirement privé de l'exercice de l'autorité parentale peut paraître étonnant<sup>86</sup>. S'il est logique que le parent qui s'est vu retirer ses droits parentaux n'ait pas à y consentir<sup>87</sup>, ne pas subordonner la délégation de l'autorité parentale à l'accord de celui qui en reste titulaire mais ne l'exerce pas peut susciter des difficultés. D'une part, il dispose encore d'un certain nombre de prérogatives (droit de surveillance et d'éducation, droit de visite et d'hébergement) pouvant entrer en conflit avec celles du délégataire<sup>88</sup>. D'autre part, qu'advierait-il s'il recouvrait l'exercice de l'autorité parentale ? Il faudrait dans cette situation que l'opportunité du partage soit à nouveau appréciée par le juge.

*c. L'indifférence de l'existence d'une vie de couple entre le délégant et le délégataire*

**566 Illustrations jurisprudentielles.** L'absence de vie commune entre le délégant et le délégataire n'est pas un obstacle au prononcé de la mesure. Il a déjà été jugé qu'un partage des prérogatives parentales pouvait être autorisé alors même que le parent et le tiers s'étaient séparés<sup>89</sup>. Mme L. et Mme D. ont vécu en couple pendant dix années et se sont engagées dans un pacte civil de solidarité en 2001. Mme L. a donné naissance en 2003 à une fille née grâce à un don de sperme réalisé en Belgique. En 2005, le couple s'est séparé, mais l'enfant a continué à être élevé par sa mère et son ex-compagne. Sa résidence a été fixée amiablement en alternance au domicile de chacun d'entre elles une semaine sur deux. Selon le juge aux affaires familiales de Lille, il n'est « *pas indispensable que la communauté de vie qui a existé entre Mme L. et Mme D. persiste pour que leur demande soit recevable* » dans la mesure où la délégation de l'autorité parentale est conforme à l'intérêt de l'enfant.

---

<sup>86</sup> En ce sens également, AUTEM D., art. préc.

<sup>87</sup> Dans la mesure où il est privé de son droit à consentir à l'adoption de l'enfant, il est normal qu'il n'ait pas à donner son accord à la délégation de l'autorité parentale.

<sup>88</sup> En cas d'opposition à la demande de délégation par le parent n'exerçant pas l'autorité parentale, le juge devrait bénéficier d'une marge de manœuvre lui permettant d'apprécier la situation au regard de l'intérêt de l'enfant, v. en ce sens, FULCHIRON H. et GOUTTENOIRE A., Répertoire civil Dalloz, préc., n° 304.

<sup>89</sup> TGI Lille, 18 décembre 2007, préc.

De même, une délégation « partage » a pu être sollicitée par le père au décès de la mère qui vivait avec le tiers délégataire<sup>90</sup>. De la relation de Mme X. et M. Z. sont nés deux enfants. Mme X. a ensuite partagé sa vie avec Mme Y. A son décès, en 2005, sa compagne a recueilli les enfants et les a pris en charge. M. Z. et Mme Y. ont par la suite saisi le juge aux affaires familiales par une requête conjointe en vue d'une délégation partielle de l'autorité parentale qui leur a été accordée. La tante maternelle des enfants, qui avait initialement demandé à être désignée comme tuteur, s'y est opposée au motif qu'elle devait être préférée à l'ancienne compagne de la mère. Les juges du fond ont considéré qu'il est davantage dans l'intérêt des enfants que la délégation de l'autorité parentale soit prononcée en faveur de l'ancienne compagne de la mère à l'égard de laquelle ils n'ont pourtant aucun lien de parenté. La tante a formé un pourvoi en alléguant que le tiers délégataire doit être choisi par préférence dans la parenté de l'enfant. Selon la Cour de cassation, « aucune disposition légale n'impose au juge de choisir par priorité parmi les membres de la famille, le tiers à qui il délègue tout ou partie de l'autorité parentale ; (qu') il lui appartient seulement de rechercher si les circonstances exigent une telle délégation et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ». Les juges du fond ont pu effectivement privilégier l'ex-compagne de la mère dans la mesure où ils ne peuvent désigner un tiers autre que celui choisi par le parent (v. *supra*, n° 540). La délégation était en outre justifiée par des circonstances particulières et conforme à l'intérêt des enfants<sup>91</sup>.

*d. L'incompatibilité de la délégation « partage » avec l'adoption simple*

**567 Problématique.** L'adoption simple est inadaptée aux configurations familiales plures dès lors que le parent n'est pas marié à l'adoptant. Les droits relatifs à l'autorité

---

<sup>90</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 avril 2008, n° 07-11273, Bull. civ. I, n° 106 ; AJ fam. 2008, 250, note CHENEDE F. ; Defrénois 2008, 1846, note MASSIP J. ; GP 2008, n° 330, p. 39, note MULON E. ; D. 2008, 1410, note LUXEMBOURG F. ; JCP éd. G 2008, IV, 1952 ; JCP éd. G 2009, I, 102, n° 9, obs. REBOURG M. ; RTD civ. 2008, 470 note HAUSER J. ; Dr. fam. 2008, comm. n° 101, note MURAT P. ; RJPF-2008-6/39, note CORPART I.

<sup>91</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 avril 2008, préc. : « qu'ayant relevé que les enfants résidaient depuis le décès de leur mère au domicile de la personne qui avait été désignée par cette dernière pour les prendre en charge en cas de décès, qu'ils entretenaient des liens de proximité et d'affection avec cette personne qui faisait partie de leur vie depuis leur plus jeune âge, (...) que leur situation auprès de Mme Y..., dotée de capacités éducatives et affectives, constituait un repère stable puisque les enfants avaient toujours vécu dans la région de Montpellier, la cour d'appel, sans prendre uniquement en considération le souhait exprimé par les enfants, a pu décider qu'il était de l'intérêt de ceux-ci de fixer leur résidence chez Mme Y... et de déléguer partiellement à celle-ci l'exercice de l'autorité parentale dont M. Z... était seul titulaire et de le partager entre eux ».

parentale sont transférés à celui-ci ayant pour effet de priver le parent de leur exercice (v. *supra*, n<sup>os</sup> 390 et s.). Le recours à une délégation de l'autorité parentale pourrait dans cette hypothèse lui permettre de recouvrer une partie de ses prérogatives qu'il exercerait alors conjointement avec l'adoptant délégant. Ceci conduirait indirectement à contourner les dispositions de l'article 365 du Code civil. Certaines juridictions du fond ont accepté la délégation « partage » de l'autorité parentale entre l'adoptante et la mère qui avait perdu l'exercice de l'autorité parentale suite à l'adoption simple de l'enfant par sa partenaire<sup>92</sup>. Mais par deux arrêts rendus le 20 février 2007, la Cour de cassation a considéré que la délégation de l'autorité parentale est « *antinomique et contradictoire* » avec l'adoption simple qui a pour effet de transférer l'autorité parentale au seul adoptant<sup>93</sup>. Le partage des prérogatives parentales avec le parent de naissance qui en est destitué du fait de l'adoption serait contraire à cette finalité. Le montage ainsi sollicité par les requérantes est impossible (v. *supra*, n<sup>o</sup> 448). Cette solution est à saluer dans la mesure où le partage des prérogatives parentales ne permet pas de protéger l'enfant et son parent par le sang. Du fait de l'adoption, celui-ci perd toute primauté et dépend entièrement de la volonté de l'adoptant. En cas de conflit entre le délégant et le délégataire, la délégation pourrait être supprimée et le parent de l'enfant ne pourrait alors se prévaloir que de très peu de droits.

**568 Conclusion.** Malgré la volonté de faciliter sur le plan juridique le rôle du coparent, le prononcé de la délégation « partage » est subordonnée à un certain nombre de conditions. La délégation opère un transfert et un partage des prérogatives parentales à l'égard d'un tiers qui, dans la majorité des cas, n'a pas lien de parenté avec l'enfant. Elle doit donc être justifiée au regard de l'intérêt de l'enfant et de circonstances particulières. Le consentement du parent qui exerce l'autorité parentale est une condition de la pérennité de sa mise en œuvre. Elle ne peut être prononcée en toutes circonstances et notamment pour pallier les effets d'une adoption simple. Les conditions de la délégation de l'autorité parentale s'expliquent par l'étendue de ses effets.

---

<sup>92</sup> V. par exemple TGI Paris, 2 juillet 2004, AJ fam. 2004, 361, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2005, 116, note HAUSER J. ; Dr. fam. 2005, comm. n<sup>o</sup> 4, note MURAT P.

<sup>93</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 février 2007 (2 arrêts), n<sup>os</sup> 04-15676 et 06-15647, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 70 et n<sup>o</sup> 71 ; Dr. fam. 2007, comm. n<sup>o</sup> 80, note MURAT P. ; D. 2007, 721, note DELAPORTE-CARRE C. ; *ibid.*, jur., 1047, note VIGNEAU D. ; *ibid.*, chron., 891, obs. CHAUVIN P. ; *ibid.*, pan., 1460, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. et *ibid.*, pan., 1561, obs. LEMOULAND J.-J. et VIGNEAU D. ; AJ fam. 2007, 182, note CHENEDE F. ; RTD civ. 2007, 325, obs. HAUSER J. ; GAJ, n<sup>o</sup> 53-55.

## 2. Effets de la délégation « partage » de l'autorité parentale

**569 Détermination.** L'étendue des droits pouvant être partagés par le délégant et le délégataire n'est pas envisagée par la loi, mais doit résulter du jugement (a). Il convient de déterminer quelles catégories d'actes peuvent être partagées entre le tiers et le(s) parent(s) (b).

### a. L'étendue de la délégation « partage »

**570 Étendue.** Conformément au droit commun, la délégation peut être partielle ou totale. Lorsqu'elle est partielle, elle porte sur les attributs spécifiés dans le jugement. Lorsqu'elle est totale, l'ensemble des prérogatives parentales sont transférées au délégataire, à l'exception du droit de consentir à l'adoption (art. 377-3 C. civ.). Une délégation totale débouche-t-elle sur un exercice conjoint de l'autorité parentale par le(s) délégant(s) et le délégataire ? Autoriser un partage complet de l'ensemble des droits découlant de l'autorité parentale reviendrait à en modifier entièrement la physionomie. En effet, l'attribution de l'autorité parentale découle du lien de filiation et est, de ce fait, caractérisée par l'exclusivité. L'exercice par le tiers de certaines prérogatives est autorisé, mais cela tend généralement à compenser la défaillance parentale. En ce sens, la délégation « partage » doit être nécessitée par des circonstances particulières. « *Compte tenu des motivations ayant justifié la délégation, on peut considérer qu'elle confère des pouvoirs supplétifs au délégataire qui ne serait appelé à les exercer qu'en cas d'empêchement de la mère* »<sup>94</sup>. La jurisprudence est partagée sur ce point. Certaines décisions vont, semble-t-il, jusqu'à évoquer un véritable exercice conjoint de l'autorité parentale<sup>95</sup>. Dans la mesure où la délégation « partage » n'est requise que pour les besoins de l'éducation de l'enfant, elle devrait en principe n'être que partielle<sup>96</sup>.

**571 Absence d'indication.** Lorsque la délégation est partielle, les droits sur lesquels elle porte devraient être précisés dans le jugement. Par exemple, les juges du fond peuvent prévoir dans leur décision que la délégation ne porte que sur les actes usuels concernant l'enfant<sup>97</sup>. Un défaut d'indications risque en pratique de provoquer des difficultés.

<sup>94</sup> GOUTTENOIRE A., Dalloz Action, préc., 232.345.

<sup>95</sup> TGI Nice, 8 juillet 2003, 7 avril 2004 et 30 juin 2004, préc.

<sup>96</sup> En ce sens également, AUTEM D., Lamy Droit des personnes et de la famille, préc., n° 456-83.

<sup>97</sup> CA Lyon, 24 janvier 2006, préc.

Pourtant, dans son arrêt du 24 février 2006, la Cour de cassation a approuvé la délégation partielle de l'autorité parentale au profit de la compagne de la mère, alors même que la Cour d'appel n'avait pas précisé les prérogatives partagées, ni limité la délégation aux besoins éducatifs de l'enfant. Selon la Haute juridiction, l'absence de toute indication relativement aux éléments délégués dans le jugement n'équivaut pas à une délégation totale<sup>98</sup>. Comme l'a soulevé un auteur, « *si on veut bien croire sur parole l'affirmation, on peine toutefois à la comprendre : comment la délégation peut-elle n'être que partielle si aucune restriction n'est mentionnée au jugement et comment une mise en œuvre de la décision est-elle concrètement possible ? D'ailleurs, il est parfois logiquement enseigné que, faute de précision, la délégation est nécessairement totale* »<sup>99</sup>. Selon la Cour de cassation, il n'est pas nécessaire que les droits partagés soient précisés dans le jugement et l'absence de limitation ne signifie pas qu'il s'agisse d'une délégation totale. Ne faudrait-il pas voir dans l'attendu de la Cour de cassation, une formulation d'opportunité. L'arrêt de la Cour d'appel aurait effectivement dû subir sa censure mais cela aurait pu être assimilé à un refus de principe opposé aux couples homosexuels. Cette solution doit être critiquée puisqu'elle s'avérerait impraticable dans les faits. En l'absence de limitation dans la décision, une délégation « partage » devrait, nous semble-t-il, être restreinte aux besoins d'éducation de l'enfant.

**572 Les besoins d'éducation de l'enfant.** L'autorité parentale se compose des droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Ils sont relatifs à sa résidence, sa surveillance, sa santé et son éducation (scolaire, professionnelle et religieuse). Le partage devrait en principe se cantonner aux droits parentaux se rattachant aux besoins d'éducation. On peut s'interroger sur ce que recouvrent « *les besoins d'éducation de l'enfant* ». Il semble qu'il faille entendre cette expression dans une acception large<sup>100</sup>. On peut supposer qu'elle s'assimile à la notion d'« *acte usuel relatif à l'éducation et à la surveillance* » de l'article 373-4 du Code civil (v. *infra*, n° 620). L'article 372-2 du Code

---

<sup>98</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 février 2006, préc. Selon le moyen du pourvoi, le défaut d'indication des prérogatives parentales partagées équivalait à une délégation totale de l'autorité parentale. Or si le juge est saisi d'une demande de délégation partielle, il ne peut pas prononcer une délégation totale. Doit être respectée la volonté parentale. De ce fait, les juges du fond avaient rendu une décision en contradiction avec la demande. V. en ce sens, VIGNEAU D., note préc.

<sup>99</sup> MURAT P., note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 février 2006, préc.

<sup>100</sup> En ce sens, AUTEM D., Lamy *Droit des personnes et de la famille*, préc., n° 456-83.

civil prévoit une présomption d'accord entre les parents : « à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». L'article 377-1 du Code civil renvoie à l'article 372-2. Ainsi, le(s) délégrant(s) ou le déléataire effectuant seul des actes usuels de l'autorité parentale est réputé agir avec l'accord de l'autre. Il nous semble, qu'à défaut de précision dans la décision, seule cette catégorie d'actes devrait pouvoir faire l'objet du partage. Une solution contraire serait, en tout état de cause inopposable aux tiers dans la mesure où elle ne résulte pas du jugement et qu'elle ne serait pas couverte par la présomption de pouvoir. Si l'on considère que la délégation « partage » a pour finalité de permettre au tiers d'épauler le(s) parent(s), on peut tenter de déterminer quels droits devraient en principe pouvoir faire l'objet du partage.

*b. La détermination des droits pouvant être partagés*

**573 Droits sur la personne de l'enfant.** Le Code civil ne définit pas les notions d'actes graves ou d'actes usuels. Un acte usuel est un acte de la vie courante, sans gravité « *qui n'engage pas l'avenir de l'enfant* »<sup>101</sup>. L'acte doit être apprécié au regard des pratiques antérieures des parents. Ainsi, un acte qui pourrait s'analyser comme grave peut n'être que simplement usuel s'il a déjà été accompli par le passé. Peuvent en premier lieu être effectués au titre des actes usuels, les demandes administratives qui n'engagent pas l'avenir de l'enfant (demande de carte d'identité, de passeport, de diplôme)<sup>102</sup>. A l'inverse, la fixation de la résidence de l'enfant ne peut être assimilée à un acte usuel et ne devrait de ce fait entrer dans le partage. Le devoir de surveillance devrait pouvoir être exercé par le tiers, la surveillance de l'enfant faisant partie de son éducation. Le droit de choisir sa religion est trop grave pour pouvoir être exercé par le déléataire. La décision doit être prise par les père et mère en tant qu'ils exercent l'autorité parentale<sup>103</sup>. Le tiers déléataire

---

<sup>101</sup> BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 489. Cette définition se vérifie par une interprétation *a contrario* de la définition donnée aux actes graves par l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers. Il s'agit des actes engageant « *l'avenir de l'enfant, notamment quant à sa santé ou à son éducation, ou qui touchent à ses droits fondamentaux* ». Art. 372-2 al. 2 nouveau C. civ., MIRKOVIC A., *Avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers*, AJ fam. 2008, 428.

<sup>102</sup> *Ibid.* L'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers prévoit que la délivrance d'un titre d'identité ou de transport requiert l'autorisation des deux parents, GEBLER L., *La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques*, AJ fam. 2009, 150.

<sup>103</sup> Celui qui est privé de l'exercice doit être informé du choix et peut saisir le juge aux affaires familiales en cas de désaccord (art. 373-2-1, al. 3 et 373-2-8 C. civ.).

ne pourrait donc que mettre en œuvre les décisions arrêtées par les parents en matière de religion. Pour la même raison, le choix relatif à l'arrêt des études ne devrait appartenir qu'aux père et mère. Mais la réinscription de l'enfant dans son établissement scolaire ou dans un établissement équivalent est un acte usuel<sup>104</sup>. Il en va de même pour une participation au conseil de classe, une autorisation pour une sortie scolaire ou une inscription dans un club sportif. S'agissant de la santé de l'enfant, une grande place est réservée au consentement des parents. Ces derniers reçoivent l'information relative à son état de santé, aux investigations, traitements ou actions de prévention envisageables et prennent les décisions qui s'imposent le cas échéant<sup>105</sup>. Le Code de la santé publique vise expressément les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur. Or, le tiers délégataire ne peut être assimilé ni à l'un, ni à l'autre. S'il exerce une partie des prérogatives parentales, il n'en acquiert pas la titularité qui continue d'appartenir aux seuls parents de l'enfant (sauf mesure de retrait de l'autorité parentale). Il ne devient pas non plus le tuteur de l'enfant. Si l'on s'en tient aux termes stricts du Code de la santé publique, le délégataire ne pourrait pas prendre de décision concernant la santé de l'enfant. Peut-être convient-il d'opérer une distinction entre les actes graves (traitement lourd, opération...) et moins graves (vaccination, visite de routine chez le pédiatre, le dentiste, l'ophtalmologiste...). Dans la mesure où ces derniers peuvent être effectués par un seul des parents, ils pourraient être délégués au tiers. Le délégataire aurait-il le pouvoir d'autoriser l'admission de l'enfant à l'hôpital ? La réponse doit être positive dans l'hypothèse d'une situation d'urgence nécessitant l'hospitalisation immédiate de l'enfant ou lorsque les parents sont injoignables<sup>106</sup>. La circoncision de l'enfant n'est pas assimilée à un acte usuel<sup>107</sup>. Il ne peut de ce fait être autorisé par le délégataire seul.

**574 La gestion des biens de l'enfant.** S'agissant des actes relatifs aux biens de l'enfant, plusieurs distinctions sont à opérer. La gestion des biens de l'enfant se fait par un système de représentation en raison de son incapacité<sup>108</sup>. Les dispositions qui y sont relatives ont

---

<sup>104</sup> A l'inverse l'inscription de l'enfant dans un établissement privé alors que sa scolarité s'est jusqu'à présent effectuée dans un établissement public constitue un acte grave.

<sup>105</sup> Art. L 1111-1 et s. CSP.

<sup>106</sup> V. en ce sens, art. L 1111-4 CSP.

<sup>107</sup> CA Lyon, 25 juillet 2007, RTD civ. 2008, 99, note HAUSER J. ; JCP éd. G 2008, IV, 1028.

<sup>108</sup> FOSSIER T., Dalloz *Action Droit de la famille*, MURAT P. (Dir.), 4<sup>ème</sup> éd., 2008-2009, *Représentation et administration légale*, n° 234.21 et s. Le mineur dispose cependant d'un certain nombre de prérogatives qu'il peut exercer seul (Art. 389-3 C. civ.) : à partir de seize ans, il a le droit de prévoir par testament la

fait l'objet de modifications par la loi du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs*, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Les règles principales ont été maintenues. Les représentants légaux, désignés par la loi, agissent pour le compte de l'enfant et l'engagent par leurs actes. Mais ils ne peuvent exercer que les prérogatives dont le mineur est titulaire<sup>109</sup>. Les parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale ont vocation naturelle à administrer et à jouir des biens de l'enfant<sup>110</sup>. Lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, l'administration légale, dite alors pure et simple, leur appartient à tous deux<sup>111</sup>. Selon la catégorie d'actes à accomplir, la décision peut être prise par un seul des parents ou nécessite le consentement de chacun<sup>112</sup>. A ce titre, peuvent être accomplis seuls, les actes conservatoires ou d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine<sup>113</sup>. Les actes de disposition requièrent le commun accord des administrateurs légaux de l'enfant<sup>114</sup>. Lorsque l'un des parents est décédé ou si l'autorité parentale est exercée unilatéralement, l'administration légale des biens de l'enfant se fait sous contrôle judiciaire<sup>115</sup>. Le parent qui l'exerce seul peut accomplir, sans avoir à consulter le juge des tutelles, tout acte conservatoire ou d'administration. A l'inverse, l'accomplissement d'un acte de disposition suppose une autorisation judiciaire<sup>116</sup>. Selon certains auteurs, le tiers délégataire ne peut pas participer à l'administration des biens de l'enfant<sup>117</sup>. En ce sens, l'article 377-1 du Code civil ne renvoie pas à la présomption de pouvoirs de l'article 389-4. En tout état de cause, il est certain que ne pourraient être délégués les droits nécessitant le commun accord des parents. Le tiers délégataire ne pourrait procéder qu'à des actes

---

transmission des biens représentant la moitié de la quotité disponible (art. 904 C. civ.), de signer un contrat de travail dès la fin de l'obligation scolaire, (soit seize ans, art. L 131-1 C. éduc.), d'être mandataire (art. 1990 C. civ.), d'accomplir des actes patrimoniaux relevant de la vie courante (c'est-à-dire proportionnés à ses moyens, conformes à ses habitudes de vie et à celles de sa famille et conformes à sa maturité), d'avoir un compte bancaire...

<sup>109</sup> *Ibid.*, n° 234.13.

<sup>110</sup> Art. 382 et 383 C. civ.

<sup>111</sup> Art. 383 C. civ.

<sup>112</sup> La nature des différents actes est fixée selon le nouvel article 496 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009) du Code civil par décret en Conseil d'État.

<sup>113</sup> Nouvel art. 504 C. civ., entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009 (actes que le tuteur peut accomplir sans autorisation). A l'égard des tiers, l'administrateur légal est réputé avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes que le tuteur peut accomplir sans autorisation (art. 389-4 C. civ.).

<sup>114</sup> Art. 389-5 C. civ. A défaut d'accord entre les parents, le juge des tutelles doit autoriser l'acte.

<sup>115</sup> Art. 389 et 389-2 C. civ.

<sup>116</sup> L'article 389-6 du Code civil se réfère aux actes que le tuteur ne peut faire qu'avec une autorisation. Selon l'article 509 du Code civil, le tuteur ne peut accomplir d'actes de disposition sans l'accord du conseil de famille ou du juge des tutelles.

<sup>117</sup> NEIRINCK Cl., J-Cl. Civil Code, Art. 371 à 387, *Autorité parentale*, fasc. 30, 2004, n° 119.

conservatoires ou d'administration au nom de l'enfant. Mais en l'absence de précision dans la décision judiciaire, l'exercice par le délégataire de droits relatifs au bien de l'enfant serait difficile à mettre en œuvre en raison de l'inapplicabilité de l'article 389-4 du Code civil.

**575 Résolution des conflits.** Le juge aux affaires familiales peut être saisi lorsque l'exercice de l'autorité parentale par le ou les parent(s) et le délégataire engendre des difficultés<sup>118</sup>. Il tranche les conflits conformément à l'article 373-2-11 du Code civil, c'est-à-dire en tenant compte des pratiques ou accords antérieurs des parents, des sentiments exprimés par l'enfant, de l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et à respecter les droits de l'autre, des résultats éventuels d'expertises, d'enquêtes et contre-enquêtes sociales.

**576 Responsabilité civile du tiers.** Le tiers peut-il être tenu responsable des agissements de l'enfant du fait de la délégation « partage ? Dans la mesure où les parents ne sont pas destitués de l'exercice de l'autorité parentale, la responsabilité du délégataire ne peut pas être recherchée sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil. En effet, selon cet article, « *le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* ». Dans l'hypothèse de la délégation « partage », l'enfant continue généralement à résider chez son parent avec le tiers<sup>119</sup>. On peut s'interroger sur la condamnation du tiers sur le fondement de la responsabilité générale du fait d'autrui<sup>120</sup>. La jurisprudence est en principe peu favorable à la condamnation du tiers, personne physique, lorsqu'il n'a que de pouvoirs factuels sur l'enfant<sup>121</sup>. L'octroi de l'exercice d'une partie des prérogatives parentales pourrait-elle fonder la condamnation du délégataire dans la mesure où celui-ci a accepté de prendre en charge l'enfant<sup>122</sup> ? La responsabilité du tuteur, beau-père de l'enfant, a pu être recherchée : celui-ci « *avait accepté, en qualité de tuteur, la garde du mineur et la charge*

---

<sup>118</sup> Art. 377-1 C. civ.

<sup>119</sup> En ce sens également, NEIRINCK C., J-Cl. préc., n° 119.

<sup>120</sup> Art. 1384 al. 1 C. civ. ; Cass. Ass. plén., 29 mars 1991 (arrêt Blicck), Bull. civ. AP, n° 1 ; GAJC, n° 218-219 ; D. 1991, jur., 324, note LAMOURET C. ; JCP éd. G 1991, II, 21673, concl. DONTENWILLE, obs. GHESTIN J. ; Defrénois 1991, 729, obs. AUBERT J.-L. ; RTD civ. 1991, 312, obs. HAUSER J. et 541, obs. JOURDAIN P.

<sup>121</sup> REBOURG M., *Les familles recomposées : la prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune*, AJ fam. 2007, 290.

<sup>122</sup> En ce sens, REBOURG M., art. préc.

*d'organiser et de contrôler à titre permanent son mode de vie* »<sup>123</sup>. En est-il de même s'agissant du tiers délégataire qui partage l'exercice de l'autorité parentale avec le parent délégant ? La réponse doit, à notre sens, être négative dans la mesure où, contrairement au tuteur, le tiers n'a pas la garde exclusive de l'enfant.

**577 Conclusion.** Il ressort de ces développements que l'absence d'indication des droits partagés dans le jugement de délégation risque de nuire à sa mise en œuvre en pratique, la présomption de pouvoirs de l'article 372-2 ne profitant qu'aux actes usuels relatifs à la personne de l'enfant. Aussi pensons-nous qu'à défaut d'indication, seule cette catégorie d'actes peut faire l'objet de la délégation « partage ». Mais le jugement peut prévoir que d'autres droits soient délégués. Peut-être conviendrait-il de moduler ces droits en fonction de l'exercice de l'autorité parentale. En effet, dès lors que ce dernier est conjoint, le tiers délégataire ne saurait être un obstacle aux droits du parent avec lequel l'enfant ne réside pas. Il conviendrait alors de cantonner le partage aux actes usuels strictement relatifs aux besoins éducatifs de l'enfant. A l'inverse, lorsque la filiation est unilinéaire ou si l'un des parents est incapable, absent ou s'est vu retirer l'autorité parentale, le tiers a davantage vocation à s'y substituer par son rôle parental. Pourquoi alors ne pas lui permettre de partager plus de prérogatives avec le parent qui exerce l'autorité parentale ? Cela semble être le sens de la solution de la Cour de cassation du 24 février 2006. Mais un tel partage devrait, selon nous, être précisé dans le jugement.

La délégation de l'autorité parentale permet un partage d'un certain nombre de prérogatives, mais il ne s'agit que d'une mesure provisoire.

### 3. Cessation de la délégation « partage » de l'autorité parentale

**578 Transfert ou fin de la délégation « partage ».** Conformément au droit commun, la délégation « partage » peut judiciairement prendre fin ou être transférée s'il est justifié de circonstances nouvelles<sup>124</sup>. Il peut s'agir du décès ou de l'incapacité du (ou des) délégant(s)

---

<sup>123</sup> Cass. crim. 28 mars 2000, Bull. crim. n° 140 ; D. 2000, somm., 466, note MAZEAUD D. ; JCP éd. G 2000, I, 241, n° 9, obs. VINEY G. ; JCP éd. G 2001, II, 10457, note ROBACZEWSKI C. ; LPA 16 juin 2000, note GALLIOU-SCANVION A.-M. ; RJPF-2000-7-8/42, note CHABAS F. ; RTD civ. 2000, 545, obs. HAUSER J. ; RTD civ. 2000, 586, obs. JOURDAIN P.

<sup>124</sup> Art. 377-2 C. civ. Il n'y a pas à proprement parler de restitution de l'enfant à son ou ses parents dans la mesure où dans la majorité des cas, l'enfant vit avec l'un d'eux et le délégataire.

ou du délégataire, de conflits persistants entre eux. En cas de rupture du couple formé par le délégant et le délégataire, une demande tendant à la cessation de la délégation « partage » serait sûrement recevable, la rupture caractérisant à l'évidence les circonstances nouvelles justifiant la saisine du juge sur le fondement de l'article 377-2 du Code civil<sup>125</sup>. Mais elle ne serait pas automatique. En effet, si le maintien de la délégation apparaît au juge conforme à l'intérêt de l'enfant, la rupture peut n'avoir aucune incidence. La délégation de l'autorité parentale vient également à cesser une fois l'enfant majeur ou émancipé.

**579 Adoption simple subséquente.** L'adoption simple du jeune majeur par l'ancien délégataire pourrait être une solution intéressante pour consacrer juridiquement les liens existants entre eux. La délégation apparaîtrait alors comme une phase probatoire, « réversible et aménageable » à l'adoption simple qui s'analyserait comme « *une consolidation sur le terrain de la filiation postérieure à la mission éducatrice remplie par le concubin du parent (qui) n'imposerait rien à l'enfant contre son gré* ». Un auteur a ainsi pu relever que la solution posée par la Cour de cassation « *ouvre une ère expérimentale, mais prudente, où l'intérêt de l'enfant – qui n'est certainement pas de rester sans aucun lien juridique avec le concubin de son parent qui participe de manière très rapprochée à son éducation – est pris en compte, sans que pour autant les institutions familiales ne soient défigurées ni le lien de parenté outrancièrement sollicité* »<sup>126</sup>.

**580 Conclusion.** La délégation « partage » de l'autorité parentale permet l'appréhension du tiers sur le plan juridique. Elle peut être une solution opportune quand le recours à la parenté est impossible : enfant élevé par un couple homosexuel (v. *supra*, n<sup>os</sup> 441 et s.) ou né suite à une maternité de substitution (v. *supra*, n<sup>os</sup> 407 et s.). Il en va de même lorsque les effets de l'adoption reviendraient à priver le parent de ses droits sur l'enfant en raison de l'absence de mariage entre lui et le coparent (v. *supra*, n<sup>os</sup> 383 et s.). Dans toutes ces hypothèses, la délégation de l'autorité parentale peut être un embryon de solution propre à faciliter la prise en charge quotidienne de l'enfant. La délégation « partage » peut aussi utilement permettre la reconnaissance juridique de la fonction de substitut parental assurée

---

<sup>125</sup> Néanmoins, elle a déjà pu être sollicitée à l'occasion de la séparation du couple, v. *supra*, n<sup>o</sup> 566.

<sup>126</sup> MURAT P., Dr. fam. 2006, comm. n<sup>o</sup> 89, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 février 2006, préc.

par le coparent lorsque la filiation de l'enfant est unilinéaire (v. *supra*, n<sup>os</sup> 30 et s.) ou l'exercice de l'autorité parentale unilatéral (v. *supra*, n<sup>os</sup> 164 et s.). La parenté bilinéaire de l'enfant n'est pas un obstacle à la délégation « partage ». Aussi peut-elle être utilisée au sein des familles recomposées classiques et notamment lorsque la résidence de l'enfant est fixée principalement au domicile de celui des parents qui vit avec le délégataire (v. *supra*, n<sup>o</sup> 210). Les risques de conflit sont cependant plus importants en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le tiers n'a pas, en principe, vocation à se substituer au parent chez lequel la résidence de l'enfant n'est pas fixée. On peut en outre penser que celui-ci donne plus difficilement son accord en raison de la crainte qu'il peut éprouver de se faire évincer de la vie de l'enfant au profit du nouveau compagnon de l'autre. La reconnaissance juridique du tiers par la délégation de l'autorité parentale, de par son caractère provisoire, n'enferme pas définitivement l'enfant dans sa relation avec le tiers et ne peut que lui être bénéfique dans la mesure où le juge s'assure qu'elle est conforme à son intérêt et qu'elle correspond à ses besoins. Cependant, on ne peut affirmer que la délégation « partage » est idéalement adaptée aux configurations familiales atypiques.

#### 4. Réflexions sur le devenir de la délégation « partage »

**581 Un mécanisme à améliorer ?** La délégation « partage » telle que nouvellement envisagée par le législateur a fait l'objet de critiques en raison de son formalisme et de ses insuffisances **(a)**. Plusieurs pistes de modifications ont d'ores et déjà été formulées **(b)**.

##### *a. Les lacunes de la délégation « partage »*

**582 Absence de devoirs à l'égard de l'enfant.** Dans la mesure où il exerce une partie de prérogatives parentales, le tiers peut-il être tenu par des obligations à l'égard de l'enfant ? En principe, la délégation ne fait pas cesser la vocation alimentaire du parent délégant. L'obligation d'entretien n'a pas pour fondement l'autorité parentale, mais le lien de parenté<sup>127</sup>. L'établissement d'un lien de filiation est le postulat nécessaire à son existence. Seule sa disparition entraîne la cessation de ce devoir<sup>128</sup>. L'obligation d'entretien repose

---

<sup>127</sup> V. en ce sens *supra*, le maintien de l'obligation d'entretien du parent dans les hypothèses de retrait de l'autorité parentale ( n<sup>o</sup> 182) ou d'adoption simple de l'enfant ( n<sup>o</sup> 373).

<sup>128</sup> Par exemple, l'adoption plénière de l'enfant met fin à l'obligation d'entretien des parents de naissance pour la faire naître à la charge des adoptants.

donc exclusivement sur les parents de l'enfant et ne peut être transférée. Le tiers ne peut, du seul fait de la délégation, y être assujéti<sup>129</sup>. La délégation « partage » n'ouvre pas non plus droit à des avantages successoraux ou fiscaux. Ainsi, si elle peut être une solution bénéfique pour l'enfant, la délégation « partage » apparaît surtout comme une mesure permettant au tiers d'être juridiquement reconnu dans une fonction parentale. Elle ne met pas l'enfant à l'abri d'un certain nombre d'aléas et notamment des vicissitudes de la vie de couple de son parent.

**583 Lacunes.** La mesure peut ne pas survivre à la séparation du couple formé par le délégant et le délégataire. Le délégant ou le délégataire peut solliciter sa cessation en justifiant de circonstances nouvelles facilement caractérisées par la rupture (v. *supra*, n° 578). Si la séparation est conflictuelle, la délégation de l'autorité parentale préexistante prendra vraisemblablement fin. Celui ou celle qui en bénéficiait se retrouve alors sans statut juridiquement reconnu. Si la délégation est une alternative efficace à la parenté lorsque le couple vit sereinement, elle n'offre aucune garantie au délégataire ou à l'enfant en cas de situations conflictuelles. Le prononcé d'une délégation « partage » après la séparation est théoriquement envisageable (v. *supra*, n° 566), mais demeure délicat. Il est peu probable en pratique que le parent souhaite déléguer ses prérogatives parentales à son ex-conjoint ou partenaire. Ceci tend à démontrer que la mesure n'est pas entièrement adaptée à la situation du tiers coparent qui est entièrement subordonnée à la volonté parentale. Un droit de visite peut toutefois lui être octroyé sur le fondement de l'article 371-4 alinéa 2 du Code civil (v. *infra*, n°s 608 et s.). L'insécurité relative de la situation du tiers est encore plus flagrante en cas de décès du délégant, puisqu'il est alors mis automatiquement fin à la délégation<sup>130</sup>. En cas de filiation unilinéaire, une tutelle est ouverte et ce n'est plus au tiers de prendre les décisions relatives à l'enfant. Le coparent n'est pas assuré du maintien de sa fonction parentale auprès de lui, alors même que le cadre de vie de l'enfant devrait être d'autant mieux préservé dans cette hypothèse. Le parent peut néanmoins prendre ses dispositions pour qu'il soit confié au tiers à son décès (v. *infra*, n°s 593 et s.). Ces inconvénients découlent de la nature même de la délégation de

---

<sup>129</sup> Dans des circonstances particulières, le tiers peut être redevable d'une obligation naturelle qui peut se transformer en obligation civile sous certaines conditions, v. *supra*, n° 226.

<sup>130</sup> V. en ce sens, TGI Lille, 11 décembre 2007, préc.

l'autorité parentale qui repose sur un accord de volonté entre le délégant et le délégataire et non sur un engagement de ce dernier à l'égard de l'enfant. De ce fait, la vocation du tiers à exercer les prérogatives parentales est tributaire de la vie du couple qu'il forme avec le délégant. La délégation ne permet pas une totale sécurisation de son rôle auprès de l'enfant. Il est aussi régulièrement reproché la lourdeur de la procédure de délégation de l'autorité parentale qui serait un frein à son utilisation<sup>131</sup>.

*b. Les propositions tendant à faciliter la délégation « partage »*

**584 Allègement du formalisme ou des conditions de la délégation « partage ».** Plusieurs propositions ont été formulées afin d'améliorer l'efficacité de la délégation « partage » et de faciliter sa mise en œuvre, que ce soit sous forme de rapports ou de propositions ou projets de lois. Le rapport Pécresse a proposé d'instaurer la possibilité pour les parents de donner au tiers une « *délégation de responsabilité parentale* » pour les actes usuels relatifs à l'enfant<sup>132</sup>. Celle-ci prendrait la forme d'un acte notarié ayant immédiatement force exécutoire ou d'une convention homologuée par le juge. Elle nécessiterait l'accord des parents dès lors que la filiation de l'enfant serait bilinéaire. Néanmoins, en tant que délégation des droits parentaux, il paraît difficile de donner force exécutoire à l'accord parental sans contrôle judiciaire *a priori*. Une telle mesure tendrait plutôt à se rapprocher d'un mandat portant sur les actes usuels relatifs à l'enfant plutôt que d'une véritable délégation de l'autorité parentale. Dans le même ordre d'idée, le rapport Versini a préconisé l'instauration d'une convention de partage de l'exercice de l'autorité parentale qui ferait l'objet d'une homologation par le juge aux affaires familiales<sup>133</sup>. Plusieurs propositions de lois ont également été déposées ces dernières années aux fins de modifier les dispositions actuelles du Code civil. Il a été suggéré soit d'assouplir les conditions de la délégation « partage » de l'autorité parentale<sup>134</sup>, soit même d'en supprimer

---

<sup>131</sup> *L'enfant d'abord - 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, rapp. préc. ; *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités*, rapp. préc.

<sup>132</sup> *L'enfant d'abord - 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, rapp. préc., p. 263.

<sup>133</sup> *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités*, rapp. préc., notamment p. 68.

<sup>134</sup> Proposition de loi n° 585 *visant à aménager les conditions d'exercice de la parentalité*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 janvier 2008. Son article 9 tendait à supprimer la condition tenant aux circonstances justifiant la délégation de l'autorité parentale pour la remplacer par un simple accord de volonté des parents.

le formalisme en la transformant en une simple convention entre les parents et le tiers, enregistrée au tribunal d'instance du lieu de résidence d'au moins l'un des deux parents<sup>135</sup>. A également été évoqué le maintien de la délégation après le décès du ou des parents, sauf opposition du parent survivant ou du conseil de famille (dans l'hypothèse d'un décès des deux parents)<sup>136</sup>.

Enfin, l'avant-projet de loi *sur l'autorité parentale et les droits des tiers* prévoit l'homologation d'une convention parentale organisant la délégation et le partage de tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale (nouvel article 377-1 C. civ.). L'expression « *pour les besoins d'éducation de l'enfant* » serait supprimée<sup>137</sup>. Le juge aurait à vérifier le consentement des parents et l'intérêt de l'enfant. Le cas échéant, il homologuerait la convention signée entre les parents et le tiers délégataire. L'homologation de la convention pourrait être demandée par les parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, seul ou conjointement. L'accord de l'autre serait requis s'il exerce également l'autorité parentale ou son simple avis en cas d'exercice unilatéral par le délégant. La délégation de l'autorité parentale pourrait prendre fin ou être transférée au moyen d'une nouvelle convention homologuée justifiée par des circonstances nouvelles. Cette proposition ne viendrait pas profondément modifier la procédure actuelle de la délégation de l'autorité parentale. En effet, si la délégation résulte toujours d'une décision judiciaire, le juge homologue l'accord des parents et du tiers. Il est tenu par la volonté parentale dans la mesure où il ne peut désigner un tiers autre que celui choisit par les parents. Il vérifie les consentements de chacun, les capacités du tiers délégataire ainsi que l'opportunité de la mesure au regard de l'intérêt de l'enfant. L'avant-projet de loi tendrait toutefois à clarifier la nature juridique de la délégation qui n'est pas expressément définie par la loi et qui suscite parfois des interrogations (v. *supra*, n° 539).

---

<sup>135</sup> Proposition de loi n° 3719 visant à *assouplir les règles de délégation de l'exercice des actes de la vie courante relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant, en faveur d'un beau-parent*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 février 2007. Afin de pallier l'absence de contrôle judiciaire *a priori* ce projet prévoyait que la délégation pouvait prendre fin à tout moment à la demande de l'un des parents ou sur décision du juge aux affaires familiales si celui-ci considère que la mesure est contraire à l'intérêt de l'enfant. On ne peut que constater que cette mesure aboutirait à une libre disposition par le parent de ses prérogatives et pourrait être défavorable à l'enfant en raison de sa précarité. De plus, cette proposition n'envisage que la situation du conjoint, partenaire ou concubin du parent « *ayant la garde de l'enfant* ».

<sup>136</sup> Proposition de loi n° 3719, préc.

<sup>137</sup> MURAT P., *L'autorité parentale et les tiers : un pas en avant, un pas en arrière*, Dr. fam. 2009, repère n° 4.

**585 Limites.** Une partie de ces propositions ne peut prospérer. La délégation « partage » de l'autorité parentale souffre d'un certain nombre de carences de par sa nature. Elle est un partage provisoire d'une partie des prérogatives parentales. Son formalisme ne peut être amoindri dans la mesure où elle débouche sur un exercice par le tiers d'un certain nombre de droits attachés à l'autorité parentale. Comme toute décision relative à l'autorité parentale, elle ne peut découler que d'une décision judiciaire, le juge étant le garant du respect de l'intérêt de l'enfant<sup>138</sup>. L'absence d'un tel contrôle aboutirait à une disponibilité de l'autorité parentale et serait contraire aux prescriptions de l'article 376 du Code civil<sup>139</sup>. Octroyer au tiers une partie de l'exercice de l'autorité parentale indépendamment de l'existence d'un lien de filiation et sur le seul fondement de la volonté parentale paraît inconcevable, même si ceci faciliterait en pratique la prise en charge de l'enfant par ce tiers. Par ailleurs, la délégation de l'autorité parentale ne peut perdurer après le décès du délégant dans la mesure où elle est un transfert et un partage de prérogatives appartenant au délégant. Il s'agit d'une délégation de pouvoirs. Il est de ce fait impossible qu'elle soit maintenue après son décès. Le tiers ne s'engage pas auprès de l'enfant à assumer une fonction parentale pendant sa minorité, mais est sollicité par le parent qui souhaite partager avec lui l'exercice de l'autorité parentale pendant une période indéterminée.

**586 Conclusion.** Par conséquent, les propositions en question suscitent des réserves. Les différentes modifications qu'elles seraient susceptibles d'apporter aux conditions ou effets de la délégation « partage » ne pourraient pallier les véritables insuffisances de celle-ci. La délégation « partage » de l'autorité parentale est une solution qui peut s'avérer utile en cas de pluriparentalité, mais révèle des lacunes. Sans qu'il ne soit nécessaire de modifier les dispositions relatives à la délégation de l'autorité parentale, la pratique jurisprudentielle qui en est faite pourrait évoluer. Les magistrats pourraient en effet prévoir les actes sur lesquels la délégation porte en distinguant les situations dans lesquelles l'autorité parentale sur l'enfant est exercée conjointement ou unilatéralement. Mais il faut par ailleurs réfléchir

---

<sup>138</sup> En ce sens également, v. BRUGGEMAN M., *Le(s) tiers et l'enfant*, AJ fam. 2007, 294 : « l'accord de volonté n'est pas une garantie infaillible de préservation des intérêts en présence, qu'il s'agisse de ceux des parties ou de ceux des tiers. Or, c'est ici à l'intérêt de l'enfant que ce contrat doit être conforme et, à cet égard, la liberté contractuelle ne paraît pas une garantie suffisante ».

<sup>139</sup> L'avant-projet de loi prévoit également une modification de l'article 376 du Code civil : « aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement ou d'une convention homologuée par le juge aux affaires familiales dans les cas déterminés ci-dessous ».

à la mise en place en droit français d'un dispositif plus efficace et plus sécurisant pour le tiers, mais surtout pour l'enfant (v. *infra*, n<sup>os</sup> 668 et s.).

La prise en charge par le tiers de l'enfant dans les faits est une problématique existant également dans les autres pays européens, qui a pu donner lieu à des dispositions permettant de reconnaître et de faciliter juridiquement son rôle.

### B. Le partage des prérogatives parentales en Europe

**587 Partage des droits parentaux.** Il ne semble pas que d'autres États européens connaissent une délégation « partage » telle qu'instaurée en France par la loi du 4 mars 2002. La délégation s'assimile généralement en un transfert de droits dont les père et mère sont destitués. Certaines législations prévoient la possibilité de partager les prérogatives parentales, notamment lorsque le couple est formé de personnes de même sexe ou est marié. Cela débouche généralement sur un exercice conjoint de l'ensemble des droits parentaux. Les modalités du partage obéissent à des conceptions différentes selon les législations. A l'inverse, certains États n'autorisent pas le partage des prérogatives parentales entre le parent et le tiers.

**588 Automaticité.** En Suisse, il a été mis en place une collaboration entre le parent de l'enfant et son conjoint. Chaque époux est tenu d'assister l'autre dans l'exercice de l'autorité parentale à l'égard des enfants de l'autre<sup>140</sup>. Le devoir d'assistance à la charge du tiers découle automatiquement du mariage. Cette disposition ne bénéficie donc qu'aux couples hétérosexuels mariés.

**589 Volonté.** D'autres législations européennes subordonnent le partage des prérogatives parentales à une volonté expresse et non simplement à l'existence d'un mariage. Par exemple, au Royaume-Uni, le parent qui exerce la responsabilité parentale ou les deux parents, s'ils l'exercent conjointement, peuvent s'accorder avec le beau-parent (« *step-parent* ») pour lui octroyer les droits parentaux<sup>141</sup>. Le beau-parent est défini comme la personne mariée ou qui a conclu un partenariat avec le parent de l'enfant et à l'égard de

---

<sup>140</sup> Art. 299 C. civ. suisse.

<sup>141</sup> « *Children Act 1989* », s. 4 A, (1), tel que modifié par le « *Adoption and Children Act 2002* » et par le « *Civil Partnership Act 2004* ».

laquelle la filiation n'est pas établie. A défaut d'un tel accord, celui-ci peut solliciter la responsabilité parentale, mais il doit alors saisir l'autorité judiciaire. Par conséquent, l'octroi de telles prérogatives se fait soit par accord parental, soit par décision de justice. Il y est mis fin par une décision judiciaire à la demande de toute personne investie de la responsabilité parentale ou de l'enfant judiciairement autorisé<sup>142</sup>. En Norvège, en Suède et en Finlande, le partenaire enregistré peut également être associé à l'exercice des prérogatives parentales<sup>143</sup>. En Allemagne, le conjoint ou le partenaire homosexuel du parent qui exerce seul l'autorité parentale, peut participer avec son accord à la prise de toute décision relative à la vie quotidienne de l'enfant<sup>144</sup>. Le tribunal de la famille peut limiter le pouvoir de codécision ou en exclure le tiers si cela est nécessaire à l'intérêt de l'enfant.

**590 Automaticité ou volonté aux Pays-Bas.** La législation néerlandaise emprunte à ces deux conceptions<sup>145</sup>. L'autorité parentale est exercée conjointement de plein droit par les partenaires enregistrés hétérosexuels ou par des couples lesbiens lorsque l'enfant est né pendant le mariage ou le partenariat<sup>146</sup>. Cependant, le partage n'est possible qu'à la condition que la filiation de l'enfant soit unilinéaire<sup>147</sup>. Dans les autres hypothèses, le partage de l'autorité parentale n'est pas automatique et requiert une décision de justice. Ainsi, les couples masculins mariés ou en partenariat enregistré, de même que les couples de concubins hétérosexuels ou homosexuels, doivent expressément solliciter le partage auprès du tribunal<sup>148</sup>. Celui-ci n'est possible que si l'autorité parentale est exercée unilatéralement par le parent de l'enfant et si le tiers a une relation de proximité avec l'enfant<sup>149</sup>. Il doit, par ailleurs, être conforme à l'intérêt de l'enfant. Le juge est saisi par une demande conjointe du parent et du tiers. L'enfant doit être entendu dès l'âge de douze ans. Les conditions sont plus strictes dès lors que la filiation est bilinéaire. D'une part, le

---

<sup>142</sup> Les juges doivent s'assurer que l'enfant est doué d'un discernement suffisant pour formuler une telle demande.

<sup>143</sup> GRANET-LAMBRECHTS F., *Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe*, AJ fam. 2006, 409.

<sup>144</sup> § 1687 b abs. 1 BGB et § 9 abs. 1 de la loi *relative aux partenariats enregistrés*.

<sup>145</sup> POUSSON-PETIT J., *Chronique en droit des personnes et de la famille en droit néerlandais et luxembourgeois*, Dr. fam. 2004, étude n° 2.

<sup>146</sup> Loi du 4 octobre 2001, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002, art. 253 sa BW.

<sup>147</sup> Art. 253 sa al. 1 BW.

<sup>148</sup> POUSSON-PETIT J., art. préc.

<sup>149</sup> Art. 253 t al. 1 BW.

parent qui sollicite le partage doit avoir exercé seul et de façon continue l'autorité parentale pendant trois années. D'autre part, le parent et le tiers doivent s'être occupés de l'enfant sans interruption durant au moins un an<sup>150</sup>. La demande est rejetée si, en considération de la situation du second parent, l'intérêt de l'enfant semble insuffisamment protégé après le prononcé de la mesure. Une fois le partage autorisé, celui qui l'a sollicité est tenu d'éduquer l'enfant et de l'entretenir. Il en est responsable vis-à-vis des tiers et dispose de pouvoirs s'agissant de la gestion de ses biens<sup>151</sup>. Il peut être judiciairement mis fin à l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur demande du tiers, du parent qui l'a sollicité (seul ou ensemble) ou du second parent de l'enfant<sup>152</sup>. Malgré la cessation de l'exercice des prérogatives parentales, le tiers reste tenu à une obligation d'entretien à l'égard de l'enfant. Si la mesure cesse du fait de la majorité de l'enfant, le tiers doit lui fournir des aliments jusqu'à l'âge de 21 ans. Si la fin découle d'une décision judiciaire ayant force de chose jugée ou de la mort du parent avec lequel l'autorité parentale était exercée conjointement, le tiers est dans l'obligation d'entretenir l'enfant pendant une durée au moins égale à celle du partage de l'autorité parentale<sup>153</sup>. Toutefois, dans des circonstances spéciales et sur demande du parent ou du tiers, le juge peut décider d'allonger la période considérée qui ne peut cependant pas se poursuivre après les 21 ans de l'enfant.

**591 Impossibilité de partager certaines prérogatives parentales.** Certains pays ne prévoient pas expressément le partage de prérogatives parentales, ce qui peut en pratique engendrer des complications. En Belgique, par exemple, a été posée la question de savoir si un tiers pouvait exercer conjointement avec le parent de l'enfant l'autorité parentale. Dans un arrêt du 8 octobre 2003, la Cour d'arbitrage a eu à se prononcer sur une question préjudicielle relative à la constitutionnalité de l'article 371 du Code civil<sup>154</sup>. Cet article subordonne l'exercice conjoint de l'autorité parentale à l'établissement préalable d'un lien de filiation. En l'espèce, Mmes X. et Y. avaient vécu ensemble pendant une dizaine d'années. En 1995, Mme X. a donné naissance à un enfant après avoir eu recours à une

---

<sup>150</sup> Art. 253 t al. 1 a et b BW.

<sup>151</sup> L'enfant peut également porter le nom du tiers qui sollicite l'exercice conjoint. Le juge peut refuser le changement de nom au regard de l'intérêt de l'enfant, si celui-ci a plus de douze ans et n'y a pas consenti ou si la demande de partage de l'autorité parentale est rejetée (art. 253 t al. 4 BW).

<sup>152</sup> POUSSON-PETIT J., art. préc.

<sup>153</sup> Art. 253 w BW.

<sup>154</sup> Cour d'arbitrage, 8 octobre 2003, n° 134/2003, POUSSON-PETIT J., *Chronique de droit belge*, Dr. fam. 2007, étude n° 12.

insémination artificielle avec donneur anonyme. Cet enfant a été élevé par elle et Mme Y. A leur séparation, les deux femmes ont conclu un accord, judiciairement constaté, suivant lequel la garde était attribuée à Mme X. Mme Y. bénéficiait quant à elle d'un large droit de visite. En 2002, elles ont sollicité l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur l'enfant, ainsi qu'un droit de garde conjoint. Le tribunal saisi a refusé de faire droit à leur demande. Les magistrats ont alors demandé à la Cour d'arbitrage si les articles 371 du Code civil étaient contraires aux articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'ils supposent que l'autorité parentale ne peut être accordée qu'aux seules personnes ayant un lien de filiation avec un enfant<sup>155</sup>. Selon la Cour, les dispositions actuelles du droit belge (spécialement l'article 375 bis du Code civil) ne permettent pas la reconnaissance juridique de l'engagement que le tiers souhaiterait prendre à l'égard de l'enfant. De ce fait, ce dernier peut se retrouver dépourvu de tout droit d'entretien à l'égard du tiers qui l'a élevé à la séparation du couple ou au décès de son parent. *« Il s'ensuit que cette catégorie d'enfants fait l'objet d'un traitement différent sans justification admissible. Mais c'est au législateur qu'il appartient de préciser sous quelle forme, à quelles conditions et selon quelle procédure l'autorité parentale pourrait, dans l'intérêt de l'enfant, être étendue à d'autres personnes qui n'ont pas un lien de filiation avec lui »*. Les dispositions des articles 371 à 387 bis du Code civil ne sont pas susceptibles d'être appliquées, par analogie, à la situation de l'enfant dont la filiation est unilinéaire et qui a vécu de façon durable au sein d'un couple formé par son parent et un tiers. Il en va ainsi même lorsqu'ils assument tous deux la charge de son entretien. L'exercice de l'autorité parentale découle du lien de filiation et ne peut être partagé, à l'inverse du droit français, entre le parent et le tiers qui a pris part dans les faits à l'éducation de l'enfant dans la mesure où il n'existe pas de délégation « partage ».

**592 Conclusion.** Ainsi, le partage des prérogatives parentales entre le parent et le coparent est envisagé dans d'autres États européens. Ses modalités sont variables. Mais toutes les législations ne prévoient pas un tel dispositif dans la mesure où l'exercice de l'autorité parentale découle en principe du lien de filiation. Cette absence n'est pas sans poser problème en pratique.

---

<sup>155</sup> Les articles 10 et 11 de la Constitution belge garantissent l'égalité devant la loi ainsi que l'absence de discrimination dans la jouissance des droits et libertés.

Comme nous l'avons précédemment exposé, la délégation « partage » de l'autorité parentale cesse avec la mort du parent de l'enfant. Ses relations avec le tiers risquent alors d'être compromises. Mais, de son vivant, le parent peut prévoir que l'enfant sera confié au tiers à son décès.

### ***Sous-paragraphe 3 : L'enfant confié au tiers au décès du parent***

**593 Ouverture d'une tutelle et désignation du tuteur.** Le maintien des conditions de vie après le décès du parent est souvent préférable pour l'enfant. Si sa parenté est bilinéaire, il est en principe confié à son parent survivant, conformément à l'article 373-1 du Code civil (v. cependant *infra*, n° 619). Si sa filiation n'était qu'unilinéaire, une tutelle est ouverte (art. 390 C. civ.). Le tiers avec lequel l'enfant a vécu peut alors être désigné comme tuteur. L'ancien article 402 du Code civil prévoyait, dans cette hypothèse, que la tutelle était en principe déferée à l'ascendant le plus proche en degré. Le tiers ne pouvait être nommé tuteur de l'enfant que dans des circonstances particulières, l'ascendant étant choisi par préférence<sup>156</sup>. Toutefois, lorsque cela était dans l'intérêt de l'enfant, son éducation pouvait être malgré tout confiée au tiers<sup>157</sup>. Plusieurs rapports ont proposé que soit supprimée la dévolution automatique de la tutelle aux ascendants afin que l'enfant puisse continuer à vivre avec le tiers si ce dernier demande à en devenir le tuteur<sup>158</sup>. L'article 402 du Code civil a été modifié en ce sens par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2009<sup>159</sup>. Désormais, le tuteur est choisi par le conseil de famille. Il peut s'agir du tiers qui s'est antérieurement occupé de l'enfant. Malgré cette modification, la désignation du coparent comme tuteur n'est pas automatique et est subordonnée à la décision du conseil de famille. C'est pourquoi, le Code civil laisse la possibilité pour le parent de prévoir que

---

<sup>156</sup> Selon la Cour de cassation, « lorsqu'il n'a pas été choisi de tuteur par le dernier mourant des père et mère, la tutelle de l'enfant est déferée à celui des ascendants qui est du degré le plus rapproché ; que, tenant sa vocation de la loi, l'ascendant ne peut être dépossédé de sa mission que pour les causes d'incapacité, d'exclusion, de destitution et de récusation prévues par les articles 441 et suivants du Code civil » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 octobre 1999, LPA 06 juillet 2000, n° 134, p. 30, note MASSIP J.).

<sup>157</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 37.

<sup>158</sup> *Familles monoparentales, familles recomposées : un défi pour la société française*, rapp. préc., p. 152 ; *L'enfant d'abord - 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, rapp. préc., p. 265 (le rapport préconisait le maintien de la dévolution automatique, tout en autorisant le conseil de famille à y déroger dans l'intérêt de l'enfant, au profit du tiers qui aurait participé à son éducation).

<sup>159</sup> LARRIBAU-TERNEYRE V., *L'intérêt de l'enfant encore en lumière : la disparition programmée de la tutelle aux ascendant*, Dr. fam. 2007, repère 6.

l'enfant sera confié au tiers à son décès. Il s'agit de la tutelle testamentaire dont seul un mineur peut faire l'objet<sup>160</sup>. Sera envisagée la pratique actuelle de la tutelle testamentaire (A), avant de s'interroger sur une possible modification (B).

#### A. La tutelle testamentaire

**594 Un pouvoir parental.** La désignation d'un tiers par le parent doit satisfaire à de strictes conditions. Ce droit n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère, à la condition que celui-ci ait conservé au jour de sa mort l'exercice de l'autorité parentale<sup>161</sup>. Les deux parents peuvent faire ensemble la déclaration, mais leur choix n'est valable que si le dernier d'entre eux ne l'a pas révoqué avant son décès<sup>162</sup>. En cas de simultanéité de décès, la désignation par l'un des parents d'un tuteur n'est pas efficace selon une interprétation stricte de l'article 397 du Code civil<sup>163</sup>. Lorsque la filiation de l'enfant est unilinéaire, ce droit appartient logiquement au seul parent de l'enfant<sup>164</sup>. Si l'enfant a fait l'objet d'une adoption simple, seuls le ou les adoptants peuvent procéder au choix du tiers. En tant qu'ils exercent l'autorité parentale, ce droit leur revient et ce malgré le maintien des liens de parenté avec les père et mère (v. *supra*, n° 390). Il n'y a que dans l'hypothèse où l'enfant a été adopté par le conjoint du parent que ce dernier conserve le droit de désigner le tuteur testamentaire (v. *supra*, n° 376). La tutelle testamentaire est librement révocable jusqu'au décès<sup>165</sup>. Elle peut être rédigée avant la naissance de l'enfant<sup>166</sup>.

**595 Désignation du tuteur.** La personne choisie peut être ou non un parent de l'enfant. Le tiers qui a participé dans les faits à l'éducation de l'enfant peut donc être désigné pour le prendre en charge à la mort du parent. Plusieurs tuteurs peuvent être désignés, les

---

<sup>160</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 31 mars 1992, Bull. civ. I, n° 99.

<sup>161</sup> La loi du 5 mars 2007 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009 a modifié le Code civil sur ce point. L'ancien article 397 imposait au parent d'avoir conservé l'exercice de l'administration légale ou de la tutelle.

<sup>162</sup> TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 1157.

<sup>163</sup> Rép. min. n° 67717 ( JO Assemblée Nationale Q 15 juillet 1985, p. 3314).

<sup>164</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 février 1988, JCP ed. N 1988, II, 317, note FOSSIER T.

<sup>165</sup> TGI Caen, 8 juillet 1999, RTD civ. 2000, 806, note HAUSER J. : rejet d'une révocation par simple déclaration.

<sup>166</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 février 1988, préc. : la mère avait rédigé son testament avant la naissance de l'enfant et y avait désigné sa cousine comme tuteur pour le cas où elle viendrait à mourir. L'enfant a été reconnu par sa mère dès la naissance et le décès est intervenu un mois après cette reconnaissance. Selon la Cour de cassation, du fait de la reconnaissance, la mère était le seul parent et avait conservé l'administration légale jusqu'au jour de son décès. Par conséquent, elle avait le droit exclusif de choisir un tuteur.

attributs de la tutelle étant répartis entre eux<sup>167</sup>. Le parent peut également choisir de désigner une autre personne dans l'hypothèse où le tuteur décéderait ou serait dans l'incapacité d'exercer ses fonctions.

**596 Formalisme.** En tant qu'acte grave, la tutelle testamentaire suppose un certain formalisme. Elle ne peut être faite que par testament ou déclaration spéciale devant notaire<sup>168</sup>. Selon la jurisprudence, l'utilisation d'une simple lettre missive est également possible à condition qu'elle soit écrite, datée et signée par le parent survivant, c'est-à-dire qu'elle respecte les conditions du testament olographe<sup>169</sup>. En cas de contestation portant sur l'écriture du parent, le juge doit procéder à une vérification d'écriture conformément aux articles 287 et 288 du Code de procédure civile<sup>170</sup>. Le choix du tiers qui ne répondrait pas aux conditions de validité imposées par le Code civil peut néanmoins être pris en compte lors de la désignation du tuteur<sup>171</sup>.

**597 Limites à la volonté parentale.** Au décès du parent, la personne désignée n'est pas obligée d'accepter la tutelle : elle ne peut pas être imposée au tiers<sup>172</sup>. Le choix parental n'est pas discrétionnaire, dans la mesure où la désignation s'impose au conseil de famille à

---

<sup>167</sup> BUFFELAN-LANORE Y., J-Cl. Civil Code, Art. 393 à 448, *Tutelle*, fasc. 15, 2006, n° 22.

<sup>168</sup> Art. 403 al. 2 C. civ.

<sup>169</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 janvier 1951, Bull. civ. 1951, I, n° 16. Pour une désignation inefficace par lettre, v. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 octobre 1995, Bull. civ. I, n° 373 ; JCP G 1995, IV, 2635 ; RTD civ. 1996, 131, obs. HAUSER J. ; JCP G 1996, I, 3970, comm. TEYSSIE B. ; Defrénois 1996, 999, obs. MASSIP J. ; RDSS 1996, 393, note MONEGER F. : avant son décès, la mère de l'enfant avait dicté à un tiers une lettre, qu'elle avait signé de sa main, dans laquelle elle désignait son oncle maternel comme tuteur. Selon la Cour de cassation, une telle lettre en tant qu'elle n'est pas écrite, datée et signée de la main la mère ne peut être assimilée à un testament olographe. De ce fait la désignation du tuteur ne répond pas aux prescriptions de l'article 398 du Code civil.

<sup>170</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 novembre 1999, Defrénois 2000, 670, note MASSIP J. : la mère de l'enfant avait désigné par testament authentique sa tante en qualité de tutrice de ses trois plus jeunes enfants mineurs pour le cas où elle viendrait à décéder. À sa mort, le président du Conseil général de Paris a sollicité la tutelle des enfants aux motifs que la mère avait trois mois auparavant rédigé un testament olographe par lequel elle révoquait la tutelle testamentaire en faveur de sa tante et souhaitait que ses enfants soient confiés à l'aide sociale à l'enfance. La tutelle testamentaire a donc été ouverte au profit de l'aide sociale à l'enfance, décision contestée par la tante de la mère ainsi que d'autres membres de la famille. Ils soutenaient que le testament olographe ne pouvait être de la main de la mère des enfants, celle-ci ne sachant pas écrire le français. Le tribunal de grande instance chargé du litige a rejeté le recours en raison de l'incompétence du juge des tutelles dans le cadre de la procédure en vérification d'écriture. Jusqu'à preuve contraire, le testament devait être tenu pour écrit, daté et signé de la main de la mère. La Cour de cassation a cassé le jugement pour violation des articles 287 et 288 du code de procédure civile. Le juge des tutelles a l'obligation de vérifier l'écriture dès lors qu'elle est contestée.

<sup>171</sup> En ce sens, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 octobre 1995, préc. ; TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 1157 ; DELMAS SAINT-HILAIRE P., *L'enfant et le notaire*, Dr. et pat. 2000, n° 87, p. 66.

<sup>172</sup> Art. 403 *in fine* C. civ.

moins que l'intérêt de l'enfant ne commande de l'écarter (art. 403 al. 3 C. civ.). La loi du 5 mars 2007 a permis d'écarter plus facilement la volonté parentale. Auparavant, le juge des tutelles devait saisir le tribunal de grande instance en annulation de la désignation lorsqu'il considérait qu'elle n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant<sup>173</sup>. Il est dorénavant prévu que le conseil de famille puisse passer outre la volonté du parent dans l'intérêt de l'enfant. Enfin, le Code civil prévoit différentes causes d'incapacité<sup>174</sup> ou de retrait<sup>175</sup> des charges tutélaires qui peuvent pareillement limiter les effets de la désignation du tuteur.

**598 Fonctionnement de la tutelle.** Le tuteur prend soin de l'enfant et le représente dans tous les actes de la vie civile, sauf si l'usage ou la loi autorise le mineur à agir seul (art. 408 C. civ.). Il le représente également en justice et gère ses biens. Le tuteur accomplit seul les actes d'administration et conservatoires nécessaires à la gestion du patrimoine<sup>176</sup>. « *Le tuteur apparaît ainsi comme un exécutant qui assume l'enfant, dans sa personne et son patrimoine, au quotidien, alors que les grandes décisions et orientations ne sont pas prises par lui* », mais par le conseil de famille<sup>177</sup>.

**599 Cessation de la tutelle.** La tutelle cesse avec la majorité, l'émancipation ou le décès de l'enfant ainsi que par une mainlevée judiciaire<sup>178</sup>. Il peut aussi y être mis fin si la filiation de l'enfant est établie à l'égard de son second parent après l'ouverture de la tutelle. Selon l'article 392 du Code civil « *si un enfant vient à être reconnu par l'un de ses deux parents après l'ouverture de la tutelle, le juge des tutelles pourra, à la requête de ce parent, décider de substituer à la tutelle l'administration légale dans les termes de l'article 389-2* ».

**600 Droit comparé.** A l'instar de la France, d'autres législations européennes offrent aux parents (ou à l'un d'eux) la possibilité de choisir par anticipation un tuteur pour l'enfant.

---

<sup>173</sup> BUFFELAN-LANORE Y., J-Cl. préc., n° 24.

<sup>174</sup> Art. 395 C. civ.: mineur non émancipé, majeur sous mesure de protection juridique, personne à qui l'autorité parentale a été retirée ou à qui l'exercice d'une charge tutélaire a été interdit par application de l'article 131-26 du Code pénal.

<sup>175</sup> Art. 396 C. civ. : « *toute charge tutélaire peut être retirée en raison de l'inaptitude, de la négligence, de l'inconduite ou de la fraude de celui à qui elle a été confiée. Il en est de même lorsqu'un litige ou une contradiction d'intérêts empêche le titulaire de la charge de l'exercer dans l'intérêt du mineur* ».

<sup>176</sup> Art. 504 C. civ. Le tuteur n'accomplit les actes de dispositions que s'il y est autorisé par le conseil de famille ou à défaut le juge des tutelles (art. 505 C. civ.).

<sup>177</sup> TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 1169.

<sup>178</sup> Art. 393 C. civ.

Un mécanisme semblable à la tutelle testamentaire française existe en Belgique et en Grèce. La désignation du tuteur suppose un certain formalisme dans la mesure où elle doit être effectuée par testament ou par déclaration devant le juge de paix ou un notaire<sup>179</sup>. Le droit n'appartient qu'à celui des parents qui exerce en dernier lieu l'autorité parentale<sup>180</sup>. La désignation du tuteur n'obéit pas aux mêmes modalités dans ces deux législations. En Belgique, le juge de paix homologue la déclaration si la personne choisie accepte. Cependant, il peut refuser s'il considère que des motifs graves tenant à l'intérêt de l'enfant s'opposent à la désignation de la personne choisie par le parent<sup>181</sup>. En Grèce, c'est le tribunal des tutelles qui nomme le tuteur, qu'il choisit de préférence selon un ordre prévu par le Code civil : le conjoint majeur du mineur, la personne désignée par le parent ou en dernier lieu, la personne la plus appropriée (la préférence étant donnée aux parents les plus proches du mineur)<sup>182</sup>. Au Royaume-Uni, le système mis en place se démarque davantage de la législation française. Le parent qui a la responsabilité parentale peut prévoir de confier l'enfant à un tiers (dénommé gardien) dans l'éventualité de son décès<sup>183</sup>. La désignation doit également se faire par écrit, généralement par testament, et doit être datée et signée par le parent<sup>184</sup>. A l'inverse du droit français, ce droit n'appartient pas qu'aux parents de l'enfant. Le gardien peut lui aussi désigner une personne chargée de prendre l'enfant en charge à son décès<sup>185</sup>. De plus, cette prérogative n'est pas réservée au dernier parent. Cependant, si au décès de celui qui a pris l'initiative de désigner un gardien, il subsiste un parent ayant la responsabilité parentale sur l'enfant, le choix du tiers ne peut prendre effet aussi longtemps que le parent continue à exercer les prérogatives parentales

---

<sup>179</sup> Art. 392 C. civ. belge ; art. 1592 C. civ. grec (la désignation ne peut résulter que d'un testament ou d'une déclaration au juge de paix).

<sup>180</sup> Art. 392 C. civ. belge ; art. 1592 C. civ. grec (le parent devait également exercer les prérogatives parentales au moment de son décès). En Belgique, les père et mère peuvent aussi choisir ensemble un tuteur. Lorsqu'elle est faite conjointement, la déclaration peut être révoquée par chacun des parents et reste valable en cas de décès de l'un d'eux, aussi longtemps que l'autre ne l'a pas révoquée ou n'a pas désigné un autre tuteur.

<sup>181</sup> Sa décision doit alors être motivée. Le juge doit préalablement entendre le mineur âgé d'au moins douze ans ainsi que ses ascendants au second degré, ses frères et sœurs majeurs, les frères et sœurs des parents du mineur (ou tout au moins les faire convoquer) et toute personne dont l'avis pourrait lui être utile (art. 394 C. civ.).

<sup>182</sup> Le parent peut aussi expressément exclure une personne des charges tutélaires (art. 1595 C. civ.).

<sup>183</sup> « *Children Act 1989* », s. 5 (3).

<sup>184</sup> « *Children Act 1989* », s. 5 (5). La désignation peut être révoquée par celui qui l'a faite (« *Children Act 1989* », s. 6).

<sup>185</sup> « *Children Act 1989* », s. 5 (4).

sur l'enfant<sup>186</sup>. La désignation du tuteur produit ses effets malgré la présence du second parent, dès lors que celui-ci n'exerce pas la responsabilité parentale. Cette solution pourrait être source d'inspiration s'agissant d'une évolution du droit français.

**601 Conclusion.** La tutelle testamentaire permet au parent de désigner par avance un tuteur pour l'enfant. A défaut, le conseil de famille choisit le tuteur. Cette possibilité est rassurante pour le parent, dans la mesure où elle tend à favoriser la stabilisation et la sécurisation du cadre de vie de l'enfant à son décès. Toutefois, une réflexion peut être engagée sur un droit plus général du parent à désigner un tuteur pour l'enfant, dans toutes les hypothèses où une tutelle doit être ouverte.

#### B. Réflexions sur une modification des conditions de la désignation du tiers comme tuteur

**602 Lacunes du dispositif actuel.** Il convient de s'interroger sur deux situations qui peuvent poser problème en pratique : soit le parent survivant est privé de l'exercice de l'autorité parentale en raison de son incapacité ; soit le parent qui exerce seul l'autorité parentale vient à décéder alors même que l'autre est toujours en vie. Dans ces deux situations, le parent est dans l'impossibilité de désigner un tuteur pour l'enfant alors même qu'une tutelle peut être ouverte.

**603 Incapacité du parent survivant.** La première hypothèse engendre deux difficultés. Selon certains auteurs, la désignation effectuée à une époque où le parent exerçait pleinement ses prérogatives parentales devrait donner lieu à l'ouverture d'une tutelle testamentaire<sup>187</sup>. Cependant, cette interprétation ne respecte pas la lettre de l'article 403 du Code civil qui exige que le parent ait conservé au jour de sa mort l'exercice de l'autorité parentale. De plus, la loi n'envisage pas que le parent puisse désigner un tiers comme tuteur, dans l'hypothèse où il ne viendrait pas à décéder, mais serait privé de l'exercice de l'autorité parentale du fait de son incapacité. Il devrait pouvoir être donné effet au choix parental réalisé avant la perte de l'exercice de l'autorité parentale, à l'image de ce qui a été

---

<sup>186</sup> Néanmoins, c'est également à la condition qu'une ordonnance de résidence n'ait pas été prononcée en faveur de celui qui a désigné le gardien, immédiatement avant sa mort. « *Children Act 1989* », s. 5 (8).

<sup>187</sup> En ce sens, TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 1157.

mis en place dans le cadre du mandat de protection future pour autrui<sup>188</sup>. Créé par la loi du 5 mars 2007, ce mandat permet aux parents ou au dernier vivant des père et mère de désigner un ou plusieurs mandataires chargés de représenter leur enfant handicapé au cas où celui-ci ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération médicalement constatée de ses facultés mentales ou corporelles<sup>189</sup>. Le ou les parents ne doivent pas faire l'objet d'une mesure de tutelle ou de curatelle et doivent exercer l'autorité parentale sur l'enfant au moment de la conclusion du mandat<sup>190</sup>. La désignation du tiers prend effet au jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'enfant. Nous pensons qu'il pourrait en aller de même s'agissant de la désignation d'un tiers comme tuteur. Le parent pourrait ainsi anticiper son incapacité future en désignant par avance le tuteur de l'enfant, au cas où une tutelle devrait être ouverte. Si le parent pouvait choisir le tiers en prévision de sa future incapacité, la désignation ne pourrait avoir lieu que par déclaration devant notaire, le testament ne produisant ses effets qu'au décès du testateur.

**604 Ouverture d'une tutelle malgré la présence de l'un des parents.** Le droit de désigner le tuteur n'appartient au parent que si l'autre parent est prédécédé et non s'il a été frappé d'un retrait de l'autorité parentale (v. *supra*, n<sup>os</sup> 164 et s.), s'il fait l'objet d'une mesure de protection (v. *supra*, n<sup>o</sup> 173) ou s'il n'exerce pas l'autorité parentale pour une autre raison (v. *supra*, n<sup>os</sup> 187 et s.). Pourtant, dès lors que les parents de l'enfant sont décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale, une tutelle doit être ouverte (art. 390 C. civ.). Par exemple, si l'un est incapable et que l'autre décède, une tutelle est organisée. Puisque dans ce cas la tutelle est automatique, pourquoi ne pas autoriser le parent à choisir lui-même le futur tuteur dans l'hypothèse où il viendrait à décéder avant la majorité de l'enfant ? Il nous semble opportun de modifier également la

---

<sup>188</sup> Sur le mandat de protection future, v. par exemple DELFOSSE A. et BAILLON-WIRTZ N., *Le mandat de protection future*, JCP éd. G 2007, I, 147 ; LEPROVAUX J., *Le mandat de protection future*, JCP éd. N 2008, 1274 ; KLEIN J., *Le mandat de protection future ou la protection juridique conventionnelle*, Dr. fam. 2007, étude n<sup>o</sup> 21 ; HAUSER J., *Des incapables aux personnes vulnérables*, Dr. fam. 2007, étude n<sup>o</sup> 14. Un mécanisme similaire au mandat de protection futur français existe en Espagne, en Allemagne, en Angleterre ou au Québec (KLEIN J., *Le mandat de protection future enfin opérationnel*, AJ fam. 2009, 56).

<sup>189</sup> Loi n<sup>o</sup> 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs ; art. 477 al. 3 C. civ. qui renvoie à l'art. 425 C. civ.

<sup>190</sup> Il est également possible pour les parents de prévoir un mandat de protection future pour leur enfant majeur dont ils assument la charge matérielle et affective. Le mandat doit être rédigé sous forme notariée (art. 477 al. 4 C. civ.). Il peut être général ou être limité à certains actes ; il peut porter sur la personne et/ou sur les biens de l'enfant.

loi sur ce point. Enfin, lorsque celui qui exerçait seul l'autorité parentale décède, le juge aux affaires familiales peut décider de confier exceptionnellement l'enfant à un tiers (v. *infra*, n° 619), qu'il peut charger de requérir l'ouverture d'une tutelle (art. 373-4 al. 2 C. civ.). Il devrait également être prévu que, dans cette hypothèse, la désignation que le parent aurait pu faire de son vivant produira ses effets et que le tiers choisi par lui sera nommé tuteur de l'enfant.

Ainsi, nous proposons que le parent survivant puisse désigner un tuteur pour l'enfant au cas où il viendrait à être privé de l'exercice de l'autorité parentale en raison de son incapacité. Nous suggérons pareillement que le parent qui exerce seul l'autorité parentale puisse choisir par avance le tuteur de l'enfant au cas où une tutelle devrait être ouverte malgré la présence du second parent. Le choix du tuteur ne serait ainsi plus limité à la stricte hypothèse de la tutelle testamentaire. Il est également possible pour le(s) parent(s) de choisir le tiers qui s'occupera de l'enfant à leur décès dans d'autres législations européennes.

**605 Conclusion.** Le ou les parents peuvent ainsi reconnaître le tiers dans sa fonction parentale en lui transférant ou en partageant certains droits de l'autorité parentale ou en lui confiant l'enfant après leur décès. Ces prérogatives sont strictement encadrées en raison de leur gravité. Le tiers n'est, quant à lui, pas totalement désarmé face à l'inaction des parents. Il dispose en effet d'un certain nombre de moyens pour accéder à une reconnaissance sur le plan juridique.

## **§ 2. La reconnaissance du rôle du tiers indépendamment de la volonté parentale**

**606 Solutions s'offrant au tiers.** Le tiers peut prendre l'initiative de la reconnaissance juridique de son rôle éducatif alors même que le(s) parent(s) de l'enfant s'y oppose(nt) ou reste(nt) inactif(s). Dans cette situation, le droit lui accorde un certain nombre de possibilités lui permettant de se prévaloir de cette relation factuelle. Tout d'abord, le tiers peut demander le maintien de ses relations personnelles avec l'enfant **(A)**. A titre exceptionnel, il peut également se voir confier l'enfant **(B)**.

## A. La possibilité de maintenir des relations personnelles avec l'enfant

**607 Plan.** Il n'existe pas de véritable droit pour le tiers au maintien de ses relations avec l'enfant. Toutefois, le juge peut décider qu'il est dans l'intérêt de l'enfant que des contacts soient organisés (1). L'absence d'un tel droit a pu conduire à réfléchir à l'opportunité d'une modification du Code civil sur ce point (2).

### 1. Pratique actuelle de l'article 371-4 du Code civil

**608 Le seul intérêt de l'enfant.** Selon l'article 371-4 du Code civil, le juge aux affaires familiales peut, si cela est dans l'intérêt de l'enfant, fixer les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non. Cet article a été modifié par la loi du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale*. L'ancien article 371-4 du Code civil, instauré par la loi du 4 juin 1970, exigeait des circonstances exceptionnelles<sup>191</sup>. Dorénavant, la continuité des relations est donc uniquement subordonnée à l'intérêt de l'enfant. Cette modification du droit français s'explique en partie par le développement du droit de l'enfant à avoir des relations personnelles énoncé dans certaines conventions comme la Convention internationale *des droits de l'enfant* ou la Convention européenne *sur les relations personnelles concernant les enfants*<sup>192</sup>.

**609 Preuve.** C'est au tiers d'en rapporter la preuve au regard de la nature des liens qu'il a pu nouer avec le mineur, de leur durée et des risques de perturbation pour l'enfant s'ils venaient à être rompus. Un rapport d'affection est plus facilement supposé s'ils ont vécu ensemble et si le tiers a participé en fait à son éducation et à son entretien. Le juge peut ordonner une enquête sociale pour s'assurer qu'il est dans l'intérêt de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec le demandeur à l'action et que ce dernier dispose des conditions matérielles pour l'accueillir. Toutefois, si la situation paraît trop conflictuelle, le

---

<sup>191</sup> Avant la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale*, les juges étaient plutôt partagés sur la question de savoir si le tiers non apparenté à l'enfant pouvait bénéficier d'un droit de visite. Les juges du fond accordaient parfois aux parents nourriciers ou aux parrain et marraine de l'enfant un droit de visite alors que la Cour de cassation y était fermement opposée (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 mars 1958, D. 1959, 29, note SAVATIER R. ; JCP 1958, II, 10534, note RL. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 mars 1961, D. 1961, 521, note SAVATIER R. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 2 juin 1964, D. 1964, 561 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 janvier 1964, JCP 1964, II, 13521, note ROUAST A.). V. également REBOUG M., th. préc., n<sup>os</sup> 707 et s.

<sup>192</sup> En ce sens, BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 599. L'article 5 de la Convention européenne du 15 mai 2003 *sur les relations personnelles concernant les enfants* prévoit la possibilité pour les États d'instituer des relations entre l'enfant et des membres de sa famille, autre que ses parents, sous réserve de l'intérêt de l'enfant. En outre, ils sont libres d'étendre cette disposition à d'autres personnes.

magistrat peut refuser d'accorder un droit de visite. Le droit d'entretenir des relations personnelles n'est en rien automatique et suppose le recours au juge aux affaires familiales qui seul peut apprécier sa conformité avec l'intérêt de l'enfant. En tant qu'elles apportent une limitation du pouvoir de surveillance des parents, les relations entre l'enfant et le tiers, auxquelles ceux-ci peuvent s'opposer, requièrent une autorisation judiciaire.

**610 Détermination du tiers.** Le tiers évoqué peut être un membre de la famille (oncle, tante<sup>193</sup>, cousin, sœur<sup>194</sup>, demi-frère<sup>195</sup>...), l'alinéa premier dudit article ne prévoyant expressément le maintien des relations qu'entre l'enfant et ses ascendants. Contrairement à cette hypothèse, le maintien des relations personnelles avec d'autres membres de la famille ne découle pas de la seule existence du lien de parenté, mais d'un rapport d'affection réciproque. Le tiers qui n'est pas juridiquement lié à l'enfant par un lien de parenté peut également en bénéficier<sup>196</sup>. Le droit de visite est parfois sollicité à la séparation du couple formé par le parent et le tiers. Globalement, un tel droit peut être demandé par tout tiers ayant vécu avec l'enfant et souhaitant conserver des liens affectifs avec lui : ancien concubin de l'adoptante<sup>197</sup>, ancienne concubine de la mère<sup>198</sup>, second mari de la mère décédée<sup>199</sup> ou mère intentionnelle lorsque l'enfant est né grâce à une maternité de substitution<sup>200</sup>. L'article 371-4 alinéa 2 peut aussi profiter à la famille d'accueil qui a pris en charge l'enfant par le passé. Cette solution va dans le sens de la nouvelle mission dévolue au service de l'aide sociale à l'enfance<sup>201</sup>. L'article L 221-1 du Code de l'action sociale et des familles prévoit qu'il doit « *veiller à ce que les liens d'attachement noués par*

---

<sup>193</sup> Par exemple, a pu être rejetée la demande de la tante et marraine qui n'apporte pas la preuve de l'existence d'une quelconque relation particulière entre elle et l'enfant permettant de justifier l'intérêt celui-ci à entretenir des relations personnelles avec elle : CA Rouen 15 juin 2006, Juris-data n° 2006-309699.

<sup>194</sup> V. par exemple, CA Toulouse, 28 mars 2006, Juris-data n° 2006-304845.

<sup>195</sup> V. par exemple, CA Colmar, 3 novembre 2003, Juris-data n° 2003-253469.

<sup>196</sup> Pour un droit de visite accordé aux parrain et marraine civils, v. par exemple, CA Rouen, 28 février 2008, Juris-data n° 2008-359229.

<sup>197</sup> CA Grenoble, 15 décembre 1997, Dr. fam. 1998, comm. n° 38, note MURAT P. V. *contra*, refus d'accorder un droit de visite à l'ancien concubin de la mère, CA Nancy, 11 février 2008, Juris-data n° 2008-374144.

<sup>198</sup> TGI Bressuire, JAF, 6 janvier 2000, D. 2000, IR, 88 ; CA Pau, 18 décembre 2006, Juris-data n° 2006-335878.

<sup>199</sup> CA Pau, 5 juillet 2000, Juris-data n° 2000-122459 ; CA Montpellier, 22 janvier 2008, Juris-data n° 2008-361484.

<sup>200</sup> CA Poitiers, 19 octobre 1999, Juris-data n° 1999-146595, JCP éd. G 2002, IV, 1305.

<sup>201</sup> BONFILS P. et GOUTTENNOIRE A., *op. cit.*, n° 601.

*l'enfant avec d'autres personnes que ses parents soient maintenus, voire développés, dans son intérêt supérieur* »<sup>202</sup>.

Il peut aussi être fait recours à l'article 371-4 du Code civil lorsque le lien de droit unissant l'enfant et le tiers a été anéanti ou rompu. Par exemple, l'ancien compagnon transsexuel de la mère a obtenu un droit de visite, à défaut de pouvoir établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant<sup>203</sup>. A ainsi été accordé un droit de visite à l'homme dont la paternité a été contestée avec succès (v. *supra*, n° 329) ou aux grands-parents de l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière<sup>204</sup>. Cette possibilité peut être le moyen de trouver une solution lorsqu'il est dans l'intérêt de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec certains tiers particuliers. Par exemple, un droit de visite a été accordé aux parents de l'homme décédé avant de reconnaître l'enfant<sup>205</sup>. Pareillement, la mère porteuse qui souhaitait reprendre l'enfant auquel elle avait donné naissance a pu en bénéficier<sup>206</sup>. Dans le cadre de l'accouchement sous X, on pourrait imaginer qu'il puisse être accordé au père biologique de l'enfant qui n'aurait pas pu faire établir sa paternité avant le placement de l'enfant en vue de son adoption<sup>207</sup>. Mais cette possibilité a déjà été refusée aux grands-parents par le sang de l'enfant né sous X<sup>208</sup>.

**611 Mise en œuvre pratique.** Le tiers peut directement saisir le juge aux affaires familiales<sup>209</sup>. L'ancien article 371-4 du Code civil prévoyait l'octroi d'un droit de visite ou

---

<sup>202</sup> Nouvel art. L 221-1 CASF tel que modifié par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection de l'enfance.

<sup>203</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 mai 2005, préc., v. *supra*, n° 328.

<sup>204</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 juillet 1997, Dr. fam. 1997, comm. n° 173, note MURAT P. ; Defrénois 1998, 720, obs. MASSIP J. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 juillet. 1987, Bull. civ. I, n° 235 ; D. 1987, IR, 191 ; Defrénois 1988, 319, n° 8, obs. MASSIP J. ; CA Pau, 21 avril 1983, D. 1984, 109, note HAUSER J.

<sup>205</sup> CA Riom, 13 mars 2001, Juris-data n° 138053.

<sup>206</sup> CA Paris, 19 février 1988, RTD civ. 1988, 328, obs. RUBELLIN-DEVICHI J.

<sup>207</sup> BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 604. Sur les difficultés pour l'homme de faire établir dans ces conditions sa paternité, v. *supra*, n° 254 et s.

<sup>208</sup> CA Paris, 10 avril 2008, AJ fam. 2008, 252, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2008, 466, note HAUSER J. ; Dr. fam. 2008, comm. n° 102, note MURAT P. Selon le professeur Hauser, cette solution est critiquable : « pour avoir une fois de plus traité le sujet sous l'unique angle du droit de la mère et du droit à l'enfant des couples adoptifs en ignorant la dimension élémentaire de la maternité, on s'enfoncé chaque jour un peu plus dans des contradictions inquiétantes ». L'auteur dresse un parallèle avec l'interdiction d'adopter l'enfant du conjoint en présence d'ascendants.

<sup>209</sup> GEBLER L., *Conflits autour de l'autorité parentale : juge compétent et modalités procédurales*, AJ fam. 2009, 154.

de correspondance<sup>210</sup>. La généralité de la nouvelle rédaction du texte permet de fixer librement, cas par cas, les modalités des relations entre l'enfant et le tiers<sup>211</sup>. Peut ainsi être permis un droit d'hébergement et de séjour plus ou moins étendu<sup>212</sup>. Si les relations entre eux ont cessé en raison du refus opposé par les parents à leur poursuite, le juge peut également fixer leur reprise progressive ou dans un lieu neutre.

Différentes propositions ont été formulées aux fins d'améliorer le maintien des relations entre l'enfant et le coparent qui a partagé sa vie. Il convient de les exposer et de s'interroger sur l'opportunité d'une modification de l'article 371-4 du Code civil.

## 2. Réflexions sur la création d'un véritable droit au maintien des relations personnelles au profit du tiers

**612 Propositions.** Il a parfois été avancé que le tiers devrait bénéficier d'un droit au maintien de ses relations avec l'enfant en raison du rôle qu'il a pu jouer dans les faits. Ainsi a été préconisée la création d'un tel droit au profit du tiers ayant pris en charge l'enfant durant la vie de couple. « *La délégation partielle de l'autorité parentale pendant la vie commune révélerait le lien d'affection au plan juridique et elle permettrait la reconnaissance d'un droit propre aux relations personnelles* »<sup>213</sup>. La consécration d'un droit pour le « *tiers privilégié* » opèrerait un renversement de la charge de la preuve. À l'image du droit de visite des ascendants, il appartiendrait aux parents de prouver l'existence de motifs graves justifiant qu'il soit refusé au tiers<sup>214</sup>. Dans le même sens, la Défenseure des enfants a suggéré de modifier l'article 371-4 en ajoutant *in fine* un alinéa supplémentaire prévoyant qu'il existe « *un droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec le tiers, parent ou non qui a partagé sa vie quotidienne et avec lequel il a noué des liens affectifs étroits* »<sup>215</sup>. Il serait ainsi présumé qu'il est dans l'intérêt de l'enfant que ces relations soient maintenues. Cette idée a été reprise dans l'avant-projet de

---

<sup>210</sup> La Cour de cassation considérait cependant que le droit d'hébergement n'était qu'une modalité du droit de visite, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 mai 1986, Bull. civ. I, n° 112 ; D. 1986, 496, note MASSIP J. ; RTD civ. 1986, 736, obs. RUBELLIN-DEVICHI J.

<sup>211</sup> En ce sens, GOUTTENOIRE A. et FULCHIRON H., Répertoire civil Dalloz, *Autorité parentale*, préc., n° 283.

<sup>212</sup> V. par exemple, CA Toulouse, 28 mars 2006, préc. : est accordé à la sœur un droit de visite et d'hébergement d'une journée et une nuit par mois ainsi qu'une semaine durant le mois de juillet.

<sup>213</sup> REBOURG M., th. préc., n° 747.

<sup>214</sup> *Ibid.*, n° 758 et s.

<sup>215</sup> *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités*, rapp. préc., v. notamment p. 73 et 74.

loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers. Le nouvel article 371-4 du Code civil prévoirait que « l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants ainsi qu'avec le tiers qui a résidé avec lui et l'un de ses parents et avec lequel il a noué des liens affectifs étroits. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit ». Le second alinéa serait également modifié afin de permettre au juge aux affaires familiales de fixer les modalités des relations entre l'enfant et toute autre personne, parent ou non. Cette solution aboutirait à une hiérarchisation des tiers fondée sur la vie de couple du tiers et du parent ainsi que sur la notion de « liens affectifs étroits ». « Pourquoi ce traitement privilégié en faveur de ce tiers en particulier ? C'est bel et bien le rôle de l'adulte qui semble officialisé ici, et l'intérêt de l'enfant paraît quelque peu théorisé à partir de l'adulte concerné »<sup>216</sup>. Nous ne pouvons que rejoindre cette conclusion.

**613 Rejet d'une modification de l'article 371-4 du Code civil.** Une telle modification serait-elle opportune ou n'aurait-elle qu'un effet symbolique ? De prime abord, elle semblerait faciliter le maintien des relations personnelles entre l'enfant et le tiers, mais ce dernier serait toujours dans l'obligation de saisir le juge en cas de conflit avec les parents. Lorsque la situation est apaisée, les parents permettent spontanément au tiers d'avoir des contacts avec l'enfant, peu importe qu'il soit ou non titulaire d'un droit au maintien des relations personnelles. De plus, l'existence d'une délégation « partage » de l'autorité parentale ou d'une vie commune antérieure sont des éléments que le juge prend déjà en considération pour apprécier la conformité de la mesure à l'intérêt de l'enfant. L'utilité résiderait alors dans l'inversion de la charge de la preuve. Toutefois, le tiers devrait rapporter la preuve de l'existence de « liens affectifs étroits » avec l'enfant ce qui risque de conduire à une preuve similaire à celle dont il a déjà la charge. Le tiers doit en effet prouver l'existence d'une relation affective entre lui et l'enfant. En outre, sur le plan symbolique, s'il est compréhensible que les ascendants de l'enfant disposent d'un droit naturel à entretenir des relations avec lui, la création d'un droit similaire au profit du tiers (qui lui est juridiquement et biologiquement étranger) paraît véritablement porter atteinte au droit de surveillance des parents. De plus, le maintien des relations peut être contraire à l'intérêt de l'enfant lorsque les rapports entre le tiers et ses parents se sont fortement dégradés. Le tiers pourrait profiter des visites pour dénigrer le parent ou influencer sur

---

<sup>216</sup> MIRKOVIC A., *Avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers*, art. préc.

l'éducation de l'enfant. Celui-ci se retrouverait au centre d'un conflit opposant le parent et le tiers. Enfin, que faire si plusieurs tiers revendiquent un même droit lors par exemple de recompositions familiales successives ? Comment concilier le droit de visite et d'hébergement du parent n'exerçant pas l'autorité parentale et celui du tiers<sup>217</sup> ? L'enfant a par principe intérêt à voir sa cellule familiale équilibrée et stabilisée. Une accumulation de droits de visite peut le déstabiliser. Par conséquent, dans la mesure où le tiers ne peut pas se prévaloir d'un lien de parenté avec l'enfant, il convient de maintenir l'obligation qui lui est faite de prouver que le maintien de ses relations personnelles avec l'enfant est conforme à l'intérêt de celui-ci. De surcroît, une telle modification privilégierait le tiers par rapport aux autres membres de la famille de l'enfant (oncle, tante, cousin...). Ces derniers, pouvant se prévaloir d'un lien de parenté, devraient continuer à prouver que le droit de visite sollicité est conforme à l'intérêt de l'enfant. Il est donc sage de maintenir l'article 371-4 du Code civil dans son actuelle rédaction. Les juges du fond doivent conserver leur pouvoir souverain d'appréciation en la matière. Le tiers ne peut bénéficier d'un droit au maintien de ses relations avec l'enfant que s'il parvient à prouver qu'il est justifié de porter atteinte au droit de surveillance des parents. En outre, serait-il cohérent de dissocier de façon croissante le statut de l'enfant de celui de ses parents tout en octroyant automatiquement des droits au tiers sur le fondement de sa relation de couple avec le parent sans que l'autorité judiciaire ne puisse se prononcer sur leur opportunité au regard de l'intérêt de l'enfant ?

**614 Apport du droit comparé.** Une comparaison de la solution française à celles adoptées par d'autres États européens confirme cette analyse. En effet, lorsqu'il est prévu que le tiers puisse bénéficier d'un droit de visite, il lui appartient généralement de démontrer l'existence de relations particulières ou que le droit sollicité est conforme à l'intérêt de l'enfant. Par exemple, un droit de visite peut être octroyé au tiers au Luxembourg, mais à de strictes conditions (art. 374 C. civ.). Les circonstances justifiant l'octroi judiciaire d'un droit de visite ou de correspondance doivent être exceptionnelles. Le droit belge permet aussi le maintien des relations personnelles entre l'enfant et le tiers,

---

<sup>217</sup> Dans sa thèse, Mme REBOURG propose que l'accumulation de droits de visite s'analyse en un motif grave dont le parent pourrait se prévaloir pour s'opposer à l'octroi d'un droit de visite ou pour en demander la suppression ou la réduction, th. préc., n° 765.

mais uniquement s'il justifie d'un lien particulier d'affection avec lui (art. 375 bis C. civ.). Au Royaume-Uni, il est également possible de solliciter un droit de visite (« *contact order* »)<sup>218</sup>. Si cela est conforme à l'intérêt de l'enfant, peut en bénéficier celui qui a vécu avec l'enfant pendant trois années, le conjoint du parent avec lequel l'enfant a vécu<sup>219</sup>, celui qui a obtenu le consentement de toutes les personnes en faveur desquelles une ordonnance de résidence a été prononcée (v. *infra*, n<sup>os</sup> 624 et s.), celui qui a obtenu le consentement de l'autorité locale à laquelle l'enfant a été confié ou enfin celui qui a obtenu le consentement de toutes les personnes ayant la responsabilité parentale sur l'enfant<sup>220</sup>. Le tiers ne peut pas simplement se prévaloir d'un lien étroit d'affection.

**615 Conclusion.** La reconnaissance du tiers ne doit pas s'effectuer, même symboliquement, au mépris des droits des parents. Une telle modification de la législation française porterait atteinte au droit de surveillance parental et nécessiterait en tout état de cause le recours au juge en cas de conflit. En l'état actuel du droit, les relations entre le tiers et l'enfant peuvent être maintenues lorsque cela est dans l'intérêt de ce dernier. La prise en compte du tiers ne peut être réalisée qu'à cette condition. Pareillement, c'est sur le fondement de l'intérêt de l'enfant que le tiers peut parfois être préféré au(x) parent(s) et se voir confié celui-ci.

#### B. L'enfant confié au tiers

**616 Fondements.** Dans des hypothèses strictement encadrées, l'enfant peut être confié au tiers qui dispose à ce titre de prérogatives plus ou moins importantes. L'enfant peut être confié au tiers, sa résidence étant alors fixée au domicile de celui-ci **(1)**. Le tiers qui l'a recueilli peut solliciter une délégation forcée de l'autorité parentale **(2)**. Enfin, quand la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier à un tiers au titre d'une mesure d'assistance éducative **(3)**.

---

<sup>218</sup> « *Children Act 1989* », s. 8 (1).

<sup>219</sup> Peu importe que le couple se soit ou non séparé.

<sup>220</sup> « *Children Act 1989* », s. 10 (5).

## 1. La fixation de la résidence de l'enfant chez le tiers

**617 L'enfant confié au tiers.** Le droit français prévoit que l'enfant puisse être confié au tiers dans des circonstances exceptionnelles ce qui limite profondément les pouvoirs des père et mère. Le juge peut lors de leur séparation décider de fixer la résidence de l'enfant au domicile d'un tiers **(a)**. Le droit britannique permet également la prise en charge de l'enfant par le tiers au moyen d'une ordonnance de résidence **(b)** qu'il peut être intéressant de comparer au dispositif français.

### *a. L'enfant confié au tiers sur le fondement de l'article 373-3 du Code civil français*

**618 Situation exceptionnelle.** Selon l'article 373-3 du Code civil, en cas de séparation des parents, « *le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté* »<sup>221</sup>. Il s'agit d'une exception à la vocation naturelle des parents à prendre en charge l'enfant. « *Cette conception correspond à la primauté du lien de l'enfant avec ses deux parents par ailleurs consacrée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, seule une situation susceptible d'être dangereuse pour lui justifiant que l'enfant soit confié à une autre personne* »<sup>222</sup>. L'exercice conjoint de l'autorité parentale n'est pas un obstacle à la fixation de la résidence de l'enfant chez le tiers. Le juge ne peut pas être saisi directement par le tiers. En effet, seuls les parents et le ministère public peuvent demander que l'enfant soit confié à un tiers. Ce dernier doit donc préalablement saisir le ministère public<sup>223</sup>. Avant de rendre sa décision, le juge peut ordonner une enquête sociale qui lui permet d'obtenir des renseignements sur la famille et sur les conditions de vie du ou des enfants<sup>224</sup>. L'avant-projet de loi sur l'autorité parentale

<sup>221</sup> Cette disposition remplace l'ancien article 287-1 du Code civil abrogé par la loi du 4 mars 2002.

<sup>222</sup> GOUTTENOIRE-CORNUT A. et MURAT P., *L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant*, Dr. fam. 2003, étude n° 1.

<sup>223</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 février 2009, Juris-data n° 2009-047180, D. 2009, 811, note EGEA V. ; AJ fam. 2009, 171, note GALLMEISTER I. : l'enfant avait été reconnu mensongèrement par le compagnon de la mère et sa résidence avait été fixée chez celui-ci. La mère a engagé une action en contestation de la reconnaissance. Au vu des résultats de l'expertise biologique, ordonnée par arrêt avant-dire-droit et concluant à la non-paternité du compagnon, la mère a demandé à ce que la résidence de l'enfant soit transférée à son domicile. La Cour d'appel de Lyon, accueillant favorablement la demande présentée directement par l'auteur de la reconnaissance, a considéré que la résidence devait être fixée chez celui-ci sur le fondement de l'article 373-3 du Code civil. Selon la Cour de cassation, les juges du fond ont violé les articles 373-2-8 et 373-3 alinéa 2 du Code civil et l'article 1179-1 du Code de procédure civile.

<sup>224</sup> Art. 373-2-12 C. civ.

et les droits des tiers prévoit de remplacer l'expression « *choisi de préférence dans sa parenté* » par celle de « *parent ou non* », facilitant la désignation du tiers coparent (nouvel article 373-3 C. civ.).

**619 L'enfant confié au tiers au décès de l'un de ses parents.** L'article 373-3 du Code civil prévoit également *in fine* la possibilité pour le juge de décider que l'enfant sera confié à un tiers au décès du parent qui exerce l'autorité parentale et cela malgré la présence de l'autre parent. Cette disposition écarte la dévolution en principe automatique de l'exercice de l'autorité parentale au parent survivant (v. *supra*, n° 171). La décision ne peut toutefois être prise du vivant du parent que dans des circonstances exceptionnelles. Ceci s'explique par la gravité de l'atteinte aux droits du parent survivant à qui il est refusé de recueillir l'enfant au décès de l'autre. Aux Pays-Bas, le tiers peut également être préféré au second parent. En effet, celui qui a exercé les prérogatives parentales conjointement avec le parent devient, au décès de ce dernier, de plein droit le gardien de l'enfant<sup>225</sup>. Le parent survivant peut solliciter l'exercice de l'autorité parentale. Mais le juge ne fait droit à sa demande que s'il estime qu'il en a la capacité.

L'avant-projet de loi *sur l'autorité parentale et les droits des tiers* modifie également cette disposition. Selon ce qu'exigerait l'intérêt de l'enfant, celui-ci pourrait être confié à un tiers, parent ou non, au décès de l'un des parents et non plus seulement au décès de celui qui exerce l'autorité parentale (nouvel article 373-3 *in fine*). Cela signifierait que l'enfant pourrait être confié à un tiers alors même que son autre parent exercerait l'autorité parentale. Le tiers prendrait-il alors en charge l'enfant en l'absence de carence du second parent ? Il nous semble qu'une telle modification est inopportune. Le deuxième alinéa de l'article 373-3 prévoit déjà la possibilité de confier l'enfant à un tiers notamment lorsque l'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale et le troisième alinéa lorsque le parent qui exerçait l'autorité parentale est décédé. La prise en charge de l'enfant par le tiers doit pallier une défaillance parentale. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé qu'en matière de conflit relatif à la garde d'un enfant les droits du parent doivent être pris en compte. Dans un arrêt du 9 mai 2006, les juges européens ont condamné les autorités finlandaises pour avoir confié la garde des enfants à la compagne

---

<sup>225</sup> Art. 253 w BW.

homosexuelle de la mère décédée sans conclure que le requérant était de quelque façon que ce soit inapte à assumer son rôle de père ou incapable de subvenir à leurs besoins ou de faire passer leurs intérêts en priorité<sup>226</sup>. Aussi la reconnaissance du tiers ne doit-elle pas porter atteinte aux droits du parent dont le comportement ne porte pas préjudice à l'enfant.

**620 Répartition des prérogatives parentales.** Lorsque l'enfant est confié au tiers, l'autorité parentale continue à être exercée par les père et mère. Il ne s'agit donc pas d'une mesure s'assimilant à un retrait de l'autorité parentale (v. *supra*, n<sup>os</sup> 175 et s.). Les parents prennent les décisions graves relatives à la santé, l'éducation, l'orientation professionnelle ou religieuse de l'enfant<sup>227</sup>. En outre, ils restent tenus à leur devoir d'entretien et d'éducation qui prend alors la forme d'une pension alimentaire versée au tiers auquel l'enfant a été confié<sup>228</sup>. Le tiers peut, quant à lui, accomplir tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation (art. 373-4 C. civ.). Une demande de délégation de l'autorité parentale est donc inutile (v. *infra*, n<sup>os</sup> 629 et s.). Il y a dissociation des prérogatives parentales entre le tiers et les parents : le premier se voit attribuer le pouvoir de consentir aux actes usuels facilitant la prise en charge quotidienne de l'enfant et les seconds sont maintenus dans leur pouvoir de décision s'agissant des actes graves. La prise en charge de l'enfant par un tiers ne fait donc en principe pas obstacle à l'exercice de l'autorité parentale par le parent. Cependant, le juge peut demander au tiers de requérir l'ouverture d'une tutelle, notamment s'il ne reste plus ni père, ni mère en état d'exercer l'autorité parentale<sup>229</sup>.

L'avant-projet de loi *sur l'autorité parentale et les droits des tiers* envisage la possibilité pour le tiers auquel l'enfant a été confié, d'être judiciairement autorisé à accomplir un acte important de l'autorité parentale (nouvel article 373-4 alinéa 2 C. civ.). A l'image de l'article 375-7 du Code civil (v. *infra*, n<sup>o</sup> 647), cette autorisation devrait être justifiée par l'intérêt de l'enfant et pourrait intervenir « *en cas de refus abusif ou injustifié, de*

---

<sup>226</sup> CEDH, 9 mai 2006, C. contre Finlande, requête n<sup>o</sup> 18249/02. Les juridictions finlandaises s'étaient exclusivement fondées sur le souhait des enfants leur donnant ainsi de fait un droit de véto absolu.

<sup>227</sup> En ce sens, CARBONNIER I., J.-Cl. Civil Code, Art. 371 à 387, *Autorité parentale*, fasc. 10, 2003, n<sup>o</sup> 1.

<sup>228</sup> CA Agen, 31 mars 2005, Juris-data n<sup>o</sup> 2005-272618.

<sup>229</sup> Art. 373-4 et 373-5 C. civ. Une tutelle peut également être ouverte lorsque le juge a confié l'enfant au tiers sur le fondement de l'article 374-1 du Code civil.

*négligence des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou d'impossibilité pour eux d'effectuer un tel acte* ». Le tiers devrait rapporter la preuve de la nécessité de la mesure.

**621 Illustrations jurisprudentielles.** Ainsi que le prévoit l'article 373-3 du Code civil, l'enfant ne peut être confié du vivant des parents à un tiers que lorsque les circonstances l'exigent. Cela s'explique par la privation pour les père et mère d'une de leurs principales prérogatives. On constate que cette faculté pour le juge n'est guère utilisée en pratique. L'étude de la jurisprudence tend à montrer que l'enfant est généralement confié à un membre de sa famille (grands-parents<sup>230</sup>, tante). Cependant, quelques décisions ont reconnu sur ce fondement le tiers ayant exercé une fonction de type parental auprès de l'enfant. L'emploi de l'adverbe « *notamment* » autorise que l'enfant soit confié au tiers dans d'autres hypothèses que celles prévues par l'article 373-3 du Code civil : « *le pouvoir du juge de confier l'enfant à un tiers n'est pas limité aux seuls cas où l'un des parents est décédé ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale* »<sup>231</sup>.

**622 Résidence de l'enfant chez le tiers et maternité de substitution.** La résidence d'un enfant né suite à une maternité de substitution a ainsi pu être fixée chez la mère intentionnelle qui s'en était occupée depuis la naissance<sup>232</sup>. En 1993, les époux L. ont eu recours à une mère porteuse. Le 28 mars 1994, Mme J., en instance de divorce, a accouché de Christopher conçu avec le sperme de M. L. Elle a remis aussitôt aux époux l'enfant qui a été déclaré à l'état civil comme issu de M. et Mme L. Sa filiation légitime a ainsi été établie à l'égard des parents intentionnels. Mme J. en est devenue par la suite la marraine. Une procédure de divorce est introduite en 1996 entre les époux L. conduisant le mari à dénoncer aux services de gendarmerie le stratagème utilisé. En 1998, Mme J. a assigné les époux L. devant le Tribunal de grande instance de Guingamp aux fins de contestation de la filiation légitime de l'enfant. Elle souhaitait que sa maternité naturelle fût établie et exercer l'autorité parentale sur l'enfant dont elle était accouchée. Le tribunal de grande instance a déclaré la convention de maternité de substitution nulle et a annulé l'acte de naissance de l'enfant. Il a également été décidé que l'autorité parentale serait exercée conjointement par

---

<sup>230</sup> V. par exemple, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 novembre 2007, Bull. civ. I, n° 358 ; RTD civ. 2008, 289, obs. HAUSER J. (enfant confié à sa grand-mère).

<sup>231</sup> EGEA V., note préc. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 février 2009, préc.

<sup>232</sup> CA Rennes, 6 janvier 2005, Juris-data n° 2005-264861 ; Dr. fam. 2005, comm. n° 52, note MURAT P.

les parents, M. L. et Mme J. Cependant, le tribunal a préféré fixer la résidence de l'enfant au domicile de la mère intentionnelle, Mme B. divorcée L., les parents bénéficiant d'un droit de visite et d'hébergement. Après avoir ordonné une enquête sociale et un examen psychosociologique, la Cour d'appel de Rennes a confirmé la décision des juges du fond. L'autorité parentale est ainsi exercée par les parents de Christopher<sup>233</sup> et la résidence de celui-ci est fixée au domicile de la mère intentionnelle. En effet, il ressortait explicitement de l'enquête et de l'expertise, « *que Christopher considère Mme B. comme sa véritable mère, qui l'élève depuis la naissance* ». Par conséquent, « *il est en l'état exigé par l'intérêt de cet enfant de fixer, à titre exceptionnel eu égard aux circonstances de la cause, sa résidence habituelle chez un tiers, à savoir Mme B., en raison essentiellement du profond lien de type maternel qui les unit* ».

**623 Enfant confié à l'ancien mari de la mère prédécédée.** De la même façon, un enfant a pu être confié à l'ancien mari de sa mère décédée alors même que sa filiation paternelle était établie. L'enfant, issu du premier mariage, avait vécu depuis le divorce de ses parents avec sa mère et le nouveau conjoint de celle-ci. En 2002, la mère décède brutalement. Sur le fondement de l'article 373-3 alinéa 2 du Code civil, l'enfant est confié à son ancien beau-père chez lequel il résidait. Il est apparu aux yeux des magistrats que cette solution était la plus favorable à l'intérêt de l'enfant en raison de la situation de fait préexistante depuis quelques années et au vu du rapport de l'enquête sociale. Selon les juges du fond, la demande de délégation de l'autorité parentale formulée par le tiers devait en outre être rejetée dans la mesure où celui-ci dispose de pouvoirs suffisants pour faire face aux besoins éducatifs de l'enfant<sup>234</sup>.

Le droit britannique permet également que la résidence de l'enfant puisse être fixée chez le tiers qui a participé dans les faits à son éducation.

---

<sup>233</sup> Mme B., divorcée L., avait demandé à ce que l'autorité parentale soit retirée aux parents de l'enfant. Les juges l'ont déboutée puisqu'elle ne rapportait pas la preuve d'un désintérêt ou d'un motif justifiant que leur soit retirée l'autorité parentale

<sup>234</sup> CA Agen, 31 mars 2005, préc.

*b. La pratique originale de l'ordonnance de résidence britannique*

**624 Conditions.** Au Royaume-Uni, le tiers peut demander une ordonnance de résidence (« *residence order* »), c'est-à-dire une décision désignant la personne avec laquelle l'enfant doit vivre<sup>235</sup>. Peuvent notamment solliciter une telle mesure : les parents ou les gardiens de l'enfant, celui qui a vécu avec l'enfant pendant trois années<sup>236</sup>, le conjoint du parent (que le mariage perdure ou non), celui qui a obtenu le consentement de toutes les personnes qui ont la responsabilité parentale ou en faveur desquelles une ordonnance de résidence a été prononcée et enfin celui qui a obtenu le consentement de l'autorité locale à laquelle l'enfant a été confié.

**625 Droits du tiers.** Le tiers n'acquiert pas simplement des droits lui permettant d'accomplir des actes usuels limités à la surveillance et à l'éducation de l'enfant, mais la responsabilité parentale pendant toute la durée de l'ordonnance de résidence<sup>237</sup>. Toutefois il ne peut consentir à l'adoption de l'enfant, ce droit restant une prérogative parentale<sup>238</sup>.

**626 Illustrations jurisprudentielles.** Cette possibilité a donné lieu à jurisprudence. Dans une décision du 12 janvier 2006, la Haute Cour de justice a eu à arbitrer un conflit relatif à un projet de coparentalité homosexuelle (v. *supra*, n<sup>os</sup> 216 et s.) opposant le père d'un enfant au couple composé par la mère et sa compagne<sup>239</sup>. Melles A. et C. désiraient avoir un enfant, mais souhaitaient également qu'il puisse grandir avec une figure paternelle. Melle A. a donné naissance à une fille, D., dont M. B. est le père. L'enfant a toujours vécu avec sa mère, la partenaire de celle-ci, Melle C. Melle A., en tant que mère, est investie de la responsabilité parentale qu'elle partage avec sa compagne en vertu d'une ordonnance de résidence partagée (ou « *shared residence order* »). En effet, la mère et Melle C. ont demandé à ce que la résidence de l'enfant leur soit attribuée conjointement. Cette décision leur a permis d'exercer ensemble les prérogatives parentales sans qu'il leur soit nécessaire d'obtenir l'accord du père. Par la suite, Melles A. et C. ont considéré que M. B. était

---

<sup>235</sup> « *Children Act 1989* », s. 8 et s.

<sup>236</sup> La période de trois ans n'a pas à être continue, mais ne doit pas avoir débuté plus de cinq ans avant la demande et ne doit pas avoir cessé plus de trois mois avant (« *Children Act 1989* », s. 10 (10)).

<sup>237</sup> Le tiers acquiert la responsabilité parentale dans la mesure où il n'est pas le parent ou le gardien de l'enfant.

<sup>238</sup> « *Children Act 1989* », s. 12 (2) et (3).

<sup>239</sup> *D (Contact and PR: Lesbian mothers and known father)* No.2, Re [2006] EWHC 2 (Fam) (12 January 2006).

dangereux pour leur relation et qu'il ne devait plus interférer dans leur vie familiale. Le père a, quant à lui, souhaité être davantage associé aux décisions et a voulu bénéficier des droits octroyés au parent qui n'a pas la garde de l'enfant consécutivement au divorce (v. *supra*, n° 195). Il est parvenu à obtenir judiciairement la responsabilité parentale (seule solution envisageable à défaut de déclaration conjointe avec la mère). Cependant, ses droits ont fortement été limités puisqu'il est précisé dans le jugement qu'il ne peut pas prendre seul de décisions relatives à l'éducation ou à la santé de l'enfant. Or, la privation de ce droit est d'autant plus grave que la fillette souffre d'une maladie de longue durée. La compagne de la mère est ainsi privilégiée dans la mesure où la résidence de l'enfant est fixée à son domicile (qu'elle partage avec la mère) et qu'elle exerce la responsabilité parentale dans son ensemble (elle a le droit de décider des orientations scolaires et médicales). Nous pouvons constater dans cette affaire, que la parentalité du tiers a été privilégiée par les juges à la parenté, le père ayant moins de droits que la compagne de la mère.

Une ordonnance de résidence a pu également être attribuée après la séparation du couple formé par le parent et le tiers et notamment dans une espèce très particulière dans laquelle s'affrontaient la mère biologique et son ancienne compagne<sup>240</sup>. Mmes CW. et CG. ont vécu ensemble à compter de 1995. Mme CG. a donné naissance à deux enfants nés en 1999 et en 2001 à la suite d'inséminations artificielles avec donneur anonyme. En 2002, le couple a rompu du fait de la relation de Mme CW. avec une autre femme. En 2003, Mme CW. a sollicité une ordonnance de résidence partagée et un droit de visite (« *contact shared residence order* ») à l'égard des deux enfants<sup>241</sup>. Un droit de visite provisoire a été accordé et un agent des services sociaux désigné, aux fins de déterminer quelle solution était la plus conforme à l'intérêt des enfants. Mme CG. s'opposait à toute ordonnance de résidence partagée qui aurait permis à Mme CW. d'obtenir la responsabilité parentale sur les enfants. Fin 2003, elle a déménagé sans en informer Mme CW. En première instance, la demande de Mme CW. est rejetée. Cette dernière interjette alors appel et obtient gain de cause. La

---

<sup>240</sup> *Re G (Residence: Same-Sex Partner)* [2005] EWCA Civ 462; [2005] 2 FLR 957, WHITESMITH L. et COOMBES D., Fam. Law 2006, 953.

<sup>241</sup> Selon la section 10 (5) (b) du « *Children Act 1989* », CW. pouvait solliciter un tel ordre à l'égard de l'aîné des enfants : toute personne avec laquelle l'enfant a vécu pendant au moins trois ans peut demander à ce que soit prononcée une ordonnance de résidence. En revanche, la seconde fille de Mme CG. ne pouvait en principe en faire l'objet.

résidence partagée des enfants est prononcée et ordre est donné à la mère de ne pas quitter Leicester. Peu de temps après, celle-ci décide de déménager en secret avec sa nouvelle compagne et les deux filles, enfreignant ainsi l'injonction de la Cour. Du fait du comportement répréhensible de la mère, les périodes de résidence aux domiciles de Mme CG. et Mme CW. sont judiciairement inversées donnant la priorité à l'ancienne compagne. La Chambre des Lords est alors saisie du litige. Si le rôle de l'ex-compagne a été prépondérant dans l'éducation des enfants qui seraient perturbés par la cessation de tout contact avec elle, la mère ne peut être privée de ses droits et doit être privilégié malgré son comportement. La résidence des enfants est donc principalement fixée chez la mère. Son ex-compagne bénéficie cependant de la responsabilité parentale du fait du maintien de la résidence partagée. Elle peut accueillir les enfants à son domicile pendant des périodes s'assimilant à un droit de visite. Cette solution aurait été la même pour le père dans l'hypothèse d'une séparation d'un couple hétérosexuel. La Chambre des Lords semble ainsi poser un principe d'égalité des « parents », quelle que soit l'orientation sexuelle du couple.

**627 Conclusion.** A la différence de l'article 373-3 du Code civil français, l'ordonnance de résidence prévoit un système souple et pouvant recouvrir une multitude de situations différentes : demande faite par le second parent biologique de l'enfant, le ou la partenaire du parent pendant la vie du couple ou après sa séparation, le conjoint ou l'ancien conjoint du parent, par toute personne ayant vécu trois années avec l'enfant... Il ne s'agit pas d'une simple modalité d'exercice de la responsabilité parentale, mais une disposition autonome dont le demandeur ne peut bénéficier que si elle est dans l'intérêt de l'enfant. La personne en faveur de laquelle une telle décision est prononcée dispose de plus de droits parentaux que celle chez laquelle l'enfant réside sur le fondement de l'article 373-3 du Code civil français. Indépendamment de cette hypothèse, il est également possible pour le tiers d'obtenir davantage de prérogatives en sollicitant une délégation forcée de l'autorité parentale.

## 2. La demande de transfert des prérogatives parentales à l'initiative du tiers

**628 Plan.** Seront envisagées la pratique française actuelle **(a)**, puis les expériences étrangères **(b)**.

### a. La délégation forcée de l'autorité parentale

**629 Recueil préalable.** Sur le fondement de l'article 377 du Code civil, le tiers qui a recueilli l'enfant peut saisir le juge aux affaires familiales afin que soit prononcée à son profit une délégation de l'autorité parentale<sup>242</sup>. Il s'agit d'une reconnaissance sur le plan juridique d'une situation factuelle. Le tiers qui prend matériellement en charge l'enfant va pouvoir solliciter le transfert de l'autorité parentale afin d'être en mesure de s'occuper de lui. Le recueil est une notion de fait, détachée de l'idée d'abandon<sup>243</sup>.

**630 Conditions.** Plusieurs conditions doivent être remplies pour que le transfert des droits parentaux soit autorisé. Conformément au droit commun, la délégation de l'autorité parentale suppose que les circonstances l'exigent (v. *supra*, n° 538). Il apparaît que l'appréciation de ces circonstances est plus restrictive lorsque le tiers est à l'origine de la demande. Cela s'explique par le fait qu'il convient de protéger les droits des parents. La demande en délégation forcée n'est recevable qu'en cas de désintérêt ou d'impossibilité pour eux d'exercer leur autorité parentale (art. 377 al. 2 C. civ.). Le désintérêt doit être manifeste et volontaire. Depuis la loi du 4 mars 2002, il n'existe plus de durée minimale : le désintérêt ne doit pas nécessairement avoir perduré plus d'une année. Cependant, la définition même de la notion suppose l'écoulement d'un délai minimum : « *celui-ci sera caractérisé si un laps de temps suffisant s'est écoulé pour établir la passivité des parents* »<sup>244</sup>. La délégation de l'autorité parentale peut également être prononcée en cas d'impossibilité d'exercer tout ou partie l'autorité parentale. Cette dernière hypothèse doit être différenciée de celle où le parent est, selon l'article 373 du Code civil, hors d'état de manifester sa volonté (v. notamment *supra*, n°s 172 et s.)<sup>245</sup>. Cette condition a été introduite par la loi du 4 mars 2002. « *Il s'agit d'une notion de fait qui permet de constater la situation dans laquelle se trouvent les parents, sans qu'aucun jugement ne soit porté sur*

---

<sup>242</sup> Le texte vise le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance. Ne sera envisagée que l'hypothèse du particulier qui seule, peut recouvrir la situation du tiers qui a pu participer à l'éducation de l'enfant.

<sup>243</sup> En ce sens, v. AUTEM D., *La nouvelle physionomie de la délégation de l'autorité parentale*, art. préc. La réforme entreprise en 2002 a supprimé l'ancien article 377-1 du Code civil qui prévoyait le recueil sans intervention des père et mère.

<sup>244</sup> AUTEM D., art. préc.

<sup>245</sup> *Ibid.*

*leur comportement* »<sup>246</sup>. Elle peut recouvrir des situations très diverses, comme l'altération des facultés mentales ou physiques, l'hospitalisation ou l'incarcération du parent, un retrait de l'autorité parentale. Il a déjà été jugé que le comportement du parent difficilement joignable et qui ne prend pas en compte les besoins de l'enfant caractérise l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale<sup>247</sup>. La charge de la preuve du désintérêt ou de l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale est supportée par le tiers qui peut les prouver par tous moyens, dans la mesure où il s'agit de faits juridiques<sup>248</sup>. Si la délégation fait suite à une mesure d'assistance éducative (v. *infra*, n<sup>os</sup> 641 et s.), l'avis du juge des enfants est requis<sup>249</sup>. En tout état de cause, la délégation de l'autorité parentale doit être conforme à l'intérêt de l'enfant.

**631 Proche digne de confiance.** Le tiers est celui qui est désigné par le premier alinéa de l'article 377 du Code civil. Il doit s'agir d'un proche digne de confiance ou d'un membre de la famille. En pratique, les liens affectifs que le beau-parent a pu tisser avec l'enfant pendant la vie familiale peuvent témoigner de leur proximité et permettre le prononcé de la délégation de l'autorité parentale. On peut imaginer, par exemple, la situation du tiers qui a vécu avec l'enfant et son parent et qui le recueille après l'incarcération, l'hospitalisation du parent ou le départ de celui-ci du domicile familial<sup>250</sup>.

**632 Avant-projet de loi.** L'avant-projet de loi *sur l'autorité parentale et les droits des tiers* prévoit qu'il soit inséré un nouvel alinéa à l'article 377 du Code civil selon lequel « *le tiers, qui a résidé avec l'enfant et l'un de ses parents et a noué des liens d'affection étroits avec lui, peut, en cas de décès de ce parent ou si ce dernier est hors d'état de manifester sa volonté, saisir le juge en vue de se voir déléguer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale* ». Nous venons de démontrer que le deuxième alinéa de l'article 377 du Code

---

<sup>246</sup> AUTEM D., *Lamy Droit des personnes et de la famille*, préc. n° 456-29. V. cependant Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 avril 2005, n° 04-05019, Bull. civ. I, n° 162 ; Dr. fam. 2005, comm. n° 155, note MURAT P. Ce second élément peut s'assimiler en un jugement de valeur porté sur le comportement parental. Toutefois, il est conforté par une considération plus objective. Selon M. le professeur MURAT, il ne faut pas exclure *a priori* une impossibilité purement subjective si la délégation de l'autorité parentale est dans l'intérêt de l'enfant et qu'elle permet de ne pas avoir à recourir à une mesure d'assistance éducative ou à un retrait de l'autorité parentale.

<sup>247</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 avril 2005, préc.

<sup>248</sup> S'agissant d'un fait négatif, la preuve risque en pratique de s'avérer délicate à apporter.

<sup>249</sup> Art. 377 *in fine* C. civ.

<sup>250</sup> V. par exemple, CA Paris, 8 novembre 1983, Juris-data n° 1983-030784.

civil permet déjà au tiers qui a vécu avec l'enfant de solliciter une délégation de l'autorité parentale. La situation visée dans ce nouvel alinéa ne correspondrait-elle pas à l'impossibilité pour les parents d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale ? De plus, la condition actuelle tenant au recueil de l'enfant tend à démontrer le lien privilégié existant entre l'enfant et le tiers. En outre, dans l'hypothèse du décès ou de l'impossibilité pour l'un des parents de manifester sa volonté, l'exercice de l'autorité parentale est en principe dévolu au second parent (v. *supra*, n<sup>os</sup> 171 et 173). Si celui-ci exerce l'autorité parentale, une délégation de l'autorité parentale au tiers apparaît inopportune. S'il considère que l'intérêt de l'enfant l'exige, le juge peut déjà décider de confier l'enfant au tiers lorsque notamment l'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale ou lorsque celui qui l'exerce seul vient à décéder (v. *supra*, n<sup>os</sup> 618 et s.). Par conséquent, l'utilité d'une telle modification de l'article 377 du Code civil nous paraît essentiellement symbolique dans la mesure où le tiers dispose déjà d'un certain nombre de possibilités pour prendre en charge l'enfant dans ces situations. Enfin, si l'autre parent est décédé ou est lui aussi hors d'état de manifester sa volonté ou si la filiation de l'enfant est unilinéaire, une tutelle doit être ouverte et un tuteur désigné (art. 390 C. civ.).

**633 Prérogatives déléguées au tiers.** Dans le cadre de la délégation forcée de l'autorité parentale, un véritable transfert des prérogatives parentales s'opère. Conformément au droit commun, la délégation peut être totale ou partielle (v. *supra*, n<sup>o</sup> 542). Dans cette dernière hypothèse, le délégataire est investi de tous les droits découlant de l'autorité parentale, à l'exception toutefois de celui de consentir à l'adoption de l'enfant qui ne peut jamais être délégué. Si la délégation est partielle, le tiers peut se voir transférer par exemple le droit de fixer la résidence de l'enfant, de le surveiller et de l'éduquer, de consentir à son mariage, d'administrer certains de ses biens... Il exerce alors seul ces prérogatives.

**634 Prérogatives conservées par les parents.** Que la délégation soit partielle ou totale, elle n'entraîne pas la cessation des liens de parenté entre l'enfant et ses père et mère qui restent titulaires de l'autorité parentale (sauf si un retrait total a été prononcé à leur encontre, v. *supra*, n<sup>os</sup> 175 et s.). Ils conservent donc certains droits, tels que celui de consentir à l'adoption de l'enfant. Si la délégation est partielle un droit de visite et d'hébergement peut leur être accordé ainsi qu'un droit de surveillance (par analogie avec

l'article 373-2-1 alinéa 3 du Code civil)<sup>251</sup>. Ils restent également tenus par leur obligation d'entretien<sup>252</sup>.

**635 Cessation de la délégation de l'autorité parentale.** La délégation prend fin ou est transférée conformément à l'article 377-2 du Code civil, s'il est justifié de circonstances nouvelles (v. *supra*, n° 543). Il s'agit d'une mesure temporaire qui peut cesser dès lors que le parent est à nouveau en mesure d'exercer ses prérogatives (fin de l'incarcération ou de l'hospitalisation par exemple). L'alinéa 3 de l'article 377-2 du Code civil a été abrogé par la réforme de mars 2002 renforçant le caractère temporaire de la mesure. Les parents revendiquant la restitution de l'enfant ne sont plus dans l'obligation d'attendre l'écoulement d'un délai d'un an depuis l'irrévocabilité de la décision de rejet de leur demande précédente.

**636 Conclusion.** La délégation forcée de l'autorité parentale apparaît en pratique essentiellement sollicitée par le service de l'aide sociale à l'enfance ou par le tiers auquel l'enfant aura été judiciairement confié au titre d'une mesure d'assistance éducative. Néanmoins, elle peut offrir au coparent une alternative à l'adoption en ménageant un cadre juridique à la prise en charge quotidienne de l'enfant. Le transfert des droits parentaux au profit du tiers qui s'occupe matériellement de l'enfant est connu par d'autres législations européennes.

*b. Le transfert des droits parentaux au tiers dans quelques législations européennes*

**637 Hypothèses.** D'autres législations en Europe autorisent le transfert des droits parentaux. Il résulte en générale d'une décision judiciaire. Ainsi, au Royaume-Uni, les prérogatives parentales peuvent être transférées à un tiers au moyen d'une ordonnance de garde spéciale (« *special guardianship order* »)<sup>253</sup>. Il en va de même en Grèce où le

---

<sup>251</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 février 1989, Bull. civ. I, n° 77 : « *mais attendu que du seul fait qu'un droit de visite ait été reconnu au père la décision critiquée s'analyse, contrairement à ce que soutient le moyen, en une délégation partielle de l'autorité parentale, expressément prévue par l'article 377 du Code civil* » ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 avril 2005, n° 04-05019, Bull. civ. I, n° 162 ; Dr. fam. 2005, comm. n° 155, note MURAT P.

<sup>252</sup> V. art. 377-2 C. civ.

<sup>253</sup> Cette mesure a été instaurée en droit britannique par la législation de 2002, entrée en vigueur en décembre 2005 (« *Adoption and Children Act 2002* »).

transfert des soins parentaux peut être autorisé par le tribunal sur deux fondements<sup>254</sup>. Enfin, en Suisse, lorsque les circonstances l'exigent, l'autorité tutélaire peut désigner une personne chargée d'assister les père et mère de ses conseils et de son appui dans l'éducation de l'enfant.

**638 Tiers.** Le tiers doit répondre à certaines conditions. Au Royaume-Uni, la personne qui sollicite cette décision doit être âgée d'au moins dix-huit ans<sup>255</sup>. Seul un tiers peut devenir le gardien spécial dans la mesure où les parents de l'enfant sont expressément exclus<sup>256</sup>. Il en va de même pour le beau-parent<sup>257</sup>. Peuvent demander à avoir la garde spéciale le gardien judiciairement désigné<sup>258</sup>, toute personne avec laquelle vit l'enfant conformément à une ordonnance de résidence (v. *supra*, n<sup>os</sup> 624 et s.), toute personne qui a vécu pendant trois années avec l'enfant ou qui a obtenu le consentement des personnes bénéficiant d'une ordonnance de résidence ou ayant la responsabilité parentale ou enfin, toute personne ayant obtenu le consentement de l'autorité locale en charge de l'enfant. Peut également le requérir celui qui a accueilli l'enfant pendant une année. En outre, l'aptitude du tiers à prendre soin de l'enfant peut également faire l'objet d'un contrôle comme en Grèce : sa moralité, ses conditions de vie ainsi que son aptitude à s'en occuper de doivent être obligatoirement vérifiées au moyen d'une enquête sociale. Le tiers doit de préférence être apparenté à l'enfant.

**639 Effets.** La mesure entraîne généralement une répartition des prérogatives parentales entre le tiers et les parents. Le gardien spécial britannique acquiert la responsabilité parentale<sup>259</sup>. Cette décision n'emporte pas rupture des liens entre l'enfant et sa famille de

---

<sup>254</sup> Tout d'abord, le tribunal peut retirer à l'un ou aux deux parents l'exercice des soins parentaux et le confier en tout ou partie à un tiers (ou nommer un tuteur) dans trois hypothèses : si les père et mère enfreignent les devoirs qu'ils leur sont imposés relativement à la personne de l'enfant ou à la gestion de ses biens, s'ils exercent de façon abusive leurs prérogatives ou s'ils sont dans l'incapacité d'y faire face. Ensuite, le retrait aux deux parents de leur droit de garde sur l'enfant peut également donner lieu à son transfert au profit d'un tiers (art. 1533 C. civ.). La garde de l'enfant comprend son éducation, sa surveillance, son instruction, son enseignement, ainsi que la fixation du lieu de sa résidence (art. 1518 C. civ.).

<sup>255</sup> « *Children Act 1989* », s. 14 A, (2), (a), tel que modifié par « *Adoption and Children Act 2002* ».

<sup>256</sup> « *Children Act 1989* », s. 14 A, (2), (b), tel que modifié par « *Adoption and Children Act 2002* ».

<sup>257</sup> M. CRETNEY S., M. MASSON J., BAILEY-HARRIS R., *op. cit.*, n° 18-043.

<sup>258</sup> En vertu du « *Children Act 1989* », il y a lieu de désigner judiciairement un gardien dès lors que l'enfant n'a pas de parent exerçant la responsabilité parentale sur lui ou si le parent ou le gardien bénéficiant d'une ordonnance de résidence est décédé. Peut devenir gardien de l'enfant, toute personne désignée par le parent ayant la responsabilité parentale ou le gardien pour prendre en charge l'enfant en cas de décès. Sur la tutelle testamentaire en droit britannique, v. *supra*, n° 600.

<sup>259</sup> « *Children Act 1989* », s. 14 C (1), (a).

naissance. Elle n'engendre qu'une limitation de l'exercice de leurs droits parentaux<sup>260</sup>. En Grèce, c'est au tribunal de fixer l'étendue des prérogatives parentales confiées au tiers et il doit en outre en préciser les modalités d'exercice. Selon le troisième alinéa de l'article 308 du Code civil suisse, l'autorité parentale des père et mère peut être limitée suite au prononcé de la mesure. Le curateur peut disposer d'un certain nombre de prérogatives parentales comme le droit de représenter l'enfant en justice (recouvrement de sa créance alimentaire) ou de surveiller ses relations personnelles. Cette mesure relève de l'esprit d'une mesure d'assistance éducative plus que d'une reconnaissance juridique du tiers participant dans les faits à l'éducation de l'enfant.

**640 Conclusion.** Le tiers peut ainsi solliciter le transfert des prérogatives parentales à son profit. Cette mesure doit rester exceptionnelle en France comme dans les législations européennes qui l'autorisent. En Grèce, il n'est possible que lorsque toutes les autres mesures ont échoué ou sont insuffisantes à écarter le danger menaçant la santé physique, mentale ou psychique de l'enfant. L'ordonnance de garde spéciale britannique semble, quant à elle, essentiellement utilisée à l'égard des enfants ne vivant pas avec leurs parents de naissance<sup>261</sup>. Elle constitue une véritable alternative à l'adoption et n'est prononcée que lorsqu'elle est dans l'intérêt de l'enfant. Par exemple, la garde spéciale a pu être refusée à la grand-mère d'un enfant, au motif que celle-ci entretenait des rapports tendus avec la mère<sup>262</sup>. Dans ce cas d'espèce, il est apparu préférable de confier l'enfant à des parents adoptifs étrangers à la famille. Le droit britannique prévoit ainsi une multitude de décisions pouvant être prononcées à l'égard de l'enfant (droit de visite, responsabilité parentale, ordonnance de résidence, ordonnance de garde spéciale, adoption) permettant ainsi aux magistrats de choisir la solution la plus conforme à l'intérêt de l'enfant.

Dans des conditions encore plus restrictives, l'enfant peut aussi être confié au tiers au titre d'une mesure d'assistance éducative.

---

<sup>260</sup> Par exemple, les père et mère conservent le droit de consentir à l'adoption.

<sup>261</sup> HALL A., *Special guardianship, themes emerging from case-law*, Family Law 2008, 244.

<sup>262</sup> *Re EN (A Child) (special guardianship Order)* [2007] EWCA Civ 264, 28 mars 2007.

### 3. L'enfant confié au tiers suite à une mesure d'assistance éducative

**641 Prononcé d'une mesure d'assistance éducative.** Le juge des enfants peut prononcer une mesure d'assistance éducative lorsque la moralité, la sécurité ou la santé du mineur sont en danger ou lorsque les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises<sup>263</sup>. Selon l'article 375-2 alinéa 2 du Code civil, l'enfant doit être maintenu dans son milieu actuel chaque fois que cela est possible<sup>264</sup>. Dans cette hypothèse, le juge peut désigner une personne qualifiée (ou un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert) chargée d'assister les parents dans l'exercice de leurs prérogatives parentales. Cette mesure tend à leur apporter aide et conseil afin qu'ils puissent surmonter les difficultés auxquelles ils sont confrontés. Le juge peut subordonner le maintien de l'enfant dans sa famille à certaines obligations particulières (fréquentation régulière d'un établissement sanitaire ou d'éducation, examen médical<sup>265</sup>, exercice d'une activité professionnelle). Un grand nombre de législations européennes connaissent des dispositions similaires. L'éventail des mesures pouvant être prononcées est large : avertissement, injonction ou réprimande adressée aux parents (Allemagne, Belgique, Italie ou Suisse), assistance d'un tiers (Suisse), limitation ou retrait des droits parentaux dans les cas les plus graves (Allemagne, Belgique, Grèce, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne ou Royaume-Uni)<sup>266</sup>.

Dans certaines hypothèses strictement définies, il peut être nécessaire qu'il soit retiré de son milieu familial **(a)**. L'enfant peut alors être judiciairement confié à un tiers **(b)**.

---

<sup>263</sup> Art. 375 C. civ. Un décret du 19 avril 2009 tend à améliorer la communication entre le juge des enfants, le juge aux affaires familiales (Décret n° 2009-398 du 10 avril 2009 *relatif à la communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles*, JO n° 0087 du 12 avril 2009, p. 6418). Ainsi, lorsqu'il statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales doit vérifier si une procédure d'assistance éducative est ouverte à l'égard du mineur (nouvel art. 1072-1 CPC). Le cas échéant, une copie de sa décision est adressée au juge des enfants (nouvel art. 1072-2 CPC) et il peut lui demander la transmission des copies des pièces du dossier du mineur.

<sup>264</sup> La législation française semble en conformité sur ce point avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (v. pour davantage de détails, BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 709 et s.).

<sup>265</sup> Cass 1<sup>ère</sup> civ., 3 juin 1997, Dr. fam. 1997, comm. n° 118, note MURAT P. ; Defrénois 1998, 320, obs. MASSIP J.

<sup>266</sup> *L'assistance éducative en Europe, tableau comparatif*, GRANET F. (Dir.), AJ fam. 2004, 135.

*a. Le retrait de l'enfant de son milieu familial*

**642 Retrait de l'enfant.** Si la protection de l'enfant l'exige, ce dernier peut être retiré de son milieu familial (art. 375-3 C. civ.). La mesure est exceptionnelle. Si les père et mère, conjointement ou séparément, sont en droit de la solliciter, la mesure d'assistance éducative peut être prononcée malgré leur opposition. En effet, le juge peut être saisi par la personne ou le service auquel l'enfant a été confié, par le tuteur, par l'enfant ou par le ministère public ou se saisir d'office à titre exceptionnel<sup>267</sup>. Le magistrat doit se prononcer « *en stricte considération de l'intérêt de l'enfant* »<sup>268</sup>. Il apprécie souverainement si l'enfant doit être retiré de son milieu. Le juge peut désigner une personne chargée d'apporter aide et conseil aux parents ainsi qu'à la personne à laquelle l'enfant a été confié et de suivre le développement de celui-ci<sup>269</sup>. Cette mesure tend à faciliter le retour de l'enfant dans son milieu familial<sup>270</sup>. Le juge peut aussi assortir le placement des obligations prévues par l'article 375-2 du Code civil. Enfin, il peut demander à ce qu'il lui soit rendu compte périodiquement de la situation de l'enfant. L'enfant peut également être retiré de son milieu familial en Allemagne, en Belgique, en Espagne, en Grèce, en Italie, au Luxembourg, en Pologne ou en Suisse<sup>271</sup>.

**643 Prérogatives conservées par les parents.** Lorsque l'enfant est confié au tiers sur ce fondement, les parents conservent tous les attributs parentaux qui ne sont pas inconciliables avec la mesure. Ils continuent ainsi d'exercer l'autorité parentale. Toutefois, ils perdent le droit d'émanciper seuls l'enfant<sup>272</sup>. Les père et mère sont toujours tenus au paiement des frais d'entretien et d'éducation<sup>273</sup>. Leur avis est recueilli quant au choix du mode et du lieu de placement (art. L 223-3 CASF). Ils représentent l'enfant lors d'actions en justice<sup>274</sup>. Ils bénéficient d'un droit de visite et d'hébergement dont les modalités

---

<sup>267</sup> Art. 375 al. 1 C. civ.

<sup>268</sup> Art. 375-1 C. civ.

<sup>269</sup> Art. 375-4 C. civ.

<sup>270</sup> TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 1073.

<sup>271</sup> *L'assistance éducative en Europe, tableau comparatif*, préc.

<sup>272</sup> Le juge des enfants doit les y autoriser (art. 375-7 C. civ.).

<sup>273</sup> Art. 375-8 C. civ. Les frais incombent également aux ascendants pouvant être tenus par une obligation alimentaire. Toutefois, le juge a la faculté de les décharger de tout ou partie.

<sup>274</sup> BONFILS P. et GOUTTENOIRE A., *op. cit.*, n° 724.

(nature et fréquence) sont fixées par le juge<sup>275</sup>. L'article 375-7 du Code civil dispose à ce titre que le lieu d'accueil doit être recherché dans l'intérêt de l'enfant, mais également afin de faciliter l'exercice du droit de visite et d'hébergement des parents<sup>276</sup>. Les conditions d'exercice de ces droits peuvent être déterminées conjointement par eux et par le tiers. Les droits de visite et d'hébergement (ou celui de l'un seul d'entre eux) peuvent être provisoirement suspendus dans l'intérêt de l'enfant<sup>277</sup>.

**644 Cessation.** Les mesures d'assistance éducative sont temporaires (art. 375 C. civ.). Elles doivent être prévues pour une durée déterminée, mais sont renouvelables par décision motivée. Toutes les décisions prises en matière d'assistance éducative peuvent être modifiées à tout moment, soit d'office par le juge qui les a prononcées, soit à la demande des père et mère (seul ou conjointement), de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié, du tuteur, de l'enfant ou du ministère public.

**645 Conformité du retrait de l'enfant de son milieu familial avec la Convention européenne des droits de l'homme.** La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer sur la conformité des dispositions françaises relatives au retrait de l'enfant de son milieu familial avec la Convention européenne des droits de l'homme. Le placement de l'enfant constitue une ingérence de l'État dans la vie familiale<sup>278</sup>. Cette ingérence est contraire à l'article 8 de la Convention sauf si elle est prévue par la loi, poursuit un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique. Selon la Cour européenne, les articles 375 et suivants du Code civil remplissent les deux premières

---

<sup>275</sup> En cas d'urgence, c'est le procureur de la République qui fixe la nature et la fréquence des droits de correspondance, visite et d'hébergement des parents, sauf s'il considère qu'ils sont contraires à l'intérêt de l'enfant (art. 375-5 *in fine* C. civ.).

<sup>276</sup> Le maintien des droits de visite et d'hébergement des parents malgré le placement de l'enfant est conforme à l'article 9 de la Convention internationale *des droits de l'enfant* du 20 novembre 1989 selon lequel « *les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant* ». En ce sens également, l'arrêt Johansen contre Norvège rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 7 août 1996 : CEDH, 7 août 1996, Johansen contre Norvège, RTD civ. 1997, 541, note MARGUENAUD J.-P.

<sup>277</sup> V. par exemple, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 octobre 2006, Bull. civ. I, n° 452 ; AJ fam. 2006, 460, obs. CHENEDE F. ; D. 2007, pan., 1465, note GRANET-LAMBRECHTS F. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 35, note MURAT P. (attitude inadaptée et irrespectueuse du père, non-exercice du droit de visite pendant dix-huit mois).

<sup>278</sup> CEDH, 19 septembre 2000, Gnahoré contre France, § 50, Dr. fam. 2000, comm. n° 150, obs. LAMY (de) B. ; RD publ. 2001, n° 3, 682, obs. GOUTTENOIRE-CORNUT A. V. également, KRIBECHE N., *Le placement des enfants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in KRENC F. et PUECHAVY M. (Dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant 2008, p. 113.

conditions dans la mesure où ils tendent « à préserver la santé, la sécurité et la moralité des mineurs et à garantir les conditions de leur éducation »<sup>279</sup>. Le maintien du placement de l'enfant peut être justifié par son évolution positive dans la famille d'accueil et par l'incapacité matérielle du parent à le prendre en charge<sup>280</sup>. Les autorités nationales doivent vérifier régulièrement l'opportunité du retour de l'enfant dans sa famille<sup>281</sup> et le manque de coopération des parents ne les dispense pas de mettre tout en œuvre pour permettre le maintien du lien familial<sup>282</sup>. Enfin, l'écoulement du temps peut justifier que l'intérêt de l'enfant à voir sa situation familiale *de facto* maintenue, prime sur celui des parents à la réunion de la famille. Le retrait est une mesure temporaire qui doit toujours tendre au retour de l'enfant dans sa famille dès que les conditions s'y prêtent<sup>283</sup>.

#### *b. La prise en charge de l'enfant par le tiers*

**646 Le tiers.** Le retrait de l'enfant de son milieu familial aboutit à sa prise en charge par un tiers. Sur le fondement de l'article 375-3 du Code civil, l'enfant peut être confié à l'autre parent, à un membre de sa famille ou à un tiers digne de confiance, à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance, à un service ou établissement habilité à accueillir des mineurs ou à un service ou établissement sanitaire ou d'éducation. Deux situations nous intéressent plus particulièrement : l'enfant confié au tiers digne de confiance ou à une famille d'accueil. Tout d'abord, le tiers digne de confiance peut être le coparent qui a exercé une fonction de type parental auprès de l'enfant. Le prononcé d'une mesure d'assistance éducative peut alors être une reconnaissance de sa parentalité passée. Ensuite, la prise en charge de l'enfant peut être assurée par une famille d'accueil. Lorsque la personne qui prend en charge l'enfant est un proche digne de confiance ou un membre de sa famille, celle-ci agit bénévolement et n'en fait pas une activité professionnelle.

---

<sup>279</sup> CEDH, 19 septembre 2000, Gnahoré contre France, préc., § 53.

<sup>280</sup> CEDH, 19 septembre 2000, Gnahoré contre France, préc., § 57.

<sup>281</sup> CEDH, 26 juillet 2007, Schmidt contre France (JCP éd. G 2008, I, 102, n° 7, obs. GOUTTENOIRE A.), § 89 : « la Cour note, à l'instar de la cour d'appel, que la périodicité du réexamen de la situation avant chaque prolongation de la mesure et le caractère sérieux et approfondi avec lequel il avait été mené à chaque fois par la juge des enfants correspondaient pleinement au souci de protéger l'intérêt de l'enfant. Comme, d'ailleurs, la Cour l'a déjà jugé, le minimum que l'on puisse attendre des autorités c'est qu'elles reconsidèrent la question régulièrement pour voir si la situation de la famille s'est un tant soit peu améliorée ».

<sup>282</sup> CEDH, 26 juillet 2007, Schmidt contre France, § 92.

<sup>283</sup> CEDH, 7 août 1996, Johansen contre Norvège, préc., § 78.

L'enfant peut également être recueilli par une personne morale, institution ou un centre spécialisé au sein duquel il est encadré par des professionnels. Entre ces deux situations, il existe les familles d'accueil. Celles-ci tendent à s'occuper de l'enfant comme le tiers (proximité, stabilité...), mais exercent une profession, comme les éducateurs spécialisés. Il s'agit d'un substitut à la fonction parentale confié à des professionnels. La famille d'accueil est chargée d'offrir à l'enfant un cadre de vie stable.

**647 Tiers digne de confiance.** Le juge peut décider que l'enfant sera pris en charge par un tiers digne de confiance. Celui qui a participé dans les faits à son éducation et auquel le parent a confié l'enfant peut requérir le prononcé d'une telle mesure. A défaut, il peut aussi être la personne choisie par le juge. Le retrait de l'enfant de son milieu familial est une mesure exceptionnelle, mais le coparent en tant que tiers digne de confiance peut être choisi par le juge aux affaires familiales pour recueillir l'enfant lorsque les circonstances l'exigent. Le tiers exerce alors un certain nombre de prérogatives appartenant en principe exclusivement aux père et mère. Il dispose de davantage de pouvoirs que lorsque l'enfant lui est confié au titre de l'article 373-3 du Code civil (v. *supra*, n° 620). Il accomplit tous les actes usuels relatifs à son éducation et à sa surveillance<sup>284</sup>. Il peut aussi être autorisé à accomplir un acte non usuel sans l'accord des détenteurs de l'autorité parentale. En outre, le juge des enfants peut exceptionnellement autoriser la personne à qui l'enfant est confié à exercer un droit relevant de l'autorité parentale<sup>285</sup>. Mais cela n'est possible qu'en cas de refus abusif ou injustifié des détenteurs de l'autorité parentale ou en cas de négligence. Le tiers doit, par ailleurs, démontrer que la mesure est nécessaire. Le tiers peut aussi solliciter une délégation forcée de l'autorité parentale (v. *supra*, n° 630).

**648 Placement de l'enfant en famille d'accueil.** Sur le fondement de l'article 375-3 du Code civil, le juge des enfants peut ordonner le placement de l'enfant dans une famille d'accueil<sup>286</sup>. Il peut confier le mineur au service de l'aide sociale à l'enfance et assortir sa

---

<sup>284</sup> L'article 375-7 du Code civil renvoie à l'article 373-4 du même code.

<sup>285</sup> Art. 375-7 al. 2 C. civ.

<sup>286</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 janvier 2001, D. 2001, jur., 2151, note HUYETTE M. ; JCP éd. G 2001, I, 332, n° 4, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. Peuvent également faire l'objet d'une telle mesure, les enfants confiés par leurs parents au service de l'aide sociale à l'enfance (art. L 222-5 CASF) ainsi que les pupilles de l'État. C'est également le cas au Royaume-Uni. Le placement en famille d'accueil intervient avant l'adoption de l'enfant. Il est généralement de courte durée, les travailleurs sociaux souhaitant éviter que l'enfant ne s'attache et éprouve un nouveau sentiment d'abandon lors de son adoption. En une année, un cinquième des

décision d'une orientation en famille d'accueil. Le service de l'aide sociale à l'enfance est alors dans l'obligation de désigner une famille d'accueil qu'il peut néanmoins choisir parmi celles employées par le département. Le juge peut aussi simplement confier l'enfant à l'aide sociale à l'enfance qui décide ensuite de l'opportunité du placement en famille d'accueil. Environ 50 % des enfants confiés à l'aide sociale à l'enfance sont placés en famille d'accueil, ce qui correspond à soixante mille enfants<sup>287</sup>.

**649 Un substitut à la fonction parentale confié à des professionnels.** Depuis la loi du 27 juin 2005, les personnes chargées d'accueillir habituellement et de façon permanente des mineurs et des jeunes majeurs à leur domicile sont des assistants familiaux agréés par le président du conseil général de leur département<sup>288</sup>. On les distingue des assistants maternels qui sont chargés d'accueillir de façon non permanente des mineurs à leur domicile<sup>289</sup>. La famille d'accueil est constituée de l'ensemble des personnes résidant au foyer de l'assistant familial. « *Toute la cellule familiale est ainsi concernée par ce placement* »<sup>290</sup>. Participe à cette idée l'obligation de fournir un extrait du casier judiciaire n° 3 de chaque personne vivant au domicile de l'assistant familial. Le droit s'assure du passé judiciaire des membres de la famille, chacun étant amené à vivre avec l'enfant. Les conditions d'accueil des mineurs doivent garantir leur santé, leur sécurité ainsi que leur épanouissement. Les aptitudes éducatives de l'assistant familial sont également prises en considération lors de la délivrance de l'agrément<sup>291</sup>. Celui-ci peut être modifié, suspendu ou retiré.

L'assistant familial est salarié d'une personne morale de droit public ou de droit privé et rémunéré à ce titre. L'accueil de l'enfant est précédé par la conclusion d'un contrat

---

enfants placés a changé au moins trois fois de foyers d'accueil, O'DONOVAN K., *L'adoption dans le droit du Royaume-Uni*, art. préc., p. 205.

<sup>287</sup> On entend par enfants confiés à l'aide sociale à l'enfance, tous les enfants bénéficiant d'une mesure administrative ou judiciaire les confiant à ces services : RUAULT M., *Aide sociale à l'enfance : quelle organisation dans les départements ?*, Études et résultats, n° 144, novembre 2001, DREES.

<sup>288</sup> Art. L 421-3 CASF. L'agrément est valable pour une durée de cinq ans. Il doit ensuite être renouvelé.

<sup>289</sup> Art. L 421-1 CASF.

<sup>290</sup> RIHAL H., *La séparation des professions d'assistant maternel et d'assistant familial*, RDSS 2005, 798. V. art. L 421-2 CASF.

<sup>291</sup> Art. L 421-5 CASF. L'agrément porte sur l'accueil d'un nombre déterminé d'enfants à titre permanent et de façon continue. En principe, l'accueil ne peut pas concerner plus de trois enfants. Le président du conseil général peut, à titre dérogatoire, permettre l'accueil de plus de trois mineurs pour répondre à des besoins spécifiques (accueil d'une fratrie, accueil à temps très partiel).

d'accueil, annexé au contrat de travail (art. L 421-16 CASF.). Ce contrat précise le rôle de la famille d'accueil, de l'employeur de l'assistant familial, les conditions d'arrivée et de départ de l'enfant, le soutien éducatif dont il doit bénéficier, les conditions d'information sur la situation de l'enfant (santé, état psychologique) et sur les conséquences de sa situation sur sa prise en charge au quotidien. Enfin, il décrit les modalités selon lesquelles l'assistant familial participe au projet individualisé relatif à l'enfant et si l'accueil est continu ou intermittent. Ce contrat est porté à la connaissance de tous les membres de la famille d'accueil. Ceci s'explique par le fait que l'enfant n'est pas simplement placé auprès d'un assistant familial, mais dans une véritable famille de substitution qui doit lui permettre de retrouver un équilibre.

L'enfant vit au sein d'une nouvelle famille qui pallie la carence de ses parents et lui permet de retrouver une certaine stabilité. L'accueil doit favoriser son épanouissement. L'assistant familial est « institué » comme substitut parental, même si l'enfant doit dès que possible retourner dans son milieu d'origine. Le placement en famille d'accueil est une forme originale de pluriparentalité. Il constitue une solution efficace, bénéfique pour l'enfant. Mais la situation peut parfois devenir ambiguë. De véritables relations affectives peuvent se nouer entre l'enfant et ses parents nourriciers lorsqu'il vit pendant de nombreuses années avec eux. L'investissement dépasse le cadre strictement professionnel. Les membres de la famille d'accueil deviennent de réels parents de substitution alors que le droit ne les envisage que sous l'angle professionnel.

**650 Les familles d'accueil en Europe.** Le placement en famille d'accueil est une pratique qui existe dans d'autres États européens comme en Belgique<sup>292</sup>, en Espagne<sup>293</sup>, en Italie<sup>294</sup> ou en République Tchèque<sup>295</sup>. En Allemagne comme en France, la famille d'accueil est un substitut parental provisoire en cas de carence des parents. La personne qui accueille l'enfant doit préalablement obtenir une autorisation officielle. Le placement peut être de courte durée ou être à durée indéterminée et l'enfant doit retourner vivre chez ses parents dès qu'ils sont à nouveau à même de s'en occuper. La séparation d'avec la famille

---

<sup>292</sup> *L'assistance éducative en Europe, tableau comparatif*, préc.

<sup>293</sup> *Ibid.*

<sup>294</sup> *Ibid.*

<sup>295</sup> *Les Tchèques veulent privilégier les familles d'accueil aux orphelinats*, Le Monde, 22 mai 2007.

d'accueil ne doit cependant pas être contraire à son intérêt. Le Tribunal peut donc décider du maintien en famille d'accueil le cas échéant<sup>296</sup>. La personne accueillante perçoit un salaire et n'acquiert aucun lien de parenté avec l'enfant. Cependant, elle est compétente pour prendre toutes les décisions relatives à la vie courante et se substitue au détenteur de l'autorité parentale<sup>297</sup>. En Suisse, les familles d'accueil sont généralement dénommées parents nourriciers. Le placement de l'enfant est soumis à autorisation<sup>298</sup>. Doit s'y soumettre « toute personne qui, pendant plus de trois mois ou pour une durée indéterminée, accueille chez elle un enfant qui est soumis à la scolarité obligatoire ou qui n'a pas quinze ans révolus, pour assurer son entretien et son éducation, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit »<sup>299</sup>. Afin de favoriser ce mode de prise en charge de l'enfant et pallier la pénurie de familles accueillantes, la législation a été modifiée en 2004 pour en permettre la professionnalisation. Désormais, les parents nourriciers peuvent être rémunérés. Ils représentent une faible part des familles d'accueil<sup>300</sup>. Fin 2005, cent vingt-et-un enfants étaient placés en famille d'accueil, cent onze au sein de familles d'accueil autorisées<sup>301</sup> et seulement dix dans des familles d'accueil professionnelles<sup>302</sup>. Selon l'article 300 du Code civil, les parents nourriciers représentent les parents dans l'exercice de l'autorité parentale « en tant que cela est indiqué pour leur permettre d'accomplir correctement leur tâche ». Ils doivent également être consultés avant toute décision importante relative à l'enfant. Enfin, en Grèce, l'enfant peut aussi être confié à une famille nourricière<sup>303</sup>. Les parents nourriciers prennent les décisions indispensables

---

<sup>296</sup> BENICKE C., *L'adoption internationale en droit allemand*, art. préc., p. 55.

<sup>297</sup> § 1688 abs. 1 BGB.

<sup>298</sup> Art. 316 C. civ. suisse. L'autorisation est donnée pour un enfant déterminé (art. 8, Ordonnance réglant le placement d'enfants à des fins d'entretien ou en vue d'adoption du 19 octobre 1977).

<sup>299</sup> Art. 4, Ordonnance du 19 octobre 1977. Les conditions de délivrance de l'autorisation sont précisées à l'article 5 de l'ordonnance : « l'autorisation ne peut être délivrée que si les qualités personnelles, l'état de santé des parents nourriciers et des autres personnes vivant dans leur ménage, et les conditions de logement offrent toute garantie que l'enfant placé bénéficiera de soins, d'une éducation et d'une formation adéquats et que le bien-être des autres enfants vivants dans la famille sera sauvegardé. » On constate, qu'à l'instar de la France, l'ensemble des personnes vivant au foyer font partie de l'évaluation. La famille d'accueil est choisie en fonction des besoins et caractéristiques de l'enfant.

<sup>300</sup> Le succès de cette loi est néanmoins relatif puisque seules trois familles d'accueil ont demandé depuis leur reconnaissance en tant que professionnelles. Seule une famille d'accueil est professionnelle. Il s'agit d'un projet-pilote mené depuis 2001. Cette famille offre dix places d'accueil.

<sup>301</sup> Soit quatre-vingt trois familles.

<sup>302</sup> Question de SANSONNENS P. au Conseil d'État, n° 893.05, 17 janvier 2006.

<sup>303</sup> Art. 1655 C. civ. grec. Ceci peut résulter d'une décision judiciaire ou d'une décision des parents ou du tuteur de l'enfant.

relatives aux affaires courantes et urgentes du mineur<sup>304</sup>. Ils doivent faciliter les relations entre l'enfant et ses père et mère et doivent leur fournir les renseignements concernant l'enfant et ses conditions de vie. Ils ne peuvent agir contre la volonté exprimée des parents ou du tuteur. En contrepartie, les parents nourriciers peuvent exiger des père et mère que ceux-ci ne prennent une décision quelconque relative au mineur sans qu'ils n'aient pu exprimer leur avis. En outre, ils peuvent demander le retrait judiciaire aux père et mère de tout ou partie de la garde du mineur ou de l'administration de ses biens<sup>305</sup>.

**651 Conclusion.** Il existe donc en France, comme dans d'autres États européens, des dispositions permettant une reconnaissance du rôle parental du tiers. Cependant, les dispositions françaises sont éparpillées et manquent de lisibilité. Elles n'offrent pas un cadre global à la prise en charge de l'enfant par le coparent. « *On peut plutôt conclure que pour tous les tiers quels qu'ils soient – beaux-parents par exemple – qui se chargent de l'éducation d'un enfant, il manque sans doute actuellement dans nos institutions un échelon intermédiaire entre l'absence de tout statut, qui laisse par trop démunis, et l'adoption, qui touche en profondeur et définitivement à la parenté* »<sup>306</sup>. C'est pour cela qu'il convient à présent d'envisager la création ou l'amélioration de mécanismes qui permettraient au tiers d'être juridiquement reconnu dans la fonction qu'il exerce et à l'enfant d'être protégé dans ses rapports avec celui qui a participé à son éducation.

## **Section 2 : La reconnaissance de la parentalité du coparent sans détournement de la parenté**

**652 Volonté.** Le fondement de la reconnaissance du tiers peut susciter des interrogations dans la mesure où il peut n'être uni à l'enfant ni par un lien de sang, ni par un rapport de parenté. Tout d'abord, on pourrait imaginer qu'elle découle du lien d'alliance né du mariage du tiers et du parent. Toutefois, ce critère laisserait à la marge tous les couples ne souhaitant ou ne pouvant se marier comme les couples homosexuels. La problématique de l'absence de prise en considération du tiers ne serait qu'imparfaitement réglée. La vie commune pourrait justifier l'appréhension du rôle parental par le droit. Cependant,

---

<sup>304</sup> Art. 1659 C. civ. grec. D'autres compétences peuvent leur être judiciairement attribuées.

<sup>305</sup> Art. 1660 C. civ. grec.

<sup>306</sup> MURAT P., *La Cour de cassation et l'« homoparenté » : pas d'adoption simple par le partenaire du parent tant que l'enfant est mineur*, Dr. fam. 2007, comm. n° 80.

l'engagement du tiers à l'égard de l'enfant serait entièrement tributaire de la vie du couple qu'il forme avec le parent. Ne seraient alors pas résolues les difficultés pouvant naître suite, par exemple au décès du parent. Il serait dès lors plus opportun de fonder la reconnaissance juridique du rôle du tiers sur la volonté<sup>307</sup>.

**653 Démonstration.** Il convient de distinguer plusieurs hypothèses. Lorsque la filiation de l'enfant est bilinéaire et que l'autorité parentale est exercée conjointement par ses parents, le rôle du tiers est additionnel à celui des auteurs de l'enfant. Il convient donc de faciliter la prise en charge quotidienne, sans pour autant destituer les parents dans leur fonction parentale. Le principe de coparentalité ne doit pas être sacrifié par la prise en compte à tout prix de la pluriparentalité. Un mandat pourrait alors remplir cet objectif et clarifier sur le plan juridique la participation du tiers dans la vie de l'enfant (§ 1). À l'inverse, lorsque la parenté de l'enfant n'est qu'unilinéaire ou lorsque l'un des deux parents s'est vu retirer l'autorité parentale ou ne l'exerce pas, la fonction du tiers relève alors davantage d'une logique de substitution. Le tiers peut ainsi apparaître comme une aide, un soutien pour le parent exerçant seul les prérogatives parentales. La place qui pourrait lui être réservée par le droit serait alors susceptible d'être plus importante, consacrant ainsi un véritable engagement à l'égard de l'enfant (§ 2).

### **§ 1. La réglementation de la technique du mandat en matière familiale : la reconnaissance de la prise en charge ponctuelle de l'enfant par le tiers**

**654 Plan.** Le mandat peut être défini comme l'acte par lequel une personne est chargée d'en représenter une autre pour l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques<sup>308</sup>. La faculté pour le parent de donner mandat au tiers ne fait pas l'objet de disposition spécifique dans le Code civil. Néanmoins, son utilisation a souvent été préconisée par la doctrine. Il convient d'envisager dans un premier temps la pratique qui en est faite à l'heure actuelle (A), avant d'examiner quels pourraient être les contours d'une réglementation (B).

---

<sup>307</sup> En ce sens également, GRATALOUP S., th. préc., n° 487.

<sup>308</sup> *Lexique des termes juridiques*, préc.

## A. La pratique actuelle du mandat

**655 Mandat et indisponibilité de l'autorité parentale.** Il n'existe aucun dispositif formel encadrant la possibilité pour les parents de mandater un tiers pour l'accomplissement de certains actes. De prime abord, on peut penser que cette technique contractuelle est antinomique avec le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale. En effet, si les parents de l'enfant peuvent, dans certaines circonstances, déléguer ou partager tout ou partie de leurs prérogatives parentales, le recours à l'autorité judiciaire est toujours une condition nécessaire. Certains auteurs pensent que le recours au mandat est inadapté à la matière familiale. Une convention relative à l'accomplissement de tous les actes usuels relatifs à l'enfant serait ainsi, en l'état du droit positif, contraire à l'article 376 du Code civil<sup>309</sup>. De plus, en ce qu'elle opèrerait un dessaisissement des droits qui en font l'objet, elle aboutirait à une privation pour le mandant de ses prérogatives parentales. Ne seraient donc envisageables que des autorisations ponctuelles relatives à des actes déterminés lorsque le parent est dans l'impossibilité de les accomplir lui-même. Pourtant, du fait de sa souplesse et de sa facilité de conclusion, le mandat peut apparaître comme une solution opportune et efficace pour le parent dans l'incapacité temporaire d'accomplir un acte relatif à la personne de l'enfant. Il pourrait permettre d'améliorer la prise en charge de l'enfant par le tiers.

**656 Admission jurisprudentielle.** Si la pratique actuelle du mandat n'a donné lieu qu'à peu de jurisprudence, la Cour de cassation a pu en valider le principe et définir ses contours. En 1970, la Haute juridiction a approuvé la qualification de mandat que les juges du fond avaient donné à « *la convention intervenue entre L. et les époux X. qui étaient chargés de passer divers actes juridiques en vue de l'entretien et de l'éducation de leurs nièces* »<sup>310</sup>. Ainsi, la convention par laquelle le père a confié temporairement les enfants à sa sœur et à son beau-frère implique nécessairement l'accomplissement d'actes juridiques relatifs à leur entretien et à leur éducation. Le mandat peut de ce fait porter sur une série d'actes indéterminés au moment de la rédaction de la convention, mais qui s'avèreraient utiles dans l'avenir. Au vu de cette jurisprudence, il semblerait donc que la technique du mandat puisse être utilisée par les parents pour permettre au tiers d'accomplir à leur place

---

<sup>309</sup> V. en ce sens, REBOURG M., th. préc., n° 48 ; DELFOSSE-CICILE M.-L., th. préc., n° 316.

<sup>310</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 mars 1970, Bull. civ. I, n° 83 ; D. 1970, somm., 166.

certaines actes juridiques. En outre, il n'apparaît pas nécessaire de déterminer précisément les actes sur lesquels il porte. Toutefois, l'imprécision de l'objet du mandat peut être, en pratique, source de difficultés. Il convient donc de réfléchir à la nature des actes sur lesquels il peut porter.

**657 Actes susceptibles d'être mandatés.** Le parent ne peut mandater le tiers que pour l'accomplissement d'actes qu'il peut faire seul. En cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale, seuls les actes usuels sur la personne de l'enfant peuvent en faire l'objet dans la mesure où les actes graves nécessitent le consentement de chacun des parents. A l'inverse, lorsque l'autorité parentale est exercée unilatéralement, le mandat doit pouvoir porter sur tous les actes que le parent peut accomplir. Par conséquent, le parent doit en théorie pouvoir autoriser le tiers à accomplir à sa place un acte grave. Le mandat ne peut, en principe, concerner que l'exécution d'actes juridiques et non simplement matériels<sup>311</sup>. Le parent est, du fait, du mandat dessaisi de ses prérogatives. Rien ne l'empêche cependant de révoquer le mandat et d'accomplir lui-même l'acte<sup>312</sup>.

S'agissant des actes relatifs aux biens de l'enfant, il est impossible pour le parent de charger le tiers de la réalisation d'actes de disposition, dans la mesure où leur accomplissement suppose soit le commun accord des parents, soit l'autorisation du juge des tutelles (lorsque l'exercice de l'autorité parentale est unilatéral, v. *supra*, n° 574). Le parent ne peut pas mandater un tiers pour un droit qu'il ne peut exercer seul. Un mandat relatif à certains actes d'administration ou de conservation pourrait être concevable si le parent se trouve dans l'incapacité de les réaliser à un moment donné. Que l'administration légale des biens de l'enfant soit pure et simple ou sous contrôle judiciaire, un certain nombre d'actes ne peuvent être accomplis : tout mandat serait *a fortiori* impossible<sup>313</sup>.

**658 Conclusion.** Cette technique contractuelle peut permettre de reconnaître ponctuellement la parentalité exercée par le tiers. Cependant, eu égard au caractère

---

<sup>311</sup> LE TOURNEAU P., Répertoire civil Dalloz, *Mandat*, 2006, n° 2.

<sup>312</sup> REBOURG M., th. préc., n° 46.

<sup>313</sup> Art. 389-5 C. civ. (actes que les parents ne peuvent pas faire sans l'autorisation du juge des tutelles même d'un commun accord : vente de gré à gré, apport en société d'un immeuble ou d'un fonds de commerce appartenant au mineur, emprunt en son nom, renonciation pour le mineur à un droit) et art. 509 C. civ. (actes que le tuteur ne peut accomplir même avec autorisation : remise de dette, mainlevée d'une hypothèque ou d'une sûreté sans paiement, constitution gratuite d'une servitude, renonciation gratuite à un bien acquis, exercice du commerce ou d'une profession libérale au nom du mineur...).

particulier des droits concernés et au principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale, il nous semble qu'il conviendrait d'entourer le mandat d'un certain formalisme et de réfléchir à la possibilité de légiférer sur cette technique.

## B. La réglementation du mandat en matière familiale

**659 Démonstration.** Différentes propositions ont été formulées tendant à l'instauration de dispositions autorisant l'utilisation de cette technique en droit de la famille<sup>314</sup>. Deux conceptions du mandat se dégagent de ces propositions **(1)**. S'il devait être expressément autorisé par le législateur, il faudrait veiller à l'entourer d'un certain nombre de conditions dans la mesure où il porterait sur des droits en principe indisponibles **(2)**.

### 1. Volonté ou automaticité ?

**660 Fondement.** A l'image de la pratique classique, le rapport Dekeuwer-Défossez a préconisé de permettre au parent de donner conventionnellement mandat au tiers d'exécuter certains actes afin de favoriser leur collaboration<sup>315</sup>. Cette suggestion a été reprise par la Commission des lois du Sénat qui souhaitait introduire un article 372-3 dans le Code civil disposant qu'« *un parent en tant qu'il exerce l'autorité parentale peut donner un mandat à un tiers pour accomplir certains actes usuels relatifs à la personne de l'enfant* »<sup>316</sup>. Cette proposition n'a pas été retenue par l'Assemblée nationale lors du vote de la loi *relative à l'autorité parentale*. Le rapport de la Défenseure des enfants a envisagé la création d'un mandat d'éducation ponctuel au profit du tiers reposant sur la volonté des parties<sup>317</sup>. En ce sens également, l'avant-projet de loi *sur l'autorité parentale et les droits des tiers* permettrait à chacun des parents d'autoriser un tiers à accomplir un acte usuel de l'autorité parentale<sup>318</sup>. Le nouvel article 372-2 prévoirait qu'« *à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte*

---

<sup>314</sup> *Rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, rapp. préc., p. 75 ; *Familles monoparentales, familles recomposées : un défi pour la société française*, rapp. préc., p. 150 ; *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités*, rapp. préc., p. 61 ; *L'enfant d'abord - 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, rapp. préc., p. 260 et s.

<sup>315</sup> *Rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, rapp. préc., p. 75.

<sup>316</sup> TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 1079.

<sup>317</sup> *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités*, rapp. préc., p. 69.

<sup>318</sup> Art. 372-2 al. 1 nouveau C. civ., MIRKOVIC A., *Avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers*, art. préc.

*usuel de l'autorité parentale ou qu'il autorise un tiers à effectuer un tel acte* ». Cette présomption d'accord laisserait la possibilité au parent qui n'a pas mandaté le tiers de contester l'opportunité de l'acte réalisé ou sa qualification d'acte usuel. Le mandat reposerait sur un acte de volonté de l'un des parents<sup>319</sup>. A l'inverse, il a été suggéré d'instaurer un mandat qui découlerait automatiquement du mariage ou de la prise en charge de l'enfant par le tiers. Par exemple, dans son rapport, Irène Théry a recommandé d'insérer dans le Code civil un article selon lequel : « *tout tiers ayant en charge de manière habituelle un enfant mineur peut accomplir les actes usuels le concernant, sans préjudice des droits des titulaires de l'autorité parentale* »<sup>320</sup>.

**661 La technique du mandat en Europe.** Le mandat est une pratique connue de certaines législations européennes. Il peut avoir pour origine la volonté des parties ou découler de l'union du parent et du tiers. Par exemple au Royaume-Uni, toute personne titulaire de la responsabilité parentale peut autoriser le tiers à accomplir en son nom certains actes. Le consentement de l'autre parent n'est pas requis<sup>321</sup>. Le mandat peut également trouver sa source dans l'engagement du couple formé par le tiers et le parent comme en Allemagne ou en Suisse (v. *supra*, n° 60). Dans ces deux législations, l'accomplissement des actes par le tiers suppose une situation d'urgence ou tout au moins des circonstances particulières. En Suisse, la représentation du parent par le tiers se fonde sur le mariage et ne peut donc bénéficier qu'aux couples hétérosexuels. A l'inverse, en Allemagne, le conjoint ou le partenaire homosexuel du parent qui exerce seul l'autorité parentale peut en profiter.

**662 Rejet de l'automatisme.** Il faut toutefois exclure la mise en place automatique d'un mandat au bénéfice du tiers en cas de mariage avec le parent de l'enfant. En effet, si cette solution a le mérite de ne nécessiter aucune autre formalité, on peut lui adresser certains griefs. D'une part, en seraient exclues les configurations familiales non fondées sur le mariage. D'autre part, cette automatisme pourrait s'avérer inopportune lorsque le beau-parent ne souhaite pas s'investir dans l'éducation de l'enfant. Doit plutôt être

---

<sup>319</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers.

<sup>320</sup> THERY I., *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux ministre de la Justice, 1998, p. 216.

<sup>321</sup> « *Children Act 1989* », s. 2 (9).

privilegiée une formule reposant sur un acte de volonté à l'instar de la pratique britannique. Cette volonté serait certes nécessaire, mais non suffisante. En effet, le mandat supposerait qu'un certain nombre de conditions soit rempli.

## 2. Garanties nécessaires

**663 Mandat et exercice de l'autorité parentale.** Il conviendrait de préciser dans la loi que les droits susceptibles d'être mandatés. Ils seraient fonction de l'exercice de l'autorité parentale par les père et mère. En cas d'exercice unilatéral, le parent mandant pourrait autoriser le tiers à exécuter tout acte entrant dans ses prérogatives parentales. Toutefois, il faudrait que cela ne porte pas atteinte aux droits du parent n'exerçant pas l'autorité parentale (droit de visite et d'hébergement, droit de surveillance)<sup>322</sup>. Dans cette limite, s'il se trouvait dans l'incapacité de le faire personnellement, le parent pourrait mandater le tiers afin que ce dernier accomplisse un ou plusieurs actes usuels ou graves sur la personne de l'enfant ou de disposition ou conservatoire sur ses biens<sup>323</sup>. A l'inverse, dans l'hypothèse d'un exercice conjoint, le parent ne pourrait mandater le tiers que pour l'exécution d'actes qu'il peut en principe accomplir seul, c'est-à-dire, les actes usuels relatifs à la personne ou aux biens de l'enfant. Il serait utile à cette fin de renvoyer à l'article 372-2 du Code civil qui permettrait ainsi de présumer l'accord de l'autre parent lorsque le tiers effectuerait des actes simplement usuels<sup>324</sup>. Le consentement de l'autre ne serait pas requis, sauf si le mandat porte sur un acte grave. Ainsi, sauf accord de l'autre parent, il ne pourrait être donné mandat au tiers relativement à un acte grave dans la mesure où le pouvoir de l'un des parents est lié à celui de l'autre.

**664 Formalisme.** En tant qu'il permet au tiers de disposer des prérogatives parentales, le mandat devrait obéir à un certain formalisme. L'obligation de recourir à un jugement ou à une homologation judiciaire serait contraire à son esprit, à savoir faciliter la prise en charge par le tiers de l'enfant. Toutefois, dans la mesure où le mandat pourrait porter sur toute une série d'actes ou sur un acte grave, il conviendrait de le soumettre à quelques formalités. Il

---

<sup>322</sup> En ce sens, rapport *Rénover le droit de la famille*, préc., p. 76.

<sup>323</sup> *Contra*, v. *L'enfant d'abord - 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, rapp. préc., p. 261 qui préconise la limitation du mandat aux actes usuels de la vie courante ; *Familles monoparentales, familles recomposées : un défi pour la société française*, rapp. préc. p. 150.

<sup>324</sup> En ce sens, rapport *Rénover le droit de la famille*, préc., p. 76 ; rapport *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités*, rapp. préc., p. 69.

pourrait faire l'objet d'une convention notariée<sup>325</sup> ou enregistrée au greffe du tribunal d'instance du domicile du mandant. En outre, contrairement à la solution posée par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 mars 1970, il faudrait que la convention détermine les actes ou les catégories d'actes que le tiers pourrait réaliser. En effet, un mandat général aboutirait à une disposition par le parent de ses prérogatives parentales contraire à l'article 376 du Code civil. Le parent ne doit pas pouvoir transférer l'autorité parentale au tiers en dehors de la stricte procédure de la délégation de l'autorité parentale (v. *supra*, n<sup>os</sup> 536 et s.). La détermination exhaustive des droits consentis au mandataire ainsi que la durée du mandat seraient d'autant plus nécessaires lorsqu'il s'agirait d'actes graves. Devrait être remis au mandataire un écrit attestant de l'existence du mandat et mentionnant les actes ou les catégories d'actes qu'il est en droit d'accomplir au nom du ou des parents. Ceci permettrait de faciliter ses rapports avec les tiers auxquels il serait confronté lors de l'exécution de l'acte. On pourrait s'inspirer des dispositions relatives à la déclaration des parents tendant à rendre conjoint l'exercice de l'autorité parentale. Selon l'article 1180-1 du Code de procédure civile, la déclaration est reçue par le greffier en chef du tribunal de grande instance qui établit un procès-verbal dont il remet une copie à chacun des parents<sup>326</sup>.

**665 Résolution des conflits potentiels.** Si la filiation de l'enfant était bilinéaire et si l'autorité parentale était exercée conjointement par ses parents, le mandat donné au tiers pourrait aboutir à des conflits<sup>327</sup>. Le juge aux affaires familiales pourrait être saisi dans cette hypothèse par le mandant, le mandataire, l'autre parent ou le ministère public. Nous pensons que pourraient être appliqués les articles 373-2-10 et 373-2-11 du Code civil. Ainsi, le juge tenterait dans un premier temps de concilier les parties, puis trancherait le litige en prenant compte notamment des pratiques antérieures<sup>328</sup>.

---

<sup>325</sup> Possibilité évoquée dans le rapport *L'enfant d'abord - 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, rapp. préc., p. 261 : création d'un mandat conventionnel sous forme authentique immédiatement exécutoire.

<sup>326</sup> Sur la nécessité de mettre en place des mesures de publicité, v. également BRUGGEMAN M., *Le(s) tiers et l'enfant*, AJ fam. 2007, 294 : « l'autorité parentale ne se manifeste pas uniquement dans la sphère privée : l'enfant est amené à avoir des contacts extérieurs ; c'est là que l'intervention du tiers doit être en priorité reconnue, ce qui implique l'organisation de mesures de publicités adaptées ».

<sup>327</sup> En ce sens, TERRE F. et FENOUILLET D., *op. cit.*, n° 1077.

<sup>328</sup> En ce sens, le rapport DEKEUWER-DEFOSSEZ préconisait la résolution des conflits au moyen de l'ancien article 372-1-1 du Code civil selon lequel, « si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur

**666 Cessation du mandat.** Enfin, doivent être envisagées les modalités de la cessation du mandat. Il prendrait nécessairement fin au décès du mandant, à celui du mandataire ou de l'enfant, mais également en cas de retrait ou de perte de l'autorité parentale par le mandataire ainsi qu'à la majorité de l'enfant. Il pourrait en outre être révoqué par le mandant ou le mandataire. En dernier lieu, nous proposons qu'une décision de justice puisse mettre fin au mandat dans l'hypothèse où il serait contraire à l'intérêt de l'enfant. On pourrait imaginer qu'une demande en ce sens puisse être formée par l'autre parent ou le ministère public.

**667 Conclusion.** L'instauration de la technique du mandat en matière familiale permettrait de faciliter ponctuellement la prise en charge de l'enfant par le tiers. Mais devrait également être prévue la possibilité pour le tiers de s'engager véritablement lorsqu'il exerce un rôle de substitut parental auprès de l'enfant.

## **§ 2. Pour une pleine reconnaissance du tiers en cas de défaillance ou d'absence de l'un des parents : le pacte de parentalité**

**668 Démonstration.** Le recours à la parenté est inadapté à certaines situations de pluriparentalité. En effet, l'adoption n'est pas toujours une solution indiquée pour la prise en compte du rôle du tiers dans la vie de l'enfant. L'adoption plénière n'est envisageable que lorsque le tiers et le parent sont mariés. Elle n'est, dans cette hypothèse, autorisée que dans de strictes conditions : filiation unilinéaire, retrait de l'autorité parentale, décès du second parent (v. *supra*, n<sup>os</sup> 340 et s.). Si l'adoption simple semble être une solution plus adaptée aux situations de pluriparentalité, seule l'adoption de l'enfant du conjoint permet le partage des prérogatives parentales, sans en destituer le parent de naissance (v. *supra*, n<sup>os</sup> 392 et s.). L'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du tiers au moyen d'une reconnaissance mensongère est également irréalisable dès lors que la parenté de l'enfant est bilinéaire et doit, en tout état de cause, être rejetée en raison de sa trop grande précarité pour l'enfant (v. *supra*, n<sup>os</sup> 314 et s.). Enfin, il est impossible de recourir à la parenté pour sécuriser la situation de l'enfant à l'égard de la mère intentionnelle de l'enfant né grâce à

---

*ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règle. A défaut d'une telle pratique ou en cas de contestation sur son existence ou son bien-fondé, le parent le plus diligent pourra saisir le juge aux affaires familiales qui statuera après avoir tenté de concilier les parties ».*

une maternité de substitution (v. *supra*, n<sup>os</sup> 408 et s.) ainsi qu'à l'égard du coparent lorsque l'enfant vit au sein d'un couple homosexuel (v. *supra*, n<sup>os</sup> 442 et s.). En outre, la parenté ne reflète pas toujours le degré d'implication du tiers dans l'éducation de l'enfant et ses effets sont radicaux puisqu'elle inscrit l'enfant dans la généalogie de celui qui l'élève en fait. La délégation de l'autorité parentale peut être une alternative à la parenté. Mais elle ne sécurise pas la situation de l'enfant et notamment en cas de séparation ou de décès. Par conséquent, il s'avère utile de mettre en place en droit français un mécanisme intermédiaire à l'adoption et à la délégation de l'autorité parentale qui envisagerait le tiers dans sa fonction parentale auprès de l'enfant mais ne pourrait avoir lieu qu'en cas de carence du second parent. Seront envisagés ses conditions **(A)**, puis ses effets **(B)**.

#### A. Conditions du pacte de parentalité

**669 Raisonement.** Le pacte de parentalité s'analyserait comme un engagement du tiers exerçant habituellement dans les faits un rôle de type parental auprès de l'enfant et souhaitant formaliser juridiquement son attachement. Cet engagement s'inspirerait quelque peu de l'esprit du parrainage<sup>329</sup>, mais irait plus loin dans la mesure où il créerait un lien de droit entre le tiers et l'enfant. Il ne s'agirait pas d'un simple engagement moral, mais juridique. Le pacte de parentalité ne pourrait avoir lieu que dans des circonstances bien particulières **(1)**. Il requerrait le consentement du parent exerçant l'autorité parentale, ainsi que des conditions relatives au tiers qui souhaiterait s'engager **(2)**.

---

<sup>329</sup> Art. 1<sup>er</sup>, Charte du parrainage d'enfant (arrêté du garde des Sceaux et du ministre délégué à la Famille du 11 août 2005, JO n° 201 du 30 août 2005, p. 14037, texte n° 34) : « le parrainage est la construction d'une relation affective privilégiée instituée entre un enfant et un adulte ou une famille. Il prend la forme de temps partagés entre l'enfant et le parrain. Il repose sur des valeurs d'échange, de réciprocité, d'enrichissement mutuel et sur la confiance. Il est fondé sur un engagement volontaire. Il se met en place dans l'intérêt de l'enfant à la demande des parents ou autres titulaires de l'autorité parentale. L'avis de l'enfant est sollicité. Il constitue un mode d'accompagnement personnalisé ». Il prend la forme d'une convention signée par les titulaires de l'autorité parentale, l'enfant doué de discernement, les parrains, l'association, et la personne ou le service à qui l'enfant est confié en cas de placement. La convention précise les différentes modalités pratiques du parrainage (prise de décision médicale au nom des parents, transport de l'enfant, activités...). À été institué un Comité national du parrainage (arrêté du 26 mai 2003, JO n° 145 du 25 juin 2003 p. 10668, modifié par l'arrêté du 24 novembre 2006) chargé de proposer « toute mesure utile pour favoriser les actions de parrainage d'enfants et promouvoir cette forme de solidarité entre les familles ».V. également VERGEZ M.-D., *Rapport sur le parrainage*, 2001, disponible sur le site internet du ministère du Travail.

## 1. Des hypothèses d'application strictement définies

**670 Condition : une carence parentale.** Un pacte de parentalité ne pourrait être conclu entre le parent et le tiers qu'en cas de filiation unilinéaire, de décès, d'absence ou d'incapacité du second parent, de retrait ou d'exercice unilatéral de l'autorité parentale. Il s'agirait de reconnaître le rôle parental du tiers auprès de l'enfant sans que le second parent de l'enfant ne soit évincé à son profit. Cette mesure tendrait à appréhender le tiers en tant que substitut et non en tant que parent additionnel. On ne pourrait pas dès lors y recourir lorsque les père et mère exercent conjointement l'autorité parentale. En cas d'exercice unilatéral, le pacte pourrait apparaître comme un empiétement par le tiers sur les prérogatives de l'autre parent. Nonobstant, l'atteinte au principe de coparentalité est exceptionnelle. En effet, l'exercice unilatéral découle soit de l'inaction de l'un des parents à faire établir sa paternité ou plus marginalement sa maternité, soit d'une décision judiciaire lorsque l'intérêt de l'enfant commande que l'exercice de l'autorité parentale ne soit confié qu'à l'un de ses parents<sup>330</sup>. Il s'agit généralement de situations dans lesquelles le parent s'est désintéressé de l'enfant ou lui a porté préjudice par son comportement (v. *supra*, n<sup>os</sup> 187 et s.). Ainsi, le parent a défailli dans sa fonction parentale et permettre au tiers de s'engager auprès de l'enfant peut être un moyen de sécuriser une vie familiale reconstruite. Afin de s'en assurer, on pourrait s'inspirer de la législation néerlandaise qui subordonne le partage des prérogatives parentales à l'exercice unilatéral des droits parentaux par le parent qui le demande pendant trois années (voir *supra*, n<sup>o</sup> 590). En outre, le partage ne peut être prononcé si le juge considère que les droits de l'autre parent sont insuffisamment protégés au regard de l'intérêt de l'enfant. Le pacte de parentalité ne pourrait ainsi intervenir que si le parent qui le sollicite conjointement avec le tiers a exercé seul et de façon continue l'autorité parentale depuis trois ans. Dans la mesure où le pacte ne produirait aucune conséquence sur la parenté de l'enfant, le parent qui n'exercerait pas l'autorité parentale ne serait en aucun cas effacé au profit du tiers et pourrait continuer à se prévaloir des prérogatives parentales dont il bénéficie. Son sort ne serait en rien modifié par le prononcé d'une telle mesure. Autoriser qu'il soit fait recours au pacte dans une telle hypothèse permettrait également de parvenir à une solution, s'agissant de l'enfant né suite

---

<sup>330</sup> Art. 373-2-1 C. civ.

à une maternité de substitution lorsque sa filiation maternelle est établie à l'égard de la mère porteuse qui en est accouchée (voir *supra*, n° 422).

Une grande partie des conditions relatives au pacte de parentalité pourrait emprunter à celles qui sont prévues en matière d'adoption. Les législations étrangères peuvent également constituer une source d'inspiration.

## 2. Consentements et conditions relatives aux tiers

**671 Consentement parental.** Devrait être recueilli le consentement des père et mère de l'enfant. L'accord du parent n'exerçant pas l'autorité parentale serait en principe requis. Cependant, le juge pourrait passer outre, en considérant que le refus est abusif et que la mesure est dans l'intérêt de l'enfant. On pourrait s'inspirer dans une certaine mesure de l'article 348-6 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil selon lequel « *le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents ou par l'un d'entre eux seulement, lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité* ». Dès lors que la filiation de l'enfant serait unilinéaire, le consentement de son seul parent suffirait. Le majeur incapable y consentirait dans les mêmes conditions que s'agissant de l'adoption de l'enfant (v. *supra*, n° 370). A défaut de parent exerçant l'autorité parentale, le consentement du conseil de famille serait nécessaire<sup>331</sup>. Pourrait en faire l'objet tout mineur de dix-huit ans. Comme en matière d'adoption, son accord serait requis dès lors qu'il aurait atteint l'âge de treize ans. Avant cet âge, l'enfant doué de discernement, devrait être entendu.

**672 Conditions relatives au tiers.** S'agissant du tiers, on pourrait se référer aux conditions d'âge relatives à l'adoptant (art. 343-1 et 345 C. civ.). Ainsi, celui-ci devrait être âgé d'au moins vingt-huit ans et avoir une différence d'âge d'au moins quinze ans avec l'enfant. On pourrait imposer que le tiers ait partagé la vie de l'enfant pendant une certaine durée, à l'instar du gardien spécial britannique (v. *supra*, n<sup>os</sup> 637 et s.) ou de la personne qui sollicite le partage des prérogatives parentales aux Pays-Bas (v. *supra*, n° 590). Cette condition permettrait de s'assurer de la proximité des liens entre l'enfant et

---

<sup>331</sup> A l'image de l'article 348-2 du Code civil relatif au consentement du conseil de famille à l'adoption plénière de l'enfant dont les père et mère sont décédés, dans l'incapacité de manifester leur volonté ou qui ont perdu leurs droits d'autorité parentale.

le tiers et de la capacité de ce dernier à le prendre en charge. Les droits accordés au tiers supposent que soit vérifiée la réalité de son engagement à l'égard de l'enfant et non à l'égard de son conjoint ou concubin. Par ailleurs, cette exigence n'imposerait pas que le tiers forme un couple avec l'un des parents de l'enfant au moment de la demande. En effet, le pacte de parentalité pourrait intervenir après la séparation du couple.

**673 Procédure.** Le pacte de parentalité nécessiterait le recours à l'autorité judiciaire comme pour toute décision relative à l'enfant. Les attributions du juge aux affaires familiales pourraient être élargies à ce nouveau chef de compétence. Comme en matière de délégation volontaire de l'autorité parentale, le ministère d'avocat ne serait pas obligatoire (v. *supra*, n° 539). En l'absence de litige, la procédure serait gracieuse (art. 25 CPC). Le parent de l'enfant et le tiers devraient saisir le juge au moyen d'une requête conjointe à laquelle serait joint un projet de convention précisant exactement les prérogatives que le tiers serait autorisé à exercer.

Il convient d'envisager maintenant plus précisément les effets qu'entraînerait la conclusion d'un pacte de parentalité.

#### B. Effets du pacte de parentalité

**674 Plan.** Le pacte n'emporterait aucune conséquence sur la parenté de l'enfant, ni sur son nom de famille. Les père et mère ne perdraient pas leurs prérogatives parentales. Sa conclusion entraînerait une obligation d'entretien à l'égard de l'enfant **(1)** ainsi qu'un partage des prérogatives parentales **(2)**. Les droits du tiers seraient également améliorés dans l'hypothèse où il viendrait à se séparer du parent, si ce dernier venait à décéder avant la majorité de l'enfant ou à la cessation du pacte **(3)**.

##### 1. Une obligation d'entretien à la charge du tiers

**675 Obligation d'entretien.** Le tiers, à l'instar du tuteur officieux, s'engagerait à éduquer et entretenir l'enfant jusqu'à sa majorité ou son établissement (v. *supra*, n° 550). Il ne s'agirait pas d'instaurer une obligation alimentaire réciproque entre l'enfant et le tiers. En effet, celle-ci suppose l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance. Il serait question d'une obligation d'entretien du tiers à l'égard de l'enfant. Par conséquent, l'enfant devenu

majeur ne pourrait être tenu de verser des aliments au tiers dans l'hypothèse où celui-ci serait dans le besoin. L'obligation d'entretien à la charge du tiers ne cesserait qu'une fois que l'enfant serait à même de subvenir seul à ses besoins. C'est en ce sens que le pacte de parentalité apparaîtrait comme un véritable engagement du tiers à l'égard de l'enfant et ne s'apparenterait pas à une simple délégation de l'autorité parentale. Dès lors que le pacte serait conclu, le tiers serait tenu de participer financièrement à son éducation et à son entretien. Le fondement de cette obligation serait la volonté du tiers à l'image d'une obligation civile (v. *supra*, n° 226).

On pourrait ici encore s'inspirer de l'ancienne tutelle officieuse en ce qu'elle prévoyait que les héritiers du tuteur devaient continuer à pourvoir aux besoins de l'enfant (v. *supra*, n° 553). Aussi pourrait-il être prévu que la succession soit tenue au versement de l'obligation d'entretien jusqu'à ce que l'enfant soit indépendant financièrement. En cas de séparation entre le tiers et le parent de l'enfant, la contribution financière de ce dernier prendrait la forme d'un versement périodique dont le montant pourrait être fixé d'un commun accord ou judiciairement dans l'hypothèse d'un conflit ou d'un refus du tiers de maintenir son engagement à l'égard de l'enfant.

**676 Révocation de l'obligation d'entretien.** L'obligation d'entretien pourrait être révoquée, mais uniquement en cas de manquement grave de l'enfant à ses obligations envers le tiers en raison par exemple d'un comportement répréhensible. On pourrait s'inspirer de l'article 207 du Code civil qui prévoit la possibilité pour le juge de décharger en tout ou partie le débiteur d'aliment de sa dette. La séparation entre le parent et le tiers ne pourrait être une cause de révocation. En effet, si le parent devrait y consentir, le pacte de serait un engagement du tiers envers l'enfant qui subsisterait indépendamment de la vie de couple ou du décès du parent. De cette façon, l'enfant serait à l'abri des vicissitudes de la vie de couple de son parent mais sans être enfermé dans une parenté imposée à l'égard du tiers.

Afin de remplir sa mission relative à l'éducation de l'enfant, le tiers exercerait certaines prérogatives parentales qu'il partagerait avec le parent.

## 2. Un partage des prérogatives parentales

**677 Délégation « partage » de l'autorité parentale.** Le pacte inclurait une délégation « partage » de l'autorité parentale permettant au tiers d'accomplir tout acte usuel relatif à la personne de l'enfant<sup>332</sup>. La finalité du pacte de parentalité étant de pallier l'absence ou la défaillance du second parent de l'enfant, le tiers pourrait être institué en ses lieu et place. Ainsi, il pourrait être prévu dans la convention que la délégation porte également sur certains actes graves et que le commun accord du tiers et du parent est requis. Une disposition expresse serait nécessaire dans la mesure où il s'agit d'une limitation des pouvoirs du parent exerçant seul l'autorité parentale. La convention devrait préciser quels actes graves ou quelles catégories d'actes seraient concernés. De ce fait, le pacte pourrait donner lieu à un véritable partage des prérogatives parentales. Conformément au droit commun, le droit de consentir à l'adoption ne pourrait être délégué au tiers<sup>333</sup>. On peut s'interroger sur la possibilité pour le parent de lui déléguer les droits de consentir à l'émancipation et au mariage de l'enfant. En principe, seul le parent qui est dans l'impossibilité de manifester sa volonté est privé de cette prérogative<sup>334</sup>. Dans cette limite, les pouvoirs dévolus au tiers ne devraient pas empiéter sur les droits qui appartiennent toujours au second parent.

S'agissant de l'administration légale des biens de l'enfant, le même raisonnement pourrait être tenu. Le pacte de parentalité pourrait apparaître comme le support d'une collaboration entre le tiers et le parent. Lorsque la filiation de l'enfant est unilinéaire ou que l'autorité parentale est exercée par un seul des parents, l'autorisation du juge des tutelles est nécessaire à l'accomplissement des actes graves (v. *supra*, n° 574). On pourrait donc imaginer que le tiers vienne se substituer au juge et que les décisions importantes soient prises d'un commun accord par le tiers et le parent. Le juge des tutelles pourrait être saisi par chacun d'eux ou par le ministère public en cas de désaccord ou de décision contraire à l'intérêt de l'enfant.

---

<sup>332</sup> Conformément au droit commun de la délégation de l'autorité parentale, serait appliquée la présomption de l'article 372-2 du Code civil.

<sup>333</sup> Art. 377-3 C. civ.

<sup>334</sup> Art. 149 al. 1<sup>er</sup> pour le consentement au mariage de l'enfant mineur et art. 413-2 C. civ issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, préc.

**678 Cessation.** Conformément au droit commun, cette délégation « partage » de l'autorité parentale ne pourrait survivre au décès du parent (v. *supra*, n° 585). Le partage des prérogatives parentales prendrait également fin en cas de décès du tiers ou de l'enfant ou à la majorité de ce dernier. Comme en droit positif, la délégation « partage » pourrait en outre être modifiée ou prendre fin en cas de circonstances nouvelles si cela est dans l'intérêt de l'enfant<sup>335</sup>. Mais sa cessation n'entraînerait pas la fin de l'engagement alimentaire du tiers, à l'instar de ce que prévoit la législation néerlandaise en cas de partage des prérogatives parentales (v. *supra*, n° 590). Le pacte contiendrait ainsi plusieurs volets. Tout d'abord, il impliquerait une obligation d'entretien, véritable engagement du tiers à l'égard de l'enfant qui survivrait au décès du parent ou à la séparation du couple. En parallèle, le pacte contiendrait un partage des prérogatives parentales permettant une collaboration entre le tiers et le parent.

### 3. Une amélioration des droits de l'enfant et du tiers

**679 Désignation du tiers comme tuteur.** Il pourrait être prévu dans le pacte que le tiers recueille l'enfant si le parent venait à décéder avant sa majorité. Il n'y aurait ainsi plus besoin de prévoir une tutelle testamentaire dans un acte distinct<sup>336</sup>. Cette possibilité garantirait au parent que les conditions de vie de l'enfant ne seraient pas bouleversées. Cependant, en cas de prédécès de l'un des parents de l'enfant dont la filiation est bilinéaire, la tutelle testamentaire ne peut en principe pas produire ses effets, puisque cette prérogative n'appartient qu'au dernier survivant (v. *supra*, n° 594). Nous avons déjà proposé une modification des conditions de la désignation par le parent du tuteur (v. *supra*, n° 602 et s.). Il serait ainsi opportun de permettre au parent de désigner par avance le tuteur et de donner effet à sa volonté dès lors qu'une tutelle est ouverte et ce même lorsque l'un des parents est toujours en vie. Le tiers pourrait, dans cette hypothèse, être nommé tuteur si le parent s'est prononcé en ce sens dans le pacte de parentalité. Conformément au droit commun, la désignation du tiers par le parent s'imposerait au conseil de famille qui ne pourrait l'écarter que dans l'intérêt de l'enfant<sup>337</sup>. La volonté du parent pourrait être

---

<sup>335</sup> Art. 377-2 C. civ.

<sup>336</sup> En ce sens également, MIRKOVIC A., « *Un statut pour le « beau-parent » ?* », D. 2008, 1709. Sur la possibilité pour le parent de désigner par avance un tuteur pour l'enfant, v. *supra* n° 593 et s.

<sup>337</sup> Art. 403 *in fine*.

révoquée par le parent par testament ou par une modification du pacte homologuée par le juge aux affaires familiales.

**680 Adoption subséquente.** A la majorité de l'enfant, une adoption pourrait être prononcée. Comme la tutelle officieuse, le pacte de parentalité pourrait s'analyser en une phase préparatoire à la création d'un lien de parenté entre l'enfant et le tiers (v. *supra*, n° 552). Il permettrait de s'assurer des motivations et de la réalité de l'engagement de ce dernier. L'acquisition de la majorité permet d'éviter les problèmes relatifs à l'autorité parentale qui découlent de l'adoption de l'enfant mineur de l'autre lorsque le couple n'est pas marié (v. *supra*, n<sup>os</sup> 390 et s.).

**681 Fiscalité.** Afin de rendre le pacte de parentalité encore plus attractif, il conviendrait de l'assortir de dispositions fiscales. Pourraient être ainsi insérés dans le Code général des impôts un abattement ainsi que des droits de mutation réduits entre le tiers et l'enfant dont il s'est occupé. On pourrait également imaginer que les sommes versées par le tiers au titre de l'obligation d'entretien puissent être déduites du revenu brut global à l'image de ce que prévoit l'article 156 II 2° du Code général des impôts s'agissant des sommes versées dans le cadre des obligations alimentaires.

**682 Conclusion.** Il nous paraît indispensable de réfléchir à la création d'un échelon intermédiaire entre l'adoption et la délégation de l'autorité parentale permettant de sécuriser la situation de l'enfant et du tiers coparent. La solution que nous proposons a pour avantage de prévoir en un même acte leurs relations présentes et futures et de mettre à la charge du tiers une obligation d'entretien. Il ne s'agirait pas d'une simple reconnaissance juridique de la parentalité du tiers, mais d'un véritable engagement de ce dernier envers l'enfant.



## **Conclusion du Chapitre 2 :**

**683 Manque de lisibilité de la loi.** La multiplication des structures familiales plurales au sein desquelles un tiers exerce une fonction de type parental auprès de l'enfant conduit à s'interroger sur les modalités de son appréhension par le droit. D'un commun accord avec le tiers, le(s) parent(s) peuvent décider de lui concéder des droits de leur vivant ou au décès du dernier d'entre eux. Malgré l'opposition des parents, le tiers peut également solliciter la reconnaissance juridique de la parentalité qu'il a exercée dans les faits dans un certain nombre d'hypothèses. A l'heure actuelle, il n'existe cependant aucune mesure permettant une appréhension plus aboutie de la fonction de type parental exercée par le tiers. Pourtant, ceci peut nuire à la sécurisation de la situation de l'enfant dans la mesure où il est souvent tributaire des aléas de la vie de couple de son ou de ses parents. Par manque d'information ou en raison de démarches contraignantes, la relation entre l'enfant et le tiers peut rester simplement factuelle. Si la loi offre une grande diversité de solutions, il semble qu'elle manque de lisibilité. C'est pourquoi, en s'inspirant des solutions mises en place dans d'autres législations, il convient d'organiser différents mécanismes tendant à améliorer les droits du tiers tout en prenant en compte l'intérêt de l'enfant.

**684 Amélioration de la reconnaissance juridique du tiers.** Les prérogatives accordées au tiers ne doivent pas porter atteinte au principe de coparentalité. Par conséquent, en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale, un mandat portant sur les actes que le mandataire peut accomplir seul devrait faciliter la prise en charge ponctuelle de l'enfant sans empiéter sur les prérogatives parentales. Il nous semble que la technique du mandat devrait faire l'objet d'une réglementation spécifique, dans la mesure où il pourrait porter sur des droits, en principe, indisponibles. A l'inverse, lorsque l'un des parents est dans l'impossibilité d'exercer son rôle ou s'il a défailli dans ses fonctions, le tiers pourrait être considéré comme un soutien pour l'autre parent. Il faudrait alors l'autoriser à s'engager à l'égard de l'enfant et consacrer juridiquement son implication en lui octroyant des droits mais aussi des devoirs envers celui qu'il souhaite entretenir et éduquer. Le pacte de parentalité pourrait alors être une alternative à l'adoption ou à une filiation de complaisance. Il serait également une solution lorsque le recours à la parenté est impossible pour reconnaître la relation qui unit le tiers et l'enfant.



## **Conclusion du Titre 2 :**

**685 Reconnaissance juridique du tiers géniteur.** La reconnaissance de l'auteur biologique passe par une amélioration de l'accès aux origines personnelles. Les revendications des enfants adoptés ont été progressivement prises en compte en France comme en Europe. Sauf hypothèse d'abandon « sauvage », ces derniers peuvent accéder plus ou moins facilement à l'identité de leurs parents de naissance. Toutefois, dès lors que le tiers géniteur a sollicité l'anonymat, l'accès aux origines personnelles est plus difficile à mettre en œuvre. Seuls la France, l'Italie et le Luxembourg autorisent la femme à demander le secret lors de son accouchement. La France a tenté de faciliter les démarches des enfants dont les auteurs biologiques ont demandé l'occultation des origines, en créant le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles. La révélation de l'identité des parents de naissance reste entièrement subordonnée à la volonté des auteurs biologiques ou de celui d'entre eux qui a demandé le secret. Même si l'on constate une progression des réponses positives émanant des parents de naissance consultés par le Conseil national, on peut s'interroger sur une modification du droit actuel permettant de prendre davantage en compte la volonté des enfants dont les origines ont été occultées.

Les origines de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée hétérologue sont pareillement effacées. Mais à l'inverse de ce qui a été mis en place pour l'enfant adopté ou né sous X, il n'existe aucun moyen pour lui d'accéder à ses origines biologiques. Or, une large partie des législations européennes permet la levée de l'identité du donneur ou tout au moins communique à l'enfant des informations non-identifiantes. En outre, il semblerait que les mentalités aient progressé sur ce point et qu'une réflexion puisse être menée. En s'inspirant des solutions adoptées en Europe, une évolution du droit français est envisageable dans un avenir plus ou moins proche. Il nous semble que l'accès aux origines des enfants nés grâce à un don de gamètes ne nécessiterait pas un bouleversement de la législation française. Il suffirait en effet d'élargir les compétences du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles. Sans remettre en cause le principe selon lequel la filiation de l'enfant ne peut être établie à l'égard du donneur, il nous paraît opportun d'organiser un accès aux origines personnelles de ses enfants reposant sur les volontés du

donneur, des parents et de l'enfant. L'expérience d'autres États en Europe peut être, à ce titre, une source d'inspiration.

Ainsi, il serait possible d'améliorer en droit français la reconnaissance du rôle que le tiers géniteur a pu jouer dans la vie de l'enfant.

**686 Reconnaissance juridique du tiers coparent.** Le droit français, à l'instar d'un certain nombre de législations européennes, a mis en place divers dispositifs permettant de prendre en compte le tiers qui exerce une fonction de type parental auprès de l'enfant. Cette reconnaissance peut, tout d'abord, être le fait des parents. Dans des circonstances particulières, ceux-ci peuvent décider de transférer tout ou partie de leurs prérogatives parentales au tiers digne de confiance. La législation française connaît aussi la délégation « partage » de l'autorité parentale pour les besoins d'éducation de l'enfant. Cette innovation permet au parent et au tiers d'exercer ensemble certaines prérogatives parentales. Elle est essentiellement sollicitée par des couples homosexuels pour lesquels il ne peut être fait recours à la parenté pour sécuriser les relations de l'enfant et de son coparent. Le partage des droits parentaux est également connu dans d'autres législations en Europe. Il peut être automatique ou nécessiter une volonté expresse. En France, comme dans d'autres législations européennes, le parent peut aussi prévoir que le tiers coparent prendra en charge l'enfant à son décès. La tutelle testamentaire du droit français ne permet pas au parent de désigner un tuteur dans tous les cas où une tutelle doit être ouverte. Il nous semble que la législation française devrait être modifiée sur ce point, afin de mieux prendre en compte la volonté parentale dans le choix du tuteur. Les parents peuvent parfois s'opposer à la reconnaissance de la parentalité du tiers. Or, ce dernier n'est pas dépourvu face à leur refus ou leur inaction. D'une part, il peut judiciairement solliciter le maintien de ses relations personnelles avec l'enfant. A l'instar d'autres législations en Europe, le droit français le subordonne à la preuve de l'intérêt de l'enfant. D'autre part, l'enfant peut être confié au tiers qui dispose à ce titre de prérogatives plus ou moins importantes. La résidence de l'enfant peut être judiciairement fixée chez lui notamment lors de la séparation des parents ou si celui qui exerce seul l'autorité parentale vient à décéder. Celui qui a recueilli l'enfant peut aussi solliciter une délégation forcée de l'autorité parentale. Enfin, si une mesure d'assistance éducative est prononcée, l'enfant peut être retiré de son

milieu familial et être pris en charge par un tiers. D'autres législations en Europe connaissent des dispositions similaires.

Malgré ces dispositions relatives au tiers, le droit français manque de lisibilité et n'offre pas un cadre permettant la prise en compte aboutie du tiers coparent dans sa fonction parentale. Même la délégation « partage » de l'autorité parentale n'offre pas une solution satisfaisante en raison de lacunes découlant de sa nature même. Nous pensons que la reconnaissance du coparent ne peut reposer que sur un acte de volonté et ne doit pas découler automatiquement de l'existence d'une relation de couple entre le tiers et le parent. En outre, elle ne doit pas se faire au mépris des droits des parents. Par conséquent, nous proposons un encadrement de la technique du mandat lorsque la filiation de l'enfant est bilinéaire et que l'autorité parentale est exercée conjointement par ses deux parents. Il faudrait l'entourer d'un certain nombre de conditions afin qu'il ne débouche pas sur une disposition de l'autorité parentale par le parent et qu'il ne porte pas atteinte au principe de coparentalité. A l'inverse, la place réservée au tiers pourrait être plus importante lorsque la filiation de l'enfant est unilinéaire ou lorsque l'autorité parentale n'est exercée que par l'un de ses parents. Nous préconisons la mise en place d'un pacte de parentalité qui permettrait au tiers de s'engager expressément à l'égard de l'enfant avec l'accord du parent. Il serait tenu par une obligation d'entretien. Serait prévu un partage des prérogatives parentales modulable par les parties. Enfin, le parent pourrait désigner par avance le tiers comme tuteur pour tous les cas où une tutelle devrait être ouverte. Il s'agirait donc d'un véritable engagement du tiers à l'égard de l'enfant qui subsisterait à la rupture du couple ou au décès du parent. Une telle évolution du droit français nous semble souhaitable puisqu'elle permettrait la prise en compte de la parentalité du tiers sans qu'il soit nécessaire de recourir à la parenté. Ainsi, la situation de l'enfant pourrait être sécurisée.



## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

687 **Les limites de la reconnaissance du tiers au moyen de la parenté.** Le recours à la parenté apparaît de prime abord comme pouvant sécuriser la relation existant entre l'enfant et le tiers. Dans le cadre des filiations de complaisance, la seule volonté du tiers suffit à créer ou à détruire le lien de parenté. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a expressément reconnu le droit pour les parents de contester la filiation établie mensongèrement. La situation de l'enfant est largement dépendante des relations de couple de son parent. L'adoption semble mieux refléter la nature du lien qui unit l'enfant à son coparent. La volonté du tiers est alors davantage encadrée. Les législations françaises et européennes tendent à privilégier le recours à l'adoption lorsque l'adoptant est le conjoint du parent. L'adoption plénière doit être distinguée de l'adoption simple. La première ne peut être prononcée que dans un nombre limité d'hypothèses en raison de sa nature substitutive. A l'inverse, l'adoption simple tient compte de la structure familiale plurale de l'enfant. De par ses conditions et ses effets, elle est une solution plus souple et mieux adaptée à la prise en considération de la configuration pluriparentale de la famille. A défaut de mariage entre le parent et le tiers, l'adoption est inopportune : l'adoption plénière entraîne la rupture des liens entre l'enfant et son parent de naissance et l'adoption simple a pour effet de transférer l'exercice de l'autorité parentale à l'adoptant. Nous proposons que le droit français soit modifié afin d'autoriser le partage des prérogatives parentales lorsque l'un des membres d'un pacte civil de solidarité adopte l'enfant de l'autre. L'engagement juridique existant entre le parent et l'adoptant pourrait fonder ce partage. Une telle solution serait plus conforme à l'intérêt de l'enfant qu'une reconnaissance de complaisance.

Mais le recours à la parenté est impossible dans différentes situations. La volonté peut être entravée en raison de considérations d'ordre public. La sécurisation de la configuration familiale de l'enfant ne peut alors passer par ce moyen. Ainsi la situation familiale de l'enfant né suite à une maternité de substitution est particulièrement précaire. Il lui est impossible de faire établir sa filiation maternelle à l'égard de la mère intentionnelle quand bien même celle-ci en serait la mère génitrice. Nous nous sommes prononcés pour une admission en droit français de la technique particulière de la gestation pour le compte d'autrui. Dans une telle hypothèse, il conviendrait de déterminer la filiation de l'enfant qui

en serait issu. A l'instar du droit britannique, il nous semble que le critère de l'accouchement devrait être maintenu. La mère porteuse serait ainsi désignée comme mère légale de l'enfant, la mère intentionnelle pouvant ensuite demander l'adoption de l'enfant. Enfin, l'enfant vivant au sein d'un couple homosexuel ne peut lui non plus voir sécuriser sa relation avec son coparent homosexuel au moyen de la parenté. A l'inverse de la France, d'autres législations en Europe autorisent la création d'un lien de parenté dans une telle hypothèse. Si le partage des prérogatives parentales était autorisé entre les membres d'un pacte civil de solidarité lorsque l'un adopte l'enfant de l'autre, il nous semble que cette solution devrait également bénéficier aux couples homosexuels, sous risque, à défaut, d'être condamné pour discrimination par la Cour européenne des droits de l'homme. En l'état actuel du droit, la situation familiale de l'enfant ne peut être sécurisée au moyen de la parenté dans ces différentes hypothèses. C'est parfois l'anonymat et le secret qui sont à la source de l'impossibilité d'établir un lien de parenté entre l'enfant et le tiers auteur biologique comme dans le cadre de l'accouchement sous X et des procréations médicalement assistées hétérologues. A l'instar de la grande majorité des législations européennes, le droit français interdit l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du donneur de gamètes. Cette disposition est à l'heure actuelle essentiellement symbolique, mais il convient de la maintenir au regard du développement du droit à l'accès aux origines personnelles. Il existait une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité lorsque la femme avait demandé le secret lors de son accouchement. Son abrogation par la loi du 16 janvier 2009 n'a pas pour autant levé tous les obstacles à l'établissement de la filiation maternelle. En outre, on peut craindre qu'elle ait des répercussions négatives sur l'accès aux origines personnelles de l'enfant né sous X.

Ainsi, la parenté peut être une solution satisfaisante dans certaines configurations familiales, mais elle montre ses limites soit par son inadaptation à prendre en compte le véritable rôle exercé par le tiers, soit en raison de ses strictes conditions ou effets. D'autres solutions doivent donc être trouvées.

**688 Les solutions alternatives à la parenté.** Il convient de réfléchir à des moyens autres que la parenté pour appréhender le tiers, auteur biologique ou coparent. La prise en compte de ces deux tiers doit obéir à des modalités différentes en raison de la singularité du rôle de chacun. Le droit pour l'adopté d'accéder à l'identité des ses père et mère de naissance

est aujourd'hui reconnu en France comme dans la majorité des législations européennes. La volonté de l'enfant est prise en compte, même si l'accès à des renseignements identifiants obéit à des modalités différentes selon les États. Mais il n'en va pas de même lorsque le secret a été demandé par les parents de naissance. Si des progrès ont été accomplis en France, les droits de l'enfant restent subordonnés à la volonté de ses auteurs biologiques notamment à celle de la femme qui en est accouchée secrètement. C'est pourquoi nous proposons que les compétences du Conseil national soient modifiées afin de lui permettre de décider de la levée du secret lorsque les circonstances l'exigent. Il serait ainsi instauré un meilleur équilibre entre les volontés des auteurs biologiques et celle de l'enfant, la décision finale appartenant à un organisme indépendant. S'agissant de l'accès aux origines personnelles de l'enfant né grâce à une assistance médicale à la procréation avec donneur, la position retenue par le droit français n'est pas toujours partagée en Europe. En effet, de plus en plus de législations européennes ont pris en compte les revendications des personnes issues d'un don de gamètes et leur communiquent l'identité ou tout au moins des renseignements non-identifiants sur le donneur de gamètes. Peu de pays en Europe maintiennent un anonymat absolu dans les faits. Il nous semble opportun de mener une réflexion sur une modification du droit français, à l'image de ce qui a été entrepris relativement à l'accès aux origines personnelles des pupilles de l'État ou des personnes qui ont été adoptées. Il devrait être tenu compte des volontés des différentes personnes concernées. Ainsi, il conviendrait de mettre en place un système fondé sur la volonté et non sur une révélation automatique de ses origines à l'enfant. Le Conseil national pourrait être compétent pour toutes les demandes d'accès aux origines d'enfants dont les origines ont été légalement occultées. Ceci conduirait à une meilleure appréhension du tiers auteur biologique.

La prise en compte du tiers coparent peut également se faire hors du cadre rigide de la parenté. Les parents peuvent décider d'un commun accord avec le tiers de lui transférer tout ou partie de leurs droits parentaux. Le droit français, à l'instar d'autres législations en Europe, autorise aussi sous certaines conditions le partage des prérogatives parentales entre les parents et le tiers. Cette solution est particulièrement intéressante lorsque le tiers prend en charge ponctuellement l'enfant, mais elle n'est pas exempte de critiques. Elle ressemble en certains points à l'ancienne tutelle officieuse, mais contrairement à celle-ci, elle ne peut

s'analyser comme un engagement du tiers à l'égard de l'enfant. Il est également possible pour le dernier vivant des père et mère de confier l'enfant au tiers à son décès. Indépendamment de l'accord ou de l'opposition des parents, le tiers dispose d'un certain nombre de prérogatives lui permettant de faire juridiquement reconnaître sa parentalité. Ainsi, il peut demander à ce que ses relations personnelles avec l'enfant soient maintenues, si cela est dans l'intérêt de ce dernier. L'enfant peut aussi être confié au tiers. Le tiers qui a recueilli l'enfant peut également solliciter un transfert des prérogatives parentales à son profit. Enfin, le retrait de l'enfant de son milieu familial au titre d'une mesure d'assistance éducative peut pareillement aboutir à la prise en charge de l'enfant par un tiers. Il existe donc un certain nombre de mécanismes permettant de reconnaître sur le plan juridique la parentalité que le tiers exerce dans les faits auprès de l'enfant. Toutefois, comme nous pouvons le constater, ces dispositions sont disparates et ont surtout vocation à intervenir dans des situations conflictuelles ou exceptionnelles. Il peut être difficile pour le tiers coparent de savoir comment formaliser sa relation à l'enfant. Dès lors, nous proposons que soient inscrits dans le Code civil deux mécanismes facilitant la prise en charge consensuelle de l'enfant par le tiers. La reconnaissance du rôle du tiers auprès de l'enfant ne doit pas porter atteinte aux droits des parents et notamment de celui avec lequel l'enfant ne vit pas. De ce fait, il conviendrait de distinguer les situations dans lesquelles l'autorité parentale est exercée conjointement par les parents, de celle où l'exercice est unilatéral. Dans la première hypothèse, il faudrait faciliter la prise en charge ponctuelle de l'enfant par le tiers. Si le mandat est une technique connue du droit civil, son utilisation peut susciter des interrogations en droit de la famille, en raison du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale. Pourtant, une réglementation précise et spécifique pourrait permettre son adaptation à la matière familiale. Ceci permettrait au parent de mandater le tiers pour l'accomplissement de certains actes qu'il ne peut accomplir, sans que cela porte atteinte au principe de coparentalité. En outre, lorsque la filiation de l'enfant est unilinéaire ou lorsqu'un seul de ses parents exerce l'autorité parentale, il serait possible d'envisager la création d'un mécanisme plus abouti reflétant le caractère de substitut parental du tiers. Sous réserve d'un certain nombre de conditions, le tiers et le parent pourraient décider de conclure un pacte de parentalité à l'image du pacte de famille. Il s'agirait d'un engagement du tiers à l'égard de l'enfant et non à l'égard de son parent. Il se composerait d'une obligation alimentaire, d'une délégation « partage » de l'autorité parentale ainsi que de la

possibilité pour le parent de désigner le tiers comme tuteur pour tous les cas où une tutelle devrait être ouverte. Les conditions d'un tel engagement pourraient être inspirées des règles relatives à l'adoption et de l'ancienne tutelle officieuse ainsi que de dispositions mises en place dans certaines législations européennes. Le parent et le tiers pourraient ainsi reconnaître sur le plan juridique la parentalité que celui-ci exerce dans les faits. Cette solution aurait pour avantage d'offrir une alternative à la parenté, tout en sécurisant la relation de l'enfant et du tiers.



## CONCLUSION GÉNÉRALE

**689 Constat.** D'importants changements sociétaux (libéralisation des mœurs, progrès scientifiques, multiplication des naissances hors mariage, des divorces...) ont conduit de plus en plus d'enfants à vivre au sein d'une configuration familiale dans laquelle un tiers a exercé ou exerce une fonction de type parental. La parentalité permet d'appréhender son rôle auprès de l'enfant. Entendue dans un sens large, elle recouvre tous les aspects de la fonction parentale : concevoir et mettre au monde, nourrir, éduquer... Dans cette acception, la notion de parentalité permet d'imaginer l'intervention d'un ou plusieurs tiers dans la vie de l'enfant. Soit le tiers peut être l'auteur biologique, participant ou non dans les faits à l'éducation de l'enfant, sans que la filiation ne soit établie à son égard ; soit le tiers peut être un coparent, c'est-à-dire celui qui élève l'enfant dans les faits.

**690 Une appréhension variable du tiers par le droit.** On constate de prime abord que le droit français, à l'image d'autres législations en Europe, n'offre pas au tiers un statut uniforme découlant de sa simple existence dans la vie de l'enfant. Cela s'explique par deux raisons. En raison des spécificités du coparent et de l'auteur biologique, une appréhension uniforme du tiers ne peut être envisagée. En outre, l'existence d'un tiers auprès de l'enfant ne signifie pas que celui-ci souhaite s'investir dans son éducation. Pour autant, on s'aperçoit que le droit tient parfois compte l'existence du tiers. Cette prise en considération est variable et imparfaite. Les configurations familiales plurales recouvrent des situations très différentes dans les faits, mais juridiquement proches. Nous avons utilisé comme critère de classification la notion de parenté dans la mesure où le rôle du tiers est influencé par l'unilinéarité ou la bilinéarité de la filiation de l'enfant.

**691 La parentalité partiellement prise en considération.** L'unilinéarité de la filiation de l'enfant autorise une prise en considération de la parentalité. Il convient de distinguer la situation du tiers géniteur de celle du tiers coparent. Quand la famille unilinéaire résulte d'une procréation charnelle, les droits de l'auteur biologique sont plus importants que ceux du coparent. Le tiers géniteur peut ne pas faire établir sa parenté à l'égard de l'enfant. Il se soustrait ainsi à la parenté mais également à toute autre forme de parentalité. Il dispose

également du droit de contester la filiation mensongère de l'enfant. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le prétendu parent véritable ne doit pas être empêché d'établir la filiation de l'enfant à son égard en raison de l'établissement antérieur de la filiation à l'égard d'une autre personne, généralement le nouveau compagnon de la mère. Le coparent, quant à lui, n'est pas pris en compte dans sa fonction parentale par le droit français à l'inverse de certaines dispositions mises en place dans d'autres législations en Europe. Une modification du droit français ne nous paraît pas opportune dans la mesure où la reconnaissance de la parentalité du tiers doit, nous semble-t-il, découler d'un acte exprès de volonté et non de sa vie de couple avec le parent. Lorsque la famille unilinéaire résulte d'une adoption par une seule personne, la situation s'inverse. Le tiers géniteur n'intervient pas dans le processus d'adoption dans la mesure où il n'existe aucun lien de droit entre l'enfant et lui. Le futur rôle joué par le coparent justifie que celui-ci soit pris en compte. Son appréhension est diverse : par exemple lors de l'appréciation des qualités d'accueil du candidat à l'adoption ou par l'obligation d'obtenir son consentement à l'adoption projetée. En France, seul l'accord du conjoint est nécessaire. Conformément aux dispositions de la Convention européenne *en matière d'adoption des enfants* telle que révisée en 2008, nous proposons que le consentement du tiers soit aussi requis lorsqu'il est engagé dans un pacte civil de solidarité avec le candidat à l'adoption. Cette condition, qui existe en droit belge, permettrait de davantage tenir compte du futur rôle du tiers dans la vie de l'enfant. En effet, comment imaginer une adoption pérenne si le partenaire de l'adoptant s'y oppose ?

**692 La parentalité niée.** La parentalité exercée par le tiers peut parfois être niée sur le plan juridique. Tel est le cas par exemple lorsque l'enfant est issu d'une maternité de substitution. Le procédé est légalement interdit en France depuis les lois de bioéthique de 1994. Pourtant, certains couples n'hésitent pas à recourir aux services d'une mère porteuse dans les États qui autorisent cette technique. Il faut donc s'interroger sur la situation familiale de l'enfant lors de son retour sur le territoire national. Le droit français retient le critère de l'accouchement pour désigner la mère et refuse de reconnaître le rôle parental exercé dans les faits par la mère intentionnelle et ce, même si elle en est la mère génétique. Celle-ci est un tiers juridiquement étranger à l'enfant. La négation de sa parentalité découle de la prohibition de la maternité de substitution. Nous proposons une évolution du droit français qui pourrait s'inspirer des dispositions mises en place dans certaines législations

européennes. Il convient de distinguer la procréation ou maternité pour autrui de la gestation pour autrui et de n'autoriser que cette dernière. L'admission de ce procédé pourrait alors s'appuyer sur le modèle des techniques de procréations médicalement assistées déjà existantes. Il s'agirait d'un don, celui de la fonction gestationnelle. De strictes conditions devraient être remplies par le couple qui souhaiterait en bénéficier, ainsi que par la mère porteuse (interdiction de la gestation pour autrui à des fins mercantiles, nécessité d'une pathologie médicalement constatée, conditions d'âge et de domicile...). Il nous semble qu'un contrôle judiciaire devrait également être instauré, à l'image du droit grec.

**693 La parentalité ignorée.** Lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard de ses deux parents, le rôle du tiers est en principe davantage résiduel. Il convient ici encore de distinguer le sort réservé au tiers géniteur de celui du coparent. En effet, la parentalité exercée par le coparent est ignorée par le droit. La fonction de type parental qu'il exerce auprès de l'enfant reste fréquemment dans le domaine factuel. La place qui peut lui être accordée dans la configuration familiale de l'enfant dépend de l'exercice unilatéral ou conjoint de l'autorité parentale par les parents. En France comme dans d'autres législations en Europe, l'exercice de l'autorité parentale peut être unilatéral alors même que la parenté de l'enfant est bilinéaire. Ceci peut résulter soit du décès ou d'une défaillance de l'un des parents (incapacité, absence), soit d'un comportement jugé répréhensible pour l'enfant (retrait de l'autorité parentale, exercice unilatéral dans l'intérêt de l'enfant), soit enfin de la séparation du couple parental. Dans ces différentes situations, le tiers coparent peut jouer un rôle de substitut parental sous réserve toutefois de ne pas porter atteinte aux droits appartenant encore au parent n'exerçant pas l'autorité parentale. Dans l'hypothèse d'un exercice conjoint de l'autorité parentale par les parents, la place concédée au tiers peut être source de conflits en raison de la mise en œuvre du principe de coparentalité. La relation entre l'enfant et le tiers est en outre influencée par la fixation de la résidence de l'enfant (chez l'un de ses parents ou en alternance). Les parents peuvent parfois prévoir conventionnellement les relations entre l'enfant et son coparent. Ce type d'accord se retrouve essentiellement dans le cadre de projets de coparentalité homosexuelle. Chacun des parents est attaché à préserver les droits et le rôle de son compagnon ou de sa compagne auprès de l'enfant. Il est possible dans une certaine mesure de prévoir des

prérogatives en faveur du tiers. Il ne doit toutefois pas être porté atteinte au principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale. Le coparent n'est ainsi pas appréhendé par la loi. La parentalité qu'il exerce dans les faits n'est ni entravée, ni favorisée par le droit. Elle se cantonne à un domaine essentiellement factuel et est influencée par la configuration familiale de l'enfant.

**694 La parentalité occultée.** A l'inverse, lorsqu'il s'agit du tiers géniteur, le droit intervient pour empêcher l'exercice de toute autre forme de parentalité. La négation des origines de l'enfant peut résulter tout d'abord de la volonté des auteurs biologiques qui veulent rester anonymes. En France, en Italie et au Luxembourg, une femme peut se soustraire aux conséquences juridiques de sa maternité en demandant le secret sur son identité lors de l'accouchement. L'effacement des origines reposant sur sa seule volonté, il convient de s'assurer que celle-ci a pleinement compris la portée de son acte. Même si le dispositif mis en place en France a été validé par la Cour européenne des droits de l'homme, nous proposons que les modalités de recueil de la volonté ainsi que le délai pendant lequel elle peut revenir de sa décision soient modifiés afin d'améliorer les droits de celle qui accouche secrètement. En outre, la volonté de la mère a une incidence sur la filiation paternelle de l'enfant. En effet, si rien ne s'y oppose juridiquement, le père peut éprouver de grandes difficultés pour établir sa paternité dans la mesure où il ignore généralement le lieu et la date de naissance de l'enfant. Nous proposons pareillement que les règles françaises soient améliorées afin que la seule volonté de la mère n'aboutisse pas à un complet effacement des origines de l'enfant. Il n'est désormais plus possible en France d'abandonner un enfant aux services de l'aide sociale à l'enfance avec demande expresse de secret sur l'identité des père et mère. Mais un abandon « sauvage » reste envisageable. Certaines législations en Europe organisent l'abandon anonyme en prévoyant des endroits spécifiques dans lesquels l'enfant peut être anonymement abandonné en toute sécurité. Il est alors impossible de s'assurer de la volonté des auteurs biologiques et le droit n'intervient que pour prendre acte du fait matériel de l'abandon et donner un état civil à l'enfant. Enfin, l'effacement des origines peut découler ou être compensé par la création de liens de parenté. En France comme dans un grand nombre de législations européennes, l'enfant adopté plénièrement quitte sa famille de naissance pour entrer définitivement dans son nouveau foyer adoptif. Il y a alors une véritable substitution de parenté qui s'opère

matériellement par l'annulation de l'ancien acte de naissance. Les enfants issus d'une assistance médicale à la procréation avec donneur voient pareillement leurs origines biologiques effacées. Il est alors fait recours au mécanisme de la fiction. En France, à l'instar d'autres législations en Europe, la filiation est établie à l'égard du couple qui a bénéficié de l'aide médicale à la procréation. Dans toutes ces hypothèses, l'effacement des origines empêche l'exercice de toute autre forme de parentalité dans les faits.

**695 La reconnaissance du tiers fondée sur la volonté.** Ainsi, la prise en compte du tiers par le droit est variable. Or, il est dans l'intérêt de l'enfant que sa configuration familiale soit sécurisée. Nous pensons que la reconnaissance de la parentalité du tiers doit résulter d'un acte exprès de volonté. Le recours à la parenté peut être une solution satisfaisante mais qui montre toutefois ses limites.

**696 La volonté à l'origine du lien de parenté.** Tout d'abord, la parenté peut résulter de l'établissement d'une filiation mensongère à l'égard du coparent. Les filiations de complaisance sont inadaptées à la prise en compte de la parentalité du tiers en raison de leur précarité pour l'enfant. En effet, la seule volonté du tiers est suffisante lors de l'établissement ou de la contestation de la filiation. La Cour européenne des droits de l'homme a expressément reconnu à l'homme le droit de contester la filiation mensongère de l'enfant. Malgré des garde-fous mis en place en France comme dans d'autres législations en Europe, les filiations de complaisance ne sont pas une solution satisfaisante. L'adoption reflète davantage le caractère électif et affectif de la relation qui peut unir l'enfant au tiers. L'adoption suppose un accord de volonté entre le ou les parents et le tiers et reste soumise au contrôle judiciaire de l'intérêt de l'enfant. Il faut cependant tenir compte de l'existence ou non d'un mariage entre le parent et celui qui souhaite l'adopter. En effet, l'adoption de l'enfant du conjoint fait l'objet de dispositions spécifiques tendant à faciliter son prononcé en France comme dans un grand nombre de législations européennes. Toutefois, lorsqu'elle est plénière, l'adoption ne peut être sollicitée en France que dans de strictes hypothèses. Cette restriction au pouvoir de la volonté s'explique par le caractère substitutif de l'adoption plénière. Nous pensons que des améliorations pourraient encore être apportées sur ce point afin de ne pas priver abusivement l'enfant d'une branche de sa famille par le sang. L'adoption simple reflète davantage la structure familiale de l'enfant puisqu'elle ne repose pas sur l'éviction d'une branche, mais sur une adjonction des

liens de parenté. Elle apparaît comme une solution envisageable lorsque la filiation de l'enfant est bilinéaire. Cependant, elle ne doit pas aboutir dans les faits à l'évincement du parent avec lequel il ne vit pas. L'opportunité de son prononcé doit être judiciairement vérifiée. Lorsque le tiers n'est pas le conjoint du parent, l'adoption s'avère inadaptée à la prise en compte de sa parentalité. Le prononcé d'une adoption plénière aboutit à la rupture des liens juridiques entre l'enfant et son parent de naissance. L'adoption simple est davantage envisageable, mais pose de réelles difficultés s'agissant de l'exercice de l'autorité parentale, l'adoptant exerçant seul les prérogatives parentales. C'est pourquoi nous proposons de permettre l'exercice conjoint de l'autorité parentale entre le parent et l'adoptant lorsque l'adoption est demandée par le membre du pacte civil de solidarité avec lequel il est engagé. Cette solution serait préférable aux reconnaissances de complaisance.

**697 Les limites de la volonté.** La parenté ne peut cependant pas être une solution adaptée à la reconnaissance du tiers dans différentes hypothèses. Les volontés des parents et du tiers se trouvent empêchées par des considérations d'ordre public. Ainsi, l'enfant né suite à une maternité de substitution ne peut pas faire établir sa filiation par quel que moyen que ce soit à l'égard de la mère intentionnelle, quand bien même elle en serait aussi la mère génétique. Ceci découle de l'impossibilité de détacher les circonstances entourant la conception et la naissance de l'enfant de l'établissement de sa filiation. Dès lors, le recours à la parenté n'est envisageable que dans le cadre d'une admission de la technique de la gestation pour autrui en France comme nous l'avons précédemment envisagée. Le droit britannique peut être une source pertinente d'inspiration. Nous pensons que la filiation maternelle devrait être établie à l'égard de la mère porteuse en raison de l'application du critère de l'accouchement. L'adoption de l'enfant par la mère intentionnelle permettrait ensuite de reconnaître le rôle de celle-ci au moyen de la parenté. Cette solution aurait pour avantage de ne pas occulter les circonstances de la naissance. L'enfant vivant au sein d'un couple homosexuel ne peut pas non plus voir sécurisée sa relation avec son coparent. L'impossibilité pour le couple homosexuel de se marier rend le prononcé d'une adoption inenvisageable. D'autres législations en Europe permettent l'établissement de la filiation ou l'adoption de l'enfant par le coparent homosexuel. Si, comme nous le proposons, le partage des prérogatives parentales devait être autorisé lorsque l'enfant est adopté par le membre du pacte civil de solidarité avec lequel son parent est engagé, les couples

homosexuels pourraient en bénéficier. Ainsi, la volonté ne permet pas toujours la prise en compte du tiers par la parenté. Cela est pareillement le cas lorsque l'enfant est né sous X ou à l'aide d'une procréation médicalement assistée avec donneur. C'est alors le secret qui empêche le recours à la parenté. Dans le cadre des procréations médicalement assistées, le secret est relayé sur le plan juridique par une impossibilité d'établir la filiation de l'enfant à l'égard du donneur de gamètes. La grande majorité des législations européennes prévoit également cette interdiction. Il s'agit d'une mesure dont la portée est essentiellement symbolique. Toutefois, nous pensons qu'elle doit être maintenue en droit français en raison du développement du droit à l'accès aux origines personnelles. La parenté ne permet pas d'appréhender de façon satisfaisante l'existence de ce tiers si particulier dans la vie de l'enfant.

**698 La reconnaissance du tiers sans recours à la parenté.** La parenté montre ses limites et son inadaptation à la prise en compte du rôle de certains tiers auprès de l'enfant. Il faut donc envisager les autres moyens de reconnaître juridiquement le tiers en dehors de ce cadre rigide.

**699 La reconnaissance de l'auteur biologique.** Tout d'abord une meilleure prise en compte du tiers géniteur passerait par une amélioration du droit de l'enfant à accéder à ses origines personnelles. En France comme plus généralement en Europe, l'enfant adopté peut connaître l'identité de ses père et mère de naissance. Toutefois, dès lors que ces derniers ont demandé à rester anonymes, la volonté de l'enfant est subordonnée à celle de ses auteurs biologiques. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, si l'enfant dispose d'un droit à la connaissance de ses origines, les différents intérêts en présence doivent être conciliés. En France, la levée du secret sur ses origines ne peut avoir lieu que si le tiers géniteur ne s'y est pas opposé. Il nous semble dès lors opportun de réfléchir à la possibilité d'autoriser pour l'avenir la communication de son identité par le Conseil national dans des hypothèses strictement déterminés. Si des efforts ont été accomplis s'agissant de la situation des enfants adoptés, il n'en va pas de même pour les enfants issus d'une procréation médicalement assistée avec donneur. En France comme dans quelques États en Europe, il est impossible pour l'enfant de connaître l'identité du donneur ou de la donneuse, ni même d'obtenir des informations non-identifiantes. Quelle que soit la volonté de l'enfant et de ses parents, aucun renseignement ne peut lui être délivré. En Europe, peu

d'États maintiennent dans les faits un anonymat absolu. Nous pensons qu'il devrait être fait davantage de place à la volonté de l'enfant dans la législation française. Ainsi, nous proposons que le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles soit également compétent pour les demandes formulées par les enfants nés de procréations médicalement assistées hétérologues. A l'instar de ce qui est prévu dans d'autres législations en Europe, le donneur de gamètes pourrait laisser des renseignements sur lui, ses origines, ses motivations... La révélation des circonstances de la conception de l'enfant relèverait toujours de la volonté des parents.

**700 La reconnaissance du coparent.** La reconnaissance du coparent doit pareillement être fondée sur un acte exprès de volonté. Les droits français et européens permettent dans une certaine mesure de lui accorder des droits, que ce soit ou non la volonté des parents de l'enfant. Tout d'abord, ces derniers peuvent décider de lui transférer tout ou partie de leurs prérogatives ou les partager avec lui. Il leur est également possible de désigner le tiers qui prendra en charge l'enfant à leur décès. Nous pensons que cette faculté devrait plus généralement être accordée dès lors qu'une tutelle doit être ouverte. Ensuite, indépendamment de la volonté des parents, le tiers dispose d'un certain nombre de droits. Il peut demander à ce que soient maintenues ses relations avec l'enfant dès lors que cela est dans l'intérêt de celui-ci. Il lui est également possible de prendre en charge l'enfant sur plusieurs fondements ou de demander le transfert des prérogatives parentales. Les différentes possibilités offertes par le droit français peuvent cependant être améliorées au regard des mécanismes mise en place dans d'autres législations en Europe. En effet, même la délégation « partage » de l'autorité parentale n'offre pas une solution pleinement satisfaisante. Il convient toutefois de distinguer deux situations. Lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard de ses deux parents qui exercent conjointement l'autorité parentale, les droits consentis au tiers ne doivent pas porter atteinte aux droits du parent avec lequel l'enfant ne vit pas. La prise en compte de la parentalité du tiers ne doit pas s'opérer au détriment du principe de coparentalité. C'est pourquoi nous pensons qu'il serait opportun d'encadrer la technique du mandat qui permettrait de faciliter la prise en charge ponctuelle de l'enfant par le tiers. Lorsque la filiation de l'enfant est unilinéaire ou que l'autorité parentale est exercée unilatéralement, la place dévolue au tiers peut être plus conséquente en raison du rôle de substitut parental qu'il peut jouer auprès de l'enfant. Il

nous semble que devrait alors être permis un véritable engagement du tiers à l'égard de l'enfant. Ainsi, un peu à l'image du pacte de famille, nous proposons que soit mis en place un pacte de parentalité. Celui-ci se composerait de différents volets. Tout d'abord, le tiers serait tenu à une obligation alimentaire qui ne cesserait que lorsque l'enfant serait en mesure de subvenir seul à ses besoins. Il comprendrait également un partage plus ou moins étendu des prérogatives parentales. Enfin, il serait possible pour le parent de désigner le tiers comme tuteur pour tous les cas où une tutelle devrait être ouverte. Un tel dispositif permettrait de reconnaître le tiers dans sa fonction parentale. Il serait également une solution pour les situations dans lesquelles le recours à la parenté s'avère à l'heure actuelle impossible.

Nous avons tenté de démontrer dans cette étude que la reconnaissance du tiers, coparent ou auteur biologique, peut ne pas porter atteinte à la notion de parenté et aux droits des parents. Le droit comparé est une source d'inspiration indispensable en droit de la famille. Il permet de bousculer nos présupposés et de trouver des solutions pour mieux sécuriser la configuration familiale de l'enfant. La reconnaissance de la parentalité peut dès lors apparaître comme une solution alternative à la parenté permettant de mieux appréhender le rôle du tiers dans la vie de l'enfant.



## **BIBLIOGRAPHIE**

### **Ouvrages généraux, traités, manuels**

**BATTEUR A. :**

- *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2009.

**BENABENT A. :**

- *Droit civil, la famille*, Litec, 11<sup>ème</sup> éd., 2003.

**BONFILS P. et GOUTTENOIRE A. :**

- *Droit des mineurs*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2008.

**BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V. :**

- *Droit civil, Première année, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Sirey, 15<sup>ème</sup> éd., 2007.

**CAPITANT H., TERRE F. et LEQUETTE Y. :**

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2007.

**CARBONNIER J. :**

- *Droit civil, La famille, L'enfant, le couple*, Presses universitaires de France, 21<sup>ème</sup> éd., 2002.
- *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, 2 volumes, Presses universitaires de France, 2004.

**CORNU G. :**

- *Droit civil, la famille*, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd., 2006.
- *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Presses universitaires de France, 8<sup>ème</sup> éd., 2007.

**COURBE P. :**

- *Droit de la famille*, Armand Colin, 4<sup>ème</sup> éd., 2005.

**DALLOZ D. et DALLOZ A. :**

- *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, tome 3, 1846.

**EUDIER F. :**

- *Droit de la famille*, Armand Colin, 2<sup>ème</sup> éd., 2003.

**FENOUILLET D. :**

- *Droit de la famille*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2008.

**GUIHO P. :**

- *Droit civil, la famille*, L'Hermès, 4<sup>ème</sup> éd., 1993.

**GUINCHARD S. et MONTAGNIER G. :**

- *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 16<sup>ème</sup> éd., 2007.

**HAUSER J. et HUET-WEILER D. :**

- *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de famille*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1993.

**LARROUMET C. :**

- *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2003.

**MALAURIE P. et AYNES L. :**

- *Cours de droit civil*, tome 3, *La famille*, Cujas, 1998.

**MALAURIE P. et FULCHIRON H. :**

- *La famille*, Defrénois, 3<sup>ème</sup> éd., 2009.

**MAZEAUD H., L et J., par CHABAS F. :**

- *Leçons de droit civil*, tome 1, *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, 12<sup>ème</sup> éd., 2000.

- MAZEAUD H., L. et J. et CHABAS F., par LEVENEUR L. :**  
 - *Leçons de droit civil*, tome 1, volume 3, *La famille*, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd., 1995.
- MURAT P. (Dir.) :**  
 - Dalloz Action *Droit de la famille*, 4<sup>ème</sup> éd., 2008-2009.
- PLANIOL M. et RIPERT G. :**  
 - *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1928.
- PRADEL J. et DANTI-JUAN M. :**  
 - *Droit pénal spécial*, CUJAS, 4<sup>ème</sup> éd., 2007/2008.
- RINGEL F. et PUTMAN E. :**  
 - *Droit de la famille*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996.
- TERRE F. et FENOUILLET D. :**  
 - *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2005.
- TERRE F. et SIMLER P. :**  
 - *Droit civil, les biens*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2006.
- VERON J.-J. (Dir.) :**  
 - Dictionnaire permanent, *Bioéthique et Biotechnologies*, Éditions Législatives, 2008.
- ZACHARIAE C. S., revu et augmenté par AUBRY C. et RAU C. :**  
 - *Cours de droit civil français*, tome 2, 2<sup>ème</sup> éd., 1850.

**Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2008.**

***Mémento pratique*, Fiscal, éd. Francis Lefebvre, 2008.**

### **Ouvrages spéciaux, thèses, monographies**

- ABRAVANEL-JOLLY S. :**  
 - *La protection du secret en droit des personnes et de la famille*, Defrénois, 2005.
- ANDORNO R. :**  
 - *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, 1996.
- ARDEEFF-GARE I. :**  
 - *L'enfant sans filiation*, thèse, Toulouse, 1999.
- ATLAN H. :**  
 - *L'utérus artificiel*, Seuil, 2005,
- BAUDOUIN J.-L. et LABRUSSE-RIOU C. :**  
 - *Produire l'homme, de quel droit ?*, *Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Presses universitaires de France, 1987.
- BAYLE B. :**  
 - *L'embryon sur le divan. Psychopathologie de la conception humaine*, Masson, 2003.
- CARBONNIER J. :**  
 - *Flexible Droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> éd., 2001.
- CLEMENT J.-L. :**  
 - *Mon père, c'est mon père : L'histoire singulière des enfants conçus par insémination artificielle avec donneur*, L'Harmattan, 2006.
- DARTIGUELONGUE J.-P. :**  
 - *Le secret dans les relations juridiques*, thèse, Bordeaux, 1968.
- DELFOSE-CICILE M.-L. :**  
 - *Le lien parental*, EPA, 2003.
- DUARD-BERTON C. :**  
 - *L'ordre public dans le droit de la famille*, thèse, Paris II, 2004.

**FENET P. A. :**

- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 10, Paris, 1827.

**GAILLARD C. :**

- *Adoption plénière, adoption simple, essai sur la dualité de l'institution*, thèse, Grenoble, 2003.

**GAREIL L. :**

- *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, 2004.

**GODELIER M. :**

- *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004.

**GROSS M. :**

- *L'homoparentalité*, Que sais-je ?, Presses universitaires de France, 3<sup>ème</sup> éd., 2007.

**HENNERON S. :**

- *La notion de famille en droit positif français*, thèse, Lille, 2002.

**IACUB M. :**

- *L'empire du ventre*, Fayard, 2005.

**KERMALVEZEN A. :**

- *Né de spermatozoïde inconnu*, Presses de la renaissance, 2008.

**LEFEBVRE-TEILLARD A. :**

- *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Presses universitaires de France, 1996.

**LEMENNICIER B. :**

- *La morale face à l'économie*, éd. Organisation, 2006.

**MECARY C. et DE LA PRADELLE G. :**

- *Les droits des homosexuel/les*, Que sais-je ?, Presses universitaires de France, 3<sup>ème</sup> éd., 2003.

**MEHL D. :**

- *Naître ? La controverse bioéthique*, Bayard, 1999.
- *Enfants du don*, Robert Laffont, 2008.

**MEULDERS-KLEIN M.-T. et THERY I. (Dir.) :**

- *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993.

**PAUL F. :**

- *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, LGDJ, 2002.

**REBOURG M. :**

- *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, Defrénois, 2003.

**XIFARAS M. :**

- *La propriété, étude de philosophie du droit*, Presses universitaires de France, 2004.

*Actes du colloque Génétique, procréation et droit*, Actes sud, 1985.

**Manuels, ouvrages et thèses de droit comparé, européen ou étranger :**

**BERGER V. :**

- *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 10<sup>ème</sup> éd., 2007.

**BOULANGER F. :**

- *Droit civil de la famille, aspects comparatifs et internationaux*, tome 1, Economica, 1997.

**CRETNEY S , MASSON J. M. et BAILEY-HARRIS R. :**

- *Principles of family law*, Sweet and Maxwell, 7<sup>ème</sup> éd., 2003.

**DIJON X. :**

- *Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif*, travaux de la faculté de droit de Namur, Société d'études morales et juridiques, Larcier, 1982.

**GRATALOUP S. :**

- *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, LGDJ, 1998.

**SUDRE F. :**

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 9<sup>ème</sup> éd., 2008.

**SUDRE F., MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A. et LEVINET M. :**

- *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 4<sup>ème</sup> éd., 2007.

**VAN GYSEL A.-C. (Dir.) :**

- *Précis de droit de la famille*, Bruylant, 2004.

**VASSEUR-LAMBRY F. :**

- *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000.

*Code of Practice, Human Fertilisation and Embryology Authority*, 7<sup>ème</sup> éd.

*Code civil hellénique*, traduction de l'Institut hellénique de droit international et étranger, éditions ANT. N. SAKKOULAS, 3<sup>ème</sup> éd., 2000

**Articles et chroniques :****ARDEEFF I. :**

- *Pour le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles et le maintien de l'accouchement sous X*, D. 2001, 868.

**AUTEM D. :**

- *La nouvelle physionomie de la délégation de l'autorité parentale*, RJPF-2003-6-1/11.
- Lamy *Droit des personnes et de la famille*, DEKEUWER-DEFOSSEZ F. et MARRAUD des GROTTES G. (Dir.), *Délégation de l'autorité parentale*, n° 456-39.

**AVENA-ROBARDET V. :**

- *L'audition de l'enfant : un casse-tête pour les juges*, AJ fam. 2007, 371.

**BANDRAC M. :**

- *Réflexions sur la maternité*, *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 27.
- *L'inégalité des père et mère face à la transparence des origines*, in BLOCH P. et DEPADT-SEBAG V. (Dir.), *L'identité génétique de la personne, entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p. 61.

**BAUD J.-P. :**

- *Le corps, personne par destination*, in *Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 11.

**BELLIVIER F. :**

- *Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État*, RTD civ. 2002, 368.

**BELLIVIER F. et NOIVILLE C. :**

- *Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ?*, *Revue des contrats*, 2008, p. 545.

**BENABENT A. :**

- *L'ordre public et la famille*, in REVET T. (Dir.), *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 30.

**BERGER P. et RICHE R. :**

- *Les nouvelles donations-partages*, JCP éd. N 2006, 1303.

**BERNIGAUD S. :**

- *Les diverses filiations et les reconnaissances mensongères*, LPA 3 mai 1995, n° 53, 97.

**BORRILLO D. et PITOIS-ETIENNE T. :**

- *Adoption et homosexualité*, in FRYDMAN R. et FLYS-TREVES M. (Dir.), *Rêves de femmes*, Odile Jacob, 2005, p. 187 ;

**BOULANGER F. :**

- *Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002*, D. 2002, chron., 1571.
- *Réflexions sur la requête en adoption de couples de concubins (étude prospective)*, Dr. fam. 2008, étude n° 20.

**BOUT R. :**

- Répertoire civil Dalloz, *Obligation naturelle*, 2008.

**BRUGEMAN M. :**

- *Le(s) tiers et l'enfant*, AJ fam. 2007, 294.

**BUFFELAN-LANORE Y. :**

- J-Cl. Civil Code, Art. 393 à 448, *Tutelle*, fasc. 15, 2006.

**CADORET A. :**

- *De la parenté à la parentalité*, in CADORET A., GROSS M., MERCARY C., PERREAU B. (Dir.), *Homoparentalités, Approches scientifiques et politiques*, Presses universitaires de France, 2006, p. 29.

**CARBONNIER I. :**

- J-Cl. Civil Code, Art. 371 à 387, *Autorité parentale*, fasc. 10, 2003.

**CATALA P. :**

- *La métamorphose du droit de la famille, in 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent un avenir*, Dalloz, 2004, p. 341.

**CAYRON J. :**

- *Ordre public et validité du contrat : aspects du droit de la famille et du droit des personnes*, RJPF-1999-4/11.

**CHAUVIN P. et CRETON C. :**

- *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation*, D. 2009, 747.

**CHENDEB R. :**

- *La convention de mère porteuse*, Defrénois 2008, 291.

**CHENEDE F. :**

- *Les effets de l'adoption simple sur le nom de l'adopté et sur l'autorité parentale*, AJ fam. 2008, 456.

**CORDIER M.-T. :**

- *Séparation des parents et lieu de vie des enfants*, *Panorama de jurisprudence-Résidence alternée*, Dr. fam. 2008, étude n° 1.

**CORPART I. :**

- *L'adoption, Une filiation affective*, supplément Actualités sociales hebdomadaires, décembre 2003, p. 7.
- *Les familles recomposées décomposées*, AJ fam. 2007, 299.
- *Les dysfonctionnement de la coparentalité*, AJ fam. 2009, 155.

**COURBE P. et JAULT-SESEKE F. :**

- *Droit international privé* (janvier 2007- mars 2008), D. 2008, 1507.

**DEKEUWER-DEFOSSEZ F. :**

- *Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires*, D. 1986, chron., 305.
- *Familles éclatées, familles reconstituées*, D. 1992, chron., 133.
- *Propos hétérodoxes sur les familles naturelles*, in *Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 67.
- *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, RTD civ. 1995, 249.
- *Le lien parental*, PA 1<sup>er</sup> juillet 2004, n° 131, p. 70.

**DELAISI DE PARSEVAL G. :**

- *Rêver l'enfant d'une autre : l'histoire de la gestation pour autrui*, in FRYDMAN R. et FLYS-TREVES M. (Dir.), *Rêves de femmes*, Odile Jacob, 2005, p. 211.

**DELFOSE A. et BAILLON-WIRTZ N. :**

- *Le mandat de protection future*, JCP éd. G 2007, I, 147.

**DELMAS SAINT-HILAIRE P. :**

- *L'enfant et le notaire*, Dr. et pat. 2000, n° 87, p. 66.

**DEPADT-SEBAG V. :**

- *Mère porteuse : transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres français*, D. 2008, chron., 434.

**DREIFUSS-NETTER F. :**

- *L'accouchement sous X*, in *Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 99.
- *La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers*, RTD civ. 1996, 1.

**DUPUIS M. :**

- *Lamy Droit des personnes et de la famille*, DEKEUWER-DEFOSSEZ F. et MARRAUD des GROTTES G. (Dir.), *Influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit de la famille*.

**EUDIER F. :**

- Dossier *L'adoption simple*, Introduction, AJ fam. 2008, 452.
- Répertoire civil Dalloz, *Adoption*, 2008.

**FENOUILLET D. :**

- J-Cl. Civil Code, Art. 16 à 16-2, *Respect et protection du corps humain*, fasc. 12, 1997.

**FINE A. :**

- *Pluriparentalités et système de filiation dans les sociétés occidentales*, in LE GALL D. et BETTAHAR Y. (Dir.), *La pluriparentalité*, Presses universitaires de France, 2001, p. 69.
- *Pluriparentalités et homoparentalités dans les sociétés occidentales contemporaines*, in CADORET A., GROSS M., MERCARY C., PERREAU B. (Dir.), *Homoparentalités, Approches scientifiques et politiques*, Presses universitaires de France, 2006, p. 43.

**FOSSIER T. :**

- Dalloz Action *Droit de la famille*, MURAT P. (Dir.), 4<sup>ème</sup> éd., 2008-2009, *Représentation et administration légale*.

**FULCHIRON H. :**

- *L'autorité parentale à l'épreuve du pluralisme familial*, Dr. fam 2000, étude n° 8.
- *Toute vérité est-elle bonne à dire ?*, D. 2008, chron., 3035.
- *Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel*, D. 2007, chron., 1375.

**GARE T. :**

- *Réforme de la filiation – A propos de la loi du 16 janvier 2009*, JCP éd. G 2009, act. 59.

**GAUMONT-PRAT H. :**

- *Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique*, Dr. fam. 2001, étude n° 2.
- *La révision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation : la maternité pour autrui*, RLDC 2008, n° 45, 2825.

**GAUMONT-PRAT H. et SUREAU C. :**

- *Anonymat ou secret : quelle vérité pour la connaissance de ses origines ?*, RLDC 2006, n° 26, 2001.

**GEBLER L. :**

- *La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques*, AJ fam. 2009, 150.
- *Conflits autour de l'autorité parentale : juge compétent et modalités procédurales*, AJ fam. 2009, 154.

**GOBERT M. :**

- *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*, RTD civ. 1992, 489.

**GOURON-MAZEL A. :**

- *Juge de la famille et homosexualité*, Dr. fam. 2002, étude n° 1.

**GOUTTENOIRE-CORNUT A. :**

- *La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002*, Dr. fam. 2002, étude n° 24.

**GOUTTENOIRE A. et BONFILS P. :**

- *Droit de l'enfant* (juin 2007 - juin 2008), D. 2008, 1854.

**GOUTTENOIRE-CORNUT A. et FULCHIRON H. :**

- Répertoire civil Dalloz, *Autorité parentale*, 2004.

**GOUTTENOIRE-CORNUT A. et MURAT P. :**

- *L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant*, Dr. fam. 2003, étude n° 1.

**GRANET-LAMBRECHTS F. :**

- *La maternité en questions : état d'alerte*, D. 2001, 3138.
- J-Cl. Civil Code, Art. 325, 326 et 328, *Actions relatives à la filiation*, fasc. unique, 2006.
- *La filiation maternelle demain : entre mise en conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et originalité persistante du droit français*, in *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz, Litec, 2006, p. 149.
- *Droit de la filiation* (mars 2006 - mars 2007), D. 2007, 1460.
- *Droit de la filiation* (avril 2007- février 2008), D. 2008, 1371.
- *Droit de la filiation* (février 2008 – décembre 2008), D. 2009, 773.

**GRATTON E. :**

- *La paternité gaye : expression d'un désir*, in CADORET A., GROSS M., MERCARY C., PERREAU B. (Dir.), *Homoparentalités, Approches scientifiques et politiques*, Presses universitaires de France, 2006, p. 299.

**GRENIER S. :**

- *Le régime de la communication des dossiers personnels des enfants remis en vue d'adoption*, RDSS 2001, 13.

**HAUSER J. :**

- *Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XX<sup>e</sup> 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
- *Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ?*, D. 1996, chron., 182.
- *La loi, le juge et la volonté dans les réformes de droit de la famille*, in *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz, Litec, 2006, p. 155.
- *Des incapables aux personnes vulnérables*, Dr. fam. 2007, étude n° 14.
- *Prolégomènes sur le rapport du Sénat concernant la maternité pour autrui*, RTD civ. 2008, 468.

**HAUSER J. et DELMAS-SAINT-HILAIRE P. :**

- *Deux exercices d'exégèse sur l'adoption*, Defrénois 2000, 1009.

**HAUSER J. et LEMOULAND J.-J. :**

- Répertoire civil Dalloz, *Ordre public et bonnes mœurs*, 2004.

**HEBRARD S. :**

- *La loi du 4 mars 2002 : regard d'un juge aux affaires familiales*, AJ fam. 2003, 296.

**HUBERT L.-D. et CAILLAUD R. :**

- J-Cl. Civil Code, Art. 47 et 48, *Actes de l'état civil*, 2002, fasc. n° 10-1.

**IACUB M. :**

- *La conception mentale des enfants*, in FRYDMAN R. et FLYS-TREVES M. (Dir.), *Rêves de femmes*, Odile Jacob, 2005, p. 233.

**KESSLER G. :**

- *La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant*, Dr. fam. 2005, études n° 16.

**KLEIN J. :**

- *Le mandat de protection future ou la protection juridique conventionnelle*, Dr. fam. 2007, étude n° 21.
- *Le mandat de protection future enfin opérationnel*, AJ fam. 2009, 56.

**LABBEE P. :**

- *L'articulation du droit des personnes et des choses*, LPA 5 décembre 2002, n° 243, p. 30.

**LABBEE X. :**

- *L'enfant, le parent et l'auteur*, D. 1998, jur., 213.
- *La personne, l'âme et le corps*, LPA 5 décembre 2002, n° 243, p. 5.

**LABRUSSE-RIOU C. :**

- *Difficultés, contradictions et apories du droit de la bioéthique*, in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Litec, 1999, p. 275.

**LAMARCHE M. :**

- *Le prix de la filiation ou le prix du bonheur ?*, Dr. fam. 2008, focus, n° 43.

**LAMBOLEY A. :**

- *L'enfant à tout prix*, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 313.

**LAOUEANAN O. :**

- *Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002*, JCP éd. G 2003, I, 149.

**LARRIBAU-TERNEYRE V. :**

- Répertoire de procédure civile Dalloz, *Autorité parentale*, 2005.
- *L'intérêt de l'enfant encore en lumière : la disparition programmée de la tutelle aux ascendants*, Dr. fam. 2007, repère n° 6.
- « *Qui est la mère ?* », Dr. fam. 2008, repère n° 8.

**LAUNOY G. :**

- J-Cl. Civil Code, Art. 58, *Actes de l'état civil, Actes de naissance*, fasc. unique, 2007.

**LAURENT-MERLE I. :**

- *La connaissance de ses origines familiales depuis la loi du 5 juillet 1996*, D. 1998, chron., 373.

**LE BOURSICOT M.-C. :**

- *L'accès aux origines personnelles*, RLDC 2004, n° 5, 213.
- Lamy *Droit des personnes et de la famille*, DEKEUWER-DEFOSSEZ F. et MARRAUD des GROTTEs G. (Dir.), *L'accès aux origines personnelles*.

**LE NINIVIN D. et DESDEVISES Y. :**

- J-Cl. Procédure civile, fasc. 116, *Matière et procédure gracieuses*, 2002

**LE TOURNEAU P. :**

- Répertoire civil Dalloz, *Mandat*, 2006.

**LEFAUCHEUR N. :**

- *Les familles dites monoparentales*, in DE SINGLY F. (Dir.), *La famille : l'état des savoirs*, Éditions La découverte, 1997, p. 67.

**LEMOULAND J.-J. :**

- *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?*, D. 1997, chron., 133.
- *La résidence alternée, dix-huit mois plus tard*, RJPF-2003-9/11.

**LEPROVAUX J. :**

- *Le mandat de protection future*, JCP éd. N 2008, 1274.

**LEROYER A.-M. :**

- *L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale*, RTD civ. 1998, 587.
- *Autorité parentale et contrat*, in FENOUILLET D. et DE VAREILLES-SOMMIERES P. (Dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 153.
- *Réforme des successions et des libéralités*, RTD civ. 2006, 612.

**MAILFERT M. :**

- *La famille homoparentale et son rapport à l'extérieur. Une gestion différentielle face à deux types de confrontations sociales : la famille élargie et l'institution scolaire*, in CADORET A., GROSS M., MERCARY C., PERREAU B. (Dir.), *Homoparentalités, Approches scientifiques et politiques*, Presses universitaires de France, 2006, p. 273.

**MALAUURIE P. :**

- *Couple, procréation et parenté*, D. 1998, chron., 127.
- *Autorité parentale et droits des tiers : un avant-projet patchwork*, JCP éd. G 2009, act., 167

**MALLET-BRICOUT B. :**

- *Réforme de l'accouchement sous X, quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ?*, JCP éd. G 2002, I, 119.

**MARRAUD des GROTTES G. :**

- *Reconnaissance juridique des beaux-parents : statut ou statu quo ?*, RLDC 2007, n° 43, 2743.

**MARTIAL A. :**

- *Les familles recomposées : le point de vue de l'ethnologue*, AJ fam. 2007, Dossier *Les familles recomposées*, n° 7-8, 27.

**MARTIN R. :**

- *Personne, corps et volonté*, D. 2000, chron., 505.

**MASSIP J. :**

- *La remise d'un enfant à l'aide sociale en cas d'accouchement anonyme*, D. 1997, 587.
- *Les nouvelles règles de l'adoption*, Defrénois 1997, 193.
- *Droits de la mère de l'enfant en cas d'accouchement anonyme*, LPA 7 octobre 2004, n° 201, p. 12.

**MATHIEU B. :**

- J-Cl. Administratif, *Droit constitutionnel civil*, fasc. 1449, 1993.

**MAUGER-VIELPEAU L. :**

- *Le transsexualisme et le Code civil*, Dr. fam. 2005, étude n° 18.

**MECARY C. :**

- *Homoparentalité : protection de l'enfant*, AJ fam. 2006, 398.

**MELIN P. :**

- *Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile*, GP 20 avril 2002, n° 110, p. 2

**MESTROT M. :**

- *Aspects consensuels et conflictuels de la résidence alternée dans la loi relative à l'autorité parentale*, LPA 13 août 2004, n° 162, p. 3.

**MIGNOT A. :**

- *Nul – même le législateur – n'est censé ignorer la loi... A propos du projet de loi de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme du droit de la filiation*, JCP éd. G 2008, actualité, 478.

**MILLET F. :**

- *L'homoparentalité : essai d'une approche juridique*, Defrénois 2005, 743.

**MIRKOVIC A. :**

- *A propos de la maternité pour autrui*, Dr. fam. 2008, études n° 15.
- *Avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers*, AJ fam. 2008, 428.
- *Un statut pour le « beau-parent » ?*, D. 2008, 1709.

**MURAT P. :**

- *Rattachement familial de l'enfant et contrat*, in FENOUILLET D. et DE VAREILLES-SOMMIERES P. (Dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 133.
- *Couple, filiation et parenté*, in *Des concubinages (droit interne, droit international, droit comparé)*, Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Litec, 2002, p. 53.
- *La méfiance des juges face aux accords attribuant exclusivement à un des parents l'exercice de l'autorité parentale*, Dr. fam. 2005, étude n° 101.
- *L'autorité parentale et les droits des tiers : un pas en avant, un pas en arrière !*, Dr. fam. 2009, repère n° 4.

**MURAT P. et CIMAR L. :**

- J-Cl. Civil Code, Art. 16 à 16-13, *Respect et protection du corps humain*, fasc. 40, 2007.

- J-Cl. Civil Code, Art. 16 à 16-3, *Respect et protection du corps humain*, fasc. 42, 2007.

**NEIRINCK C. :**

- *Le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée*, LPA 14 décembre 1994, n° 149, p. 54.
- *L'accouchement sous X : le fait et le droit*, JCP éd. G 1996, I, 3922.
- *Homoparentalité et adoption*, in Études offertes à Pierre Catala, *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2001, p. 353.
- *La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupille de l'État : la découverte de la face cachée de la lune*, RDSS 2002, 189.
- J-Cl. Civil Code, Art. 343 à 370-2, *Filiation adoptive*, fasc. 10, 2003.
- J-Cl. Civil Code, Art. 343 à 370-2, *Filiation adoptive*, fasc. 20, 2003.
- J-Cl. Civil Code, Art. 371 à 387, *Autorité parentale*, fasc. 30, 2004.
- J-Cl. Civil Code, Art. 371 à 387, *Autorité parentale*, fasc. 40, 2005.
- *L'adoptabilité de l'enfant né sous X*, RDSS 2005, 1018.
- *L'irrévocabilité de l'adoption en question*, RDSS, 2006, 1074.

**NEVEJANS N. :**

- *L'établissement et la contestation de liens de famille après la mort*, LPA 10 avril 2000, n° 71, p. 11.

**NICOLAS-MAGUIN M.-F. :**

- *L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines*, D. 1995, 75.

**PHILIPPE C. :**

- *Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité*, Dr. fam. 2007, étude n° 3.

**POIROT-MAZERES I. :**

- *De la gay pride... au Palais-Royal*, AJDA 2002, 401.

**POISSON-DROCOURT E. :**

- *Des réformes en perspectives pour l'adoption*, D. 2008, 2804.

**RAOUL-CORMEIL G. :**

- *Clonage reproductif et filiation, la chaîne des interdits*, JCP éd. G 2008, I, 128.

**RAYMOND G. :**

- *La procréation artificielle et le droit français*, JCP éd. G 1983, I, 3114.
- *L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des « lois bioéthiques »)*, JCP éd. G, 1994, I, 3796.

**REBOURG M. :**

- *Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant*, Dr. fam. 2004, étude n° 17.
- *Les familles recomposées : la prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune*, AJ fam. 2007, 290.

**RENAUD B. :**

- *Anonymat, un mal nécessaire*, JCP éd. N 2000, 919.

**REVEL J. :**

- Répertoire civil Dalloz, *Parenté-alliance*, 2001.
- *Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous x et son père*, D. 2006, chron., 1707.

**RIHAL H. :**

- *La séparation des professions d'assistant maternel et d'assistant familial*, RDSS 2005, 798.

**RIVIER M.-C. :**

- *L'introuvable statut du beau-parent, in DEKEUWER-DEFOSSEZ F. (Dir.), L'autorité parentale en question, Presses universitaires du Septentrion, 2003, p. 177.*

**ROY O. :**

- *Filiation légale et réalités familiales : accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant, LPA 12 juin 1998, n° 70, p. 13.*

**RUBELLIN-DEVICHI J. :**

- *Jurisprudence en matière de droit civil, RTD civ. 1988, 317.*

**SALVAGE-GEREST P. :**

- *L'adoption plénière de l'enfant du conjoint après la loi du 22 décembre 1976, JCP éd. G 1982, I, 3071.*
- *Benjamin encore... une indispensable mise au point, AJ fam. 2005, 18.*
- *Le rapport de l'Oned sur la situation des pupilles de l'État, Dr. fam. 2007, étude n° 24.*
- *Un autre regard sur l'affaire Benjamin, D. 2007, chron., 879.*
- *Dalloz Action Droit de la famille, MURAT P. (Dir.), 4<sup>ème</sup> éd., 2008-2009, Adoption plénière.*
- *Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle, Dr. fam. 2009, étude n° 17.*

**SAUVAGE F. :**

- *La discrète abrogation de l'article 1100 du Code civil, JCP éd. N 2002, 1347.*
- *Adoptions simples et successions complexes, AJ fam. 2008, 457.*

**SAVATIER R. :**

- *Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit, D. 1939, chron., 49.*

**SEGALEN M. :**

- *Les transformations de la famille, Familles et politiques familiales, Cahiers français, n° 322, La documentation française, 2004, p. 3.*

**SERIAUX A. :**

- *Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ?, D. 1985, chron., 53.*

**TERRE F. :**

- *Les chemins de la vérité. Sur les tests ADN, JCP éd. G 2008, I, 100.*

**THIZON M. :**

- *Pour améliorer encore la coparentalité, AJ fam. 2003, 302.*

**TOARMINA G. :**

- *Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique, D. 2006, chron., 1071.*

**TON NU LAN A. :**

- *Le délai de recours contre l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État, RJPF-2004-2/11.*
- *L'insuffisance de l'information délivrée aux parents de naissance avant le placement de l'enfant en vue de l'adoption, Dr. fam. 2005, étude n° 11.*

**TRILLAT B. :**

- *L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration, in Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 513.*

**VAUVILLE F. :**

- *Du principe de coparentalité, LPA 18 octobre 2002, n° 209, p. 4.*

- *Du principe de coparentalité et de sa mise en œuvre*, in DEKEUWER-DEFOSSEZ F. (Dir.), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, p. 119.

**VERDIER P. :**

- *Loi, vérité et filiation : le droit peut-il organiser le déni de l'origine ?*, in LE GALL D. et BETTAHAR Y. (Dir.), *La pluriparentalité*, Presses universitaires de France, 2001, p. 125.
- *La loi du 22 janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance des origines ?*, AJ fam. 2003, 92.
- *L'affaire Benjamin : des effets de la reconnaissance paternelle d'un enfant né sous X*, AJ fam. 2004, 358.

**VIAL G. :**

- *Réforme de la filiation : les surprises du projet de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005*, Dr. fam. 2008, étude n° 5.

**VIDAL M. :**

- *Une tentative législative infructueuse : la tutelle officieuse*, Rev. hist. droit 2006, 437.

**VIGNEAU D. :**

- *Les imperfections des lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation*, in *Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, 1997, p. 89.

*La résidence alternée : statistiques*, GP 03 septembre 2005 n° 246, p. 20.

**Articles et chroniques de droit comparé, européen ou étranger :**

**BENICKE C. :**

- *L'adoption internationale en droit allemand*, Actes du colloque *Adoption internationale en droit comparé*, Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant, 25-26 avril 2003, p. 53.

**BENSHUSHAN A. et G. SCHENKER J. :**

- *Legitimizing surrogacy in Israël*, Human reproduction 1997, vol. 12, n° 8, p. 1832.

**CADET F. :**

- *La réforme du droit de la famille espagnol par les lois du 1<sup>er</sup> et du 8 juillet 2005 : entre évolution et révolution*, Dr. fam. 2005, études n° 25.

**CHAMBERLAND L., GAGNE F. et PAQUIN J. :**

- *L'homoparentalité au Québec : les changements législatifs, et leurs impacts dans la sphère du travail*, in CADORET A., GROSS M., MERCARY C., PERREAU B. (Dir.), *Homoparentalités, Approches scientifiques et politiques*, Presses universitaires de France, 2006, p. 143.

**DECAUX E. et TAVERNIER P. :**

- *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Journal du droit international (Clunet), 2007, 5, n° 2.

**DELYANNIS I. :**

- *Grèce, la réforme de la loi sur l'adoption*, in RUBELLIN-DEVICHI J. (Dir.), *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Association internationale de droit de la famille, Presses Universitaires de Lyon, 1999, p. 235.

**FAVIER Y. :**

- *La famille et l'Europe : la concurrence des droits dans la vie privée et familiale*, in *Recherches familiales, Familles et Europe*, n° 5, 2008, Union nationale des associations familiales (UNAF), p. 79.

**FLAUSS-DIEM J. :**

- *Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre*, RID comp. 1996, 855.

**FRANK R. :**

- *La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille*, RID comp. 1993, 637.
- *Observations comparatives sur la contestation de paternité*, RID comp. 2005, 85.

**FURKEL F. :**

- *Le droit de l'enfant à connaître ses origines : variations comparatistes*, in *Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, 1997, p. 55.

**GARCIA-RUBIO M.-P. :**

- J-Cl. Droit comparé, Espagne, fasc. 1, 2000.

**GOUTTENOIRE-CORNUT A. :**

- *Les droits et obligations découlant de la vie familiale*, in LEMOULAND J.-J. et LUBY M. (Dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, p. 77.
- *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dr. fam. 2008, étude n° 14.
- *La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Informations sociales, CNAF, 2008/5, n° 149, p. 40.

**GRANET-LAMBRECHTS F. :**

- *L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'état civil dans les États de la CIEC*, RTD eur. 1997, 653.
- *Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les États membres de la CIEC*, Dr. fam. 1998, étude n° 16.
- *Convergence et divergences des droits européens de la famille*, Dr. fam., hors-série décembre 2000, n° 1.
- *Confidentialité, secret ou anonymat autour d'une naissance : de quelques aspects des droits européens*, AJ fam. 2003, 95.
- *L'assistance éducative en Europe, tableau comparatif*, AJ fam. 2004, 135.
- *Rapport de synthèse*, in GADBIN D. et KERNALEGUEN F. (Dir.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Journées d'études de la CEDECE, Bruylant, 2004, p. 467.
- *Les incapacités des majeurs en Europe*, AJ fam. 2005, 269 et 315.
- *Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe*, AJ fam. 2006, 409.
- *Panorama européen de droit de la filiation*, Dr. fam. 2007, études n° 30.

**GROSSEN J.-M., GUILLOD O., SCHWEIZER P. et COCHAND Y.-D. :**

- J-Cl. Droit comparé, Suisse, 1999, fasc. 2.

**HALL A. :**

- *Special guardianship, themes emerging from case-law*, Family Law 2008, 244.

**HEIFETZ HOLLINGER J. :**

- *L'adoption ouverte aux États-Unis*, in FINE A. et NEIRINCK C. (Dir.), *Parents de sang, Parents adoptifs*, LGDJ, 2000, p. 45.

**KOKKINI-IATRIDOU D. :**

- J-Cl. Droit comparé, Pays-Bas, 1992.

**KRIBECHE N. :**

- *Le placement des enfants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in KRENC F. et PUECHAVY M. (Dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant 2008, p. 113.

**LAMMERANT I., OTTEVAERE A. et VERWILGHEN M. :**

- *Le nouveau droit fédéral de l'adoption*, RTD fam. 2006, 77.

**LANCIN B. :**

- J-Cl. Droit comparé, Finlande, 2000.

**LAROCHE-GISSEROT F. :**

- *L'adoption ouverte (open adoption) aux États-Unis : règles, pratiques, avenir en Europe*, RID comp. 1998, 1095.
- *La gestation pour autrui à l'étranger*, in BLOCH P. et DEPADT-SEBAG V. (Dir.), *L'identité génétique de la personne, entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p. 141.

**LAVALLEE C. :**

- *Pour une adoption sans rupture du lien de filiation d'origine dans les juridictions de civil law et de common law*, Informations sociales, CNAF, 2008/2, n° 146, p. 132.

**LEMOULAND J.-J. :**

- *Le tourisme procréatif*, LPA 28 mars 2001, n° 62, p. 24.

**LINDEN B. :**

- J-Cl. Droit comparé, Suède, 1997.

**O'DONOVAN K. :**

- *L'adoption dans le droit du Royaume-Uni*, Actes du colloque *Adoption internationale en droit comparé*, Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant, 25-26 avril 2003, p. 216.

**PELISSIER A. :**

- *La réception de l'homoparentalité en droit européen*, AJ fam. 2006, 406.

**PFEIFER K. :**

- *Les particularités du droit de la famille polonais*, in *Recherches familiales, Familles et Europe*, Union nationale des associations familiales (UNAF), n° 5, 2008, p. 95.

**POUSSON-PETIT J. :**

- *Chronique de droit des personnes et de la famille en droit néerlandais et luxembourgeois*, Dr. fam. 2004, étude n° 2.
- *Chronique de droit belge*, Dr. fam. 2007, étude n° 12.

**RAVARANI G. :**

- J-Cl. Droit comparé, Luxembourg, fasc. 1, 2001.

**RENCHON J.-L. :**

- *Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille*, in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, études présentées par A. WIJFFELS, Bruylant, 2005, p. 269.
- *Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme*, in KRENC F. et PUECHAVY M. (Dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, p. 145.

**SHENFIELD F. :**

- *Don de gamètes et d'embryons, l'anonymat du don en question, la position britannique*, in TEBOUL G. (Dir.), *Procréation et droits de l'enfant*, Bruylant, 2004, p. 109

**SOSSON J. :**

- *Les enfants de concubins, aspects de droit comparé*, in *Des concubinages* (droit interne, droit international, droit comparé), Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Litec, 2002, p. 393.

**STIKLESTAD S. :**

- *Les familles lesbiennes en Norvège*, in CADORET A., GROSS M., MERCARY C., PERREAU B. (Dir.), *Homoparentalités, Approches scientifiques et politiques*, Presses universitaires de France, 2006, p. 285.

**THEVENET-MONTFROND D. :**

- *L'hébergement alterné égalitaire des enfants en cas de crise familiale*, RLDC 2008, n° 46, 2862.

**TURPIN F. :**

- *La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne sur le droit à la vie familiale*, in TAVERNIER P. (Dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme, La jurisprudence en 2006*, Bruylant, 2007, p. 191.

**VAN DROOGHENBROECK S. :**

- *La Convention européenne des droits de l'homme, Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 2002-2004*, vol. 2, Les dossiers du journal des tribunaux, n° 57, 2006, Larcier, n<sup>os</sup> 343 et s.

**VARONE F. et SCHIFFINO N. :**

- *Politique de la procréation médicalement assistée en Belgique : un paradis bioéthique ?*, in VARONE F. et SCHIFFINO N. (Dir.), *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, BRUYLANT, 2003, p. 25.

**WENNER E. :**

- *Nouvelles formes d'adoption ouvertes en Allemagne*, in FINE A. et NEIRINCK C. (Dir.), *Parents de sang, Parents adoptifs*, LGDJ, 2000, p. 87.
- J-Cl. Droit comparé, Allemagne, fasc. 2, 2001.

**Avis, études et rapports :****Académie des sciences morales et politiques :**

- TERRE F. (Dir.), *Rapport sur le droit de la famille*, Académie des sciences morales et politiques, juin 2001.

**Assemblée nationale et Sénat :**

- ANDRE M., MILON A. et RICHEMONT (de) H., Rapport d'information n° 421 fait au nom de la Commission des affaires sociales et de la Commission des lois du Sénat, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, 2008.
- BLOCHE P. et PECRESSE V., Rapport fait au nom de la mission sur la famille et les droits des enfants, *L'enfant d'abord - 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, Documents d'information de l'Assemblée nationale, n° 2832, La Documentation française, 2006.
- FABIUS L. et BRET J.-P., *Droits de l'enfant, de nouveaux espaces à conquérir*, rapport parlementaire n° 871, 1998.

- GAUTIER P., Rapport d'information n° 388 sur l'activité de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes pour l'année 2005-2006, *Familles monoparentales, familles recomposées : un défi pour la société française*, 2006.
- Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n° 2006-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, décembre 2008, tome 1.
- PASCAL P., Rapport du groupe de travail sur l'accès des pupilles et anciens pupilles de l'État, adoptés ou non, à leurs origines, 1996.
- RICHEMONT (de) H., Rapport n° 145 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale du Sénat sur le projet de loi 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, 2007.

#### **Caisse nationale d'allocations familiales :**

- BRUNET F., KERTUDO P. et MALSAN S., *Étude sociologique sur la résidence en alternance des enfants de parents séparés*, CNAF, Dossier d'étude n° 109, 2008.
- CADOLLE S., *Le soutien apporté aux jeunes adultes dans les familles recomposées*, Recherches et Prévisions, n° 77, Les solidarités familiales, septembre 2004, CNAF, p. 37.
- DELAUNAY-BERDAI I., *Le veuvage précoce en France: les raisons d'un oubli*, Recherches et prévisions, n° 76, juin 2004, p. 107.
- DELAUNAY-BERDAI I., *Veuvage précoce et différence de genre*, Recherches et prévisions, n° 85, septembre 2006, p. 29.
- DESJEUX C., *Homosexualité et parentalité : du désir d'enfant à sa réalisation*, Recherches et prévisions, n° 93, septembre 2008, CNAF, p. 41.
- VILLENEUVE-GOKALP C., *L'adoption en France... en chiffres et selon le pays d'origine*, Informations sociales, 2008/02, n° 146, CNAF, p. 34.
- *Famille et société, sondages 2008*, CNAF, Dossier d'étude n° 111, décembre 2008.

#### **Comité consultatif national d'éthique :**

- Avis n° 3 du 23 octobre 1984 *sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle.*
- Avis n° 40 du 17 décembre 1993 *sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin.)*
- Avis n° 60 du 25 juin 1998, *Réexamen des lois de bioéthique.*
- Avis n° 90 du 24 novembre 2005, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation.*

#### **Conseil d'État :**

- Conseil d'État, *Statut et protection de l'enfant*, La Documentation française, 1991.
- Conseil d'État, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, La Documentation française, 1999.

#### **Conseil national pour l'accès aux origines personnelles :**

- Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, Rapport d'activité 2002-2003.
- Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, Rapport d'activité 2006-2007.

**Défenseure des enfants :**

- Défenseure des enfants, rapport annuel, 2005, La Documentation française.
- Défenseure des enfants, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, rapport annuel, 2006, La Documentation française.
- Défenseure des enfants, *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles*, rapport annuel, 2008, La Documentation française.

**Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques :**

- RUAULT M., *Aide sociale à l'enfance : quelle organisation dans les départements ?*, Études et résultats, n° 144, novembre 2001, DREES.

**Institut national d'études démographiques :**

- ALGAVA E., *Les familles monoparentales : des caractéristiques liées à leur histoire matrimoniale*, in *Histoires de familles, histoires familiales*, LEFEVRE C. et FILHON A. (Dir.), les cahiers de l'INED n° 156, 2005, p. 251
- BARRE C., *1,6 million d'enfants vivent dans une famille recomposée*, in *Histoires de familles, histoires familiales*, les cahiers de l'INED, LEFEVRE C. et FILHON A. (Dir.), les cahiers de l'INED n° 156, 2005, p. 273.
- CASSAN F., MAZUY M. et CLANCHE F., *Refaire sa vie de couple est plus fréquent pour les hommes*, in LEFEVRE C. et FILHON A. (Dir.), *Histoires de familles, histoires familiales*, les cahiers de l'INED, cahiers n° 156, 2005, p. 223.
- HALIFAX J., *Les familles adoptives en France*, in LEFEVRE C. et FILHON A. (Dir.), *Histoires de familles, histoires familiales*, les cahiers de l'INED, cahiers n° 156, 2005, p. 309.
- HALIFAX J. et VILLENEUVE-GOKALP C., *Enquête adoption de l'INED, L'adoption en France, qui sont les adoptés, qui sont les adoptants ?*, Population et sociétés, n° 417, novembre 2005.
- LA ROCHEBROCHARD (de) E., *200 000 enfants conçus par fécondation in vitro en France depuis 30 ans*, Population et société, n° 451, décembre 2008.
- MONNIER A. et PENNEC S., *Orphelins et orphelinage*, in LEFEVRE C. et FILHON A. (Dir.), *Histoires de familles, histoires familiales*, les cahiers de l'INED, cahiers n° 156, 2005, p. 367.
- PISON G., *La population de la France en 2007*, Population et société, n° 443, mars 2008.

**Institut national de la statistique et des études économiques :**

- CHARDON O., DAGUET F. et VIVAS E., *Les familles monoparentales, Des difficultés à travailler et à se loger*, INSEE Première n° 1195, juin 2008.
- PLA A., *Bilan démographique 2007*, Institut national de la statistique et des études économiques, INSEE Première, n° 1171, janvier 2008.
- PLA A., *Bilan démographique 2008, Plus d'enfants, de plus en plus tard*, Institut national de la statistique et des études économiques, INSEE Première, n° 1220, janvier 2009.

**Institut de veille sanitaire :**

- PHILIBERT M., BOISBRAS F. et BOUVIER-COLLE M.-H., *Épidémiologie de la mortalité maternelle en France, de 1996 à 2002 : fréquence, facteurs et causes*, Bulletin épidémiologique hebdomadaire, Institut de veille sanitaire, n° 50, décembre 2006, p. 392.

**Ministère de la Justice :**

- CHAUSSEBOURG L. et BAUX D., *L'exercice de l'autorité parentale après le divorce ou la séparation des parents non mariés*, ministère de la Justice, 2007.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ 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*, La Documentation française, 1999.
- THERY I., *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux ministre de la Justice, La Documentation française, 1998.
- *Annuaire statistique de la Justice*, éd. 2007.

**Autres rapports :**

- COLOMBANI J.-M., *Rapport sur l'adoption*, La Documentation française, 2008.
- MARTIN C., *La parentalité en question, perspectives sociologiques*, Rapport pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille, 2003.
- VERGEZ M.-D., *Rapport sur le parrainage*, 2001.

**Avis, études et rapports de droit comparé, étrangers ou européens****Conseil de l'Europe :**

- *Assistance médicale à la procréation et protection de l'embryon humain*, Conseil de l'Europe, 1998.
- *Proposition pour un « livre blanc » sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation*, Comité d'experts sur le droit de la famille, Conseil de l'Europe, 2001.
- *Réponses des États membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA*, Comité directeur de bioéthique, Conseil de l'Europe, 2005.
- *Rapport explicatif de la Convention en matière d'adoption des enfants* du 24 avril 1967 révisée le 27 novembre 2008.

**Belgique :**

- Comité consultatif de Bioéthique de Belgique, avis n° 30 du 5 juillet 2004 *relatif aux gestations pour le compte d'autrui*.

**Luxembourg :**

- Commission consultative nationale d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, avis 2000.1 *concernant les problèmes éthiques et juridiques soulevés par la reconnaissance d'un droit de l'enfant à connaître ses origines*, Journal international de bioéthique, 2001, vol. 12, n° 4, p. 89.
- Commission consultative nationale d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, avis 2001.1, *La procréation médicalement assistée*.

**Royaume-Uni :**

- JADVA V., MURRAY C., LYCETT E., MacCALLUM F. et GOLOMBOK S., *Surrogacy : The experience of commissioning couples*, Human Reproduction, Vol. 18, n° 6, 1334-1342, juin 2003.

- JADVA V., MURRAY C., LYCETT E., MacCALLUM F. et GOLOMBOK S., *Surrogacy : the experiences of surrogate mothers*, Human Reproduction, Vol. 18, n° 10, 2196-2204, octobre 2003.
- WARNOCK M., Rapport de la Commission d'enquête (Royaume-Uni 1984 : *Report of the Committee of inquiry into human fertilisation and embryology*), La Documentation française, 1985.
- *Review of the Common Law Provisions relating to the Removal of Gametes and Consent Provisions of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990.*
- *Explanatory notes to Human Fertilisation and Embryology (Deceased father) Act 2003.*

#### **Sénat :**

- Les documents de travail du Sénat, *Le droit à la connaissance de ses origines génétiques*, Législation comparée, 2000.
- Les documents de travail du Sénat, *L'anonymat du don de gamètes*, Législation comparée, 2008.
- Les documents de travail du Sénat, *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, Législation comparée, 2009.

#### **Sources internet :**

##### **▪ Articles :**

- Eurostat, *La famille dans l'UE25 vue à travers les chiffres*, mai 2006, disponible sur le site internet <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>.
- GRANET F., *L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les États de la CIEC*, disponible sur le site internet de la Commission internationale de l'état civil : [www.ciec1.org/](http://www.ciec1.org/).
- Institut suisse de droit comparé, *L'adoption et le concubinat dans divers pays européens*, disponible sur le site internet de l'institut : <http://isdc.ch/>.
- NAST C., *Établissement de la filiation et maternités de substitution dans certains États de la CIEC*, 7<sup>ème</sup> Congrès de l'Association des officiers de l'état civil, 14 et 15 mai 2007, disponible sur le site internet de la Commission internationale de l'état civil : [www.ciec1.org/](http://www.ciec1.org/).
- NISAND I., *Les nouvelles méthodes de procréation et leur impact sur la famille*, conférence du 11 janvier 2005, Université de tous les savoirs disponible sur le site internet : [www.canalu.tv/canalu/producteurs/universite\\_de\\_tous\\_les\\_savoirs](http://www.canalu.tv/canalu/producteurs/universite_de_tous_les_savoirs).
- Conférence de presse du 14 décembre 2000 sur la réforme de l'accouchement sous X et la création du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles de l'enfant, disponible sur [www.famille.gouv.fr](http://www.famille.gouv.fr).
- Sylvie Salama, *une nouvelle secrétaire générale au Conseil national pour l'accès aux origine personnelle*, article disponible sur le site internet du ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité : [www.travail-solidarite.gouv.fr](http://www.travail-solidarite.gouv.fr).

##### **▪ Liste non-exhaustive de sites internet officiels**

- Assemblée nationale : [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)
- Centre de droit privé fondamental (Université de Strasbourg) : [www.cdpu.u-strasbg.fr](http://www.cdpu.u-strasbg.fr)

- Comité consultatif national d'éthique : [www.ccne-ethique.fr/](http://www.ccne-ethique.fr/)
- Comité consultatif de bioéthique de Belgique : <https://portal.health.fgov.be/>
- Commission européenne : <http://ec.europa.eu>
- Commission nationale d'éthique du Grand-Duché de Luxembourg : [www.cne.public.lu](http://www.cne.public.lu)
- Conférence de La Haye de droit international privé : [www.hcch.net](http://www.hcch.net)
- Conseil de l'Europe : [www.coe.int](http://www.coe.int)
- Cour constitutionnelle fédérale allemande : [www.bundesverfassungsgericht.de/](http://www.bundesverfassungsgericht.de/)
- Cour européenne des droits de l'homme : [www.echr.coe.int/ECHR/homepage\\_fr](http://www.echr.coe.int/ECHR/homepage_fr)
- Département fédéral de justice et police suisse : [www.ejpd.admin.ch](http://www.ejpd.admin.ch)
- Eurostat : <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>
- Institut national de la statistique et des études économiques : [www.insee.fr](http://www.insee.fr)
- Institut national des études démographiques : [www.ined.fr](http://www.ined.fr)
- Juridat (portail du Pouvoir judiciaire de Belgique) : [www.juridat.be](http://www.juridat.be)
- Légilux (portail juridique du Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg) : [www.legilux.public.lu](http://www.legilux.public.lu)
- Les autorités fédérales de la Confédération suisse : [www.admin.ch](http://www.admin.ch)
- Ministère de la Justice : [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr)
- Office of Public Sector Information (Royaume-Uni) : [www.opsi.gov.uk/](http://www.opsi.gov.uk/)
- Sénat : [www.senat.fr](http://www.senat.fr)

▪ **Liste non-exhaustive de sites internet relatifs aux problématiques sociétales liées au tiers :**

« **Homoparentalité** » :

- <http://homoparentalite.forumactif.net/>
- [www.360.ch](http://www.360.ch)
- [www.enfants-arcenciel.com](http://www.enfants-arcenciel.com)
- [www.family-gay.forumactif.com](http://www.family-gay.forumactif.com)
- [www.familygay.org/](http://www.familygay.org/)
- [www.homoparentalites.be](http://www.homoparentalites.be)
- [www.parentalitehomo.com](http://www.parentalitehomo.com)

**Abandon anonyme :**

- [www.babyfenster.ch](http://www.babyfenster.ch)

**Maternité de substitution:**

- [www.creatingfamilies.com](http://www.creatingfamilies.com)
- [www.russiansurrogacy.com/](http://www.russiansurrogacy.com/)
- [www.surrogacy.ge/index\\_fr.html](http://www.surrogacy.ge/index_fr.html)
- [www.surrogacy.org.uk/sur-world.htm](http://www.surrogacy.org.uk/sur-world.htm)

**Articles de presse :**

▪ **Presse française :**

**Courrier international :**

- *Après les cathos, les gays sont dans la rue*, Courrier international, 15 juin 2007.

**L'Express :**

- *Procès pour mère porteuse ?*, L'Express, 4 octobre 2004.
- *Mères porteuses, le marché clandestin*, L'Express, 15 septembre 2005.
- *L'imbroglia judiciaire*, L'Express, 25 mai 2006.

**La Croix :**

- *En Ukraine, des femmes louent leur ventre*, La Croix, 15 avril 2009.

**Le Figaro :**

- *Le modèle allemand des boîtes à bébés fait école*, Le Figaro, 18 avril 2007.

**Le Monde :**

- *Afflux en Belgique des candidates homosexuelles à l'insémination*, Le Monde, 25 novembre 2005.
- *Trois millions d'enfants ont été conçus in vitro dans le monde*, Le Monde, 22 juin 2006.
- *Le développement cérébral du fœtus est sous la dépendance du génome maternel*, Le Monde, 19 décembre 2006.
- *Les Tchèques veulent privilégier les familles d'accueil aux orphelinats*, Le Monde, 22 mai 2007.
- *Les mères porteuses, un créneau indien*, Le Monde, 5 août 2008.
- *Un couple homosexuel se voit refuser l'autorité parentale*, Le Monde, 12 décembre 2008.
- *Une homosexuelle se voit refuser l'adoption pour la deuxième fois*, Le Monde, 4 février 2009.
- *Le Danemark autorise l'adoption par des couples homosexuels*, Le Monde, 17 mars 2009.

**Le Nouvel Observateur :**

- *Quand les homos veulent des enfants*, Le Nouvel Observateur, n° 1859, 22 juin 2000.
- *Le pacte d'Agnès et de Didier, trois parents et un couffin*, Le Nouvel Observateur, n° 1859, 22 juin 2000.
- *Deux hommes, deux femmes et un couffin*, Le Nouvel Observateur, n° 2063, 20 mai 2004.

**Le Parisien :**

- *June, mère porteuse, veut récupérer sa fille*, Le Parisien, 15 décembre 2004.

**Libération :**

- *La justice accouche de l'homofamille*, Libération, 15-16 septembre 2001.
- *Réviser l'institution sacrée*, Interview de GROSS M., Libération, 25 mai 2004.
- *Donna, un bébé vendu aux enchères*, Libération, 7 juin 2005.
- *Quand la justice se substitue à la famille*, Libération, 22 juillet 2005.
- *La " gestation pour le compte d'autrui " en quête de légitimation*, Libération, 19 janvier 2006.
- *L'affaire du couple ayant eu recours à une mère porteuse ira en Cassation*, Libération, 19 novembre 2007.
- *Le droit de non-visite reconnu*, Libération, 16 avril 2008.

▪ **Presse étrangère :**

**Haaretz :**

- *The right to rent a womb*, Haaretz, 14 juin 2005.

**La libre Belgique :**

- *Un désert juridique rattrapé par une réalité choquante*, La libre Belgique, 24 mai 2005.
- *Un bébé aux enchères*, La libre Belgique, 24 mai 2005.
- *Donna, entre trois mères et trois pères*, La libre Belgique, 25 mai 2005.
- *Mère porteuse, un job comme un autre*, La libre Belgique, 25 mai 2005.
- *Indignation unanime, mais désaccord de principe*, La libre Belgique, 27 mai 2005.
- *Une loi qui autorise les mères porteuses*, La libre Belgique, 27 mai 2005.
- *Donna restera aux Pays-Bas*, La libre Belgique, 6 avril 2006.
- *Enquête sur une mère porteuse gantoise soupçonnée d'escroquerie*, La libre Belgique, 4 décembre 2008.

**Le Soir :**

- *Mère porteuse : le parquet de Gand confirme l'enquête*, Le Soir, 4 décembre 2008.

**The Guardian :**

- *A right to know - biological origins of IVF children to be stated on birth certificates*, The Guardian, 1<sup>er</sup> août 2007.
- *Judge warns agencies after surrogate mother dupes couples to keep babies*, The Guardian, 31 octobre 2007.
- *Surrogacy loophole that let 20 babies be taken abroad*, The Guardian, 5 décembre 2007.

**The Times :**

- *White surrogate mother breaks silence on bearing Asian baby*, The Times, 24 février 2008.
- *A right to know - biological origins of IVF children to be stated on birth certificates*, The Guardian, 1<sup>er</sup> août 2007.



## TABLES DE JURISPRUDENCE

### Décision du Conseil constitutionnel :

- Conseil constitutionnel, 9 novembre 1999, JO 16 novembre 1999.

### Table chronologique des décisions de la Cour de cassation :

#### **Assemblée plénière :**

- Cass. Ass. plén., 29 mars 1991 (arrêt Blicck), Bull. civ. AP, n° 1 ; GAJC, n° 218-219 ; D. 1991, jur., 324, note LAMOURET C. ; JCP éd. G 1991, II, 21673, concl. DONTENWILLE, obs. GHESTIN J. ; Defrénois 1991, 729, obs. AUBERT J.-L. ; RTD civ. 1991, 312, obs. HAUSER J. et 541, obs. JOURDAIN P.
- Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, Bull. AP, n° 4 ; D. 1991, jur., 417, rapport CHARTIER Y., note THOUVENIN D. ; JCP éd. G 1991, II, 21752 et JCP éd. N 1992, II, 18, note TERRE F. ; RTD civ. 1991, 517, obs. HUET-WEILLER D. ; Defrénois 1991, 948, obs. MASSIP J.

#### **Chambre des requêtes :**

- Req. 4 novembre 1835, S. 1835, I, 785.

#### **Chambres civiles :**

- Cass. civ., 22 juin 1813, S. 1813, I, 281, concl. JOUBERT.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 janvier 1951, Bull. civ. 1951, I, n° 16.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 mars 1958, D. 1959, 29, note SAVATIER R. ; JCP 1958, II, 10534, note RL.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 mars 1961, D. 1961, 521, note SAVATIER R.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 janvier 1964, JCP 1964, II, 13521, note ROUAST A.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 2 juin 1964, D. 1964, 561.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 mars 1970, Bull. civ. I, n° 83 ; D. 1970, somm., 166.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 juillet 1973, Bull. civ. I, n° 235.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juin 1976, D. 1976, 593, note RAYNAUD P. ; JCP éd. G 1976, II, 18494, note CORNU G. ; Defrénois 1976, 1124, note MASSIP J. ; RTD civ. 1976, 340, obs. NERSON R. et 1977, 752, obs. NERSON R. et RUBELLIN-DEVICHI J. ; GP 1976, 2, 708, note VIATTE J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 mai 1977, RTD civ. 1977, 548, obs. RAYNAUD P. ; RTD civ. 1978, 339, obs. NERSON R. ; JCP éd. G 1978, II, 18833, note CARBONNIER J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 mars 1980, JCP éd. G 1980, IV, 221.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 février 1981, Bull. civ. I, n° 39, p. 31 ; D. 1981, 548, note MASSIP J. ; JCP éd. G 1982, II, 19771, note CHARTIER Y.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 avril 1982, D. 1983, jur., 294, note J. M.
- Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 mars 1983, D. 1984, jur., 53, note MOUSSA T. ; JCP éd. G 1984, II, n° 20163, note DEKEUWER A.
- Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 mai 1984, D. 84, IR, 289, obs. BENABENT A.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 décembre 1984, Bull. civ. I, n° 334.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 février 1985 (deux arrêts), Bull. civ. I, n° 76 ; GAJC, n° 40-41 ; D. 1985, 265, note CORNU G. ; JCP éd. G 1985, II, 20460, note FORTIS-MONJAL E. et PAIRE G. ; Defrénois 1985, 1283, note GRIMALDI M.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 mai 1985, Bull. civ. I, n° 152.

- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 mai 1986, Bull. civ. I, n° 112 ; D. 1986, 496, note MASSIP J. ; RTD civ. 1986, 736, obs. RUBELLIN-DEVICHI J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 juin 1987, D. 1987, 613, note MASSIP J. ; Defrénois 1987, 1401, note MASSIP J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 juillet 1987, Bull. civ. I, n° 235 ; D. 1987, IR, 191 ; Defrénois 1988, 319, obs. MASSIP J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 juillet 1987, Bull. civ. I, n° 246 ; Defrénois 1988, 313, note MASSIP J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 février 1988, JCP éd. N 1988, II, 317, note FOSSIER T.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 décembre 1988, Bull. civ. I, n° 348 ; D. 1988, IR, 301 ; D. 1989, 317, note MASSIP J. ; GP 1989, 1, somm., p. 17 ; Defrénois 1989, 309, obs. MASSIP J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 février 1989, Bull. civ. I, n° 77.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mars 1989, D. 1989. 477, note HAUSER J. ; GP 1990, 1, 131, note MASSIP J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mars 1989, Juris-data n° 1989-001304.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29 juin 1989, JCP éd. G 1990, II, 21547, note CHARLES M.-N. ; D. 1990, jur., 182, note LESCA C.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 juillet 1989, JCP 1990, II, 21443, note SALVAGE-GEREST P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 décembre 1989, D. 1990, jur., 273, rapport MASSIP J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 31 mars 1992, Bull. civ. I, n° 99.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 juin 1992, Bull. civ. I, n° 183 ; JCP éd. G 1992, IV, 1379.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 mars 1994, D. 1995, jur., 197, note MONTEIRO E. ; *ibid.*, 116, obs. BOURGAULT-COUDEVILLE D. ; *ibid.*, chron., 275, GRIDEL J.-P. ; LPA 28 décembre 1994, n° 155, p. 24, note DAVERAT X. ; Defrénois 1994, 1095, note MASSIP J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 1994, D. 1995, jur., 601, note MIRABAIL S. ; *ibid.*, somm., 115, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; RTD civ. 1994, 576, obs. HAUSER J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 juin 1994, Bull. civ. I, n° 226 ; D. 1994, jur., 581, note CHARTIER Y. ; JCP éd. G 1995, II, 22362, note RUBELLIN-DEVICHI J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 37.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 juillet 1995, Bull. civ. I, n° 292 ; RTD civ. 1995, 872, note HAUSER J. ; D. 1996, somm., 152, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; Defrénois 1996, 722, note MASSIP J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 octobre 1995, D. 1996, somm., 120, obs. LIBCHABER R. ; LPA 23 août 1996, n° 102, p. 9, note HOCQUET-BUG S. ; D. 1997. 155, note PIGNARRE G. ; *ibid.*, chron., 85, note MOLFESSIS N. ; RTD civ. 1996. 397, obs. MESTRE J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 octobre 1995, Bull. civ. I, n° 373 ; JCP G 1995, IV, 2635 ; RTD civ. 1996, 131, obs. HAUSER J. ; JCP G 1996, I, 3970, comm. TEYSSIE B. ; Defrénois 1996, 999, obs. MASSIP J. ; RDSS 1996, 393, note MONEGER F.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 janvier 1996, JCP 1996 éd. G, II, 22666, note NEIRINCK C.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 368 ; JCP 1997 éd. G, II, 22749, note ARDEEFF I. ; D. 1997, 587, note MASSIP J. ; D. 1997, somm., 161, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; RTD civ. 1997, 98, obs. HAUSER J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 juillet 1997, Dr. fam. 1997, comm. n° 173, note MURAT P. ; Defrénois 1998, 720, obs. MASSIP J.
- Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 décembre 1997, D. 1998, 111, concl. contraires WEBER J.-F., note AUBERT J.-L. ; JCP éd. G 1998, II, 10093, note DJIGO A. ; Defrénois 1998,

- 104, obs. BENABENT A. ; Dr. fam. 1998, comm. n° 36, note LECUYER H. ; RTD civ. 1998, 347, obs. HAUSER J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 janvier 1998, Dr. fam. 1998, comm. n° 97, note MURAT P.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 juillet 1999, Dr. fam. 2000, comm. n° 4, note MURAT P.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 octobre 1999, LPA 06 juillet 2000, n° 134, p. 30, note MASSIP J.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 novembre 1999, Defrénois 2000, 670, note MASSIP J.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 mars 2000, n° 98-12806, Bull. civ. I, n° 103 ; JCP éd. G 2000, II, 10409, concl. PETIT C. et note MONSALLIER-SAINTE MLEUX M.-C. ; JCP éd. G 2001, I, 332, note FAVIER Y. ; Dr. fam. 2000, n° 72, note MURAT P. ; D. 2000, 731, note GARE T. ; D. 2001, somm., 976, obs. GRANET F. ; Defrénois 2000, 769, obs. MASSIP J. ; RTD civ. 2000, 304, obs. HAUSER J.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 mai 2000, Dr. fam. 2002, comm. n° 19, note OUDIN M.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 mai 2000, JCP éd. G 2000, II, 10410, note GARE T. ; Dr. fam. 2000, n° 108, note MURAT P. ; D. 2001, somm., 976, 2<sup>ème</sup> espèce, obs. GRANET F.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 juin 2000, D. 2001, somm., 969, obs. GRANET F., D. 2001, 2798, obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; Dr. fam. 2000, n° 109, note MURAT P.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 janvier 2001, D. 2001, jur., 2151, note HUYETTE M. ; JCP éd. G 2001, I, 332, n° 4, obs. RUBELLIN-DEVICHI J.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 mai 2001, n° 99-05015, LPA 13 décembre 2001, n° 248, p. 21, note MASSIP J.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 mai 2001, n° 99-21830, Bull. civ. I, n° 152 ; JCP éd. G 2001, II, 10605, concl. SAINTE-ROSE J. et note ARNAUDIN C. ; Dr. fam. 2001, n° 93, note MURAT P. ; RTD civ. 2001, 572, obs. HAUSER J. ; D. 2002, 1588, note COCTEAU-SENN D. ; *ibid.*, somm., 2018, obs. GRANET F.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 novembre 2001, RTD civ. 2002, 82, obs. HAUSER J. ; Dr. fam. 2002, comm. n° 57, note MURAT P. ; AJ fam. 2002, 63 ; RJPF-2002-2/19, note BLANC A.-M.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 juin 2002, RJPF-2002-12/39, note GARE T.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 avril 2003, Dr. fam. 2003, comm. n° 143, note MURAT P. ; LPA 29 octobre 2003, n° 216, p. 10, note MASSIP J. ; RJPF-2003-7.8/40, note BLANC A.-M.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 septembre 2003, D. 2004, 659, 1<sup>ère</sup> espèce, note MASSIP J. ; *ibid.*, somm., 1419, obs. GRANET-LAMBRECHTS F.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 décembre 2003, n° 02-10097, Dr. fam. 2004, n° 96, note MURAT P.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 décembre 2003, n° 01-03927, Bull. civ. I, n° 252 ; Dr. fam. 2004, comm. n° 17, note MURAT P. ; Defrénois 2004, 592, obs. MASSIP J. ; JCP éd. G 2004, I, 109, n° 3, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; D. 2004, 1998, note POISSON-DROCOURT E.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 février 2004, Dr. fam. 2004, n° 96, note MURAT P.
  - Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 25 mars 2004, D. 2004, IR, 1125.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 mars 2004, Dr. fam. 2004, n° 96, note MURAT P.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 avril 2004, Bull. civ. I, n° 107 ; LPA 7 octobre 2004, p. 12, note MASSIP J. ; JCP éd. G 2004, II, 10045, note GEFROY C. ; RTD civ. 2004, 496 note HAUSER J. ; RDSS 2004, 692, note MONEGER F. ; RJPF-2004-7.8/32, note TON NU LAN A. ; Dr. fam. 2004, comm. n° 6, note BICHERON F. ; *ibid.*, comm. n° 72, note GOUTTENOIRE A. ; *ibid.*, comm. n° 120, note MURAT P.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 mai 2004, D. 2005, 1766, note MIRABAIL S.
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 novembre 2004, RJPF-2005-3/38, obs. GARE T.

- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 janvier 2005, D. 2005, 1393, note LOISEAU G. ; JCP 2005, II, 10159, note MEKKI M. ; *ibid.*, I, 187, note LE GUIDEC R. ; RTD civ. 2005, 397, obs. MESTRE J. et FAGES B.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 février 2005, AJ fam. 2005, 153, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2005, 361, HAUSER J. ; Dr. fam. 2005, comm. n° 72, note MURAT P. ; Defrénois 2005, 1057, obs. MASSIP J. ; D. 2006, 1139, obs. GRANET-LAMBRECHTS F.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 mars 2005, AJ fam. 2005, 191, obs. CHENEDE F. ; Defrénois 2005, 1356, note MASSIP J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 mars 2005, Bull. civ. I, n° 142 ; D. 2005, IR, 1112 ; RLDC 2005, n° 16, 665, obs. SCHWING J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 avril 2005, Bull. civ. I, n° 162 ; Dr. fam. 2005, comm. n° 155, note MURAT P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 mai 2005, n° 02-20613, Bull. civ. I, n° 212 ; AJ fam. 2005, 274, note FOSSIER T. ; D. 2005, 1909, note EGEA V. ; JCP éd. G 2005 II, 10081, note GRANET-LAMBRECHTS F. et STRICKLER Y. ; *ibid.*, II, 10115, concl. PETIT C., note CHABERT C. ; *ibid.*, II, 199, n° 7, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; GP 2005, n° 186, p. 9, note COURDIER-CUISINIER A.-S. ; Defrénois 2005, 1418, note MASSIP J. ; Dr. fam. 2005, n° 156 GOUTENOIRE A. ; RJPF-2005-9/31, note EUDIER F. ; Dr. et pat. 2005-140, p. 101, note BONFILS P. ; RDSS 2005, 814, note NEIRINCK C., RTD civ. 2005, 585, obs. HAUSER J. ; *ibid.*, 627, note THERY I. ; *ibid.*, 556, note ENCINAS DE MUNAGORRI R. ; Rev. crit. DIP 2005, 679, note BUREAU D.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 mai 2005, n° 02-16336, Bull. civ. I, n° 211 ; D. 2005, 2125, note LEMOULAND J.-J. ; *ibid.*, 1147, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; Defrénois 2005, 1493, note MASSIP J. ; AJ fam. 2005, 321, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2005, comm. n° 153, note MURAT P. ; RTD civ. 2005, 583, note HAUSER J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 juin 2005, Bull. civ. I, n° 257.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 novembre 2005, Bull. civ. I, n° 403, D. 2006, 2069, obs. REVEL J. ; AJ fam. 2006, 33, obs. HILT P. ; Dr. fam. 2005, comm. n° 274, BEIGNIER B. ; RJPF-2006-3/53, note VALORY S.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 novembre 2005, Dr. fam. 2006, comm. n° 51, note MURAT P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 décembre 2005, D. 2006, pan., 1141, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; Dr. fam. 2006, comm. n° 26, note MURAT P. ; RTD civ. 2006, 98, obs. HAUSER J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 janvier 2006, MARRAUD des GROTTES G., RLDC 2008, n° 45, 2826. Dr. fam. 2006, comm. n° 108, note MURAT P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 janvier 2006, n° 03-14421.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 31 janvier 2006, Juris-data n° 2006-031905, D. 2006, IR, 469 ; Defrénois 2006, 1062, obs. MASSIP J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 février 2006, n° 05-13006, Bull. civ. I, n° 73 ; D. 2006, IR, 603 ; *ibid.*, 1139, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; *ibid.*, 1029, note KESSLER G. ; JCP éd. G 2006, I, 199, n° 3, obs. FAVIER Y. ; Defrénois 2006, 1058, obs. MASSIP J. ; AJ fam. 2006, 162, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2006, comm. n° 107, note MURAT P. ; RLDC 2006, n° 29, 2147, note MEYZEAUD-GARAUD M.-C. ; RTD civ. 2006, 294, obs. HAUSER J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 février 2006, n° 05-12384, Dr. fam. 2006, comm. n° 205, note MURAT P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 février 2006, n° 05-13202, Bull. civ. I, n° 65 ; Dr. fam. 2006, comm. n° 158, note MURAT P.

- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 février 2006, Bull. civ. I, n° 101 ; AJ fam. 2006, 159, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2006, comm. n° 89, obs. MURAT P. ; D. 2006, jur., 897, note VIGNEAU D. ; *ibid.*, pan., 1148, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; *ibid.*, IR, 670, obs. GALLMEISTER I. ; *ibid.*, Point de vue, 876, FULCHIRON H. ; RTD civ. 2006, 297, obs. HAUSER J. ; RJPF-2006-4/32, obs. MULON ; RDSS 2006, 578, note NEIRINCK C. ; JCP 2006, I, 199, n° 16, obs. REBOURG M. ; BOURGAULT-COUDEVYLLE D., RLDC 2006, n° 27, 2056.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 mars 2006, D. 2006, 881, obs. GALLMEISTER I. ; RTD civ. 2006, 300, obs. HAUSER J. ; Dr. fam. 2006, comm. n° 157, note MURAT P. ; AJ fam. 2006, 202, obs. CHENEDE F.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 avril 2006, Bull. civ. I, n° 195 ; Dr. fam. 2006, comm. n° 124, note MURAT P. ; D. 2006, jur., 2294, note POISSON-DROCOURT E. ; *ibid.*, IR, 1065, obs. GALLMEISTER I. ; *ibid.*, chron., 1707, REVEL J. ; D. 2007, chron., 879, SALVAGE-GEREST P. ; *ibid.*, pan., 1460, note GRANET-LAMBRECHTS F. ; JCP éd. G 2006, I, 199, n° 1, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; GP 2006, n° 248, p. 20, note GUITTET F. ; Defrénois 2006, 1127, note MASSIP J. ; RLDC 2006, n° 28, 2097, note LE BOURSICOT M.-C. ; LPA 7 mai 2007, n° 91, p. 7, obs. BOURGAULT-COUDEVYLLE D. ; RDSS 2006, 575, note NEIRINCK C. ; RTD civ. 2006, 273, note REMY-CORLAY P. ; *ibid.*, 292, note HAUSER J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 avril 2006, n° 04-16334.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 mai 2006, D. 2006, IR, 1561.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 juillet 2006, Dr. fam. 2006, comm. n° 188, note MURAT P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 juillet 2006, n° 04-10839, Bull. civ. I, n° 384.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 juillet 2006, n° 03-14747, Bull. civ. I, n° 383 ; AJ fam. 2006, 373, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2006, 735 obs. HAUSER J. ; Defrénois 2006, 1780, note MASSIP J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 octobre 2006, n° 05-18069.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 octobre 2006, n° 04-14388, Bull. civ. I, n° 428 ; Juris-data n° 2006-035240 ; AJ fam. 2006, 418, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 3, note MURAT P. ; RJPF-2007-1/36, obs. GARE T. ; Defrénois 2007, 306, obs. MASSIP J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 octobre 2006, Bull. civ. I, n° 452 ; AJ fam. 2006, 460, obs. CHENEDE F. ; D. 2007, pan., 1465, note GRANET-LAMBRECHTS F. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 35, note MURAT P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 novembre 2006, n° 05-18116.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 janvier 2007, n° 06-10461.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 février 2007, n° 06-14643, Bull. civ. I, n° 63 ; AJ fam. 2007, 189 ; Dr. fam. 2007, comm. n° 103, note MURAT P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 février 2007, n° 05-17618, Bull. civ. I, n° 64 ; D. 2007, actualité, 732 ; AJ fam. 2007, 189, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 104, note MURAT P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 février 2007, n° 06-10046, Juris-data n° 2007-037574.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 février 2007 (2 arrêts), n°s 04-15676 et 06-15647, Bull. civ. I, n° 70 et n° 71 ; Dr. fam. 2007, comm. n° 80, note MURAT P. ; D. 2007, 721, note DELAPORTE-CARRE C. ; *ibid.*, chron., 891, obs. CHAUVIN P. ; *ibid.*, jur. 1047, note VIGNEAU D. ; *ibid.*, pan. 1460, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. et *ibid.*, pan. 1561, obs. LEMOULAND J.-J. et VIGNEAU D. ; AJ fam. 2007, 182, note CHENEDE F. ; RTD civ. 2007, 325, obs. HAUSER J. ; GAJC, n° 53-55.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 mars 2007, n° 06-12655, D. 2007, actualité, 1084.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 mars 2007, n° 04-13925, Bull. civ. I, n° 108 ; Dr. fam. 2007, comm. n° 123, note ESCHYLLE J.-F. ; RJPF-2007-6/39, note GARE T.

- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 mars 2007, n° 06-17869, Bull. civ. I, n° 103 ; JCP G 2008, I, 102, n° 5, note FAVIER Y. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 125, note MURAT P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 mars 2007, n° 05-16627, Bull. civ. I, n° 113 ; D. 2007, 935, note GALLMEISTER I. ; *ibid.*, 1389, rapport PLUYETTE G. et note AGOSTINI E. ; Dr. fam. 2007, n° 76, note AZAVANT M. ; Defrénois 2007, 781, note MASSIP J. ; FULCHIRON H., *Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel*, D. 2007, chron., 1375.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 avril 2007, n° 06-16886, Bull. civ. I, n° 156.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 avril 2007, n° 06-13872, Bull. civ. I, n° 163 ; AJ fam. 2007, 273, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2007, 555, obs. HAUSER J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 mai 2007, AJ fam. 2007, 312, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 173, note MURAT P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 septembre 2007, n° 06-18379, Bull. civ. I, n° 286 ; AJ fam. 2007, 432, note THIERRY J.-B. ; D. 2007, AJ, 2541 ; RTD civ. 2008, 100, obs. HAUSER J. ; GP 16-17 janvier 2008, somm., obs. MASSIP J. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 192, obs. MURAT P. ; JCP éd. G 2008, II, 10026, note ZELCEVIC-DUHAMEL A. ; JCP éd. G 2008, I, 102, n° 6, note BIDEAU C. ; RJPF-2008-1/37, note MULON E. ; GOUTTENOIRE A. et BONFILS P., *Droit de l'enfant* (juin 2007 - juin 2008), D. 2008, 1854.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 septembre 2007, JCP éd. G 2008, I, 102, note FAVIER Y.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 octobre 2007, Dr. fam. 2007, comm. n° 205, note MURAT P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 novembre 2007, n° 06-89259.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 novembre 2007, Bull. civ. I, n° 358 ; RTD civ. 2008, 289, obs. HAUSER J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 décembre 2007, Bull. civ. I, n° 392 ; D. 2008, 291, obs. LUXEMBOURG F. ; *ibid.*, 1028, note MAUGER-VIELPEAU L. ; *ibid.*, 1460, obs. GRANET-LAMBRECHETS F. et *ibid.*, 1561 obs. LEMOULAND J.-J. et VIGNEAU D. ; AJ fam. 2008, 75, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2008, comm. n° 28, note MURAT P. ; GP 2008, n° 208, p. 20, note X. ; RTD civ. 2008, 287, note HAUSER J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 février 2008, n° 06-17006, RJPF-2008-5/34, note CORPART I.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 février 2008, n° 06-20054, Bull. civ. I, n° 46 ; RJPF-2008-5/35, note GARE T.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 février 2008, n° 07-12948, Defrénois 2008, 1119, note MASSIP J. ; Dr. fam. 2008, comm. n° 59, obs. MURAT P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 avril 2008, Bull. civ. I, n° 391 ; D. 2008, actualité, 1145, obs. GAILLMEISTER I. ; D. 2008, 2121, note BONNET V. ; *ibid.*, 2363, obs. CHAUVIN P. ; Dr. fam. 2008, comm. n° 86, note MURAT P. ; RTD civ. 2008, 464, note HAUSER J. ; AJ fam. 2008, 209, obs. CHENEDE F. ; Defrénois 2008, 1842, MASSIP J. ; JCP éd. G 2008, II, 10132, note BINET J.-R. ; JCP éd. G 2009, I, 102, n° 6, obs. FAVIER Y.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 avril 2008, n° 06-21405.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 avril 2008, n° 07-11273, Bull. civ. I, n° 106 ; AJ fam. 2008, 250, note CHENEDE F. ; Defrénois 2008, 1846, note MASSIP J. ; GP 2008, n° 330, p. 39, note MULON E. ; D. 2008, 1410, note LUXEMBOURG F. ; JCP éd. G 2008, IV, 1952 ; JCP éd. G 2009, I, 102, n° 9, obs. REBOURG M. ; RTD civ. 2008, 470, note HAUSER J. ; Dr. fam. 2008, comm. n° 101, note MURAT P. ; RJPF-2008-6/39, note CORPART I.

- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 mai 2008, Dr. fam. 2008, comm. n° 100, note MURAT P. ; AJ fam. 2008, 298, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2008, 465, note HAUSER J. ; D. 2008, actualité, 1624 ; FAVIER Y, JCP éd. G 2008, actualité, 409 et I, 102, n° 5.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 octobre 2008, n° 07-16.094, Dr. fam. 2008, comm. n° 173, note MURAT P. ; RJPF-2008-12/13, note LE BOURSICOT M.-C. ; JCP éd. G, 2008, 615, obs. FAVIER Y.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 octobre 2008, n° 07-16067 ; 07-18811 (pourvois joints), Dr. fam. 2009, comm. n° 6, note MURAT P.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 octobre 2008, n° 07-16094, Dr. fam. 2008, comm. n° 173, note MURAT P. ; RJPF-2008-12/13, note LE BOURSICOT M.-C. ; JCP éd. G, 2008, 615, obs. FAVIER Y.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 novembre 2008, n° 07-20.426, Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 698 du 15 mars 2009, n° 380 ; RTD civ. 2009, 107, note HAUSER J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 décembre 2008, AJ fam. 2009, 31, obs. CHENEDE F. ; CHAUVIN P. et CRETON C., *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation*, D. 2009, 747. D. 2009, 20, note EGEE V.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 décembre 2008, n° 07-20.468, JCP éd. G 2009, act., p. 10, obs. BRUSORIO-AILLAUD M. ; *ibid.*, II, 10020, note MIRKOVIC A. ; *ibid.*, II, 10021, note D'AVOUT L. ; GP 3 janvier 2009, n° 3, p. 18, note WEISS-GOUT B. ; D. 2009, AJ, 166, note EGEE V. ; AJ fam. 2009, 81, obs. CHENEDE F. ; *ibid.*, 340, note BRUNET L. ; D. 2009, 332, concl. SARCELET D. ; Dr. fam. 2009, comm. n° 15, MURAT P. ; RTD civ. 2009, 106, note HAUSER J.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 janvier 2009, n° 07-11555, AJ fam. 2009, 131, obs. MILLEVILLE S. ; Dr. fam. 2009, comm. n° 26, note NEIRINCK C.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 février 2009, AJ fam. 2009, 179, note BICHERON F.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 février 2009, Juris-data n° 2009-047180 ; D. 2009, 811, note EGEE V. ; AJ fam. 2009, 171, note GALLMEISTER I.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 mars 2009, n° 05-17163, JCP éd. G 2009, II, 10062, note GARE T. ; D. 2009, 803, note EGEE V. ; AJ fam. 2009, 177, note CHENEDE F.

#### **Chambre criminelle :**

- Cass. crim. 4 janv. 1985, Bull. crim. n° 322.
- Cass. crim., 8 mars 1988, JCP éd. G 1989, II, 21162, obs. JEANDIDIER W.
- Cass. crim., 12 janvier 2000, Bull. crim. n° 21 ; D. 2000, IR, 75 ; D. 2001, 2791, note POMART C. ; Dr. pén. 2000, comm. n° 84, note VERON M.
- Cass. crim. 28 mars 2000, Bull. crim. n° 140 ; D. 2000, somm., 466, note MAZEAUD D. ; JCP éd. G 2000, I, 241, n° 9, obs. VINEY G. ; JCP éd. G 2001, II, 10457, note ROBACZEWSKI C. ; LPA 16 juin 2000, note GALLIOU-SCANVION A.-M. ; RJPF-2000-7-8/42, note CHABAS F. ; RTD civ. 2000, 545, obs. HAUSER J. ; RTD civ. 2000, 586, obs. JOURDAIN P.
- Cass. crim., 8 décembre 2004, Dr. fam. 2005, comm. n° 50, note MURAT P.
- Cass. crim., 23 septembre 2008, Bull. crim. n° 195 ; RJPF-2008-12/29, note EUDIER F. ; AJ fam. 2009, 32, CHENEDE F. ; Dr. fam. 2009, comm. n° 18, note MURAT P.
- Cass. crim. 7 janvier 2009, AJ fam. 2009, 132, obs. CHENEDE F.

#### **Chambre sociale :**

- Cass. soc., 21 juillet 1986, D. 1987, 142, note MASSIP J. ; RTD civ. 1988, 715, obs. RUBELLIN-DEVICHI J.

## Table chronologique des décisions des cours d'appel et tribunaux civils :

### Cours d'appel :

- CA Paris, 20 avril 1944, DA 1944, 79.
- CA Pau, 21 avril 1983, D. 1984, 109, note HAUSER J.
- CA Paris, 8 novembre 1983, Juris-data n° 1983-030784.
- CA Paris, 23 janvier 1987, Juris-data n° 1987-020265.
- CA Besançon, 14 janvier 1988, Juris-data n° 1988-044711.
- CA Paris, 19 février 1988, RTD civ. 1988, 328, obs. RUBELLIN-DEVICHI J.
- CA Poitiers, 22 janvier 1992, JCP 1992, IV, 1446.
- CA Limoges, 26 novembre 1992, D. 94, 207, note BERRY B.
- CA Aix-en-Provence, 7 janvier 1994, Juris-data n° 1994-049375.
- CA Toulouse, 18 avril 1994, JCP éd. G 1995, II, 22472, note NEIRINCK C.
- CA Aix-en-Provence, 14 avril 1995, Juris-data n° 1995-047057.
- CA Chambéry, 19 mars 1996, JCP éd. G 1996, IV, 2574, RDSS 1997, 636, obs. MONEGER F.
- CA Bourges, 11 décembre 1996, Juris-data n° 1996-048611.
- CA Aix-en-Provence, 13 février 1997, Juris-data n° 1997-041817.
- CA Grenoble, 15 décembre 1997, Dr. fam. 1998, comm. n° 38, note MURAT P.
- CA Riom, 16 décembre 1997, D. 1998, somm. 301, obs. BOURGAULT-COUDEVYLLE D. ; JCP éd. G 1998, II, 10147, note GARE T. ; RTD civ. 1998, 891, note MURAT P. ; Dr. fam. 1998, comm. n° 150, note MURAT P. ; D. 1999, somm. 198, note GRANET F. ; JCP éd. G 1999, I, 101, n° 4, obs. RUBELLIN-DEVICHI J.
- CA Versailles, 5 février 1998, D. 1999, somm. 196, obs. GRANET F. ; Dr. fam. 1999, comm. n° 25, note MURAT P.
- CA Paris, 5 mai 1998, D. 2000, somm., 160, obs. GRANET F.
- CA Paris, 29 septembre 1998, Juris-data n° 1998-023117.
- CA Paris, 10 février 1999, JCP 1999 éd. G, II, 10170, note GARE T.
- CA Rennes, 18 mars 1999, Juris-data n° 1999-044122.
- CA Agen, 2 mars 2000, Juris-data n° 2000-112738.
- CA Pau, 19 juin 2000, Juris-data n° 2000-122426.
- CA Pau, 5 juillet 2000, Juris-data n° 2000-122459.
- CA Rennes, 28 septembre 2000, Juris-data n° 2000-136517.
- CA Besançon, 9 février 2001, Juris-data n° 2001-154457.
- CA Riom, 13 mars 2001, Juris-data n° 138053.
- CA Versailles, 17 mai 2001, Juris-data n° 2001-180852
- CA Lyon, 22 mai 2001, JCP 2002, II, 10 177, note GARE T.
- CA Aix-en-Provence, 12 mars 2002, D. 2003, 1528, note CADOU E. ; *ibid.*, somm. 211, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; Dr. fam. 2003, comm. n° 100, note MURAT P.
- CA Paris, 22 mai 2001, Juris-data n° 2001-149447.
- CA Poitiers, 29 mai 2001, D. 2002, somm., 1874, obs. HENNERON S.
- CA Nîmes, 19 septembre 2001, Juris-data n° 2001-156960.
- CA Nancy, 4 février 2002, Juris-data n° 2002-178587.
- CA Aix-en-Provence, 5 mars 2002, Juris-data n° 2002-194932, Dr. fam. 2003, comm. n° 117, note GAILLARD C.
- CA Douai, 2 mai 2002, Juris-data n° 2002-183444.
- CA Douai, 27 mai 2002, Juris-data n° 2002-2029.

- CA Nancy, 28 juin 2002, Juris-data 2002-194210, Dr. fam. 2003, comm. n° 116, note MURAT P.
- CA Rennes, 4 juillet 2002, Dr. fam. 2002, n° 142, note MURAT P. ; D. 2002, jur., 2902, note GRANET F. ; JCP éd. G 2003, I, 101, note RUBELLIN-DEVICHI J.
- CA Limoges, 8 septembre 2002, RTD civ. 2005, 116, note HAUSER J.
- CA Paris, 12 décembre 2002, Juris-data n° 197168.
- CA Paris, 16 janvier 2003, AJ Fam. 2003, 143, obs. F. B. ; RTD civ. 2003, 280, obs. HAUSER J.
- CA Paris, 27 février 2003, Juris-data n° 2003-204961, Dr. fam. 2003, comm. n° 116, note MURAT P.
- CA Besançon, 25 avril 2003, Juris-data n° 2003-224129.
- CA Metz, 6 mai 2003, Juris-data n° 2003-216406.
- CA Bordeaux, 14 mai 2003, Juris-data n° 2003-216429.
- CA Rennes, 1<sup>er</sup> septembre 2003, Juris-data n° 2003-238511.
- CA Colmar, 3 novembre 2003, Juris-data n° 2003-253469.
- CA Riom, 16 décembre 2003, Dr. fam. 2004, n° 18, note MURAT P. ; AJ fam. 2004, 139, obs. BICHERON F.
- CA Aix-en-Provence, 5 février 2004, Juris-data n° 2004-234939.
- CA Montpellier, 10 février 2004, Juris-data n° 2004-238097, Dr. fam. 2004, comm. n° 221, note MURAT P.
- CA Caen, 26 février 2004, Juris-data n° 2004-254908.
- CA Paris, 25 mars 2004, AJ fam. 2004, 280, obs. BICHERON F.
- CA Aix-en-Provence, 30 mars 2004, Juris-data n° 2004-244104.
- CA Grenoble, 9 juillet 2004, Dr. fam. 2004, comm. n° 141, note MURAT P.
- CA Metz, 7 septembre 2004, Juris-data n° 2004-268321.
- CA Bordeaux, 15 septembre 2004, Dr. fam. 2005, comm. n° 51, note MURAT P.
- CA Amiens, 22 septembre 2004, Dr. fam, comm. n° 128, note MURAT P.
- CA Paris, 10 novembre 2004, Juris-data n° 2004-263748, MURAT P., *La méfiance des juges face aux accords attribuant exclusivement à un des parents l'exercice de l'autorité parentale*, Dr. fam. 2005, étude n° 101.
- CA Aix-en-Provence, 1<sup>er</sup> décembre 2004, Juris-data n° 2004-261928, Dr. fam. 2005, comm. n° 131, obs. MURAT P.
- CA Nîmes, 7 décembre 2004, Dr. fam. 2005, comm. n° 154, note MURAT P.
- CA Grenoble, 15 décembre 2004, Dr. fam. 2005, comm. n° 129, obs. LARRIBAU-TERNEYRE V.
- CA Rennes, 6 janvier 2005, Juris-data n° 2005-264861 ; Dr. fam. 2005, comm. n° 52, note MURAT P.
- CA Metz, 11 janvier 2005, Juris-data n° 2005-264375.
- CA Paris, 13 janvier 2005, Juris-data n° 2005-263410, Dr. fam. 2005, n° 102, obs. MURAT P.
- CA Amiens, 9 mars 2005, Dr. fam. 2006, comm. n° 53, obs. MURAT P.
- CA Toulouse, 15 mars 2005, Juris-data n° 2005-272788
- CA Paris, 17 mars 2005, Juris-data n° 2005-268752
- CA Bordeaux, 21 mars 2005, Juris-data n° 2005-270230.
- CA Agen, 31 mars 2005, Juris-data n° 2005-272618.
- CA Paris, 5 avril 2005, Juris-data n° 2005-268598 ; D. 2005, IV, 2176.
- CA Besançon, 8 avril 2005, Juris-data n° 2005-284843.
- CA Nîmes, 15 juin 2005, Juris-data n° 2005-282297.
- CA Aix-en-Provence, 17 novembre 2005, Juris-data n° 2005-291253.
- CA Toulouse, 12 décembre 2005, Juris-data n° 2005-296259.

- CA Papeete, 15 décembre 2005, Juris-data n° 2005-299274.
- CA Lyon, 24 janvier 2006, Juris-data n° 2006-297381.
- CA Caen, 26 janvier 2006, Juris-data n° 2006- 297553.
- CA Paris, 15 février 2006, Juris-data n° 2006-296027.
- CA Lyon, 28 février 2006, Juris-data n° 2006-302162.
- CA Rennes, 14 mars 2006, Juris-data n° 2006-310514.
- CA Toulouse, 28 mars 2006, Juris-data n° 2006-304845.
- CA Nîmes, 5 avril 2006, Juris-data n° 2006-309671.
- CA Nîmes, 5 avril 2006, Juris-data n° 2006-309673.
- CA Bourges, 6 avril 2006, Juris-data n° 2006-311438.
- CA Agen, 6 avril 2006, Juris-data n° 2006-301013.
- CA Aix-en-Provence, 13 avril 2006, Juris-data n° 2006-316445.
- CA Bourges, 13 avril 2006, Juris-data n° 2006-322674.
- CA Nîmes, 19 avril 2006, Juris-data n° 2006-315150.
- CA Lyon, 18 avril 2006, Juris-data n° 2006-312130.
- CA Rennes, 20 avril 2006, Juris-data n° 2006-321175.
- CA Orléans, 2 mai 2006, Juris-data n° 2006-309717.
- CA Nîmes, 3 mai 2006, Juris-data n° 2006-315427.
- CA Rennes, 9 mai 2006, Juris-data n° 2006-299485.
- CA Rennes, 15 mai 2006, Juris-data n° 2006-316626.
- CA Aix-en-Provence, 22 mai 2006, Juris-data n° 2006-311400.
- CA Lyon, 23 mai 2006, Juris-data n° 2006-317920.
- CA Lyon, 6 juin 2006, Juris-data n° 2006-317910.
- CA Aix-en-Provence, 22 juin 2006, Juris-data n° 2006-316469.
- CA Rouen, 15 juin 2006, Juris-data n° 2006-309699.
- CA Riom, 27 juin 2006, Juris-data n° 2006-315630 ; Dr. famille 2006, comm. n° 204, note MURAT P. ; GP 15-16 septembre 2006, p. 8, note MECARY C. ; RJPF-2006-9/41, note MECARY C.
- CA Toulouse, 27 juin 2006, Juris-data n° 2006-311693.
- CA Rennes, 3 juillet 2006, Juris-data n° 2006-325290.
- CA Rennes, 6 juillet 2006, Juris-data n° 2006-325289.
- CA Aix-en-Provence, 4 août 2006, Juris-data n° 2006-315174.
- CA Orléans, 26 septembre 2006, Juris-data n° 2006-330501.
- CA Aix-en-Provence, 3 octobre 2006, Juris-data n° 2006-317392.
- CA Aix-en-Provence, 26 octobre 2006, Juris-data n° 2006-323229.
- CA Aix-en-Provence, 26 octobre 2006, Juris-data n° 2006-323202.
- CA Caen, 26 octobre 2006, Juris-data n° 2006-316576.
- CA Caen, 9 novembre 2006, Juris-data n° 2006-322076.
- CA Pau, 18 décembre 2006, Juris-data n° 2006-335878.
- CA Caen, 21 décembre 2006, Juris-data n° 2006-328392.
- CA Bastia, 26 décembre 2006, Juris-data n° 2006-322433.
- CA Bastia, 27 décembre 2006, Juris-data n° 2006-322397.
- CA Rennes, 16 janvier 2007, Juris-data n° 2007-338541.
- CA Bordeaux, 22 janvier 2007, Juris-data n° 2007-325768.
- CA Caen, 25 janvier 2007, Juris-data n° 2007-328386.
- CA Poitiers, 7 février 2007, AJ fam. 2007, 322, note CHENEDE F.
- CA Amiens, 14 février 2007, Juris-data n° 2007-325132 ; Dr. fam. 2007, comm. n° 80, note MURAT P. ; RTD civ. 2008, 97, note HAUSER J.
- CA Nancy, 16 février 2007, Juris-data n° 2007-339776.

- CA Nancy, 26 février 2007, JCP éd. G 2008, IV, 1270 ; RTD civ. 2008, 283, note HAUSER J.
- CA Riom, 6 mars 2007, Juris-data n° 2007-334971 ; JCP éd. G 2008, IV, 1607.
- CA Paris, 10 mai 2007, Juris-data n° 2007-333566.
- CA Toulouse, 15 mai 2007, Juris-data n° 2007-341320.
- CA Aix-en-Provence, 1<sup>er</sup> juin 2007, Juris-data n° 2007-340465.
- CA Aix-en-Provence, 15 juin 2007, Juris-data n° 2007-340467.
- CA Orléans, 19 juin 2007, Juris-data n° 2007-346117.
- CA Lyon, 25 juillet 2007, RTD civ. 2008, 99, note HAUSER J. ; JCP éd. G 2008, IV, 1028.
- CA Paris, 25 octobre 2007, D. 2007, AJ., 2953, obs. LUXEMBOURG F. ; AJ fam. 2007, 478, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2008, 93, note HAUSER J. ; BANDRAC M., DELAISI DE PARCEVAL G., DEPADT-SEBAG V., *Mère porteuse : transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres français*, D. 2008, chron., 434 ; *ibid.*, 1435, obs. GAUMONT-PRAT H. ; Dr. fam. 2008, alerte 87, LAMARCHE M. ; RJPF-2008-2/12, BOURSICOT M.-C. ; GP 2008, n° 29, p. 20, note GEOUFFRE DE LA PRADELLE G. ; Defrénois 2008, 291, note CHENDEB R. ; JDI 2008, 145, note CUNIBERTI G. ; GRANET-LAMBRECHTS F., *Droit de la filiation* (avril 2007- février 2008), D. 2008, 1371 ; COURBE P. et JAULT-SESEKE F., *Droit international privé* (janvier 2007- mars 2008), D. 2008, 1507 ; JCP éd. G 2009, I, 102, n° 10, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; BELLIVIER F. et NOIVILLE C., *Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ?*, Revue des contrats 2008, 545 ; GAUMONT-PRAT H., *La révision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation, : la maternité pour autrui*, RLDC 2008, n° 45, 2825.
- CA Nancy, 2 novembre 2007, Juris-data n° 2007-360553.
- CA Aix-en-Provence, 16 novembre 2007, Juris-data n° 2007-327140.
- CA Rouen, 22 novembre 2007, Juris-data n° 2007-350761.
- CA Nîmes, 28 novembre 2007, Juris-data n° 2007-353592.
- CA Montpellier, 22 janvier 2008, Juris-data n° 2008-361484.
- CA Nîmes, 6 février 2008, Juris-data n° 2008-361472 ; JCP éd. G 2008, IV, 2535.
- CA Nancy, 11 février 2008, Juris-data n° 2008-374144.
- CA Paris, 14 février 2008, Juris-data n° 2008-360045.
- CA Rouen, 28 février 2008, Juris-data n° 2008-359229.
- CA Paris, 2 avril 2008, Juris-data n° 2008-359972.
- CA Paris, 10 avril 2008, AJ fam. 2008, 252, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2008, 466, note HAUSER J. ; Dr. fam. 2008, comm. n° 102, note MURAT P.
- CA Papeete, 10 avril 2008, Juris-data n° 2008-361742 ; JCP éd. G 2008, IV, 2695.
- CA Bordeaux, 16 avril 2008, Juris-data n° 2008-362046.
- CA Paris, 19 juin 2008, Juris-data n° 2008-000727.
- CA Douai, 19 juin 2008, Juris-data n° 2008-000515.
- CA Paris, 9 octobre 2008, AJ fam. 2008, 475, obs. CHENEDE F.
- CA Douai, 11 décembre 2008.

#### **Tribunaux de grande instance :**

- TGI Lille, 26 novembre 1976, D. 1978, 499, note PATUREAU Y.
- TGI Créteil, 1<sup>er</sup> août 1984, JCP 1984 éd. G, II, 20321, obs. CORONE S.
- TGI Aix-en-Provence, 5 décembre 1984, JCP éd. G 1986, II, 20561, note BOULANGER F.
- TGI Angers, 10 novembre 1992, D. 1994, somm. 30, note LABBEE X.

- TGI Rennes, 30 juin 1993, JCP 1994 éd. G, II, 22250, note NEIRINCK C.
- TGI Paris, 2 septembre 1997, LPA 16 novembre 1998, n° 137, p. 12, note HENAFF G.
- TGI Lille, 13 février 1998, D. 1999. 177, note LABBEE X. ; RTD civ. 1999, 356, obs. HAUSER J.
- TGI Caen, 8 juillet 1999, RTD civ. 2000, 806, note HAUSER J.
- TGI Bressuire, JAF, 6 janvier 2000, D. 2000, IR, 88.
- TGI Paris, 15 mars 2000, D. 2001, somm., 2799, obs. HENNERON S.
- TGI Brive, 30 juin 2000, D. 2001, 27, note ARDEEFF I. ; *ibid.*, somm., 972, obs. GRANET F. ; *ibid.*, 2872, obs. LE DOUJET-THOMAS F. ; Defrénois 2000, 1310, obs. MASSIP P. ; RTD civ. 2000., 930, obs. MARGUENAUD J.-P. ; *ibid.*, 815, obs. HAUSER J. ; RTD civ. 2001, 344, obs. HAUSER J.
- TGI Paris, 7 février 2001, Juris-data n° 2001-153488.
- TGI Paris, 27 juin 2001, D. 2003, 655, note DESNOYER C. ; *ibid.*, 1941, note LEMOULAND J.-J. ; JCP éd. G 2002, I, 19, 101, note RUBELLIN-DEVICHI J. ; Dr. fam. 2001, comm. n° 116, MURAT P. ; RTD civ. 2002, 84, obs. HAUSER J. ; RDSS 2002, 121, note MONEGER F.
- TGI Créteil, 21 février 2002, RTD civ. 2002, 495, note HAUSER J. ; D. 2002. 1710, note GRANET F.
- TGI Metz, 17 mai 2002, Dr. et patrimoine 101-2002, p. 115, note MONEGER F.
- TGI Nancy, 16 mai 2003, D. 2003, jur., 2910, note POISSON-DROCOURT E. ; *ibid.*, somm., 2120, note GRANET-LAMBRECHTS F. ; Dr. fam. 2003, n° 88, note MURAT P. ; AJ fam. 2003, 310, note BICHERON F. ; RTD civ. 2003, 488, note HAUSER J. ; JCP éd. G 2003, I, 148, n° 2, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; RABY S., GP, 31 janvier 2004, n° 31, p. 5 ; LPA 20 mars 2003, n° 57, p. 3, note AUBIN S. ; D. 2004, 465, note BOURGAULT-COUDEVYLLE D.
- TGI Nice, 8 juillet 2003, AJ fam. 2004, 453, obs. CHENEDE F.
- TGI Grenoble, 22 janvier 2004, Juris-data n° 2004-235203.
- TGI Colmar, 16 mars 2004, Juris-data n° 2004-251819 ; Dr. fam. 2004, comm. n° 211, note MURAT P.
- TGI Paris, 2 avril 2004, AJ fam. 2004, 453, obs. CHENEDE F. ; JCP éd. G, 2005, I, 116, n° 5, RUBELLIN-DEVICHI J.
- TGI Paris, 2 juillet 2004, AJ fam. 2004, 361, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2005, 116, note HAUSER J. ; Dr. fam. 2005, comm. n° 4, note MURAT P.
- TGI Paris, 2 juillet 2004, AJ fam. 2004, 361, obs. CHENEDE F. ; Dr. fam. 2005, n° 21, note MURAT P.
- TGI Créteil, 30 septembre 2004, D. 2004, jur., 476, note DEPADT-SEBAG V.
- TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, AJ fam. 2006, 245, obs. CHENEDE F.
- TGI Lille, 22 mars 2007, D. 2007, 1251, note LABBEE X. ; RTD civ. 2007, 556, note HAUSER J. ; Dr. fam. 2007, comm. n° 122, note MURAT P.
- TGI Paris, 23 mai 2007, GP 2007, n° 249, p. 10, note GEOUFFRE DE LA PRADELLE G.
- TGI Lyon, 5 juillet 2007, D. 2007, jur., 3052, note GOUTTENOIRE A. ; GRANET-LAMBRECHTS F., *Droit de la filiation* (avril 2007- février 2008), D. 2008, 1371 ; RTD civ. 2008, 93, note HAUSER J.
- TGI Lille, 11 décembre 2007, Juris-data 2007-362403 ; AJ fam. 2008, 119, obs. CHENEDE F. ; RTD civ. 2008, 290, obs. HAUSER J. ; JCP éd. G 2009, I, 102, n° 8, obs. GOUTTENOIRE A.
- TGI Lille, 18 décembre 2007, Juris-data n° 2007-355272, Dr. fam. 2008, comm. n° 58, note MURAT P. ; JCP éd. G 2009, I, 102, n° 8, obs. GOUTTENOIRE A.

- TGI Grenoble, 28 janvier 2008, AJ fam. 2008, 476, note CHENEDE F.

#### **Tribunaux d'instance :**

- TI Saint-Omer, 3 mai 1989, JCP N 1990, II, 89, note FOSSIER T.
- TI Quimperlé, ord. Juge des tutelles, 16 octobre 1999, JCP éd. G 2000, II, 10252, note GARE T. ; RTD civ. 2000, 85, obs. HAUSER J. ; Defrénois 2000, 668, obs. MASSIP J. ; RDSS 2000, 436, obs. MONEGER F. ; RJPF-2000-4/13, note PLAZY J.-M.

#### **Table chronologique des décisions des juridictions administratives :**

##### **Conseil d'État :**

- CE 22 mars 1991, n° 101587.
- CE 4 novembre 1991, n° 107880, Lebon 1991, 361.
- CE 24 avril 1992, JCP éd. G 1992, IV, n° 1847, note ROUAULT M.-C. ; GP 1992, n° 171-172, jur., p. 3 ; *ibid.*, n° 360-364, pan., p. 176.
- CE 9 octobre 1996, JCP 1997 éd. G, II, 22766, concl. MAUGUE C.
- CE 5 juin 2002, D. 2002, IR, 2025.
- CE 12 juillet 2004, RJPF-2005-1/24, note GARE T.
- CE, juge des référés, 25 octobre 2007, Juris-data n° 2007-072551 ; Dr. fam. 2008, comm. n° 6, note MURAT P. ; RFDA 2008, 328, note LE BOT O.

##### **Cours administratives d'appel :**

- CAA Bordeaux, 24 juin 1997, Juris-data n° 1997-045838.
- CAA Bordeaux, 17 novembre 1997, Juris-data n° 1997-051014 ; Dr. fam. 1998, comm. n° 84, note MURAT P.
- CAA Paris, 26 janvier 1999 n° 97PA02616.
- CAA Lyon, 24 octobre 2000, n° 00LY00706.
- CAA Lyon 27 septembre 2001, n° 97LY02933.
- CAA Lyon, 20 novembre 2003, n° 03LY00818.
- CAA Marseille 8 décembre 2003 n° 00MA00114.
- CAA Nantes, 19 février 2004, n° 02NT00064.

##### **Tribunaux administratifs :**

- TA Orléans, 22 janvier 1991, Juris-data n° 1991-644276.
- TA Paris, 25 janvier 1995, D. 1995, 647, note BOULANGER F. ; LPA 1995 n° 78, p. 20, note PLOUVIN J.-Y.

#### **Table chronologique des décisions de la Cour européenne et de la Commission européenne des droits de l'homme :**

- CEDH, 13 juin 1979, Marckx contre Belgique, Série A, n° 31, GACEDH, p. 495.
- CEDH, 28 novembre 1984, Rasmussen contre Danemark, BERGER V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 10<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 148.
- CEDH, 7 juillet 1989, Gaskin contre Royaume-Uni, GACEDH, p. 423 et s.
- Décision de la Commission européenne, 8 février 1993, J. R. M. contre Pays-Bas, requête n° 16944/90, Décisions et rapports 74, p. 121.
- CEDH, 26 mai 1994, Keegan contre Irlande, Série A, n° 290 ; JCP G, 1995, I, 3823, n° 32, chron., SUDRE F.

- CEDH, 27 octobre 1994, Kroon et autres contre Pays-Bas, Série A, n° 297-C.
- CEDH, 7 août 1996, Johansen contre Norvège, RTD civ. 1997, 541, note MARGUENAUD J.-P.
- CEDH, 22 avril 1997, X., Y. et Z. contre Royaume-Uni, D. 1997, jur., 583, note GRATALOUP S. ; JCP éd. G 1997, I, 4071, note EVAÏN S. ; Dr. fam. 1998, comm. n° 47, note LAMY (de) B. ; GRANET F., *Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les États membres de la CIEC*, Dr. fam. 1998, étude n° 16.
- CEDH, 28 octobre 1998, Söderbäck contre Suède, RTD civ. 1999, 501, obs. MARGUENAUD J.-P. ; SUDRE F., *op. cit.*, n° 233.
- CEDH, 21 décembre 1999, Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal, Dr. fam. 2000, comm. n° 3, note GOUTTENOIRE-CORNUT A. ; JCP éd. G 2000, I, 203, note SUDRE F. ; RTD civ. 2000, 313, note HAUSER J.
- CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, Mazurek contre France, GACEDH, p. 527 et s. ; D. 2000, 332, note THIERRY J. ; *ibid.*, 626, note VAREILLE B. ; JCP éd. G 2000, II, 10286, note GOUTTENOIRE A. et SUDRE F. ; *ibid.*, I, 278, note LE GUIDEC R. ; *ibid.*, I, 293, note RUBELLIN-DEVICHI J. ; Defrénois 2000, 654, obs. MASSIP J. ; Dr. fam. 2000, comm. n° 33, note LAMY (de) B. ; RTD civ. 2000, 311, obs. HAUSER J. ; *ibid.*, 429, obs. MARGUENAUD J.-P.
- CEDH, 19 septembre 2000, Gnahoré contre France, Dr. fam. 2000, comm. n° 150, obs. LAMY (de) B. ; RD publ. 2001, n° 3, 682, obs. GOUTTENOIRE-CORNUT A.
- CEDH, 6 février 2001, Bensaid contre Royaume-Uni, Recueil des arrêts et décisions 2001-I.
- CEDH, 12 juillet 2001, K. et T. contre Finlande, Recueil des arrêts et des décisions, 2001-VII.
- CEDH, 7 février 2002, Mikulić contre Croatie, JCP éd. G 2002, I, 157, n° 13, obs. SUDRE F.
- CEDH, 26 février 2002, Fretté contre France, D. 2002, somm., 2024, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; *ibid.*, 2569, note COURTIN C. ; Dr. fam. 2002, comm. n° 19, DEBET A. ; RTD civ. 2002, 280, obs. HAUSER J. ; *ibid.*, 389, obs. MARGUENAUD. J.-P.
- CEDH, 26 février 2002, Kutzner contre Allemagne, Europe 2002, n° 205.
- CEDH, 5 février 2003, Yousef contre Pays Bas, Recueil des arrêts et décisions 2002-VIII.
- CEDH, 13 février 2003, Odièvre contre France, D. 2003, chron., 1240, note MALLET-BRICOUT B. ; RTD civ. 2003, 375, obs. MARGUENAUD J.-P. ; AJ fam. 2003, 86, LE BOURSICOT M.-C. ; JCP éd. G 2003, II, 10049, note GOUTTENOIRE-CORNUT A. et SUDRE F. ; *ibid.*, I, 120, note MALAURIE P. ; GP 2005, n° 18, p. 11, note ROYANT S. ; ROY O., LPA 3 octobre 2002, n° 198, p. 6 ; ROY O., LPA 11 juin 2003, n° 116, p. 11 ; RTD civ. 2003, 276, note HAUSER J. ; GACEDH, p. 418 et s.
- CEDH, 16 décembre 2003, Palau-Martinez contre France, AJ fam. 2004, 62, note PLANA S. ; Dr. fam. 2004, comm. n° 30, note LAMY (de) B. ; D. 2004, 1261 note BOULANGER F. ; RTD civ. 2004, 78, note HAUSER J. ; JCP éd. G 2004, II, 10122, note GOUTTENOIRE A.
- CEDH, 24 février 2004, Görgülü contre Allemagne, Dr. fam. 2004, n° 48, note MURAT P.
- CEDH, 1<sup>er</sup> juin 2004, Lebbink contre Pays-Bas, Recueil des arrêts et décisions 2004-IV ; Dr. fam. 2004, alertes, 5.

- CEDH, 22 juin 2004, Pini et Bertani et Manera et Atripaldi contre Roumanie, GOUTTENOIRE A. et SALVAGE-GEREST P., Dr. fam. 2004, étude n° 30.
- CEDH, 28 septembre 2004, Sabou et Pircalab contre Roumanie, requête n° 46572/99.
- CEDH, 24 novembre 2005, Shofman contre Russie, requête n° 74826/01.
- CEDH, 9 mai 2006, C. contre Finlande, requête n° 18249/02.
- CEDH, 16 mai 2006, Deschomets contre France, Décision sur la recevabilité, TURPIN F., *La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne sur le droit à la vie familiale*, in TAVERNIER P. (Dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme, La jurisprudence en 2006*, Bruylant, 2007, p. 191.
- CEDH, 18 mai 2006, Rozanski contre Pologne, RLDC 2006, n° 33, 2313, note FLAUSS-DIEM J.
- CEDH, 12 janvier 2006, Mizzi contre Malte, Recueil des arrêts et jugements 2006-I.
- CEDH, 13 juillet 2006, Jäggi contre Suisse, RTD civ. 2006, 727, obs. MARGUENAUD J.-P. ; *ibid.*, 2007, 99, obs. HAUSER J. ; DECAUX E. et TAVERNIER P., *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, JDI (Clunet), 2007, 5, n° 2 ; GOUTTENOIRE A., *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dr. fam. 2008, étude n° 14.
- CEDH, 10 octobre 2006, Paulik contre Slovaquie, RLDC 2007, n° 38, 2533 obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ F.
- CEDH, 22 mai 2007, V. S. contre Allemagne, Décision sur la recevabilité, requête n° 4261/02.
- CEDH, 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg, RTD civ. 2007, 738, obs. MARGUENAUD J.-P. ; Dr. fam. 2008, études n° 14, GOUTTENOIRE A. ; D. 2007, 2700, note MARCHADIER F. ; AJDA 2007, 1918, note FLAUSS J.-F. ; JCP éd. G 2007, I, 182, note SUDRE F. ; RJPF-2007-11/36, note LE BOURSICOT M.-C.
- CEDH, 13 décembre 2007, Emonet et autres contre Suisse, RTD civ. 2008, 255, obs. MARGUENAUD J.-P. ; *ibid.*, 272, obs. HAUSER J. ; JCP éd. G 2008, I, 110, n° 9, obs. SUDRE F. ; Dr. fam. 2008, alerte n° 4, BRUGGEMAN M. ; Clunet 2008, chron., n° 5, note A. J. ; AJ fam. 2008, 76, note CHENEDE F. ; BOULANGER F., *Réflexions sur la requête en adoption de couples de concubins (étude prospective)*, Dr. fam. 2008, étude n° 20.
- CEDH, 10 janvier 2008, Kearns contre France, RLDC 2008, n° 48, 2955, note LE BOURSICOT M.-C. ; RLDC 2008, n° 46, 2868, note MARRAUD des GROTTES G. ; Dr. fam. 2008, étude n° 14, obs. GOUTTENOIRE A. ; RJPF-2008-4/29, obs. GARE T. ; JCP éd. G 2008, I, 167, note SUDRE F. ; AJ fam. 2008, 78, note CHENEDE F. ; D. 2008, 415, note GUIOMARD P. ; RTD civ. 2008, 252, note MARGUENAUD J.-P. ; RDSS 2008, 353, NEIRINCK C. ; GOUTTENOIRE A., *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dr. fam. 2008, étude n° 14.
- CEDH, 22 janvier 2008, E. B. contre France, RLDC 2008, n° 46, 2867 note MARRAUD des GROTTES G. ; JCP éd. G 2008, II, 10071, note GOUTTENOIRE A. et SUDRE F. ; D. 2008, 351, ROYER E. ; *ibid.*, 2038, note HENNION-JACQUET P. ; Dr. fam. 2008, alertes 14, obs. BRUGGEMAN M. ; *ibid.*, études, n° 14, GOUTTENOIRE A. ; LPA 7 février 2008, n° 28, p. 9, note

- CHALTIEL F. ; RTD civ. 2008, 287, note HAUSER J. ; RJPF-2008-2/32, obs. VALORY S. ; AJ fam. 2008, 118, obs. CHENEDE F.
- CEDH, 17 juillet 2008, X. contre Croatie, Communiqué du Greffier, Dr. fam. 2008, alertes, n° 71.
  - CEDH, 14 octobre 2008, Iordache contre Roumanie, requête n° 6817/02.
  - CEDH, 13 janvier 2009, Todorova contre Italie, AJ fam. 2009, 82, note CHENEDE F.

### **Table chronologique des principales décisions étrangères citées :**

#### **Allemagne :**

- Cour constitutionnelle fédérale, BverfG, 31 janvier 1989, FamRZ 1989, p. 255 ; FRANK R., *La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille*, RID comp. 1993, 637.
- Cour constitutionnelle fédérale, BverfG, 29 novembre 2005, BvR 1444/01.
- Cour constitutionnelle fédérale, BverfG, 1 avril 2008, 1 BvR 1620/04.

#### **Belgique :**

- Cour d'arbitrage, 21 décembre 1990, arrêt n° 39/90, M.B., 17 janvier 1991.
- Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, 23 mars 1993, VARONE F. et SCHIFFINO N., *Politique de la procréation médicalement assistée en Belgique : un paradis bioéthique ?*, in VARONE F. et SCHIFFINO N. (Dir.), *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, BRUYLANT, 2003, p. 25.
- Cour d'arbitrage, 14 juillet 1994, arrêt n° 62/94, M.B., 3 septembre 1994.
- Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, 4 juin 1996, VARONE F. et SCHIFFINO N., *Politique de la procréation médicalement assistée en Belgique : un paradis bioéthique ?*, in VARONE F. et SCHIFFINO N. (Dir.), *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, BRUYLANT, 2003, p. 25.
- Tribunal de la jeunesse de Turnhout du 4 octobre 2001, R. W. 2001, n° 6 du 6 octobre 2001.
- Cour d'arbitrage, 8 octobre 2003, n° 134/2003, POUSSON-PETIT J., *Chronique de droit belge*, Dr. fam. 2007, étude n° 12.
- Tribunal de la jeunesse de Charleroi, 12 novembre 2003, R. P. n° 36/02.

#### **Espagne :**

- Tribunal suprême, 21 septembre 1999, STS 5672/1999.

#### **Grèce :**

- Cour de cassation, arrêt n° 58/2001.
- Tribunal de grande instance de Lefkade, arrêt n° 452/2006.

#### **Luxembourg :**

- Cour constitutionnelle, arrêt n° 7/99, 26 mars 1999, Mém. A, 20 avril 1999, n° 41, p. 1087.
- Cour de cassation, 15 mars 2000, 31, 385.
- Cour de cassation, 11 juillet 2001, 32, 96.
- Cour constitutionnelle, arrêt n° 25/05, 7 janvier 2005, Mém. A, 26 janvier 2005, n° 8, p. 74.
- Cour constitutionnelle, arrêt n° 47/08, 12 décembre 2008, Mém. A, 22 décembre 2008, n° 197, p. 2618.

**Royaume-Uni :**

- A v C (a 1978 case reported at 1985 FLR 445) Re C (1985 FLR 847).
- Re G (*Residence: Same-Sex Partner*) [2005] EWCA Civ 462; [2005] 2 FLR 957, WHITESMITH L. et COOMBES D., Fam. Law 2006, 953.
- D (*Contact and PR: Lesbian mothers and known father*) No.2, Re [2006] EWHC 2 (Fam) (12 January 2006).
- Re EN (*A Child*) (*special guardianship Order*) [2007] EWCA Civ 264, 28 mars 2007.
- Re S (*Surrogacy: Residence*) Coleridge J. ; Family Division; 10 juillet 2007, Fam. Law 2007, 1135.
- G, Re [2007] EWHC 2814 (Fam) (28 November 2007).

**Suisse :**

- Tribunal fédéral, 18 mai 2001, 5C.42/2001.
- Tribunal fédéral, 4 mars 2002, 1P.460/2001.
- Tribunal fédéral, 28 mai 2003, 5A.16/2002.
- Tribunal fédéral, 29 septembre 2006, 5C.143/2006.

# INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

## A

**Abandon** : 266 et s., 502

**Accès aux origines personnelles** : 482 et s.

- Conseil national pour l'accès aux origines personnelles : 505 et s.
- Enfant adopté ou pupille de l'État : 484 et s.
- Enfant né grâce à un don de gamètes : 285 et s., 511 et s.
- Enfant né sous X : 489, 504 et s.

**Accouchement** : 41, 108 et 109, 428 et s.

**Accouchement anonyme** : 235 et s., 468 et s., 489, 492 et s., 504 et s., 610

- Filiation maternelle : 42, 245, 468 et s.
- Filiation paternelle : 255 et s.
- Recueil de l'enfant par l'aide sociale à l'enfance 244 et 245, 261
- Recueil de l'enfant par un organisme habilité pour l'adoption : 244 et 245, 261

**Acte de naissance** :

- Adoption : 279 et s., 486, 500
- Enfant né sous X : 244
- Maternité de substitution : 411 et s., 424

**Action à fins de subsides** : 481

**Adoption** :

- Individuelle : 62 et s.
- Ouverte : 278
- Plénière : v. Adoption plénière
- Simple : v. Adoption simple

**Adoption plénière** :

- Accès aux origines : 484 et s.
- Autorité parentale : 354, 356
- Consentement à l'adoption : 67 et s., 336
- Consentement de l'adopté : 336
- Consentement de l'enfant de l'adoptant : 352

- Consentement du conjoint : 72 et s.
- Contrôle de l'aptitude à adopter : 76 et s.
- Différence d'âge entre adoptant et adopté : 351
- Empêchements à mariage : 276
- Enfant du conjoint : 337 et s.
- Enfant du partenaire ou concubin : 384 et s.
- Irrévocabilité : 358 et s.
- Maternité de substitution : 408, 425
- Nom de l'enfant : 274, 354
- Posthume : 170
- Rupture des liens avec la famille d'origine : 69, 273 et s., 470
- Successives : 347 et s., 359

**Adoption simple** :

- Autorité parentale : 376, 390 et s.
- Conditions : 368 et s.
- Consentement : 336, 368 et s.
- Empêchement à mariage : 373
- Enfant du conjoint : 366 et s.
- Enfant du partenaire ou concubin : 389 et s., 443 et s. (couple homosexuel)
- Entrée dans la famille adoptive : 373 et 375
- Maintien dans la famille par le sang : 373 et s.
- Maternité de substitution : 408, 436 et s.
- Nom de l'enfant : 374
- Obligation alimentaire : 373
- Révocabilité : 379 et s.
- Succession : 373
- Successives : 371 et s.

**Aide sociale à l'enfance** :

- Recueil de l'enfant : 244 et 245, 249 et 250, 503
- Remise de l'enfant : 247 et s.

**Allemagne** : 4

- Abandon anonyme : 269

- Accès aux origines personnelles : 285, 293 et 294, 487, 516 et s.
- Accouchement anonyme : 241
- Action alimentaire : 481
- Autorité parentale : 171, 182, 195, 204
- Famille d'accueil : 650
- Filiation : 44, 46, 48, 52, 168, 327, 330, 332, 466
- Filiation adoptive : 64, 68 et 69, 73, 77, 82, 170, 274 et s., 280, 337, 346, 363
- Homosexualité : 60, 82, 661
- Maternité de substitution : 103
- Prise en compte du tiers coparent : 60 et 661 (mandat), 73 (adoption), 589 (partage des droits parentaux)
- Procréation médicalement assistée : 35, 282, 285, 293 et 294, 466

**Assistance éducative :**

- Cessation : 644
- Condition : 178, 184, 641
- Famille d'accueil : 648 et s.
- Retrait de l'autorité parentale : 178, 184, 641
- Retrait du milieu familial : 642, 646 et s.
- Tiers digne de confiance : 647

**Autorité parentale :** 7, 175, 572

- Absence : 172
- Acte usuel/grave : 573, 657, 663, 677
- Assistance éducative : v ce mot
- Convention : 205, 219 et s.
- Décès de l'un des parents : 171, 619
- Décès des deux parents : 593
- Déclaration conjointe : 188, 192, 203, 218
- Délégation : v. ce mot
- Droit de visite et d'hébergement :
  - Parent : 190, 210
  - Tiers : 607 et s.
- Exercice conjoint : 187, 203 et s.
- Exercice unilatéral : 187 et s., 218
- Gestion des biens : 574, 657, 677
- Homosexualité : 196
- Incapacité (parent) : 173, 370, 603
- Mandat : v. ce mot

- Résidence de l'enfant : 207 et s.
- Retrait : 175 et s., 343 et s., 422

**Autriche :**

- Abandon anonyme : 269
- Accès aux origines personnelles : 285
- Accouchement anonyme : 239
- Autorité parentale : 172
- Filiation : 44, 466
- Filiation adoptive : 64, 387
- Maternité de substitution : 102
- Procréation médicalement assistée : 35, 102, 282, 285, 466

<b>B</b>
----------

**Belgique :** 4

- Abandon : 269
- Accès aux origines personnelles : 285, 487, 515
- Accouchement anonyme : 241
- Action alimentaire : 481
- Autorité parentale : 171 et 172, 175, 177 et 178, 180 et s., 194 et 195, 203, 205, 209, 344, 376
- Famille d'accueil : 650
- Filiation : 39, 42, 44, 48, 52, 327, 332
- Filiation adoptive : 64, 69, 74, 77, 82, 274 et s., 280, 337, 344, 346, 350, 353 et 354, 361, 368, 372 et s., 381, 387, 414, 456
- Homosexualité : 8, 35, 216, 387, 396, 456
- Maternité de substitution : 106, 123 et 129 (indisponibilité du corps humain), 143 et s., 414
- Prise en compte du tiers coparent : 58 (accueil de l'enfant au foyer), 74 (adoption), 591 (partage des prérogatives parentales)
- Procréation médicalement assistée : 35, 169, 282, 285
- Tutelle officieuse : 555
- Tutelle testamentaire : 600

<b>C</b>
----------

**Charte des droits fondamentaux :** 9, 204  
**Charte sociale européenne :** 9

**Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale :** 9, 64, 77, 425, 484

**Convention européenne des droits de l'homme :** 9, 21 et 22, 51, 65, 80, 169, 262 et 263, 326, 333, 405, 474, 490 et s., 645

**Convention européenne en matière d'adoption des enfants :** 9, 64, 67, 74, 76 et 77, 87, 237, 274, 354, 362, 387 et 388, 509

**Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant :** 9

**Convention relative aux droits de l'enfant :** 7, 9, 83, 203 et 204, 484, 561

**Croatie :**

- Accès aux origines personnelles : 285, 487
- Autorité parentale : 173
- Filiation : 48, 295
- Filiation adoptive : 274, 280
- Procréation médicalement assistée : 282, 285, 295

## D

**Danemark :** 4

- Accès aux origines personnelles : 285, 515
- Filiation : 466
- Filiation adoptive : 64, 387, 456
- Homosexualité : 387, 456
- Maternité de substitution : 106
- Procréation médicalement assistée : 35, 169, 285, 466, 515

**Décès :**

- Adoption *post-mortem* : 170
- Autorité parentale : 171, 593 (décès des deux parents), 619 (décès de l'un des parents)
- Établissement de la filiation : 168
- Orphelin : 167 et s.
- Procréation médicalement assistée *post-mortem* : 169 et s.
- Tutelle testamentaire : 593 et s., 619

**Déclaration universelle des droits de l'homme :** 9

**Délégation de l'autorité parentale :**

- Délégation « partage » : 448, 557 et s.
- Délégation forcée : 629 et s.
- Délégation volontaire : 536 et s.

## E

**Enfant :**

- Abandonné : 266 et s.
- Adoptable : 68 et s.
- Audition : 7
- Conçu ou né pendant le mariage : 45, 49, 209, 257, 289 et s.
- Confié au service de l'aide sociale à l'enfance : v. Aide sociale à l'enfance
- Consentement : 7, 338
- Désintérêt des parents : 630
- Judiciairement abandonné : 68
- Né hors mariage : 46 et s., 49, 192, 256, 289 et s.
- Né sous X : v. Accouchement anonyme
- Pupille de l'État : 68, 261 et s., 500 et s.
- Retrait de l'autorité parentale : 175 et s.
- Retrait du milieu familial : 642 et s.

**Espagne :** 4, 603

- Accès aux origines personnelles : 285, 486, 515
- Accouchement anonyme : 240
- Autorité parentale : 171, 209
- Famille d'accueil : 650
- Filiation : 41 et 42, 44, 46, 48, 274, 293 et s., 330
- Filiation adoptive : 64, 68 et 69, 274 et 274, 337, 350, 353, 361, 387
- Homosexualité : 8, 35, 387
- Maternité de substitution : 103
- Procréation médicalement assistée : 35, 169, 282, 285, 293 et s.

**Estonie :** 4

- Accès aux origines personnelles : 285
- Maternité de substitution : 106

- Procréation médicalement assistée : 282, 285

**Expertise biologique :** 5, 168 (*post mortem*), 326, 328

## F

**Famille :** 1 et s.

- D'accueil : 610, 648 et s.
- Monoparentale : 4
- Ordre public : 205, 217, 224, 403 et s., 451, 460
- Recomposée : 4, 15, 162
- Unilinéaire : 30

**Filiation :**

- Action en contestation : 49 et s., 325 et s., 610
- Adoptive : v. Adoption
- Maternelle :
  - Accouchement anonyme : v. ce mot
  - Action en recherche : 39, 473 et s.
  - Biologique : 88
  - « *Mater semper certa est* » : 41, 94, 237, 407, 415, 428, 429, 432
  - Modes d'établissement : 41 et s.
- Paternelle :
  - Action en recherche : 39, 168
  - Conflit : 315 et s.
  - Enfant né hors mariage : 46
  - Filiation mensongère : 314 et s.
  - Présomption de paternité : 45
- Possession d'état : 41, 46, 168, 319, 410
- Procréation médicalement assistée : v. ce mot
- Reconnaissance :
  - Consentement de l'autre parent : 47 et s.
  - Formalisme : 46
  - Maternité de substitution : 409 et s.
  - Mensongère : 320 et s.

- Prénatale : 168

**Finlande :**

- Accès aux origines personnelles : 518
- Autorité parentale : 619
- Filiation : 48, 327, 332
- Filiation adoptive : 64, 68, 456
- Homosexualité : 35, 456, 619
- Maternités de substitution : 106
- Procréation médicalement assistée : 35, 282, 518
- Prise en compte du tiers coparent : 589 (partage des prérogatives parentales), 619 (garde de l'enfant)

## G

**Gestation pour autrui :** v. Maternité de substitution

**Grèce :** 4

- Abandon : 269
- Accès aux origines personnelles : 285, 487, 514
- Autorité parentale : 171 et 172, 173, 175, 177, 181, 191 et s., 203, 356, 545, 637 et s.
- Famille d'accueil : 650
- Filiation : 39, 42, 46, 48 et 49, 52, 168, 293 et s., 327, 332, 415 et s., 466
- Filiation adoptive : 64, 68 et 69, 72, 77, 274 et s., 280, 337, 350, 353 et 354, 356, 363, 487
- Homosexualité : 8, 35
- Maternité de substitution : 106, 138 et s., 415 et s.,
- Prise en compte du tiers coparent : 72 (adoption), 545, 600 (tutelle testamentaire), 637 et s. (transfert des prérogatives parentales)
- Procréation médicalement assistée : 35, 169, 282, 285, 293 et s., 466, 514
- Tutelle testamentaire : 600

**H****Hongrie :**

- Accès aux origines personnelles : 488
- Filiation : 48, 274, 294 et 295
- Filiation adoptive : 69, 274 et s., 280, 363, 488
- Procréation médicalement assistée : 294 et 295

**Homosexualité :**

- Adoption de l'enfant du concubin ou partenaire : 443 et s., 457
- Adoption individuelle : 79 et s.
- Autorité parentale : 196 et s.
- Convention relative à l'autorité parentale : 218 et s.
- Coparentalité homosexuelle : 16, 216 et s.
- Délégation « partage » de l'autorité parentale : 448, 561 et s.
- Maintien des relations personnelles avec l'enfant : 610
- Ordonnance de résidence (Royaume-Uni) : 626
- Procréation médicalement assistée : 35, 296, 454 et s.
- Résidence de l'enfant : 211

**I****Islande :** 466, 515**Italie :** 4

- Accès aux origines personnelles : 280, 487 et 488, 514
- Accouchement anonyme : 42, 237, 474, 488
- Autorité parentale : 173, 175, 178 et 179, 184, 193, 203 et s., 209
- Famille d'accueil : 650
- Filiation : 39, 41 et s., 46, 48 et 49, 53, 237, 327, 332, 470, 474
- Filiation adoptive : 64, 69, 274 et 274, 280, 366, 369, 372, 375 et 376, 381, 386, 470, 487
- Homosexualité : 216
- Prise en compte du tiers coparent : 58 (accueil de l'enfant au foyer)
- Procréation médicalement assistée : 35, 169, 282, 514

**L****Luxembourg :**

- Abandon : 269
- Accès aux origines personnelles : 285, 486, 488, 515
- Accouchement anonyme : 42, 238, 470, 474, 488
- Autorité parentale : 171 et s., 175, 177, 178, 181 et 182, 184, 191 et s., 195, 203
- Filiation : 39, 41 et 42, 46, 48 et 49, 53, 168, 238, 274, 294 et 295, 327, 330, 332, 470, 474
- Filiation adoptive : 64 et 65, 68 et 69, 274 et s., 280, 337, 350, 353 et 354, 361, 366, 368 et 369, 372, 374 et s., 381, 470, 486
- Homosexualité : 35
- Prise en compte du tiers coparent : 56 (nom), 58 (accueil de l'enfant au foyer), 614 (droit de visite),
- Procréation médicalement assistée : 35, 169, 282, 285, 294 et 295, 515

**M****Malte :** 4, 282, 326**Mandat :** 655 et s.**Mandat de protection future :** 603**Maternité de substitution :** 88 et s., 407 et s., 610, 622

- Filiation : 407 et s.
- Gestation pour autrui : 93, 107 et s., 114 et s., 145 et s., 409, 423 et s.
- Indisponibilité du corps humain : 121 et s.
- Maternité pour autrui : 92, 408 et s., 411
- Parents intentionnels : 17 (définition)
- Simulation/dissimulation : 100, 411

## N

### Norvège :

- Accès aux origines personnelles : 285, 518
- Autorité parentale : 171, 192
- Filiation : 52, 296, 327, 455
- Filiation adoptive : 64
- Homosexualité : 8, 216, 221, 296, 455, 589
- Prise en compte du tiers coparent : 221 (coparentalité homosexuelle), 589 (partage des prérogatives parentales)
- Procréation médicalement assistée : 282, 285, 296, 455

## P

**Pacte de parentalité** : 669 et s.

**Pacte international relatif aux droits civils et politiques** : 9

### Parenté :

- Définition : 11

### Parentalité :

- Définition : 12

### Pays-Bas :

- Abandon : 269
- Accès aux origines personnelles : 280, 486, 516 et s.
- Autorité parentale : 387, 590
- Filiation : 44, 46, 48 et s., 168, 294 et 295, 326
- Filiation adoptive : 64, 69, 274 et 274, 280, 337, 353, 363, 387, 456, 486
- Homosexualité : 8, 35, 456, 590
- Maternité de substitution : 106, 141 et 142, 414
- Prise en compte du tiers coparent : 59 (obligation d'entretien), 590 (partage des prérogatives parentales), 619 (garde de l'enfant),
- Procréation médicalement assistée : 35, 282, 294 et 295, 456, 516 et s., 525

### Pologne :

- Accès aux origines personnelles : 280, 285, 486

- Autorité parentale : 192
- Filiation : 39, 44, 46, 48, 51, 168
- Filiation adoptive : 69, 274 et 274, 280, 337, 361, 366, 486
- Procréation médicalement assistée : 282, 285

### Portugal :

- Autorité parentale : 8, 198
- Filiation : 44, 48
- Filiation adoptive : 64, 387
- Homosexualité : 198
- Procréation médicalement assistée : 35, 282

**Procréation médicalement assistée** : 5, 282 et s.

- Accès aux origines personnelles : 521 et s.
- Anonymat du donneur : 285 et s.
- Filiation : 289 et s., 462 et s.
- Homosexualité : 35, 296
- Personne seule : 35
- *Post mortem* : 169

## R

**République Tchèque** : 650

**Royaume-Uni** : 4, 603

- Accès aux origines personnelles : 285, 487 (Écosse, Angleterre et Pays de Galles), 516 et s.
- Autorité parentale : 192, 195
- Filiation : 41, 46, 48, 293 et s., 418 et s., 455, 466
- Filiation adoptive : 64, 68 et 69, 73, 77, 82, 85 (Écosse), 274, 276, 280, 337, 387
- Homosexualité : 35, 136, 169, 216, 296, 626
- Mandat : 661
- Maternité de substitution : 106, 135 et s., 418 et s.
- Ordonnance parentale : (« *parental order* ») 419
- Ordonnance de garde spéciale : (« *special guardianship order* ») 637
- Ordonnance de résidence : (« *residence order* ») 624 et s.
- Prise en compte du tiers coparent : 73 (adoption), 85 (Écosse,

adoption), 589 (partage des prérogatives parentales), 614 (droit de visite : « *contact order* »), 624 et s. (ordonnance parentale : « *parental order* »), 661 (mandat)

- Procréation médicalement assistée : 35, 169, 282, 285, 293 et s., 455, 466, 516 et s.
- Tutelle testamentaire : 600

## S

**Slovaquie** : 4, 326

**Suède** :

- Accès aux origines personnelles : 285, 516
- Filiation adoptive : 64, 346
- Homosexualité : 35, 589
- Prise en compte du tiers coparent : 589 (partage des prérogatives parentales)
- Procréation médicalement assistée : 35, 282, 285, 516

**Suisse** :

- Abandon anonyme : 269
- Accès aux origines personnelles : 285, 487 et 488, 493, 516 et s.
- Action alimentaire : 481
- Autorité parentale : 171 et s., 178, 181, 184, 192 et 193, 195, 203 et s., 209, 637 et s.
- Famille d'accueil : 650
- Filiation : 39, 44, 46 et 47, 53, 168, 294 et 295, 327, 332, 168, 493
- Filiation adoptive : 64, 68 et 69, 73, 170, 274 et s., 277, 280, 337, 353, 361, 386, 487 et 488
- Homosexualité : 216
- Mandat : 60, 661
- Maternité de substitution : 103
- Prise en compte du tiers coparent : 59 (obligation d'entretien), 60 (représentation automatique du parent), 73 (adoption), 588 (devoir d'assistance)
- Procréation médicalement assistée : 35, 103, 169, 282, 285, 294 et 295, 516 et s.

## T

**Tiers** : 14 et s.

- Autorité parentale : 215, 222
- Définition : 19
- Enfant confié au tiers : 535 et s., 593 et s., 616 et s.
- Maintien des relations personnelles avec l'enfant : 607 et s.
- Tiers délégataire : 540 et 542 (délégation volontaire), 570 et s., 576 (délégation « partage »), 629, 631 et s. (délégation forcée)
- Tiers digne de confiance : 647

**Tiers coparent** : 32

- Accueil de l'enfant au foyer : 58
- Adoption individuelle : 70 et s.
- Mandat : 654 et s.
- Obligation alimentaire : 59
- Obligation naturelle : 226
- Pacte de parentalité : 668 et s.
- Prise en compte conventionnelle : 223 et s.
- Représentation automatique du parent dans l'exercice des prérogatives parentales : 60
- Transmission du nom : 56

**Tiers géniteur** : 33

- Abandon : 266 et s.
- Accouchement sous X : 237 et s., 242 et s., 468 et s., 489, 502 et s., 506 et s.
- Adoption plénière : 272 et s., 484 et s.
- Donneur de gamètes : 285 et s., 462 et s., 511 et s.
- Filiation : 38 et s.

**Tourisme procréatif** : 22, 35, 106

**Tutelle** :

- Majeur (parent) : 11, 173, 370
- Mineur : 268, 583, 593, 604, 619, 632

**Tutelle officieuse** : 546 et s.

**Tutelle testamentaire** : 594 et s., 679

## V

**Vie familiale** : 21, 111, 237, 412

## TABLES DES MATIÈRES

<b>SOMMAIRE .....</b>	<b>9</b>
<b>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS .....</b>	<b>11</b>
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE .....</b>	<b>15</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE : LA RÉACTION MODULÉE DU DROIT FACE À LA PARENTALITÉ : L'ABSENCE DE STATUT UNIFORME DU TIERS .....</b>	<b>45</b>
<b>TITRE 1 : PARENTALITÉ ET PARENTÉ UNILINÉAIRE .....</b>	<b>49</b>
<b>Chapitre 1 : La parentalité partiellement prise en compte : les prérogatives octroyées au tiers.....</b>	<b>53</b>
Section 1 : Le tiers et la famille unilinéaire par le sang .....	55
§ 1. L'auteur biologique et la famille unilinéaire .....	56
Sous-paragraphes 1. L'établissement volontaire d'un seul lien de filiation .....	56
A. La filiation maternelle.....	57
B. La filiation paternelle .....	60
1. Les modes d'établissement de la filiation paternelle .....	61
2. La subordination de la reconnaissance au consentement de l'autre parent ou de l'enfant dans les législations européennes .....	63
Sous-paragraphes 2. La contestation du lien de filiation par le tiers géniteur .....	65
§ 2. L'absence de véritable prise en compte de la parentalité du tiers coparent en droit français .....	67
Section 2 : Le tiers et la famille unilinéaire par adoption.....	72
§ 1. L'admission de l'adoption par une seule personne en France et en Europe .....	73
§ 2. La prise en compte du tiers : une parentalité partiellement reconnue par le droit.....	76
A. L'absence de prise en considération de l'auteur biologique .....	76
B. La prise en compte du futur rôle du tiers coparent .....	78
1. Le consentement du futur tiers coparent .....	79
2. L'incidence de la présence du tiers lors de l'appréciation de l'aptitude à adopter.....	81
3. La prise en compte du coparent après le prononcé de l'adoption .....	90
Conclusion du Chapitre 1 : .....	93
<b>Chapitre 2 : La parentalité niée : le refus de reconnaître la parentalité de la mère génitrice de l'enfant né suite à une maternité de substitution .....</b>	<b>95</b>
Section 1 : Prohibition de la maternité de substitution : la négation de la mère intentionnelle .....	97
§ 1. La distinction entre maternité pour autrui et gestation pour autrui .....	97
§ 2. La réponse du droit face à la maternité de substitution.....	99
A. Une condamnation implacable : l'invalidité des conventions.....	100
1. La prohibition française .....	100
2. Une solution partagée en Europe .....	102
B. La qualité juridique de la mère intentionnelle : un tiers pour l'enfant .....	104
1. Stratégies parentales et tourisme procréatif.....	104
2. Précarité de la situation de l'enfant issu d'une maternité de substitution .....	105
Section 2 : Réflexions sur une prise compte de la mère intentionnelle : l'inéluctable admission de la gestation pour le compte d'autrui .....	110
§ 1. Gestation pour autrui et pouvoirs de la personne sur son corps.....	110
A. La nature du lien unissant l'homme à son corps .....	112
B. La disposition de son corps par l'homme .....	114
1. Critique du principe de l'indisponibilité du corps humain.....	114

a. L'article 1128 du Code civil : un fondement contestable .....	115
b. L'indisponibilité : une notion inadaptée au corps humain .....	117
2. De l'indisponibilité à l'extrapatrimonialité.....	119
§ 2. L'admission strictement encadrée de la gestation pour le compte d'autrui en droit français ...	121
A. Les systèmes européens.....	121
1. La pratique de la maternité de substitution au Royaume-Uni .....	121
2. La législation grecque relative à la maternité de substitution.....	124
3. La tolérance des Pays-Bas et de la Belgique .....	125
a. Une pratique réglementée par les instances médicales aux Pays-Bas .....	125
b. Une pratique non réglementée en Belgique .....	126
B. L'élargissement des techniques de procréations médicalement assistées en droit français	128
1. Des conditions rigoureuses .....	130
2. Une procédure stricte.....	132
Conclusion du Chapitre 2 : .....	137

**Conclusion du Titre 1 : ..... 139**

**TITRE 2 : PARENTALITÉ ET PARENTÉ BILINÉAIRE ..... 141**

**Chapitre 1 : La parentalité ignorée : parenté bilinéaire et pluriparentalité de fait ..... 143**

Section 1 : La parentalité du tiers favorisée par l'exercice unilatéral de l'autorité parentale .....	144
§ 1. Le décès, l'absence ou l'incapacité d'un des parents .....	144
A. Le décès de l'un des père et mère .....	144
1. Le décès postérieur à l'établissement de la filiation .....	145
2. Le décès antérieur au lien de parenté .....	146
B. Le parent absent ou incapable .....	151
§ 2. Le retrait de l'autorité parentale prononcé à l'encontre d'un des parents .....	154
A. Les motifs du retrait .....	155
B. Les effets du retrait.....	158
§ 3. L'autorité parentale exercée unilatéralement en raison des circonstances de l'établissement de la filiation ou de la séparation des parents .....	162
A. L'autorité parentale exercée unilatéralement sur le fondement des articles 372 et 373-2-1 du Code civil.....	162
B. L'exercice unilatéral de l'autorité parentale en Europe .....	166
C. L'influence de l'orientation sexuelle du parent sur l'exercice de l'autorité parentale. ....	169
Section 2 : La parentalité de tiers confrontée à l'exercice conjoint de l'autorité parentale .....	171
§ 1. La préexistence d'un couple conjugal .....	172
A. La volonté de favoriser les relations de l'enfant avec ses deux parents.....	172
1. L'affirmation du principe de coparentalité .....	172
2. La résidence de l'enfant.....	176
B. La situation du tiers .....	185
§ 2. La coparentalité homosexuelle.....	186
A. La validité des conventions parentales.....	189
B. La validité des dispositions concernant les relations entre l'enfant et le tiers .....	190
Conclusion du Chapitre 1 .....	197

**Chapitre 2 : La parentalité occultée : l'effacement des origines..... 199**

Section 1 : L'effacement des origines par la volonté du tiers géniteur .....	199
§ 1. L'accouchement anonyme et les difficultés d'établissement de la filiation paternelle .....	200
A. La demande d'anonymat empêchant l'exercice de toute autre forme de parentalité.....	200
1. L'accouchement anonyme en Europe .....	201
2. L'accouchement anonyme en France .....	204

a. La demande de secret et ses conséquences s'agissant de l'enfant .....	205
b. Les garanties offertes lors du recueil de la volonté de la femme .....	207
B. L'établissement de la filiation paternelle compromis par la volonté de la mère .....	214
1. Les droit du tiers géniteur .....	214
2. Les droits du tiers géniteur et la Convention européenne <i>des droits de l'homme</i> .....	219
§. 2 L'abandon anonyme .....	223
<b>Section 2 : L'effacement des origines compensé par la parenté .....</b>	<b>225</b>
§ 1. L'adoption plénière de l'enfant : la substitution de parenté .....	226
A. La substitution du lien de parenté : obstacle à la reconnaissance de la parentalité des père et mère par le sang .....	226
B. La neutralisation de l'acte de naissance de l'enfant : l'effacement matériel de la parenté originaire .....	232
§ 2. Le secret dans les procréations médicalement assistées hétérologues empêchant toute forme de pluriparentalité .....	235
A. Le secret dans les procréations médicalement assistées avec donneur : l'occultation du tiers .....	236
B. L'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du couple bénéficiaire du don : la parenté censée compenser l'occultation des origines .....	240
<b>Conclusion du Chapitre 2 : .....</b>	<b>247</b>

**Conclusion du Titre 2 .....** **249**

**CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE : .....** **251**

**SECONDE PARTIE : LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DU RÔLE DU TIERS : LA NÉCESSAIRE SUBORDINATION À LA VOLONTÉ .....** **257**

**TITRE 1 : LA RECONNAISSANCE DU TIERS PAR LA PARENTÉ .....** **261**

**Chapitre 1 : La volonté créatrice : la constitution d'un nouveau lien de parenté. 263**

<b>Section 1 : La filiation de complaisance .....</b>	<b>263</b>
§ 1. La création du lien de parenté par la seule volonté du tiers .....	264
A. Unilinéarité ou bilinéarité de la filiation de l'enfant .....	264
B. Diversité des modes d'établissement d'une filiation de complaisance .....	266
§ 2. La contestation de la parenté par le parent complaisant ou manipulateur .....	269
A. La possibilité de contester la filiation de complaisance : l'annulation du lien de filiation par la volonté parentale .....	269
1. L'ouverture de l'action en contestation au parent complaisant ou manipulateur .....	270
2. L'annulation du lien de filiation .....	273
B. Les dispositions tendant à sécuriser le lien de filiation : l'encadrement de la volonté parentale .....	275
<b>Section 2 : L'adoption de l'enfant .....</b>	<b>280</b>
§ 1. L'adoption de l'enfant du conjoint .....	280
A. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint .....	281
1. Le prononcé de l'adoption .....	282
a. Conditions tenant à la situation familiale de l'enfant : la limitation de la volonté ...	282
b. Dispositions spécifiques à l'adoption de l'enfant du conjoint : une solution favorisée .....	289
2. Le devenir du lien adoptif en cas de séparation du couple .....	292
a. L'irrévocabilité de l'adoption plénière en droit français : la volonté impuissante ...	292
b. La révocabilité de l'adoption plénière en Europe : la volonté à l'origine de la suppression de la parenté .....	294
B. L'adoption simple de l'enfant du conjoint .....	297
1. Le prononcé de l'adoption simple .....	298
a. Les conditions relatives à l'adoption simple de l'enfant du conjoint .....	298
b. Les effets de l'adoption simple de l'enfant du conjoint .....	302

2. Le devenir de l'adoption simple en cas de séparation.....	306
a. La révocation de l'adoption simple en droit français : la volonté encadrée.....	306
b. La révocabilité de l'adoption simple en droit comparé : des conditions proches du droit français.....	308
§ 2. L'adoption de l'enfant du partenaire ou du concubin .....	310
A. L'inopportunité du prononcé de l'adoption plénière .....	310
B. L'inadaptation actuelle de l'adoption simple en France.....	314
1. Exercice exclusif de l'autorité parentale par l'adoptant .....	315
2. Vers un partage des prérogatives parentales.....	317
<b>Conclusion du Chapitre 1 :.....</b>	<b>321</b>

## **Chapitre 2 : La volonté entravée : les obstacles à la création du lien de parenté.. 325**

Section 1 : L'ordre public comme obstacle à la parenté .....	325
§ 1. L'enfant né d'une convention de maternité de substitution.....	327
A. L'impossibilité d'établir tout lien de filiation à l'égard de la mère intentionnelle .....	328
B. Les solutions des législations étrangères .....	333
1. Le droit grec : le déclin de l'adage « <i>mater semper certa est</i> » .....	334
2. Le droit britannique : le maintien du critère de l'accouchement et le renoncement par la mère porteuse aux prérogatives parentales .....	336
C. La création d'un lien de parenté entre l'enfant et la mère intentionnelle dans l'hypothèse d'une admission de la gestation pour le compte d'autrui en droit français.....	341
1. L'inopportunité d'un certain nombre de solutions.....	342
2. L'établissement de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui .....	345
a. Réflexions sur le maintien du critère de l'accouchement dans la détermination et l'établissement de la maternité.....	345
b. Établissement des filiations maternelle et paternelle de l'enfant né suite à une gestation pour le compte d'autrui.....	348
3. Le recours à l'adoption de l'enfant par la mère intentionnelle .....	350
§ 2. L'enfant vivant au sein d'un couple homosexuel .....	354
A. L'intransigeance du droit français.....	354
1. Des juridictions du fond partagées .....	355
2. Un refus opposé par la Cour de cassation.....	358
B. La bilinéarité autorisée par certaines législations étrangères.....	361
1. La désignation de la compagne de la mère comme second parent de l'enfant .....	362
2. L'adoption de l'enfant du partenaire ou du conjoint .....	364
Section 2 : Le secret comme obstacle à la parenté .....	366
§ 1. L'impossibilité d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de l'auteur du don de gamète.....	367
§ 2. L'évolution de la situation de l'enfant né sous X .....	370
A. Les obstacles découlant du prononcé de l'adoption plénière de l'enfant et du défaut d'accès aux informations relatives à l'enfant .....	371
1. Le prononcé de l'adoption plénière : obstacle juridique à l'établissement de la filiation maternelle .....	371
2. Le manque d'information : obstacle factuel à l'établissement de la filiation maternelle .....	372
B. La suppression de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité.....	372
Conclusion du Chapitre 2.....	377
<b>Conclusion du Titre 1 : .....</b>	<b>379</b>

## **TITRE 2 : LA RECONNAISSANCE DU TIERS SANS RECOURS À LA PARENTÉ . 383**

<b>Chapitre 1 : La volonté comme fondement de la reconnaissance du rôle du tiers géniteur.....</b>	<b>385</b>
--	------------

Section 1 : La reconnaissance de l'accès aux origines personnelles de l'enfant adopté ou ayant eu la qualité de pupille de l'État .....	386
§ 1. L'appréhension du droit à la connaissance des origines des enfants adoptés ou nés sous le secret en Europe : la prise en compte de la volonté de l'enfant .....	387
A. L'accès aux origines de l'enfant adopté en Europe .....	387
B. L'appréhension du droit à la connaissance des origines par la Cour européenne des droits de l'homme .....	391
1. La reconnaissance d'un droit à la connaissance des origines .....	391
2. La conciliation du droit à la connaissance des origines avec les autres droits protégés par la Convention européenne <i>des droits de l'homme</i> .....	394
§ 2. La connaissance des origines personnelles en droit français : la subordination de la volonté de l'enfant à celle du tiers géniteur .....	398
A. La prise en considération progressive de l'importance de la connaissance des origines personnelles .....	399
B. Le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles .....	401
Section 2 : L'accès aux origines personnelles des enfants nés grâce à un don de gamètes .....	406
§ 1. L'accès aux origines personnelles des enfants nés grâce à un don de gamètes en Europe .....	406
A. L'impossibilité pour l'enfant d'accéder à l'identité du tiers géniteur .....	407
B. L'accès aux origines personnelles en Europe .....	409
§ 2. L'évolution du droit français reposant sur les volontés de l'enfant, de ses parents et du tiers géniteur .....	414
A. Raisons justifiant une modification du droit français .....	414
B. Permettre et encadrer l'accès aux origines personnelles de l'enfant né suite à une procréation médicalement assistée avec tiers donneur .....	417
Conclusion du Chapitre 1 : .....	421

## **Chapitre 2 : La volonté comme fondement de la reconnaissance du rôle du tiers coparent .....**

Section 1 : Des solutions diverses et manquant de lisibilité .....	423
§ 1. L'octroi de prérogatives par la volonté commune des parents et du tiers .....	423
Sous-paragraphes 1. Le transfert volontaire des prérogatives parentales au tiers .....	423
A. La délégation volontaire de l'autorité parentale .....	424
B. L'ancienne tutelle officieuse .....	428
1. Les conditions .....	429
2. Les effets .....	429
3. La tutelle officieuse du droit belge .....	432
Sous-paragraphes 2. Le partage des prérogatives parentales .....	434
A. La délégation « partage » de l'autorité parentale .....	434
1. Conditions particulières de la délégation « partage » .....	434
a. Une délégation justifiée par des circonstances particulières et par l'intérêt de l'enfant .....	435
b. L'accord de l'autre parent en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale .....	439
c. L'indifférence de l'existence d'une vie de couple entre le délégant et le délégataire .....	440
d. L'incompatibilité de la délégation « partage » avec l'adoption simple .....	441
2. Effets de la délégation « partage » de l'autorité parentale .....	443
a. L'étendue de la délégation « partage » .....	443
b. La détermination des droits pouvant être partagés .....	445
3. Cessation de la délégation « partage » de l'autorité parentale .....	449
4. Réflexions sur le devenir de la délégation « partage » .....	451
a. Les lacunes de la délégation « partage » .....	451
b. Les propositions tendant à faciliter la délégation « partage » .....	453
B. Le partage des prérogatives parentales en Europe .....	456
Sous-paragraphes 3 : L'enfant confié au tiers au décès du parent .....	460
A. La tutelle testamentaire .....	461
B. Réflexions sur une modification des conditions de la désignation du tiers comme tuteur .....	465
§ 2. La reconnaissance du rôle du tiers indépendamment de la volonté parentale .....	467

A. La possibilité de maintenir des relations personnelles avec l'enfant .....	468
1. Pratique actuelle de l'article 371-4 du Code civil .....	468
2. Réflexions sur la création d'un véritable droit au maintien des relations personnelles au profit du tiers.....	471
B. L'enfant confié au tiers.....	474
1. La fixation de la résidence de l'enfant chez le tiers .....	475
a. L'enfant confié au tiers sur le fondement de l'article 373-3 du Code civil français .....	475
b. La pratique originale de l'ordonnance de résidence britannique .....	480
2. La demande de transfert des prérogatives parentales à l'initiative du tiers .....	482
a. La délégation forcée de l'autorité parentale .....	483
b. Le transfert des droits parentaux au tiers dans quelques législations européennes .....	486
3. L'enfant confié au tiers suite à une mesure d'assistance éducative .....	489
a. Le retrait de l'enfant de son milieu familial .....	490
b. La prise en charge de l'enfant par le tiers .....	492
<b>Section 2 : La reconnaissance de la parentalité du coparent sans détournement de la parentalité .....</b>	<b>497</b>
§ 1. La réglementation de la technique du mandat en matière familiale : la reconnaissance de la prise en charge ponctuelle de l'enfant par le tiers .....	498
A. La pratique actuelle du mandat .....	499
B. La réglementation du mandat en matière familiale .....	501
1. Volonté ou automaticité ? .....	501
2. Garanties nécessaires .....	503
§ 2. Pour une pleine reconnaissance du tiers en cas de défaillance ou d'absence de l'un des parents : le pacte de parentalité.....	505
A. Conditions du pacte de parentalité .....	506
1. Des hypothèses d'application strictement définies .....	507
2. Consentements et conditions relatives aux tiers .....	508
B. Effets du pacte de parentalité .....	509
1. Une obligation d'entretien à la charge du tiers .....	509
2. Un partage des prérogatives parentales .....	511
3. Une amélioration des droits de l'enfant et du tiers.....	512
<b>Conclusion du Chapitre 2 : .....</b>	<b>515</b>
<b>Conclusion du Titre 2 : .....</b>	<b>517</b>
<b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE .....</b>	<b>521</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>527</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>537</b>
<b>TABLES DE JURISPRUDENCE.....</b>	<b>561</b>
<b>INDEX.....</b>	<b>578</b>
<b>TABLES DES MATIÈRES .....</b>	<b>585</b>